

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

EŞYA TAŞIMASINDA RİZİKONUN SİGORTALANMASI

Doktora Tezi

Burak KEPKEP

İstanbul, 2014

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

EŞYA TAŞIMASINDA RİZİKONUN SİGORTALANMASI

Doktora Tezi

Burak KEPKEP

Danışman: PROF. DR. SERAP HELVACI

İstanbul, 2014

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

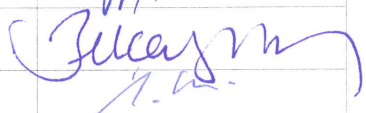
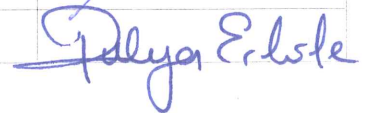
TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi BURAK KEPKEP'nın EŞYA TAŞIMASINDA RİZİKONUN SİGORTALANMASI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 04.06.2014 tarih ve 2014-20/26 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy ~~çokluğu~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ..18...../06...../2014....

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. SERAP HELVACI	
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. MEHMET HELVACI	
3.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. BURAK ÖZEN	
4.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. MEHMET BAHTİYAR	
5.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. FULYA ERLÜLE	

ÖZET

Taşımacılığın farklı yollarla yapılması, uygulamada yük, nakliyat veya emtia taşıma sigortaları olarak da adlandırılan eşya taşıma sigorta sözleşmelerine tek tip ve aynı kuralların uygulanmasını zorlaştırır. Bununla birlikte taşımacılığın türünden bağımsız olarak, sigortacının, sigorta himayesi altına alınan rizikonun gerçekleşmesi sonrasında oluşan zararı tazmin borcu aynı temel kurallara göre belirlenir. Sigortacının oluşan zararı tazmin borcu, geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığına, teminat altına alınan rizikonun sözleşme süresi boyunca mevcudiyetine ve zararın sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan bir rizikonun gerçekleşmesi sonucunda oluşmasına bağlıdır.

Zarar sigortalarının tamamında olduğu gibi eşya taşıma sigortalarında da, sözleşme ile sigorta himayesi altına alınan rizikonun zarara sebebiyet verip vermediği, riziko ile oluşan zarar arasındaki nedenselliğin mevcut olmasına bağlıdır. Bu nedenselliğin tespit edilebilmesi, sigorta sözleşmesini oluşturan hükümlerin yorumu ile mümkündür.

Bu çalışma ile eşya taşıma sigortalarının tamamına uygulanmakta olan ENSGŞ'nin TBK ve TTK hükümleri karşısındaki geçerliliği ve bunun sigorta himayesine alınan riziko ile oluşan zarar arasındaki nedenselliğe etkileri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Eşya taşıma sigorta sözleşmesi; yük sigortası; sigorta genel şartları; rizikonun sigortalanması; emtia nakliyat sigortası genel şartları; Enstitü Yük Kozları; sigorta sözleşmelerinde nedensellik; yorum kuralları; sigorta sözleşmesinin yorumu.*

ABSTRACT

Due to variety of means of transport, it is challenging to set uniform rules for merchandise transport insurance contracts, which are also referred to as cargo, transport or freight insurance policies. Notwithstanding with the foregoing, regardless of the mode of transport chosen, obligation for an insurance company to compensate damages resulting from realization of risks covered by a merchandise transport insurance policy requires existence of the same elements. Accordingly, determination of an insurance company's obligation to compensate damages depends on existence of a valid (binding) insurance contract, existence of insured risk during the term of this contract; and occurrence of damage from a risk covered by such insurance policy.

In merchandise transport insurance policies, to determine whether or not damages actually result from risks that are covered under such insurance policy, causation between the insured risk and damage must be ascertained. This causation is identified and crystallized by enforcing rules of construction (interpretation) against the policy.

By this study, we evaluate the validity of general terms and conditions of Turkish merchandise transport insurance policies that are applicable to all means of transport against provisions of the Turkish Code of Obligations No 6098 and Turkish Commercial Code No 6102, and assess the effects to causation between risks covered and damages occurred under an insurance contract.

Keywords: *Merchandise transport insurance contract; cargo insurance; insurance of risk; insurance general terms and conditions; general terms and conditions of merchandise transport insurance policies; Institute Cargo Clauses; causation in insurance contracts; rules of construction (interpretation); construction (interpretation) of insurance contracts.*

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞYA TAŞIMA SİGORTALARI

I. SİGORTA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER	5
A. SİGORTANIN EKONOMİK İŞLEVİ VE ROLÜ	5
1. Sigorta Kurumu ve Eşya Taşıma Sigortasının Geçmişi	5
2. Sigortanın Teminat Görevi	8
3. Sigorta Sözleşmesinin Ekonomik İşlevi	9
4. Sigortanın Bir Ticari İş veya Tüketici İşlemi Olması.....	10
B. SİGORTA SÖZLEŞMESİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	11
C. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE KURULMASI.....	15
1. Sigorta Sözleşmesinin Şekli	15
2. Sigorta Sözleşmesinin İçeriği	16
3. Sigorta Sözleşmesinin Kurulması.....	17
4. Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hükümler	20
a. Genel Olarak	20
b. TKHK'nın Kabulünün Sigorta Hukukuna Etkisi.....	20
(1) Genel Olarak	20
(2) Sigorta Hukuku Açısından TKHK.....	21
(3) Tüketici İşlemi Sayılan Sigorta Sözleşmelerinin Haksız Şartlar Yönünden Değerlendirilmesi	23
D. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU VE İFASI SIRASINDA DÜRÜSTLÜK KURALININ ROLÜ	26
E. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE KULLANILACAK DİL.....	28
F. SİGORTA HUKUKUNDA KORUYUCU HÜKÜMLER	29

II. EŞYA TAŞIMA SİGORTASI.....	31
A. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA EKONOMİK MENFAATİN SİGORTALANMASI VE SİGORTA ETTİRENİN NİTELİĞİ	31
B. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINA UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ	34
1. Eşya Taşıma Sigortasının Sigorta Türleri Arasındaki Yeri ve Önemi	34
a. Genel Olarak	34
b. Mal Sigortalarına Uygulanacak Koruyucu Hükümler Açısından	35
2. Eşya Taşıma Sigortasının Sorumluluk Sigortasından Farkı	37
3. Eşya Taşıma Sigortasının Kıymet Nakliyat Sigortasından Farkı	39
C. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA TEMİNAT ALTINA ALINAN MENFAAT	39
D. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA RİZİKO VE SİGORTACIYA BİLDİRİLMESİ.	43
E. SİGORTA ETTİRENİN PRİM ÖDEME BORCUNUN EŞYA TAŞIMA SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE ETKİSİ.....	44
1. Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu.....	44
2. Eşya Taşıma Sigortalarında Prim Ödeme Borcuna Bağlanan Sonuçlar	45
F. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA SİGORTA BEDELİ	46
1. Sigorta Bedeli	46
2. Eşya Taşıma Sigortalarında Sigorta Bedeli	46
G. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİ	48
H. EŞYA TAŞIMA SİGORTASI POLİÇELERİ	49
1. Sigortacının Poliçe Verme Yükümlülüğü.....	49
2. Eşya Taşıma Sigortalarında Poliçe	49
a. Flotan Poliçe	50
b. Kati Poliçe.....	50
c. Abonman Poliçe.....	51
d. Taşıma Miktarı ve Ciroya Bağlı Kurulan Poliçeler	52
I. ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK BULUNAN TAŞINAN EŞYANIN SİGORTALANMASI.....	53

İKİNCİ BÖLÜM

MAL SİGORTALARINDA SİGORTALANABİLİR RİZİKONUN BELİRLENMESİ

I. RİZİKO KAVRAMI.....	55
A. SİGORTA HUKUKUNDA RİZİKONUN NİTELİKLERİ.....	56
1. Tesadüfî Niteliği İle Riziko	56
2. Rizikonun Sözleşme Süresince Mevcut Olması Gereği	58
3. Rizikonun Hukuka Aykırı Olmaması	58
4. Rizikonun Sınırlarının Belirlenmesi	59
5. Sigorta Hukukundaki Rizikonun, Sorumluluk Hukukundaki Riziko Teorisinden Farkı	59
a. Riziko Teorisi ve Kapsamı.....	59
b. Sigorta Hukukundaki Riziko Kavramının Riziko Teorisinden Farkı	62
6. Sigorta Edilen Rizikonun Sınırlandırılması.....	63
B. RİZİKONUN SİGORTA SÖZLEŞMESİNDEKİ ROLÜ	65
C. RİZİKO İLE ZARAR ARASINDAKİ NEDENSELLİK BAĞININ VARLIĞI	66
1. Genel Olarak Nedensellik Bağı	67
a. Nedensellik Bağının İşlevi	67
b. Sorumluluk Hukukunda Nedensellik Bağı	68
2. Sigorta Hukukunda ve Eşya Taşıma Sigortalarında Nedensellik Bağının Değerlendirilmesi.....	68
a. Kara Sigortaları Bakımından Nedensellik Bağı.....	68
b. Deniz Sigortaları Bakımından Nedensellik Bağı ve Etkin Şart Nedenselliği.....	69
(1) <i>Etkin Şart Nedenselliğinin Doğuşu</i>	69
(2) <i>Etkin Şart Nedenselliğinin Kapsamı</i>	70
(3) <i>Yarışan Nedensellik Hâlinde Etkin Şart Nedenselliğinin Uygulanması</i>	72
(4) <i>Etkin Şart Nedenselliğinin Uygulamada Örnekleri</i>	73
(a) Kaynaklanan İfadesi.....	74
(b) -İN Sonucunda İfadesi	75
(c) -Den İleri Gelen İfadesi	75
(d) -E Atfedilebilen ve Makul Şekilde Atfedilebilen İfadeleri.....	76
(e) Doğrudan veya Dolaylı Şekilde Kaynaklanan İfadesi	76

(5) Etkin Şart Nedenselliğine İlişkin Değerlendirme	76
c. Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Yapmış Olduğu Masrafların Nedensellik Karşısında Durumu	78
d. Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigortacının Tazminat Borcuna Etkisi	78
II. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA BAŞLICA RİZİKO UNSURLARI	80
A. DOĞRUDAN RİZİKO UNSURLARI	80
1. Taşıma Sırasında Mevcut Rizikolar	80
a. Yangın, Patlama ve Önemli Olaylar	80
b. Nemin Sebep Olabileceği Zararlar	81
c. Hırsızlık ve Kaçırma	82
d. Kaçakçılık	82
e. Taşıma Sırasında Dinamik Kuvvetlerin Etkileri	83
f. Eşyanın Kirletilmesi, Kırılması veya Kaybolması	84
g. Müşterek Avarya	84
h. Deniz Haydutluğu	84
2. Depolamaya Hazır Hâle Getirme, Depolama, İstifleme Sırasında Mevcut Rizikolar	85
3. Her Yerde Meydana Gelebilecek Rizikolar	85
B. Dolaylı Riziko Unsurları	86
C. ENSGŞ İle Teminat Altına Alınan Rizikolar	87

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİGORTA SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK GENEL ŞARTLARIN GEÇERLİLİĞİ

I. SİGORTA GENEL ŞARTLARI	89
A. GENEL OLARAK	89
B. GENEL ŞART – ÖZEL ŞART AYRIMI	91
1. Müsteşarlık Tarafından Onaylanan Sigorta Genel Şartları	91
2. Teminatın Kapsamına İlişkin Taraflarca Kabul Edilebilecek Özel Şartlar	92
3. Enstitü Yük Klozları	94
a. Enstitü Yük A Klozu	95
b. Enstitü Yük B ve C Klozları	95

II. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ GİŞ DÜZENLEMESİ KARŞISINDA DURUMU 96

A. GİŞ	97
1. Kavram ve Tanım	97
2. Hukukumuzda GİŞ Denetimi	100
3. GİŞ'in Unsurları	101
a. GİŞ'in Sözleşmenin İçinde Yer Alması ve Sözleşme Hükmü Hâline Gelmiş Olma	101
b. Sözleşme Yapılmadan Önce Düzenlenmiş Olma	102
c. Tek Taraflı Düzenlenmiş Olma	102
d. İleride Çok Sayıda Benzer Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Amacıyla Düzenlenmiş Olma	102
e. Değiştirilmeden Sözleşmeye Dâhil Edilmek Üzere Karşı Tarafa Sunma	103
f. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olma	103
4. GİŞ Denetiminin Yaptırımı	104
5. Aleyhe Yorum Yasağı	107
6. Tek Taraflı Olarak Aleyhe Değiştirme Yasağı	107
7. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Aleyhe Hüküm Koyma Yasağı	107
8. GİŞ Denetiminde Etkisiz Kalan Noktalar	108
9. Denetim Dışı Kalan GİŞ Hükümleri	109
B. TİCARİ İŞLERDE KULLANILAN GİŞ'LERİN DENETLENMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR	109
C. SİGORTACININ <i>AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ</i> VE SİGORTA GENEL ŞARTLARININ GİŞ DENETİMİNE ETKİSİ	114
1. Genel Olarak	114
2. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi	122
3. Danışmanlık Yapma ve Tamamlayıcı Yükümlülükler	124
D. GİŞ HÜKÜMLERİNE KARŞI KORUMADA DENETİM SİSTEMİ	127
1. Yürürlük Denetimi	127
a. Genel Olarak	127
b. Sigorta Genel Şartları Açısından GİŞ Yürürlük Denetimi	128

2. Yorum Denetimi	133
a. Genel Olarak GİŞ'in Yorum Denetimi	133
b. Sigorta Genel Şartları Açısından GİŞ Yorum Denetimi.....	134
c. ENSGŞ'nin TTK Hükümleri Karşısında Değerlendirilmesi	135
(1) TTK'da Taşıma Sigortalarına İlişkin Özel Bir Düzenleme Bulunmaması Yönüyle	136
(2) eTTK'da Yer Alan Genellik İlkesinin Terk Edilmesi Yönüyle	136
(3) Sigortalanabilir Menfaatin Mevcut Olduğu An Açısından.....	138
(4) Kullanılan Dil Açısından	138
(5) Sözleşme Öncesi Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü Açısından	139
(6) Sigorta Himayesinin Başlangıcı Açısından	140
(7) Tazminat Talebinin Zamanaşımına Uğraması Yönünden	141
(8) Tarafların İradesinin Korunması Açısından	141
(9) Sigorta Hukukuna İlişkin TTK Hükümlerinin Niteliği Açısından.....	144
d. Enstitü Yük Klozlarının TTK Hükümleri Karşısında Değerlendirilmesi	144
3. İçerik Denetimi	145
III. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ GENEL YORUM KURALLARI UYARINCA YORUMU	147
A. SÖZLEŞMENİN YORUMU	147
1. Yorumun Görevi.....	147
2. Yorum Kuralları	149
a. TBK ile Kabul Edilen Genel Kural: Ortak İradenin Tespiti	149
b. Ortak İradenin Tespitinde Dürüstlük Kuralı ve Güven Teorisinin Rolü	149
c. Sözleşmenin Açık ve Anlaşılır Dilde Olması	152
d. Sözleşmenin Açık ve Anlaşılır Hâle Getirilmesi İçin Taraflarca Kullanılabilecek Araçlar.....	153
B. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ YORUMUNDA İZLENMESİ GEREKEN YÖNTEM.....	155
1. Genel Olarak.....	155
2. Sigortacının Poliçe Verme Yükümlülüğünün Yorumu Etkisi	157
3. Sigorta Sözleşmesine İlişkin Belgelerin Yorumu Etkisi.....	159
4. Sigorta Sözleşmesinin Açık ve Anlaşılır Olmasının Yorumu Katkısı.....	160

5. Sigorta Sözleşmelerinin Yorumunda Göz Önünde Bulundurulacak Hususlar.....	161
C. ENSGŞ'YE UYGULANACAK YORUM KURALLARI	164
1. Genel Olarak.....	164
2. ENSGŞ Uygulamasında Ticari Teamüllerin Yoruma Etkisi	166
3. Sözleşme Ekonomisinin ENSGŞ'nin Yorumuna Etkisi	167
4. Haksız Rekabet Hükümleri Açısından ENSGŞ'nin Denetimi	168
a. Haksız Rekabetin Tanımı.....	168
b. Haksız Rekabet Denetiminin Kapsamı	170
(1) <i>ENSGŞ Kullanılmaması Kendiliğinden Dürüstlüğe Aykırı Sayılabilir Mi? .</i>	170
(2) <i>Haksız Rekabet Hükümleri Aracılığı ile GİŞ Denetimi</i>	172
c. Haksız Rekabet Denetiminin Sigorta Sözleşmelerine Uygulanması	174
d. ENSGŞ'de Rizikoya İlişkin Çeşitli İfadelerin Yorumu	177
(1) <i>ENSGŞ'de Tarafların Ortak İradesinin Belirlenmesi Açısından Nedensellik....</i>	178
(2) <i>ENSGŞ'de Yer Alan Belli İfadelerin Yorumu</i>	178
D. EŞYA TAŞIMA SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE GİŞ DENETİMİNE İLİŞKİN VARDIĞIMIZ SONUÇ	183
SONUÇ ve ÖNERİLER	185
KAYNAKÇA	188

KISALTMALAR

805 sayılı Kanun	22.4.1926 tarih ve 353 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun
AB Yönergesi	5 Nisan 1993 tarih ve 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin Avrupa Birliği Konsey Yönergesi
Acenteler Yönetmeliği	22.4.2014 tarih ve 28980 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sigorta Acenteleri Yönetmeliği
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Alman Medeni Kanunu)
Bilgilendirme Yönetmeliği	28.10.2007 tarih ve 26684 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik
Bkz.	Bakınız
C	Cilt
c.	cümle
CA	<i>Code des Assurances</i> (Fransız Sigortacılık Kanunu)
CCiv	<i>Code Civil</i> (Fransız Medeni Kanunu)
CCom	<i>Code de Commerce</i> (Fransız Ticaret Kanunu)
CIF	<i>Cost, insurance and freight</i> (SİF - masraflar, sigorta ve navlun)
CMR	<i>Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route</i> (Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine ilişkin Konvansiyon)
ÇekK	20.12.2009 tarih ve 27438 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5941 sayılı Çek Kanunu
dn.	dipnot
E.	Esas
eBK	29.4.1926 tarih ve 359 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 818 sayılı Borçlar Kanunu
ENSGŞ	Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartları
eTKHK	8.3.1995 tarih ve 22221 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

eTTK	9.7.1956 tarih ve 9353 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	fıkra
FOB	<i>Free on board</i> (Gemide teslim)
GİŞ	Genel işlem şartları
Haksız Şartlar Yönetmeliği	13.6.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	4.2.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	Karar
LCD	<i>Loi fédérale contre la concurrence déloyale</i> (İsviçre Haksız Rekabet hakkında Federal Kanun)
m	madde
MIA	<i>Marine Insurance Act</i> ([İngiliz] Deniz Sigortası Kanunu)
MÖHUK	12.12.2007 tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
Müsteşarlık	T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı
ör.	örnek olarak
RK	Rekabet Kurulu
RKHK	10.6.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	sayfa
S	Sayı
SK	14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu
TBK	4.2.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Ticari İşletme Rehni Kanunu	28.7.1971 tarih ve 13909 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu
TKHK	28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK	8.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	14.2.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TSRSB	Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği
<i>Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği</i>	25.4.2014 tarih ve 28982 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri ile Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i> (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay
TTK Yürürlük Kanunu	14.2.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Ticaretin başlangıcından itibaren sahibi için ekonomik değer taşıyan mallar, kara veya deniz yoluyla *yük* olarak bir yerden başka bir yere taşınır. Bu taşıma işi önceleri, satış sözleşmelerinin tamamlayıcısı olarak ticaret hayatının gereksinimlerine cevap verebilmek için yapılıyordu. Günümüzde ise eşya taşımacılığı, tüketici işlemlerini de içine alacak şekilde kargo veya moto kurye ve benzeri yöntemlerle gündelik hayatın bir parçası hâline gelmiştir.

Eşyanın uzak mesafeler arasında taşınması, belirli bir süre sadece deniz yoluyla gerçekleştirilmiştir. Bu da deniz taşımaya ilişkin taşıma ve sigortacılık kurallarının öncelikle gelişmesine sebep olmuştur. Sanayi devrimi sonrasında kara ve hava yolu ile taşıma işlerinin hacmi artmıştır. İnternet üzerinden mesafeli satış sözleşmelerinin kurulma imkânının kolaylaşması ve tüketicilere yönelik gönderilerin artması da yurt içi ve yurt dışı kargo taşımacılığının hacmini artırmıştır. Zamanın değerinin artması ve zaman kaybının telafisindeki zorluklar, taşımacılık alanında alternatif modelleme arayışlarını beraberinde getirmiştir.

UNCTAD'ın 2012 yılı deniz taşımacılığına ilişkin hazırlamış olduğu raporda¹, 2008 yılında yaşanan ekonomik krizin etkilerinin gelişmiş ülkelerde hissedilmesine karşılık 2011 yılında deniz taşımacılık hacminin %4 oranında arttığı ve toplam 8.7 milyar ton ağırlığındaki eşyanın gemilere yüklendiği belirtilmektedir. Bu talebi karşılayabilmek adına, 2008-2012 dönemi arasında dünya üzerinde mevcut gemi filosunun %37 oranında büyüdüğü tespit edilmiştir.

Deniz taşımacılığına ilişkin veriler, eşya taşıma işinin küresel ekonomi içindeki önemini ve bu sürece müdahil olan ilgililerin korunmaya değer menfaatlerinin büyüklüğünü ortaya koyar. Gönderen, taşıtan, alıcı, taşıyıcı, antrepo sahipleri ve taşıma sürecine dâhil olan diğer aktörlerin ekonomik menfaatlerinin korunarak, taşınan eşyanın değerinde taşıma süresince meydana gelebilecek değer kaybının en aza indirgenmesi gerekir. Taşınan eşyada taşıma sırasında meydana gelecek değer kaybının önlenememesi durumunda, oluşan zararın en etkin şekilde giderilmesi, ticaret hayatının devamı için zorunludur.

¹ Raporun tam metni için bkz. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/rmt2012_en.pdf

Uygulamada eşya taşıma sigortalarına ilişkin “yük taşıma” veya “emtia taşıma” terimleri de kullanılır. Bu çalışma kapsamında TTK’nın taşıma sözleşmesine ilişkin hükümleri ile paralellik kurmak ve yasada açıkça düzenlenen “eşya taşıma” kurumundan yola çıkarak “eşya taşıma sigortası” terimini tercih ettik².

Eşya taşıma sigortaları ile sigortalanan değer bir taşınırdır. Dolayısıyla bu malın yok edilmesi, hasara uğratılması veya kaybı, menfaati sigortalanan kişinin (sigortalının) malvarlığında irade dışı bir azalmaya sebep olur. Bu değer azalmasını ifade etmek için kullanılabilecek “hasar” terimi, tek başına “zarar” ile ifade edilen tüm malvarlığı veya menfaat değeri ilişkisindeki azalmaları kapsamaz. Malvarlığındaki tüm değer azalmalarını kapsayacak hukuki terim “zarar” kavramı olduğundan, çalışma kapsamında bu kavramın kullanılması tercih edilmiştir.³

Sigorta hukukunda taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin Müsteşarlık tarafından onaylı *sigorta genel şartlarına* tabi olması gerekir⁴. Ayrıca koşul terimi TBK’da gerçekleşmesi şüpheli bir olguyu ifade etmektedir. Bu sebeplerle TBK m 20 vd. hükümlerinde *genel işlem koşulları* başlığı altında yer verilen düzenlemeler, çalışmanın konusu ve niteliği gereği genel işlem şartları (GİŞ) olarak anılmıştır.

Deniz yolu ile taşımacılığın başlangıcından beri, eşya taşımada ortaya çıkabilecek rizikolara karşı, taşıma işi taraflarının taşınan eşya üzerindeki menfaati sigorta sözleşmeleri ile korunmaya çalışılır.

Günümüzde, taşınan eşyada taşıma süresince meydana gelebilecek değer kayıplarının bu eşya üzerinde menfaat sahibi olanlar tarafından giderilmesi, özel olarak Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartları (ENSGŞ) hükümlerinin⁵ uygulama alanı bulduğu sigorta sözleşmeleri ve taraflarca kararlaştırılan uluslararası uygulanabilirliği kabul edilmiş Enstitü Yük Klozları

² TTK m 850’nin “eşya her türlü yükü de kapsar” hükmü de terim tercihimizde etkili olmuştur. Her ne kadar bu hüküm ile “eşya” kavramının “yük” kavramına kıyasla bir üst kavram olduğu anlaşılmaktaysa da, özellikle gelişen ve değişen taşıma yöntemleri de dikkate alındığında, ilerleyen dönemlerde her tür eşyanın ENSGŞ kapsamında sigortalabilmesinin mümkün olacağını düşünüyoruz. Ayrıca TTK’nın beşinci kitabında düzenlenen deniz ticaretine ilişkin hükümlerde “eşya” kavramının kullanılması da tercihimizin yerinde olduğunu gösterir.

³ Şeker Öğüz, Zehra, **Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 228 vd. Çalışma kapsamında kullanılan zarar kavramı, manevi zararı içermeyecek şekilde sadece maddi zarar olarak anlaşılır.

⁴ Konu hakkında açıklamalar için bkz. Birinci bölüm I.C.2.

⁵ ENSGŞ’nin tam metni için bkz. <http://www.tsb.org.tr/emtea-nakliyat-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=481>

(*Institute Cargo Clauses*)⁶ özel şartları aracılığı ile sağlanır. Hukukumuzda, tüm taşıma tipleri (deniz-kara-hava) için ENSGŞ aracılığı ile sigorta sözleşmesi yapılır.

Deniz, kara ve hava yolu ile yapılan taşımalar, işin niteliği gereği farklı kurallara tabidir. Her taşımacılık türünün kendine özgü dinamikleri ve buna göre belirlenen emredici nitelikte kurallar vardır. Bu kurallar iç hukuktan ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası anlaşma veya sözleşmelerden (ör., Montreal Sözleşmesi⁷) kaynaklanır. Dolayısıyla taşımacılık sigortalarının tümüne ilişkin kuralların bu çalışma kapsamında ayrı ayrı incelenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte her taşıma türünün hukukumuzda aynı sigorta genel şartları ile sigortalanıyor olması, ülkemizde sigortaların ortak paydasının ENSGŞ olduğunu gösterir.

TTK'nın yürürlüğe girmesi ile, eTTK'da yer alan ve farklı taşıma tiplerine göre değişik kurallar içeren düzenlemeler terk edilmiştir. TTK'nın sigorta hukuku için kabul etmiş olduğu yeni düzenlemeler⁸, TBK'nın yürürlüğe girmesi ve GİŞ'e ilişkin yeni düzenlemelerin kabulü eşya taşıma sigortalarını doğrudan etkilemiştir.

Temel mevzuatta gerçekleştirilen, sigorta hukukunu ve sigortacılık faaliyetini doğrudan etkileyen bu temel değişiklikler ile eşya taşımalarının gerçekleştirilebildiği yöntemlerin (kara, hava, deniz, demiryolu, posta, uzay, vs.) çeşitliliği karşısında, konunun sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Zira taşıma sigortaları genel olarak değerlendirildiğinde, bunların iki türünün olduğu görülür. Bunlar, taşıma aracının taşıma rizikolarına karşı korunduğu sigortalar (örneğin eTTK m 1340'da düzenlenen gemi (tekne) sigortası gibi) ile taşınan eşyanın taşıma rizikolarına karşı teminat altına alındıkları rizikolardır. Taşıma sigortalarının bu geniş kapsamı nedeniyle çalışmada, sadece taşınan eşyalara ilişkin olarak

⁶ Enstitü Yük Kızları, Londra Sigortacılar Enstitüsü (*Institute of London Underwriters*) tarafından hazırlanır. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I-B-3.

⁷ 28.5.1999 tarihinde Montréal'de imzalanan ve 14.4.2009 tarih ve 27200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5866 sayılı Kanun ile çekince ile onaylanan *Havayoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme*.

⁸ TTK'nın Genel Gerekçesinin 204 ve 205. paragraflarında, sigorta hukukundaki köklü değişikliklerin temel sebebi olarak eTTK'da yer alan sigortacılığa ilişkin hükümlerin uluslararası uygulama ve öğretinin gerisinde kalmış oldukları gösterilmiştir (Genel Gerekçenin tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>). TTK ile sigorta hukukunda kabul edilen yeni sistemde, modern bir kanun hazırlamak, uygulamada sorun yaratmamış ve sigortacılar tarafından benimsenmiş hüküm ve ilkeleri korumak, uygulamanın sorun ve gereksinimlerine cevap verebilecek nitelikte hükümler getirilmesi hedeflenmiştir. TTK Genel Gerekçesi'nin 211 ve 212. paragraflarında ayrıca sigortanın dinamik niteliği ve değişen ihtiyaçlara cevap verme amacını hedeflemesi sebebiyle özel sigorta türlerinin ayrıca düzenlenmediği de belirtilmiştir.

ENSGŞ aracılığı ile kurulan sigorta sözleşmeleri inceleme konusu yapılmıştır. İncelememizde sigorta sözleşmeleri ve eşya taşıma sigortalarına hâkim genel kurallar zarar sigortaları merkezinde mercek altına alınmıştır. Daha sonra riziko kavramı çerçevesinde eşya taşımalarında sigorta himayesine alınan rizikolar incelenmiş ve son olarak da ENSGŞ'nin, TBK'nın GİŞ hükümleri ile TTK hükümleri kapsamındaki geçerlilikleri ve yorumu tartışılmıştır.

Bu çalışma kapsamında sigorta sözleşmesi, riziko, zarar ve sigorta tazminatı arasındaki ilişki ENSGŞ merkezinde incelenmiştir. Buna göre birinci bölümde sigorta hukuku kurallarına göre ENSGŞ hükümleri ile kurulacak sigorta sözleşmelerine hâkim genel kurallar incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan riziko kavramı açıklanmıştır. İlk iki bölümde yer verilen genel nitelikteki açıklamalar, sigorta sözleşmeleri ile eşya taşıma sigortalarını düzenleyen kuralları bir kez daha dikkate getirmeyi amaçlar. Uygulanan kuralların çeşitliliği ve sözleşmenin kurulmasından sonra oluşan girift yapının sebep olacağı yorum zorluklarının anlaşılabilmesinin, ancak ilk iki bölümdeki açıklamalara yer verilmesi ile mümkün olduğu düşünülmüştür. Üçüncü ve son bölümde ise, ENSGŞ hükümleri ile kurulan sigorta sözleşmelerinde riziko ile zarar arasındaki nedenselliğin ne şekilde tespit edileceği ayrıntılı şekilde tartışılmıştır.

Konunun incelenmesi TBK, TTK, sigortacılık mevzuatı ve ENSGŞ ile sınırlı tutulmuş, sigorta sözleşmesi özel şartları ve Enstitü Yük Klozları'ndan ilgili olduğu ölçüde bahsedilmiştir. Ayrıca bu çalışma temelde bir karşılaştırmalı hukuk çalışması değildir. Hukukumuzda eşya taşıma sigortalarına ilişkin mevcut mevzuat ve uygulama yetersizlikleri olduğu hâllerde, özellikle taşımacılık sigortalarının ayrıntılı düzenlendiği İngiliz hukuku ile Fransız hukukunda kabul edilen çözümlere gerektiği ölçüde değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞYA TAŞIMA SİGORTALARI

I. SİGORTA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

A. SİGORTANIN EKONOMİK İŞLEVİ VE ROLÜ

Sigorta kelimesi dilimize İtalyanca *sicurta* kelimesinden gelmiştir. *Sicurta* kelimesi İtalyancada emniyet, güvenlik anlamlarına gelir⁹. Sigorta sözleşmeleri ise ekonomik değeri olan bir menfaati teminat altına alır¹⁰. Sigortacılık sistemini belirleyen kurallar, yüzyıllar boyunca süregelen tecrübe ve bilgi birikiminin sonucunda günümüze kadar ulaşmıştır. Zaman içinde sigorta himayesi altına alınabilecek menfaatlerin artması ile sigortacılık faaliyeti gelişmiş ve bu durum sigortaya olan talebin artmasına sebep olmuştur.

1. Sigorta Kurumu ve Eşya Taşıma Sigortasının Geçmişi

İnsanlar her zaman korunma ihtiyacı içindedir. Bu ihtiyaç önceleri vahşi hayvanların, daha sonra diğer insanların saldırılarına karşı kendini göstermiştir. Zaman içinde insanların medeniyet seviyelerindeki artış, kendi kontrollerinde olmayan çeşitli olaylara karşı korunma bilincini de geliştirmiştir. Sigorta sistemi de işte bu bilincin ürünüdür.

Sigorta sistemine benzer ilk örnekler *Hammurabi* döneminde Mezopotamya’da rastlanır. *Hammurabi* döneminde kervanların haydutlar tarafından saldırıya uğraması sonucunda, taşınan eşyalar üzerinde menfaat sahibi olan kişilerin zarara uğraması nedeniyle yapılan ilk düzenlemelerde saldırıya uğrayan kervanlarda oluşan zararların kervan sahipleri arasında paylaştırılması yoluna gidilmiştir¹¹. Bu şekilde belirli bir menfaat topluluğu arasında birlik ve beraberlik oluşmuştur.

⁹ [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c01759847e84.21149673;](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c01759847e84.21149673;http://www.wordsense.eu/sicurtà/)
<http://www.wordsense.eu/sicurtà/>

¹⁰ Bozer, Ali, **Sigorta Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, s. 3.

¹¹ Sigortacılığın tarihçesi için bkz. Çeker, Mustafa, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku**, Karahan Kitabevi, 8. Bası, Adana, 2013, s. 6-7; Nicolas, Véronique, **Droit des Contrats d’Assurance**, Economica, Paris, 2012, s. 9; Bigot, Jean, **Traité de Droit des Assurances, Tome 3, Le Contrat d’Assurance**, L.G.D.J., Paris, 2002, s. 1 vd.

Günümüzdeki anlamıyla sigorta sözleşmesinin ilk örnekleri, Orta Çağ'da deniz ticaretinin gelişmesiyle denizcilik rizikolarına karşı ortaya çıkmıştır¹². Bunda hiç kuşkusuz müşterek avarya kurumunun rolü büyüktür.

Müşterek avarya, deniz ticareti hukukunun en eski kurumlarından biridir¹³. York Anvers Kuralları uyarınca¹⁴ müşterek avarya, ancak ve sadece müşterek bir deniz seferine atılmış bulunan varlıkların, karşılaştıkları tehlikeyi bertaraf etmek gayesi ile müşterek güvenlik için, bilinçli olarak ve *makul* bir şekilde olağanüstü bir fedakârlık ya da harcama yapılmasıdır. Müşterek avarya kurumu fedakârlığın denkleştirilmesi esasına¹⁵ dayanır. York Anvers Kuralları arasında düzenlenen Üstün Kural (*Rule Paramount*) uyarınca makul ölçüler içinde yapılmayan fedakârlık ve masraflar için hiçbir hâlde paylaşırma yapılmaz. Sigortacılık da, müşterek avaryada olduğu gibi rizikonun paylaşılması amacıyla çeşitli ihtiyaçlara cevap verebilmek amacıyla kabul edilmiştir. Bu doğrultuda önceleri, bir geminin limana varma ihtimali üzerine tahmin yürütmek üzerine kurulan büyük seferler için ödünç (*prêt à grosse aventure*) sistemiyle kısmen de olsa teminat sağlanmaya çalışılıyordu. Bu sistemde, bir donatan¹⁶ diğer donatanlardan seferi finanse edebilmek için ödünç para almakta ve belirli bir seferin zararsız tamamlanmasıyla ödünç bedeli, ödünç alan tarafından misliyle iade edilirdi¹⁷. Ancak bu sistemde riziko diğer katılımcılar arasında paylaştırılamadığı için gerçek anlamda bir sigorta işleminden bahsedebilmek mümkün değildir. Bu ödünç sistemi daha sonraları Avrupa'da *Kilise* tarafından yasaklanmıştır¹⁸.

¹² Kender, Rayegân, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 12. Baskı, İstanbul, 2013, s. 18 ve dn. 36'daki açıklamalar.

¹³ Avarya kelimesinin de İtalyanca'da "hasar, zarar" anlamına geldiği kabul edilir (Çetingil, Ergon, Rayegân Kender ve Samim Ünan, **Müşterek Avarya Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 1 vd).

¹⁴ 2004 York Anvers Kuralları Müsteşarlık'ın 13.1.2014 tarih ve 28881 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tebliği ile kabul edilmiştir. Anılan Kurallar'da yer alan yorum kuralı uyarınca 2004 York Anvers Kuralları müşterek avarya paylaşılmasında kendileriyle bağdaşmayan mevzuat ve uygulama dikkate alınmaksızın uygulanacaktır.

¹⁵ Fedakârlığın denkleştirilmesi esası, zarar verici davranışta hukuka aykırılığı önleyen bir sebep bulunmasına rağmen, zarara katlanacak kişiye yükletilen fedakârlığa karşılık, davranışı hukuka aykırı olmayan failin, mağdurun zararını tazmin etmesiyle açıklanır. Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 2**, Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, İstanbul, 2013, s. 4 vd. Ayrıca bkz. Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, 16. Baskı, Ankara, 2014, s. 505 vd.

¹⁶ TTK m 1061 donatanı, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi maliki olarak tanımlar. Madde gerekçesi, eTTK'da yer alan *deniz ticaretinde kullanan* ifadesinin mehz Alman kanunu ile uyumlu hâle getirilmesi amacıyla *menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan* şeklinde değiştirildiğini belirtir.

¹⁷ Aydemir, Pınar, **Deniz Sigortalarında Risk Değerlendirme**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s. 10; 29.

¹⁸ Ayrıca bkz. Ott, François ve Pascal Matthey, **Le commerce international des marchandises**, Schulthess, 2010, s. 214 vd.

Londra’da 1666 yılındaki büyük yangın sonrasında *Edward Lloyd*’a ait olan bir handa bu tip trajik sonuçları olan olayların mağdurlarına yardım edebilmek adına bir kişi birliği kurulmuştur. Bu şekilde İngiltere’de ilk sigorta faaliyetleri başlamış ve 1720’de bu topluluk Londra *Lloyd*’u unvanıyla bir sigorta şirketi olarak resmen tanınmıştır.

Fransa’da ise 1681 yılında kabul edilen Denizcilik Kararnamesi (*Grande Ordonnance de la Marine*) ile deniz sigortaları ilk defa resmi olarak kabul edilmiştir. İngiltere ve Fransa’daki ilk sigortacılık örneklerinden, zarar sigortalarının ilk ortaya çıkan sigorta türü olduğu ve insanların o dönemki temel amaçlarının zarara uğrayan ekonomik değerlerin yerine konulması (tazmin edilmesi) olduğu anlaşılr.

19. yüzyılın ortalarından itibaren yangın sigortaları gibi zarar sigorta ürünlerine (hizmetlerine) ek olarak, sorumluluk sigortalarının da sigorta şirketleri tarafından teminat altına alınabileceği kabul edilmiş ve bu yönde yeni sigorta ürünleri piyasaya sunulmuştur. Sanayi devrimi sonrasında batı dünyasında dini duyguların azalması, sorumluluk hukukuna ilişkin gelişmeler ile özellikle kusur aranmayan ve objektif değerlere dayanan sorumluluk hâllerinin kabulü, beraberinde işveren mali mesuliyet sigortalarının doğuşunu getirmiş, zorunlu sigortaların gelişmesini hızlandırmış ve yeni rizikoların sigorta teminatı altına alınmasını sağlamıştır¹⁹.

Tarihsel gelişiminden de anlaşılacağı üzere sigorta, belirli bir riziko sonucunda oluşabilecek zararın sigorta katılımcıları arasında dağıtılmasıdır. Sigorta kurumu, katılımcılarının dayanışma içinde bulunduğu bir kurumdur. Riziko, aynı tehlikeye maruz kalma ihtimali olanlar arasında dağıtılır. Gerçekten sigorta himayesi altında belli bir rizikoya karşı korunma ihtiyacı içinde olan katılımcıların çok azı, bu rizikonun tüm katılımcılar için aynı anda gerçekleşmesi nedeniyle zarara uğrar. Bu durum rizikonun ekonomik olarak üyeler arasında eşit dağıldığını gösterir²⁰.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Chagny, Muriel ve Louis Perdrix, **Droit des Assurances**, Lextenso, 2ème édition, Paris, 2013, s. 19 vd; Nicolas, 10 vd.

²⁰ Omağ, Merih Kemal, **Özel Sigorta Hukukunda Rizikonun Dağıtılması İlkesi**, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 1, S 1-2, s. 104; Asunakutlu, Tuncer, **Sigorta Açısından Güvenlik ve Risk**, Mevzuat Dergisi, Yıl 4, S 43, Temmuz 2001 (<http://www.mevzuatdergisi.com/2001/07a/01.htm>).

Sigortacılık, ortaya çıkışındaki teminat sağlama amacının zaman içinde gelişmesi, yaygınlaşması ve belirli düzenlemelere tabi kılınması ülke ekonomilerinin de gelişmesine doğrudan etki eder hâle gelmiştir.

2. Sigortanın Teminat Görevi

Hayatın olağan akışındaki tüm tehlikeleri öngörmek mümkün değildir. İnsan, doğa ve teknolojinin iç içe olduğu günümüzde, beklenmedik bir olay her an meydana gelebilir. Karşılaşılması muhtemel tüm rizikoları tahmin edebilmek de bu sebeple olanaksızdır. Bu durum da alınan tüm önlemlere rağmen umulmayan tehlikelerle karşı karşıya kalınması sonucunu beraberinde getirir²¹. Sigorta sözleşmesi ile sigorta ettiren, ödediği prim karşılığında sözleşme kapsamındaki rizikonun gerçekleşmesine karşı belirli bir menfaati sigorta himayesi altına alır. Zarar sigortaları açısından bu durum değerlendirildiğinde buradaki menfaat, sigortalanan aktif değer ile sigorta ettiren ve sigortalı arasındaki değer ilişkisi anlamına gelir. Bu şekilde sigorta ettiren, ekonomik menfaatini teminat altına alarak kendisine güvence sağlamış olur. Dolayısıyla, zarar sigortaları bu hâliyle bir tazminat sözleşmesi türü olarak nitelendirilir²².

Zarar sigortalarında, sigorta güvencesi, sigorta ettiren ve sigortalının ekonomik menfaatini korumak dışında, bu kişilerin alacaklıları ve kredi verenleri için de ek teminat sağlar. Günümüzde, işyeri kira sözleşmelerinden mal satış sözleşmelerine kadar ticari işlere ilişkin sözleşmelerde, ekonomik değerlerin sigorta ettirilmesine ilişkin şartlar çoğu zaman sigorta sözleşmesine yabancı üçüncü kişilere de güvence sağlamayı amaçlar ve akdi yükümlülüklerin ifası amacıyla yapılır. Bunun temel sebebi üçüncü kişiler için öngörülebilir bir hukuki durum yaratarak, onlara ek güvence sağlamaktır²³.

Zarar sigortalarının sigorta ettirene, sigortalıya ve sigortalı ile ilişkili kişilere güvence sağlama işlevi bir takım dolaylı sonuçları beraberinde getirir. Sigorta himayesi altına alınan

²¹ Bozer, s. 3.

²² CA m L. 121-1'in emredici hükmü ile Fransız sigorta hukukunda bu durum bir kanun hükmüyle açıkça kabul edilmiştir (Chagny / Perdrix, s. 297). Zarar sigortalarının teminat sağlama işlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Le Tourneau, Philippe, **Droit de la Responsabilité et des Contrats**, Dalloz, 9ème édition, Paris, 2012, s. 2701 vd.

²³ İnşaat işlerine ilişkin kurulan eser sözleşmelerinde inşaat faaliyetleri sebebiyle oluşan rizikoları teminat altına almak için yapılan inşaat *all-risk* sigorta sözleşmelerine ek olarak yüklenicinin *üçüncü kişi mali mesuliyet sigortası*, *işveren mali mesuliyet sigortası* ve *ferdi kaza sigortası* yapmasının temel sebebi budur.

ekonomik değerde meydana gelebilecek bir azalmanın ekonomik olumsuzluklarını teminat altına alan sigorta, değerin aynen korunmasını sağlayarak ekonomiye de katkı sağlar.

3. Sigorta Sözleşmesinin Ekonomik İşlevi

Zarar sigortalarında, sigortalının sözleşme kapsamındaki rizikolara karşı teminat altına alınan ekonomik menfaati, mevcut ekonomik değerlerin korunarak bir anlamda sigorta sözleşmesi süresince dengede kalmasını sağlar. Bu sayede sigorta ettiren, sigortalı, bunlarla ilişki içinde bulunan alacaklı ve kredi veren kuruluşlar ile bunların hissedarlarının ekonomik menfaatleri teminat altına alınır. Ticari kredi almak isteyen bir kişinin ticari işletmesi ve bu işletmeyi oluşturan mallarının sigortalanması finans kuruluşları nezdinde güvence sağlar ve sigortalının kredi almasını kolaylaştırır²⁴. Bu durum zarar sigortalarının, sigorta ettiren ve sigortalı açısından görünümüdür.

Günümüzde sigorta şirketleri ve genel anlamda sigortacılık faaliyetinin tamamı devlet denetimi altındadır. Bu denetimin çeşitli amaçları vardır. Bu denetimin kuşkusuz en önemli amacı, sigorta şirketleri başta olmak üzere sigortacılık sektöründe faal piyasa aktörlerinin sigorta sözleşmeleri ile üstlenmiş oldukları yükümlülükleri (ör., rizikoyu taşıma), sözleşme süresi boyunca yerine getirebilmesidir. Bu şekilde sigorta, sermaye ve emeği koruyarak sermayenin birikimine aracı olur²⁵.

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren tarafın edim yükümlülüğü sigorta bedelinin, yani primin ödenmesidir. Sigorta ettirenin ödemiş olduğu prim karşılığında sigortacı, teminat altına alınan rizikoyu sözleşme süresince üzerinde taşır. İşte sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamında tahsil etmekte olduğu primler, aktüerya prensipleri ışığında aynı rizikosu sigortalanmış kişiler ile beraber bir fonda toplanır ve sigortacı tarafından kullanılır. Farklı sigortacılar tarafından toplanan bu fonlar, borsaya ve para piyasalarına aktarılarak değerlendirilir. Primler aracılığıyla yaratılan fonlar dolaylı olarak sermaye piyasalarının gelişmesine katkı sağlar. Sigortacılıkta devlet denetimi ile ilişkili piyasaların da usulüne uygun işleyişi güvence altına alınır.

²⁴ Çeker, s. 5; Bozer, s. 5.

²⁵ Çeker, s. 6; Bozer, s. 5. Sigortacılar, tahsil ettikleri sigorta primlerini hisse senedi, tahvil, gayrimenkul gibi farklı yatırım araçları vasıtasıyla değerlendirerek ekonomiye geri döndürürler (Aydemir, s. 7).

4. Sigortanın Bir Ticari İş veya Tüketici İşlemi Olması

eTKHK'nın yürürlükte olduğu dönemde hukukumuzda sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılabileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelere TTK'nın 6. kitabında yer verilir. Düzenlendiği yer itibarıyla TTK m 3 uyarınca sigorta hukukuna ilişkin düzenlemeler kendiliğinden ticari iş sayılır ve ticari işe bağlanan sonuçların doğrudan uygulanması beklenir²⁶.

SK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar TTK'da düzenlendikleri için, ilke olarak TTK m 4 hükmü uyarınca asliye ticaret mahkemelerinin yetki alanına girdiği savunulabilir.

TKHK'nın kabul edilmesine kadar²⁷ hukukumuzda üst paragraflarda açıklanan nedenlerle sigorta sözleşmelerinin taraflar için ticari iş olarak addedilmesi, sigorta sözleşmelerini ticari veya mesleki amaçlarla akdetmeyen kişiler açısından tüketici mevzuatının uygulanabilirliğinin sorgulanmasına sebep olmuştur²⁸. Gerçekten nasıl bir tüketici işleminde ödeme aracı olarak tüketicinin kıymetli evrak düzenleyerek tacire teslim etmesi hâlinde artık kıymetli evrak hukukuna ilişkin TTK hükümleri uygulama alanı bulacak ve tüketicinin korunması yerini ticaret hukuku kurallarına bırakacaksa, sigorta ilişkisinde de hukukumuzda böyle bir özellik mevcuttu. Ancak TKHK'nın yürürlüğe girmesiyle artık bu

²⁶ Örneğin ticari işlerdeki faizin taraflarca serbestçe belirlenebilmesi kuralı sigorta sözleşmeleri için de uygulama alanı bulur. Ticari işe bağlanan hukuki sonuçlar için bkz. Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 18. Baskı, Ankara, 2013, s. 67 vd. Konunun tüketici sözleşmeleri ve mesafeli satışlar açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. Atamer, Yeşim M., **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 140 vd.

²⁷ TKHK, Resmi Gazete'de 28.11.2013 gününden yayımlanmış ve *Yürürlük* başlıklı m 87 uyarınca 28.5.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁸ Sigorta hukukunda “sigorta ettirenin” kanun ve Yargıtay içtihatları tarafından tüketici olarak kabul edilmemesi yönündeki tespit için bkz. Memiş, Tekin, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 89; Ulaş, Işıl, **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku**, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2012, s. 75. Aynı yazarın “sigorta ettirenin” tüketici hukuku anlamında tüketici olduğu yönündeki tespitleri için Memiş, Tekin, **Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi**, Türkiye Barolar Birliği Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, 19-20 Kasım 2004, İstanbul, s. 123; 134 vd. Aynı yönde Özdamar, Mehmet, **Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 75 vd. Bu görüşlere ek olarak TTK Genel Gerekeçesi'nin 209. paragraf başlığının “*Tüketiciyi Aydınlatma Açıklaması*” şeklinde düzenlenmesi, kanun koyucunun iradesini sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılması yönünde olduğu şeklinde yorumla müsaittir. eTKHK dönemindeki bu tartışmalar TKHK'nın kanunlaşması ve sigorta sözleşmelerinin açıkça tüketici işlemi kapsamına dâhil edilmiş olması sebebiyle artık sona ermiştir.

soru işaretleri ortadan kalkmış ve kişisel ihtiyaçları için sigorta sözleşmesi akdeden kişiler kanunun açık hükmü sayesinde tüketicinin korunması hakkında mevzuat hükümlerinin kapsamına dâhil edilmiştir²⁹.

Fransız hukukunda CCom m L. 110-2 uyarınca deniz sigortaları ticari iş sayılmakta, diğer sigorta sözleşmelerinin hukuki niteliği ise sözleşme taraflarına göre değişkenlik gösterir. Sigortacının bir anonim şirket olduğu hâllerde sözleşme ticari iş sayılmaktayken, kâr amacı gütmeyen kuruluşlar (*société d'assurance mutuelle*) tarafından akdedildiği zaman bu niteliği taşımadığı kabul edilir³⁰. İngiliz hukukunda da sigorta sözleşmelerinin tamamı için kabul edilmiş bir nitelendirilme bulunmaz. Taraflarının niteliği ve sigorta ürününün türü, sözleşmeye uygulanacak kurallar açısından belirleyici olur³¹.

İngiliz ve Fransız hukuklarındaki bu yaklaşımın temel sebebi, sigorta sözleşmelerinin ayrı kanun veya kanunlarla ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olmasıdır. Oysa ülkemizde sigorta hukuku, TTK ve SK başta olmak üzere sigortacılık mevzuatı hükümleri aracılığıyla çelişki ve anlaşmazlıklara zemin hazırlar şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucunun sigorta sözleşmeleri düzenlemesinde cimri davranmış olması, Türk sigorta hukukunun gelişmesini ve ilerlemesini engeller.

B. SİGORTA SÖZLEŞMESİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Sigorta sözleşmesi, başta TTK ve SK hükümleri ile Müsteşarlık'ın kabul ettiği sigortacılık mevzuatı aracılığı ile düzenlenir. Sigorta sözleşmesinin tanımı TTK m 1401'de kanun koyucu tarafından yapılmış³² ve fakat bu tanım öğretide haklı olarak eleştirilmiştir³³.

²⁹ TKHK'nın sigortacılık alanına getirdikleri için bkz. Birinci bölüm I.C.4.b.

³⁰ Nicolas, s. 105.

³¹ Rose, Francis D., **Marine Insurance Law and Practice**, Informa, London, 2012, s. 8 vd.

³² TTK m 1401 uyarınca sigorta sözleşmesi, *sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi* ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği m 7(1) TTK m 1401 kapsamında teminat verilmesine yönelik faaliyetlerin sigortacılık faaliyeti olduğunu hükme bağlar. Müsteşarlık'ın sigorta faaliyetini neden bir kez daha tanımlama gereği duyduğu anlaşılamamaktadır. Sigorta sözleşmesinin, öğretide tarafından neredeyse oybirliği ile eleştirilen tanımına atıfta bulunularak, sigorta faaliyetinin teknik özelliklerini dikkate almadan kabul edilen bu tanımın yetersiz olduğunu düşünüyoruz.

³³ Kender, s. 164 vd. TTK'nın zarar sigortalarına ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. Ünan, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın "Sigorta Hukuku" Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler**, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 112 vd.;

Sigorta sözleşmesi öğretide *sigortacının sigorta himayesini ve sigorta ettirenin bir prim ödeme borcunu üzerine aldığı (tam iki taraflı) karşılıklı taahhütleri havi, borç doğuran bir sözleşme* şeklinde tanımlanır³⁴. Buna göre, sigorta ettirenin prim ödeme borcunun karşılığında sigortacı, sigorta sözleşmesi süresince sözleşmede belirli rizikoları himaye altına alır ve rizikonun gerçekleşerek bir zararın meydana gelmesi hâlinde sigortalıyı bu zarar ölçüsünde tazmin eder veya belirlenen bedeli sigortalıya ödeyerek borcunu ifa eder.

Zarar sigortaları açısından değerlendirildiğinde sigorta sözleşmesi, tazminat sözleşmesinin bir türüdür³⁵. Sigortacı, sigorta sözleşmesi ile sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi hâlinde ortaya çıkacak zararı sigortalıya öder.

TTK ve öğretinin kabul ettiği tanımlardan da anlaşılaacağı üzere, sigorta sözleşmesi kanunda özel olarak düzenlenmiş, rızai bir sözleşmedir³⁶. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu karşılığında sigortacının sigorta himayesi sağlama ve rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigorta bedelini ödeme yükümlülüğü, sözleşme taraflarının edimlerinin *sinallagma* ilişkisi içinde olduğunu ve sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olduğunu gösterir³⁷. Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigortacının edim yükümlülüğü çoğunlukla *verme*, nadiren de *yapma* şeklindedir³⁸.

Ünan, Samim, 2011 Tarihli Türk Ticaret Kanunu Zarar Sigortaları, http://www.tsb.org.tr/images/Documents/Samim_Unan_Zarar_Sigortaları.pdf; Memiş, Tasarı, s. 89.

³⁴ Kender, s. 169. Benzer bir tanım için bkz. Beignier, Bernard, **Droit des Assurances**, Montchrestien, 2011, Paris, s. 14-15. Çeşitli hukuk sistemlerinde verilen tanımlar için bkz. Nicolas, s. 79, 80. Fransız öğretisinde sigorta sözleşmesine ilişkin tanımların hiçbirinin sözleşmenin özelliklerini tam olarak açıklamak için yeterli olmadığına ilişkin görüşler de mevcuttur. Buna göre sigorta sözleşmesinin tanımı yapılırken *hukuki* tanım ile *teknik* tanımın birbirlerini tamamladıkları savunulur. Buna göre sigortanın teknik tanımına dâhil edilen rizikonun aynı riziko sigortalılar arasında paylaştırılması; reasürans ve birlikte sigorta kavramlarının da sigorta sözleşmesinin tanımı için gerekli olduğu ileri sürülür. Teknik ve hukuki ayrımın kaynağını, sigortanın konusunu oluşturan rizikonun iç (sigortacının aynı rizikoyu katılımcılar arasında paylaştırması) ve dış (sigortacının kendi üzerindeki rizikoyu başka sigortacılar arasında dağıtması) dağıtımı oluşturur. Ayrıca zarar ve can sigortaları ayrımı ile yeni rizikolara karşı sigorta himayesi sağlama gayesi, sigorta sözleşmesi için tek bir tanım yapılmasını güçleştirdiği ileri sürülür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nicolas, s. 81 vd.; Chagny / Perdrix, s. 30 vd.; Omağ, Rizikonun Dağıtılması, s. 104.

³⁵ Bu durum özellikle zarar sigortalarında belli bir zararın tazmin edilmesi amacını taşıdığı için daha belirgindir.

³⁶ Bozer, s. 21; Nicolas, s. 96, 99. Sigorta sözleşmesinin kanun ve denetim makamı tarafından düzenlenmesi, sigorta sözleşmesi taraflarının sözleşme serbestisini önemli ölçüde kısıtlar (Brulhart, Vincent, **Droit des assurances privées**, Stampfli Verlag AG, Bern, 2008, s. 118-119).

³⁷ Kender, s. 169; Bozer, s. 21-22; Chagny / Perdrix, s. 75; Nicolas, 89 vd., 97.

³⁸ Hiç kuşkusuz sigortacı tarafından rizikonun gerçekleşmesi sonrasında sigortalıya ödenen belli bir miktar para *verme* borcunu oluşturur. Ancak özellikle Avrupa Birliği hukukunda kabul edilen hukuki koruma ve destek sigortalarında sigortacı, sigortalıya karşı sözleşme ile belirlenmiş edimleri ifa etme, bir başka deyişle *yapma* borcu yüklenmiştir (Nicolas, s. 104, 105).

Sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan ve aşağıda³⁹ ayrıntılı bir şekilde açıklanacak olan “riziko”, tesadüfî niteliği ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olması sebebiyle sigorta sözleşmesine tesadüfî bir karakter katar⁴⁰. Zira rizikonun ve dolayısıyla sözleşmenin tesadüfî nitelikten yoksun olması hâlinde sözleşme kesin hükümsüz⁴¹ olur.

Sigorta ettirenin prim ödeme borcu sebebiyle sözleşme ivazlı (karşılıklı) bir sözleşmedir⁴². Sözleşme süresince sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğü sebebiyle sigorta sözleşmesi sürekli edimli niteliktedir⁴³. Sürekli edimli niteliği, diğer hukuki işlemlere kıyasla sigorta sözleşmesinde dürüstlük kuralına yüklenen önemi haklı çıkarır.

Sigorta sözleşmesi, SK m 11’e⁴⁴ göre Müsteşarlık tarafından hazırlanan genel şartlara uygun olarak akdedilmek zorundadır. Dolayısıyla tarafların bu genel şartlara müdahaleleri mümkün değildir⁴⁵. SK m 11 ile kabul edilen bu ilke, Avrupa Birliği’nin Sigortacılık

³⁹ Bkz. İkinci bölüm.

⁴⁰ Bozer, s. 22, 25; Chagny / Perdrix, s. 76; Bigot, s. 61 vd.

⁴¹ TTK m 1401 uyarınca sigorta sözleşmesi ile sigortacı rizikoyu taşımayı üstlenir. Bu sebeple sigorta sözleşmesinin kuruluşu ve ifası süresince gerekli özellikleri haiz bir “rizikonun” mevcut olması gerekir. Sigorta sözleşmesi ile sigorta himayesi altına alınan rizikonun gerçekleşmesi sözleşme tarafları için belirsiz olmalıdır. Rizikonun gerçekleşmesi sözleşme tarafları için bir ihtimal olarak kalmalı ve gerçekleşmesi münhasıran taraflardan birinin iradesine bağlı olmamalıdır. Karar riskleri veya spekülasyon rizikoları olarak adlandırılan tesadüfî niteliği haiz olmayan rizikoların iktisadi sonuçlarının sigortalanması mümkün değildir. Bkz. Can, Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku**, İmaj Yayınevi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, 2009, Ankara, s. 9-10. Rizikonun özellikleri ve tesadüfî niteliği hakkında açıklamalarımız için ayrıca bkz. İkinci bölüm I.A.1 vd. Sigorta sözleşmesinin kuruluşu anında sigorta himayesi altına alınan rizikonun tesadüfî nitelikten yoksun olması durumunda kesin hükümsüzlük söz konusu olur. Şöyle ki, sigorta sözleşmesi sigorta ettiren ile sigortacının irade beyanları ile kurulur. Dolayısıyla burada hukuki anlamda bir “yokluk” söz konusu değildir. Emredici hukuk kurallarına, yani sigorta sözleşmesinin kurulabilmesi için gereken rizikonun gerekli niteliği haiz olmaması ve dolayısıyla mevcut olmaması gerekçesiyle kesin hükümsüzlük söz konusudur.

⁴² Chagny / Perdrix, s. 76; Nicolas, s. 98.

⁴³ Bozer, s. 22; Chagny / Perdrix, s. 79; Nicolas, s. 101. Ayrıca sigorta ettirenin prim ödeme borcunu taksitle ödediği haller de sigorta sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunun göstergesidir. Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği m 5(3) uyarınca sigorta şirketi, sigorta sözleşmesi ile yüklendiği asli edim borcu olan rizikoyu taşıma ve riziko gerçekleştiğinde tazminat ödeme borcunu başkasına devredemez. Anılan madde ile kabul edilen düzenleme sözleşmeler hukuku anlamında bir yenilik teşkil etmez. TBK m 196, borcun dış üstlenilmesinin ancak alacaklının (sigortalının) rızasıyla mümkün olacağını hükme bağlar. Dolayısıyla yönetmeliğin anılan maddesi, TBK m 196 ile kabul edilen genel ilkeye bir istisna getirir. Bununla birlikte, sigorta sözleşmesinin feshi ve başka bir sigorta şirketi ile yeni sözleşme imzalanması yoluyla bu yasak aşılabılır.

⁴⁴ Anılan hüküm uyarınca, “Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir.” Önemle belirtelim ki sigorta genel şartlarını aynen uygulama zorunluluğu, sigorta genel şartlarının yorumu aşamasında duraksamalara sebep olur.

⁴⁵ Özellikle Fransız hukukunda sigorta genel şartlarının sigortacı tarafından tek taraflı hazırlanması sebebiyle sigorta sözleşmesinin katılmalı (iltihaki) bir sözleşme olduğu savunulur (Chagny / Perdrix, s. 79). Aynı yönde Eren, s. 214. Bozer’e göre, hukukumuzda sigorta genel şartları tarafların biri tarafından hazırlanmadığı için

Sektöründeki Belirli Anlaşma, Karar ve Uyumlu Eylem Kategorilerine 81-(3). Maddenin Uygulanması Hakkında 358/2003 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün (15) numaralı paragrafında⁴⁶ kabul edilen sigorta genel şartlarının bağlayıcı olmama ve sigortacıların müşterilerine farklı poliçe şartları sunma serbestisine aykırıdır. Bu durum, sigorta sözleşmelerinin incelemesi sırasında karşılaştırmalı hukuk verileri açısından esaslı bir farklılık olarak karşımıza çıkar.

Mal sigortalarında, öncelikle sigorta ettirenin sigortalı şey üzerindeki menfaatinin mevcudiyeti sebebiyle *intuiti rei* karakterli, sözleşme konusu menfaatin el değiştirmesi anında sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sebebiyle *intuiti personae* karakterli bir sözleşmedir⁴⁷.

Son olarak, sigorta sözleşmesi, sözleşme taraflarının *azami iyiniyet ilkesine* uyma yükümlülüğünün en kuvvetli görüldüğü sözleşmelerdendir. Sigorta sözleşmelerinin azami iyiniyet esası üzerine kurulduğuna, TTK'nın çeşitli madde gerekçelerinde yer verilir⁴⁸. Azami iyiniyet ilkesi ile anlaşılması gereken "objektif iyiniyet" olup, TMK m 2 ile düzenlenen dürüstlük kuralı anlaşılmalıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında, sözleşmenin kurulması ve daha sonra ifası aşamalarında sözleşme taraflarının birbirlerini aydınlatma ve birbirlerini sürekli bilgilendirme yükümlülükleri TMK m 2'nin sigorta sözleşmelerindeki görünümüdür.

sigorta sözleşmesi katılmalı nitelik taşımaz (Bozer, s. 29 vd.). Benzer yönde sigorta sözleşmesinin her zaman katılmalı nitelik taşıdığının kabul edilmesinin çok genel bir kabul olduğu hakkında bkz. Nicolas, s. 102. Özellikle banka ve büyük işletmelerle imzalanan sigorta sözleşmelerinin bu kurumların hukuki ve teknik danışmanlık alabilmeleri sebebiyle katılmalı sayılmayacağı yönünde inceleyiniz Bigot, s. 60. İsviçre öğretisinde, sigorta genel şartlarının normlar hiyerarşisinde kanunun emredici hükümlerinden sonra geldiği (geri kalan kanun hükümlerinin üzerinde yer aldığı) kabul edilir. Bu özelliği sebebiyle sigorta genel şartları için "kanun koyucusu olmayan mevzuat" (*législation sans législateur*) benzetmesi kullanılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brulhart, s. 120-124.

⁴⁶ Tüzük'ün Fransızca tam metni için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:053:0008:0016:FR:PDF>

⁴⁷ TTK m 1470. Ayrıca bkz. Bozer, s. 23-24. Özellikle can sigortalarının kişiye bağlı olarak kurulduğu yönünde bkz. Nicolas, s. 103 vd.

⁴⁸ Örneğin TTK m 1412 madde gerekçesinde sigorta sözleşmesinin *azami iyiniyet* esası üzerine kurulduğu ve bu esasın hem sigortacı hem de sigorta ettiren açısından geçerli olduğu açıklanmıştır. TTK m 1413 madde gerekçesinde ise sigorta sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliğinden yola çıkılarak *güven ilişkisinin* en yoğun yaşandığı sözleşmeler arasında yer aldığı ve *güven ilişkisinin* ortadan kalkmasının borç ihlallerine veya öngörülemeyen ifa güçlüklerine dayanabileceği belirtilmiştir. TTK m 1426 ve m 1439 madde gerekçelerinde de *iyiniyet* ilkesine gönderme yapılmıştır. TTK m 1436'da ise sigorta ettirenin sözleşme öncesi dönemde bir hususu *kötüniyetle* saklaması durumunda sorumlu olacağını hükme bağlar. Bununla birlikte *iyiniyet* ve *dürüstlük* ilkelerinin birbirinden bağımsız kavramlar olmaları ve sırasıyla TMK m 3 ve m 2'de ayrı ayrı düzenlenmiş olmaları sebebiyle sigorta sözleşmesinin bu kavramlardan hangisi üzerine kurulduğu açık şekilde tespit edilmelidir.

Önemle vurgulayalım ki bu yükümlülükler sözleşme taraflarının her birine ayrı ayrı yüklenmiştir^{49, 50}.

C. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE KURULMASI

1. Sigorta Sözleşmesinin Şekli

Sigorta sözleşmesini düzenleyen başta TTK ve SK hükümleri olmak üzere sigorta mevzuatında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla, sigorta ettiren ile sigortacı şirket arasında kurulacak olan sigorta sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için herhangi bir şekil şartı aranmaz. Bu durum öğreti⁵¹ ve Yargıtay içtihatlarında⁵² da aynen benimsenir.

Sigorta sözleşmesinin kurulmasında kural şekil serbestisi olmakla birlikte, sözleşmenin ispatı için yazılı delil gerekir⁵³. TTK sigortacı ve acentesini, sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra belirli süreler içinde, yetkililerince imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlü tutar⁵⁴. Sigortacının bu yükümlülüğünü yerine

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Lambert-Faivre, Yvonne ve Laurent Leveneur, **Droit des Assurances**, Dalloz, 13ème édition, Paris, 2011, s. 198 vd.; Chagny / Perdrix, s. 80; Nicolas, s. 100; Bigot, s. 60-61.

⁵⁰ Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler için bkz. Çeker, s: 58-59. Müsteşarlık'ın kabul etmiş olduğu 19.2.2008 tarih ve 2008/7 sayılı Genelge ile 1.5.2008 tarih ve 2008/12 sayılı Genelgesi'nde sigorta sözleşmelerinin *objektif iyiniyet* kuralının en kuvvetli görüldüğü sözleşmelerden olduğunun altı çizilir. *Azami iyiniyet* kavramı, İngiliz sigorta sözleşmeleri hukukundan hukukumıza aktarılmıştır. Şöyle ki, İngiliz hukukunda tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmalarına ilişkin TMK m 2 gibi genel nitelikte bir hüküm bulunmaz. Dolayısıyla, bu boşluk ancak sözleşmeye eklenecek *“utmost good faith”* (azami iyiniyet veya *uberrimae fidei*) kaydı ile doldurulabilir (bkz. Akgün, Evrim, **Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2010, s. 17). MIA m 17, deniz yolu ile taşıma sigortalarında ENSGŞ m 9 f. (1) benzeri bir hükme yer verir. Anılan madde, deniz yolu ile yapılan taşımalara ilişkin sigorta sözleşmelerinin dürüstlük kuralı üzerine kurulduğu ve taraflardan herhangi birinin bu kuralı ihlal etmesinin diğer tarafa sözleşmeyi tek taraflı fesih hakkı vereceği hükme bağlar. Özünde MIA m 17, taraflardan herhangi birinin bilgisi dahilinde olan bir konuyu diğer tarafın dikkatine getirmekten imtina etmesini yasaklar (bkz. Dunt, John, **Marine Cargo Insurance**, Informa, London, 2009, s. 69). Tüm bunlar ışığında kanun koyucunun TTK Genel Gerekçesi'nde dürüstlük kuralı (güven ilkesi) yerine ve onunla eşanlamlıymış gibi anlaşılabilecek şekilde İngiliz hukukundan aktarılan *azami iyiniyet* kavramını kullanmakta ısrar etmesinde hatalı olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca aşağıda bkz. Birinci bölüm I.D.

⁵¹ Berthoud, Denise, **L'assurance des Marchandises contre les Risques de Transport Conditions Générales Suisses de 1940**, Delachaux&Niestlé S.A., Neuchâtel, 1942, s. 9 vd.; Kender, s. 170; Çeker, s. 59; Bozer, s. 23; Ulaş, s. 11-12.

⁵² Yarg. 11. HD. 19.11.1988 tarih ve 1987/5441E., 1988/45K.; aynı yönde Yarg. 11. HD. 6.5.1980 tarih ve 1980/2017E., 1980/2461K. (Ulaş, s. 11'den naklen).

⁵³ Kender, s. 170; Ulaş, s. 12. TTK uyarınca sigortacı tarafından düzenlenmesi zorunlu olan sigorta poliçesi yazılı delil aracıdır.

⁵⁴ TTK m 1424 uyarınca sigortacı, sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmi dört saat, diğer hâllerde on beş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür. Acenteler Yönetmeliği uyarınca, sigorta sözleşmesi akdetme yetkisi acentelere verilecek vekâletname ile devredilebilir. Böyle bir yetki devri olmaması hâlinde ise acentenin sigorta sözleşmesi yapma yetkisi yoktur. Sigortacı ve yetkilendirilmiş olması hâlinde acentesi poliçenin geç

getirmemesi hâlinde, sözleşmenin varlığı HMK ile düzenlenen genel hükümler aracılığı ile belirlenir⁵⁵.

2. Sigorta Sözleşmesinin İçeriği

SK m 11 uyarınca taraflar, Müsteşarlık tarafından kabul edilen genel şartları müzakere etmeden, içeriğine etki edemeden *aynen* uygulamak zorundadır. Hukukumuzda sigorta sözleşmelerinin içeriğine ilişkin olarak sözleşme taraflarının müdahale hakları sınırlıdır. SK m 11'e ilişkin gerekçe⁵⁶, anılan hükmün sigortalının korunması amacı olduğunu şu şekilde açıklamıştır:

*“Sigorta mevzuatının **teknik ve ayrıntılı bilgiler gerektirmesi** nedeni ile sigortalı olmak isteyenlerin, sigortanın kapsam ve ilgili diğer hükümlerine ilişkin doğru ve yeterli bilgiye sahip olarak sözleşme yapması, **sigortalının korunması açısından büyük bir önem arz ettiğinden, eTTK’nın sigorta sözleşmelerine ilişkin hükümlerine de paralel olarak sigorta sözleşmelerinin Müsteşarlıkça onaylanan genel şartlara göre yapılması öngörülmüştür.** Ancak, bu düzenleme ile eTTK çerçevesinde, önceki uygulamaya açıklık getirilerek, sigorta genel şartlarının sözleşmenin ana muhtevası olduğu hususu vurgulanmıştır. Böylelikle, taraflar her zaman için kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve adaba aykırı olmamak ve sigortalı aleyhine olmamak üzere genel şartları değiştirici nitelikte dahi olsa özel şart kararlaştırabileceklerdir. Diğer taraftan, Avrupa Birliği Direktiflerine göre, sigorta genel şartları tasdike tabi değildir ve her şirket kendi genel şartlarını hazırlamaktadır. Gerek ürün çeşitlendirmesini, gerekse Avrupa Birliğine uyumu sağlayabilmek açısından, Müsteşarlığa onay zorunluluğunu kaldırmak suretiyle sigorta genel şartlarının belirlenmesini şirketlere bırakma yetkisi tanınmış ancak bu durumda da, genel şartların asgari içeriğinin ne olması gerektiği ayrıca belirtilmiştir.”*

verilmesinden doğan zarardan sorumludur. Anılan hükmek ek olarak, TTK m 1526 f. (2) uyarınca sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, istampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla atılabilir. Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği m 9(6) uyarınca mesafeli akdedilen sözleşmelerde sigortacının poliçeyi elektronik imza ile imzalaması mümkündür. Tüm bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi, poliçenin sigortacı tarafından düzenlenmesi gerektiği için yalnız sigortacının poliçeyi usulüne uygun olarak imzalaması yeterlidir. Poliçenin geçerli addedilmesi için ayrıca sigorta ettiren veya sigortalı tarafından imzalanmasına gerek bulunmaz.

⁵⁵ Poliçelere ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci bölüm 1.G.

⁵⁶ SK’nın genel ve madde Gerekçesinin tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm>

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, SK ile sigorta genel şartlarının Müsteşarlık tarafından hazırlanarak aynen uygulanması zorunluluğu esasen sigorta ettiren ile sigortalıyı koruma amacıyla kabul edilmiştir. Tarafların bu genel şartlar üzerinde tasarruf hakkının bulunmaması da, bu gerekçeyle getirilen bir kuraldır. Müsteşarlık tarafından onaylı sigorta genel şartlarını aynen uygulama zorunluluğu, sigorta sözleşmesinin yorumu aşamasında sigorta ettiren, sigortalı ve sigortacı için hukuki belirsizlik yaratır.

3. Sigorta Sözleşmesinin Kurulması

Sigorta sözleşmesinin kuruluşu için TTK veya SK herhangi özel bir düzenleme getirmez. Dolayısıyla TBK'nın sözleşmenin kuruluşuna ilişkin genel hükümleri uygulama alanı bulur⁵⁷.

Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte, sigortacı ve acentesi sigorta ettirene karşı TTK m 1423, Bilgilendirme Yönetmeliği ve Müsteşarlık tarafından kabul edilen Genelgeler uyarınca sürekli aydınlatma yükümlülüğü altına girer. Sigorta sözleşmesinin bir broker aracılığı ile kurulduğu durumda, sigortacı bilgilendirmeyi broker'a yapmakla yükümlüdür⁵⁸.

TBK'nın öneri ve kabule ilişkin⁵⁹ genel hükümlerinin sigortacılıktaki görünümü, teklifnamedir. Sigorta ettiren, himaye altına alınmasını talep ettiği riziko ve riziko ile ilgili bilgileri sigortacının kendisine göndereceği teklifnameyi doldurmak suretiyle sigortacıya bildirir. Sigortacının bunu kabulü ile sigorta sözleşmesi kurulur⁶⁰. Teklifnamenin sigorta ettiren tarafından doldurulması sırasında, sigorta ettirenin sahip olduğu tüm bilgileri eksiksiz bir şekilde teklifnameye aktarması gerekir. Bu, dürüstlük kuralının sigorta sözleşmesinin kurulması aşamasında sigorta ettirene yüklediği bir zorunluluktur. Sigorta ettirenin teklifnamede kendisine yöneltilmiş olan sorulardan herhangi birine eksik veya yanlış cevap

⁵⁷ Kender, s. 171.

⁵⁸ Akgün, s. 29. SK m 2(1)-(b) uyarınca broker, acente gibi bir sigorta aracıdır. Hukukumuzda, broker kavramının yerine simsarın ikame edilebileceği öngörülür. Broker, acentelerin aksine sigortacıyı temsil etmez; sigortacıdan bağımsızdır ve SK m 2(1)-(d) uyarınca sigorta ettirenin temsilcisidir. Broker'ın görevi müşterisinin ihtiyaçları doğrultusunda ve onun menfaatlerini gözeterek en uygun sigorta ürününü temin etmektir. Bu yönüyle broker, tellaldan ayrılır. Konu hakkında bkz. Özdamar, Mehmet, **Sigorta Brokeri ve Hukuki Niteliği**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 57, S 3, 2008, Ankara, s. 531; Kender, s. 102.

⁵⁹ Müsteşarlık'ın 1.5.2008 tarih ve 2008/12 sayılı Bilgilendirme Yönetmeliği'nin Uygulanması Hakkında Genelge II'de teklifnamenin hukuksal açıdan öneri veya öneriye davet niteliği taşıdığı ve teklifnamenin verildiği anda sözleşme ilişkisinin ilk adımı atıldığı kabul edilir.

⁶⁰ Kender, s. 171.

vermesi sigorta sözleşmesinin geçerliliğini etkileyebilir. Bu kapsamda, sigortacının sözleşmeden dönmesine, sözleşmenin feshine veya sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü gündeme gelebilir⁶¹.

Müştaşarlık, TBK m 8 f. (2)'nin özel görünümü olarak, sigorta prim miktarının açık ve net olarak gösterilmesi ve sigorta ürününün tanıtımının teknik personeller⁶² aracılığı ile yapılması kayıt ve şartıyla ürün teşhiri gibi yöntemlerle, herkese açık öneride bulunmak suretiyle sigorta sözleşmelerinin kurulabileceğini kabul eder⁶³.

Sigorta sözleşmesi görüşmeleri sonrasında birbirleriyle örtüşen öneri ve kabul sonrasında, geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan söz edebilmek için, sigorta ettirenin sigorta edilen üzerinde geçerli bir menfaatinin bulunması ve sigorta himayesine alınan rizikonun mevcut olması gerekir. Zarar sigortalarında değeri para ile ölçülebilen menfaatler sigorta himayesi altına alınır⁶⁴. Bu nedenle sigorta ettirenin sigortalanan değer üzerindeki menfaatinin varlığı da sigorta sözleşmesinin geçerlilik şartıdır. TTK m 1408 uyarınca, sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında sigorta ettirenin sigortalanan değer üzerinde herhangi bir menfaatinin bulunmaması, sigorta sözleşmesinin kesin hükümsüz sayılmasına sebep olur⁶⁵. Aynı şekilde sözleşmenin yapıldığı anda sigorta ettirenin menfaatinin daha sonra kaybolması durumunda, sigorta sözleşmesi, menfaatin ortadan kalktığı anda geçersiz olur⁶⁶.

Sigortacının, sigorta ettirenin kendisine göndermiş olduğu rizikoya ilişkin bilgileri içeren beyanına karşılık farklı şartları içeren bir poliçe düzenleyerek göndermesi, TBK anlamında karşı önerinin varlığına işaret eder. Böyle bir durumda, sigorta sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi ve tarafların irade beyanlarının örtüşmesi, sigortacı tarafından yapılan bu karşı önerinin sigorta ettiren tarafından kabulüne bağlıdır. Kanun, sigortacı veya

⁶¹ Sigorta sözleşmelerinde aydınlatma yükümlülüğü ve buna aykırılığın yaptırımı için bkz. Üçüncü bölüm II.C.

⁶² Acenteler Yönetmeliği uyarınca teknik personel, acentelerde sigorta pazarlama, bilgilendirme ve satış işlemlerini yapan kişilerdir. Bu kişilerde aranan nitelikler için bkz. Acenteler Yönetmeliği m 6.

⁶³ Bkz. Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği m 10. Bununla birlikte, sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin ödeyeceği prim tutarının aktüeryal hesaplara ve sigortalının veya sigortalanan menfaatin nitelikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Sigortacı veya acentesinin sigorta ürünlerini teşhir ederken prim miktarını açık ve net şekilde ne şekilde belirleyecekleri belirsizdir. Maktu şekilde veya fiyat listesi aracılığı ile sigorta primi belirlenerek yapılacak ürün teşhiri sınırlı sayıda sigorta ürünü için mümkün olacağını ve bu durumun *teknik ve ayrıntılı bilgi gerektiren* bir alanda tüketici aleyhine işleyeceğini düşünüyoruz.

⁶⁴ Çeker, s. 66.

⁶⁵ TTK'nın koruyucu hükümleri arasında sayılan m 1408 uyarınca zarar sigortalarında menfaatin yokluğu sözleşmenin geçersizliğini beraberinde getirir. Konu hakkında bkz. Birinci bölüm II.A ve II.C.

⁶⁶ Çeker, s. 67.

sigorta ettirenin kabul beyanına ilişkin herhangi bir şekil şartı aranmamıştır. Bu kabul açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir.

Örtülü irade beyanını düzenleyen TBK m 6, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin genel ilkelere bir istisna getirmiş ve sözleşme görüşmeleri sırasında *susmaya* hukuki sonuç bağlamıştır. Buna göre, susan taraf susmanın kendisine irade beyanı olarak bağlanmasına yol açan olguları bilebilecek durumdaysa, *susma* örtülü irade beyanı sayılır⁶⁷. TTK, sigorta sözleşmelerinin kurulması aşamasında TBK m 6’da yer alan bu kuralın özel bir görünümü olarak, belirli süre içerisinde reddedilmeyen önerinin kabul anlamına geleceğini kabul eder ve *susmaya* sonuç bağlar. TTK m 1405 uyarınca sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz (30) gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır⁶⁸. Sigorta ettiren teklifname içeriğinde yer alan ayrıntılar ile ilgili sigorta ürününe ilişkin sigorta genel şartlarına kolaylıkla ulaşabilecek ve susmasının kabul beyanı anlamına geldiğini bilebilecek durumdadır. Dolayısıyla TTK ile kabul edilen düzenleme, TBK m 6’da yer alan irade karinesinin bulunduğuna ilişkin genel ilke ile uyumludur.

Sözleşmenin kuruluşunda *susmaya* bağlanan bu sonuç, sigorta genel şartları açısından da önemlidir. SK uyarınca Müsteşarlık tarafından onaylı sigorta genel şartları her sigorta sözleşmesine aynen uygulanmak zorundadır. Dolayısıyla, *susma* ile kendiliğinden kurulacak olan bir sigorta sözleşmesi, Müsteşarlık tarafından onaylı sigorta genel şartlarına kendiliğinden tabi olur. Kanun koyucunun TTK ve SK hükümleri ile sigorta genel şartlarını sigortacı ve sigorta ettiren için üzerinde pazarlık etme şansı tanımadan doğrudan uygulanabilir kılması, bu şartların herhangi bir sözleşmeye uygulanacak kurallar ile yorumunu güçleştirir. Burada sözleşme taraflarının niteliği ile sigorta faaliyetine ilişkin özellik arz eden durumlar dikkate alınarak yorum kurallarına başvurulur.

⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C 1**, Filiz Kitabevi, 5. Bası’dan 6. Tıpkı Bası, İstanbul, 2014, s. 146 vd; Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1**, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul, 2013, s. 71-72.

⁶⁸ SK m 11(2)’de can sigortaları ile sınırlı olmak üzere benzer bir düzenlemeye yer verilir. Anılan düzenleme uyarınca, *hayat (can) sigortalarına ilişkin sözleşmelerin yapılmasına dair teklifnamenin sigorta şirketine ulaştığı tarihten itibaren otuz gün içinde sigorta şirketi tarafından reddedilmemesi halinde sigorta sözleşmesi yapılmış olur.*

4. Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hükümler

a. Genel Olarak

Sigorta sözleşmesi TTK'nın 6. kitabında özel olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte sigorta sözleşmesi, bir sözleşme olarak öncelikle TBK hükümlerine tabidir. Dolayısıyla, TTK hükümleri sigorta sözleşmelerine ilişkin özel hüküm niteliğindedir ve m 1451 uyarınca bu hükümlerde boşluk olduğu hâllerde TBK hükümleri uygulanır.

SK ve Müsteşarlık tarafından kabul edilen sigortacılık faaliyetine ilişkin düzenlemeler sigorta sözleşmelerini doğrudan etkiler. Müsteşarlık tarafından hazırlanan genel şartlar, belirli bir sigorta alanında yapılan tüm sigorta sözleşmelerine aynen uygulanır⁶⁹. Ancak bu genel şartlara ek olarak, taraflar, üzerinde anlaşmaya vardıkları hususları da genel şartlara ek olarak özel şart olarak çeşitli koşullarda kabul edebilir.

TTK m 1452, sigorta hukukunu düzenleyen hükümler arasında *nispi* ve *mutlak* emredici olanları listeler. Bir sigorta sözleşmesine uygulanacak olan ve Müsteşarlık tarafından belirlenecek genel şartlar TTK'nın bu *koruyucu* hükümlerine aykırı olamaz. Aynı şekilde, tarafların üzerinde mutabık kalacakları özel şartlar da bu hükümlere uygun olmak zorundadır.

b. TKHK'nın Kabulünün Sigorta Hukukuna Etkisi

(1) Genel Olarak

TKHK ile tüketici, *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi* şeklinde tanımlanır⁷⁰. TKHK'nın hazırlanma sürecinde kanun koyucu, *tüketici işlemi* tarafları arasındaki bilgi asimetrisinin giderilmesini ve tüketicinin bilinçli bir şekilde işleme taraf olabilmesini sağlamaya çalışmıştır.

⁶⁹ Kender, s. 190.

⁷⁰ Anılan tanım, eTKHK'daki tanımdan farklıdır. eTKHK'da tüketici *bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi* olarak tanımlanır. TKHK ile tüketici kavramı daha geniş tutulmuş ve kanunun uygulama alanı genişletilmiştir. Kanun koyucunun bu iradesi, TKHK'nın başka bölümlerinde de gözlemlenir.

TKHK ile şu ana kadar iç hukukumuzda aktarılmamış olan başta 2005/29/AT sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi olmak üzere tüketicilere koruma sağlayan belli başlı AB Yönergelerinin iç hukuka aktarılması hedeflenmiştir⁷¹.

TKHK m 3 ile kabul edilen *tüketici işlemi* tanımı, uygulamada tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların önüne geçmek için geniş tutulmuştur. Tanım, gerçek veya tüzel kişi ayrımı yapmadan tüketicilerin taraf olduğu sigorta sözleşmelerini, açıkça tüketici işlemi arasında sayar. Bu şekilde eTKHK döneminde sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar tarafını tüketicinin oluşturduğu sigorta sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin tereddütler giderilmiştir.

(2) Sigorta Hukuku Açısından TKHK

TKHK hükümleri konut finansmanı veya ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde kabul edilen düzenlemelerin aksine *sigorta sözleşmelerine* ilişkin bağımsız ve genel nitelikte herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. TKHK, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemini

⁷¹ Kanunun Genel Gerekçesi iç hukukumuzda aktarılan AB Yönerge ve Tavsiyelerini listeler. Buna göre TKHK ile hukukumuzda aktarılmak istenen Avrupa Birliği müktesebatı şu şekildedir: 25.6.1987 tarihli Olduklarından Farklı Görünen, Tüketicilerin Sağlık veya Güvenliğini Tehlikeye Atan Mallara İlişkin Üye Ülkelerin Hukuki Düzenlemelerinin Uyumlaştırılması Hakkında 87/357/AET sayılı Konsey Yönergesi; 13.6.1990 tarihli Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara İlişkin 90/314/AET sayılı Konsey Yönergesi; 5.4.1993 tarihli Sözleşmelerdeki Haksız Şartlara İlişkin 93/13/AET sayılı Konsey Yönergesi (anılan Yönerge eTTK ile iç hukukumuzda aktarılmıştı); 16.2.1998 tarihli Tüketicilere Sunulan Malların Fiyatlarının Belirtilmesi Konusunda Tüketicilerin Korunmasına İlişkin 98/6/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi; 25.5.1999 tarihli Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi; 23.9.2002 tarihli Tüketicilere Yönelik Finansal Hizmetlerin Mesafeli Sunumuna İlişkin ve 90/619/AET, 97/7/AT ve 98/27/AT sayılı Yönergeleri Değiştiren 2002/65/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi; 11.5.2005 tarihli 84/450/AET sayılı Konsey Yönergesi, 97/7/AT, 98/27/AT ve 2002/65/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergelerini ve 2006/2004 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğünü Tadil Eden İç Pazarda İşletmeden-Tüketicie Yönelik Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi; 12.12.2006 tarihli Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklâmlara İlişkin 2006/114/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi; 23.4.2008 tarihli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri ile İlgili 2008/48/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi; 14.1.2009 tarihli Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmelerinin Belli Yönleri Açısından Tüketicinin Korunması Hakkında 2008/122/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi; 23.4.2009 tarihli Tüketicinin Ekonomik Çıkarlarının Korunması için İhtiyati Tedbirler Hakkında 2009/22/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi; 22.11.2011 tarihli 93/13/EEC Sayılı Konsey Yönergesi ve 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesini Değiştiren ve 85/577/AET Sayılı Konsey Yönergeyi ve 97/7/AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesini Yürürlükten Kaldıran 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi; 30.3.1998 tarihli 98/257/AT sayılı Tüketici Uyuşmazlıklarının Mahkeme Dışı Çözümü için Sorumlu Kurumlara Uygulanabilir Kurallara İlişkin Komisyon Tavsiyesi; 4.4.2001 tarihli 2001/310/AT sayılı Tüketici Uyuşmazlıklarının Uzlaştırılmasından Sorumlu Kurumlara Uygulanabilir Kurallara İlişkin Komisyon Tavsiyesi.

hizmet olarak tanımlar. Bu tanım uyarınca sigortacı, hizmet sunan sağlayıcı konumundadır. Dolayısıyla, tüketici işlemleri ve hizmet ilişkileri için öngörülen genel hükümler sigorta işlemleri için de uygulama alanı bulur⁷².

Tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri kapsamında yapılacak bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmeli ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmelidir. Bu düzenleme, TTK m 1401 vd. ile Bilgilendirme Yönetmeliği hükümleri dışında sigortacı ve acentesine getirilen ek bir yükümlülüktür. Zira anılan mevzuat hükümlerinde böyle bir şekil şartına yer verilmemiştir. Buna göre, sigortacı tarafından tüketiciye TTK m 1424 uyarınca verilecek olan poliçenin ve TTK m 1423 ve Bilgilendirme Yönetmeliği m 8 ve 11'e göre yapılacak olan bilgilendirmelerin bu şekil şartlarına uygun olması gerekir.

TKHK'nın temel ilkelere ilişkin hükümleri uyarınca, sigorta sözleşmesinde öngörülen koşullar sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez. Bu düzenleme, TTK m 1425(2) ile paralellik arz eder.

Sigortacının yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler için kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar sigorta ettirenden, sigortacıdan veya lehtardan talep edilemez. Ayrıca sigorta sözleşmesinin TTK ile düzenlendiği ve taraf edimlerinin açıkça belirlenmiş olduğu dikkate alındığında, sigortacının sözleşme kapsamında yer alan asli edimlere ilişkin ek bir ücret talep etmesi mümkün değildir⁷³.

⁷² Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği m 4 ile belirlenen tanımlarda sigorta sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi birbirinden ayrı tutulmuş, m 6 ile TBK m 393 vd. hükümleri ile düzenlenen hizmet sözleşmesinin sigortacılık faaliyeti kapsamında değerlendirilmeyeceği hükme bağlanmıştır. m 6 ile kabul edilen bu düzenleme hukukuken doğru bir tespit olmakla birlikte, bu tespitin yerindeliği tartışmaya açıktır. Şöyle ki, sigorta sözleşmesi ile iş görme sözleşmelerini birbirinden ayrı hukuki ilişkiler olduğunu ayrıca belirtmeye gerek yoktur. m 6'da sıralanmayan vekâlet sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi ve komisyon sözleşmeleri gibi diğer iş görme sözleşmeleri de hiç kuşkusuz sigortacılık faaliyeti kapsamında değerlendirilmeyecektir. Müsteşarlık tarafından SK hükümlerine dayanılarak kabul edilen yönetmeliğin malumun ilanı niteliğindeki bu düzenlemesinin hukuki gerekçesi tam olarak anlaşılamamaktadır. Kaldı ki, tüketicileri koruma amacını hedefleyen bir düzenlemenin hizmet sözleşmelerinin sigortacılık faaliyeti kapsamında yer almayacağını belirtmiş olması, TKHK'nın hizmet ilişkilerinin kapsamı ile çelişki yaratabilecek cinstendir.

⁷³ Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin m 8 hükmü, TBK m 129 ve m 130'da yer alan üçüncü kişi yararına sözleşmelere ilişkin genel hükümler ile TTK m 1454'te başkası lehine sigortaya ilişkin kabul edilen özel hükme ek özel düzenlemeye yer verir. Yönetmelik m 8 uyarınca, tüketici lehine yapılan sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren tarafından tüketiciyi yanıltıcı ifadelerle yer verilmemesi, sigorta teminatının hangi

TTK m 1430, sigorta priminin ilk taksitinin nakden ödenmesi kaydıyla sonraki primlerin kambiyo senedi ile ödenmesine cevaz vermiştir. Tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmelerinde ise TKHK uyarınca kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenmek zorunlu tutulmuştur. Bu kurala aykırılık hâlinde senetler tüketici yönünden geçersiz sayılır. Tüketici dışında kalan kişiler için ise TTK m 1430 hükmünün kapsamını daraltan bir durum söz konusu değildir.

Sigorta sözleşmesi kapsamında tüketicinin edimine karşılık şahsi teminat alınması hâlinde bu teminat *adi kefalet* sayılır ve TBK'nın ilgili düzenlemelerine tabi olur. Bu durum sözleşmede taraflarca teminatın hukuki niteliğinin *müteselsil kefalet* olarak kararlaştırıldığı hâlde de değişmez ve teminat, kanun gereği adi kefaletle tahvil edilir.

(3) Tüketici İşlemi Sayılan Sigorta Sözleşmelerinin Haksız Şartlar Yönünden Değerlendirilmesi

Tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılmasının bir diğer sonucu da sözleşmedeki “haksız şartlar”a ilişkin düzenlemelerin doğrudan uygulama alanı bulacak olmasıdır. Tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmeleri TBK'nın “Genel İşlem Koşulları” ve TKHK'nın “Haksız Şartlar” düzenlemeleri ile mevcut “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlara ilişkin Yönetmelik” hükümleri denetimine tabidir. TKHK hükümleri uyarınca eTKHK'ya göre kabul edilen ilgili yönetmeliğin yenilenerek AB Yönergesi'nin ekinde verilmiş olan “haksız şartlar listesini” içerecek şekilde kabul edilmesi gerekir. Tüm bunlara ek olarak, TTK m 55'de yer alan haksız rekabet hükümleri de uygun düştüğü ölçüde bu hükümlerin yorumunda uygulanır⁷⁴.

TKHK'nın haksız şartlara ilişkin düzenlemeleri TBK hükümleri ile paralellik gösterir. TKHK m 5'de faaliyetlerini yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürüten kuruluşların kullandıkları sözleşmelerin de haksız şartlar denetimine tabi olacağını belirtilmiştir. Bu düzenleme TBK m 20 f. (4) hükmüyle paralel bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili maddenin gerekçesinde de sigorta sözleşmelerinin anılan hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştır.

sigortacı tarafından verildiği ve rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigorta tazminatının rizikoyu üstlenen sigortacı tarafından sigortacılık mevzuatı hükümlerine uygun olarak ödeneceği belirtilir.

⁷⁴ Haksız rekabet hükümlerinin sigorta sözleşmelerine uygulanmasına ilişkin aşağıda üçüncü bölüm III.C.4. paragraf altındaki açıklamalarımıza bakınız.

TKHK uyarınca haksız şartlar, *dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan şartlardır*. Bir şartın haksız olup olmadığı, sözleşmenin kuruluş anı itibariyle belirlenir. Sözleşmenin kuruluş anı itibariyle taraflar arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükler arasındaki denge dürüstlük kuralı ilkesi kapsamında tayin edilir. Ancak bu sırada tarafların asli edimleri arasındaki denge hiçbir zaman denetim konusu yapılmaz. Bu durum *piyasa adaletinin* bir sonucudur.

Tüketici işlemi olan sigorta sözleşmelerinde haksız şartların tespit edilmesi hâlinde bunlar *kesin hükümsüz* sayılır. Burada TBK m 27 anlamında bir kısmi hükümsüzlük söz konusudur. Ancak bu durumda TBK'nın genel işlem şartları düzenlemesi ile paralel olarak haksız şartları kullanan taraf, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremez.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. TKHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra Bakanlık'ın sigorta sözleşmelerine ilişkin alacağı tedbirler bu maddenin uygulamasına yön verecektir.

Haksız şartlara ilişkin özel düzenlemeler dışında kanun kapsamında sigorta sözleşmelerini ilgilendirebilecek çeşitli hükümlere yer verilmiştir:

Sigorta şirketleri, hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınamaz. Bir sigorta ürününün satışı, başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlanamaz. Bu kapsamda, tüketicinin açık talebi olmaksızın *tüketici kredisi* ile ilgili sigorta yaptırılması kredi veren tarafından tüketiciye dayatılamaz.

Sigorta sözleşmelerinin *hizmet* niteliği sebebiyle primin taksitle ödendiği durumlarda (düzenlenme gerekçesi esasen sigorta sözleşmeleri olmamakla birlikte) *taksitle satış* kapsamında değerlendirilmesi hâlinde, cayma hakkı, muacceliyete karşı tüketicinin korunması ve ilgili düzenlemeler uygulama alanı bulur.

İş yeri dışında, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında; tüketici ile görüşme sonrasında sağlayıcının işyerinde veya uzaktan iletişim araçlarıyla; hizmetin tanıtımı kapsamlı bir gezi esnasında kurulan sigorta sözleşmeleri “İş yeri dışında kurulan sözleşmeler” olarak tanımlanır. eTKHK'da “kapıdan satışlar” ifadesi ile düzenlenen bu hükümler sigorta sözleşmelerini kapsamı içine alır. Bu hâlde de bilgilendirme ve caymaya ilişkin TKHK'nın düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır.

Mesafeli sözleşmeler ve buna ilişkin ikincil mevzuat hükümleri de tüketicilerin taraf olduğu sigorta sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulur⁷⁵. TTK'nın genel hükümlerine ek olarak mesafeli sözleşme düzenlemeleri kapsamında tüketicinin sözleşmenin kurulmasından itibaren on dört (14) gün içinde cayma hakkı olduğu kabul edilir.

Ticari reklam ve haksız ticari uygulamalara ilişkin düzenlemeler ile Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere uyulması ve örtülü reklam yasağı yinelenmiştir. Ayrıca, rakip hizmetlerin karşılaştırmalı reklamının yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Tüm bu düzenlemeler tüketicileri hedef alan sigorta hizmetlerini kapsamına almakta ve TTK'nın haksız rekabet hükümlerinin doğrudan uygulanabilmesine imkân sağlamaktadır.

TKHK ile sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemleri arasında sayılmasının belki de en önemli sonucu uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Tüketici işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklar Tüketici Hakem Heyetleri veya Tüketici Mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulur. TKHK ile Tüketici Hakem Heyetlerinde azami başvuru sınırı 3.000.-TL ile sınırlandırılmıştır. Bu tutarın üzerindeki uyuşmazlıklarda Tüketici Mahkemelerine gidilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu düzenlemeler sonucunda SK ve TTK'da uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerin birlikte ne şekilde işleyeceğine ilişkin ise belirsizlik vardır. Tüketicilerin çıkarlarının korunması ön planda tutulduğunda, olası bir uyuşmazlık hâlinde ve mevzuatta belirlenen parasal sınırlar dikkate alındığında tüketicinin Tüketici Hakem Heyetine ve Sigorta Tahkim Komisyonuna müracaat etme seçimlik hakları olduğu kabul edilebilir. Özel uzmanlık gerektiren sigortacılık alanında Tüketici Hakem Heyetlerine gitmenin yerindeliği ise tartışmaya açıktır.

Kanımızca, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın sigorta sözleşmesinde tüketici mevzuatına ilişkin aykırılık iddialarında Tüketici Hakem Heyetine müracaat edebilmesi; sigorta sözleşmesinden kaynaklanan ve teknik ekspertizi gerektiren hâllerde ise Sigorta Tahkim Komisyonu'na gitmek zorunda olduğunun kabulü hukuk güvenliği ve menfaatler dengesinin korunması adına kabul edilebilir. Aksi hâlde sigorta uzmanlığından yoksun olan Tüketici Hakem Heyetlerinin vereceği kararların yerindeliği tartışmaya açılabilir.

⁷⁵ Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği m 9(4) uyarınca, Bilgilendirme Yönetmeliği hükümleri mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri için de uygulama alanı bulur. Buna göre, elektronik ortamda kurulan sigorta sözleşmelerinde bilgilendirmenin yapılmış sayılması, bunların elektronik ortamda teyit edilmesine bağlıdır. Ayrıca mesafeli kurulan sigorta sözleşmelerinde sigortacının poliçe verme yükümlülüğü devam eder.

D. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU VE İFASI SIRASINDA DÜRÜSTLÜK KURALININ ROLÜ

TTK'nın sigorta sözleşmesine ilişkin hükümleri incelendiğinde, sigorta sözleşmelerinin azami iyiniyet ilkesi ile dürüstlük kuralı (güven ilkesi) üzerine kurulduğuna ilişkin çelişkili ifadeler kullanıldığı görülür⁷⁶. Her iki kavramın birbirinden ayrıştırılması ve doğru kavramın tespit edilmesi buna bağlanan hukuki sonuçlar açısından belirleyicidir.

İyiniyet, bir hakkın kazanılmasında veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesinde etkilidir. TMK m 3 anlamında iyiniyet, *durumun gerektirdiği özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ait bir engeli bilmemek* şeklinde tanımlanmakta⁷⁷ ve sadece kanunun kendisine sonuç bağladığı anlarda hüküm doğurmaktadır⁷⁸. Buna göre somut olayın özellikleri dikkate alındığında gerekli dikkat ve özeni gösteren kişi iyiniyetli sayılır.

Bir hakkın veya hukuki sonuçların doğumunda iyiniyetin varlığı esastır. TMK m 3'de yer alan bu kanuni karine yine aynı hüküm uyarınca gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi hâlinde ortadan kalkar. İyiniyet, kişinin iç dünyası ve bilinç durumu ile ilgili bir olgudur⁷⁹.

Sigorta sözleşmesinin kuruluşu sırasında sigorta ettiren veya sigortalı (lehtar) ile sigortacı birbirlerine yabancıdır. Sözleşmenin kuruluşu sırasında sigortacının, sigorta ettirenin beyanlarını araştırmak için yeterli fırsatı olmaz⁸⁰. Bu sebeple, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesine konu riziko (ve menfaate) ilişkin kendisine sunulan teklifname aracılığı ile vereceği bilgilerin doğruluğu⁸¹ ve eksiksiz oluşu aktüeryal teknikler sigortacının değerlendirmesine esas olması açısından belirleyicidir.

⁷⁶ Bkz. Birinci bölüm I.B ve dn. 48 ve 50.

⁷⁷ İyiniyet, kanunun öngördüğü hallerde ve ölçüde bir kimsenin iyiniyetli olmaması hâlinde karşılaşacağı bazı hukuki sonuçlardan korunmasını ve hukuki sonucun değişmesini sağlar (Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, Vedat Kitapçılık, 19. Bası, İstanbul, 2013, s. 223 vd.). Akkanat'a göre iyiniyet kavramı, kişinin hukuki eksikliğe rağmen haksızlık bilinci taşımaması veya kişinin hukuken mazur görülebilecek şekilde haksızlık bilincine sahip olmamasıdır. Anılan tanım ve öğretide yapılan farklı tanımlar için bkz. Akkanat, Halil, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 31 vd.

⁷⁸ Oysa TMK m 2 ile düzenlenen dürüstlük kuralı her türlü hukuki ilişkiye doğrudan uygulanır.

⁷⁹ Akkanat, s. 33.

⁸⁰ Bozer, s. 23.

⁸¹ TTK m 1435 ve m 1436 hükümleri bu zorunluluğu düzenler.

Sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşu ve daha sonra ifası sırasında sigorta sözleşmesi ile ilgili doğrudan veya dolaylı olan bilgileri sigortacısı ile paylaşması veya alması gereken önlemleri zamanında alarak sigortacının zararının çoğalmasını önlemesi⁸² sigorta ilişkisi kapsamında sigorta ettiren ve sigortalının dürüstlük kuralı (güven ilkesi) kapsamında uyması gereken borçlardandır⁸³. Bu noktada sigorta sözleşmesi taraflarının gerekli dikkat ve özeni göstermesi değil diğer tarafa karşı dürüst davranması, tarafların birbirlerini karşılıklı olarak gözetmesi ve bağlılığı sözleşmenin ifası adına önemlidir. Dolayısıyla yukarıda sayılan yükümlülüklerle aykırı beyan ve davranışlarda bulunan sigorta ettiren veya sigortalı ya da lehtar, dürüstlük kuralına aykırı davranmış sayılacak ve buna ilişkin yaptırımlara tabi tutulacaktır⁸⁴. Sigorta sözleşmesi kapsamındaki bildirim yükümlülüklerinin sigorta ettiren veya sigortalı (lehtar) aleyhine değiştirilememesi; bunu düzenleyen TTK hükümlerinin m 1452 ile koruyucu hükümler arasında sayılmış olması ve genel şart ile özel şart hükümlerinin de koruyucu hükümlere aykırı olamaması⁸⁵ da işte bu sebeptendir.

Sigortacı açısından da dürüstlük kuralının görünümü farksızdır. Sigorta sözleşmesi kurulmadan önce sigortacının sigorta ettireni, sigorta sözleşmesinin genel şartları hakkında bilgilendirmesi ve sigorta ettireni aydınlatması dürüstlük kuralının sigortacı açısından bir yansımasıdır⁸⁶. TTK m 1423 uyarınca sigortacı ve acentesini, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Aynı şekilde Bilgilendirme Yönetmeliği hükümleri uyarınca da sigortacının sözleşmeye taraf olmak isteyen kişilere bilgilendirme formu göndermek suretiyle gerekli bilgilendirmeyi yapması

⁸² Bozer, s. 23.

⁸³ Örneğin TTK m 1436 sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında sigorta ettirenin önemli hususları kötüniyetle sigortacıya bildirmemesi durumunda sigorta ettirenin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Oysa sigorta ettirenin bildirme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle oluşan sorumluluk yeterli dikkat ve özenin gösterilmemesi ile ilgili olmayıp, başlı başına dürüstlük kuralına (güven ilkesi) aykırılığın yaptırımıdır. TTK m 1436 ifadesinin bu şekliyle hatalı olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca bkz. Şeker-Öğüz, Zehra, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yük Sigortalı**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Deniz Sigortalı, Sempozyum Mart 2012, Özdil Basımevi, İstanbul, 2012, s. 123.

⁸⁴ Akkanat, s. 38-39.

⁸⁵ Şeker-Öğüz, Yük Sigortalı, s. 124.

⁸⁶ TTK m 1423 gerekçesi de doğru bir şekilde bu yükümlülüğün dürüstlük kuralından ileri geldiğini kabul eder. Her ne kadar anılan hükmün TTK m 1452'de koruyucu hükümler arasında sayılmaması bir eksiklik olarak değerlendirilse de, sigorta genel şartlarının yorumu aşamasında bu düzenlemenin belirleyici rol oynadığını düşünüyoruz. ENSGS m 9, sözleşme taraflarından herhangi birinin dürüstlük kuralına aykırı davranması hâlinde, diğer tarafın sözleşmeyi feshedebileceği ilkesini kabul eder.

zorunludur⁸⁷. Sigortacının rizikonun gerçekleşmesinin imkânsızlığını bilmesine rağmen sigorta sözleşmesi yapması ve sigorta primini tahsil etmesi veya sigorta sözleşmelerine kasıtlı olarak belirsiz ifadeler eklenmesi sigortacının dürüstlük kuralına aykırı davrandığı durumlara örnek olarak gösterilebilir⁸⁸.

Dolayısıyla, sigorta ilişkisinde sigorta ettiren, sigortalı ve sigortacı arasında TBK, TTK ve SK'dan kaynaklanan kimi yükümlülükler, dürüstlük kuralının ağırlaştırılmış görünümü olarak değerlendirilebilir⁸⁹. Bu sebeple, sigorta sözleşmesinin *azami objektif iyiniyet* yani dürüstlük kuralı (güven ilkesi) çevresinde tasarlandığını ve bu ilkeye bağlanan hukuki sonuçların tereddütsüz olarak uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.

E. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE KULLANILACAK DİL

Hukuki işlemlerde belirli bir dil kullanma zorunluluğuna ilişkin genel düzenleme 805 sayılı Kanun'da yer almaktadır. 805 sayılı Kanun uyarınca, Türk tabiiyetinde⁹⁰ olan şirketlerin Türkiye'de akdedecekleri her türlü sözleşmelerin Türkçe dilinde yapılması zorunlu tutulmuştur. Anılan kanun, Türk tabiiyetindeki şirketlerin yabancı dilde sözleşme akdetmesine izin vermektedirse de, kurulan sözleşmelerin Türkçe dilinde de yapılmasını zorunlu tutmuş ve Türkçesinin muteber olduğunu emredici bir şekilde hükme bağlamıştır.

Yabancı şirketler için ise bu zorunluluk sadece Türkiye'deki kamu kurumlarına sunacakları belgeler için aranmaktadır. Dolayısıyla, 805 sayılı Kanun uyarınca Türk tabiiyetindeki şirketlerin akdedecekleri sigorta sözleşmelerinin esasen Türkçe dilinde yapılması gerektiği sonucuna varılır.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş, s. 60 vd.

⁸⁸ Bölükbaşı, Ayşe Gül ve Baturalp Pamukçu, **Sigortanın Temel Prensipleri**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 30.

⁸⁹ Şit, Başak, **SİF (CIF) Satışta Satıcının Malları Sigorta Ettirme Borcu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 60 vd.

⁹⁰ Hukukumuzda ticari şirketlerin uyruğu (tabiiyetine) ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TTK, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu düzenlemeleri bir arada değerlendirildiğinde, idari merkezi Türkiye'de olan ticari şirketlerin Türk uyruğuna (tabiiyetine) sahip olacağı anlaşılr. Konu hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Arat, Tuğrul, **Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 30 vd.

TTK ve SK⁹¹, 805 sayılı Kanun ile getirilen Türkçe kullanma zorunluluğunu sigorta sözleşmeleri açısından özel olarak düzenlemiş ve ağırlaştırmıştır. Buna göre, sigorta sözleşmelerinin Türkçe olarak yapılması şart kılınmış olup, sigorta sözleşme ve poliçelerinde yabancı dil kullanılamaz. Sigorta poliçelerinde yabancı dil kullanılması hâlinde bu ifadeler geçersizdir.

Özellikle İngilizce dilinde hazırlanan Enstitü Yük Klotları açısından bu durum değerlendirildiğinde, bu ve benzeri yabancı dilde hazırlanan özel şartlarla kurulan sigorta sözleşmelerinde sigortacının poliçeye bu özel şartların tercümesini eklemesi yasal zorunluluğun yerine getirilmesi açısından doğru olur.

F. SİGORTA HUKUKUNDA KORUYUCU HÜKÜMLER

TTK, eTTK'dan farklı olarak sigorta hukukuna ilişkin bir dizi düzenlemeyi koruyucu hüküm olarak emredici nitelikte olarak kabul etmiştir. TTK, tüm sigorta sözleşmelerine uygulanan genel nitelikteki koruyucu hükümlere ek olarak zarar ve can sigortalarını her biri için özel koruyucu hükümler içerir.

Tüm sigorta sözleşmelerine uygulanacak bu yeni düzenlemeye, TTK m 1452'de üç fıkra hâlinde yer verilmiştir. TTK m 1452'nin her fıkrası, sigorta sözleşmelerin, düzenleyen bir kısım genel hükme emredici nitelik bahşetmiştir⁹².

TTK m 1452 f. (1), sigorta sözleşmesinin tamamını geçersiz sayan mutlak emredici hükümlere yer verir. Sigorta menfaatinin yokluğu veya teminat altına alınan rizikonun hukuka aykırı olması hâlinde sigorta sözleşmesi kendiliğinden geçersiz sayılır. Aynı sonuç, rizikonun sigortalı, sigorta ettiren veya bunların fiillerinden sorumlu oldukları bir kişi tarafından kasten gerçekleştirilmesine sebep olunması durumlarında da kabul edilir.

⁹¹ Bkz. SK m 11(5). Fransız hukukunda da sigorta poliçelerinde CA m L. 112-3 uyarınca Fransızca'nın kullanılması yönünde bkz. Nicolas, s. 178, 179. Dolayısıyla, anılan madde uyarınca sigorta sözleşmesinin, poliçe veya ilişkili belgelerin sigorta ettirenin bildiği dile tercüme edilmesi zorunlu değildir. Bu maddeye aykırılık halinde, Fransızca olarak düzenlenmemiş sözleşme (poliçe) şartları sigorta ettiren veya sigortalı aleyhine hüküm ifade etmez. Ayrıca CA m L. 171-5. uyarınca yabancılık unsuru tanıyan taşıma sigortalarında Fransızca dışında bir dil kullanılabilirse de, sigorta himayesi altına alınan rizikonun Fransa'da bulunması hâlinde sigorta sözleşmesinin Fransızca olarak yapılması yargı kararlarıyla kabul edilmiştir. Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesinin (*Cassation Commerciale*) 11 Mart 1997 tarih ve 95-13.926 sayılı kararı (Bulletin Civil IV, S 66).

⁹² TTK Yürürlük Kanunu m 39 ve 40 uyarınca, 1.7.2012 gününden önce yürürlükte olan sigorta sözleşmelerinin 30.6.2013 tarihine kadar eTTK'ya tabi olacağı hükme bağlanmıştır. Buna rağmen anılan maddelerle TTK'nın koruyucu hükümlerinin kanunun yürürlük tarihinden itibaren uygulanacağı kabul edilmiştir.

TTK m 1452 f. (2) hükmü, kesin hükümsüzlük yaptırımını sadece sözleşmenin TTK'nın koruyucu hükümlerini ihlal eden şartlarına bağlayan bir düzenleme kabul eder. Bu hâlde tüm sigorta sözleşmesi değil, sadece TTK'nın koruyucu hükümlerini ihlal eden sözleşme şartları kesin hükümsüz sayılır ve sözleşmenin geri kalanı ayakta tutulur. Koruyucu hüküm olarak kabul edilen, aksine sözleşme yapılamayacak bu düzenlemeler sırasıyla; sigortacının iflası hâlinde sigorta sözleşmesinin sona ereceğine ilişkin düzenleme, sigorta hukukunda zamanaşımı hükümlerine ilişkin düzenleme ve sigorta priminin ödenmesine ilişkin düzenlemedir.

Son olarak TTK m 1452 f. (3), sigorta ettiren, sigortalı ve (can sigortalarında) lehtar aleyhine değiştirilemeyecek, değiştirilse dâhi yasa hükümlerine öncelik tanınacağına nispi emredici düzenlemeleri sıralar. Gerçekten anılan koruyucu hükümlere aykırılık hâlinde koruyucu hükümlerin aykırı hükümlerin yerine geçeceği ve sigorta sözleşmesinin bu şekilde yorumlanacağı hüküm altına alınmıştır⁹³.

Eşya taşıma rizikolarını teminat altına alan sigorta sözleşmeleri de öncelikle TTK'nın sigorta hukukuna ilişkin genel hükümlerine tabidir. eTTK sistematığında kanun, deniz ve kara taşıma sigortalarını ayrı ayrı düzenlemekteydi. Ancak TTK, taşımacılık türlerine göre kabul edilen bu ayrımı benimsemeyerek, taşıma sigortalarının tamamını diğer sigorta türleri ile beraber uygulanan genel hükümlere tabi tutmuştur⁹⁴. Devam eden bölümde, eşya taşıma sigortasının tabi olduğu bu hükümlere ilişkin genel ilkelerden bahsedilmiştir.

⁹³ Anılan hükümler sırasıyla TTK m 1405, 1409, 1413, 1417, 1419, 1421, 1422, 1426, 1427-(2 ve 3. fıkralar), 1428, 1430-(1 ve 3. fıkralar), 1431-(1, 2 ve 4. fıkralar), 1433 ve 1449'dur. İlgili hükümler hakkında açıklamalarımız için bkz. Üçüncü bölüm II.D.2.c.

⁹⁴ Bu durumun ve TTK'nın sigortacılığa ilişkin genel hükümlerinin zarar sigortaları odaklı düzenlenmesinin eleştirisi için bkz. Kender, Rayegân, **Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler**, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 7 vd.

II. EŞYA TAŞIMA SİGORTASI

Taşıma sigortaları, taşıma sürecinde meydana gelebilecek çeşitli olayların maddi zararlarına karşı sigortalıya teminat sağlar. Taşıma sigortası, gemi sigortası (*assurance sur corps*) ve taşınan sigortası (*assurance sur (facultés) marchandises*) olarak ikiye ayrılır. Taşınan sigortası da kendi içinde eşya taşıma ve kıymet nakliyat sigortası olarak iki türdür⁹⁵.

Eşya taşıma sigortası ile sigortacı, kara, hava, deniz, iç sular ve sair ulaşım ağları aracılığı ile taşınan eşya, yolculuk (sefer) süresince sigorta himayesi kapsamına alınır. Eşya taşıma sigortaları, taşınan eşya üzerinde ekonomik menfaat sahibi olan sigorta ettirenin sefer süresince ve taşıma sırasında bekletildikleri yerlerde uğrayabilecekleri zararlara karşı güvence sağlar⁹⁶.

TTK hükümleri eşya taşıma sigortasına ilişkin özel düzenlemelere yer vermez. Buna karşılık eTTK, deniz taşımacılığı ile kara taşımacılığı sigortalarına ilişkin özel hükümlere yer vermektedir. Ancak, TTK'da bu ayrım terk edilmiştir. Bu nedenle eşya taşıması sigortasına uygulanacak hükümlerin belirlenmesi önem arz eder. Ayrıca TTK'nın sigorta hukukuna ilişkin çeşitli hükümlerinin emredici nitelikte *koruyucu hüküm* olarak belirlenmesi, ENSGŞ ve Enstitü Yük Klokzlarının bu hükümler karşısındaki geçerliliğinin tartışılmasını beraberinde getirmiştir⁹⁷.

A. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA EKONOMİK MENFAATİN SİGORTALANMASI VE SİGORTA ETTİRENİN NİTELİĞİ

Eşya taşıma sigortaları, eşya taşıma işi kapsamında akdedilen bir sigorta sözleşmesidir. Eşya taşıması işinin ayrıntıları bu çalışmanın kapsamı içinde değildir. Ancak burada eşya taşıması sırasında akdedilen sigorta sözleşmesinin hangi bağlamda akdedildiğinin

⁹⁵ Berthoud, s. 11.

⁹⁶ Eşya taşıma sigortalarında, sigorta ettirenin taşınan eşya üzerinde menfaati bulunur. Bu durum navlun sigortaları ile karıştırılmamalıdır. Navlun sigortalarında, bir geminin yük taşıma dolayısıyla kazanacağı para veya gemi sahipleri ile işleticilerinin masrafları ile gemide taşınan mallar gibi değerleri sigorta himayesi altına alınır (Çeker, s. 192-194).

⁹⁷ Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 116. Bu kapsamda Enstitü Yük Klokzlarının İngiliz hukuku ve uygulamasına tabi olduğuna ilişkin kayıtların geçerliliği yargısal denetime açıktır (Atamer, Yeşim M. ve Samim Ünan, **Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement, Transparency in Insurance Law**, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul, 2012, s. 79 ve özellikle dn. 46). Ayrıca bkz. Ott / Matthey, s. 220 vd.

tespiti, ilerleyen bölümlerde⁹⁸ ENSGŞ ile akdedilen sigorta sözleşmesinin yorumu ve nedenselliğin tespiti açısından önem arz eder.

TTK m 3, ticari iş tanımlar. Anılan hüküm uyarınca, TTK'da düzenlenen tüm hususlar ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller ticari iş sayılır. Bu tanım kapsamında, ticari işletmeyle ilgili bir işin icrasını kolaylaştırmak amacıyla yapılan işlemler de ticari sayılır⁹⁹. Eşya taşıması işi, TTK'nın 4. kitabının 2. kısmında düzenlenmiştir. Eşya taşımasının varlığından söz edebilmek için bir taşıma sözleşmesinin mevcudiyeti şarttır. Bu sözleşme, TTK m 3 uyarınca ticari iştir. Dolayısıyla, ticari işlere bağlanan sonuçlar bu alanda da uygulanır.

Eşya taşıma sigortalarında, sigorta sözleşmesinin tarafları eşya taşıması işi ile ilişkili kişilerdir. Örneğin, eşya taşıması bir alıcı ve satıcı arasında gerçekleşen satış sözleşmesi uyarınca gerçekleştiriliyorsa, eşya taşıma sigortası bu ticari satış sözleşmesinin tamamlayıcısıdır.

Özellikle ENSGŞ'nin uygulandığı sigortalar yakından incelendiğinde, eşya taşıması işi taraflarının çoğunlukla her iki tarafı da tacir olan bir satış ilişkisi içinde olduğu görülür. Eşya taşıma sözleşmesi TTK m 3 uyarınca ticari iştir ve ticari satış işleminin tamamlayıcısı olarak akdedilir. Eşya taşıma sigortaları da işte bu eşya taşıma ve ticari satış işlemine yardımcı olarak kurulur. Böyle bir hukuki ilişki kapsamında, eşya taşıma sigortası *ticari işe yardımcı ticari iş* olarak yapılan bir hukuki işlemdir.

Eşya taşıma sözleşme taraflarının çoğunlukla tacir olması, eşya taşıma sigorta sözleşmesi taraflarının bu ilk sözleşmenin tamamlayıcısı olarak akdedilmesi, sigorta sözleşme taraflarının da tacir olması sonucunu beraberinde getirir. Her ne kadar bir sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren ile sigortalı farklı kişiler olabilmekteyse de, eşya taşımasında her iki tarafın (genellikle) tacir olması, anılan sözleşmeye ve özellikle sigorta genel şartlarına uygulanacak GİŞ denetim ve yorum ölçüsünün belirlenmesi açısından önemlidir. Bir tarafını tüketicinin oluşturduğu sigorta sözleşmelerinde, TKHK'nın kabulünden sonra tüketici mevzuatının doğrudan uygulanabilmesi, sigortacı karşısındaki tüketici tarafa sağlanan korumayı artırmıştır. Oysa sözleşme tarafının tüketici olmadığı hâllerde, sözleşmenin

⁹⁸ Bkz. Üçüncü bölüm II ve III.

⁹⁹ Arkan, s. 64 vd.

yorumlanması genel kurallara tabi tutularak, karşı tarafa sağlanan hukuki koruma genel hükümlerle sınırlı kalır.

Tüm sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi eşya taşıma sigortalarında da sigortacı taraf bir sigorta şirketi veya acente olarak TTK anlamında tacirdir. Sigorta sözleşmelerinin sigorta ettiren veya sigortalı tarafları için ise böyle bir genelleme yapmak olanaksızdır. Bir sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren ve sigortalının kimliğinin tespiti, o sözleşmeye uygulanacak hükümleri belirler. Örneğin bir kasko sigortasının söz konusu olduğu durumlarda, sigorta ettiren taraf sigorta edilen taşıtın bireysel kullanıcısı olan bir tüketici olabileceği gibi, taşıtı envanterinde kayıtlı olan ve ticari faaliyetleri için kullanmakta olan bir tacir de olabilir. Sigorta ettiren ve sigortalının kimliğindeki bu çeşitlilik çoğu sigorta sözleşmesi için geçerlidir (yangın mali mesuliyet sigortası; kiracı mali mesuliyet sigortası vb.). Bununla birlikte bir reasürans sözleşmesi sigorta ettireninin gene bir sigorta şirketi olması, tacir sıfatının tespitini kolaylaştırır.

Uygulamada eşya taşıma sigortalarında, sigorta ettiren veya sigortalı ticari satış sözleşmesinin veya eşya taşıma sözleşmesinin bir tarafı olarak karşımıza çıkarlar. Bu tespitin maddi hukuk anlamındaki en önemli sonucu, ticari bir sözleşmenin tamamlayıcısı olarak ve özellikle kredi sözleşmeleri ile satın alınan eşya üzerindeki menfaati korumak amacıyla yapılan eşya taşıma sözleşmeleri esasen sözleşme taraflarının ticari işletmesini ilgilendirir. Bu sebeple eşya taşıma sigortalarına tüketici mevzuatı hükümleri doğrudan doğruya uygulanamaz; sigorta ettiren veya sigortalıya uygulanacak koruma sınırlı olur.¹⁰⁰

Sonuç olarak, eşya taşıma sigorta sözleşmesinin her iki tarafının (genellikle) tacir olması uygulanacak yorum kurallarının derecesini etkiler¹⁰¹. Hiç kuşkusuz nasılsa bir tüketici işlemi ile ticari iş aynı yorum kurallarına tabi tutulamayacaksa, bir kişinin kendi ihtiyaçları için akdetmiş olduğu sigorta sözleşmesi ile ticari işlemin tamamlayıcısı olarak akdedilen bir sözleşme de aynı kurallara tabi tutulamayacaktır. Bu noktada tarafların her ikisinin genellikle tacir olması ve sigorta sözleşmesinin TTK’da düzenlenen bir sözleşme olması, m 3 hükümleri uyarınca ticaret hukuku kurallarının tereddütsüz uygulanmasına sebep olur.

¹⁰⁰ TBK’daki GİŞ düzenlemeleri uyarınca gerçekleştirilecek yorum ve içerik denetimi aşamalarında kanun boşluğu olan durumlarda yol gösterici olması anlamında TKHK hükümlerinden yararlanılabilecekse de, her iki tarafı tacir olan sigorta sözleşmelerinde tüketici mevzuatı uygulama alanı bulmaz.

¹⁰¹ Bkz. Üçüncü bölüm.

B. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINA UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ

TTK, isteğe bağlı yapılan¹⁰² ve özel sigortalar¹⁰³ arasında yer alan sigorta sözleşmelerinde zarar sigortası ve can sigortası olarak ikili ayrımı benimsemiştir¹⁰⁴. Zarar sigortaları, sigorta ettirenin para ile ölçülebilir bir menfaatini¹⁰⁵ sigorta himayesi altına alır. Can sigortalarında ise insan hayatı gibi para ile değerlendirilemeyen menfaat ilişkileri sigorta himayesi altına alınır¹⁰⁶. Eşya taşıma sigortasının bu ayırmadaki yerinin belirlenmesi, tabii olduğu hukuki rejimi belirlemek adına önemlidir.

1. Eşya Taşıma Sigortasının Sigorta Türleri Arasındaki Yeri ve Önemi

a. Genel Olarak

TTK'nın sigorta hukukuna ilişkin hükümleri arasında eşya taşıma sigortasını düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir¹⁰⁷. Dolayısıyla eşya taşımaya uygulanacak sigorta hukuku hükümlerinin belirlenmesi gerekir.

Eşya taşıma sigortalarında, taşınan eşya üzerinde menfaat sahibi olan sigorta ettiren, taşınan eşyayı sefer boyunca karşılaşılabileceği çeşitli rizikolara karşı sigorta ettirmek ister. Bu tip sigorta sözleşmelerinde maddi değeri olan bir malvarlığı unsuru sigorta himayesi altına alınır.

¹⁰² İsteğe bağlı sigorta, kamu hukuku karakterli bir düzenleme (mevzuat veya sözleşme) ile yapılması zorunlu hale getirilmemiş ve sigorta ettirenin kendi iradesi ile yaptırmakta olduğu sigorta sözleşmeleridir (Can, s. 23-24).

¹⁰³ Özel sigortalar, sigortalanabilir olmak kaydıyla bireylerin kişisel çıkarlarını her türlü riziko hakkında yapılabilen sigortalardır. Oysa sosyal sigortalar, çoğu zaman zorunlu olan ve işçi, memur, emekli gibi belirli bir kesimi tehdit eden rizikoları teminat altına alır (Çeker, s. 12; Bozer, s. 11 vd.; Can, s. 22-23).

¹⁰⁴ Sigorta sözleşmelerinin kendi aralarında da farklı ayrımlar benimsenmiştir. Sigorta sözleşmesinde ödenen prim miktarının değişken olup olmamasına göre **sabit-değişken primli sigortalar**; rizikonun kaynağının bulunduğu ortama göre **kara-hava-deniz sigortaları**; sigortalanan rizikonun tehdit ettiği varlığa göre **mal (tazminat)-şahıs sigortaları**; sigortacı tarafından sigortalıya yapılan ödemenin bir zararı tazmin etme amacı taşıyıp taşıyamamasına göre **zarar (mal)-meblağ (can) sigortaları** gibi ayrımlar benimsenebilir (Can, s. 21 vd.; Çeker, s. 16 vd.; Bozer, s. 11 vd.). Sigorta sözleşmelerinin işlemlere ilişkin alt branşlara göre sınıflandırıldığı bir örnek için bkz. Chagny / Perdrix, s. 38-40.

¹⁰⁵ TTK m 1401'de yer alan sigorta sözleşmesinin tanımından anlaşılabacağı üzere.

¹⁰⁶ Ulaş, s. 9 vd.

¹⁰⁷ Alman hukukunda eşya taşıma sigortalarına ilişkin düzenlemeye ilişkin açıklamalar ile TTK'nın deniz sigortalarına ilişkin özel düzenleme içermemesinin eleştirisi için bkz. Yazıcıoğlu, Emine, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın "Sigorta Hukuku" Kitabındaki Hükümler Hakkında Bazı Değerlendirmeler**, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 79 vd.

Bilindiği üzere eşya taşımacılığı kara, hava, deniz, iç su, tren ve uzay da dâhil olmak üzere çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Buna karşılık TTK'nın eşya taşıma sigortalarına ilişkin düzenlemeleri sınırlı sayıdadır. Gerçekten TTK, m 1421'in sigortacının sorumluluğunun sigorta sözleşmesinin kurulmasından itibaren başladığı ve m 1431'in kara ve denizde eşya taşımalarında sigorta priminin sözleşmenin yapıldığı anda ödenmesine ilişkin hükümler dışında herhangi özel bir düzenleme içermez¹⁰⁸. Bu sebeple eşya taşıma sigortaları, TTK'nın sigorta hukukuna ilişkin genel hükümleri ile zarar sigortalarının mal sigortalarına ilişkin hükümlerine tabidir¹⁰⁹.

Müştaşarlık tarafından eşya taşımacılığına ilişkin olarak hazırlanmış olan genel şartlar da esasen deniz taşımacılığındaki rizikolar dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Kara ve hava taşımacılığındaki rizikoları özel olarak himaye altına alan Müşttaşarlık tarafından onaylı genel şartlardan söz etmek mümkün değildir. Bu sebeple günümüzde, eşya taşımacılığına ilişkin akdedilen sigorta sözleşmelerinde sigorta himayesi denizcilik rizikoları temelinde düzenlenmiş ENSGŞ ve buna ek olarak taşımanın niteliğine göre kabul edilen özel şartlarla¹¹⁰ sağlanır.

b. Mal Sigortalarına Uygulanacak Koruyucu Hükümler Açısından

Eşya taşıma sigortasına mal sigortalarına ilişkin hükümlerin uygulanmasının bir diğer sonucu da, TTK m 1486'da yer alan mal sigortalarına ilişkin koruyucu hükümlerin doğrudan uygulanacak olmasıdır.

¹⁰⁸ TTK'nın anılan hükümlerine ek olarak, SK m 15(2) uyarınca ithalat ve ihracat konusu eşyanın taşınmasına ilişkin sigorta sözleşmeleri yurt dışında yerleşik sigorta şirketleri ile akdedilebilir (Ulaş, s. 74). TTK Genel Gereğçesinin 214 numaralı paragrafı, eTTK'da kara ve deniz sigortaları arasındaki farklılığa son verilmesinin sebepleri olarak; *kaynakları farklı olan kara ve deniz sigortalarının mal sigortaları ile ayrı ayrı düzenlemelerinin uygulamada karışıklığa sebep vermesi ile denizcilik rizikolarını himaye altına alan sigortalar uluslararası kurallar çerçevesinde yürütüldüğünden düzenleme ihtiyacının ortadan kaldırılmış olması* gösterilmiştir.

¹⁰⁹ Ulaş, s. 488. Bu sonuç, eşya taşıma sigortaları anlamında benimsenir. Ancak ENSGŞ'nin m 17 ve Enstitü Yük Klotlarının m 3 (*Both to Blame Collusion Clause*) birlikte değerlendirildiğinde, müşterek avarya halinde müşterek avarya ilgililerine ödenen garame paylarının sigortacıdan talep edilebilmesi, eşya taşıma sigortasına zarar sigortaları içinde yer alan bir diğer grup olan sorumluluk sigortası niteliğini bahşeder (Şit, s. 49). Bu çalışma kapsamında, ENSGŞ ve Enstitü Yük Klotlarının özel hükümlerinden bağımsız olarak eşya taşıma sigortaları mal sigortası olarak kabul edilmiş ve o şekilde değerlendirilmiştir.

Fransız hukukunda 2011 yılına kadar denizde eşya taşıma ile diğer türde eşya taşıma sigortalarının farklı düzenlemelere tabi tutulması CA'da 15.7.2011 tarihinde yapılan değişiklikle sona ermiştir. Buna göre eşya taşıma sigortaları CA'nın m L. 171-1 vd.; m L. 172-1 vd. ve L. 173-17 – 173.22-1 arası maddeler ile düzenlenir. Nehirlerde taşınan eşyanın sigortalanması ise CA'nın m L. 174-4 ve m L. 174-5 hükümlerine tabidir.

¹¹⁰ İngiliz Enstitü Yük Klotları (örneğin *kamyon klotu*).

TTK, mal sigortalarına ilişkin çeşitli hükümleri mutlak emredici olarak belirleyerek bunlara aykırılıkları kesin hükümsüz saymıştır¹¹¹. Buna göre, mal bağlamında kazancın makul sınırı aşan kısmı sigorta edilemez¹¹². Rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu durumlarda, sözleşmenin yapılması sırasında bu durum sigortalı tarafından biliniyorsa kurulan sözleşme kesin hükümsüz sayılır¹¹³.

Mal sigortalarına hâkim *zenginleşme yasağı* ilkesi sebebiyle sigortacı, sigortalının uğradığı zarardan fazlasının tazmin edemez. Sigortacının tazminat sorumluluğu sigorta bedeli ile sınırlıdır ve aşkın sigorta hâlinde sigortacı sigorta menfaatinin ekonomik değerini aşan kısımdan sorumlu olmaz. Sigortacının sigortalısına tazminat borcunu ifa ettikten sonra halefiyet hakkına hâle getirilmemesi de koruyucu hükümlerle emredici şekilde düzenlenir. TTK, mal sigortalarına hâkim anılan ilkelerin aksine taraflarca sözleşme yapılamayacağını buyurur.

TTK, mal sigortalarına ilişkin çeşitli düzenlemelere ise nispi emredici nitelik bahşeder. Buna göre, aynı hak ile sınırlandırılmış bir mal üzerinde malike ait menfaat sigortalandığı takdirde, aynı hak sahibinin hakkı sigorta tazminatı üzerinde devam eder ve taraflar bunun aksini kararlaştıramaz. Aynı hak sahibinin sigortalanan mal üzerindeki menfaatini koruyucu bu düzenlemeye ek olarak mal sigortalarında, birden çok sigorta ve kısmi sigorta düzenlemelerine aykırı sözleşmeler de kesin hükümsüz sayılır.

Son olarak TTK, mal sigortalarında sigortalı aleyhine değişiklik yapılamayacak nispi emredici düzenlemeye de yer verir. Buna göre zarar gören malın ve zararın gerçekleştiği yerde değişiklik yapmama kuralını kusuruyla ihlal eden sigortalının tazminatından yapılacak indirim kusurunun ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Dolayısıyla sigorta tazminatından sigortalı aleyhine daha fazla indirim yapılması mümkün değildir.

¹¹¹ Bu hükümler sırasıyla TTK m 1453 f. (2) c. 2; m 1458 f. (1) c. 2; m 1459, m 1461; m 1463 f. (1); m 1472; m 1477; m 1456 f. (1); m 1465, m 1468; m 1479; m 1480; m 1482; m 1484; m 1485; m 1471 f. (2), m 1474 ve m 1476.

¹¹² Makul kârın da sigorta ettiren tarafından sigorta edilebilmesine ilişkin bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 23.11.1992 tarih ve 1992/1991E., 1992/4169K. (Ulaş, s. 530).

¹¹³ Yargıtay'ın önceki içtihatları da aynı sonucu kabul eder. Başlangıçtan itibaren geçersiz olan bir sigorta sözleşmesinde caymadan bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 23.1.1995 tarih ve 1994/6335E., 1995/336K. (Ulaş, s. 490-491).

Mal sigortalarına ilişkin TTK'nın kabul etmiş olduğu koruyucu hükümler, bu sigorta tipine özgü temel ilkelerden ayrılınmasını engeller. Bu şekilde sigortalı, sigortacı ve aynı hak sahiplerinin sigorta sözleşmesinden doğan menfaatleri koruma altına alınır.

2. Eşya Taşıma Sigortasının Sorumluluk Sigortasından Farkı

Eşya taşıma sigortaları ile sigorta ettiren, taşıma eşyasının yolculuk boyunca sigorta himayesi altında bulunmasını hedefler. Başka bir deyişle sigorta ettiren, taşınan mal üzerinde kendisinin ve sigortalının menfaatini korumayı, taşınan eşyaya herhangi bir zarar gelmesi hâlinde malvarlığında oluşacak eksilmenin sigortacı tarafından sigortalıya tazmin edilmesini amaçlar. Bu yönüyle malvarlığının aktif kısmında yer alan değerlerin azalmasının önlenmesi mal sigortalarının temel gayesidir.

Eşyanın taşınması sürecinde, taşıyıcıların¹¹⁴ da taşınan eşyaya gelebilecek zararlara karşı sigorta sözleşmeleri akdettikleri görülür. Bu sözleşmelerde, taşıyıcıların taşıdıkları eşya üzerinde doğrudan doğruya bir menfaatleri bulunmaz. Dolayısıyla, burada taşınan eşyaya, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda gelebilecek bir zararda kendileri doğrudan doğruya bir zarara uğramaz¹¹⁵. Ancak taşınan eşyanın zarara uğraması hâlinde, menfaat sahipleri malvarlıklarının aktifinde meydana gelen zararın tazminini taşıyıcıdan talep edebilir. Bu durumda da taşıyıcının pasif kısmındaki değerler artar.

Taşıyıcılar, taşıma işi kapsamındaki sorumluluklarını, yani mal varlıklarının pasif değerlerindeki olası artışları kontrol altında tutabilmek için sigorta teminatına ihtiyaç duyar. Taşıyıcılar bu sebeple sorumluluk sigortaları akdeder¹¹⁶. Mal sigortalarında ekonomik değer üzerinde bir menfaati olan kişi sigortalı konumundayken, sorumluluk sigortalarında belli bir

¹¹⁴ TTK m 850 “taşıyıcı”yı, *taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişi* olarak tanımlar.

¹¹⁵ TTK m 875 ve 876 taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere yer verir ve ziya, hasar veya gecikmenin taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse sorumluluktan kurtulacağını hükme bağlar.

¹¹⁶ Ulaş, s. 10, 489. Bununla birlikte uygulamada tecrübesizlik sebebiyle yanlış sigorta sözleşmelerinin akdedildiği durumlarla karşılaşılır. Yargıtay, taşıyanın mali sorumluluk sigortası yerine emtia nakliyat sigortası yaptırmış olduğu bir olayda, sigortacının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir: Yarg. 11. HD, 28.5.1998 tarih ve 1998/1066E., 1998/3908K. (Kazancı İçtihat Bankası).

sorumluluğu üzerine alan kişi sigortalıdır. Bu tip sigortalara taşıyıcı mali sorumluluk sigortaları¹¹⁷ adı verilir.

Uluslararası karayolu taşımacılığına ilişkin CMR sözleşmesi¹¹⁸ kapsamında taşıyıcıların yapmakla yükümlü oldukları sigorta, sorumluluk sigortasının bir türüdür. Sorumluluk sigortası aracılığı ile taşıyıcı, taşıma işinden doğan sınırlı kusursuz sorumluluğuna karşı kendisini taşınan eşya üzerinde menfaat sahiplerinin olası taleplerine karşı korur¹¹⁹.

Taşıyıcı mali sorumluluk sigortası bir *pasif* sigortasıdır. Eşya taşıma sigortalarında ise amaç sigortalının mal varlığının aktifinde oluşabilecek zararlar sigortalanır; burada bir *aktif* sigortası söz konusudur.

Sorumluluk sigortalarının önemi, halefiyet anında (sigortacının rücu hakkının doğduğu anda) kendisini gösterir. Eşya taşıma sigortası kapsamında, menfaati zarar gören sigortalının aktifindeki azalmayı tazmin eden sigortacı, daha sonra sigortalının haklarına halef olur. Sigortacının kanuni halefiyeti¹²⁰ olarak adlandırılan bu hâlde sigortacı, sigortalanan malvarlığı değerinde meydana gelen zararın tazmini için taşıyıcıya talepte bulunma hakkını sigortalıdan devralır¹²¹. Uygulamada genellikle sigortacı, bu talebini taşıyıcı ile taşıyıcının sorumluluk sigortası akdetmiş olduğu sigortacı şirketine yöneltir. Dolayısıyla zarar sigortaları arasında yer alan ve fakat farklı menfaatleri sigorta himayesi altına alan bu iki sigorta ilişkisi birbirinden ayrı tutulmalıdır.

¹¹⁷ Çeker, s. 194.

¹¹⁸ CMR'nin uygulama alanı için ve taşınan eşya kavramı için bkz. Gençtürk, Muharrem, **Uluslararası Konvansiyonlara Göre Taşıyıcının Eşya Taşımalarında Gecikmeden Doğan Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2005, s. 50 vd.; Özdemir, Türkay, **Eşya Taşımalarına İlişkin Uluslararası Konvansiyonlar Bakımından Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2005, s. 17 vd.

¹¹⁹ CMR sigortasının incelemesi için bkz. Kaya, Arslan, **CMR Sigortası**, Makalelerim I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 538-558.

¹²⁰ TTK'nın koruyucu hükümleri arasında öngörülen m 1472, mal sigortalarında sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, sigortalısının tazminat borçlusuna karşı sahip olduğu haklara halef olması yolunu benimsemiştir. Buna göre, sigortalının zarardan dolayı sorumlulara karşı mevcut dava hakları sigortaliya ödenen tazminat oranında sigortacıya geçer. İşte bu sebeple, sigortalı sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranmaktan kaçınılmalıdır. Konunun ayrıntılı incelemesi için bkz. Omağ, Merih Kemal, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefiyeti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

¹²¹ Taşıyıcı, taşınan eşyaya zarar veren kazanın oluşumunda kusursuz olmadığını ispat etmediği sürece taşıtana veya onun sigortacısına tazminat ödemekten kurtulamaz. Yargıtay, halefiyete dayanılarak açılacak davalarda taşıma sözleşmesi ilişkisi dışında haksız fiil hükümlerine de dayanılabileceğini kabul eder. Bkz. Yarg. 11. HD, 1.3.1999 tarih, 1998/9833E., 1999/1694K. (Ulaş, s. 535'den naklen).

3. Eşya Taşıma Sigortasının Kıymet Nakliyat Sigortasından Farkı

Eşya taşıma sigortası, belirli bir sefer süresince taşınmakta olan eşyayı sigorta tazminatı altına alır. Eşya taşınmasında taşınan eşyanın niteliği sözleşmenin kurulması açısından önemsizdir. Eşyanın niteliği, sigorta himayesi altına alınan rizikonun ve buna bağlı olarak primlerin belirlenmesinde etkili olur.

Kıymet nakliyat sigortası ise eşya taşıma sigortasından farklıdır. Kıymet nakliyat sigortasıyla gerçek ve tüzel kişilerin sahibi bulundukları veya muhafaza ettikleri her türlü kıymetli evrak (hisse senedi, tahvil, bono, senet, çek gibi) ile altın ve gümüş külçe, para, döviz ve efektifin, bir yerden başka yere taşınmaları sırasında karşılaşılabilecekleri rizikolar sigorta himayesi altına alınır¹²². Görüleceği üzere, kıymet nakliyat sigortası da eşya taşıma sigortası gibi zarar (nakliyat) sigortasının bir alt türü olan mal sigortaları arasında yer alır ve fakat konusu farklıdır. Sigortalanan değer farklı olması ve kıymet nakliyat sigortalarının kapsamının daha dar olması sebepleriyle her iki sigorta türü de Müsteşarlık tarafından hazırlanan farklı sigorta genel şartlarına tabidir.

C. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA TEMİNAT ALTINA ALINAN MENFAAT

Sigorta menfaatinin mevcudiyeti, sigorta sözleşmesinin esaslı ve zorunlu bir unsurudur. Gerçekten eşya taşıma sigortalarında, sigortalanan şey taşınan eşya değil, taşınan eşya üzerindeki ekonomik menfaattir¹²³. TTK m 1408 hükümlerine uygun olarak geçerli bir sigorta sözleşmesinden bahsedebilmek için sigorta ettirenin ve sigortalının sigortalanan eşya üzerinde menfaati olmalıdır¹²⁴. Nitekim TTK m 1453 hükmü de bunu, mal sigortalarının kurulmasının zorunlu unsuru olarak kabul eder¹²⁵. Burada menfaat ile kastedilen para ile ifade

¹²² Çeker, s. 194.

¹²³ Dunt, s. 57.

¹²⁴ Sigorta ettiren ve sigortalının sigortalanan eşya üzerindeki menfaatinin belirli bir bölüm üzerinde olması halinde yalnızca o bölüme ilişkin sigorta sözleşmesi kurabileceği yönünde bkz. Ulaş, s. 44; Berthoud, s. 14. Eşyanın Rusya'ya taşınması sırasında meydana gelebilecek rizikoları teminat kapsamına alınan ve Bulgaristan sınırları içinde çalındığı iddia edilen bir olayda, Yargıtay ortada sigortalananabilir bir menfaati bulunmaması hâlinde sigortacının sorumluluğundan söz edilemeyeceğini, dolayısıyla bu konunun ayrıca incelenmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur (bkz. Yarg. 11. HD, 15.11.2001 tarih ve 2001/6496E., 2001/9006K. (Ulaş, s. 489-490'den naklen)).

¹²⁵ TTK m 1401 hükmü, tüm sigorta sözleşmeleri için genel bir kural olarak getirir, m 1490 bu kuralı can sigortaları için özel olarak düzenler. Sigorta konusunun eşya değil eşya üzerindeki menfaat olduğu yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 15.12.1983 tarih ve 1983/5111E., 1983/5709K. (Ulaş s. 43'den naklen). Eşya taşıma sigortalarında, sigorta ettiren veya sigortalının zararın meydana geldiği anda mülkiyet veya rizikoya ilişkin bir

edilebilen (ölçülebilen) ekonomik bir değerdir¹²⁶. Sözleşmenin kurulması anında sigortalanabilir menfaatin mevcut olmaması, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olur. Aynı şekilde, sözleşme süresi boyunca sigorta ettirenin, sigortalanan taşınan eşya üzerinde menfaatinin kalmaması hâlinde sigorta sözleşmesi menfaatin ortadan kalktığı anda kendiliğinden kesin hükümsüz olur¹²⁷.

Eşya taşıma sigortalarında, sözleşmenin kurulduğu anda sigorta ettiren veya sigortalının sigortalanan eşya üzerinde menfaatinin henüz mevcut olmadığı hâllerle karşılaşılabilir. Dolayısıyla koruyucu hüküm niteliğinde olan ve aksine sözleşmenin geçersiz sayıldığı TTK m 1408'in katı bir şekilde uygulanmasını, eşya taşıma sigortaları uygulaması ile bağdaştırabilmek güçtür. Kanımızca, TTK m 1408 sözleşmenin kurulması anında sigortalanabilir menfaatin mevcut olması emredici hükmü eşya taşıma sigorta sözleşmelerine sistematik olarak uygulanamaz ve her somut olayın şartlarına göre değerlendirilir. Bu kapsamda belirtelim ki, TTK'nın her sigorta türünün özelliğine ilişkin hükümlere yer vermemesi de bu sebeple bir eksiklik olarak karşımıza çıkar.

Bunun dışında, taşımaya konu eşya bir taşıma seferinde el değiştirdiği için, taşıma işi süresince korunmasından sorumlu olan kişi değişebilir. Şöyle ki, taşınan eşyanın zilyetliği ve onun üzerindeki mülkiyet hakkı satıcıdan alıcıya, veya birbirini takip eden alıcılar arasında, taşıyıcıdan transit taşıyıcıya veya antrepo sahibine geçebilir. Bu durum, rizikonun gerçekleşerek bir zararın meydana gelmesi hâlinde sigortacının sigorta teminatını yerine getirmesi anında hukuki sorunlara sebep verebilir¹²⁸.

eTTK uyarınca, sigorta sözleşmesi süresince sigortalanan menfaat sahibinin değişmesinin sigorta sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisi bulunmamaktaydı. Ancak TTK m 1470 uyarınca bu ilke terk edilmiştir. TTK tahtında, aksine sözleşme hükmü

menfaatin bulunduğunu ispat etmesi yeterlidir. Bu kapsamda rastlantısal bir menfaatin de sigortalanabileceği kabul edilir (Dunt, s. 59 vd.).

¹²⁶ Ulaş, s. 43.

¹²⁷ Sözleşmenin kurulması anında sigorta ettirenin sigortalanan eşya üzerinde mevcut olmayan menfaatinin sözleşme sırasında ve fakat rizikonun gerçekleşmesinden önce oluşması hâlinde öğretide sözleşmeye geçerlilik kazandırılmasının mümkün olacağı savunulur (bkz. Ulaş, s. 43). Böyle bir görüşün kabulü, TTK'nın ilgili hükümlerinde yer alan sigorta menfaatinin, sigorta sözleşmelerinin kuruluşunun esaslı bir unsuru olduğu kuralı terk edilmiş olur. Kanımızca bu tür bir genelleme yapılması isabetli olmayıp, somut olayın şartlarına göre sigorta menfaatinin yokluğunun, sözleşmenin geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi daha yerinde olur. Aynı yönde Metezade, Zihni, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım ile İlgili Görüşler**, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 39.

¹²⁸ Berthoud, s. 15.

olmaması hâlinde, menfaat sahibinin değişmesi hâlinde sigorta ettirenin sigortalanan eşya üzerinde menfaati kalmayacağı için sigorta sözleşmesi kendiliğinden sona erer¹²⁹. Kanun koyucu burada aksine sözleşmeleri geçerli sayarak, taşıma sigortaları başta olmak üzere ticaret hayatında gerekli esnekliği sigorta sözleşmeleri için sağlamaya çalışmıştır.

Eşya taşımasında sigorta menfaatinin el değiştirmesi CIF¹³⁰ ve FOB Incoterm'leri aracılığı ile gerçekleştirilen satışlarda özellik arz eder¹³¹. Incoterm'ler uluslararası mal satışlarıyla ilgili ticari teamüllerin Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce - ICC*) tarafından bir araya getirilmesi ile oluşturulan, uyulması zorunlu olmayan yorum kuralları bütünüdür¹³². Hiç kuşkusuz bir ticari satışta tarafların satış sözleşmesini Incoterm'lere tabi tutmaları, onları sözleşme hükmü hâline getirir ve taraflar için bağlayıcı olur. Satış sözleşmesi tarafları, sözleşme hükümlerine aynı şekilde yorumlanmasına olanak sağlamak amacıyla Incoterm'leri tercih eder. Bu nedenle, tarafların açıkça hangi yıla ait derlemenin uygulanacağına ilişkin anlaşmamaları hâlinde Incoterm'lerin ticari satış sözleşmelerine doğrudan uygulanması mümkün değildir¹³³.

FOB ve CIF satışlara ilişkin eTTK'nın aksine¹³⁴, TTK'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹³⁵. Milletlerarası Ticaret Odası'nın en son olarak 2010 yılında yenilemiş olduğu Incoterm'ler uyarınca FOB satışlarda, satılan eşyanın alıcı tarafından tayin edilecek geminin küpeştesini fiilen geçtiği andan itibaren yarar ve zararı tamamen alıcıya ait olur. FOB satışlarda, taşıma sırasındaki riskler alıcı tarafından üstlenilir. CIF satışlarda ise satıcı, satış konusu malları yükleme, taşıma sözleşmesi yapma ve taşınan eşyayı sigorta ettirme ve

¹²⁹ Bu kuralı aşmak için taraflar sigorta sözleşmesine hüküm koyabilecekleri gibi, TTK m 1454(3)'e uygun olarak *kimin olacağı onun hesabına* olacak şekilde sigorta sözleşmesini akdedebilir. TTK m 1470'in kaynağı olarak gösterilebilecek MIA m 15 ve Enstitü Tekne Kızları m 14.1 ile konu hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Günay, M. Barış, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1470. ve 1471. maddelerine İlişkin Değerlendirmeler**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, S 1-2, s. 687 vd.

¹³⁰ CIF satışlarda alıcının kâr kaybını karşılayabilmek amacıyla uygulamada sigorta bedeli taşınan eşyanın değerinin %10 fazlası olarak belirlenir (Dunt, s. 61).

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 93 vd.

¹³² Kuyucu, Aslıhan Sevinç, **INCOTERMS (Uluslararası Ticari Terimler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 13 vd.

¹³³ Şit, s. 13.

¹³⁴ eTTK m 1138 ve m 1139 CIF ve FOB satışları düzenlemekte ve fakat kapsamı ve milletlerarası kurallardan yer yer ayrılmış olması sebebiyle yalnızca iç ticarete uygulanmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şit, s. 31 vd.

¹³⁵ TTK Genel Gereğesinin 177. paragrafı, eTTK'nın denizasırsı satış sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin, satış hukukuna ait olması ve uygulamada sürekli yenilenen kurallara tabi olmaları sebebiyle TTK'ya alınmadığını belirtir.

tüm bunların masraflarını karşılama borcu altındadır. Dolayısıyla CIF satışlarda taşıma sırasındaki riskler satıcı üzerindedir.

Buna göre, FOB satışlarda sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü alıcıdadır¹³⁶. Ancak, uygulamada kimi zaman masrafı alıcıya ait olmak üzere sigorta sözleşmeleri satıcı tarafından akdedilmektedir. CIF satışlarda ise sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü satıcıdadır. Satıcı, satış konusu eşya üzerinde kendisinin artık bir menfaati kalmayacağından bu yükümlülüğünü sigorta sözleşmesini masrafları kendisine ait olmak üzere alıcı adına yaparak ifa etmelidir. Bu, satıcının asli edim yükümlülüğünü teşkil eder¹³⁷. Satıcının tacir olduğu dikkate alındığında, CIF satış kapsamında yapacağı sigorta sözleşmesi ile sigorta şirketi seçiminin basiretli bir iş adamı gibi olması gereklidir¹³⁸. Ek olarak, satıcının talebi üzerine alıcı, satıcının m A3 b) düzenlenmiş olan alıcı için yapılan ek sigortanın yapılabilmesi için gerekli bilgileri sağlamakla yükümlüdür.

Uygulamada CIF satışlarda yapılan sigorta sözleşmelerinin satıcı hesabına¹³⁹ yapıldığı hâllerle karşılaşılmaktadır. Oysa olağan şartlarda, satıcının CIF veya FOB satışlarındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi sonrasında taşıma konusu mallar üzerinde herhangi bir menfaati kalmaz¹⁴⁰. Satıcının menfaatinin sona erdiği bir durumda ve fakat sigorta sözleşmesinde sigortalının satıcı olduğu durumlarda, sözleşmenin geçerliliği sorgulanarak sigortalının tazminat talep etme hakkı reddedilebilir¹⁴¹. Benzeri durumlarda uygulamada

¹³⁶ FOB satışlarda ilke bu olmakla beraber, zaman zaman alıcının kendisi için yaptığı sigorta sözleşmeleri yanında satıcının da sigorta sözleşmesi yaptığı durumlarla karşılaşılır. Bunun temel sebebi, satışa konu malların nakliyatının, ödemenin satıcı tarafından tahsil edilmesinden önce gerçekleşmesidir. Satıcının, satışa konu malların satış bedelini tahsil etmeden nakliyesini gerçekleştirmesi hâlinde, satış bedelinin tamamı tahsil edilinceye kadar satıcı kayıp rizikosuyla karşı karşıya kalır. Dolayısıyla satıcının FOB satıştaki menfaatinin korunması ihtiyacı ortaya çıkar. Fransız hukukunda, satıcı FOB satışlarda abonman poliçelerine eklenebilen 85 ve 86 numaralı klotlar ile CIF satışlarda ise 87 numaralı klot ile bu şekilde menfaatini sigorta himayesi ile teminat altına alabilir (Marcq, Jean-Patrick, **Risques et assurances transports et logistique**, L'Argus, 2ème édition, France, 2011, s. 199-203).

¹³⁷ Şit, s. 45, 46; 57. Ayrıca konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Erdem, Ercüment, **SİF Satışlar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 10 vd.

¹³⁸ Kuyucu, s. 132 vd. Bu kapsamda, CIF hükümleri kapsamında aksine anlaşma bulunmadıkça, sigorta sözleşmesi Enstitü Yük Klotlarının asgari sigorta himayesine veya diğer benzer kurallara uymalıdır.

¹³⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. Şit, s. 58, 59.

¹⁴⁰ Yarg. 11.HD, 22.1.2007 tarih ve 2005/13656E., 2007/586K. (Kazancı İçtihat Bankası). Anılan kararda, satıcının satış konusu eşyanın bedelini tamamen tahsil etmemiş olması hâlinde taşıma konusu eşyayı sigorta ettirmede menfaati olduğu ve taşımada oluşacak zararlardan dolayı sigortacıya talepte bulunabileceği kabul edilmiştir.

¹⁴¹ CIF satışlarda satıcının ancak malın alıcısından muvafakat almak şartıyla sigortacıya dava açabileceği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 22.5.1995 tarih ve 1995/1747E., 1995/4143K. (Ulaş, s. 493'den naklen). Buna karşılık alıcı firmanın zararının satıcı tarafından tazmin edilmesi ve sonrasında sigortacının ödemeyi kabul

karşılaşılabilecek hukuki sıkıntıların önüne geçebilmek adına CIF satışlar açısından *kimin olacaksa onun hesabına sigorta* kaydının poliçeye konulmasının satış sözleşmesi taraflarının satış sözleşmesindeki çıkarlarını korumak adına daha uygun olacaktır¹⁴².

D. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA RİZİKO VE SİGORTACIYA BİLDİRİLMESİ

eTTK döneminde taşıma sigortalarının diğer sigorta tiplerine göre en önemli özelliği sigorta sözleşmesinin ilke olarak tüm rizikolara karşı sigorta himayesi sağlamasıydı¹⁴³. eTTK m 1379 belirli rizikoları dikkate almaksızın her türlü zararı sigorta güvencesi altına almaktaydı.

TTK, eTTK’da yer alan sigorta himayesinin genelliği ilkesinden ayrılır. Şöyle ki, TTK m 1409(1), sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan rizikoların sigorta himayesi kapsamında yer alacağını öngörür. Ayrıca, yukarıda sayılan hükümler dışında sigortacının sorumluluğunun kapsamı tayininde dikkate alınması gereken bir diğer husus da Enstitü Yük Klozları’dır. Gerçekten ENSGŞ’ye ek olarak tarafların kararlaştırabilecekleri Enstitü Yük Klozu, sigorta himayesinin kapsamını belirler¹⁴⁴. Bu durum, Enstitü Yük Klozları’nda yer alan ve sigorta himayesinin kapsamını genellik ilkesine bağlayan hükümlerin geçerliliğinin sorgulanmasını zorunlu kılar¹⁴⁵.

etmesi halinde, sigortacının satıcıya yaptığı ödemenin ona halefiyet sağlayacağı ve ödenen tazminat tutarını taşıyıcıdan talep edebileceği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 26.1.2004 tarih ve 2003/6005E., 2004/701K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁴² Berthoud, s. 15-16; Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 118; Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 95; Şit, s. 59. Ayrıca kimin olacaksa onun hesabına şeklinde akdedilen sözleşmelerde sigorta himayesinin devamının menfaat sahibinin değişmesinden çok, sözleşmede konan bir hükme bağlanmış olması sebebiyle TTK m 1470’in uygulama alanı bulmayacağı görüşüne katılıyoruz (Günay, s. 695).

¹⁴³ eTTK m 1379’in kabul ettiği genellik ilkesi, bu sonucun kabulünü gerektirir (Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 119; Ulaş, s. 510).

¹⁴⁴ Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 119.

¹⁴⁵ Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 120. Konu hakkında bkz. İkinci bölüm.

E. SİGORTA ETTİRENİN PRİM ÖDEME BORCUNUN EŞYA TAŞIMA SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE ETKİSİ

1. Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin asli edim yükümlülüğü, yani sigortacının rizikoyu taşıma ediminin karşılığı primin (ücretin) ödenmesidir¹⁴⁶. Sigorta primi, sigorta ve aktüerya tekniklerine uygun olarak hesaplanır.

Sigorta ettirenden fiilen alınan prime ticari (gayri safi) prim denir ve safi prim ile sigorta yükü olmak üzere iki kısımdan oluşur. *Safi prim* rizikonun, aktüerya teknikleri ve *büyük sayılar ilkesi*¹⁴⁷ dikkate alınarak hesaplanan bilimsel değerdir. *Prim yükü* ise sigortacı tarafından yapılan bazı masrafların (sigorta aracılara ödenen komisyonlar, gider ve vergiler gibi) karşılanması amacıyla sigorta ettirenden alınan bir paradır¹⁴⁸. Safi prim, bilimsel veriler ışığında hesaplandığı için aynı riziko kapsamında tüm sigortacılar için aynı değerdedir. Prim yükü ise, sigortacıya ilişkin bir değer olduğu için sigortacıdan sigortacıya fark gösterir.

TTK m 1430 vd. sigorta priminin ödenmesine ilişkin kuralları düzenler. Sigorta ettiren, prim ödeme borcunu kural olarak nakden ve tek seferde ifa etmek zorundadır¹⁴⁹. Taraflar sözleşme ile primin taksitle ödenmesini kararlaştırabilir. Bu hâlde, sigorta ettiren primin ilk taksitini nakden ödemek koşuluyla sonraki taksitleri kambiyo senedi ile

¹⁴⁶ Kender, s. 230.

¹⁴⁷ Sigortacılıkta büyük sayılar ilkesi (veya kanunu), büyük rizikoların düşük prim tutarları ile teminat altına alınmasını açıklar. Anılan ilke uyarınca sigortacı, aynı tehlikeyi taşıyan kişilerden oluşan bir riziko topluluğu meydana getirir. Bu şekilde, topluluktaki kişi sayısı ve buna bağlı olarak tahsil edilen prim tutarları artırılır ve sigorta teminatı altına alınan rizikonun gerçekleşmesi ile oluşan zarar tazmin edilir. Zira kişi sayısı ve tahsil edilen prim miktarının artmasına karşılık ödenen tazminat miktarı aynı oranda artmaz ve bu da tahsil edilen prim tutarının katılımcılara daha az olarak yansımaya sebep olur.

¹⁴⁸ Aral Eldeleklioglu, İrem, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu**, 10. Yıl'a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 11, S 22, Güz 2012/2, s. 205. SK m 12(1) hükmü uyarınca sigorta tarifelerinde serbest rekabet kurallarının uygulanabilmesi amacıyla tarife serbestisi kabul edilmiştir. Primin hesaplanmasında rizikonun gerçekleşme ihtimali, sigortayla güvence altına alınan menfaatin değeri, sigorta sözleşmesinin süresi gibi faktörler söz konusu olur. Ayrıca TTK ile prim-riziko dengesinin sigorta sözleşmesinin her döneminde korunması ilkesi kabul edilmiş ve sigorta priminin indirilmesi gereken hallerde bunun uygulanması zorunlu kılınmıştır (TTK m 1433). eTTK döneminde bu ilke bir seneden uzun süreli sigorta sözleşmeleri için benimsenmişti (eTTK m 1298).

¹⁴⁹ TTK'nın anılan hükmü nispi emredici nitelikte olup, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar aleyhine değiştirilemez (Aral Eldeleklioglu, Prim Ödeme, s. 205-206).

ödeyebilir¹⁵⁰. Fakat bu hâlde dahi rizikonun gerçekleşmesi hâlinde primin tamamı o anda muaccel olur ve sigorta tazminatı ile takas edilemez.

Sigorta priminin taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksitin, sigorta sözleşmesi yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir. Primin ilk taksiti ödenene kadar sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan sorumluluğu başlamaz. Ancak bu kurala eşya taşıma işlerinde istisna öngörülmüştür. Buna göre karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda sigorta primi, poliçe henüz düzenlenmemiş olsa bile sözleşmenin yapıldığı anda ödenmeli ve bağlantılı olarak sigorta himayesi derhal başlamalıdır. Karada ve denizde taşıma işleri için öngörülen bu ilkenin, her tip eşya taşınması için kabulü gerekir.

TTK, sigorta priminin zamanında ödenmemesi hâlinde, sigortacının sigorta sözleşmesinden cayabileceğini¹⁵¹ emredici şekilde hükme bağlamıştır. Sigorta priminin belirlenmesinde, elbette sigorta himayesine altına alınan menfaat değeri, yani sigorta bedeli önem taşır.

2. Eşya Taşıma Sigortalarında Prim Ödeme Borcuna Bağlanan Sonuçlar

Sigorta sözleşmesi ile sigorta ettiren, prim ödeme borcunu sigortacıya ifa etmekle yükümlüdür¹⁵². Bununla birlikte, eşya taşıma sigortalarına ilişkin olarak TTK m 1431 özel bir düzenlemeye yer verir. Anılan hüküm uyarınca, karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda, poliçe henüz düzenlenmemiş olsa bile, prim sigorta sözleşmesinin yapıldığı anda ödenir¹⁵³. Dolayısıyla sigorta ettiren bu edim borcunu sözleşmenin yapıldığı anda ifa eder. Aksi hâlde sözleşme kurulmamış sayılır.

¹⁵⁰ Sigortacılık uygulamasında sigorta ettirenin sigorta primini kambiyo senedi ile ödediği hâllerle çok sık karşılaşılmaz. Özellikle ÇekK'nın 6273 sayılı Kanun ile tadil edilmesi sonrasında çeklerin tahsil kabiliyetinin azalması ile bu kullanım uygulamada daha da azalmıştır. Acenteler Yönetmeliği m 17(2) uyarınca, acenteler tarafından düzenlenen poliçeler kapsamında sigorta ettiren (anılan maddede hatalı olarak "sigortalı" ifadesi kullanılmıştır) tarafından acentelere yapılan prim ödemesi sigorta şirketine yapılmış sayılır. Bununla birlikte, acenteler tarafından düzenlenen poliçeler kapsamındaki tazminat ödemelerinin sigorta şirketlerince doğrudan hak sahibine yapılması esastır. Sigorta şirketlerince tazminat ödemesi kapsamında acenteye ödeme yapılması durumunda, yapılan ödeme hak sahibi tarafından tahsil edilmedikçe ödenmiş sayılmaz.

¹⁵¹ Sigorta sözleşmesinde primin defaten ödeneceği hükme bağlanmışsa bu hâlde bir dönme; taksitlerden herhangi birinin ödenmemesi halinde ise süre vermek suretiyle sözleşmenin feshi gündeme gelir (TTK m 1434).

¹⁵² TTK sisteminde sigorta ettirenin sigorta sözleşmesindeki prim ödeme borcuna ilişkin genel ilkeler için yukarıda bkz. Birinci bölüm II.E.

¹⁵³ Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 120.

F. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA SİGORTA BEDELİ

1. Sigorta Bedeli

Sigorta bedeli, sigorta sözleşmesinde rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigortacının sigortalıya ödeyeceği azami bedeli ifade eder ve güvence altına alınan menfaatin karşılığıdır¹⁵⁴. Sigortacı, sigorta sözleşmesinde belirtilen rizikonun gerçekleşmesi ile zarar sigortalarında sigortalanan mala gelen zararı gidermek için, can sigortalarında ise sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli sigortalıya (lehtara) ödemekle yükümlüdür¹⁵⁵.

Zarar sigortalarında, sigorta bir tazminat aracıdır. Bu sebeple, sigortalının sebepsiz zenginleşmesini önlemek adına sigorta bedeli sigortalanan menfaatin uğradığı gerçek zarardır. Başka bir deyişle, poliçede gösterilen sigorta bedeli daha yüksek dahi olsa, sigortacı tarafından sigortalıya ödenecek olan tazminat, sigortalanan malın değerindeki azalma ile sınırlıdır. Dolayısıyla, sigortalanan malın görmüş olduğu zararın tayin ve tespiti gerekir¹⁵⁶. Can sigortalarında ise böyle bir durum söz konusu değildir; sigortacı sigorta bedelini ödemekle yükümlüdür.

TTK m 1427 uyarınca sigorta tazminatı kural olarak nakden ödenir. Ancak taraflar bunun aksini kararlaştırarak tazminatın aynî şekilde ödenmesini kararlaştırabilir¹⁵⁷. Sigorta ettirenin bilgilendirilmesi, bu konudaki kararını serbest iradesi ile vermesine yardımcı olur.

2. Eşya Taşıma Sigortalarında Sigorta Bedeli

Mal sigortalarında mevcut zenginleşme yasağı ilkesi sebebiyle sigortacı, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde kural olarak sözleşmede belirtilen sigorta bedelini sigortalıya öder¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Bozer, s. 48. Bu kapsamda *sigorta bedeli* ile *sigorta değerinin* karıştırılmaması gerekir. Gerçekten sigorta bedeli, sigortacının sözleşmesinde rizikonun gerçekleşmesi hâlinde ödeyeceği azami miktar ise de, sigorta değeri sigortalanan menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki tam değeridir (TTK m 1460). Sigorta sözleşmesinde bu iki değer birbirine eşit olması gerekir. Sigorta bedelinin sigorta değerinden yüksek olması durumunda *aşkın sigortadan*, düşük olması halinde ise *eksik sigorta* söz konusu olur (Ulaş, s. 53 vd.; Ünan, Yeni TTK Sunumu, 54. slayt).

¹⁵⁵ Kender, s. 316.

¹⁵⁶ Kender, s. 316.

¹⁵⁷ Örneğin cam kırılmasına ilişkin sigortalarda, uygulamada çoğunlukla kırılan cam yenisiyle değiştirilir.

¹⁵⁸ Aşkın veya eksik sigorta hâlinde sigortacının ödeyeceği bedel sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki ilişki ile belirlenir. Sigorta bedeli, TBK m 99 uyarınca sigorta poliçesinde *aynen ödeme* veya bu anlama gelen bir kayıt bulunması halinde yabancı para üzerinden de ödenebilir (Şit, s. 68-69). İsviçre hukukunda, Sigorta Sözleşmesine ilişkin Federal Kanun'un (*Loi fédérale sur le contrat d'assurance*) m 64 f. (1) uyarınca eşya taşıma sigortalarında sigorta bedelinin zarara uğrayan eşyanın piyasa değeri üzerinden belirlenmesi yönünde bir Federal Mahkeme Kararı için bkz. 26.11.2003 tarih ve 5C.141/2003 sayılı 2. HD kararı (Swisslex).

Mal sigortalarının bir türü olan eşya taşıma sigortalarında da aynı ilke uygulanır. Dolayısıyla rizikonun gerçekleşmesi sonrasında sigortalanan eşyaya verilen gerçek zararın tespit ve tayin edilmesi gerekir. Bu kuralın istisnasını ise sigorta sözleşmesinin kuruluşu anında bilirkişiler aracılığıyla belirlenen *takseli sigorta* teşkil eder.

Takseli sigortada, tam zarar durumunda poliçede belirtilen bedel sigortacı tarafından sigortalıya ödenir. TTK m 1461’de mutlak emredici şekilde düzenlenen mal sigortalarındaki zenginleşme yasağı ilkesi sebebiyle, takse esaslı şekilde fahiş ise, sigortacı taksenin indirilmesini isteyebilir. Umulan kazanç takselenmiş ise, taksenin sözleşme yapıldığı sırada ticari tahminlere göre elde edilmesi mümkün görülen kazancı aşması hâlinde sigortacı bunun indirilmesini talep edebilecektir¹⁵⁹.

Eşya taşıması işi, her şeyden önce taşıma hukukuna ilişkin hükümlere tabidir. Dolayısıyla, taşıma işine ilişkin bir sigorta sözleşmesinden doğacak zararın tazmini ve sorumluların tayini aşamasında eşya taşıması işine uygulanacak hükümlere başvurmak gerekir. TTK m 876 uyarınca, zıya, hasar ve gecikmenin¹⁶⁰ taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı veya sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana geldiği kanıtlanmadıkça, taşıma sırasında taşınan eşyaya gelen zarardan taşıyıcı sorumludur. Dolayısıyla taşıyıcının, sorumluluğunu ortadan kaldıran durumlardan birinin varlığını kanıtlayamadığı hâllerde sigortalının, taşıma sözleşmesine istinaden taşıyıcıya; sigorta sözleşmesine istinaden de sigortacıya karşı talep hakkı bulunur¹⁶¹. Bunlardan ilki sorumluluk tazminatı, ikincisi ise sigorta tazminatıdır. Zarar sigortalarındaki zenginleşme yasağı sebebiyle, sigortalının aynı zarar için taşıyıcı ve sigortacıdan aynı anda tazminat istemesi mümkün değildir. Bu talep hakları birbirlerine alternatif olup, kümülatif değildir. Sigortacıya tanınan kanuni halefiyet hakkı da işte bu ilkedен ortaya çıkmıştır.

¹⁵⁹ Omağ, Merih Kemal, **Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı**, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 253 vd. Deniz ve kara sigortaları ayırımının kabul edildiği eTTK tahtında yapılan ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Kaya, Arslan, **Takseli Kara Sigortalarında Esaslı Surette Fahiş Taksenin Hile Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün Müdür?**, Makalelerim I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 518 vd.

¹⁶⁰ Taşıma sigortaları açısından gecikme bir riziko olarak değerlendirilmeyip, şartların bir sonucu olarak kabul edilir. Bu sebeple, gecikmenin sebep olduğu kayıplar sigorta teminatı kapsamı dışında bırakılır (Aydemir, s. 52). Etkin şart nedenselliğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm I.C.2.

¹⁶¹ Ulaş, s. 531.

TTK, eşya taşıma sigortalarında tazminata ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermez. Dolayısıyla, eşya taşıma sigortalarında zararın belirlenmesi sigorta sözleşmelerine ilişkin genel hükümler ile zarar sigortalarına ilişkin hükümlere tabidir¹⁶².

Eşya taşıma sözleşmelerinde sigorta sözleşmesinin kuruluşu anında sigorta bedeli belirlenirken, sigortalanan malın taşıyıcıya teslim olduğu zamandaki değerine, varma yerine ulaşması için gerekli taşıma ücreti ve sigorta sözleşmesi ile belirlenecek olan diğer giderler de eklenir¹⁶³. Rizikonun gerçekleşmesi anında sigortalıya ödenecek bedel ise taşınan mallarda oluşan gerçek zarar ile sınırlıdır¹⁶⁴.

G. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİ¹⁶⁵

Sigorta mevzuatında sigorta sözleşmesi için herhangi asgari veya azami bir süre öngörülmez. TTK, sigorta sözleşmesinin süresini tarafların serbest iradesine bırakır. TTK m 1410 hükümleri sözleşmede süreye ilişkin bir belirlilik olmaması durumunda ise taraf iradeleri, örf ve adetlere bakılabileceğini hükme bağlamıştır.

Sözleşmenin süresine ilişkin herhangi bir kısıtlamaya yer verilmemiş olmasına karşılık, TTK m 1411 taraflarca daha kısa dönemler kararlaştırılmadığı hâllerde sigorta sözleşme dönemlerinin bir sene olarak dikkate alınacağını zorunlu tutar. Sigorta dönemine ilişkin bu düzenleme, sigortacılık uygulamasına da yön verir ve bu durum özellikle zarar sigortalarında sigorta sözleşmelerinin çoğunlukla bir (1) sene süre ile akdedilmesine sebep olur¹⁶⁶.

¹⁶² Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 129. Bahsedilen hükümler, TTK m 1413 vd. ile m 1471’de düzenlenen, zarar gören eşyanın gerçekleştiği yerde değişiklik yapmama ilkesidir.

¹⁶³ Ekspertiz giderlerinin de sigorta bedeline dâhil olduğu yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 24.11.1988 tarih ve 1988/2438E., 1988/7068K. (Ulaş, s. 525’den naklen). Mahrum kalan kâr da sigorta sözleşmesinde açıkça belirtilmediği sürece sigorta himayesi kapsamı dışındadır (Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 118).

¹⁶⁴ Yarg. 11. HD, 22.5.1995 tarih ve 1995/3321E., 1995/4142K. (Ulaş s. 526’dan naklen). Gerçek zararın saptanmasında taşınan eşyaya ilişkin fatura ve benzeri belgelerden faydalanabileceği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 9.9.1996 tarih ve 1996/4787E., 1996/5447K. (Ulaş s. 527’den naklen).

¹⁶⁵ Öğretide Kender, sigorta sözleşmesinin süresine ilişkin üçlü bir ayrıma gider: Buna göre, sigortacının kabul beyanının öneride bulunan sigorta ettirene ulaşması ile başlayan *formel* (şekli) sigorta süresi, sigortacının rizikoyu taşıma ediminin başladığı ve sigorta himayesine dâhil olan rizikoların gerçekleşebileceği zaman parçasına ilişkin *materiyel* (maddi) sigorta süresi ve son olarak sigorta ettirenin prim borcunun devam ettiği *teknik* süre (bkz. Kender, s. 228).

¹⁶⁶ Uygulamada aktüerya bilimi de sigorta sözleşmelerinin senelik olarak akdedilmesine sebep olur. Bunun temel sebebi, sigorta sözleşmesinin kurulması anında sözleşme himayesi altına alınan rizikonun ve buna göre

H. EŞYA TAŞIMA SİGORTASI POLİÇELERİ

1. Sigortacının Poliçe Verme Yükümlülüğü

Sigorta sözleşmesinin kurulması herhangi bir şekle bağlı değildir. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra sigortacıya sigorta sözleşmesine ilişkin genel şartları içeren ve TTK m 1425’de düzenlenen şartlarda ve asgari içerikte poliçe verme yükümlülüğü yüklenmiştir¹⁶⁷. Poliçeyi teslim borcu öğretide asıl edime bağlı olmayan bir borç olarak kabul edilir¹⁶⁸ ve sigortacı bu yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi hâlinde doğan zararlardan sorumludur.

Sigortacının teslimle yükümlü olduğu poliçenin hukuki mahiyeti hakkında açıklık olmamakla beraber, bugün öğreti neredeyse oybirliği ile poliçenin kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığı konusunda fikir birliği içindedir^{169, 170}. Bunun temel sebebi, kıymetli evrak türlerinin kanunda sınırlı sayıda düzenlenmiş olması ve sigorta poliçesinin kıymetli evrak türleri arasında sayılmamış olmasıdır. Ancak sigorta poliçesi sigorta sözleşmesinin kurulduğuna ilişkin yazılı delil teşkil eden bir ispat vasıtasıdır¹⁷¹.

2. Eşya Taşıma Sigortalarında Poliçe

Eşya taşımasında kullanılan poliçeler, diğer sigorta poliçeleri ile aynı unsurları taşır ve hukuki nitelikleri aynıdır. Bununla birlikte eşya taşıma işine özel bazı kayıtların sigorta poliçeleri üzerinde yer alması gerekir¹⁷².

hesaplanan primin bir sonraki yıl(lar)da ne şekilde değerlendirileceğinin bilinmemesidir (ayrıca bkz. Kender, s. 227).

¹⁶⁷ Kender, s. 178 vd.; Ulaş, s. 63 vd. Anılan yükümlülük 4857 sayılı İş Kanunu m 8 f. (3)’te işverenin çalışma koşullarını içeren bir belgeyi işçiye teslim etmesi ile kıyaslanabilir. İş hukuku, işçi odaklı bir hukuktur ve kabul edilen düzenlemeler ile iş sözleşmesinin güçsüz tarafı olan işçinin çıkarları gözetilir. TTK m 1425 ile sigortacıya getirilen bu yükümlülük de aynı amaçla sözleşmenin güçsüz tarafı olan sigorta ettireni ve sigortalıyı korumayı hedefler.

¹⁶⁸ Kender, s. 178.

¹⁶⁹ Kender, s. 185; Ulaş, s. 64. Aksi yönde görüşler için bkz. Kender, s. 185 ve 186 dn. 63, 64 ve 65.

¹⁷⁰ TTK Genel Gereğesinin 210. paragrafında da sigorta poliçesinin kıymetli evrak niteliğı tanınmadığı açıkça belirtilir.

¹⁷¹ Ulaş, s. 64. TTK m 1526 f. (2) uyarınca sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla atılabilir.

¹⁷² Eşya taşıma işinin niteliğinden kaynaklanan ve sigorta ettirenin beyanı sonrasında belirlenen bu kayıtlar sırasıyla: sigortalı malın taşınacağı araç ve taşımada izlenecek yol, taşıyıcının ad, soyad veya ticaret unvanı, taşıma süresi, eşyanın taşıyıcıya teslim edildiğı yer ile gönderilene teslim edileceğı yer. Bu gereklilik, TTK m 857’de eşya taşıma senedinde yer alan kayıtlar arasından primi belirleyenlerin sigorta poliçesine aktarılmasından ileri gelir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş, s. 491 vd.; Çeker, s. 197. Sigorta poliçelerinin ispat aracı niteliğinde

Eşya taşıma sigortalarına ilişkin düzenlenen poliçeler uygulamada çeşitlilik arz eder. Aşağıda, uygulamada sıklıkla karşılaşılan poliçelerin özelliklerine yer verilmiştir¹⁷³.

a. Flotan Poliçe¹⁷⁴

Taşınan eşyanın yolculuk sırasında maruz kalabileceği zararı teminat altına almak amacıyla o yolculuğa özgü olmak üzere tek seferlik (tekil) veya birkaç seferlik sigorta poliçeleri akdedilebilir¹⁷⁵. Bu tip poliçelerde riziko, sefere özgü düzenlenmiş ve sınırlandırılmış olup, poliçe sefer süresince yürürlükte kalacak şekilde düzenlenir¹⁷⁶.

Seferlik poliçelerin kullanıldığı taşımalarda, sigorta sözleşmesinin kurulması anında sigorta poliçesinin düzenlenebilmesi için gerekli bilgilerin tamamı sigorta ettiren tarafından bilinmez. Bu gibi hâllerle uygulamada sıklıkla karşılaşılr. Örneğin, taşınacak eşyanın değerinin bilinmemesi veya taşıma aracının bilgilerinin eksik olması gibi hâller bunlara örnek olarak gösterilebilir. Böyle bir durumda da sigorta ettirenin eşya taşıma sigorta sözleşmesini akdetmesinde hukuki menfaati bulunur. Ayrıca, finans kuruluşlarından kredi temin edilerek yapılan alımlarda, sigorta ettiren bu şekilde sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirir. Bir veya birkaç taşıma işi için geçici süre ile ve belirli bir teminat karşılığında akdedilen bu poliçelere flotan poliçe adı verilir¹⁷⁷.

b. Kati (Kesin) Poliçe

Kati (kesin) poliçeler, adından da anlaşılacağı üzere poliçede herhangi bir unsurun eksik olmadığı hâllerde belirli bir veya birkaç sefer için düzenlenen poliçelerdir. Bu poliçe, tek bir sefer için yapılmakta olup, poliçe üzerinde taşınan eşya, sigorta bedeli, taşıyıcı ve sefer

olan ve fakat TTK tarafından içeriği ve teslimi özel olarak düzenlenmiş belgeler olduğuna ilişkin açıklamalar için yukarıda bkz. Birinci bölüm II.H.

¹⁷³ İngiliz hukukunda MIA m 25, belirli bir yolculuk için sigorta teminatı sağlayan ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan yolculuk (*voyage*) poliçesi; belirli bir süre teminat sağlayan zaman (*time*) poliçesi ve belirli bir yolculuk ve süre için teminat sağlayan karma (*mixed*) poliçesini düzenler (Şit, s. 79).

¹⁷⁴ Flotan poliçe (*floating policy*) geçici poliçe, açık poliçe, beslenecek poliçe (*police à alimenter*) şeklinde de adlandırılır.

¹⁷⁵ Ulaş, s 503.

¹⁷⁶ Marcq, s. 161.

¹⁷⁷ Çeker, s. 198. Flotan poliçe öğretide sigortacının sorumlu olduğu toplam sigorta bedelinin başlangıçta poliçede kararlaştırıldığı ve muhtelif bildirimlerin değeri poliçede yazılı sigorta bedeline ulaştığında sigorta ilişkisinin sona erdiği poliçe olarak da tanımlanır. Bkz. Amasya, Serap, **Abonman Sigortaları**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Deniz Sigortaları, Sempozyum Mart 2012, Özdiş Basımevi, İstanbul, 2012, s. 135. Bununla birlikte bu tip poliçelerin kurulması anında TTK m 1408 uyarınca sigortalanan menfaatin yokluğu iddia edilebilir.

güzergâhı da dâhil olmak üzere taşınan eşyanın maruz kalabileceği rizikoların belirlenmesi için gerekli tüm bilgileri içerir¹⁷⁸. Flotan poliçelerdeki eksikliklerin giderildiği veya taşıma ve taşınan eşya ile ilgili bilgilerin tamamının bilindiği hâllerde düzenlenen poliçeler bu şekilde adlandırılır¹⁷⁹.

c. Abonman¹⁸⁰ Poliçe

Faaliyetleri gereği sürekli eşya taşımacılığı ile iştigal eden işletmeler, ticari hayatın sürat ve esnekliğini dikkate alarak her bir sefer için ayrı sigorta sözleşmesi yapmak yerine, yapacakları tüm taşıma işlerindeki rizikoları bir çerçeve sözleşme ile teminat altına almak ister¹⁸¹. Sigorta himayesi altına alınmak istenen menfaatlerin çok sık değişmesi abonman sözleşmelerinin tercih edilmesinin en güçlü sebebidir¹⁸². Uygulamada sıklıkla eşya taşımaya başvuran işletmelerin bu ihtiyaçlarına cevap verebilmek adına, prim indirimi yapılmak suretiyle sigorta ettirenin belirli bir süre için sigortacıya bağlı olmasını sağlayan ve “abonman” olarak adlandırılan poliçeler geliştirilmiştir.

Eşya taşımalarının her türünde (kara-hava-deniz-uzay) abonman poliçelere sıklıkla rastlanır. Bununla birlikte eTTK, TTK veya genel şartlar arasında abonman poliçelerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmez. Bir anlamda bu tip poliçeler ticari teamüller ve sigorta sözleşmesi taraflarına TBK m 26 ile tanınmış olan sözleşme özgürlüğünün bir görünümüdür¹⁸³.

Abonman taşıma sigorta sözleşmesi ile sigortacı, belli bir zaman dilimi içinde taşınma yeri ve taşınacak yükün cinsi genel olarak belirtilip veya tarif edilerek kesin olarak belirlenmeden¹⁸⁴; sorumlu olduğu sigorta bedeli de azami toplam sigorta bedeli gemi ve taşıma başına belirlenerek¹⁸⁵ poliçe kapsamında yapılacak taşımaların tamamını sigorta himayesi altına alma yükümlülüğüne girer. Bu anlaşma kapsamındaki bir seferin

¹⁷⁸ Berthoud, s. 18.

¹⁷⁹ Çeker, s. 198.

¹⁸⁰ Abonman poliçe, çerçeve sözleşme niteliği sebebiyle uygulamada sürekli (daimi) açık poliçe ve açık teminat olarak da isimlendirilir.

¹⁸¹ Abonman poliçelerin hukuki niteliğine ilişkin olarak bkz. Amasya, s. 166 vd.

¹⁸² Can, s. 330 vd.

¹⁸³ Amasya, s. 132. Bununla birlikte, flotan poliçelerde olduğu gibi bu tip poliçelerin kurulması anında da TTK m 1408 uyarınca sigortalanan menfaatin yokluğu iddiası gündeme gelebilir.

¹⁸⁴ Marcq, s. 162; Berthoud, s. 18 vd. TBK m 1 uyarınca sigortacının borcunun konusunun en azından belirlenebilir olması gerekir (Amasya, s. 159 vd.).

¹⁸⁵ Amasya, s. 135.

başlamasının sigortacıya bildirilmesiyle riziko ve sigorta konusu menfaat belirginleşir. Sigortacının sigorta himayesini taşıma borcu ile sigorta ettirenin prim ödeme borcu bildirim anında başlar¹⁸⁶. Abonman sözleşmesi, taraflar arasında çerçeve anlaşmadır ve anlaşma kapsamındaki taşımalar yapılmaz ise taraflar arasındaki hukuki ilişki bir çerçeve anlaşma olarak kalır ve tarafların yükümlülükleri askıda kalır¹⁸⁷.

Abonman poliçeleri en fazla bir sene süre ile yapılır ve bu süre boyunca sigorta ettirenin eşya taşımalarının tamamı tek poliçe ile sigorta himayesi altına alınır¹⁸⁸. Her bir sefer öncesinde sigorta ettirenin dolduracağı sigorta talimatları ile riziko himayesi kendiliğinden sağlanmış olur¹⁸⁹.

d. Taşıma Miktarı ve Ciroya Bağlı Kurulan Poliçeler

Eşya taşımada, poliçelerin sigorta ettirenin taşıdığı eşya hacmine veya gerçekleştirmiş olduğu ciroya bağlı olarak düzenlendiği hâllerde karşılaşılr. Bu tip poliçeler, sene başında sigorta ettirenle sigortacının belirli şartlar altında anlaşmaları ve poliçe süresince gerçekleşen işlemler sonrasında sene sonunda karşılıklı hesap mutabakatı yapmaları ile işler.

Yıllık taşınan eşya hacmine bağlı poliçelerde, sigortacı tahmini bir yıllık prim belirleyerek bunun genelde %80'ini defaten veya taksitle sigorta ettirenden tahsil eder. Sene sonunda sigorta ettirenin sigortacıya yapacağı taşınan eşyanın hacmine ilişkin bildirim sonrasında sigortacı, sene başında hesaplanan primi düzelten bir zeyilname düzenler¹⁹⁰.

Yıllık ciroya bağlı poliçelerde ise sigortacı, sigorta ettirenin beyanı sonrasında hesaplayacağı yıllık ciroyla orantılı olarak sigorta primini belirler. Taraflarca poliçe süresinin başında bu şekilde geçici bir prim bedeli belirlenir. Poliçe süresinin sonunda sigorta ettirenin

¹⁸⁶ Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD, 20.3.2006 tarih ve 2005/3140E., 2006/2868K. (Ulaş, s. 503'den naklen).

¹⁸⁷ Abonman poliçesinin, *“tam iki taraflı öyle bir sigorta sözleşmesidir ki, bu sözleşme ile sigortacı ya kendisine yapılacak bildirimle veya riziko konusu malın haricen anlaşılacak şekilde maddi olarak ayırt edilerek sözleşmeye tahsis edilmesi suretiyle belirli hale gelen riziko taşıma edimini, buna karşılık sigorta ettiren de sigortacının belirli hale gelen edimi karşılığında prim ödemeyi üstlenir”* şeklinde tanımı ve karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz. Amasya, s. 152 vd. Yargıtay'ın abonman sigorta sözleşmelerini çerçeve anlaşma olarak nitelediği ve her taşıma için ayrı poliçe düzenlendiğine ilişkin bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 5.6.1986 tarih ve 1986/2784E., 1986/3478K. ve Yarg. 11. HD, 3.7.2006 tarih ve 2005/7519E., 2006/7812K. (Ulaş, s. 504-505'den naklen).

¹⁸⁸ Çeker, s. 198.

¹⁸⁹ Marcq, s. 162. Uygulamada sefere ait detayların uzun olması hâlinde, sigorta ettiren sigortacı tarafından istenen bilgilerin yer aldığı faturayı da sigortacısına gönderir.

¹⁹⁰ Marcq, s. 162.

sigortacıya bildireceği ciroya göre hesaplanan prim miktarı güncellenir ve gerekirse düzeltilir¹⁹¹.

Yıllık ciroya bağlı olarak yapılan bir başka poliçe türü de uygulamada *burner* olarak adlandırılan ve poliçe süresince taşınan eşyaya gelebilecek olan zararın prim miktarını doğrudan etkilediği poliçelerdir. Bu hâlde, poliçe döneminin başında kararlaştırılan götürü ücret veya prim miktarının genellikle %65 ile %80'i arasındaki bir bedel sigortacı tarafından tahsil edilir. Poliçe döneminin sonunda, ilgili dönemde meydana gelen zarar miktarı ile doğru orantılı olarak tahmini prim bedeli üzerinden asgari %65-70 ile azami %120-130'a kadar bir düzeltme gerçekleştirilir. Dönem sonunda taraflar poliçe döneminde gerçekleşen sonuçlara karşılıklı katılır. Hiç veya az zarar hâlinde sigortacı tahmini primde indirimde giderken, zararın fazla olması durumunda sigorta ettiren sigortacının zararına katılır. Dolayısıyla bu poliçeler aracılığıyla akdedilen sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesini önleyici etkili koruma (rizikoyu sınırlayıcı) mekanizmaları uygulaması gerekir¹⁹²; aksi takdirde zarara kendisi katlanmak durumunda kalır.

I. ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK BULUNAN TAŞINAN EŞYANIN SİGORTALANMASI

TTK m 1456, sınırlı ayni hak ile takyit edilmiş mallara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verir. Anılan hüküm, sınırlı ayni hak ile takyit edilmiş bir mal üzerinde malike ait menfaatin sigortalı hâlinde, kanunda aksi öngörülmediği sürece sınırlı hak sahibinin hakkının sigorta tazminatı üzerinde devam edeceğini nispi emredici şekilde hükme bağlar.

Hüküm, taşınır veya taşınmaz ayrımı yapmaksızın her türlü eşya için ve tüm ayni hak sahipleri için uygulama alan bulur¹⁹³. Kanun koyucu burada ayni hak sahiplerine ek sigorta teminatı da sağlar. TTK m 1456 f. (5) uyarınca ayni hak sahibi açısından sigorta himayesi sigorta sözleşmesinin sona ermesinden itibaren on beş (15) gün daha geçerli sayılmaktadır¹⁹⁴.

¹⁹¹ Marcq, s. 163.

¹⁹² Marcq, s. 163.

¹⁹³ Hükümün uygulanmasında sınırlı ayni hak sahipleri açısından da sigorta hukukunun temel ilkesi olan zenginleşme yasağı ilkesi uygulanır. Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Ünan, Yeni TTK Sunum, 32 vd. slaytlar.

¹⁹⁴ Anılan fıkra ile ilişkin TTK Genel Gereğesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Düzenlemenin sözleşme serbestisine aykırı olmasına yönelik eleştirisi için bkz. Memiş, Tasarı, s. 105.

Uygulamada özellikle kredi karşılığı alınan mallar üzerinde Ticari İşletme Rehni Kanunu hükümleri ile TTK m 11 hükümlerine uygun olarak ticari işletme rehni tesis edilir. Rehin veren, bir kredi kuruluşundan krediyi aldıktan sonra satın alacağı eşya üzerinde ve eşyaların zilyetliği kendisine geçmeden kredi veren kuruluş lehine ticari işletme rehni tesis eder. Örneğin, enerji yatırımları kapsamında satın alınan enerji türbinleri finansmanında bu teminat yönteminden faydalanılır. Bu şekilde satın alınan malların, üreticisinden rehin verene teslimi (ve kurulumuna) kadarki süreçte oluşabilecek zararlar eşya taşıma sigortaları ile teminat altına alınır. Bu sayede kredi veren kuruluş, kredi tutarının kendisine geri ödenmemesi ve işlem konusu eşya rehin verene teslim edilene kadar zarara uğrarsa, sigorta tazminatı ile fiili zararını karşılayabilir.

Taşınan eşya satıcısı ve alıcısı dışında, eşya üzerinde ekonomik menfaati olan aynı hak sahipleri açısından da büyük önem arz eden eşya taşıma sigortalarında, sigorta sözleşmesi hükümleri (genel şartları ve özel şartlar) önem arz eder. Bu hükümlerin geçersizliği hâlinde veya rizikonun sözleşme kapsamı dışında sayılarak sigortalı aleyhine bir durum ortaya çıkması, ekonomik açıdan telafisi mümkün olmayan zararlara sebep olabilir.

Birinci bölümde sigorta sözleşmeleri ve eşya taşıma sigorta sözleşmelerine hâkim genel ilkeler ve uygulama örneklerinden de anlaşılabacağı üzere, taşıma işi kapsamında kurulan eşya taşıma sigortalarına çeşitli hukuk normları aynı anda uygulanır. Bu sebeple sözleşme tarafları arasındaki çıkarlar dengesinin, sözleşme görüşmelerinden sona ermesine kadar dürüstlük kuralı kapsamında korunması esastır. Bu ilişkide sigorta himayesi altına alınan rizikonun varlığı ve rizikonun zarar ile arasındaki nedenselliğin mevcudiyeti, sigorta sözleşmesinde sigortacının edim yükümlülüğünün ifası açısından belirleyicidir. Ayrıca eşya taşıma sigortalarına uygulanabilecek hükümler çeşitliliği uygulamada karşıklık veya çelişki yaratabilecek yapıdadır. Uygulamadaki tereddütlerin giderilmesinin yegâne yolu, sözleşme hükümlerinin açık ve anlaşılır olmasıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

MAL SİGORTALARINDA SİGORTALANABİLİR RİZİKONUN BELİRLENMESİ

I. RİZİKO KAVRAMI

Hukukta riziko, gerçekleşme olasılığı münhasıran insan iradesine bağlı olmayan olay anlamına gelir¹⁹⁵. Rizikodan kısmen korunabilir veya ondan kaçılabilirse de, rizikoyu tamamen ortadan kaldırmak imkânsızdır.

Kişiler, ileride oluşabilecek¹⁹⁶ çeşitli zararların¹⁹⁷ olumsuz sonuçlarını sigortacıya devrederek malvarlığındaki azalmayı önlemeyi hedefler. Sigorta sözleşmesi ile riziko ve rizikonun meydana getireceği olumsuz sonuçlar sigortacıya devredilir. Sigorta hukukunda riziko, zararın meydana gelmesi ve sigortacının teminat yükümlülüğünü yerine getirmesine sebep olan, gerçekleşmesi tarafların iradesine bağlı olmayan tesadüfi hukuki durum olarak tanımlanır¹⁹⁸. Sigorta sözleşmesi ile sigortacı tarafından taşınan riziko, rizikonun gerçekleşmesi ve zararın meydana gelmesi sonrasında sigorta bedelini ödeme (veya belirli bir edimi ifa etme) borcuna dönüşür.

İktisadi açıdan değerlendirildiğinde, riziko gruplara ayrılır. Bu noktada yapılabilecek ilk ayırım *temel-özel* risk ayırımıdır. Sonuçları itibariyle tüm toplumu etkileyen rizikoya *temel risk*; bireysel olayların sonuçları ile oluşan risklere ise *özel risk* adı verilir. Bir başka ayırım ise *yalın* (*spéculative*) ve *arınmış* (*gerçek*) (*pure*) riziko ayırımıdır. *Yalın* rizikoda kazanma ve kaybetme olasılığı mevcuttur. Kumar ve bahis oyunları bu tip rizikoya örnek teşkil eder. *Arınmış rizikoda* ise sadece kaybetme ve kaybetmeme söz konusudur. Kazanma olasılığı

¹⁹⁵ Ünán, Samim, **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 27. İktisadi bir tanım için bkz. Asunakutlu, s. 5. Yazar, rizikoyu *bir olayın gerçekleşen sonucunun, beklenen sonucundan önemli derecede sapmasının objektif olasılığı* olarak tanımlar.

¹⁹⁶ Bozer, s. 47. Kender'e göre riziko, genel olarak ileride gerçekleşmesi muhtemel ve zarar veya başkaca uygun olmayan bir hâl ve ihtiyaç doğuran olaydır (Kender, s. 286). Eşya taşımalarını da kapsayan zarar sigortaları bakımından riziko, gerçekleşmesi hâlinde sigorta ettirenin malvarlığı değerinde olumsuz yönde değişikliğe yol açan olay şeklinde tanımlanabilir (Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 28, 29).

¹⁹⁷ Eşya taşımada ve genel olarak zarar sigortalarında sigortacının sorumlu olabilmesi için rizikonun zarara sebep olması gerekir (Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 31).

¹⁹⁸ Beignier, s. 148; Bigot, s. 33. Sorumluluk sigortasında riziko hakkındaki farklı görüşler için ayrıca bkz. Ünán, Riziko, s. 28 vd.

yoktur. İşte sigorta himayesi altına alınan rizikolar bu türdendir¹⁹⁹. Sigortacılıkta, sözleşme ile himaye altına alınan rizikonun değerlendirilmesinde *sigortalı moralitesi* olarak adlandırılan ve sigortalı ile sigorta ettirenin borç ödeme durumu, geçmiş zarar bilgisi, sabıka kaydı vs. gibi bilgiler sigortacı tarafından göz önünde bulundurulur²⁰⁰.

Riziko kavramının sınırlarının belirlenmesi, onun sigorta sözleşmesindeki rolünü değerlendirilmesi açısından gereklidir.

A. SİGORTA HUKUKUNDA RİZİKONUN NİTELİKLERİ

1. Tesadüfî Niteliği İle Riziko

Riziko, belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu olayın gerçekleşmesindeki belirsizlik, rizikonun gerçekleşmesine ve dolayısıyla sigorta sözleşmesine tesadüfî nitelik verir. Fransız hukukunda da gerekli tesadüfî nitelikten yoksun olması hâlinde sigorta sözleşmesinin kesin hükümsüz olacağı öğreti²⁰¹ ve yargı kararlarında²⁰² kabul edilir.

Rizikonun tesadüfî niteliği, onun meydana gelmesinin taraflardan herhangi birinin kontrolüne bağlı olmaması anlamına gelir. Dolayısıyla bu tesadüfî nitelik sigorta ettiren kadar sigortacı için de zorunlu bir unsurdur²⁰³. Tesadüflüğün derecesi ise önemsizdir. Başka bir deyişle rizikonun tesadüflüğü az da olsa bu rizikonun geçerliliği için yeterlidir²⁰⁴.

Riziko, ileride gerçekleşecek ve zararın oluşmasına sebep veren belirsiz bir olaydır²⁰⁵. Bu belirsizliğe ve tarafların iradesinin dışında olmasına ek olarak, rizikoya ilişkin olay öngörülemez ve dışsal olmalıdır²⁰⁶.

Riziko, tesadüfî niteliği gereği kural olarak sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra gelecekte gerçekleşecek bir olaydır. Riziko gerçekleştikten sonra kurulan sigorta sözleşmeleri

¹⁹⁹ Asunakutlu, s. 6; Aydemir, s. 20 vd.

²⁰⁰ Aydemir, s. 2-3.

²⁰¹ Beignier, s. 149; 163 vd.; Bigot, s. 63 vd.

²⁰² Sigortalının sigorta konusu rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini tek başına etkileyebileceği hâllerde tesadüflükten bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Cass. Civile 1^{re}, 26.11.2006 tarih ve 04-17865 sayılı karar; Cass. Civile 1^{re}, 4.11.2003 tarih ve 01-14942 sayılı karar (Beignier, s. 150'den naklen).

²⁰³ Beignier, s. 150.

²⁰⁴ Beignier, s. 152.

²⁰⁵ Lambert-Faivre / Leveneur, s. 265.

²⁰⁶ Beignier, s. 150, 152.

ilke olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Ancak, özellikle eşya taşıma sigortalarında kesin hükümsüzlüğün istisnası olarak, tesadüflüğün objektif olarak mevcut olmadığı ve fakat sübjektif olarak mevcut olduğu durumlarda (*risque putatif*) geçmişe etkili sigorta kavramı kabul edilir²⁰⁷. TTK m 1458 uyarınca zarar sigortalarında, rizikonun sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşmiş veya gerçekleşme ihtimali ortadan kalkmış ve fakat bu durum sigortacı, sigorta ettiren ve sigortalı tarafından bilinmiyorsa sigorta sözleşmesi geçerlidir²⁰⁸.

Rizikonun tesadüfî niteliği, şarta (koşula) bağlı bir borç oluşturmaz. Şarta bağlı borçlarda, borcun doğumu veya sona ermesi için belirli bir şartın gerçekleşmesi gerekirken, sigorta sözleşmelerinde rizikonun tesadüflüğü sigorta sözleşmesinin geçerlilik şartıdır. Sözleşmenin geçerliliğinden bahsedebilmek için tesadüflüğün tüm sözleşme süresince mevcut olması gerekir. Dolayısıyla burada şarta bağlı bir borç söz konusu değildir²⁰⁹.

Özellikle inşaat sigortalarında Alman ve İsviçre hukukunda, rizikonun gerçekleşmesinin beklenmedik olması şartı aranır. Rizikonun tesadüfî olması gerekliliğinin bir uzantısı olarak kabul edilebilecek beklenmedik olma şartı, *normal teknik bilgi ve beceri ile donatılmış uzmanlık bilgisiyle öngörülemez* olarak tanımlanır. Hayatın olağan akışına göre aynı iş kolunda faaliyette bulunan aynı kültüre sahip herhangi bir uzman bile bu olay veya sonuçları önceden fark edemeyecekse, beklenmedik olma durumu vardır. Beklenmedik olma şartı, sigortalıyı önceden fark ettiği kesin ve muhtemel rizikoya karşı önlem almaya zorladığı gibi, teminat altına alınan rizikolara karşı alması gereken tedbirleri saksaklamasını engeller²¹⁰.

²⁰⁷ Beignier, s. 166 vd.; Bozer, s. 47; Kender, s. 287; Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 30. Bu hâlde taraflar sigorta himayesi altındaki rizikonun ne olduğunu bilmekte ve fakat bunun daha önce gerçekleştiğini bilmemektedir (Bigot, s. 769 vd.).

²⁰⁸ TTK'nın anılan hükmünün "ya hep ya hiç" esasının öngörülerek ara çözümlere yer vermemesi ve genel hükümler arasında düzenlenmesinin haklı eleştirisi için bkz. Ünan, Yeni TTK Sunumu, 45 vd. slaytlar.

²⁰⁹ Sigorta sözleşmesinde sigortacının tazminat yükümlülüğünü yerine getirmesinin şartı rizikonun gerçekleşmesidir. Bununla birlikte bu teminat yükümlülüğü sigorta sözleşmesinde sigortacının asli edim yükümlülüğü olmayıp, rizikonun taşınması asli edim yükümlülüğünü oluşturur (Beignier, s. 154.). Şarta bağlı borçlarda koşul, hukuki işlemin hukuki etkisinin bağlandığı olgudur. Koşul gerçekleşmeden hukuki etki görülmez. Sigorta sözleşmelerinde ise sözleşme ile himaye altına alınan rizikonun gerçekleşmesi, sigortacının o ana kadar üstlendiği rizikoyu taşıma yükümlülüğünü sigorta bedeli ödeme yükümlülüğüne dönüştürür. Bkz. Oğuzman / Öz, C 2, s. 476 vd.

²¹⁰ Ayli, Ali, **İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 68 vd.

2. Rizikonun Sözleşme Süresince Mevcut Olması Gereği

Geçerli bir sigorta sözleşmesinden bahsedebilmek için, rizikonun sözleşmenin kurulduğu anda ve sözleşme süresince mevcut olması gerekir. Rizikonun mevcut olması, onun sigorta sözleşmesi süresince kesin olarak gerçekleşeceği anlamına gelmez²¹¹. Rizikonun mevcut olmaması hâlinde, sigorta sözleşmesi de konusuz kalır ve kendiliğinden kesin hükümsüz hâle gelir²¹². Aynı şekilde, rizikonun gerçekleşmesi imkânsız da olmamalıdır²¹³. Rizikonun gerçekleşmesi imkânsızlaşmışsa TTK m 1422 uyarınca sigortacı prime hak kazanmaz.

Sigorta sözleşmesinin kurulduğu anda riziko gerçekleşmiş ve fakat taraflardan hiçbirinin bu konuda bilgisi yoksa o zaman sigorta sözleşmesi geçerli addedilir ve kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmaz²¹⁴.

3. Rizikonun Hukuka Aykırı Olmaması

TBK m 27 uyarınca, sözleşme konusunun kamu düzenine ve ahlâka aykırı olmamalıdır. Dolayısıyla, sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan rizikonun da TBK'nın genel hükümleri ve TTK m 1404 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlâk ve adaba ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Aksi takdirde geçerli bir rizikodan bahsedilemeyeceği gibi, geçerli olarak kurulmuş bir sigorta sözleşmesinden de bahsedilemez²¹⁵.

Hukuka aykırı olmama kuralı teminat altına alınan riziko (sözleşmenin konusu) için geçerli olduğu kadar, rizikonun ilişkili olduğu faaliyet (sözleşmenin sebebi) için de geçerlidir. Örneğin kanunen yasaklı bir faaliyet kapsamında işveren mali mesuliyet sigortası yaptırılması geçersizdir²¹⁶.

²¹¹ Bigot, s. 34.

²¹² Berthoud, s. 12; Lambert-Faivre / Leveneur, s. 267.

²¹³ Bozer, s. 47; Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 30.

²¹⁴ Berthoud, s. 12. Ayrıca bkz. İkinci bölüm I.A.2.

²¹⁵ Lambert-Faivre / Leveneur, s. 267; Bigot, s. 35-37; 810 vd.; Bozer, s. 47; Kender, s. 287. Anılan hükmün sadece zarar sigortalarını kapsayacak şekilde olmasının eleştirisi için bkz. Kender, Tasarı Hakkında Düşünceler, s. 9.

²¹⁶ Bigot, s. 812.

4. Rizikonun Sınırlarının Belirlenmesi

Sigorta sözleşmesi ile sigortacının taşımakla yükümlü olduğu rizikonun sınırları mümkün olduğu kadar açık bir şekilde belirlenmelidir²¹⁷. eTTK, deniz taşımalarında rizikonun genelliği ilkesini kabul etmişti²¹⁸. Ancak TTK genellik ilkesini terk ederek, rizikonun kapsamının ayrı ayrı (ferden) belirlenmesini yani özellik ilkesini kabul eder. Buna göre, sigortacının taşımakla yükümlü olduğu rizikolar sözleşmede ayrı ayrı belirlenir²¹⁹. Dolayısıyla TTK döneminde eşya taşıma sigortalarında her bir rizikonun ayrı ayrı belirlenmesi önem arz eder. Bu durum ENSGŞ açısından sorun oluşturmamaktaysa da, Enstitü Yük Klozları kapsamında ayrıca değerlendirilmelidir²²⁰.

Rizikonun sınırlarının belirlenmesinin önemi zararın oluştuğu anda kendini gösterir. Mal sigortalarında sigortalı açısından zarar, geçerli olarak kurulan bir sigorta sözleşmesi süresi içinde rizikonun gerçekleşmesidir²²¹. Zararı sigortacının tazmin edip etmeyeceği, rizikonun sigorta sözleşmesi kapsamında olmasına ve sigortalının veya bunun hukuken fiillerinden sorumlu bulunduğu bir kişinin rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olmamasına bağlıdır. Bu sebeple rizikonun belirli olması yanında zararın da sigorta teminatı kapsamına alınabilmesi için belirlenebilir ve ölçülebilir olması gerekir²²².

5. Sigorta Hukukundaki Rizikonun, Sorumluluk Hukukundaki Riziko Teorisinden Farkı

a. Riziko Teorisi ve Kapsamı

Haksız fiil hukukunda failin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için hukuka aykırı bir fiil, failin kusuru sonucunda zarara sebebiyet vermiş olmalıdır. Kusur prensibine göre, bir zararı başkasına tazmin ettirmek ancak zarar onun kusurlu bir fiilinden doğmuşsa

²¹⁷ Kender, s. 287.

²¹⁸ Genellik ilkesi uyarınca, sigortacı ortaya çıkacak her türlü zararı karşılamayı taahhüt eder (bkz. Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 33).

²¹⁹ Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 34. Bu durum rizikonun genelliği ilkesinin kabul edildiği deniz sigortalarının yapısına ve SK m 11(4) hükmüne uygun değildir. Ayrıca bkz. Aydemir, s. 30 vd.

²²⁰ Enstitü Yük Klozlarının GİŞ denetimine ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü bölüm II.D.d

²²¹ Le Tourneau, s. 2702.

²²² Asunakutlu, s. 5. Zararın belirlenebilir ve ölçülebilir olmasına somut bir örnek olarak 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki yapıların sigortacılar tarafından yangın veya doğal afetlere karşı sigortalanmasındaki güçlük gösterebilir. Sigortacılar, zararın sınırlarını belirleyemedikleri için sigorta primini hesaplamakta güçlük çekmekte ve bu sebeple bu tip yapıları sigorta himayesine almayı reddetmektedir.

mümkündür. Kusurun mevcut olmadığı durumlarda ise, ilke olarak mağdur bu zarara katlanır²²³. Kusur sorumluluğu bu yönüyle subjektif bir kavramdır. Ancak sanayileşme ile birlikte, haksız fiil sorumluluğu zarar görenlerin tazmin taleplerine cevap vermekten uzaklaşmış ve failin kusurunun aranmadığı, sorumluluğun objektifleştirildiği farklı tazminat sistemleri gelişmiştir.

Sorumluluk hukukunda, kusur aranmayan sorumluluk hallerinin farklı esaslara dayandığı kabul edilir. TBK ile düzenlenen kusursuz sorumluluk hâlleri sırasıyla hakkaniyet, özen ve tehlike esaslara dayanır²²⁴. Fransız hukukunda, sorumluluğun objektifleştirildiği hâllerde, mağdurun tazmin edilmesi gerektiği haklı olarak kabul edilir. Bu durumlarda sorumluluk mağdura teminat sağlama düşüncesine dayanır.

Özellikle Fransız hukukunda kabul gören riziko teorisi uyarınca²²⁵, bir başkası için riziko yaratan her türlü faaliyetle iştigal eden kişi, herhangi bir kusur aranmaksızın bu faaliyetin sebep olduğu zararı tazmin etmelidir. Riziko teorisinin kabulünde, toplumlarda sanayileşmedeki artış ile zarara sebep olan olayın çoğu zaman şirket veya dernek gibi bir tüzel kişi veya tacir tarafından gerçekleşmiş olması etkilidir. Bu sebepler oluşan zararın failine anonimlik kazandırır.

Faaliyeti ile kâr elde eden kişinin, bunun karşılığında bu faaliyetin neden olduğu zararı tazmin etmesi hakkaniyete uygundur. Bir faaliyetten çıkar sağlayan veya kazanç elde eden kişi, bundan kaynaklanan yükümlülükleri de yerine getirmelidir (*ubi emolumentum, ibi onus esse debet*). Buna karşın riziko teorisi, elde edilen kazanç ile ilişkili olmayıp, kazançtan bağımsız olarak faaliyet sırasında yaratılan rizikoya odaklanır. Bir faaliyetin gerçekleştirilmesi riziko içeriyorsa, bu faaliyeti gerçekleştiren kişi, kusuru aranmaksızın sebep olduğu zararı tazmin etmelidir.

²²³ Tandoğan, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 89 vd.

²²⁴ TBK'da kusursuz sorumluluk hâlleri 65 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK uyarınca kusur aranmayan sorumluluk hakkaniyet (ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın tazmini); özen (adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu) ve tehlike esaslara dayanır.

²²⁵ Bourdoiseau, Julien, **L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations**, L.G.D.J., Paris, 2010, s. 25 vd.; Guegan-Lecuyer, Anne, **Dommages de masse et responsabilité civile**, L.G.D.J., Paris, 2006, s. 15 vd.; Lacroix, Caroline, **La réparation des dommages en cas de catastrophes**, L.G.D.J., Paris, 2008, s. 20.

Rizikolu faaliyetin etki alanında gerçekleşen bir zarar, sorumluluğun kabul edilmesi için yeterlidir. Riziko teorisi aracılığı ile kabul edilen sorumluluk, failin rizikoyu yaratan olay üzerindeki egemenliği ile açıklamaya çalışılmıştır. Başka bir deyişle, failin kendi sorumluluğunda altındaki kişi ve eşyayı hâkimiyeti ile açıklanır.

Yukarıda anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, riziko teorisi uyarınca kabul edilen sorumluluk, tehlike sorumluluğuna yakındır. Bununla birlikte hakkaniyet sorumluluğu ve özen sorumluluğuna ilişkin unsurlar da içerir. Ayrıca riziko teorisinin uygulama alanı sadece sorumluluk hukuku ile sınırlı değildir.

Fransız hukukunda, riziko teorisinin kabul edildiği durumlarda mahkemeler öncelikle zarar ile zarara sebebiyet veren olay arasındaki nedensellik bağına çok daha kolay şekilde kabul etmişlerdir. Mahkemeler ilerleyen dönemlerde, ayırt etme gücünden yoksun olanların kusurlu davranışta bulunabileceğine hükmetmiştir.

Fransız sosyal güvenlik kanununda gerçekleştirilen değişiklikle, iş kazalarında işçinin, işverenin kusurunu kanıtlamaya gerek olmaksızın sosyal sigorta sandığı tarafından götürü bir bedel ile tazmin edilmesi ilkesi kabul edilmiştir (*Code de la Sécurité Sociale* m L. 452-3). Bu özel düzenlemeye ek olarak, işçinin zararının işverenin veya çalıştırdığı kişilerden birinin kusuru sebebiyle oluşması hâlinde, götürü bedelden karşılanamayan zararın tazmini, işçi veya halefleri tarafından haksız fiil genel hükümlerine göre faile yöneltilebilmektedir²²⁶.

Özel sorumluluk hâllerinin kabulü, zarar gören kişilerin tazmin edilmesi ihtiyacının önemini ortaya çıkarmıştır. Bunun anlaşılması ile mağdurların zararlarının tazmin edilmesine yönelik ve sorumluluk hukukundan bağımsız özel tazminat mekanizmaları geliştirilerek bunlara uygun düzenlemeler kabul edilmiştir. Getirilen bu düzenlemelerin ortak noktası, tazminat yükümlüsü ile zarara sebep olan olay arasındaki nedenselliğin ayrıca aranmamasıdır. Bu sayede tüketicilerin maruz kaldığı zararlar, iş kazaları, trafik kazaları gibi işleyen sektörlerdeki zararlar tazmin edildiği gibi, taşıma sözleşmeleri ile inşaat faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlar da giderilir. Bunlara ek olarak AIDS virüsü, inşaatlarda amiyant kullanımı sebebiyle zarar gören kişiler ile terörist faaliyetlerin sebep oldukları zararların

²²⁶ Le Tourneau, s. 48 vd.; Radé, Christophe, **Droit du travail et responsabilité civile**, L.G.D.J., Paris, 1997, s. 63 vd.; Güzel, Ali, Deniz Ugan Çatalkaya, **İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları**, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/3, S 34, İstanbul, 2012, s. 176 vd.

tazmini de riziko teorisinin uygulamadaki diğer örnekleridir²²⁷. Günümüzde, Fransız hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da çevrenin korunması için kabul edilen mevzuat hükümlerine aykırılık sonucunda zarar görenler tazmin edilir. Bu tazminatın gerekçesi de gene riziko teorisiyle açıklanmaktadır.

Riziko teorisi ve uygulanmasındaki tüm bu gelişmeler sonrasında, Fransız öğretisinde TBK m 71 kapsamında, genel bir tehlike sorumluluğu kabul edilmesi önerilmiştir²²⁸. Tehlike sorumluluğu dışında, iş kazalarında olduğu gibi kişinin vücut bütünlüğü hakkına halel getirebilecek her türlü vücut bütünlüğünü etkileyen zararın, zarara sebep olan nedenden bağımsız olarak kurulacak yardım sandıkları aracılığı ile tazmin edilmesi de tartışılır²²⁹.

b. Sigorta Hukukundaki Riziko Kavramının Riziko Teorisinden Farkı

Özellikle kusur aranmayan (objektif) sorumluluğun kabul edildiği hâllerde, kapsam dâhilindeki faaliyetin üçüncü bir kişi için bir riziko taşıması ve bu sebeple bu faaliyet sebebiyle bir zararın gerçekleşmesi durumunda herhangi bir kusur şartı aranmaksızın faaliyeti gerçekleştiren kişi oluşacak zarardan doğrudan sorumlu tutulur. TBK m 71 ile kabul edilen ve önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetleri sebebiyle işletme sahibi ve varsa işletenin sorumlu tutulmasına ilişkin tehlike esasına dayanan sorumluluk, kusur aranmayan sorumluluğa örnek olarak verilebilir²³⁰. Böyle bir kabulün sosyal gerekçeler ve hakkaniyet

²²⁷ Le Tourneau, s. 50 vd.

²²⁸ Ulsan, İlhan, **Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, Volume 8, C III, İstanbul, 2013, s. 2898 vd. Fransız hukukunda tehlike sorumluluğuna ilişkin güncel tartışmalar için bkz. Le Tourneau, s. 54 vd.; Schamps, Geneviève, **La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité**, Thèse de doctorat, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, XXVIII, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1998, s. 17 vd.

²²⁹ Le Tourneau, s. 57 vd.;

²³⁰ TBK m 71 ile kabul edilen sorumluluk ile tehlikeli faaliyetin (tüm özenin gösterilmesi hâlinde dahi engellenemeyen bir rizikonun) verdiği zararlardan işletenin ve işletme sahibinin kusursuz sorumlu tutulması öngörülmüştür. Öğretide bu zararın, işletenler arasında işletmelerin maliyetine yansıtılacağı ve oluşacak maddi ve manevi zararın (sigorta sisteminde sigorta ettirenler arasında olduğu gibi) tehlikeli faaliyetten faydalananlar arasında paylaşıldığı haklı olarak savunulur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Paksoy, Meliha Sermin ve Gizem Arslan Demir, **Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C LXXI, S 2, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 299 vd. Üreticinin ayıplı ürünlerden doğan üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna ilişkin öğretideki görüşler incelendiğinde *Havutçu*, bu sorumluluğun olağan sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğuna ilişkin unsurları birlikte içerdiğini savunur (bkz. Havutçu, Ayşe, **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005, s. 99 vd). Akçura Karaman ise üreticinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun özen yükümlülüğünün ihlali esasına dayandığını savunur (Akçura Karaman, Tuba, **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, Vedat Kitabçılık, İstanbul, 2008, s.

gereği olduğu savunulur: kişi, ya başka kişilerin eylemleri ya da sahip olduğu varlıklar ya da yaratmış olduğu tehlike sebebiyle sorumlu tutulur²³¹. Bu ve benzeri durumlarda hâkim sadece sorumluluğun objektif şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakar ve ancak kusur unsurunu değerlendirmez²³².

Sigorta hukukundaki riziko kavramı, riziko teorisinde anlaşılan riziko kavramından ayrılır. Sigorta hukukundaki rizikonun işbu bölümde²³³ ayrıntılı olarak açıklanan nitelikleri haiz olmalıdır. Aksi takdirde sigorta hukuku anlamında bir rizikodan bahsedilmesi söz konusu olmaz. Bu durum, sigorta sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü anlamına gelir.

Buna ek olarak gerekli nitelikleri taşıyan rizikonun, sigorta katılımcıları arasında paylaştırılması gerekir. Sigorta faaliyeti bunu gerektirir. Katılımcılar arasında rizikonun paylaştırılmaması hâlinde geçerli bir sigorta faaliyetinden bahsedilemez.

Son olarak, sigorta hukukunda sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan riziko ile oluşan zarar arasında nedensellik ilişkisi mevcut olmalıdır. Gerekli nedensellik bağının mevcut olmaması hâlinde, sigortacının oluşan zararı tazmin borcu doğmaz. Oysa riziko teorisinde tazminata hükmedilebilmesi için failin davranışı ile zarar arasında uygun nedenselliğin bulunması gerekmez.

Sonuç olarak sigorta hukukundaki *riziko* kavramı ile Fransız hukukunda kabul edilen riziko teorisindeki *riziko* kavramı birbirlerinden ayrılır. Kavramların nitelikleri ve ifade ettikleri anlamlar birbirlerinden farklıdır.

6. Sigorta Edilen Rizikonun Sınırlandırılması

Sigorta edilen riziko, çeşitli şekillerde sınırlandırılır. Rizikonun sınırlandırılması, sigorta himayesi kapsamında olan rizikoyu ağırlaştıran bazı olayların teminat kapsamı dışında

121 vd.). Kanımızca üreticinin sorumluluğu da tehlike sorumluluğu esasına dayanan ve hakkaniyet ve özen sorumluluğuna ilişkin unsurlar içeren riziko teorisine ışığında çözümlenmelidir.

²³¹ Kusur aranmayan sorumluluğun *dikkat ve özen, hakkaniyet ve yararlanma, tehlike ve fedakârlığın denkleştirilmesi* esaslarına dayandığı hakkında bkz. Oğuzman / Öz, C 2, s. 7 vd.; EREN, s. 614 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 16. Bası, Ankara, 2012, s. 311 vd.; Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Beta Basımevi, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 543.

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Le Tourneau, s. 51 vd. TBK m 51 uyarınca, haksız fiil hukukunda tazminat miktarının ve şeklinin tayininde kusurun ağırlığı esas alınır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, C 2, s. 108 vd.; Eren, s. 762 vd.; Kılıçoğlu, s. 416-417; Antalya, s. 543.

²³³ İkinci bölüm I.A.

bırakılmasıdır. Bu şekilde muafiyet klozlarının kapsamına giren olaylar, sigortasızlık halleridir²³⁴.

Rizikonun, sigorta konusu itibariyle sınırlandırılması mümkündür. Sigorta ettiren ve sigortalının, üzerinde ekonomik menfaati olduğu bir eşyanın sigorta sözleşmesi kapsamına dâhil edilmemesi hâlinde, riziko gerçekleşse bile sigortalı tazminata hak kazanmaz. Böyle bir durumda sigortalının eşya üzerindeki menfaati ihlal edilse bile, bu eşyanın sigorta kapsamına dâhil edilmemesi sigortacıyı tazminat ödeme borcu altına sokmaz.

Rizikonun zaman (ör., belli bir sefer) veya yer açısından (ör., belirli bir coğrafi alan)²³⁵ sınırlandırılması da mümkündür ve bu örneklerle sıklıkla karşıılır²³⁶.

Bir sigorta sözleşmesinde sigortacı tüzel kişi tüm rizikoları taşıyamaz ve kendisinden taşıması da beklenemez. Kimi zaman öyle rizikolar vardır ki, bunların gerçekleşmesi hâlinde sigortanın çalışma prensibi olan *büyük sayılar ilkesi* işlevini kaybeder. Zira bu tip rizikoların gerçekleşmesi hâlinde rizikonun diğer katılımcılar arasında dağıtılması söz konusu olamaz; diğer katılımcıların menfaatleri de bu rizikonun gerçekleşmesinden etkilenir. Bu ve benzeri hâllerde sigorta teminatına dâhil edilebilecek hâller kanun, genel şartlar veya sözleşme taraflarınca ile nispi olarak veya genel şartlar ile mutlak şekilde sınırlandırılabilir²³⁷.

²³⁴ Omağ, Merih Kemal, **Özel Sigorta Hukukunda Muafiyet Klozları**, Doç. Dr. Mehmet Somer Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2006, s. 529-530. ENSGŞ m 20, eşya taşıma sigortalarındaki muafiyet hâllerine ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verir. Buna göre, özel şartlarda taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça avarya hâlinde oluşan zarar yüzde üç (3) muafiyet uygulanmak suretiyle tazmin edilir. Bununla birlikte m 20 f. (2)'de belirtilen (yükleme, aktarma, boşaltma işlemleri esnasında bir veya birden çok dengin olduğu gibi tam ziyaya uğraması halinde ve geminin batması veya karaya vurması veyahut kaya veya sığlığa bindirmesi gibi olaylar neticesinde tamamen veya kısmen harap olması gibi) çeşitli olayların sebep olduğu zararlarda muafiyet uygulanmaz.

²³⁵ Yer açısından sınırlamada sıklıkla rastlanılan örnek Kıbrıs'tır. Yurt dışı sigorta şirketlerince Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde (bu ülkeyi milletlerarası hukuk anlamında tanımadıkları için) gerçekleşecek rizikolar sözleşme kapsamı dışında bırakılır. Ülkemizde ise bu durumun bir yansıması olarak Kıbrıs Rum Kesimi'nde gerçekleşen rizikolar sözleşme kapsamı dışındadır.

²³⁶ ENSGŞ kapsamında düzenlenen poliçe türlerinin her birinde riziko farklı şekilde sınırlandırılmıştır. Eşya taşıma sigortalarında kullanılan farklı poliçelere ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci bölüm II.H.

²³⁷ Hukukumuzda sigortacının sorumlu olmadığı kabul edilen belli başlı durumlar şu şekildedir: eşyanın niteliğinden kaynaklanan zararlar (içten bozulma, kendiliğinden eksilme, paslanma, küflenme, vb.); politik ve sosyal olaylar kaynaklı rizikolar (yağma, deniz haydutluğu, savaş, grev, lokavt, vs.). Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 117 vd. ENSGŞ'de yer alan bu genel muafiyet klozları yanında, her bir sefer için belirli rizikolar için kararlaştırılabilecek maddi muafiyet klozları ile de sıklıkla karşıılır. Muafiyet klozlarının sigorta ettiren veya sigortalı tarafından tamamen anlaşılması, ancak sigortacı veya acentesinin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmesiyle mümkündür. Ayrıca bkz. Üçüncü bölüm II.C.

Son olarak riziko, sigorta sözleşmesi ile sigorta ettiren ve sigortalıya yüklenen külfetler yoluyla da sınırlandırılabilir. Sözleşmenin kuruluşundaki ihbar görevi, sözleşme süresince rizikoyu ağırlaştırmama görevi, rizikonun gerçekleştiğini bildirme, zararın artmasını önleme ve sigortacının rücu hakkını koruma görevleri bu külfetlere örnektir²³⁸. Bu ve benzeri külfetlerin sigorta ettiren veya sigortalı tarafından yerine getirilmemesi kendiliğinden hak kaybına, yani sigortalının tazminat talep hakkını tamamen kaybetmesine sebep olmaz. Her somut olayın şartları kusur unsurunun varlığı da göz önünde bulundurularak ayrı ayrı değerlendirilir²³⁹.

Rizikonun sınırlandırılmasının kabul edilmediği hâllerde sigortacılık sektör anlamında yok olma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Bu sebeple rizikonun sınırlarının belirlenmesi şarttır. TTK ile terk edilen genellik ilkesinin bir sonucu olarak da artık hukukumuzda yapılacak sigorta sözleşmelerinde sigorta himayesi altındaki rizikoların ayrı ayrı belirlenmesi gerekir.

B. RİZİKONUN SİGORTA SÖZLEŞMESİNDEKİ ROLÜ

Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesindeki asli edim yükümlülüğü sigortacıya sigorta ücretini (prim) ödemektir. Bu durum eşya taşıma sigortaları da dâhil tüm sigorta sözleşmeleri için geçerlidir. Bunun karşılığında ise sigortacı, sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan rizikoyu sigorta himayesine alır. Gerçekten sigorta sözleşmesinde, sigortacının sigorta ettiren ve sigortalıya karşı üstlenmiş olduğu asli edim yükümlülüğü rizikoyu taşımaktır. Rizikonun mevcut olmaması veya gerekli nitelikleri haiz olmaması durumunda sigorta sözleşmesi kesin hükümsüz olur. Riziko, sigorta teminatının ve dolayısıyla sigorta sözleşmesinin konusunu teşkil eder²⁴⁰.

Sigorta ettiren, sigortacının kendisine vereceği teklifnameyi eksiksiz doldurmak suretiyle sigorta sözleşmesinin kurulması anında teminat kapsamı altına alınacak rizikoları sigortacıya beyan eder. Sigorta ettirenin rizikoya ilişkin beyanları bununla da sınırlı değildir.

²³⁸ Türk sigorta hukukunda görevlerin düzenlenmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Ayli, s. 238 vd.

²³⁹ TTK m 1449, bir külfetin sigorta ettiren ve sigortalı tarafından kusurlu olarak ihlal edilip edilmemesine farklı sonuçlar bağlar. Tüm külfetler için böyle bir ayırım kabul edilmez. TTK m 1439 ile sigorta ettirenin gerçekleştirmek zorunda olduğu beyan görevinin herhangi şekilde ihlali sigortacıya cayma, prim farkı isteme veya tazminattan indirim yapma hakkı bahşeder. Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Ayli, s. 237 vd.

²⁴⁰ Lambert-Faivre / Leveneur, s. 266.

Sözleşme süresi içinde rizikonun ağırlaşması veya azalması yönünde herhangi bir değişiklik olması hâlinde sigorta ettiren bu hâlleri de sigortacıya bildirmekle yükümlüdür²⁴¹. Sigorta ettirenin bu beyan yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmemesi ve sigortacıya eksik veya yanlış bilgi vermesi çeşitli yaptırımlara bağlanmıştır. TTK m 1439 uyarınca bu gibi durumlarda, sigortacı sözleşmeden cayabilir, prim farkı talep edebilir veya rizikonun gerçekleşmesinden sonra tazminattan indirim yapılabilir²⁴². Ancak bu son durumda, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlalinin tazminatın veya bedelin miktarına etki etmesi gerekir²⁴³.

Riziko, sigortalanabilir olmalıdır. Sigortalanabilir riziko ile kastedilen sigorta hukukunun hukuki, teknik ve mali kriterleri sağlayan ve sigortacı tarafından teminat kapsamına alınabilecek rizikodur²⁴⁴. Rizikonun sigortalanabilir olması, onun taraflarca az bilinir olması gerekliliğini beraberinde getirir. Bilinirlik, rizikonun gerçekleşmesine ilişkin olmayıp, rizikonun içeriğine ilişkindir. Buna göre sigortacı ve sigorta ettiren rizikonun neyi kapsadığı, içeriğine neyin dâhil olduğu ve sınırlarının ne olduğunun makul bilincine sahip olmalıdır. Gerçekten, kendisi tarafından rizikonun bilinmemesi (tanınmaması) veya çok fazla bilinir olması hâlinde, sigortacı rizikoyu sigorta himayesi altına almayı reddedebilir; sigorta ettiren ise sigorta teminatına başvurmayabilir. Riziko, sigorta ettirence sigorta himayesine başvurmayı gerektirecek kadar, sigortacı tarafından da himaye sağlayabilecek ve belli bir prim belirleyebilecek kadar bilinmelidir²⁴⁵.

C. RİZİKO İLE ZARAR ARASINDAKİ NEDENSELLİK BAĞININ VARLIĞI

Sigortacının, sigorta sözleşmesi ile taşımayı üstlendiği rizikonun gerçekleşmesi sonucunda bir zararın meydana gelmesi hâlinde sigortacı sigortalının bu zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bu sebeple sigorta hukukunda sigorta teminatı altında olan riziko ile

²⁴¹ Lambert-Faivre / Leveneur, s. 269 vd. TTK m 1435 vd. sigorta ettirene sigortacının kendisine verileceği yazılı soruları cevaplamak ve rizikoyu ağırlaştırıcı eylemlerden kaçınmakla yükümlü kılar. Rizikonun hafiflemesi veya ağırlaştırıcı şartların ortadan kalkması durumunda rizikonun azalmasından bahsedilir.

²⁴² Bununla birlikte sigorta ettirenin dürüstlük kuralına aykırı davranması hâlinde, sözleşme sigortacı tarafından feshedildikten sonra fesih tarihine kadar sigortacı tarafından tahsil edilen primler sigorta ettirene iade edilmez.

²⁴³ Bu açıklamalar uyarınca indirimli tazminat miktarı şu şekilde hesaplanmalıdır = zarar (x) (ödenen prim : ödenmesi gereken prim).

²⁴⁴ Bigot, s. 764.

²⁴⁵ Bigot, s. 786 vd.

zarar arasındaki nedensellik bağının mevcudiyeti şarttır²⁴⁶. Nedensellik bağının mevcut olmaması veya zararın teminat kapsamı dışındaki bir rizikodan meydana gelmesi durumunda sigorta ettiren sigortacıdan herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz. Zararın, sigorta sözleşmesi teminatı dışındaki bir rizikodan ileri geldiğini ispat etmek yükümlülüğü sigortacı üzerindedir.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da görüleceği üzere, rizikonun gerçekleşmesi sonrasında oluşan sigorta ettiren ile sigortalının zararının tazmin edilebilmesi için riziko ile zarar arasında bir nedensellik bağı olması gereklidir.

1. Genel Olarak Nedensellik Bağı

a. Nedensellik Bağının İşlevi

Nedensellik, iki olay arasındaki sebep sonuç ilişkisidir. Mal ve geniş anlamda zarar sigortalarında sigortacının tazminat sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için taşınan malda meydana gelen zarar ile sigorta sözleşmesinde sigortacı tarafından teminat altına alınan rizikonun gerçekleşmesi arasında bir nedensellik (illiyet) ilişkisi bulunması gerekir. Can sigortalarında ise böyle bir nedensellik gerekli değildir; teminat altına alınan rizikonun gerçekleşmesi sigortacının sorumluluğu için yeterlidir ve bu rizikonun ek olarak zarara sebebiyet vermesi gerekmez²⁴⁷.

Nedensellik ilişkisinin mevcudiyeti öncelikle sigortacının borcunun belirlenmesi için gereklidir. Sigorta sözleşmesi ile teminat kapsamına alınan bir rizikonun gerçekleşmesi sonucunda zararın meydana gelip gelmediğinin tespiti, nedensellik ile belirlenir. Sigorta sözleşmesindeki muafiyet klostarı ile sınırlandırılan bir rizikonun sebep olacağı zarar, sigortacının tazminat ödeme borcunu doğurmaz. Nedensellik aynı zamanda sigorta sözleşmesinde riziko ve kapsamına ilişkin hükümlerin yorumlanması açısından da belirleyicidir.

Bir olay ile gerçekleşen zarar arasındaki ilişkinin varlığı nedensellik bağı ile açıklanır. Gerçekten, zararın sigorta teminatı kapsamı içindeki bir riziko olayının gerçekleşmesi

²⁴⁶ Kender, s. 322.

²⁴⁷ Şeker, s. 212.

sonucunda olup olmaması nedensellik bağının mevcut olup olmamasına bağlıdır. Zarar ile olay arasındaki ilişki doğrudan olabileceği gibi, dolaylı da olabilir.

b. Sorumluluk Hukukunda Nedensellik Bağı

Hukukumuzda kabul edilen nedensellik teorisi uygun illiyet bağı teorisidir. Uygun illiyet bağı teorisi uyarınca, olayların normal akışına ve genel tecrübelerle göre gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli olan fiil uygun sebeptir. Burada önemli olan, fiilin olayların normal akışına göre o zararı objektif olarak meydana getirebileceğinin hâkim tarafından kabul edilmesidir²⁴⁸.

2. Sigorta Hukukunda ve Eşya Taşıma Sigortalarında Nedensellik Bağının Değerlendirilmesi

Sigorta sözleşmesi kapsamında riziko ile nedensellik ilişkisi mevcut olmalıdır. Bu ilişki doğrudan doğruya olabileceği gibi, dolaylı da olabilir. Sigorta hukukunda uygulanan nedensellik bağı, kara sigortaları ile deniz sigortaları açısından farklılık gösterir. Bu farklılık eşya taşıma sigortalarına da aynen yansır.

a. Kara Sigortaları Bakımından Nedensellik Bağı

Sigorta hukukunda ve kara yolu ile eşya taşıma sigortalarında da yukarıda anılan uygun nedensellik bağı teorisine başvurulur. Bunun temel sebebi, deniz rizikolarının kara taşımacılığında mevcut olmamasıdır ve kara taşımacılığında meydana gelen zararların haksız fiil hükümleri temeline dayanmasıdır. Burada oluşan zararın failin kusuru sebebiyle oluşup oluşmaması ise eşya taşıma sigortalarının konusu dışında olup, taşıyıcı sorumluluk sigortasını ilgilendirir²⁴⁹.

Hâkimin kara yolu ile yapılan bir eşya taşımasına ilişkin mal sigortasında ilk önce uygun illiyet bağı teorisine başvurarak sonuca ulaşması gerekir. Dolayısıyla, karada eşya taşıma da dâhil olmak üzere kara sigortalarına ilişkin bir zararın meydana gelmesi durumunda, borçlar hukukunun temel esasları doğrultusunda uygun nedensellik bağına göre değerlendirme yapılır.

²⁴⁸ Eren, s. 540 vd. ; Oğuzman / Öz, C 2, s. 44 vd. ; Şeker, s. 213-214.

²⁴⁹ Eşya taşıma sigortası ile sorumluluk sigortası arasındaki fark için bkz. Birinci bölüm II.B.2

Ancak deniz rizikolarının sigorta himayesine alındığı durumlarda uygun illiyet bağı teorisi ile nedenselliğin objektif olarak tespit edilmesi çoğu zaman güçtür. Uygun illiyet bağı teorisi ile bir sonuca ulaşamaması hâlinde hâkimin yardımcı olarak etkin şart nedenselliğine başvurarak zararın sebebini belirlemesi gerekir²⁵⁰.

b. Deniz Sigortaları Bakımından Nedensellik Bağı ve Etkin Şart Nedenselliği

(1) Etkin Şart Nedenselliğinin Doğuşu

Can sigortalarını ilgilendiren bir davada bir kişinin ölümünün dolaylı olarak o kişinin doğumu olduğu ileri sürülmüştür. Bu ve benzeri iddialar dikkate alındığında, sigorta sözleşmesinde nedenselliğin tespitinin²⁵¹ sigorta teminatının işleyebilmesi için önemli ve gerekli olduğu anlaşılr.

Sigorta sözleşmeleri açısından nedenselliğin belirlenmesi sözleşmede sigortacının ediminin ifası açısından önem arz eder. ENSGŞ'nin bir türü olduğu mal sigortalarında sigorta sözleşmesi ile teminat kapsamına alınan veya teminat kapsamı dışında bırakılan riziko hâllerinin belirlenmesi ancak oluşan zarar ile zarara sebebiyet veren olay arasındaki ilişkinin tespit edilebilmesiyle mümkündür. Deniz yolu ile yapılan taşımalara ilişkin hukukumuzda özel kurallar mevcut olmadığından İngiliz hukuku kaynaklı nedensellik kurallarından yararlanılabilir.

Deniz yolu ile yapılan taşımalarda meydana gelen zararlarda çoğu zaman zarar, birden fazla sebebin birlikte hareket etmesi sonucunda oluşur. Bu hâlde zarara sebebiyet veren rizikolar birbirlerini etkiler. Bu rizikoların birbirleriyle bağlantıları ve oluşan zarar ile aralarındaki bağlantının ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir. Bu tespit sonrasında zarara sebep olan, zarara sebebiyet veren olaylar arasında zarar ile sebep-sonuç ilişkisinin en yoğun olduğu olayın belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkar. Zarara sebebiyet veren olay kesin bir şekilde

²⁵⁰ Kender, s. 322; Şeker, s. 225. Kara yolu ile yapılan bir taşıma sırasında Yargıtay, rizikonun sigorta teminatı dışında kalabilmesi için riziko ile teminat dışı bırakılan husus veya eylem arasında uygun illiyet bağı olması ve rizikonun münhasıran bu sebeple meydana gelmiş olmasını aramıştır. Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD, 10.10.1997 tarih ve 1997/6225E., 1997/6841K. (Kazancı İçtihat Bankası). Kasko poliçesine dayalı bir uyuşmazlıkta sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi için gerçekleşen riziko ile kapasitesinden (istiap haddinden) fazla yük ve yolcu taşıma arasında uygun nedensellik bağının bulunmasını ve ancak kazanın yalnızca bu nedenle meydana gelmesinin kabulü yönünde bkz. Yarg. HGK, 5.12.2001 tarih ve 2001/11-1109E., 2001/1108K. (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁵¹ Le Tournieu, s. 650.

belirlenmeden, bu olayın sigorta himayesi kapsamında bulunan bir riziko nedeniyle gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilemez.

Özel hukuk alanında nedensellik kuralı açısından yeknesaklık sağlamak adına uygun illiyet bağı teorisinin uygulanması hâlinde deniz taşımacılığında meydana gelen bir zararın sebebi kesin olarak belirlenemez. Bu tip zararlarda uygun illiyet bağı teorisi kabul edilirse, hayatın olağan akışına uygun şekilde zarara sebebiyet verebilecek birden fazla nedene ulaşılabilir.

Uygun illiyet bağının uygulanması, zararlı sonucun hangi sebepten ileri geldiğinin kesin olarak tespit edilememesi ve dolayısıyla sigortacının borcunun doğmaması sonuçlarıyla karşı karşıya kalınmasına sebep olabilir. Oysa deniz taşımacılığı gibi ekonomik menfaatlerin en üst seviyede bulunduğu bir sözleşme kapsamında sigortacının nedenin kesin olarak belirlenememesi sebebiyle borçtan kurtulması ekonomik hayatın gerçekleri ile bağdaşmaz. Bu sebeple deniz sigortalarında, nedensellik bağı borçlar hukuku anlamında belirlenemez. Sigortacının sorumlu tutulabilmesi veya sorumsuzluğuna hükmedilebilmesi için zarara sebep olan nedenin kesin olarak belirlenmesi ihtiyacı vardır. Etkin şart nedenselliği bu pratik ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır²⁵². Deniz tehlikelerinde nedensellik, deniz sigortaları ile sınırlı etkin şart (yakın sebep - *causa proxima non remota spectatur*) kuralı ile tespit edilir²⁵³.

(2) Etkin Şart Nedenselliğinin Kapsamı

MIA m 55(1) ile tanımlanan etkin şart nedenselliği uyarınca, poliçede aksi öngörülmediği sürece sigortacı, sigorta himayesi içinde bulunan bir rizikonun etkin şartı sebebiyle oluşan zararlardan sorumludur. İngiliz mahkemeleri etkin şart nedenselliğinin uygulanması sırasında bu kanun hükmünü yorumlamıştır. Buna göre bir zararın meydana gelmesine neden olan, süre bakımından en yakın sebep değil, bu zararın meydana gelmesinde

²⁵² Ülgener, M. Fehmi, **Deniz Sigortalarında Nedensellik ve Causa Proxima Kuralı**, Der Yayınevi, İstanbul, 1994 s. 62 vd.

²⁵³ Kender, s. 323. Konunun ayrıntılı incelemesi için bkz. Ülgener, s. 37 vd; Dunt, s. 113 vd. Etkin şart nedenselliğinde kronolojik olarak zararın oluşmasına en yakın meydana gelen olayın zararın sebebi olacağı yönünde bkz. Ott / Matthey, s. 254.

en etkili (*efficient – effective - dominant*) sebep nedensellik kapsamında zararın sebebi olarak kabul edilir²⁵⁴.

Etkin şart nedenselliği yoluyla belirlenecek neden, zararın oluşmasına birlikte sebep olan olayların içinden zararlar en yoğun nedensellik bağına sahip olan olaydır. Bu şekilde belirlenecek olan etkin sebebin tespitinde sebebin gerçekleştiği zamana bakılmaz; etkin sebebin zararın meydana gelmesinde zaman bakımından en son gerçekleşmiş olması da şart değildir. Dolayısıyla sigortacının tazminat borcunun doğup doğmadığı bu şekilde belirlenir.

Zarar ile yoğun ilişkide bulunan etkin şartın tespitinde kuralın sınırları kesin olarak tarif edilemez. Bu nedenle hâkim etkin şartı her somut olayın özelliğini dikkate alarak takdir eder²⁵⁵. Hâkim, her somut olayı değerlendirirken sebep, oluşan zarar ve olay sonucunda meydana gelen durumu birlikte ele alır. Başka bir deyişle, zararın oluştuğu andaki şartları, zararın oluşmasından önceki olası sebepleri ve zararın oluşması sonrasında meydana gelen durumu birlikte tahlil ederek bir sonuca varır²⁵⁶.

Etkin şart teorisine göre, zararın meydana gelmesinde birden fazla olay arasında diğerlerine göre daha etkili olan olay, zararın etkin sebebi şeklinde değerlendirilir. Oysa deniz sigortalarında önemli olan, oluşan zararın sigorta teminatı içinde olan bir rizikonun gerçekleşmesinden kaynaklanmasıdır. Dolayısıyla denizde gerçekleşen bir zarar hâlinde, zarar birden çok rizikodan doğmuş olabilir ve zararlar nedensellik ilişkisinde olan tek bir olayın, bir diğer deyişle zararın fiilen hangi rizikodan doğmuş olduğunun belirlenmesi önem arz eder²⁵⁷.

²⁵⁴ Bkz. MIA ile kabul edilen etkin şart kuralı ile aynı ilkeyi benimseyen Kaliforniya Eyaleti (ABD) Sigortacılık Kanunu m 530. Geminin çarpışma sonrasında limana ulaşması için geçici bir bakım yapıldıktan sonra sefer sırasında bakım yapılan bölümde su alarak batmasının, etkin şartının çarpışma olarak tespit edildiği bir karar için bkz. *Reischer v Borwick* [1894] 2 QB 548 (CA) (Lowry / Rawlings, s. 474). Güney Amerika limanından Havre seferini yapmakta olan bir geminin Havre'nin 25 kilometre açıklarında bir Alman denizaltısından gelen torpido sonucunda zarar görmesi ve takip eden olaylar sonrasında batmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta etkin şartın torpido saldırısı olarak belirlendiği *Leyland Shipping Co Ltd v Norwich Union Fire Insurance Society Ltd* [1918] AC 350 (HL) kararı hakkında açıklamalar ve karar metni için bkz. Dunt, s. 115 vd. ve Lowry / Rawlings, s. 474 vd.; Rose, s. 402 vd.; Şeker, s. 214 vd.; Ülgener, s. 74 vd. Ayrıca, 1. Dünya Savaşı sırasında İngiltere'den İskenderiye (Hatay) seferini İngiliz gemileri eşliğinde sürdüren ve rotası düşman denizaltıları atlatmak amacıyla İngiliz eskortu tarafından belirlenen *Matiana* isimli bir geminin, karaya oturmasının etkin şartının deniz rizikosu olarak belirlendiği yönünde bir karar için bkz. *Britain SS Co v The King* [1921] 1 AC 99 (HL) (Lowry / Rawlings, s. 477).

²⁵⁵ Dunt, s. 404; Ülgener, s. 68 vd.

²⁵⁶ Lowry / Rawlings, s. 473.

²⁵⁷ Ülgener, s. 61; Berthoud, s. 49.

Deniz sigortalarında asıl nedensellik sorunu, çeşitli sebeplerin bağımsız hareket etmesi hâlinde zarara sebep olmayacakken, birlikte hareket etmesi sonucunda kasıtsız ortak nedenselliğin zarara sebep olmasıdır²⁵⁸. Öğretide, etkin şart teorisinin deniz sigortalarına uygulanmasının en önemli sebebi olarak bu durum gösterilir. Gerçekten deniz sigortalarında amacın tazminat ödeme yükümlülüğünün dağılmasını engelleyecek şekilde zararın sigortacının taşımakta olduğu bir rizikodan kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirlenmesi gereklidir²⁵⁹. Etkin şart teorisi ile deniz sigortalarında bu amaca ulaşılır ve rizikolardan veya sebeplerden zarara en yakın olanı²⁶⁰ ön plana çıkarılıp diğerleri geri planda tutularak²⁶¹ sorumluluğun birden fazla sigortacı arasında dağılması engellenir.

Bununla birlikte sigorta sözleşmesi taraflarının olay ile zarar arasındaki nedensellik bağının ne şekilde olması gerektiğini sözleşme ile belirleyebilecekleri kabul edilir²⁶².

(3) *Yarışan Nedensellik Hâlinde Etkin Şart Nedenselliğinin Uygulanması*

Etkin şart nedenselliğinin sistematik olarak uygulanması hâlinde, zararın oluşmasına neden olan birden çok sebebin varlığı kabul edilemez. Oysa birden fazla nedenden her birinin zararı bağımsız olarak gerçekleştirmeye elverişli olduğu durumda yarışan nedensellik mevcuttur²⁶³. Bu hâlde, etkin şart nedenselliğinin uygulanması ile yarışan nedenler arasında bir tercih yapılması gerekir.

Yarışan nedenselliğin mevcut olduğu durumlarda, zarara sebep olan nedenlerden biri sigorta himayesi altına alınmamışsa, bu riziko diğerine baskın çıkar²⁶⁴. Diğer bir deyişle,

²⁵⁸ Ülgener, s. 63, 64.

²⁵⁹ Ülgener, s. 38.

²⁶⁰ En etkin sebep, her zaman zararın sebep olmasında en son gerçekleşen sebep değildir. Bu nedenle, etkin sebep ifadesinin yanında hâkim olan sebep, üstün sebep, zararın doğrudan doğruya sebebi, etkili sebep, kesin sebep, dolaysız sebep veya belirleyici sebep ifadelerine de yer verilir (Ülgener, s. 74 vd.; Dunt, s. 115 vd.; *Leyland Shipping Co Ltd v. Norwich Union Fire Insurance Society Limited* [1918] AC 350 (HL), s. 369).

²⁶¹ Ülgener, s. 67.

²⁶² Berthoud, s. 51.

²⁶³ Ülgener, s. 45. Hukukumuzda eTTK m 1408 savaş rizikosu ile başka bir rizikonun yarıştığı hallerde zararın savaş rizikosundan kaynaklanmadığının kabul edileceği hükme bağlanmıştır. eTTK m 1403'de birbirine eklenen ve sözleşme kapsamında bulunmayan olayların sebep olduğu bir zararda sigortacının zararı tazmin borcunun değişmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu şekilde mutlak bir kural kabul eden kanun hükümlerinin, günümüz şartlarında uygulama alanı bulamayacağını ve her somut olayın özelliklerinin etkin şart nedenselliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

²⁶⁴ Dunt, s. 117. İlkenin uygulandığı bir karar için bkz. *Wayne Tank and Pump Co Ltd v Employers' liability Assurance Corp Ltd* [1974] QB 57 (CA), Lowry / Rawlings, s. 481-482. Bu ilkenin eleştirisi için bkz. Şeker, s. 221. Ayrıca Amerikan sigorta hukukunda bu konuda sigortalının sigorta sözleşmesinden makul beklentisinin

zararın oluşmasındaki etkin şarta karar verilmesindeki imkânsızlık ve rizikolardan birinin sigorta sözleşmesi dışında bırakılması, tarafların rizikoyu sınırlandırma iradesine öncelik tanınmasına yol açar. Sonuç olarak, sözleşme kapsamı dışında tutulan riziko, zararın etkin şartı kabul edilir. Bu durumda sigortacının sorumluluğu doğmaz.

Bununla birlikte, yarışan nedenselliğin mevcut olduğu durumlarda zarara sebep olan nedenlerden birinin sigorta teminatı içinde bulunduğu ve fakat diğer nedene ilişkin sözleşmede herhangi bir hükmün bulunmaması hâlinde hangi çözümün benimseneceği sigortacının sorumluluğu açısından önem arz eder. Böyle bir durumda, sigorta sözleşmesinde yer almayan bir rizikonun, sigorta teminatı kapsamında yer alan bir rizikodan meydana gelen zararın sigortacı tarafından tazminini engellemeyeceği kabul edilir²⁶⁵.

Sonuç olarak, yarışan nedenselliğin mevcut olduğu durumlarda eğer zarara sebep olan nedenlerden biri sözleşme kapsamı dışında bırakılırsa veya rizikodan muaf tutulursa sigortacının sorumluluğu doğmaz; aynı nedene ilişkin sözleşmede herhangi bir açıklama bulunmuyorsa sözleşme kapsamı içinde olan rizikonun zarara sebebiyet verdiği kabul edilir²⁶⁶.

(4) Etkin Şart Nedenselliğinin Uygulamada Örnekleri

Etkin şart kuralının kabulü, Enstitü Yük Klozları ile *gecikme ve malın kendi ayıbından veya mahiyetinden* kaynaklanan zararlar sigorta teminatı dışında bırakılmıştır. Eşya taşıma sigortaları zarar (mal) sigortalarının bir türüdür. Bu nedenle gecikme, deniz rizikoları arasında yer almaz. Bir olayın gerçekleşmesi sonucunda oluşan gecikmeden doğan zarar, ikinci dereceden mali zarara sebebiyet verdiği için sigorta teminatı dışında olduğu kabul edilir. Kendi başına gecikme, sigorta tazminatına hak kazandırmayacaktır. Bununla birlikte bu genel kural mutlak değildir. Gecikmeye sebep olan riziko sigorta teminatı kapsamında ise bu

dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Bu görüşe göre sigorta sözleşmesi tarafları sigorta tazminatından mahrum kalmayı düşünmezler. Zararın etkin sebebinin sigorta sözleşmesinden muaf tutulan bir rizikodan ileri gelmesi hâlinde sistematik olarak muaf tutulan rizikonun üstün tutulması kabul edilmez. Bu konuda *Garvey v State Farm Fire and Casualty Co* 771 P 2d 704 (Supreme Court of California, 1989) için bkz. Lowry / Rawlings, s. 483-484.

²⁶⁵ Sigorta poliçesinde teminat altına alınan olumsuz deniz koşulları ile poliçede bahsedilmeyen gemi hatasındaki ayıpların yarıştığı bir uyuşmazlıkta sigortacının sorumlu tutulduğu bir karar için bkz. *JJ Lloyd Instruments Ltd v Northern Star Insurance Co Ltd (The "Miss Jay Jay")* [1987] 1 Lloyd's Rep 32 (CA) (Lowry / Rawlings, s. 481). Anılan kararda rizikonun poliçede yer alması Mahkeme tarafından sigortacının sorumlu tutulması için yeterli sayılmıştır.

²⁶⁶ Dunt, s. 118; Rose, s. 406-407.

olay zararın etkin şartı olarak kabul edilebilir ve sigortalı sigorta tazminatına hak kazanır. Ayrıca, taraflar sözleşmeyle bu durumun aksini her zaman kararlaştırabilir.²⁶⁷

Malın kendi ayıbından veya mahiyetinden kaynaklanan zararlar ise olağan seyir hâlinde meydana gelebilecek zararlarla sınırlıdır. Başka bir deyişle, taşınan eşyadaki ayıbın seyrin olağan şartlarında bir zarara sebebiyet vermesi hâlinde bu zarar sigorta teminatı kapsamı dışındadır. Bununla birlikte sigorta himayesi kapsamındaki beklenmedik bir olayın gerçekleşmesi sonucunda, mal ayıplı olsa bile taşınan eşyada meydana gelen zararların sigorta teminatından faydalanabilir²⁶⁸.

ENSGŞ’de ve Enstitü Yük Klozlarında kullanılan ifadeler, eşya taşıma sigortalarında nedenselliğin belirlenmesine ve dolayısıyla kullanılan terimlerin yorumlanarak taraf iradelerinin tespitine yardımcıdır²⁶⁹. Özellikle belli bir rizikonun teminat kapsamına dâhil olduğu veya kapsam dışında tutulduğunu gösterir ifadeler bu konuda ayrı bir önem taşır. Rizikonun tesadüfî niteliği, onun fiili olarak ne şekilde ortaya çıkabileceğine ilişkin tüm olasılıkların önceden öngörülebilmesini engeller. Genel şartlar ve özel şartlarda kullanılan ifadelerin tümü için genel kural niteliğinde bir tespit yapılması mümkün değildir. Bununla birlikte rizikoların teminat kapsamı içinde olup olmamasına yardımcı ENSGŞ ve Enstitü Yük Klozları’nda kullanılan çeşitli ifadelerin sözleşmedeki nedenselliği ne şekilde etkileyebileceğinin tespiti gerekir. Bunun için uluslararası eşya taşımacılık sigortalarının en gelişmiş olarak uygulandığı İngiliz hukuku verilerinden yararlanılır.

(a) Kaynaklanan (Caused By) İfadesi

ENSGŞ’de veya Enstitü Yük Klozları’nda belirlenen rizikolardan “kaynaklanan” zararlar sigorta teminatı kapsamı içindedir. Böyle bir durumda “kaynaklanan” ifadesinin nedensellik açısından neyi kapsadığı belirlenmelidir.

²⁶⁷ Dunt, s. 119 vd.; Rose, s. 388 vd.

²⁶⁸ Rose, s. 382 vd. ve ilgili bölümde atıf yapılan mahkeme kararları.

²⁶⁹ Dunt, s. 113.

Öğreti, “kaynaklanan” ifadesinin kullanıldığı rizikolar için nedenselliğin etkin şart (*causa proxima*) ilkesi uyarınca belirleneceğini savunur. Bu ifade ile zararın meydana gelmesinde en yakın ve etkili olan sebebin kast edildiği kabul edilir²⁷⁰.

1970 yılında Filistin Kurtuluş Örgütü mensubu iki üyenin Brüksel-New York seferini yapan Pan American şirketine ait Boeing 747 uçağını silah zoruyla önce Beyrut sonra Kahire’ye yönlendirmeleri sonucunda gerçekleşen askeri operasyonda, yolcu ve mürettebatın tahliyesi sonrasında uçak patlamıştır. Pan American şirketinin yapmış olduğu sigorta sözleşmesi askeri operasyonlar sebebiyle oluşan zararları sigorta himayesi kapsamı dışındadır. Amerikan mahkemeleri New York Eyaleti kanunlarına göre verdikleri kararda, oluşan zararın etkin şartının, silahlı iki kişi tarafından uçağın varış yerinin zorla değiştirilmesi olduğunu kabul etmiştir. İlgili kararda etkin şart ifadesi yerine Mahkeme zararın mekanik sebebi (*mechanical cause*) ifadesini tercih etmiştir²⁷¹.

(b) -İn Sonucunda (*Resulting From*) İfadesi

Sigorta sözleşmesinde yer alan bir rizikonun “sonucunda” gerçekleşen zararın sigorta himayesi kapsamına dâhil edildiği durumlarda, bu ifade ile etkin şart nedenselliği kapsamının dışına çıkıldığı ve ilişkili rizikoların daha uzak nedenleri kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği savunulur. Aynı şekilde bir rizikonun sigorta himayesi kapsamı dışında bırakıldığı hâllerde ise kapsam dışında tutulan durumların belirtilen riziko ile uzak neden ilişkisi içinde bulunan durumları da kapsadığı kabul edilir.²⁷²

(c) -Den İleri Gelen (*Arising From*) İfadesi

Sigorta sözleşmesinde belirli bir rizikodan ileri gelen zararlar sigorta himayesi kapsamında ise, bu ifadenin ne şekilde yorumlanacağına ilişkin bir görüş birliğine varılmamıştır. Öğretide baskın görüş, -den ileri gelen ifadesinin olduğu sözleşme şartlarının, yukarıda açıklanan “kaynaklanan” ifadesinde olduğu gibi, etkin şart kuralına göre belirlenmesi gerektiğini kabul eder. Dolayısıyla, etkin şart nedenselliği kapsamına girmeyen

²⁷⁰ Dunt, s. 124.

²⁷¹ *Pan American World Airways, Inc v Aetna Casualty & Surety Corp* 505 F2d 989 (US Court of Appeals, 2nd Cir, 1974) kararı için bkz. Lowry / Rawlings, s. 479.

²⁷² Dunt, s. 125.

hâller bu ifade ile teminat kapsamı içine alınan veya dışında bırakılan durumlara uygulanmaz.²⁷³

(d) -E Atfedilebilen (*Attributable To*) ve Makul Şekilde Atfedilebilen (*Reasonably Attributable To*) İfadeleri

Sigorta kapsamında belirli bir rizikoya atfedilebilen bir sebep sonucunda taşınan eşyada zararın oluşması hâlinde öğreti etkin şarttan daha geniş bir nedenselliğin uygulanması gerektiğini savunur. Enstitü Yük Klozları'nda bu ifade ile sigortalının bilinçli olarak yol açtığı (*wilful misconduct*) zararın, sigorta kapsamı dışında bırakıldığı şeklinde yorumlanır. Dolayısıyla, burada etkin şart kuralına bir istisna kabul edilmiştir. Bu ifadeyi içeren sigorta hükümlerinde sigorta himayesini daraltan bir durum olsa da etkin şart kuralından daha geniş bir nedensellik kabul edilir.²⁷⁴

Belirli bir rizikoya makul şekilde atfedilen bir sebep nedeniyle zararın sigorta teminatı kapsamı içinde veya dışında bırakılması hâlinde de aynı sonuca ulaşılır. Bu durumda da etkin şart kuralından daha geniş bir nedensellik ilgili rizikonun kapsamı belirlenir.

(e) Doğrudan veya Dolaylı Şekilde Kaynaklanan (*Directly Or Indirectly Caused By*) İfadesi

Özellikle riziko sınırlamaları açısından kabul edilen bu ifadenin sınırlarının önceden tespit edilmesi mümkün değildir. Kuşkusuz belirli bir olayın dolaylı etkilerinin sınırlandırılması oldukça güçtür. Ancak belirli bir rizikonun dolaylı etkileri değerlendirilirken etkin şart nedenselliği ile belirlenen sınırın dışında çıkılarak daha geniş yorumlama tercih edilir. Bu şekilde yarışan sebeplerin olması hâlinde, zarara sebep olan tüm sebepler dikkate alınır.²⁷⁵

(5) Etkin Şart Nedenselliğine İlişkin Değerlendirme

Etkin şart nedenselliğinin sınırlarının kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir ve her somut olayın özelliklerine göre hâkimin takdir hakkını kullanması beklenir. Bununla

²⁷³ Dunt, s. 126-128.

²⁷⁴ Dunt, s. 128 vd.

²⁷⁵ Dunt, s. 112; 131-132.

birlikte hâkim etkin şart nedenselliğine başvururken kendisine yol gösterici ilkeleri takip etmelidir.

Etkin şart nedenselliğinin uygulanmasında taraf iradelerinin tespiti ve bunun yorumlanması özellik arz eder. Her şeyden önce dürüstlük kuralı (güven ilkesi) sigorta sözleşmesinin ifası sırasında taraflara önemli görev yükler. Etkin şart nedenselliğinin uygulanması aşamasında hâkim öncelikle bu temel ilkeyi gözetir.

Deniz sigortalarında zarara sebep olan etkin sebebin araştırılması sırasında zarar ile doğrudan doğruya ilişkisi olan olaylar tespit edilmelidir²⁷⁶. Başka bir deyişle, zarara sebebiyet verebilecek olaylar ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi hiçbir şekilde kesintiye uğramamış olmalıdır. Zarar ile doğrudan doğruya ilişkili olaylar tespit edildikten sonra bu olaylar arasından etkin sebep belirlenir.²⁷⁷

Ayrıca hâkim, sigorta sözleşmesinin yorumu yoluna başvurur. Bunun için sigorta sözleşmesi görüşmelerinden, zararın meydana geldiği ana kadarki olan süreç incelenerek, tarafların ortak iradeleri tespit edilir²⁷⁸. Sigorta sözleşmesinin yorumu yoluyla, sigorta himayesinin kapsamı, tarafların ortak iradeleri ve zararın oluşmasında etkin sebep belirlenir. Bu tespit sonucunda da sigortacının sigorta ettirene karşı tazminat borcunun doğup doğmadığı yönünde hüküm kurulur.

Anılan sebeplerle, eşya taşıma sigortalarında sigortalanan rizikoya ilişkin sigortacının tazminat borcunun doğup doğmadığının tespiti riziko ile zarar arasındaki nedensellik ve sigorta sözleşmesinin yorumu yoluyla gerçekleştirilir.

²⁷⁶ Ülgener, s. 77 vd.

²⁷⁷ Amerikan mahkemelerinde volkan patlaması sonrasında gelişen olayların sebep olduğu zararların etkin şartı patlama olarak kabul edilmiş ve zarara sebep olan etkin şartın kesintiye uğramaması gerektiği bir kez daha vurgulanmıştır. *Graham v Public Employees Mutual Insurance Co* 656 P2d 1077 (Supreme Court of Washington, 1983) kararı için bkz. Lowry / Rawlings, s. 480.

²⁷⁸ Engel, Pierre, **L'évolution récente de la partie générale du droit des obligations**, L'évolution récente du droit des obligations, CEDIDAC, 2004, s. 9; Corboz, Bernard, **Le Contrat d'Assurance dans la Jurisprudence Récente**, La semaine judiciaire – doctrine, Société genevoise de droit et de législation, 2011, s. 256; Brulhart, s. 125.

c. Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Yapmış Olduğu Masrafların Nedensellik Karşısında Durumu

Bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin yüksek olduğu dönemde veya zararın meydana gelmesi sonrasında sigorta ettiren, bu zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu hakkının korunması için çeşitli edimlerde bulunmalı ve dolayısıyla bir takım masraflara katlanmalıdır. Bu durum sigorta ettirene kanunun yüklediği bir borçtur. Bu şekilde sigorta ettirenin nasıl olsa sigorta sözleşmesi var diye oluşma ihtimali yüksek olan veya oluşan bir zararın büyümesine ilgisiz kalması engellenir²⁷⁹.

Sigorta müşterisi tarafından yapılacak olan bu masraflar sigortacının menfaatinedir. Bu masraflarla sigortacının tazminat ödeme borcu sınırlandırılır ve sigortacının zarara sebebiyet veren kişiye olan halefiyet hakkı korunur.

TTK m 1448, sigorta ettirenin yapacağı makul giderlerin, bunlar faydasız kalsa bile sigorta tazminatından ayrı olarak sigortacı tarafından tazmin edileceğini hükme bağlar. Sigortacının bu şekilde bir tazminat ödemesi için, yapılan masrafların sigorta sözleşmesi ile himaye altında bulunan bir riziko ile nedensellik bağı içinde bulunan bir zararın önlenmesi için yapılmış olması gerekir. Aksi takdirde, muaf tutulan bir riziko için bu şekilde bir tazminat ödenmez.

Yukarıda açıklandığı üzere, sigorta ettirenin yapmış olduğu masrafları sigortacıdan talep edebilmesi için nedensellik bağının olması gerekir. Sigorta ile teminat kapsamına alınan bir riziko ile nedensellik bağının mevcut olmadığı hâllerde bu hukuken mümkün olmaz. Ayrıca TTK m 1448, koruyucu hükümler arasında yer almadığından sözleşme tarafları, yasada yer alan kuralın aksini müştereken kararlaştırabilir.

d. Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigortacının Tazminat Borcuna Etkisi

Sigorta ettiren, sigortalı veya bunların hukuken fiillerinden sorumlu bulundukları kişilerin *ihmalleri* sonucunda gerçekleşen rizikonun sebep olduğu zararı sigortacı TTK m

²⁷⁹ Kender, s. 280; Çeker, s. 123-124.

1429²⁸⁰ uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür. Taraflar, emredici nitelikte olmayan bu kuralın aksini sözleşme ile kararlaştırabilir. TTK m 1429 düzenlemesine uygun olarak ENSGŞ m 5, bu şekilde oluşan zararları sigorta himayesi kapsamı dışında bırakır.

Bu kişilerin rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olmaları durumunda ise sigortacı tazminat borcundan kurtulduğu gibi tahsil ettiği sigorta primlerini de iade etmez²⁸¹. Sigortacının sorumluluğunu kaldıran bu hüküm TTK m 1452(1) uyarınca mutlak emredici niteliktedir.

Sigortacının sorumluluğunun devam ettiği kabul edilen *ihmal* durumu, kusurun en hafif derecesidir²⁸². Buna göre madde metni kasıt derecesine varmayan *ağır kusur* durumunda sigortacının sorumluluğunun ne olacağı konusunda sessizdir²⁸³.

Eşya taşıma sigortaları açısından bu durum değerlendirildiğinde, bu tip sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren ve sigortalı sıfatını çoğunlukla tüzel kişilerin oluşturduğu görülür. Bu durumda sigorta ettiren veya sigortalı tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen ihmal veya kasıtlı davranışın TMK m 50 uyarınca bu tüzel kişilerin organları tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Organ konumunda olmayan kişilerin (*ör.*, ifa yardımcıları; işçiler; vs.) fiillerinin mevcut olması halinde, ihmal veya kasıtlı davranış sigortalı veya sigorta ettirene atfedilebilir olmayıp, bunların fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin davranışı sebebiyle gerçekleştiği kabul edilir²⁸⁴.

²⁸⁰ Anılan hüküm, sigorta hukukuna ilişkin genel hükümler arasında yer almaktadır ve sorumluluk sigortaları ile can sigortalarına ilişkin TTK m 1477 (ilgili maddede madde numarası sehven 1495 olarak belirtilmiş), m 1502 ve m 1504 f. (2) hükümlerini saklı tutmuştur. Genel hükümler arasında yer alan maddenin zarar sigortaları dikkate alınarak düzenlenmesinin eleştirisi için bkz. Kender, Taslak Hakkında Düşünceler, s. 16.

²⁸¹ Bozer, s. 47; Çeker, s. 67.

²⁸² Öğretide ihmal, hukuka aykırı sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmamak, hâl ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemek olarak tanımlanır. Kast ise kusurun en ağır derecesi olup, failin hukuka aykırı sonucu tasavvur ettiğini ve bu sonucu istediği durumu ifade eder. Tandoğan, s. 45; Oğuzman / Öz, C 2, s. 54 vd.; Tekinay, Selâhattin Sulhi, Haluk Burcuoğlu, Sermet Akman ve Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 494 vd.

²⁸³ eTTK m 1278’de sigorta ettiren veya sigortalının (veya bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin) kusuru sebebiyle oluşan zararlardan sigortacının sorumlu olduğu kabul ediliyordu. Bkz. Can, s. 41-42. TTK m 1429’daki ağır kusura ilişkin hüküm içi boşluğun eleştirisi için bkz. Kender, s. 292-293. Kanımızca madde kapsamı dışında bırakılmadığı sürece, rizikonun ağır kusur sonucunda gerçekleşmesi hâlinde de sigortacının sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

²⁸⁴ Can, s. 42.

II. EŞYA TAŞIMA SİGORTASINDA BAŞLICA RİZİKO UNSURLARI

Eşya taşımasında, sigortalının ekonomik değer taşıyan eşya üzerindeki menfaati o eşyayı ekonomik olarak doğrudan veya dolaylı olarak etkileyebilecek çeşitli rizikoların gerçekleşmesi ile zarar görebilir²⁸⁵. Bu bölümde sigorta sözleşmesi ile sigorta himayesi altına alınan belli başlı rizikolar hakkında temel açıklamalara yer verilmiştir.

Bununla birlikte bir üst başlıkta yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, rizikonun sigorta sözleşmesi kapsamında belirtilmesi tek başına sigortacının borcunun doğmasını sağlamaz. Önemli olan, riziko ile zarar arasındaki nedenselliğin mevcudiyetidir. Dolayısıyla her somut olayın özelliği, riziko değerlendirmesi açısından ayrı bir değerlendirme, yorumlama ve belirleme süreci gerektirir.

A. DOĞRUDAN RİZİKO UNSURLARI

Bir eşyanın taşıma veya depolama sırasında veya herhangi bir yerde maruz kalabileceği rizikolar doğrudan riziko unsurları olarak sıralanır.

1. Taşıma Sırasında Mevcut Rizikolar

Taşıma sırasında gerçekleşmesi muhtemel riziko olaylarının ağırlaşması veya azalması, taşımanın türü ve taşınan eşyanın niteliği ile doğrudan bağlantılıdır.

a. Yangın, Patlama ve Önemli Olaylar

Yangın ve patlama olayları eskiden beri taşıma sırasında meydana gelebilecek en önemli rizikolar arasındadır²⁸⁶. Bu sebeple özellikle taşıma araçlarında yangın ve patlamalara karşı önlemlerin alınması zorunludur. Taşıma kuralları uyarınca yangın sebebiyle oluşan zararlarda taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağı hükme bağlanır.

²⁸⁵ Özellikle denizde eşya taşımalarına ilişkin sigorta sözleşmelerinde sigortacılar rizikonun hesaplanmasında geminin özelliklerini de dikkate alırlar. Bunun için Lloyd's Register, Bureau Veritas vb. şirketlerin periyodik olarak gerçekleştirdikleri kontrollerdeki nitelendirmeleri ile geminin menşei (uyruğu) belirleyicidir. İngiltere uygulamasında, anılan unsurlara ek olarak geminin yaşı, tonajı ve sınıfı da aynı oranda belirleyicidir. Amerikan pazarında ise, 20 yaşın üzerinde veya 1.000 tonun altında aynı hatta çalışmayan gemiler daha riskli addedilerek ek prime tabi tutulur (Marcq, s. 204 vd.).

²⁸⁶ Marcq, s. 25.

Taşıma süresince yangına farklı olaylar neden olabilir. Yangın veya patlamaya taşınan bir eşya sebep olabileceği gibi, taşıma aracı da buna neden olabilir. Örneğin, çeşitli eşyalar dış hava sıcaklığı veya kimyasal reaksiyona girmeleri sebebiyle patlayabilir ve taşınan diğer eşyaların yanmasına sebep olabilir. Taşıma aracının (ör., kamyon) fren sistemindeki aşırı ısınma taşınan eşyanın yanması ve hatta patlamasına neden olabilir. Bu ve benzeri olayların örneğin bir tünelde meydana gelmesi bu rizikonun mali sonuçlarının ne kadar büyük olabileceğini ortaya koyar²⁸⁷.

Yangın veya patlama sonucunu doğurmamakla beraber, günümüzde taşıma aracını ve taşınan eşyayı tehlikeye atan olayların başında uçak düşmesi, geminin açık denizde batması, kamyonun devrilmesi gibi olaylar yer alır.

b. Nemin Sebep Olabileceği Zararlar

Tatlı su veya tuzlu sudan kaynaklanan nem taşınan eşyada doğrudan veya dolaylı zarara sebebiyet verebilir.

Taşınan eşya, fırtına, kasırga, tropik siklon, dalgalı deniz, muson yağmurları sebebiyle oluşan nem ile doğrudan etkileşime geçebilir. Taşıma sırasında, conta, kapı, konteynır, römork veya kamyonlardaki su geçirmeme özelliğindeki ayıplar örneğin bir sağanak yağış hâlinde taşınan eşyada avarya oluşmasının nedeni olabilir²⁸⁸. Bunlar nemin doğrudan sebep olabileceği zararlara örnektir.

Nemin taşınan eşyaya doğrudan verebileceği zarara en önemli örnek gemi ve kamyon ile gerçekleştirilen taşımalarda karşılaşılan “yük terlemesi” (*buée de cale – cargo sweat*)²⁸⁹ olayıdır. Yük terlemesine, uzun mesafeli deniz taşımacılığında kalkış limanı ile varış limanı arasındaki yolculuk süresince sıcaklık değişikliklerinin fazla olduğu hâllerde sıklıkla rastlanır. Yük terlemesine karşı taşıyıcıların yeterli önlemi almamış olması taşınan eşyaya gelen zararın

²⁸⁷ Marcq, s. 26.

²⁸⁸ Marcq, s. 27.

²⁸⁹ Ambardaki hava içerisindeki su buharı yoğunlaşma noktasından daha düşük sıcaklıktaki yük ve gemi parçaları üzerinde yoğunlaşır; buna *terleme* denir. Alabanda sacları, postalar üzerinde böylece oluşan su damlacıkları “*gemi terlemesi*”, yük parçaları üzerindeki su damlaları “*yük terlemesi*” diye ifade edilir (<http://www.denizcigunlugu.com/deniz-ticaret-sozlugu-terminology/206-yuk-terlemesi.html>). Örneğin Costa Rica’dan Aralık ayında Hamburg’a kahve taşımak üzere yola çıkan bir gemide, hava sıcaklığının varış noktasına yaklaştıkça düşmesi sebebiyle varış noktasında nemle (ve hatta konteynırın içinde litrelerce sıvı ile) karşılaşmak mümkündür (Marcq, s. 27).

temel sebebidir. Örneğin taşıma aracındaki yetersiz havalandırma, konteynırdaki havayı kurutma ürünlerinin yetersizliği veya yokluğu ya da ambalajlarda kullanılan tahtaların gerektiği gibi kurutulmamış olması taşınan eşyaya zarar verebilir, paslanmayı hızlandırabilir veya taşınan eşyanın kutusu veya etiketine zarar vererek onun pazarlanmasına engel olabilir²⁹⁰.

c. Hırsızlık ve Kaçırma

Bu rizikolar çoğunlukla karton kutular ve ambalajların yırtılarak içerisindeki eşyaların kısmen veya tamamen çalınması ile ortaya çıkar²⁹¹. “Yüksek çalınma riski” olan sigara, cep telefonu, bilgisayar, vs. gibi eşyalarda irsaliyenin tamamı kaybolabilir. Böyle bir durumda, “yüksek çalınma riski” olan eşyalarla aynı kamyon veya konteynır içerisinde yer alan ve “yüksek çalınma riski” olarak nitelendirilmeyen eşya da çalınabilir. Bu duruma cep telefonları ile aynı konteynır içinde bulunan ve birlikte çalınan paket mendiller örnek verilebilir.

Günümüzde hırsızlık kapsamına sadece taşıma aracına izinsiz kişilerin girerek taşıma eşyası dâhil olmak üzere mürettebatın kişisel eşyalarını çalması girmez. Silah zoru ile taşıma aracını ele geçirilmesi ve yönünün değiştirilmesi de taşıma eşyasının kaçırılması olarak addedilir.

Kargonun, taşıma eşyası üzerinde herhangi bir mülkiyet veya zilyetlik hakkı olmayan bir kişi tarafından ele geçirilme rizikosunun gemi personeli tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde baratarya söz konusu olur. Barataryanın en tipik görünüm şekli, belli bir güzergâhta ilerleyen geminin, güzergâhını, ismini veya bayrağını değiştirerek taşımakta olduğu eşyayı bir marinada satışa sunmasıdır²⁹².

d. Kaçakçılık

Uluslararası ticari işlemlerde çoğunlukla birden fazla kişi, kurum veya kuruluş, alıcı, satıcı, mürettebat, sigortalı, bankacı, komisyoncu vs. gibi farklı sıfatlarla taşıma işine müdahil olur. Bu tip uluslararası işlemlere müdahil taraflardan biri hukuka veya taraflar arasında

²⁹⁰ Marcq, s. 27.

²⁹¹ Marcq, s. 27.

²⁹² Marcq, s. 28.

kurulan sözleşme hükümlerine aykırı bir biçimde diğer müdahillerden birinin para veya eşyasını alırsa o zaman kaçakçılıktan söz edilir²⁹³. Kimi zaman, taşıma sürecine müdahil olan kişiler işbirliği içinde birlikte hareket ederek bu hukuka aykırı sonucu elde etmeye çalışabilir. Bu tanımdan da yola çıkılarak eşya taşımasında kaçakçılık farklı şekillerde kendisini gösterebilir.

Evrakta sahtecilik, eşya taşımasında kaçakçılığın bir görünümüdür. Taşıma sigortaları anlamında evrakta sahtecilik, işlemlerin tarafı olan bir veya birden fazla kişinin mallarından olmaları veya bu mallara ilişkin ödemeleri tahsil edememeleri hâlinde ortaya çıkar. Taşıma işine katılan araçların tecrübesiz oluşu, akreditif ödemelerindeki aksaklıklar, sigortalıların gelişmekte olan ülkelerden olması gibi hâllerde taşıma işinde evrakta sahteciliklerle karşılaşılır.

Benzer şekilde *charter* şeklinde kullanılan gemilerde, ilk taksiti ödeyip gemiyi kullanmaya başlayan kiracının uygulamada ikinci taksiti ödememesi ve geminin kayıplara karıştığı hâllerle de karşılaşılır.

Liman işçileri, gümrük görevlileri veya mürettebat tarafından gerçekleştirilen hırsızlık olayları da bu kapsamda değerlendirilir. Özellikle 1970'lerden itibaren gece silahlı olarak gerçekleştirilen ve gemilerdeki ekipmanlar, yük, mürettebatın kişisel eşyasının çalınması ile mürettebatın tehdit edilmesi gibi olaylara rastlanılır.

Gemilerin kasıtlı olarak batırılmasına ilişkin bir sahtecilik türü de külüstür sahteciliğidir (*rust bucket fraud – fraude aux vieux rafiots*). Yüksek değerli bir kargonun mevcudiyeti; yükün sahibi ile armatör ve mürettebat arasındaki anlaşmazlık bu tip sahteciliğin temel sebebidir. Böyle bir durumda örneğin yük fiilen gemiye yüklenmeyip sadece kâğıt üzerinde mevcut olabilir; kahve yerine kum yüklenmiş olabilir veya gemi gerçekten batırılmayıp başka bir kimlikle başka bir yerde ortaya çıkabilir²⁹⁴.

e. Taşıma Sırasında Dinamik Kuvvetlerin Etkileri

Kara, hava, deniz ve uzay yolu ile taşımalarda taşınan eşyanın üzerine etki eden belli bir fiziksel kuvvet vardır. Dolayısıyla taşıma sırasında taşıyıcı aracın gerçekleştireceği veya

²⁹³ Marcq, s. 29.

²⁹⁴ Marcq, s. 30-31.

maruz kalacağı her bir hareket taşınan eşya üzerine bir kuvvet uygular. Bu durum da taşınan eşyaya zarar verebilecek bir riziko faktörü olarak değerlendirilir²⁹⁵.

f. Eşyanın Kirletilmesi, Kırılması veya Kaybolması

Taşıyıcı aracın daha önceki seferinden kalan tortu, koku, konteynır veya eşyanın taşındığı alanın kötü temizlenmiş olması veya birbirleriyle yan yana seyahat etmemesi gereken eşyaların aynı konteynırda tutulması ve birbirleriyle kimyasal etkiye geçmeleri bu gibi hâllere örnek olarak verilebilir.

Taşınan eşyanın kırılması veya kaybolması da taşıma işine ilişkin önemli bir rizikodur. Günümüz deniz taşımacılığında kırılma neredeyse hemen hemen hiç görülmemekle birlikte özellikle kara ve hava yolu taşımacılığında paketlemeden kaynaklanan hatalar buna sebep olur²⁹⁶.

g. Müşterek Avarya

Müşterek avarya, seferde gemi ve yükün karşılaştığı olağan dışı bir tehlike hâlinde, gemi ve yükün bu tehlikeden kurtarılması amacıyla yapılmış bir fedakârlığın sonucu olan masraf ve zararların yolculuğa katılan ve yapılan fedakârlıktan yarar görmüş olan değerler arasında orantısal paylaştırılmasını ifade eder²⁹⁷.

Müşterek avarya, sefere katılan gemi ve yük arasında bir kader ve menfaat birliği olduğu düşüncesine dayanmakta ve sorumluluk hukukunda da kabul edilen *fedakârlığın denkleştirilmesi* ilkesi ile açıklanır²⁹⁸. Müşterek avaryada, çatışan iki çıkardan üstün olanı tercih edilir ve ortaya çıkan zarar da sefere katılanlar arasında paylaştırılır. Müşterek avarya, deniz taşımalarında taşınan eşya ve geminin sıklıkla karşılaştığı bir rizikodur.

h. Deniz Haydutluğu (Korsanlık)

Montego Bay'de 1982 senesinde imzalanan Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m 101 deniz haydutluğunu tanımlar. Anılan hüküm uyarınca bir özel geminin

²⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Marcq, s. 34 vd.

²⁹⁶ Marcq, s. 38.

²⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci bölüm I.A.1; Çetingil / Kender / Ünan, s. 2 vd.; Marcq, s. 38 vd.

²⁹⁸ Çetingil / Kender / Ünan, s. 5-6. Geminin herhangi bir eşya taşımaması ve yüksüz olması veya gemi ile yükün birlikte deniz seferine çıkmamaları halinde müşterek avarya söz konusu olmaz (bkz. Aydemir, s. 50-51).

veya uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından; (i) açık denizde bir gemiye veya uçağa veya bunlardaki kişi veya mallara karşı veya (ii) hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde, kişisel amaçlarla işlenen her türlü yasa dışı şiddet veya alıkoyma veya yağma fiili deniz haydutluğu olarak tanımlar. Sıralanan fiillere ek olarak, deniz haydutluğu niteliğini veren olaylara ait bilgisi olmak kaydıyla bir geminin veya bir uçağın kullanılmasına isteyerek katılma fiili ile, deniz haydutluğu nitelenmesine giren fiillerin işlenmesini teşvik eden veya bunları kolaylaştırmak üzere işlenen her fiil deniz haydutluğu teşkil eder.

Özellikle son dönemde Somali deniz suları ile Gine körfezindeki saldırılar dikkate alındığında deniz haydutluğu deniz taşımacılığı ile sınırlı olmak üzere riziko oluşturur. Her ne kadar devletler ve uluslararası organizasyonlar deniz haydutluğunun önlenmesi için çalışmalar yapıyorsa da, deniz haydutluğu günümüzde deniz taşımacılığı için önemli bir riziko teşkil etmeye devam eder.

2. Depolamaya Hazır Hâle Getirme, Depolama, İstifleme Sırasında Mevcut Rizikolar

Bu kapsamdaki rizikolar dünya genelinde faaliyet gösteren sigortacıların bildirmiş olduğu rizikoların %43'ünü oluşturur²⁹⁹. Taşınan eşyada yükleme ve boşaltma işlemleri sırasında gerçekleşen zararlar (avaryalar) bu kapsamda değerlendirilir. Bu tip rizikoların sebep olduğu zararların büyük çoğunluğu taşınan konteynır sayısının aşılması; taşınan eşyanın ağırlık aşımı sebebiyle ezilmesi ve benzeri sebeplerden kaynaklanır.

3. Her Yerde Meydana Gelebilecek Rizikolar

Bu tip rizikolar taşınan eşyanın niteliği veya taşıma aracından bağımsız olarak her yerde ortaya çıkabilir. Bunlar, başlıca savaş, (liman işçileri; gümrük çalışanları; taşıyıcı personeli gibi işçilerin) grev, ayaklanma, halk hareketleri ile politik ve sosyal çatışmalardan kaynaklı rizikolardır.

Terörizm de her yerde meydana gelebilecek rizikolar kapsamında değerlendirilir. Ulusal ve uluslararası seviyedeki terörist saldırılar genel anlamıyla zarar sigortaları açısından önemli bir riziko faktörüdür. Özellikle 11 Eylül 2001 saldırıları, birçok devlete organize terör

²⁹⁹ Marcq, s. 48.

saldırılarına karşı ne kadar zayıf durumda olduğunu göstermiştir. Günümüzde sigortacılar terörizme karşı iki farklı yöntem arasında tercihte bulunur. Bunlardan ilki, ulusal seviyede terörizm ve bununla ilişkili rizikoların teminat kapsamı dışında bırakılmasıdır. Bir kısım sigortacı ise ek prim ödemesi karşılığında grev, halk hareketleri ve ayaklanmaları da kapsayacak şekilde teminat kapsamını belirler³⁰⁰. Önemle belirtelim ki bu tip rizikolar ENSGS ile sigorta sözleşmesi kapsam dışında bırakılmıştır.

B. Dolaylı Riziko Unsurları

Dolaylı riziko unsurları, deniz tehlikeleri ile doğrudan ilişkili olmayıp taşınan eşyada dolaylı şekilde zarara sebebiyet veren olaylardır.

Dolaylı rizikoların başında, taşınan eşya veya taşıma türünden kaynaklanan rizikolar gelir³⁰¹. TTK m 1453 uyarınca, ilke olarak rizikonun gerçekleşmesi sonucu doğan kazanç kaybı ile sigorta edilen malın ayıbından doğan zararlar, sigorta himayesi kapsamı dışındadır³⁰². Zarar sigortaları için kabul edilen bu şart, eşya taşıma sigortalarına da aynen uygulanır. Ancak taraflar her zaman bunun aksini kararlaştırabilir.

Taşınan eşyanın taşınma sebebi olan ticari satış sözleşmesi de bir dolaylı riziko unsurudur. Özellikle uluslararası satışlarda, taşınan eşya birden fazla taşıma aracı vasıtasıyla taşınır. Bu hâlde taşınan eşya üzerindeki rizikonun taşıma sürecinde veya taşımanın farklı aşamalarında kime ait olduğunun önceden belirlenmesi gerekir. Uygulamada çoğunlukla Incoterm'ler aracılığı ile taşınan eşyaya gelecek zararı kimin karşılamakla yükümlü olduğu kararlaştırılır.

³⁰⁰ Marcq, s. 54.

³⁰¹ Marcq, s. 57 vd.

³⁰² Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 118. Bununla birlikte anılan hükümde “malın ayıbından doğan” hasar deyimi açık değildir. Öğretide, sigortalı malın ayıplı olan kısmının başka kısımlara veya sigortalı başka mallara verdiği zararın mı, yoksa bahsedilen ayıbın sigortalı malda meydana getirdiği değer azalmasının mı kastedildiğinin anlaşılmadığı haklı olarak savunulur (Ünan, Zarar Sigortaları, 6. slayt). Anılan madde uyarınca beklenen kârın sigortası mümkün olmakla birlikte ifade hatası içerir (Kender, Taslak Hakkında Düşünceler, s. 23). Her halde sigorta sözleşmesinin hâkim tarafından yorumlanması yoluyla doğru tespit gerçekleştirilir.

Son olarak, çevrenin korunması hakkındaki mevzuat hükümleri de dolaylı riziko unsuru olarak kabul edilir³⁰³. Sahibinin ihmali sebebiyle taşınan eşyanın taşıma sırasında çevreye zarar vermesi hâlinde bu zararın tazmin edilmesi gerekir.

C. ENSGŞ İle Teminat Altına Alınan Rizikolar

Rizikolar geniş bir yelpazeye yayılır. ENSGŞ m 1, eşya taşıma sigortaları ile teminat altına alınan rizikolara yer verir. Buna göre sırasıyla fırtına, buz zararı, karaya oturma, geminin kırılması veya zarar görmesi, çatma veya bir cisme çarpma, yangın, patlama veya infilâk, kaptan veya gemi adamlarının barataryası sigorta genel şartları ile himaye altına alınır³⁰⁴.

Eşya taşıma sigortalarında sözleşme kapsamına dâhil edilen veya kapsam dışında bırakılan rizikoların sınırlarının belirsizdir. Bunlar, sigorta sözleşmesi hükümlerinin geçerlilik ve kapsamının kamu düzenini koruyan mevzuat hükümleri karşısında denetimi ve yorumu ile açık ve anlaşılır hâle getirilir.

³⁰³ Marcq, s. 87 vd. Bununla birlikte ulusal ve uluslararası taşımacılık mevzuatı (Varşova Anlaşması, Hamburg Kuralları, CMR, Mannheim Anlaşması vb.) taşıyıcıların kusursuzluklarını ispat etmedikleri sürece taşıma sırasında meydana gelen zararlardan sorumlu olduklarını hükme bağlar. Bu kural, taşıma sırasındaki taşıtan üzerindeki rizikoyu azaltır. Taraflar, bir sigorta sözleşmesinin yokluğunda bile taşıyıcının sorumluluğuna gidebilir ve (daha uzun bir süreçten sonra) tazminata hak kazanır.

³⁰⁴ Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Şeker, s. 54 vd.; Bölükbaşı / Pamukçu, s. 97 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİGORTA SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK GENEL ŞARTLARIN GEÇERLİLİĞİ

Sigorta sözleşmeleri, öncelikle TTK'nın koruyucu hükümlerine uygun olmalıdır. TTK'nın koruyucu hükümlerine aykırı sigorta sözleşme (genel ve özel) şartları kesin hükümsüz olacaktır. Nispi emredici hükümlere aykırılık durumunda ilgili yasa hükümleri sözleşme hükümlerine yerine uygulama alanı bulur³⁰⁵.

SK m 11 uyarınca, sigorta sözleşmeleri Müsteşarlık tarafından hazırlanmış olan genel şartlar aracılığı ile kurulur. Buna göre, belirli bir tip sigorta sözleşmesi akdedilmek istendiğinde, sigortacı ve sigorta ettiren arasındaki sözleşme hükümleri Müsteşarlık tarafından hazırlanıp onaylanan sigorta genel şartlarından oluşur. Anılan hükümlere, Enstitü Yük Klozları da tarafların kararlaştırdığı ve yürürlükteki mevzuata uygun olduğu ölçüde uygulanır.

TTK'nın ve TBK'nın yürürlüğe girmesiyle sigorta genel şartlarının TTK ve TBK düzenlemeleri karşısındaki hukuki geçerlilikleri sorgulanabilir hâle gelmiştir. Bu kapsamda, bir tarafta TTK'da eşya taşıma sigortalarına ilişkin özel hükümlere yer verilmeyişi ve özellik ilkesinin kabul edilmiş olması; diğer tarafta ise TBK'nın kabul ettiği GİŞ düzenlemeleri, ENSGŞ ve Enstitü Yük Klozlarının geçerliliği hakkında soru işaretleri yaratmıştır.

³⁰⁵ Bkz. Birinci bölüm I.F.

I. SİGORTA GENEL ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

Sigorta genel şartları öğretide, *tek tek rizikolar ve sözleşmeler göz önüne alınmaksızın önceden belirlenen, gelecekte belli bir sigorta dalında yapılacak tüm sözleşmelerin içeriğine girmek üzere poliçelerde bulunan ve her bir sigorta dalı için ayrı ayrı belirlenen genellikle basılı ve yazılı kayıtlar* olarak tanımlanır³⁰⁶.

Sigorta genel şartları³⁰⁷ Müsteşarlık tarafından hazırlanır ve SK m 11 hükümleri uyarınca sigorta sözleşmesi tarafları tarafından aynen kabul edilmek zorundadır. Sigorta sözleşmesi ilgilileri olan sigortacı, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar sigorta sözleşmesi genel şartlarına müdahale edemez ve sözleşme tarafları genel şart hükümlerini değiştiremez.

Sigorta sözleşmesi tarafları, Müsteşarlık tarafından hazırlanan genel şartları uygulamaktan kaçınamayacağı gibi bu şartları tek taraflı değiştiremez; onları aynen uygulamak zorundadır³⁰⁸. Dolayısıyla, sadece genel şartlara dayanılarak kurulan sigorta sözleşmelerinde tarafların serbest iradesinden bahsedilemez. Burada sigorta sözleşmesinde TTK'nın taraflara yüklemiş olduğu ve dürüstlük kuralının görünümü olarak değerlendirilen hükümler ekseninde bir değerlendirilme yapılabilir³⁰⁹.

Sigorta sözleşmesi taraflarının bu noktada sahip oldukları hak, müştereken belirleyecekleri özel şartları TTK'ya ve sigorta genel şartlarına aykırı olmamak koşuluyla³¹⁰ kabul etmek ve genel şartları tamamlamak olabilir. Özel şartların kabulünde de tarafların tek taraflı bir hakkı bulunmaz; her iki tarafın karşılıklı iradeleri uyuşmalıdır. Ayrıca özel şartların uygulanması için tarafların iradelerine ek olarak iki şart gerçekleşmelidir. Buna göre ilke olarak özel şartlar öncelikle genel şartlara uygunluk denetimine tabi tutulur. Genel şartların yedek kural şeklinde düzenlenmiş olması hâlinde sigorta sözleşmesi tarafları yürürlükteki mevzuat hükümlerine uygun olarak genel şartlara aykırı özel şart kabul edebilir. Buna

³⁰⁶ Bahtiyar, Mehmet, **Sigorta Poliçesi Genel Koşulları**, Makaleler I, Beta Basımevi, İstanbul, 2008, Genel Koşullar, s. 151.

³⁰⁷ Sigorta genel şartlarının tarihçesi için bkz. Bahtiyar, s. 150. İsviçre sigorta hukukunda 2006 yılında kabul edilen eşya taşıma sigorta genel şartları için bkz. Ott / Matthey, s. 237 vd.

³⁰⁸ Bozer, s. 54; Şeker-Öğüz, Yük Sigortalı, s. 12-13.

³⁰⁹ Şit, s. 23 dn. 80.

³¹⁰ Şeker-Öğüz, Yük Sigortalı, s. 11.

karşılık, genel şartların emredici nitelikte düzenlendiği hâllerde, genel şartlara aykırı özel şartlar kabul edilemez, kabul edilse de hukuken geçerlilik arz etmez³¹¹.

Hukukumuzda sigorta genel şartları Müsteşarlık tarafından onaylanır. Her bir sigorta konusu için ayrı genel şart kabul edilmiş olup, bu şartlar sözleşmenin sigortacı tarafı için farklılık göstermez. Başka bir deyişle, sigorta genel şartları her ne kadar sigortacılar tarafından sigorta ettirenlere sunulmaktaysa da, bu şartlar her bir sigortacı tarafından ayrı ayrı hazırlanmaz³¹². Ortada her bir sigorta ürünü için ayrı genel şartlar vardır ve tüm sigortacılar bu şartları sigorta ettirenlere aynen sunmakla, sigorta ettirenler de bu şartları aynen kabul etmekle yükümlüdür. TTK m 1425 de, sigorta poliçelerinin Müsteşarlık tarafından onaylı sigorta genel şartlarını içermesi gerektiğini düzenler.

Sigorta genel şartlarının bu şekilde hazırlanmış olmasının temel sebebi sigorta ettiren ve dolayısıyla sigortalıların ekonomik olarak korunması gerekliliğidir. Sigorta sistemi, bir bütün olarak incelendiğinde, *büyük sayılar ilkesi* ile şekillendiği görülür. Belli bir sigorta konusunda menfaati etkilenen sigortalıya sigortacı tarafından yapılacak ödeme, aynı riziko birliğinde bulunan katılımcılar arasında paylaştırılır. Ancak uygulamada sigortacıların sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan bir rizikonun gerçekleşmesinden sonraki dönemde yaşanacak olayları lehlerine çevirmek istediği durumlarla karşılaşılır. İşte bu ve benzeri suistimalleri engelleyebilmek ve sigortacı, sigorta ettiren ve sigortalı (lehtar) arasındaki menfaat dengelerini koruyabilmek adına sigorta genel şartları Müsteşarlık tarafından onaylanarak yürürlüğe konar³¹³. Tüm bu açıklamalarımız doğrultusunda sigorta genel şartlarının Müsteşarlık tarafından onaylanması ve bu şekilde uygulanmasının kamu yararına yöneliktir.

³¹¹ Atamer, Kerim, **Özel Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Uygulanacak Hükümler, Sigorta Genel Şartları ve Yargısal Denetimi hakkında sunulan Tebliğ**, Türkiye Barolar Birliği Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, 19-20 Kasım 2004, İstanbul, s. 122 (<http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sigorta-hukuku.pdf>).

³¹² Kender, s. 190.

³¹³ Şit, s. 22. SK m 11’in Gerekçesi için bkz. Birinci Bölüm I.C.3.

B. GENEL ŞART – ÖZEL ŞART AYRIMI

Sigorta sözleşmesi tarafları, sözleşmelerini Müsteşarlık tarafından onaylı genel şartlara tabi tutmak zorundadır. Genel şartlara ek olarak taraflar Enstitü Yük Sigortaları gibi özel şartları da kabul edebilir.

1. Müsteşarlık Tarafından Onaylanan Sigorta Genel Şartları

Müsteşarlık, sigorta hukukunda denetim makamı sıfatıyla genel şartları onaylayan yetkili idari kurumdur. Sigorta hukukunda, genel şartları düzenleme ihtiyacı sigorta ilişkisinin özelliğinden ileri gelir.

Sigorta sözleşmesi, *büyük sayılar kuralı* ve *tehlike iştiraki teorisi*³¹⁴ ile açıklanır. Buna göre belirli bir topluluğun uğradığı zarar, sigortacılar arasında paylaşılır. Ancak bu paylaşım sırasında topluluk bireylerinin aynı durumda, yani aynı riziko(lar) için sigorta sözleşmesi yaptırmış olmaları gerekir³¹⁵. Topluluğu oluşturan kişilerin aynı durumda olmamaları hâlinde, sigorta sözleşmesi ile amaçlanan paylaşım esasına ulaşılamaz. Müsteşarlık tarafından onaylanmış olsa da sigorta genel şartlarının yürürlükteki emredici hükümlere aykırı olması hâlinde, bunlar tarafları bağlamaz³¹⁶.

Eşya taşınmasında taraflar, sigorta sözleşmelerini ENSGŞ'ye uygun olarak kurmakla yükümlüdür. ENSGŞ, 1 Ocak 1953 tarihinde kabul edilmiş olup, 1945 tarihli Fransız emtia poliçesi ve 1981'den önceki Enstitü Klozları temel alınarak hazırlanmıştır³¹⁷. Eşya taşınmasında kullanılan bu genel şartlar, TTK ve SK'nın kabul ettiği³¹⁸ özellik ilkesine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, ENSGŞ'de riziko kapsamı muafiyetler belirtilmek suretiyle de sınırlandırılmıştır³¹⁹.

³¹⁴ *Tehlike iştiraki* teorisi uyarınca sigorta ilişkisinde sigorta ettirenlerden tahsil edilen primler sayesinde bir ya da birkaç kişinin uğradığı zarar aynı tehlikeye maruz kalma ihtimali olan sigortaya katılanlar arasında paylaşılır. Sigortacı sözleşme süresince tehlikeyi taşımak ve gerçekleşmesi halinde oluşacak zararı tazmin eder (Ülgener, s. 60).

³¹⁵ Bahtiyar, Genel Koşullar, s. 153.

³¹⁶ Yarg. Ticaret Dairesi, 9.6.1930 tarih ve 575E., 1046K. için bkz. Bozer, s. 54 dn. 50.

³¹⁷ Şit, s. 26.

³¹⁸ Anılan hüküm şu şekildedir: “*Sigorta sözleşmelerinde kapsam dâhiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.*”

³¹⁹ Bununla birlikte bir zararın muafiyet kapsamındaki bir olay nedeniyle gerçekleştiğini ispat yükü sigortacı üzerindedir. Sigortacının ispat yükünü yerine getirmemesi durumunda, riziko sigorta sözleşmesi kapsamında addedilir ve sigortacının oluşan zararı tazmin etmesi gerekir. Ayrıca bkz. Şit, s. 27.

ENSGŞ'nin tarihçesinden de anlaşılacağı üzere, o dönemde kullanılan dil günümüz ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. eTTK'nın yürürlüğü döneminde hazırlanan bu şartlar, anılan kanunda zaman içinde gerçekleştirilen değişiklikler ve TTK ile kabul edilen yeni sigortacılık ilkelerini yansıtmaz³²⁰. Bu durum, uygulamada hukuki anlaşmazlık ve uyuşmazlıklara kendiliğinden zemin hazırlar.

2. Teminatın Kapsamına İlişkin Taraflarca Kabul Edilebilecek Özel Şartlar

Sigorta sözleşmesi özel şartları, taraflarca karşılıklı olarak kararlaştırılmış ve ferdileşmiş özel hükümlerdir. Öğretide bu koşullar, tarafların kendi iradeleri doğrultusunda bizzat, her somut sigorta ilişkisinin özelliklerine uygun olarak, her bir sözleşmede bulunması gerekli olmayan, yalnızca o anda yapmakta oldukları belirli bir sözleşme göz önünde tutularak görüşme ve pazarlık sonucu belirlenen hükümler olarak tanımlanır³²¹. Bu özel şartlar aracılığıyla, taraflar sigorta sözleşmelerini somut durumun ortaya çıkaracağı rizikoları teminat altına alarak veya çeşitli rizikoları teminat kapsamı dışında bırakarak tamamlar ve *bireysel anlaşmalarını* oluştur. Bu kapsamda, özel şartların poliçeye sözleşme sırasında eklenerek, bu hususun poliçenin ön yüzüne yazılması gerekir³²².

Sigortacılık hukukunda, sözleşme tarafları SK m 11 uyarınca sigorta genel şartlarını aynen uygulamakla yükümlüdür. Böyle bir yasal zorunluluk karşısında sigorta poliçelerine ilişkin olarak kabul edilecek özel şartların, genel şartlar karşısındaki geçerliliğinin belirlenmesi önemlidir. Özel şartların geçerliliğindeki temel ölçüt ise sigorta ettirenin yararadır³²³.

TTK m 1425 f. (2), sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine öngörölmüş hükümlerin geçersiz olacağını açıkça hükme bağlamış ve SK m 11 gerekçesi de emredici hükümlerine,

³²⁰ Ayrıca, bu genel şartlar ışığında CIF satış hükümlerine uygun eşya taşıma sigorta sözleşmesi akdedilmesi olanaksızdır (Şit, s. 27, 28).

³²¹ Bahtiyar, Mehmet, **Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırdedilmesi ve Bazı Sorunlar**, Makaleler I, Beta Basımevi, İstanbul, 2008, s. 195-197. Dolayısıyla, sigorta şirketlerinin sigorta poliçelerinin *özel şartları* arasında yer verdikleri ve fakat sigorta ettiren ile tartışılmayan ilave hükümler sigorta ettirenin iradesini yansıtmadıkları için hukuken GİŞ olarak değerlendirilir ve yaptırımlara tabi olur (Memiş, Genel Şartlar, s. 126).

³²² Ulaş, s. 72.

³²³ Bahtiyar, Özel Koşullar, s. 205. Öğretide *Kender*, genel şartlara aykırı özel şartların emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla kabul edilebileceğini belirtir. *Doğanay* ve *Bozer*, özel şartların sigortalının aleyhine olacak şekilde kabul edilemeyeceğini savunur. *Arseven* ise özel şartların genel şartlara aykırı olmayacağını ileri sürer. Bu görüşlerin tamamı için bkz. Bahtiyar, Özel Koşullar, s. 203-204.

ahlâk ve adaba aykırı olmamak ve sigortalı aleyhine olmamak üzere genel şartları değiştirici nitelikte özel şart kararlaştırılabileceğini düzenler. Bununla birlikte anılan hükümler hiçbir şekilde sigorta genel şartlarının gelişigüzel tadil edilebileceği anlamına gelmez. Bu nedenle sigorta genel şartları arasında bu şekilde özel koşullara izin veren hükümlere açık şekilde yer verilmesi gerekmediği görüşü isabetli değildir³²⁴. Zira bunun kabulü hâlinde sigorta genel şartlarının getirmiş olduğu düzenleme tavsiye niteliğine indirgenir ve kanunun dolanılması yoluyla SK m 11 f. (1) ile gerekçesinin varmak istediği hedefe ulaşamaz.

Uygulamada, özel şartlara başvurma ihtiyacı iki sebepten ileri gelir. Bunlardan ilki tarafların yükümlülüklerine ilişkindir. Bu hâlde TTK m 1425 f. (2) ile kabul edilen ilke geçerli olur ve sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın aleyhine olmayan özel şartlar geçerli kabul edilir. Özel şartlara başvurulmasındaki bir diğer hâl ise sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan rizikonun kapsamına ilişkin olabilir. Böyle bir durumda, rizikonun kapsamına ilişkin anlaşmalar TTK hükümlerine uygun şekilde özel olarak belirli olmalıdır. Örneğin, sigorta genel şartlarında emredici nitelikte belirlenmiş bir riziko veya muafiyet uygulamasına aykırı özel şart kabul edilemez.

Sigorta sözleşmesine eklenen özel şartlar, Müsteşarlık tarafından hazırlanmış olabileceği³²⁵ gibi sigortacı veya uluslararası kurumlar tarafından da hazırlanabilir. Herhangi bir ulusal denetime tabi olmayan Enstitü Yük Klozları, sigorta sözleşmesinde özel şartları oluşturur. Aslında, Enstitü Yük Klozları da sigorta sözleşmesi genel şartları gibi standart olarak hazırlanmış metinlerdir. Sigortacı veya sigorta ettirenin bu özel şartların içeriğine müdahalede bulunma hakları yoktur. Fakat tarafların karşılıklı irade beyanları ile bu özel

³²⁴ Bahtiyar, Özel Koşullar, s. 206. Bahtiyar’a göre, sigorta genel koşulları arasında bulunan ve tarafların saptayacağı özel koşulların sınırını ve geleceğini peşinen belirleyen hükümlere değer verilmez. Aksi takdirde özellikle sigorta ettirenin kendi yararına özel hükümler getirebilmesi olanağının sınırlandırılması sözleşme özgürlüğünü etkiler. Aksi yönde Şit, s. 17 dn. 58. Yazar’a göre, özel şartlarda her halde genel şartların aksinin kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi, genel şartların varlığını anlamsız kılar.

³²⁵ Örneğin Yangın Genel Şartları’na ekli deprem, su baskını vs. gibi klozlar Müsteşarlık tarafından hazırlanan özel şartlara örnektir.

şartları kabul etmeleri, bunları sigorta sözleşmeleri nezdinde özel hüküm hâline getirir³²⁶. Eşya taşıma sigortalarındaki Enstitü Yük Klozları³²⁷ da bu kapsamdadır.

Enstitü Yük Klozları, İngilizce dilinde kaleme alınmakta ve uygulamada çoğunlukla bu dilde sigorta sözleşmelerine eklenmektedir. Hukukumuzda hâlen yürürlükte olan ve en son 2008 yılında tadil edilen 805 sayılı Kanun m 1 uyarınca Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, hesap ve defterlerini Türkçe tutmak zorundadır. Anılan kanun hükmü karşısında İngilizce olarak akdedilen Enstitü Yük Klozları şirketlerin akdetmiş oldukları sigorta sözleşmelerinde şirket lehine dikkate alınmaz^{328, 329}. Dolayısıyla bu gibi yaptırımlarla karşılaşmamak adına yabancı dilde kaleme alınan özel şartın Türkçe tercümeleri de sigorta poliçesine eklenmelidir.

Son olarak şunu da belirtmeliyiz ki, SK m 15 uyarınca özellikle ihracat ve ithalat konusu mallara ilişkin yapılabilecek taşıma sigortalarının yurt dışında yerleşik sigorta şirketleri ile akdedilmesinde, bu şekilde kurulacak bir sigorta sözleşmesi 805 sayılı Kanun kapsamında olmaz ve sadece İngilizce özel şartların kullanılması hukuka uygun addedilir.

3. Enstitü Yük Klozları

Eşya taşıma sigortalarına özel şart niteliğini haiz Enstitü Yük A, B ve C Klozları uygulanır³³⁰.

³²⁶ Şit, s. 24, 25. Enstitü Klozları ve benzeri özel şartların genel koşul gibi onaya bağlanması, yargısal denetim aşamasında da bunların geçersizliğini sağlama yönünde titiz bir inceleme yapılması yönünde bkz. Bahtiyar, Özel Şartlar, s. 206, 207.

³²⁷ Enstitü Yük Klozları, 1982 tarihinden önce FPA (özel avarya hariç – *free particular average*), WA (avarya dahil – *with average*) ve AR (bütün riskler – *all risks*) olarak adlandırılmaktaydı. Anılan klozların düzensiz olması ve uygulamada yaşanan zorluklar 1982 tarihinde revize edilmelerine ve yerlerini sırasıyla A, B ve C harfleriyle ifade edilen klozlara bırakmalarını beraberinde getirmiştir (bkz. Şit, s. 14-15).

³²⁸ Öğretide olası bir uyuşmazlık hâlinde sigortacıların İngilizce dilinde kaleme alınan ve özel şart olarak kabul edilen Enstitü Klozlarının geçersizliğini iddia etmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilir (bkz. Bahtiyar, Özel Şartlar, s. 207).

³²⁹ Yargıtay'ın işin niteliği sebebiyle 805 sayılı Kanun'a aykırı saymadığı bir Enstitü Klozu için bkz. Yarg. 11. HD, 13.05.1977 tarih, 1977/1651E., 1977/2245K. Aynı yönde bkz. Şit, s. 76.

³³⁰ Enstitü Yük Klozları, bunlarla sınırlı değildir. Taşınan eşya açısından uygulamada Enstitü Savaş Muafiyet Klozu (*Institute War Cancellation Clause (Cargo)*), Enstitü Radyoaktif Etkilenmeden Muafiyet Klozu (*Institute Radioactive Contamination Exclusion Clause*) ve Enstitü Derecelendirme Klozu (*Institute Classification Clause*) da uygulamada kullanılan klozlar arasında yer alır (Kuyucu, s. 134 dn. 652). Bu ve diğer klozların Türkçe metinleri için bkz. <http://www.tsb.org.tr/nakliyat-klozlari.aspx?pageID=498>

a. Enstitü Yük A Klozu

Enstitü Yük Klozları arasında A Klozu, en fazla uygulama alanı bulan özel şart türüdür. Daha kapsamlı rizikoları sigorta teminatı kapsamına alan Enstitü A Klozu ile, sebebi ve yıkımın büyüklüğü ne olursa olsun her türlü arızı zarar teminat kapsamına alınır³³¹. Bu nedenle Enstitü A Klozu, bütün rizikolar (ya da tehlikeler) anlamına gelen *All-Risks* klozu olarak anılır. Bu şekilde akdedilen bir sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren ve sigortalı bu kayıtların sigorta sözleşmesinde yer alan muafiyet klozları ile beraber okunması gerektiğini bilmek durumundadır. Zira kapsam dâhilindeki rizikolar ferdan belirlenmemiştir. Burada *All-Risks* olarak anılan bir özel şart, fiiliyatta tüm rizikoları kapsamı altına almaz.

Bütün rizikolar olarak akdedilen bir poliçede teminat kapsamı bir yandan genişletilirken, diğer taraftan poliçe içeriğine eklenen muafiyet klozları ile bazı olaylar riziko kapsamı dışında tutularak teminatın kapsamı daraltılır³³². Bu sebeple sigortacının sigorta sözleşmesi akdedilirken sigorta ettireni teminat kapsamı hakkında herhangi bir tereddüt bırakmayacak şekilde bilgilendirmesi ve aydınlatması gerekir³³³. Kapsamının belirsiz olması sebebiyle öğretide ve uygulamada, Enstitü Yük A Klozu ile muaf tutulan rizikolar dışında kalan, genel olarak riziko tanımına uyan ve sigorta edilen menfaati olumsuz şekilde etkileyen zararların sigortacı tarafından tazmin edileceği kabul edilir³³⁴. Bu ise hiç kuşkusuz sigorta ettiren ve sigortalı için belirsiz bir hukuki durum yaratır ve anlaşmazlıklara neden olur.

b. Enstitü Yük B ve C Klozları

Enstitü Yük B ve C Klozları, A Klozunun sağladığı sigorta himayesi ile karşılaştırıldığında daha dar sigorta tazminatı sağlar. Bu klozlarda *All Risks* himayesi söz konusu değildir. Anılan Klozlarda riziko kapsamının sınırları iki şartın gerçekleşmesi ile belirlenir.

³³¹ Can, s. 40-41; Ayli, s. 34; Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 63.

³³² Ayli, s. 34. Ayrıca Enstitü Yük Klozları ile bütün risklere karşı getirilen korumanın TTK hükümlerinden sonra geçerliliği tartışılabilir. Zira Enstitü A Klozunda teminat altına alınan riziko şu şekilde ifade edilir: “*Bu sigortanın 4, 5, 6 ve 7. maddelerinde istisna edilen haller dışında kalan rizikolardan* kaynaklanan sigorta edilen şeyin uğradığı kayıp veya zararlar bu sigortanın kapsamında yer almaktadır.” Buna göre gabin veya aciz hali sebebiyle uğranılan zararlar ile geç teslimden kaynaklanan kazanç kaybı sigorta himayesine dâhil değildir (Kuyucu, s. 135).

³³³ Omağ, Muafiyet Klozları, s. 538; Ayli, s. 34-35.

³³⁴ Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 64.

Buna göre, öncelikle zarara sebebiyet veren rizikonun sigorta himayesi kapsamında olup olmadığı değerlendirilir. Daha sonra, anılan rizikonun muafiyet klozları ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı tespit edilir. Bu iki aşamadan geçildikten sonra zararın tazmin edilip edilmeyeceği belirlenir³³⁵.

Üç çeşit özel şart arasında Enstitü B Klozu “orta kapsamlı”, C Klozu için “asgari kapsamlı” sigorta teminatı sağlar. C Klozu, CIF Incoterm’i ile gerçekleştirilen satışlardaki sigorta himayesi yeterliliğini sağlar³³⁶.

Yukarıda açıklananlara ek olarak Enstitü Yük Klozları, sigorta himayesinin başlangıcı, süresi ve sona ermesine ilişkin özel düzenlemelere yer verir. Hiç kuşkusuz anılan düzenlemelerin TTK’nın koruyucu hükümleri ile uyumlu olması şarttır.

II. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ GİŞ DÜZENLEMESİ KARŞISINDA DURUMU

Sigorta sözleşmeleri TTK’nın koruyucu hükümlerine aykırı olmamak kayıt ve şartıyla, Müsteşarlık tarafından hazırlanan genel şartlar ile taraflarca sözleşmeye eklenmesi hâlinde Enstitü Yük Klozları ile kurulur. Anılan şart ve klozlar, sigorta ilişkisinin hükümlerini oluşturur.

Sigorta genel şartları, TTK ve SK hükümlerine uygun olarak ilk olarak Müsteşarlık’ın idari denetiminden geçer. Bu denetim sigorta müşterilerine ek koruma sağlamakla birlikte, genel şartların hukuka uygun olduğu veya yoruma muhtaç olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla, idarenin denetiminden geçmiş de olsa sigorta genel şartları hâkimin hukuka uygunluk denetimine tabidir³³⁷.

³³⁵ Enstitü Yük B ve C Klozlarının ayrıntılı bir karşılaştırması için bkz. Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 66 vd.

³³⁶ Kuyucu, s. 135.

³³⁷ Memiş, Genel Şartlar, s. 127-128. Sigorta genel şartlarının Müsteşarlık tarafından belirlenmesi, yani idari makam denetiminden geçirilmesi sigorta sözleşmesi tarafları arasındaki menfaatler dengesini korumaya yönelik olmalıdır. Gerçekleştirilen idari ön denetim ile sigorta genel şartlarında hukuka aykırılıklar tespit edilir ve uygulamaya girmeden ortadan kaldırılır. İrade serbestisini önemli ölçüde sınırlandıran bu denetimin ideal ve tarafsız şekilde gerçekleştirilmesi durumunda sözleşme tarafları arasındaki menfaatler dengesi bozulmaz. Bkz. Kocayusufoğlu, s. 239 vd. Ayrıca telekomünikasyon sektöründe genel şartların idari denetimine ilişkin ayrıntılı açıklama ve tartışmalar için bkz. Açıkgöz, s. 224 vd. BGB § 305a, sözleşmenin diğer tarafının muvafakat etmesi şartıyla, devlet tarafından ilan edilen ve kullanıcının kayıtlı merkezinde hazır bulundurulan elektrik, doğal gaz, telekomünikasyon, posta ve demir yolu hizmetlerine ilişkin GİŞ hükümlerinin sözleşmenin içeriğine dâhil olacağını istisnaen kabul eder. Bununla birlikte bu kabul, anılan hükümlerin yorum ve içerik

Sigorta hukukunda uygulanan genel şartlar ve özel şart içeriklerine sigorta sözleşmesi taraflarının herhangi bir müdahalesi olamaz. Borçlar hukukunda, sözleşmenin karşı tarafının, kendisine sunulan sözleşme hükümlerine herhangi bir müdahalede bulunmadan kabul ettiği hâllerde, sözleşme içeriğindeki GİŞ unsurları taşıyan veya GİŞ olarak kabul edilen hükümlere karşı korunması gerekir³³⁸.

SK, sözleşme taraflarına bu sigorta genel şartlarını aynen kabul etme ve uygulama yükümlülüğü yükler. Taraf iradelerinin bu şekilde sınırlandırılmış olması ve sigorta genel şartlarının kabul edilmesinden önce idari denetimden geçiriliyor olması bu şartları diğer GİŞ'lerden ayırır. Bu ayrılma, sigorta genel şartlarının uygulamasının GİŞ denetimine ne şekilde ve ne kapsamda tabi olup olmayacağı sorusunu beraberinde getirir.

A. GİŞ

1. Kavram ve Tanım

Sözleşmeler hukuku, irade özgürlüğü ve sözleşme serbestisi ilkeleri etrafında şekillenir. TBK m 26, sözleşme taraflarına kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla sözleşme içeriğini serbestçe belirleme hakkı tanır. Kanunun taraflara tanıdığı bu sözleşme özgürlüğü ilkesi, yetenekli ve aydın bir kişiden hareketle sözleşme taraflarının eşit olduğu varsayımına dayanır ve bir tarafın aleyhine olsa bile tarafların özgür iradesine öncelik verilir³³⁹.

Serbest piyasa ekonomisinin benimsendiği liberal ekonomilerde arz talep dengesini oluşturan değişkenler birlikte değerlendirildiğinde, talep tarafında olan bilgili ve rasyonel kişilerin birbirleriyle rekabet hâlinde bulunan işletmelerle yapacakları sözleşmeleri pazarlık

denetimlerine engel olmaz; ancak BGB § 310(2) uyarınca daha esnek şekilde uygulanır. Sigortacılığın serbest piyasa faaliyeti olması nedeniyle, sigorta sözleşmeleri açısından böyle bir istisnanın hukukumuzda kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz.

³³⁸ Kılıçoğlu, s. 110; Memiş, Genel Şartlar, s. 124-125; Oğuzman / Öz, C 1, s. 169 vd.; Eren, s 214 vd.

³³⁹ Oğuzman / Öz, C 1 s. 169; Kocayusufoğlu, s. 226; Eren, s. 16; Rehbinden, Manfred, **Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması**, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne (Çeviren Teoman, Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C XLII, S 1-4, İstanbul, 1977, s. 641 vd.; Topuz, Murat, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 1138,1142; Açıkgoz, Osman, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 179 vd.; Görgeç, Başak, **Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 19, S 1, 2012, s. 406 vd.

sonucu akdetmeleri beklenir³⁴⁰. Oysa uygulamada sözleşme taraflarından pazarlık gücü yüksek olan tarafın düzenlediği veya kullandığı, kullananın kendi çıkarlarını koruduğu ve belirli bir kişiyi hedeflemediği sözleşme hükümlerinin uygulandığı durumlarla sıklıkla karşılaşılır³⁴¹. GİŞ’i kullanan taraf, zaman ve masraftan tasarruf ederek belirlediği veya tercih ettiği hukuki ve ticari sistemi karşı tarafa pazarlık şansı tanımadan sunar³⁴².

GİŞ düzenlemelerinin onu kullanana ayrıcalık sağlaması hâlinde çoğunlukla zaman baskısı altında ve gerekli hukuki donanımdan yoksun³⁴³ pazarlık gücü düşük olan karşı tarafın menfaatlerinin korunması gerekir. Aksi hâlde, sözleşmede taraflar arasındaki hukuki ve bunun sonucunda ekonomik denge pazarlık gücü fazla olan taraf lehine değişir. Sözleşme serbestisini kısıtlayan bu duruma müdahale edilmemesi hâlinde ise serbest piyasa modeli gereği gibi işlemez³⁴⁴. Dolayısıyla karşı tarafın bilgi ve pazarlık gücü eksikliği, GİŞ hükümlerinin kullanıldığı sözleşmelerde arz tarafında bulunan kullanan taraf açısından rekabetin de gerektiği gibi işletilememesine sebep olur.

Hukukumuzda GİŞ’e ilişkin genel düzenleme TBK ile kabul edilmiştir. Gerçekten, TBK’nın yürürlüğe girmesinden önce GİŞ’e ilişkin tek düzenleme eTKHK’nın *Haksız Şartlar* başlıklı m 6 (TKHK m 5) ve buna dayanılarak hazırlanmış olan Haksız Şartlar Yönetmeliği hükümlerinde yer alır. Anılan düzenlemelerle tüketicilerin taraf olduğu standart (matbu) sözleşmelerdeki haksız şartlara karşı kısmi koruma sağlanmaktaydı. Ayrıca, öğreti ve yargı kararları belirli ilkelerden hareketle GİŞ’in geçersiz sayılabileceğini kabul etmekteydi³⁴⁵.

³⁴⁰ GİŞ denetiminin ekonomik gerekçeleri için bkz. Atamer, Yeşim M., **Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri**, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 105 vd.

³⁴¹ Topuz, s. 1140; Moser, Dominique Junod, **Les conditions générales en droit de la concurrence**, Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence, Schulthess Juristische Medien AG, 2001, s. 183. Bu tip sözleşmeler *tip sözleşme* veya *formüler* olarak da adlandırılır. Baş, Ece, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi**, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 278 ve dn. 5’te anılan yazarlar.

³⁴² Kocayusufpaşaoğlu, s. 227; Atamer, Yeşim M., **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın 2001-08, İstanbul, 2001, s. 7; Kuonen, Nicolas, **Le Contrôle des Conditions Générales**, La Semaine judiciaire – doctrine, Société genevoise de droit et de législation, Cenevre, 2014, s. 4-5. GİŞ kullanımına başvurunun gerekçeleri hakkında ayrıca bkz. Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 110 vd.

³⁴³ Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 9.

³⁴⁴ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 106.

³⁴⁵ Kılıçoğlu, s. 113 vd. Bu ilkeler özetle; tereddütlü ve tartışmalı hükümlerin, bunu düzenleyen tarafın aleyhine yorumlanması; şaşırtıcı hükümlerin geçersiz sayılması; dürüstlük kurallarına aykırı olan hükümlerin iptal edilebilmesi; GİŞ’in dar yorumlanması; müşterinin haklarını sınırlandıran kayıtların dar yorumlanması ve onu

Ancak TBK ile ticari veya tüketici ayrımı yapılmaksızın her türdeki GİŞ'e ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir. TBK ile kabul edilen GİŞ düzenlemeleri tacirler arasında akdedilen sözleşmeler de dâhil olmak üzere tüm sözleşmelere uygulanır³⁴⁶.

TBK m 20, GİŞ'i tanımlar ve GİŞ denetiminin tabi olacağı hükümleri düzenler. Buna göre GİŞ, düzenleyenin (kullananın) ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir³⁴⁷. Bu tanım uyarınca GİŞ, sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşir ve karşı tarafın müdahalesi bulunmadan bir bütün olarak sözleşmeye dâhil edilir³⁴⁸.

GİŞ'in ne şekilde hazırlandığı, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, yazı türü veya şekli nitelendirmede dikkate alınmaz. Ayrıca TBK, GİŞ denetiminin, bazı hizmetlerin

önemli surette zarara uğratan şartların geçersiz sayılması olarak ifade edilebilir. Almanya'da GİŞ'e ilişkin hükümlerin kabulü sürecine ilişkin açıklamalar için bkz. Teoman, s. 644-645.

³⁴⁶ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 103; Baş, s. 276; Bauerreis, Jochen, **Le nouveau droit des conditions générales d'affaires**, Revue internationale de droit comparé, Vol 54, No 4, Octobre-décembre, 2002, s. 1015; Aydoğdu, Murat, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, Volume 8, C I, İstanbul, 2013, s. 600. Tacirlerin GİŞ'e karşı korunmasında tüketicilere kıyasla farklı bir yaklaşım için genel olarak bkz. Kocayusufoğlu, s. 228; Atamer, Tacirlerin Korunması. TTK m 1530 ile küçük ve orta ölçekli işletmeleri korumayı hedefleyen ve TBK'da yer alan temerrüt kuralı başta olmak üzere yerleşik ilkelere istisna kabul eden düzenleme, hukukumuzda tacirlerin de korunmaya muhtaç olduğunu kabul eder. Aksi yönde katılmadığımız bir görüş için bkz. Antalya, s. 300. Yazar, TTK m 55 ile kabul edilen haksız rekabete ilişkin özel düzenlemelerin TBK ile kabul edilen genel hüküm niteliğindeki GİŞ düzenlemelerinin uygulanmasına engel olduğunu savunur. Antalya'nın görüşünün eleştirisi için bkz. Aydoğdu, s. 601 vd.

³⁴⁷ Eren, s. 217 dn. 50. Altop'a göre GİŞ: *Çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin (kullananın) diğer tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir* (Alttop, Atilla, **Genel İşlem Koşulları**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 36). Öğretide "Düzenleyen" yerine "kullananın" teriminin kullanılmasının haklı olarak savunulduğu yönünde bkz. Doğan, s. 462-463; Antalya, s. 304; Baş, s. 285 dn. 45 ve orada anılan yazarlar; Ulsan, İlhan, **Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 1223; Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Alttop, s. 156. BGB § 305(1) uyarınca genel işlem şartları, *bir tarafın (kullananın), diğer tarafa sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla beraber sunduğu ve ikiden fazla sözleşme için önceden hazırlanan sözleşme hükümleri* olarak tanımlanır. BGB'nin 305 vd. maddelerinde de "kullananın" ifadesi kabul edilmiştir. BGB'nin İngilizce tercümesi için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0905. İlgili maddenin Türkçe tercümesi için bkz. Ulsan, İlhan, **Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi**, İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 3, S 1-2, İstanbul, 2004, s. 28. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulmer, Peter, H. Erich Brandner, Horst-Diether Hensen, **AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz**, 10. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2006, § 305, s. 144 vd; Gauch, Peter, Walter R. Schluep, Jörg Schmidt, Susan Emmeneger **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band I, 9 Auflage, Basel, 2008, s. 245; Wolf, Manfred, Walter F. Lindacher, Thomas Pfeiffer, **AGB-Recht**, München, 2009, § 305, s. 89 vd.; Stoffels, Markus, **AGB-Recht**, 2. Auflage, München, 2009, s. 36 vd.

³⁴⁸ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 12.

yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürüten kişi ve kuruluşlar için de uygulama alanı bulacağını açıkça hükme bağlar.

TBK m 20’de yer alan tanımdan yola çıkarak, GİŞ’in unsurlarının incelenmesi sigorta genel şartlarının bu düzenleme kapsamında yer alıp almadığını belirleme açısından önem taşır. Aşağıda yer verilecek unsurların her biri, GİŞ’e ilişkin yapılacak olan denetimlerde ayrı ayrı kullanılır.

2. Hukukumuzda GİŞ Denetimi

TBK’nın, eTKHK m 6 (TKHK m 5) ve ikincil mevzuat ile düzenlenen “haksız şartlara” ilişkin hükümlerin kabulünden önce sözleşmelere ilişkin içerik denetimi mevzuatta yer alan istisnai hükümler³⁴⁹ ve *güven teorisi*³⁵⁰ çerçevesinde taraflar arasında hakkaniyete en uygun çözüme ulaşmak amacıyla gerçekleştirilmekteydi. Yargıtay içtihatlarında da sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığını göstermek amacıyla kamu düzeni, emredici hükümler, ahlâk ve kişilik haklarına aykırılık kriterleri aracılığıyla içerik denetimi kabul ediliyordu³⁵¹.

2003 yılında ETKHK m 6 ile “haksız şartlar”a ilişkin getirilen düzenleme ile yine aynı yıl bu düzenlemeye ilişkin kabul edilen Haksız Şartlar Yönetmeliği hükümleri, tüketici sözleşmelerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kuralına aykırı biçimde konulmuş her türlü şartı haksız şart olarak nitelendirmiş ve bu şartların tüketici açısından bağlayıcı olmayacağını hükme bağlanmıştır. Ancak TBK’nın

³⁴⁹ 2003 öncesi dönemde bu tip hükümlere örnek olarak eTTK’nın sigortacılığa ilişkin m 776; m 1264 ve 1266(II); eBK m 99(II), (III), 100(III) gibi emredici nitelikte hükümler; TMK m 2; HMK m 15(II); Sermaye Piyasası Kurumu’nun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği verilebilir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 231; Altop, s. 31, 32; Doğan, Gül, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları**, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 460; Ulusan, *Düşünceler*, s. 1222).

³⁵⁰ Tarafların sözleşmeye dâhil etmek istedikleri hususların ilgili beyandan anlaşılıp anlaşılmadığı güven kuramı uyarınca belirlenir (Oğuzman / Öz, C 1, s. 74 vd.; Eren, s. 152 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 163; Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 20). TBK m 1 uyarınca sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğu tespit edilirken beyan sahibinin veya üçüncü kişinin beyana verdiği anlam değil, beyan muhatabının beyanı nasıl anladığı veya anlaması gerektiğinden yola çıkılır. Beyan muhatabının kendisinde bilinen bütün hâl ve şartları dürüstlük kuralı gereğince değerlendirerek nasıl anlaması gerektiğine bakılır. Dolayısıyla karşı tarafın beyana olan güveni haklı olduğu ölçüde (beyan sahibinin durumu da dikkate alınmak suretiyle) korunur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s. 5 vd.

³⁵¹ Yarg. HGK, 4.12.1996 tarih ve 1996/3-717E; 1996/850K (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 3. HD, 2.6.1998 tarih ve 1998/4263E., 1998/6098K. (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 25 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 160 vd.

kabulüne kadar sadece eTKHK ile kabul edilen ve kapsamı tüketicilerle sınırlı bu düzenlemeler ile GİŞ hükümlerine karşı arzu edilen koruma eksik kalmıştır³⁵².

TBK m 20-25 arası ile kabul edilen GİŞ düzenlemeleri ile hukukumuz GİŞ hükümlerine karşı genel bir düzenlemeye kavuşmuştur. eTKHK'nın aksine, TBK ile kabul edilen GİŞ düzenlemesi kişi yönünden herhangi bir sınırlama getirmez. Bu sebeptendir ki TBK'nın GİŞ hükümleri tüketici işlemlerine uygulanacağı gibi, ticari işlemler ile her iki tarafı tacir olan hukuki işlemlere de uygulanır. Tüketici işlemleri söz konusu olduğunda ise eTKHK m 6 (TKHK m 5) ile Haksız Şartlar Yönetmeliği'nde boşluk olduğu ölçüde TBK m 20 vd. uygulama alanı bulur³⁵³.

3. GİŞ'in Unsurları

a. GİŞ'in Sözleşmenin İçinde Yer Alması ve Sözleşme Hükümü Hâline Gelmiş Olma

TBK m 20'nin GİŞ nitelendirmesine ilişkin belirlediği temel unsur, genel şart veya şartların sözleşmenin içeriğinde yer alıyor olmasıdır. Sözleşmenin türü, GİŞ açısından önemsizdir³⁵⁴. Gerçekten, sözleşme hükümü durumuna gelmemiş ve taraflar açısından herhangi bir bağlayıcılık ifade etmeyen ve sözleşme dışında bırakılan bir şartın, GİŞ olduğundan söz etmek olanaksızdır. Zira sözleşme dışında bırakılması, bu şartı taraflar arasında gerçekleştirilecek olan hukuki iş veya işlemin dışında bırakıldığı anlamına gelir. Bu hâlde GİŞ'e ilişkin bir denetimin herhangi bir anlamı kalmaz.

³⁵² Altop, s. 33 vd; Baş, s. 277. Bu dönemde GİŞ içeren tüketici işlemi dışındaki hukuki ilişkilerde, dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin ilkeler uygulanıyordu (Kocayusufoğlu, s. 255 vd.).

³⁵³ Oğuzman / Öz, C 1, s. 170; Eren, s. 217; Doğan, s. 460. Hâkim, önüne gelen bir uyuşmazlıkta kamu düzenine ilişkin olarak TKHK m 5'i re'sen uygulamalı ve bu maddeye bağlanan tüm sonuçlarını çıkarmalıdır. Bu konuda bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 15.3.2012 tarihli *Jana Pereničová ve Vladislav Perenič* ile SOS financ spol. sr.o. kararının 30 numaralı paragrafı (Kararın İngilizce tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0453:EN:NOT>).

³⁵⁴ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 13; Baş, s. 283-284.

b. Sözleşme Yapılmadan Önce Düzenlenmiş Olma

GİŞ'in varlığı için aranan ikinci şart ise belli bir sözleşme yapılmadan önce düzenlenmiş olma şartıdır. GİŞ'in önceden düzenlenmiş olması, onun birden fazla sözleşme için kullanılacağına ve GİŞ niteliği için bir karine teşkil eder³⁵⁵.

c. Tek Taraflı Düzenlenmiş Olma

Sözleşmenin zayıf tarafının sözleşme içeriğinin hazırlanmasında herhangi bir rolü veya söz hakkı bulunmayabilir. Sözleşme şartlarının bu şekilde tek taraflı düzenlenmiş olması, sözleşmenin diğer tarafının sözleşme içeriğine müdahalesinin olmadığını göstermesi açısından GİŞ nitelendirmesinde asli öneme sahiptir. TBK uyarınca GİŞ'in tek taraflı düzenlenmiş olması, onu kullanan tarafın GİŞ'i tek başına veya avukat veya temsilcileri aracılığı ile kaleme almış olması veya kendisinin düzenlemiş olması değildir. Bir meslek örgütü veya bir dernek tarafından düzenlenmiş olan metinlerin kullanılması da subjektif bir unsur olduğundan GİŞ denetiminden kurtulamaz³⁵⁶.

d. İleride Çok Sayıda Benzer Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Amacıyla Düzenlenmiş Olma

GİŞ nitelemesinin bir diğer unsuru da, kullananın, hazırlamış olduğu şartları ileride gerçekleştirebilecek birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlamış olmasıdır. Birden fazla kullanım şartı, hazırlanan şartların “*genellik*” özelliğini gösterir³⁵⁷. Bu hâlde, ilk

³⁵⁵ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 14.

³⁵⁶ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 14, 15, 17; Oğuzman / Öz, C 1, s. 171; Eren, s. 219; Kılıçoğlu, s. 115; Antalya, s. 304; Baş, s. 285. Bu noktada örneğin kiraya veren lehine düzenlemeler içeren matbu kira sözleşmelerinin kiraya veren tarafından kiracıya sunulmasının da GİŞ denetimine tabi olacağı savunulur. Ancak kanaatimizce bu görüş her zaman kabul edilemez. Geçmiş on (10) senede farklı konutlarda kiracı olarak yaşamış bir kişinin karşısında yeni malik olan kiraya veren ile akdedeceği matbu kira sözleşmesi karşısında korumaya muhtaç olan taraf kiraya verendir. Kiracı, önceki kira sözleşmelerinden gelen hukuki ve uygulama tecrübesi ile kolaylıkla matbu sözleşme hükümlerini dolanma yolunu seçebilir. Özellikle işyeri kiracıları için bu durum daha rahatlıkla kabul edilebilir. Bir sözleşmenin güçlü ve zayıf tarafının ne şekilde belirleneceğinin güçlüğü ve İsviçre hukukunda beklenmedik ve şaşırtıcı sözleşme şartları hakkında açıklamalar için bkz. Engel, Pierre, **Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO**, Stampfli Verlag AG, 2ème édition, Bern, 1997, s. 170. İsviçre hukukunda LCD m 8'de 2011 yılında gerçekleştirilen değişiklik öncesinde federal mahkemelerin sigorta ve bankacılık sözleşmelerindeki şaşırtıcı GİŞ hükümlerini yok saydıkları örnekler için bkz. Bovet, Christian ve Luc Thévenoz, **Journée 2009 de droit bancaire et financier**, Schulthess Juristische Medien AG, 2010, s. 171-174.

³⁵⁷ Eren, s. 219. GİŞ'in bu unsurunun eleştirisi ve bir tarafın tek bir olaya özgü olarak hazırlamış olduğu şartların da GİŞ sayılabileceği yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 115. Aksi yönde Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 16.

kullanımda dahi GİŞ'in varlığı kabul edilir³⁵⁸. Gerçekten düzenleyenin GİŞ'i düzenlemekteki en büyük çıkarı budur. Düzenleyen (veya kullanan), ileride çok sayıda kullanacağı aynı veya benzer sözleşmeler için bu şartları lehine olacak şekilde bir defada hazırlayarak veya hazırlattırarak, bir daha bu şartların üzerinden geçmeye gerek kalmaksızın her bir ilişkide değiştirme imkânı tanımadan karşı tarafın imzasına sunar. Genellik özelliği yanında, birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlama, anılan şartların içeriğini değiştirmeme konusunda da bir göstergedir³⁵⁹. Ayrıca bu hâlde kullanılan GİŞ metinlerinin birebir aynı veya özdeş olması da şart değildir.

e. Değiştirilmeden Sözleşmeye Dâhil Edilmek Üzere Karşı Tarafa Sunma

GİŞ kullanmak isteyen taraf, sözleşmeye dâhil edilmek üzere GİŞ hükümlerini karşı tarafa sunmalıdır. "Sunmak" ile kast edilen karşı tarafın zorla veya tehdit ile bu şartları kabul etmesi değil, içeriğini tartışma konusu yapamamasıdır. Karşı tarafın anılan hükmün sözleşmenin içeriği olmasına ilişkin muvafakati bulunmaz³⁶⁰. Dolayısıyla denetim aşamasına geçmeden önce GİŞ kullananın kim olduğunun belirlenmesi önem arz eder³⁶¹.

f. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olma

TBK m 21, karşı tarafın menfaatine aykırı bir GİŞ hükmünün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olması hâlinde GİŞ denetimine tabi tutulacağını ve doğrudan aynı yaptırıma tabi olacağını hükme bağlar³⁶². Öğretide, karşı tarafın fark etmeyeceği şekilde

³⁵⁸ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 16. Burada önemli olan metnin bu amaçla hazırlanmış olmasıdır. Aksi bir yorum GİŞ'in uygulama alanını daraltır (Baş, s. 286 dn. 50).

³⁵⁹ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 16.

³⁶⁰ Wolf / Lindacher / Pfeifer, § 305, s. 95; Stoffels, s. 36. Karşılıklı irade uyuşmasının (*consensus*) gerekliliği yönünde bkz. Topuz, s. 1142. Müzakere edilen sözleşme hükümlerinin de GİŞ denetimi kapsamına dâhil edilebileceği yönünde bkz. Büyüksagis, Erdem, **İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel S, Volume 8, C I, İstanbul, 2013, s. 691 vd.

³⁶¹ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 17; Baş, s. 287.

³⁶² eBK döneminde Yargıtay'ın doğal gaz abonelik sözleşmelerine (tüketici işlemi) ilişkin vermiş olduğu bir kararda da aynı sonuç şu ifadelerle kabul edilmiştir: "*Gerçekten de mahkemeler; somut olayın kendine özgü verileri ve koşullarının gerçekleşmesi halinde ve yasal genel kurallar çerçevesinde; dikkati özel olarak çekilmeksizin sözleşmeye konan ve alışılmamış şartlarla, tüketiciyi bağlı tutmamalı ve hükümsüz saymalıdır. En önemlisi, yargı kararları ile tüketicinin bu yolda korunması hukuk devleti ve sosyal adaletin bir gereği kabul edilmelidir*". Kararın tam metni için bkz. Yarg. 13. HD, 18.3.1996 tarih ve 1996/1734E., 1996/2495K. (Kazancı İçtihat Bankası).

sözleşmeye eklenen hükümlerin de şaşırtıcı addedileceği kabul edilir³⁶³. Sözleşmedeki bu tip *şaşırtıcı* sayılan ve sözleşmenin niteliği ile bağdaşmayan hükümleri diğer GİŞ hükümlerden ayıran en önemli özellik, karşı tarafın bu hükümleri tüm sonuçlarını bilerek ve değerlendirerek kabul etmesine rağmen menfaatine aykırı olması hâlinde yazılmamış yaptırımının uygulanmasıdır³⁶⁴.

4. GİŞ Denetiminin Yaptırımı

TBK m 21 uyarınca, karşı tarafın menfaatine aykırı GİŞ'in sözleşme kapsamına girmesi, ancak sözleşmenin yapılması sırasında muhataba bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bu şartların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Bu hususların tamamının kullanan tarafından ispat edilememesi hâlinde, GİŞ yazılmamış yaptırımına tabi olur ve sözleşme kapsamına dâhil edilmez³⁶⁵. Burada ispat edilmesi gereken hususlar tarafların fiilen pazarlık ettiği veya en azından pazarlık imkânının karşı tarafa tanındığı ve ekonomik bağımlılık ilişkisinin olmadığıdır³⁶⁶.

TBK m 21, GİŞ'in geçerli sayılabilmesi için bir dizi düzenlemeye yer vermiş ve bunun yaptırımını yazılmamış sayılma olarak belirlemiştir. Bir sözleşmede sözleşme şartlarını sunan taraf, diğer tarafı bu şartlar hakkında açıkça bilgilendirmek ve içeriğini öğrenme imkânı sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde ise, GİŞ hükmü

³⁶³ Ulmer / Brandner / Hensen, § 305c, s. 352 vd; Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, s. 249 vd.; Wolf / Lindacher / Pfeifer, § 305c, s. 194 vd.; Stoffels, s. 107 vd. Tedarikçinin kullandığı ve ticari müşteri ile arasında makine satışına ilişkin GİŞ niteliğindeki hükümler içerisinde, satışa konu makinenin satış sonrası bakımına ilişkin üstü kapalı düzenlemeler bu duruma örnek olarak verilebilir. Zerres, Thomas, **Principles of the German Law on Standard Terms of Contract**, http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf, s. 11.

³⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 238; Oğuzman / Öz, C 1, s. 174; Eren, s. 221; Brulhart, s. 129-130. Ayrıca bkz. BGB § 305c(1). Şaşırtıcı hükümlerin karşılaştırmalı hukukta *şaşkınlık yaratan hüküm* veya *olağandışı kuralların geçersizliği ilkesi* olarak da anılan ve sözleşmenin tümünün değerlendirilmesi sonucu iki tarafın üzerinde uzlaştığı ve sözleşme çekirdeğini oluşturan anlamlı ve mantıklı normal hükümlerden farklı hükümler hakkında Topuz, s. 1151 vd. Karşı tarafın tacir olduğu hâllerde getirilen korumanın eleştirisi ve bu durumun bireysel anlaşma olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Doğan, s. 467. Sigorta sözleşmelerinin şaşırtıcı kayıtlar içermemesi gerektiği yönünde bkz. Bahtiyar, Genel Koşullar, s. 163. İsviçre hukukunda beklenmedik (*inhabitueller*) ve şaşırtıcı (*insolite*) sözleşme şartları hakkında açıklamalar için bkz. Engel, Traité, s. 167 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda kasko sigortası şartlarında yer alan ve kiralayanın hafif ihmali ile meydana gelecek zararın sigorta teminatı kapsamında olmayacağına ilişkin hükmün şaşırtıcı olduğu ve yazılmamış sayılacağına hükmedilmiştir (bkz. Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 30).

³⁶⁵ Oğuzman / Öz, C 1, s. 173; Eren, s. 221; Altop, s. 40, 41.

³⁶⁶ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 133, 134.

yazılmamış sayılır. Öğretide yazılmamışlığın yaptırımına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

Oğuzman/Öz'e göre, TBK m 21 ve m 22'de yer alan yazılmamışlık yaptırımı ile kesin hükümsüzlük kastedilir. Ancak yazarlar burada daha ileri bir hükümsüzlük halinin de savunulabileceğini ve yazılmamış sayılmanın karşı tarafın kabul beyanının bu hükümleri kapsamadığı anlamına gelmesi durumunda yokluk yaptırımının kabul edilebileceğini kabul ederler³⁶⁷.

Kocayusufpaşaoğlu, GİŞ denetimi yaptırımının klasik anlamda kesin hükümsüzlük olmadığı görüşündedir. Yazar, GİŞ yaptırımının TBK'nın GİŞ hükümlerinin kabul edilışinde kullanan tarafın karşısındaki tarafı koruma amacı çerçevesinde *esnek kesin hükümsüzlük* anlayışına dayalı olarak biçimlendirilmesi ve anılan amaçla uyumlu hale getirilmesi suretiyle belirlenebileceğini savunur. Bu anlayışla, GİŞ niteliğindeki bir sözleşme hükmü kesin hükümsüz sayılmakla birlikte, bu kesin hükümsüzlüğe sadece sözleşmenin güçsüz tarafı dayanabilir; mahkeme de bu kesin hükümsüzlüğü sadece sözleşmenin güçsüz tarafı lehine resen göz önünde tutabilir. Bu görüş doğrultusunda esnek kesin hükümsüzlüğün tespit edildiği durumlarda bu hüküm, sadece taraflar arasındaki nispi ilişkiyi etkiler³⁶⁸.

Antalya, yazılmamış sayılmanın yaptırımının GİŞ denetiminin aşamalarına göre farklılık gösterdiğini savunur. Yazara göre, GİŞ'in içerik denetiminde yazılmamış sayılma kesin hükümsüzlük olarak anlaşılır. Aynı Yazar, GİŞ'in yorum ve içerik denetimlerinde yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlükten farklı ve daha ağır özel bir geçersizlik türü olduğunu savunur. Bu en son hâlde yazılmamış sayılma yaptırımı kesin hükümsüzlük yaptırımından daha farklı ve yokluğa en yakın (ancak yokluk değil) bir geçersizlik çeşididir³⁶⁹.

³⁶⁷ Oğuzman / Öz, C 1, s. 172-173. Yaptırımın kesin hükümsüzlük olduğu yönünde bkz. Ulsan, Düşünceler, s. 1224; Doğan, s. 468. Bu değerlendirme kapsamında TKHK m 5(2)'nin tüketici işlemlerindeki haksız şartların *kesin olarak hükümsüz* olduğunu kabul ettiğini hatırlatmakta fayda görüyoruz. Kanun koyucu tarafından kabul edilen bu yaptırım, kesin hükümsüzlüğe yakın bir ifade içermekteyse de, kanımızca kesin hükümsüzlük kastedilmemektedir. Madde gerekçesinde de kanun koyucu ayrıca bir açıklama yapma gereği duymamıştır. Kanun koyucunun *kesin* ifadesini, *mutlak* anlamında kullandığını düşünüyoruz. Dolayısıyla TKHK ile haksız şartlara ilişkin kabul edilen yaptırımın, GİŞ'e uygulanacak yaptırım ile aynı olması gerektiğini düşünüyoruz. LCD m 8 yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu yönünde bkz. Gauch / Schluep / Schmid / Emmenegger, s. 257.

³⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 251 vd.

³⁶⁹ Antalya, s. 103, 106, 314 vd.

Eren'e göre, yazılmamış sayılmanın yaptırımı yokluktur. TBK m 22'ye göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan GİŞ dışındaki hükümleri geçerli sayılmakta ve yazılmamış sayılan hükümler kısmi yokluk yaptırımına tabi tutulur³⁷⁰.

Kılıçoğlu, TBK'nın öngördüğü yaptırımın yazılmamış sayılan hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılır şeklinde bir yokluk yaptırımı olduğunu ve borçlar hukukunda olmayan yeni bir yaptırım türü olduğunu savunur³⁷¹.

GİŞ, kullananın müzakere etme şansı tanımadan karşı tarafa sunduğu hükümlerdir. Sözleşmenin karşı tarafının iradesi, sözleşmedeki asli edimlerle sınırlıdır. Şunu vurgulamakta fayda görüyoruz ki, karşı tarafın GİŞ hükümlerini kabule ilişkin iradesi yoktur. Kanımızca TBK'daki yazılmamışlık yaptırımı, karşı tarafın anılan GİŞ'in kabulüne ilişkin irade beyanının mevcut olmaması (irade uyuşmaması - *dissensus*) sebebiyle "yokluk"tur. Zira düzenleyen tarafın dayatmış olduğu sözleşme hükümlerine karşı tarafın irade beyanından söz edilemez. Yürürlük denetimi aşamasında bu sonucun kabulü daha rahat olmakla birlikte, kanımızca yokluk yaptırımı yorum ve içerik denetimi aşamalarında da aynen kabul edilmelidir. Zira sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin karşı tarafının dikkatine getirilerek sözleşmenin kapsamına dâhil edilen GİŞ'lere yönelik de irade beyanından söz edilemez. Burada temel olan karşı tarafın sözleşmenin içeriğine müdahale edememesi ve bu hükümleri aynen kabul etmek zorunda kalmasıdır. Sonuç olarak yazılmamış sayılmanın GİŞ denetiminin her aşaması için yokluk yaptırımı olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla, sözleşmenin yoklukla malul hükümleri dışındaki hükümleri geçerliliğini korur ve taraflar, sözleşmenin tamamının yokluğunu iddia edemez³⁷².

³⁷⁰ Eren, s. 220-221. Aynı yönde bkz. Altop, s. 42; Baş, s. 302; Topuz, s. 1165.

³⁷¹ Kılıçoğlu, s. 117. Anılan görüşleri hakkında ayrıca bkz. Topuz, s. 1154 vd.

³⁷² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 165; Kılıçoğlu, s. 120. İlgili GİŞ hükmünün yok sayılması sonrasında sözleşmede doğan boşluk, yedek hukuk kurallarıyla veya bunun mümkün olmaması halinde hâkimin TMK m 1 f. (2)'ye göre hukuk yaratmasıyla doldurulur (Baş, s. 302). BGB § 306(2) düzenlemesi de aynı sonucu kabul eder (bkz. Wolf / Lindacher / Pfeifer, § 306, s. 235 vd.; Ulmer / Brandner / Hensen, § 306, s. 427 vd.).

5. Aleyhe Yorum Yasağı

TBK m 23, GİŞ'te yer alan bir hüküm açık veya anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa kullananın aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır hükmünü haizdir³⁷³. Anılan hüküm ile TBK, Roma hukukundan gelen, Yargıtay kararları ile kabul edilmiş olan ve TMK m 2'de yer alan dürüstlük kuralının özel bir görünümü olan sözleşmeyi kullananın aleyhine yorum kuralını kanunlaştırmıştır³⁷⁴.

6. Tek Taraflı Olarak Aleyhe Değiştirme Yasağı

TBK m 24 ile GİŞ niteliği taşıyan bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede bunu kullananın tek yanlı olarak diğer taraf aleyhine olarak sözleşmeyi değiştirme veya yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların da yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulacağı kabul edilir³⁷⁵. Anılan hüküm uyarınca kullananın değiştirme yetkisinin GİŞ hükümlerini içeren sözleşmenin içinde bulunması şart değildir. Bu GİŞ denetimine ilişkin genel düzenlemenin özel bir görünümüdür³⁷⁶.

7. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Aleyhe Hüküm Koyma Yasağı

TBK m 25 hükmüne göre, GİŞ'e dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın menfaati aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Burada bahsedilen dürüstlük kuralı, TMK m 2'de yer alan bir hakkın kullanılması veya borcun ifası sırasında olması gereken dürüstlük değil, sözleşme hükümlerinin düzenlenmesinde ortaya çıkan dürüstlüktür³⁷⁷.

³⁷³ Oğuzman / Öz, C 1, s. 175; Eren, s. 222-223, Kılıçoğlu, s. 118. *Saydamlık* kuralı hakkında karşılaştırmalı hukuk kapsamında yapılan bir değerlendirme için Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 47 vd. Sigorta hukukunda aynı kuralın kabulü için bkz. Bahtiyar, Genel Koşullar, s. 162, 163.

³⁷⁴ *In dubio contra stipulatorem* (sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır). Bkz. Altop, s. 42; Antalya, s. 316. BGB § 305c(2)'de aynı kuralı kabul eder.

³⁷⁵ Oğuzman / Öz, C 1, s. 175; Eren, s. 221; 43; Kılıçoğlu, s. 118-119, Altop, s. 42; Kuonen, s. 14-15. Tüketicilere verilen kredi kartlarında faiz oranının banka tarafından tek taraflı değişiklik yetkisinin 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu yönünden değerlendirilmesi için bkz. Kuntalp, Erden, **Bankalar ve Genel İşlem Koşulları**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 101.

³⁷⁶ Oğuzman / Öz, C 1, s. 176; Eren, s. 221; Baş, s. 300-301. BGB § 308 ve 309, GİŞ hükmü sayılan düzenlemelere ilişkin örnekleri içerir. Ayrıca bkz. Wolf / Lindacher / Pfeifer, § 308, s. 393 vd.; Ulmer / Brandner / Hensen, § 308, s. 833 vd.

³⁷⁷ Oğuzman / Öz, C 1, s. 174, 175; Doğan, s. 471.

Dürüstlük kuralına aykırılığın değerlendirilmesi anında bunun sadece karşı tarafın aleyhine bir durum yaratması yeterli değildir. Bu tespit, sözleşme hükümleri ile sözleşmedeki çıkarlar dengesine bakılarak gerçekleştirilir. Örneğin, kullanana sözleşmeyi fesih hakkı tanınarak, karşı tarafa bu hakkın verilmeyip bir kelepçe sözleşme yaratılması veya karşı tarafın mahvına sebep olacak bir ceza koşulunun varlığı hâlinde dürüstlük kuralına aykırıdır³⁷⁸. Bununla birlikte kullanana önelsiz, karşı tarafa önel vermek koşuluyla sözleşmeyi fesih hakkı tanınması hâlinde dürüstlük kuralını ihlâl eder³⁷⁹.

8. GİŞ Denetiminde Etkisiz Kalan Noktalar

TBK m 20, GİŞ'e ilişkin vermiş olduğu tanımda GİŞ denetiminde etkisiz kalan noktaları da belirtir. Anılan hüküm uyarınca, kullananın kamu hukuku veya özel hukuk kişisi olması, GİŞ hükümlerinin sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli GİŞ nitelendirilmesi açısından belirleyici olmadığı gibi, GİŞ koşullarını içeren bir sözleşmede bu koşullardan her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar bulunması da bu koşulları GİŞ olmaktan çıkarmaz³⁸⁰. Bu açıdan değerlendirildiğinde, GİŞ nitelendirilmesinde şekli ölçütlerden yola çıkılmayarak, objektif bir nitelendirme gerçekleştirilir³⁸¹.

TBK uyarınca, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmeler de GİŞ düzenlemesine tabidir³⁸². Öğretide GİŞ'in, sorumsuzluk kayıtları gibi bir tek hükümden ibaret olabileceği de kabul edilir³⁸³.

³⁷⁸ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 49 vd. Bu noktada şu hususa dikkati çekmekte fayda görüyoruz. Tacirler arasında ceza koşulu TTK hükümleri uyarınca iptal edilmeyip ancak belirli şartların mevcut olması hâlinde fahiş sayılabilir ve hatta ahlâka aykırılık sebebiyle *kesin hükümsüzlüğüne* hükmedilebilir. Başka bir ifadeyle, tacirler arasında kabul edilen ceza koşulunda indirim istisnai olarak gündeme gelir. Ancak, tacirler arasında bir ceza koşulu dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde GİŞ hükümleri içinde yer alıyorsa, yazılmamış yaptırımı ile karşılaşarak *yok* olarak nitelendirilebilir. Ayrıca bkz. Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 28.

³⁷⁹ Oğuzman / Öz, C 1, s. 175; Kuonen, s. 20.

³⁸⁰ Altop, s. 37; Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 19; Doğan, s. 465; Ulusan, Düşünceler, s. 1223. Ayrıca bkz. BGB § 305(1) c. 2.

³⁸¹ Baş, s. 280.

³⁸² Altop, s. 38.

³⁸³ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 19; Baş, s. 280.

9. Denetim Dışı Kalan GİŞ Hükümleri

GİŞ denetimi gerçekleştirilirken³⁸⁴, bir hükmün sadece GİŞ kapsamında yer alması o hükmün mutlaka GİŞ denetimine tabi olacağı anlamına gelmez. Bu kapsamda GİŞ kapsamında yer alan iki çeşit hüküm GİŞ denetimi dışında kalır.

Taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen ve ilişki anında buna uygulanabilir mevcut mevzuat hükümlerine GİŞ içeriğinde yer verilmesi hâlinde, bunlar GİŞ denetimine tabi olmaz³⁸⁵.

Ayrıca sözleşmesel ilişkide tarafların edim ve karşı edimini belirleyen hükümler, para değeri de dâhil olmak üzere GİŞ denetimi kapsamında değerlendirilemez. Bu kapsamda asli edimi düzenleyen ve sözleşmenin çerçevesini çizen hükümler, denetim konusu yapılamaz. Öğretide GİŞ denetimine tabi olmayacak konulara örnek olarak; satılmak, kiralanmak istenen mal, alınmak istenen kredi miktarı, otobüs yolculuğunun nereye yapılacağı gibi konuların denetim dışında kalacağı savunulur³⁸⁶.

B. TİCARİ İŞLERDE KULLANILAN GİŞ'LERİN DENETLENMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

TBK'nın kabul etmiş olduğu GİŞ düzenlemeleri, hukuki ilişkinin taraflarından bağımsız olarak GİŞ unsurları taşıyan hükümlere karşı koruma sağlar. TBK'nın GİŞ'e ilişkin düzenlemelerinde, kapsama ilişkin herhangi bir sınırlama kabul edilmediği için bu hükümler tüketici işlemleri ile ticari işlemlere aynı şekilde uygulanır. Kural bu olmakla birlikte ticari işlemlere ilişkin TTK'nın taraflara yüklemiş olduğu yükümlülükler ile tacirlerin tüketicilere oranla *know-how* ve işlem tecrübesinin fazla olması bu tip işlemlerde tüketiciler ile aynı seviyede korumaya muhtaç olmadıklarını ortaya koyar³⁸⁷.

³⁸⁴ TBK'da öngörülen denetim yargısal denetim olup, GİŞ'in sözleşme içeriği olup olmadığı ve eğer sözleşme içeriği haline geldiyse yorum ve içeriği hâkim tarafından denetlenir (Doğan, s. 466; Topuz, s. 1138, 1143).

³⁸⁵ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 54 vd; Atamer / Ünan, s. 83-84.

³⁸⁶ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 56 vd.; Atamer / Ünan, s. 84 vd.; BAŞ, s. 298 vd. Madde gerekçesinden yola çıkarak asli edim yükümlülüklerinin de denetime tabi olacağı hakkında, katılmadığımız bir görüş için bkz. Doğan, s. 463.

³⁸⁷ Alman hukukunda da BGB bu sonucu kabul eder. BGB § 310(1) uyarınca, tacirler arasındaki işlemlerde § 305(2) ve (3)'ün tüketiciyi koruyucu hükümleri ile §308 ve 309 ile mutlak şekilde kabul edilen haksız şartlar uygulama alanı bulmaz. Bu hâlde BGB uyarınca tacirler arasındaki işlemlerde § 307 ile kabul edilen, dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı taraf aleyhine orantısız bir durum yaratan (*désavantage disproportionnée* –

Avrupa Birliği hukukunda AB Yönergesi m 1(1) hükmü, Yönerge kapsamını tüketiciler ile tacirler arasında kurulan hukuki işlemlerle sınırlı tutmuştur. Dolayısıyla, tüketici aleyhine olan GİŞ hükümleri AB Yönergesi m 3 kapsamında denetlenebilir ve tüketiciye bu şekilde koruma sağlar. AB Yönergesi, tüketicileri GİŞ hükümlerine karşı korumaktaysa da, ticari işlemlere ilişkin herhangi bir hükme yer vermez. Bu hâlde ticari işlerde GİŞ denetimine ilişkin AB Yönergesi dışında hükümlere başvurulması gerekir³⁸⁸.

Fransız hukukunda, tüketicilerin taraf olmadıkları ve dolayısıyla tüketicinin korunması hakkındaki mevzuat hükümlerine tabi olmayan sözleşmelerde tacirler rekabet hukukunu düzenleyen kurallar aracılığı ile korunmaya çalışılır³⁸⁹. Rekabet hukuku kurallarına aykırı olan hükümlerin kesin hükümsüzlüğüne hükmedilir.

Haksız rekabet hukuku kuralları açısından durum değerlendirildiğinde CCom m L. 442-6³⁹⁰, TTK m 55'e paralel bir düzenleme içerir. Anılan düzenleme, sözleşmenin üretici, tacir, sanayici veya esnaf ve sanatkârlar odasına kayıtlı tarafı lehine hak ve borç dağılımının öngörüldüğü hâllerde, sözleşmenin karşı tarafına gerekli korumayı sağlamayı amaçlar.

GİŞ denetimi açısından ticari işler ile tüketici işlemlerini birbirinden ayrı tutmak gerekir. Tüketici işlemlerinde, güçsüz tarafta olan tüketici korunmaya muhtaçken, aynı işlemi gerçekleştiren kişinin bir ticari iş yapması kendisine sağlanan koruma zırhının tüketiciye kıyasen inceltilmesini mecbur kılar. Tacirler arasındaki işlemlerde ise bahsedilen bu zırh kendini kışık cekete bırakır. Dolayısıyla sözleşme konusu hukuki işlemin niteliği ile işlem tarafları, genel kuralların ne derecede uygulanacağını belirler.

Tacirler arası işlemlerde, TTK'nın kendilerine yüklemiş olduğu basiretli tacir olma yükümlülüğü, vergisel ve hukuksal danışmanlık hizmetlerine erişimin daha fazla olması, aynı GİŞ çerçevesinde sözleşme akdedilmesi hâlinde bu hükümlere ve bunların uygulanmasına

unreasonable disadvantage). Ayrıca bkz. Wolf / Lindacher / Pfeifer, § 310, s. 894 vd.; Ulmer / Brandner / Hensen, § 310, s. 1161 vd.; Stoffels, s. 63 vd.; Bauerreis, s. 1015; Zerres, s. 3; 6.

³⁸⁸ Karşılaştırmalı hukukta konunun incelenmesi için bkz. Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 12-19.

³⁸⁹ Chagny / Perdrix, s. 118 vd.

³⁹⁰ Bu düzenleme, CCom'un *fıyat ve rekabet serbestisine* ilişkin 4. kitap, *şeffaflık, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar ve diğer yasaklanmış uygulamalar* 4. bölüm, *rekabeti sınırlayıcı uygulamalar* 2. başlığı altında yer alır. Maddenin Fransızca tam metni için bkz.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000022657744&cidTexte=LEGITEX T000005634379>

aşinalık³⁹¹ gibi fiili durumlar, GİŞ içeren sözleşmelerin tacirler tarafından incelendiğine ilişkin bir karine oluşturur. Yukarıda sayılan hususlara ek olarak, işlem maliyetinin yüksek olduğu hâllerde karşı tarafın GİŞ hükümlerine karşı kayıtsız kalmış olduğu düşünülemez. Burada karşı taraf açısından durum incelendiğinde, GİŞ hükümlerine olan menfaati ağır bastığı için bu hükümleri incelemiş olduğu kabul edilir³⁹². Bu ve benzeri hâllerde ticari işlem taraflarının GİŞ kullanana karşı entelektüel veya psikolojik zaafları bulunur.

Türk hukukunda TBK ve TTK m 55(1) f. (f) kabul edilene kadar, tacirlerin GİŞ hükümlerine karşı korunmasında kabul edilen temel değerlendirme ölçütü kamu düzenine aykırılıktır³⁹³. Bu kapsamda RKHK hükümleri de kamu düzenine aykırılığın tespitinde uygulanıyordu³⁹⁴. TBK hükümleri ile ticari işler de GİŞ denetimi altına alınmıştır. Bununla birlikte, güven teorisi uyarınca GİŞ denetiminde ticari iş taraflarının daha az korunduğu ve bu sebeple denetimin tüketici veya diğer hukuki işlemlere kıyasla aynı *sıklıkta* uygulanmadığı kabul edilir³⁹⁵.

TTK m 2 f. (1)'in irade açıklamalarının yorumunda teamüllerin esas alınacağına ilişkin düzenlemesi, ticari işler kapsamında kullanılan GİŞ hükümlerinin değerlendirilmesi

³⁹¹ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 121.

³⁹² Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 122.

³⁹³ Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 38.

³⁹⁴ Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 45. Fransız Rekabet Kanunu m L. 442-6, I, 2'de yer alan benzer düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. Chagny / Perdrix, s. 118-120. Sigortacılık sektörü ve dolayısıyla sigorta sözleşmeleri RKHK m 4 kapsamındadır. Hukukumuzda Rekabet Kurumu tarafından sigorta sektörüne ilişkin bir Tebliğ kabul edilmiştir. RKHK m 5 hükümlerine istinaden kabul edilen *Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği* (Tebliğ No 2008/3) uyarınca ortalama maliyetlerin hesaplanmasında işbirliğine gidilmesinin etkinlik artırıcı etkisi başta olmak üzere sigorta sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki çeşitli anlaşma ve kararların hukuka aykırı olmadığına karar verilmiştir. Anılan Tebliğ dışında, Rekabet Kurulu'nun sigortacılık sektörüne ilişkin birleşme ve devralmalar da dâhil olmak üzere yaklaşık yüz elliye yakın kararı bulunur. Dolayısıyla RKHK kapsamında sigortacılık sektörü daha yeni gelişme aşamasındadır. İlgili Tebliğ'den önceki bir tarihte hazırlanan Avrupa Birliği hukuku ile karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Elçin Cengiz, Sezin, **Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları-AB Düzenlemeleri ve Türkiye İçin Çıkarımlar**, Rekabet Kurumu 5. Dönem Uzmanlık Tezi (Yayımlanmamış), Ankara, s. 70 vd. Yazar, ülkemizde SK m 11 ile Müsteşarlık tarafından belirlenen sigorta genel şartlarının sigortacılar tarafından aynen uygulanma zorunluluğunun Avrupa Birliği grup muafiyet tüzükleri ile çeliştiğini, sigorta sektöründe rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğunu ve sigortacıların bu şartları bireysel olarak belirlemesine imkân tanınması gerektiğini haklı olarak savunur (bkz. Elçin Cengiz, s. 74-75). Bununla birlikte, sigortacıların ayrı sigorta genel şartı kullanması, TTK m 55(1) f. (e) kapsamında haksız rekabet denetimine tabi tutularak, doğrudan haksız rekabet ihlali sayılır. Bkz. Üçüncü bölüm III.C.4.b.

³⁹⁵ Bkz. Üçüncü bölüm II.D. Tacirlerin hangi sözleşmelerde GİŞ ile karşılaşacaklarını daha iyi bilebilecekleri ve bu açıdan işletmenin GİŞ kullanımı konusunda açık bir uyarısı dâhi olmasa bunlarla bağlı olacaklarının kabulü yönünde bkz. Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 21; Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 121. Basiretli tacir olmanın bir sonucu olan bu durum, *şaşırtıcı* hükümlerin ticari işlemlerde GİŞ içeriği olması hâlinde denetlenmesine engel değildir (Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 22).

için ayrı bir ölçüt kabul edilir. Anılan hüküm, ticari işlemlerdeki GİŞ denetiminin tüketici işlemlerine olan farklılığını gösterir³⁹⁶.

Sözleşme tarafının tacir veya tüketici olmasına ve hukuki işlemin niteliğine bakılmaksızın GİŞ kullanan tarafın tekel hakkını haiz bir şirket olması durumunda, uygulamada karşı tarafın GİŞ hükümleri üzerinde değişiklik yapılmasını talep etme hakkı hemen hemen hiç yoktur³⁹⁷. Böyle bir hâlde artık tarafların sübjektif durumu değil, GİŞ kullanan tarafın piyasadaki objektif durumu önem kazanır. Doğal gaz veya elektrik dağıtım şirketleri ile serbest tüketici tacirler ile konut aboneleri arasında akdedilen enerji tedarik sözleşmeleri bu durumun uygulamadaki en canlı örnekleridir. Aynı sonuç tacirler arasında tek satıcılık, acentelik, pazarlama imtiyazı gibi iktisadi bağımlılık ilişkisi içinde bulunan taraflar açısından ve özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin ilgili piyasada ekonomik olarak kendilerinden güçlü olan tacirlerle yapmış oldukları sözleşmelerde de gözlemlenir³⁹⁸.

Öğretide tacirler arası ve ticari işlemlerde yer alan GİŞ'lerin taraflarca müzakere edilip edilmediğinin saptanmasına yönelik çeşitli kriterlere başvurulabileceği savunulur. Bu ölçütlerden ilki, sürekli olarak tekrarlanan ticari işlemlere ilişkindir. Gerçekten bir ticari işletmenin olağan işleri kapsamında sürekli tekrarlanan hukuki işlemlerin olması bu hükümlerin pazarlık edilmeye açık olduğuna bir göstergedir³⁹⁹.

Bir başka ölçüt, sözleşme konusunun değeridir. Sözleşme konusunun değeri ne kadar yüksekse, karşı tarafın GİŞ'i anlamak ve pazarlamak için belirli bir maliyete katlanması gerektiği kabul edilir. Karşı tarafın bu maliyete katlanmayarak GİŞ'i aynen kabul etmesi

³⁹⁶ Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 21.

³⁹⁷ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 124 vd.

³⁹⁸ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 130; Kara, Mustafa Sencer, **Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C XVII, S 1-2, 2013, s. 727.

³⁹⁹ Bir imalatçının tedarikçiden kumaş satın alması, her iki tarafını da tacirin oluşturduğu ticari bir iştir. Tedarikçi, imalatçı ile arasındaki ticari ilişkide GİŞ niteliğinde hükümler barındıran bir sözleşme kullanabilir. Bu durumda, tedarikçi ile imalatçı arasında GİŞ hükümlerinin uygulandığı eşitler arası bir ticari satış sözleşmesi söz konusudur. İmalatçının aynı tedarikçiden kumaş satın almaya devam etmesi hâlinde tacirler arasında süreklilik arz eden bir hukuki ilişki oluşur. GİŞ hükümlerini içeren eşit bilgiye sahip kişilerin taraf olduğu hukuki işlemlerin sürekli tekrarlanması, tekrarlanan sözleşmelerde sorun çıkma ihtimali sebebiyle GİŞ hükümlerinin incelenmesi ve bu hükümlere ilişkin danışmanlık alınmasını makul kılar (Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 122). Ayrıca bkz. Kuonen, s. 6.

hâlinde ise pazarlık şansını bilinçli olarak kullanmadığı varsayılır⁴⁰⁰. Bu durumda, karşı tarafta bulunan işletmenin büyüklüğü de pazarlık şansının olduğu ölçüde yol gösterici olur⁴⁰¹.

Öğreti tarafından ileri sürülen bir diğer kriter ise, sözleşme konusunun değerine bağlı olarak kullanılan GİŞ'in belirli bir sektörde sürekli olarak kullanılan bir metin olup olmadığıdır. Gerçekten kullanılan metnin belli bir sektör veya ticari işleme ilişkin matbu bir metin olması hâlinde, tarafların sürekli aynı metin üzerinden işlem yapıyor olması, bu metin üzerinde tarafların bilgi edinme maliyetinin düşük olduğunu ortaya koyar⁴⁰². Bu kriterler ile tacir sıfatını haiz karşı tarafın fiilen kendisine tanınan pazarlık imkânını kullanmaması hâlinde, TBK'nın GİŞ düzenlemelerinin arkasına saklanması önlenir⁴⁰³.

Eşya taşıma sigorta sözleşmesinin taraflarının kimliği, sözleşmenin TKHK kapsamına girmemesi ve TTK'da düzenlenmiş olması sebepleriyle ticari iş sayılması, yukarıda belirtilen ölçütlerin bu tip sözleşmeler kapsamında doğrudan uygulama alanı bulmasını sağlar. Hatta sigorta ettiren tarafın sözleşmeyi ticari işi (satış) kapsamında akdediyor olması hâlinde, o işleme uygulanacak GİŞ denetimi daha esnek kurallara tabidir.

SK m 15 hükümlerine uygun olarak ihracat ve ithalat konusu mallar için yapılacak nakliyat sigortalarının yurt dışında yerleşik sigortacılarla yapılması mümkündür. Bu durum, TBK'nın GİŞ düzenlemelerinin, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde uygulanabilirliğini de tartışmaya açmaktadır.

MÖHUK m 6 hükmü ile yabancı hukuka tabi sözleşmelere Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının doğuracağı etki düzenlenmiştir. Doğrudan uygulanan kurallar birer iç hukuk normu olup, kamu yararını gözetir. Bu tip kurallar, milletlerarası özel hukuktaki kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf eder, ilişki içinde olduğu somut olayda yabancı hukuk kurallarının uygulanmasını engeller ve olaya doğrudan uygulanır. Hâkimin bu konuda takdir hakkı yoktur, doğrudan uygulanan kuralları re'sen uygulamalıdır⁴⁰⁴. Bu kapsamda TBK'nın

⁴⁰⁰ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 131.

⁴⁰¹ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 132. Karşı taraf tacirin ekonomik ve örgütsel gücünün de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Kuntalp, s. 93 vd.

⁴⁰² Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 132.

⁴⁰³ Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 134.

⁴⁰⁴ Demirkol, Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 400 vd.

GiŞ düzenlemelerinin *emredici nitelikteki kamu yararına* ilişkin hüküm olup olmadığı ve MÖHUK m 6 uyarınca doğrudan uygulanmasının talep edilip edilemeyeceği belirlenmelidir.

TBK'nın GiŞ düzenlemelerinin getiriliş amacı, tarafların niteliklerinden bağımsız olarak hukuki ilişkide zayıf olan olan tarafı korumaktır. Bu yönüyle GiŞ düzenlemeleri, koruyucu niteliktedir ve kamu yararınadır. Taraflar, TBK'nın GiŞ düzenlemelerini sözleşme yoluyla bertaraf edemez.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, TBK'nın GiŞ düzenlemeleri MÖHUK m 6 uyarınca yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelere de uygulanmalıdır⁴⁰⁵. Bu kabulün doğrudan bir sonucu, SK m 15 uyarınca yabancı sigortacılarla akdedilen eşya taşıma sigortası sözleşmelerinde TBK'nın GiŞ denetiminin uygulama alanı bulmasıdır. Bu durum, GiŞ denetiminin, tarafları tacir olan bu ve benzeri sözleşmelerde ne derecede uygulanacağı sorusuna bir cevap bulunmasını gerekli kılar⁴⁰⁶.

C. SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SİGORTA GENEL ŞARTLARININ GİŞ DENETİMİNE ETKİSİ

1. Genel Olarak

Sigorta sözleşmesinin kuruluşundan önce ve daha sonra yürürlüğü süresince, sözleşme tarafları çeşitli yükümlülükleri yerine getirmek ve külfetlere katlanmak zorundadır⁴⁰⁷. Bu çalışma konusu itibarıyla sigorta sözleşmesi taraflarının yükümlülük ve külfetlerin⁴⁰⁸ tamamından bahsedilmeyecektir.

⁴⁰⁵ BGB § 306a uyarınca, GiŞ denetimine ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninden olduğu açıkça belirtilir. Bu sebeple, taraflar arasında imzalanan bir sözleşmenin yabancı hukuk kurallarına tabi tutulmak suretiyle bu hükümlerin dolanılmasının önü kesilmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Wolf / Lindacher / Pfeifer, § 306a, s. 264 vd.; Ulmer / Brandner / Hensen, § 306, s. 441 vd.). Bununla birlikte öğretide anılan hükümlerin milletlararası özel hukuk anlamında emredici olmadığına ilişkin görüşler mevcuttur (bkz. Bauerreis, s. 1019-1020).

⁴⁰⁶ Ayrıca haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinin sigorta sözleşmesinin yorumuna etkileri için bkz. Üçüncü bölüm III.C.4.

⁴⁰⁷ *Yükümlülük*, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu ve yerine getirmemesi halinde alacaklının ifayı zorla talep edebildiği sözleşme ve kanundan kaynaklanan bağımsız yükler olup; *külfet* ise alacaklının bazı hakları elde edebilmesi veya zaten sahip olduğu hakları koruyabilmesi için yerine getirilmesi gereken davranışlardır (Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 30 vd.). Bu kapsamda sigortacı ve acentenin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki niteliği hakkında bkz. Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 154 vd.

⁴⁰⁸ Sigorta sözleşmesinde sigortacının riziko taşıma ve sigorta poliçesi verme yükümlülükleri; sigorta ettirenin ise prim ödeme yükümlülüğü bulunur. Bunlara ek olarak sigortacının geçici ilmühaber düzenlemesi ve uzman veya bilirkişi ataması; sigorta ettirenin beyan (ihbar), koruma ve tedbir alma külfeti ve sigortalı edilen malı

Sigorta sözleşmesinin azami objektif iyiniyet ilkesi (dürüstlük kuralı) ekseninde şekillendiğine ve bu ilkenin tarafların birbirlerinin etki alanlarına girdikleri andan sözleşmenin sona erdiği ana kadar devam ettiğine değinilmiştir⁴⁰⁹. Güven ilkesi, sigorta sözleşmesinin kuruluşu sırasında hak sahipliği için taraflara yüklenmiş bir yükümlülük olduğu kadar, sözleşmenin yorumlanması aşamasından da önemlidir.

TMK m 3 hükmü ile düzenlenen iyiniyet kavramı kanunun kendisine sonuç bağladığı durumlarda gerçek hak durumu ile saf hukuki görünüş arasında denge sağlamaya yarar. Anılan hüküm, iyiniyet kavramına ilişkin genel hüküm niteliği taşır⁴¹⁰. İyiniyet kavramı ve TMK m 2 ile kabul edilen dürüstlük kuralı, sözleşmelerin ifasında bir davranış kuralı olarak hukukumuzda olduğu gibi Avrupa Birliği hukukunda da kabul edilen ilkelerdir⁴¹¹. Özellikle Fransız öğretisinde bir kısım yazarın savunduğu, sözleşme taraflarının birbirleri ile dayanışma (*solidarité*) ve işbirliği (*coopération*) içinde bulunmaları gereği, iyiniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına dayanır. Dolayısıyla azami objektif iyiniyet ilkesinin kabul edildiği hukuki ilişkilerde taraflar arasındaki dayanışma ve işbirliği seviyesinin en üst düzeyde tutulması gerekir⁴¹². Tarafların karşılıklı dayanışma içinde bulunması ile kastedilen, tarafların sürekli iletişim ve

muayene ettirmesi tarafların sigorta sözleşmesinden kaynaklanan *külfet*lerine örnektir. Eşya taşıma sigorta sözleşmelerinde de aynı yükümlülük ve külfetler uygulanır.

⁴⁰⁹ Bkz. Birinci bölüm I.D.

⁴¹⁰ Akkanat, s. 10 vd.

⁴¹¹ Ülkemizde de yürürlükte olan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması m 7(1)'in anlaşma hükümlerinin yorumlanması “*milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir*” hükmü buna bir örnektir. Buna ek olarak Özel Hukukun Birleştirilmesi için Milletlerarası Enstitüsü'nün (*Institut International pour l'Unification du Droit Privé-UNIDROIT*) hazırlamış olduğu uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin ilkelerin m 1.7(1) sözleşme taraflarının uluslararası ticarete iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduklarını ve bu kuralın emredici niteliğini düzenler. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin (*Ole Lando İlkeleri*) m 1 : 201 ve 202 de sözleşme taraflarının dürüstlük kurallarına uymaları gerekliliğini ve sözleşmenin gerçekleştirilebilmesi için birbirleri ile işbirliği içinde olmaları gerekliliğini hükme bağlar.

⁴¹² Sözleşme taraflarının dayanışma içinde bulunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mazeud, Denis, **Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?**, L'avenir du droit, Mélanges en Hommages à F. Terré, Dalloz, 1999, s. 603; Lequette, Yves, **Bilan des Solidarismes Contractuels**, Mélanges offerts à Paul Didier, Economica, 2008, s. 247 - 275; Jamin, Chrisophe, **Plaidoyer pour le solidarisme contractuel**, Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., 2001, s. 441 – 472 (<http://ddata.over-blog.com/xxxvyy/3/61/42/26/civil-II/dossier-solidarisme-contractuel.pdf>). Yazarlar, bir hukuki ilişkinin bağlayıcılığının, aslında tarafların hür iradesinden değil, o iradeye toplumsal değerlerin uzantısı olan kanunun verdiği bağlayıcılıktan kaynaklandığını savunur. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarca kurulması, onun bağlayıcılığı için tek başına yeterli olmayıp, sözleşmeyi düzenleyen mevzuatın tarafların iradesine serbestlik tanınması ve bağlayıcılık sonucunu bahsetmesi gerekir. Bu kabul, irade serbestisi ile toplumsal değerler arasında bir uzlaşma sağlanmasını gerekli kılarak (özellikle sözleşmenin bir tarafının iradesinin hâkim olduğu hâllerde) kurulan sözleşmeyi toplumsal bir değerlendirmeye tabi tutar. Bu tespit sonucunda sözleşme, tarafların ortak menfaatleri doğrultusunda yorumlanır. Bu sayede, bireysel menfaatler yerine, tarafların sözleşme ile elde etmeye çalıştıkları karşılıklı menfaatler dengelenir. Başka bir deyişle, tarafların serbest piyasa ekonomisi şartlarında kurdukları sözleşme şartlarında toplumsal değerler gözetilerek değişiklik yapılır.

birbirleri ile işbirliği içinde olmaları, birbirlerine karşılıklı yardımcı olmalarıdır. Bu hâliyle taraflar arasındaki hukuki ilişki, karşılıklı menfaatlerin dengede olduğu ve karşılıklı güven ilişkisinin ürünü olan bir işbirliği görünümündedir. Tarafların hukuki ilişkiden bekledikleri meşru menfaatler bu şekilde korunur.

Sözleşmesel ilişkide ekonomik ve teknik bilgi açısından diğer tarafa göre üstün olan taraf dürüstlük kuralı gereğince, ilke olarak sözleşme yürürlükte kaldığı sürece diğer tarafı bilgilendirme yükümlülüğü altındadır. Bazı sözleşmelerin kendine özgü yapısı, sözleşme taraflarının sözleşme süresince birbirleriyle sürekli diyalog içinde olmasını ve teknik destek verilmesini gerekli kılar. Sigorta sözleşmesi de bu tip hukuki ilişkilerdendir.

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi sigorta sözleşmesinin kuruluşunda sözleşme öncesi görüşmelerin önemi büyüktür. Sözleşme öncesi görüşmelere yüklenen önem diğer sözleşmelere kıyasla sigorta sözleşmesinde daha fazladır. Zira bu süreçte, taraflar arasında sigorta himayesi altına alınacak menfaat ve kapsam dâhilindeki rizikolar hakkında görüşmeler yapılır⁴¹³. Sözleşme görüşmeleri kapsamında, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce bilirkşi (eksper) incelemesi yapılması da gündeme gelebilir.

Güven ilkesinin en belirgin görünümü, belki de sigorta sözleşmesi taraflarının sözleşme görüşmelerine başlayıp birbirlerinin etki alanına girdikleri andan itibaren başlayan karşılıklı aydınlatma ve beyan yükümlülükleridir. TMK m 2 ile düzenlenen dürüstlük kuralı, tarafların sigorta sözleşmesinin devamı süresince aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmesini mecbur kılar.

Sözleşme taraflarının birbirlerini aydınlatma, bilgilendirme, tavsiyelerde bulunma ve yol göstermesine ilişkin düzenlemeler öncelikle bankacılık sektöründe kabul edilmiştir⁴¹⁴.

⁴¹³ TTK ve sigortacılık mevzuatı, sözleşme görüşmelerine teorik anlamda önemli rol yüklemişken, mal ve can sigortaları uygulamasında sigorta yardımcılarının, sigorta ürününün (veya hizmetinin) satışını bir an önce gerçekleştirmek istemesi ve belli satış hedeflerini tutturmak istemeleri sebebiyle sözleşme öncesi görüşmeler olması gerektiğinden hızlı şekilde ilerler. Çoğu zaman sigorta mevzuatının kendilerine yüklemiş oldukları yükümlülüklerden habersiz olan bu “satış” görevlileri, sigorta ürününü pazarlamak ve sigorta ettirenin sözleşmeye imzasını almak dışında bir işlem yapmaz.

⁴¹⁴ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m 76 müşterilerin bilgilendirilmesi açısından şu hükmü haizdir: “Bankalar, müşterilerinin, verilen hizmetlerden kaynaklanan her türlü sorularına cevap verecek bir sistem kurmakla ve bu hizmetle ilgili bilgiyi müşterilerine bildirmekle yükümlüdür. Bankalar, kredi sözleşmelerinin onaylı bir örneğini müşterilerine vermek zorundadır. Talepleri halinde müşteri ile yapılan diğer işlemlere ilişkin her türlü belgenin bir örneği de müşterilere verilir. Bu Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan faaliyet konularına ilişkin olarak, bankalar ile bireysel müşterileri arasında akdedilecek sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken

Gerçekten bir banka ile sözleşmesel ilişkiye giren tacir veya tüketici müşterinin, her durumda tavsiyeye ihtiyacı vardır. Bankacılık ve finans piyasalarının teknik yönü bankacıya yüklenen bu aydınlatma yükümlülüğünü haklı çıkarır.

20. yüzyılın başından itibaren sözleşmenin zayıf tarafının korunması sözleşmeler hukukunun en önemli amaçlarından biridir. Özellikle tüketici hukukunun her geçen gün gelişmesi bu amacın gerçekleştirilmesi yolundaki en önemli örnektir. Ülkemizde eTKHK'nın kabul edilmesi ve tüketici bilincinin gelişmesi öncesinde sözleşmenin zayıf tarafının korunması hukukun genel ilkeleri ile sağlanmıştır. Sözleşmenin güçlü tarafına yüklenen zayıf tarafa yardımcı olma, danışmanlık yapma gibi yan yükümlülükler, sözleşmede edimler dengesinin sağlanması için ahlâki kuralların kanunlaştırılarak sözleşmeler hukukunda uygulanmasının bir sonucudur. Aydınlatma yükümlülüğünün konusunu, önceden hazırlanan genel şartların muhataba verilmesi ve iradesinin oluşmasında önem arz eden sözleşmenin kurulma, fesih ve benzeri hususların bildirilmesi oluşturur⁴¹⁵.

Sigortacılık sektörü de bankacılık sektöründe olduğu gibi teknik bilgi gerektiren bir alandır. Gerçekten sigorta sözleşmesini, bu sözleşme ile taraflar arasında kurulan ilişkiyi ve tarafların karşılıklı hak ve borçlarını sadece hukuk düzenlemeleri ile anlatmak yetersiz kalır. İstatistik, aktüerya ve diğer yardımcı bilim dalları, bu sözleşmedeki hükümlerin uygulanmasına doğrudan etki eder⁴¹⁶. Bu da sigorta müşterisi için yol gösterilme ihtiyacını ortaya koyar. Karşılaştırmalı hukukta da bu ilkeler aynen kabul edilir⁴¹⁷.

Sigortacıya yüklenen aydınlatma yükümlülüğünün sigortacı tarafından gereği gibi yerine getirilip getirilmediği, genel şartların GİŞ denetimi karşısında ne şekilde yorumlanacağı açısından belirleyicidir. Dolayısıyla bu bağlamda sadece sigortacıya yüklenen aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilmiş olup, sigorta ettirene yüklenen bilgi verme ve beyanda bulunmasına ilişkin düzenlemelere sadece ilgili olduğu ölçüde değinilmiştir.

asgari hususlar ile tip sözleşmelerin uygulanacağı işlemler Kurulun uygun görüşü alı narak kuruluş birlikleri tarafından belirlenir (...)". Ayrıca bkz. anılan hükme dayanılara kabul edilen Türkiye Bankalar Birliği'nin Bankalar ile Bireysel Müşterileri Arasında İmzalanacak Sözleşmelerin Şekil ve İçeriğinde Yer Alması Gereken Asgari Hususlar ile Sözleşmelerin Uygulanacağı İşlemlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ.

⁴¹⁵ Aral Eldeleklioğlu, İrem, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 18, S 1, 2012, s. 388.

⁴¹⁶ Sigorta sözleşmesine hâkim temel ilkelere ilişkin açıklamalarımız için bkz. Birinci bölüm I.

⁴¹⁷ Khoury, Hichem, **L'Information et Le Conseil Dus Au Preneur d'Assurance**, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2011, s. 25 vd.

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin eTTK'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti. Sigortacının aydınlatma yükümlülüğü sigortacılık mevzuatında ilk olarak Bilgilendirme Yönetmeliği ile kabul edildi. TTK, öğreti ve Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiş bulunan bu yükümlülüğü kanunlaştırmış ve eksikliği gidermiştir.

TTK m 1423, sigortacının hak ve yükümlülükleri arasında olan aydınlatma yükümlülüğünü üç fıkra ile düzenler. Anılan madde ile sözleşmenin sigortacı tarafına yüklenen bu aydınlatma yükümlülüğü, kanunun sigorta ettiren ve sigortalıya yüklemiş olduğu ve TTK m 1435 vd. düzenlenen beyan yükümlülüğünün karşılığıdır.

TTK m 1423 uyarınca, sigortacı ve acentesi; sigorta ettiren, temsilcisi, sigortalı veya can sigortalarında lehtardan oluşabilecek aydınlatma yükümlülüğü muhataplarına karşı, sözleşme görüşmelerine başladığı andan sona erme anına kadar *aydınlatma* yükümlülüğü altındadır. Anılan düzenleme uyarınca sigortacı ve acentesi, müşteriye gerekli inceleme süresi tanımak kaydıyla görüşmeleri devam eden sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının sigorta sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri ile yerine getirmesi gereken külfetleri yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sigorta sözleşmesinin telefon, internet ve benzeri iletişim araçları ile kurulabildiği ve Bilgilendirme Yönetmeliği m 5 uyarınca sigortacının sözlü olarak bilgilendirmede bulunabileceği hususlar da dikkate alındığında, TTK ile kabul edilen yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olmadığı ve bir ispat koşulu olduğu sonucuna varılmalıdır⁴¹⁸.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bu hususlara ek olarak sigortacı ve acentesi, sözleşmenin yürürlüğü süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri müşteriye yazılı olarak açıklamak zorundadır. TTK, sigortacı ve acentesinin sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde sigorta ettirene, sözleşmenin yapılmasından itibaren on dört (14) gün içerisinde etme ve sözleşmeyi feshetme hakkı⁴¹⁹ tanımıştır. Buna karşılık TTK, sigorta sözleşmesinin yürürlükte olduğu

⁴¹⁸ Müsteşarlık tarafından eTTK döneminde kabul edilen 1.5.2008 tarih ve 2008/12 Genelge II ile TTK yürürlüğe girdikten sonra kabul edilen 4.7.2012 tarih ve 2012/9 sayılı Genelge III uyarınca bilgilendirmenin yazılı usul dışında başka şekillerle de yapılabilmesinin TTK m 1423 hükmüne uygun olduğu kabul edilir.

⁴¹⁹ TTK m 1423 ile sigorta ettirene tanınan "itiraz etme" hakkının sözleşmeden dönme olduğu yönünde katılmadığımız bir görüş için bkz. Akgün, s. 84. Sözleşme bir defa kurulduktan, sigorta ettiren prim ödedikten, sigortacı rizikoyu taşımaya başladıktan ve kısaca sözleşme ifa edilmeye başladıktan sonra sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilemeyeceğini (dönülemeyeceğini) ve ancak ileriye etkili feshin söz konusu olabileceğini düşünüyoruz. Ayrıca Bilgilendirme Yönetmeliği de bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi

sürece sigortacı veya acentesinin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâline uygulanacak yaptırım konusunda sessizdir⁴²⁰. Hâlen yürürlükte bulunan Bilgilendirme Yönetmeliği m 7, bu ve benzeri durumlarda sigorta ettirene ve (sözleşmenin yürürlüğü süresince) sigortalıya tazminat hakkı tanır⁴²¹.

Sigorta sözleşmesi tarafları, sözleşmenin niteliği gereği dürüstlük kuralı ve ifade ettiği ilkelere özel olarak uymak zorundadır⁴²². Sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde, yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemiş olan sigortacı aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı davranmış sayılır. Bu durum diğer açıdan değerlendirildiğinde, hukuki eksikliğin farkında olsa dâhi, yasal olarak korunabilecek bir hakkının mevcut olduğuna inanan tacir sıfatını haiz bir sigorta ettiren veya sigortalı, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması sebebiyle, bu yükümlülüğün gereği gibi ifa edilmemesinden doğan haklarını kullanabilir⁴²³. Sonuç olarak,

hâlinde sigorta sözleşmesinin feshinden bahseder. Aynı yönde bkz. Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 365. Mevzuattaki çelişkinin giderilmesi gerektiği yönünde bkz. Aral Eldeleklioğlu, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 398-399.

⁴²⁰ Kanun koyucunun sigorta ettiren ve sigortalı için kabul etmiş olduğu beyan yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler karşısında, sözleşmenin her zaman tacir sıfatını haiz olan sigortacı (ve acente) için aydınlatma yükümlülüğünü, sınırları ve kapsamını tam olarak belirlemeden tek bir madde ile düzenlemiş olması tartışmaya açıktır. Anılan hükmün eleştirisi için bkz. Kender, Taslak Hakkında Düşünceler, s. 14; Ünan, Taslak Hakkında Düşünceler, s. 124; Metezade, s. 42; Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 277 vd.; Özdamar, Mehmet, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C LXXI, S 2, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 357.

⁴²¹ Bu durum aydınlatma yükümlülüğünün bir yan yükümlülük olduğunu ve bağımsız bir davanın konusunu teşkil edemeyeceğini gösterir (Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 129; Akgün, s. 19). Bilgilendirme Yönetmeliği halen yürürlükte ve TTK m 1423'ün, anılan yönetmeliğin yürürlüğüne herhangi bir etkisi olmamıştır. TTK m 1423 ile öngörülen yaptırımın sadece sigorta sözleşmesinin görüşme dönemine ilişkin aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesine ilişkin olması sebebiyle Bilgilendirme Yönetmeliği m 7'nin zımnen ortadan kalkmış kabul edildiğine ve tazminat taleplerinin TMK m 2'ye dayandırılması gerektiği görüşüne katılmıyoruz (Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali, s. 357-359). Aynı yazar, TTK m 1423 ile tanınan itiraz hakkının "poliçede yazılı şartların sigorta ettiren tarafından değiştirilmesi" şeklinde yorumlanabileceğini ve sigorta sözleşmesinin sigorta ettirenin istediği şartlarla devam ettirileceğini de savunur. Müsteşarlık tarafından onaylanan ve aynen uygulanan sigorta genel şartlarının sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması sebebiyle sigorta ettiren tarafından tek taraflı değiştirilebileceği görüşüne de katılmak mümkün değildir. Bu hâlde, "itiraz hakkının" kullanıldığı ve sigorta ettirenin sigortacı tarafından aydınlatılmadığı hükmün, ilgili sigorta sözleşmesi kapsamında uygulanmaması daha kabul edilebilir bir çözüm olacaktır (Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali, s. 356). Müsteşarlık'ın 19.2.2008 tarih ve 2008/7 sayılı Genelgesinde sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık halinde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun gündeme geleceği ve bu sebeple sigorta ettirenin tazminat talep edebileceği kabul edilmiştir. Bu kabul, dürüstlük kuralına aykırılığın yaptırımı olması açısından uygundur.

Sigorta ettirenin tazminat hakkına ilişkin olarak Sigorta Tahkim Komisyonu'nun 30.9.2011 tarih ve K-2011/828 sayılı; 29.8.2012 tarih ve K-2012/978 sayılı ve 26.3.2012 tarih ve K-2012/337 sayılı kararları örnek gösterilebilir (bkz. <http://www.sigortatahkim.org/webdev/files/karardergisisayi8.pdf>).

⁴²² Ayrıca bkz. Birinci bölüm I.D.

⁴²³ Akkanat, s. 38-39, 49.

sigortacının karşısında tacir sigorta ettiren veya sigortalı olması, dürüstlük kuralına bağlanan tüm sonuçların sigorta ettiren veya sigortalı lehine oluşmasını sağlar.

TTK m 1423’de yer alan aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin kanun metni veya gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Anılan maddenin lafzı itibarıyla, sigortacı ve acentesine sadece basit bir bilgilendirme yükümlüğü yüklendiği sonucuna varılabilirse de, bu yorum anılan hükmün getiriliş amacıyla çelişki oluşturur.

Müsteşarlık, Bilgilendirme Yönetmeliği’nde yer alan sigortacı ve acentesinin sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin değişik tarihlerde çeşitli Genelgeler kabul etmiştir. Müsteşarlık’ın 6.11.2007 tarih ve 2007/18 sayılı Genelgesi uyarınca, zorunlu ve devlet destekli sigortalar, Bilgilendirme Yönetmeliği kapsamı dışında bırakılmıştır⁴²⁴. TTK’nın yürürlüğe girmesinden sonra sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü kapsamına tüm sigorta sözleşmeleri alındığı için 2007/18 sayılı Genelge, 3.7.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü tüm sigorta sözleşmeleri için istisnasız olarak uygulanmaya başlamıştır.

Müsteşarlık’ın 19.2.2008 tarih ve 2008/7 sayılı Genelgesiyle, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önceki dönemde sözleşme görüşmelerini yürüten taraflar arasında dürüstlük kuralına dayanan ve koruma yükümlülüğü doğuran sözleşme öncesi güven ilişkisi kurulduğu açıkça belirtilir. Sigorta sözleşmeleri “azami objektif iyiniyet” ilkesi temelinde kurulup ifa edilmesi gerektiği için, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün TMK m 2 kapsamında değerlendirilmesi hatırlatılmıştır. Son olarak bu yükümlülüğe aykırılığın *culpa in contrahendo* sorumluluğu temelinde tazminat borcuna dönüşebileceği kabul edilmiştir. 2008/7 sayılı Genelgenin ekinde, mal, hayat ve kasko sigortalarında kullanılacak bilgilendirme formlarına yer verilmiştir. Genelge içeriğinde, tüzel kişi tacirlerin sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünden muaf tutulması için herhangi bir gerekçe olmadığı ve gerçek kişilerle beraber tüzel kişilerin de kapsam içinde olduğuna açıklık getirilmiştir. Bununla birlikte anılan Genelge, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü sigorta ettiren ile sınırlı tutmuş, diğer kişiler açısından talep durumunda bu yükümlülüğün söz konusu

⁴²⁴ Anılan Genelge ile Müsteşarlık, zorunlu sigortaları “muhtevasının” sözleşmeye taraf olan herkes için aynı nitelikleri arz etmesi ve taraf iradesine bağlı olmaması gerekçeleri ile hariç tutmuştur. Devlet destekli sigortalar ise Sigorta Havuzu’nun varlığı ve bu şekilde çeşitli bilgilendirmelerin yapılabilmesi gerekçesiyle kapsam dışında bırakılmıştır.

olabileceğini belirtmiştir. Genelge ile, sigorta sözleşmesinin aynı şartlarla yenilenmesi hâlinde sigortacının yeniden bilgilendirmesinin söz konusu olmayacağına karar verilmiştir.

Müsteşarlık'ın 1.5.2008 tarih ve 2008/12 sayı ile kabul ettiği Genelge II, sözleşme öncesi bilgilendirmeye ilişkin ek açıklamalara yer verir. Bu kapsamda bir kişiye birden fazla aynı içerikte sigorta ürünü sunulması hâlinde, sigorta ettirenin bir defa bilgilendirilmiş olmasını yeterli sayılır. Sigorta sözleşmesinin tadil edilmesi durumunda, zeyilnamenin sözleşme taraflarının karşılıklı anlaşması ile kabul edildiği göz önünde bulundurularak bilgilendirmenin sigorta ettirenin bilgi eksikliği değerlendirilerek yapılması yönünde görüşündedir. Bu durum, sigorta sözleşmelerinin *intuitu personae* karakterinin bir görünümüdür. Abonman sözleşmelerinde ise bilgilendirmenin her bir ayrı sefer için düzenlenen poliçeler için gerekli olmadığı ve temel sözleşmede yapılacak bilgilendirmenin yükümlülüğün gereği gibi ifası için yeterli olduğu belirtilmiştir. Son olarak, sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin değişmesi hâlinde de sigortacının yeniden bilgilendirme yükümlülüğü altında olmadığına karar verilir.

Sigorta sözleşmesi ile sigortacının rizikoyu sözleşme süresince taşıması borcu, yani sunulan sigorta ürünü soyuttur. Sigortacının sunmakta olduğu sigorta ürün (veya hizmetinin) maddileştirilmesindeki olanaksızlık ve sözleşmenin ticari unsurları içeren karmaşık yapısı tarafların birbirlerine karşı olan beyan, bilgilendirme ve danışmanlık yapma yükümlülüklerini azami seviyede tutar. Bu durum, sözleşmenin sigorta ettiren veya sigortalı tarafının tüketici veya tacir olmasından bağımsız olarak tüm hukuki işlemler için geçerlidir⁴²⁵. Sözleşmenin sigorta ettiren veya sigortalı tarafının niteliği, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün ifasında seviye açısından fark yaratır ve hiçbir şekilde sigortacı (ve acentesini) bu yükümlülükten muaf kılmaz. Bu yükümlülükle, sözleşme taraflarının rasyonel karar alması, sigorta ettirenin hür irade ile karar vermesi katkıda bulunmak ve belki de en önemlisi tüketicinin korunması amaçlanır⁴²⁶. Dolayısıyla sigortacı ve acentesine yüklenen aydınlatma yükümlülüğünü; bilgilendirme yükümlülüğü olarak sınırlamak ve dar yorumlamak, sigorta sözleşmesi gibi teknik ve çeşitli bilim dallarını ilgilendiren bir hukuki ilişki ile bağdaşmaz.

⁴²⁵ Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 172 vd.

⁴²⁶ Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 178 vd.

Öğretide, sigortacı ve acentesine yüklenmiş olan aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına sadece sigorta ettiren ve sigortalıyı bilgilendirmenin girmediği; bu yükümlülüğün karşılaştırmalı hukuk da dikkate alındığında bilgi vermenin yanında danışmanlık yapmayı da kapsadığı kabul edilir⁴²⁷.

TTK m 1423, sigorta sözleşmesinin broker aracılığıyla kurulduğu durumlara ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermez. Bu bir eksikliktir. Brokerin yükümlülüklerini düzenleyen Sigorta ve Reasürans Brokerliği Yönetmeliği⁴²⁸ m 16, brokerin müşterilerinin hak ve menfaatlerini korumak, sigortacılık icaplarına uymak ve görevlerini iyiniyet ve dürüstlikle yürütmek, doğru bilgi vermekle yükümlü olduklarını hükme bağlar. Bu genel nitelikteki yükümlülük kapsamında broker, müşterisinin rizikosunu tespit etmeli, sözleşme metni, poliçe ve sigorta genel şartları hakkında sigorta ettireni bilgilendirmelidir⁴²⁹.

Müsteşarlık'ın 2008/7 sayılı Genelgesiyle brokerin müşterisini aydınlatma yükümlülüğünde ikili bir ayırım kabul edilmiştir. Buna göre; müşterisi adına sigorta sözleşme yapma yetkisine sahip olan bir brokerin, sigortacı tarafından Bilgilendirme Yönetmeliği kapsamında bilgilendirilmesi, sözleşmenin müşteri tarafının da bilgilendirildiği anlamına gelir. Brokerin müşteri tarafından sözleşme yapma yetkisi ile donatılmadığı durumda, sigortacının ayrıca sigorta ettiren ile gerekirse sigortadan menfaat sağlayacak diğer kişileri de bilgilendirmesi veya brokere yapılan bilgilendirmenin bir şekilde sigorta ettirene ve ilgili diğer kişilere de iletilişinin ispat etmesi gerekir. Müsteşarlık ile brokere yüklenen bu borcun, Genelge yerine TTK m 1423'de düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

2. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

Sigortacı, TTK ve Bilgilendirme Yönetmeliği ile aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kendisine yüklenen bilgilendirme yükümlülüğünü, sözleşme görüşmeleri sırasında “bilgilendirme formu”nu sigorta ettirene teslim etmek suretiyle yerine getirir. Bilgilendirme formu, sigortanın kapsamı, işleyişi ve tazminat ödeme kurallarına ilişkin özet bilgileri içeren ve içeriği Müsteşarlık tarafından belirlenen bir belgedir. Belli bir sigorta türü için Müsteşarlığın bilgilendirme formu hazırlamamış olması hâlinde ise sigortacı asgari

⁴²⁷ Khoury, s. 30 vd.; Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 190.

⁴²⁸ 21.6.2008 tarih ve 26913 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴²⁹ Özdamar, Broker, s. 552.

içeriği Bilgilendirme Yönetmeliği m 8'e uygun olması gereken geçici bilgilendirme formlarını kullanır⁴³⁰. Formların elektronik ortamda bulundurulması hâlinde sigortacı, acentelerinin formlara tam ve kesintisiz erişiminin sağlanması için gerekli altyapıyı oluşturmak ve bu konuda her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.

Sigortacının sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlüğü, sigorta ettirenin sözleşmeyi akdetmesine karar vermesini sağlar. Bu sayede sigorta sözleşmesine ilişkin sahip olması gereken bilgilerle donatılan sigorta ettirenin sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesi serbestçe oluşur.

Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü sözleşme yürürlükte kaldığı sürece devam eder. TTK m 1423(1)'in son cümlesi ile Bilgilendirme Yönetmeliği m 10 ve m 11 sigortacının, sözleşmenin devamı sırasındaki bilgilendirme yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeye yer verir. Anılan hükümler uyarınca sigortacı, sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkabilecek, sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden yararlanacak kimselerin hak, borç ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilecek nitelikteki her türlü değişiklik ve gelişmeyi, sigorta ettirene veya sözleşmeden menfaat sağlayacak kişilere, en geç on (10) iş günü içinde bildirmekle yükümlüdür. Ayrıca sigortacı, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanların kendisine yönelteceği bilgi taleplerini de bu başvurunun kendisine ulaşmasını takip eden on beş (15) iş günü içinde cevaplamak zorundadır. Görüldüğü üzere, sigortacının sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması onu bu yükten kurtarmaz. Bilgilendirme yükümlülüğünün kaderi sigorta sözleşmesine bağlıdır ve süreklilik arz eder.

TKHK'nın yürürlüğe girmesiyle sigorta sözleşmeleri tüketici işlemi sayılacağı için, mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin sigorta müşterisinin tüketici olduğu durumlarda da uygulanır. Tüketiciler Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği m 9'da bunu teyit eder. Ancak bu durum tacirler arasında ENSGŞ ile akdedilen eşya taşıma sigorta sözleşmelerini kapsamaz. Dolayısıyla sigortacılık mevzuatında hazır bulunmayanlar arasında

⁴³⁰ Can, s. 309.

kurulan sigorta sözleşmelerine ilişkin genel düzenlemelerin sigortacılığın özellikleri ile tüm sigorta sözleşmelerini kapsamı içine alacak şekilde yapılması yerinde olur⁴³¹.

Görüleceği üzere sigortacının bilgilendirme formlarını kullanarak yapmak zorunda olduğu bilgilendirme yükümlülüğünün mevzuata ve usulüne göre ifa etmiş sayılabilmesi için sigortacı tarafından sözlü veya yazılı olarak sağlanan bilgilerin eksik, yanlış veya yanıltıcı olmaması gerekir. Bilgilendirme yükümlülüğü tüm bu açıklanan özellikleriyle bir sonuç borcudur (*obligation de résultat*) ve sigortacı veya acentesinin bu yükümlülüğü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi sigorta ettirene tazminat hakkı verir⁴³².

Son olarak tekrar vurgulamak gerekirse, sigortacı için kabul edilen bu yükümlülükler acentesi için de aynen geçerlidir. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin sigorta acenteleri aracılığı ile kurulduğu durumda bilgilendirme yükümlülüğünün acente tarafından yerine getirilmesi gerekir. Sözleşmenin sigortacı tarafı için öngörülen yükümlülük sadece bilgilendirme ile sınırlı değildir. Sigorta profesyonelleri, sigorta ettiren ve sigortalılara sözleşme süresince danışmanlık yapmak ve yol göstermekle de yükümlüdürler.

3. Danışmanlık Yapma ve Tamamlayıcı Yükümlülükler

Danışmanlık yapma yükümlülüğü, tavsiyelerle sigorta müşterisinin karar vermesine yardımcı olmak, kişisel özelliklerini dikkate alarak ona fikir vermek ve yol göstermektir⁴³³.

Sigorta sözleşmesinin teknik yapısı ve karşılaştırmalı hukuk birlikte değerlendirildiğinde öğretide haklı olarak sigortacı ve acentesinin sigorta ettiren ile sigortalıya karşı danışmanlık yapma, tavsiyede bulunma ve yol gösterme yükümlülükleri altında olduğu kabul edilir⁴³⁴.

⁴³¹ Fransız hukukundaki benzer bir hüküm için bkz. CA m L. 112-2-1.

⁴³² Khoury, s. 27. Müsteşarlık'ın 4.7.2012 tarih ve 2012/9 sayı ile kabul etmiş olduğu Genelge'de TTK m 1423(1) ve (3) birlikte değerlendirilerek bilgilendirmenin yazılı bilgilendirme dışında telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması, teyitli elektronik posta, faks, taahhütlü mektup, kurye taşımacılığı ile internet ortamından bilgilendirme formunun görüntülenmesi yollarıyla da yapılabileceğinin yasaya uygun olduğu kabul edilmiştir. Kanımızca bu kabul, TTK m 1423'ün *ratio legis*'i ile bağdaşmaz.

⁴³³ Khoury, s. 89. CA m L. 132-27-1 ve m L. 520-1, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce potansiyel sigorta ettirenin talepleri ve ihtiyaçları ile belirli bir sigorta ürününü tercih etmesine sebep olan gerekçeler ile mali durumunun tespit edilmesini açıkça hükme bağlar. Bununla birlikte sigortacı veya acentesinin sigorta ettirenin beyanlarını teyit etme zorunluluğu yoktur. Ayrıca bkz. Lambert-Faivre / Leveneur, s. 124 vd.

⁴³⁴ Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 234 vd.; Aral Eldeleklioğlu, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 389-390.

Sigorta sözleşmesinin sigortacı tarafının danışmanlık yapma yükümlülüğü, sigorta sözleşmesinin müşteri tarafını korumaya yöneliktir. Sigorta ettiren veya sigortalının tüketici veya tacir olması bu yükümlülüğün ifa edilip edilmemesine etkili değildir. Sigortacı veya acentesi bu yükümlülüğü her durumda gereği gibi ifa etmekle yükümlüdür. Bu sayede, sigorta ettirenin ihtiyaçlarına en uygun sözleşmenin yapılması amaçlanır.

Sigortacı, sigorta sözleşmesine bağlı bir yan edim yükümlülüğü olan danışmanlık ediminin borçlusudur. Sigortacı, sözleşme görüşmeleri sırasında sigorta ettiren ve sigortalının ihtiyaçlarını belirleyip, bu ihtiyaçlar doğrultusunda sigorta ettirene danışmanlık yapmak, yol göstermekle yükümlüdür. Sigortacının, danışmanlık yapma yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde sigorta ettirenin sözleşmenin kurulması anında iradesinin varlığından söz edilemez⁴³⁵.

Hukukumuzda sigortacı veya acentesinin danışmanlık yapma yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri de dikkate alan öğreti, sigorta sözleşmesi görüşmelerinin başlamasından sözleşmenin sona ermesine kadar, sigortacı ve acentesinin danışmanlık yapmakla yükümlü olduğunu kabul eder. Bu yükümlülüğün yasal dayanağı TMK m 2 yer alan dürüstlük kuralıdır⁴³⁶. Sözleşmenin ifası sırasında tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması esastır. Sigorta sözleşmesi tarafları arasındaki eşitliği ve dengeyi sağlamak amacıyla dürüstlük kuralından yararlanılır. Bu sayede sigorta işlemleri uygulamasına ilişkin tecrübeye sahip olması sebebiyle güçlü durumda olan sigortacı ve acentesi lehine olan sözleşme dengesi, (bilgilendirme ve) danışmanlık yapma yükümlülükleriyle muhatap lehine yeniden şekillenir⁴³⁷. Tüm bunlar dikkate alındığında, dürüstlük kuralı bilgilendirme ve danışmanlık yapma yükümlülüklerini, sözleşme öncesi dönemde ve sözleşme süresince açıklamak için geçerli hukuki zemin sağlar.

Danışmanlık yapma yükümlülüğü, bilgilendirme yükümlülüğünden sigortacı tarafa yüklediği zorunluluk sebebiyle ayrılır. Bilgilendirme yükümlülüğünde sigortacı, bilgilendirmeyi gereği gibi yerine getirme sonuç borcu altındayken, danışmanlık yapmada sonuç borcundan söz edilemez. Danışmanlık edim borçlusu olan sigortacı, sigorta ettirenin

⁴³⁵ Khoury, s. 91 vd.

⁴³⁶ Özdamar, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 237.

⁴³⁷ Kuonen, s. 11, 12.

bilgi durumu, tecrübesi ve sair niteliklerini değerlendirerek edimini ifa etmelidir. Bu şekliyle sigorta sözleşmesinden doğan danışmanlık yapma bir sonuç borcu değil, vasıta borcu (*obligation de moyens*) niteliğindedir⁴³⁸.

Sigortacı ve acentesinin aydınlatma yükümlülüğü karşısında, sigorta ettiren veya sigortalının kendi kendilerini bilgilendirmesi de yer alır. Her ne kadar TTK veya sigortacılık mevzuatında bu yönde bir hüküm yer almasa da bir kişinin aydınlatma ediminin alacaklısı olabilmesi için o bilgiyi bilmiyor olmasının meşru sebeplere dayanması gerekir. Başka bir deyişle, bir kişi zaten bilgi sahibi olduğu veya bilgi sahibi olması gereken bir konuda yeniden bilgilendirilmeyi beklememelidir. Böyle bir durumda sözleşmenin zayıf tarafı konumunda dâhi olsa, bilgi sahibi olan veya olması gereken taraf, diğer tarafın aydınlatma edimini gerçekleştirmemiş olması sebebiyle ortaya çıkan olumsuz sonuçların giderilmesini talep edemez⁴³⁹.

Sözleşmenin sigortacı tarafına yüklenen bu danışmanlık ediminin ifası iki durumda hafifler. Sözleşme görüşmeleri sırasında danışmanlık edimi alacaklısı sigorta ettirenin kendisi, sigortalı veya sigorta himayesi altına alınan menfaate ilişkin eksik veya yanıltıcı bilgi verdiği takdirde, edim borçlusu sigortacının, yükümlülüğünü tam olarak yerin getirmemesi kendi kusuruna dayanmayan bir nedenden imkânsızlaşır.

Danışmanlık edim alacaklısı olan sigorta ettiren ve sigortalının kişisel durumu da bu yükümlülüğün ifasını etkiler. Tüketici sıfatını haiz sigorta müşterileriyle tacir sıfatını haiz sigorta müşterilerinin sigorta sözleşmesi kapsamındaki durumları hiç kuşkusuz aynı değildir. Sigorta ettirenin tacir olduğu durumlarda, ihtiyaçlarını bildiği ve hangi çerçevede sigorta sözleşmesini kurduğunu bildiği farz edilir. Danışmanlık edimi alacaklısının tacir olduğu durumlarda, ticari işletmesinin ihtiyaçlarının bilincinde olarak bu doğrultuda sözleşmeyi akdettiği kabul edilir. Tacirin, tüketiciye kıyasen danışmanlık ediminin daha az alacaklısı olduğu kabul edilir. Bu durum tacir sıfatının sigorta ettirene yüklediği sorumluluğun doğrudan bir sonucudur.⁴⁴⁰

⁴³⁸ Khoury, s. 27.

⁴³⁹ Khoury, s. 25. Özellikle tacirler arasında kurulan sigorta sözleşmelerinde sigortacı ve acentesinin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmesi hâlinde, sigorta sözleşmesindeki *şaşırtıcı* şartlardan bahsedilmez. Aynı yönde bkz. Kuonen, s. 24.

⁴⁴⁰ Khoury, s. 115 vd.; Lambert-Faivre / Leveneur, s. 127.

Bu açıklamalar ışığında, sigortacılık hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün gerçekten aydınlatılma ihtiyacının olduğu durumlarda mevcut olması gerekir. Aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemiş olması, sigorta ettiren veya sigortalının sigorta sözleşmesinin kurulmasına ilişkin iradesini etkilemez. Aynı sigorta genel şartları ile düzenli olarak sigorta poliçesi akdeden bir sigorta ettiren veya sigortalının, anılan sözleşmeye ve o sözleşmenin uygulanmasına ilişkin belli bir bilgi seviyesinde olduğu kabul edilmeli ve sigortacı ile acentesine yüklenen aydınlatma ediminin ifası bu veriler ışığında yorumlanmalıdır. Bu ve benzeri durumlarda sigortacı ve acentesinin borçlusu olduğu aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaz, ancak edim alacaklısının kişisel özelliklerine göre ifa edilir.

D. GİŞ HÜKÜMLERİNE KARŞI KORUMADA DENETİM SİSTEMİ

GİŞ denetimi üç aşamadan oluşur. Öncelikle GİŞ hükümlerinin kurulan sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığı yürürlük (kapsam) denetimi ile belirlenir. Sözleşme içeriği hâline gelen GİŞ hükümleri, daha sonra yorum denetimine tabi tutulur. Bu denetim sonucunda da geçerliliğine hükmedilen GİŞ hükümlerinin taraflar arasında hüküm ifade edip etmedikleri içerik denetimi aracılığı ile belirlenir⁴⁴¹.

1. Yürürlük Denetimi

a. Genel Olarak

GİŞ'in sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığının belirlenmesi için gerçekleştirilen denetime yürürlük denetimi adı verilir⁴⁴². Yürürlük denetimi, tarafların irade beyanlarına ilişkindir. Dolayısıyla sözleşmenin kuruluş anı ve öncesine ilişkin bir değerlendirme yapılır. Buna göre sözleşmenin kurulması anında karşı tarafın GİŞ hükümlerinin kullanıldığından haberdar olduğunun, haberdar olmasa bile GİŞ kullananın bunu düşünmekte haklı olduğu hâllerin neler olduğunun tespiti gerekir⁴⁴³.

⁴⁴¹ Kocayusufoğlu, s. 232; Altop, s. 35; Eren, s. 220 vd.

⁴⁴² Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 26. Tarafların GİŞ'i sözleşmenin içeriğine dâhil ederek bağlayıcılık kazanması konusunda anlaşmalarının *ilişkilendirme sözleşmesi* olarak adlandırılması yönünde bkz. Topuz, s. 1144. Antalya, bu ilk denetimi *kapsam denetimi* olarak nitelendirerek, dâhil olma (ilişkilendirme) ve yürürlük denetimi olarak iki ayrı etapta incelenmesi gerektiğini savunur (bkz. Antalya, s. 306 vd.).

⁴⁴³ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 27.

Öğretide ticari işlerde, işlem hayatının hızı sebebiyle yürürlük denetiminin sınırlı tutulması haklı olarak savunulur. Özellikle tacirler arasındaki ticari işlemlerde bu kabul daha kolaydır. Bunun başlıca sebepleri arasında tacirler arasında bilgi asimetrisinin azlığı, tacirlerin aynı GİŞ'i sıklıkla kullanması sonucunda uygulamaya aşinalık kazanması, daha bilgili ve hazırlıklı olmaları, bir sürprizle karşılaşma ihtimalinin daha az olması ve tacirler arasındaki ilişkilerin çabuk, sorunsuz ve esnek işlemesi gösterilir⁴⁴⁴.

Güven kuramına göre bir beyanın anlamlandırılması, onun muhatabının bütün hâl ve şartları dikkate alarak dürüstlük kuralı gereği bu beyanı nasıl algılandığını tespit etmektir. Dolayısıyla, beyan sahibinin aslında farklı bir beyanda bulunmak istemiş olmasına rağmen, muhatabın bu beyana dürüstlük kuralı gereği vermiş olduğu anlamın kendisine karşı uygulanmasının kabulü gerekir⁴⁴⁵. Diğer sözleşmelerde olduğu gibi sigorta sözleşmesinin de kurulup kurulmadığı güven teorisi çerçevesinde belirlenir. GİŞ hükümlerinin sözleşmenin içeriği olup olmadığı için de aynı yöntemle başvurulur⁴⁴⁶.

Karşı tarafın, GİŞ kullanıldığından haberi yoksa ve sözleşmenin kuruluş sürecinin güven teorisi kapsamında değerlendirilmesi sonrasında tarafların irade uyuşmalarının GİŞ'i kapsamadığı sonucuna varılırsa, ilgili sözleşme GİŞ hükümleri olmadan akdedilmiş sayılır ve GİŞ denetimi o anda sona erer. Burada kısmi hükümsüzlük durumu söz konusudur. Sözleşme GİŞ hükümlerini içermediği için tarafların objektif olarak esaslı noktalar üzerinde anlaştığı ölçüde sözleşmesel ilişki ayakta tutulur⁴⁴⁷.

Aksi durumda, bir diğer deyişle tarafların iradelerinin GİŞ'i de kapsadığı sonucuna varılırsa, o hâlde GİŞ sözleşme içeriği olarak kabul edilir ve GİŞ'e ilişkin yorum denetimi aşamasına geçilir.

b. Sigorta Genel Şartları Açısından GİŞ Yürürlük Denetimi

Öğretide, sigorta genel şartlarının TBK'da yer alan GİŞ unsurlarını taşıması sebebiyle GİŞ olduğu, dolayısıyla GİŞ denetimine tabi olacağı ve bu hükümlerin sağladığı korumadan

⁴⁴⁴ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 35; Atamer, Tacirlerin korunması, s. 10-11, 21, 37; Baş, s. 281 dn. 20.

⁴⁴⁵ *Global kabul ile tam (bilinçli)* kabul arasındaki ayrım için ayrıca bkz. Topuz, s. 1147 vd.

⁴⁴⁶ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 27 vd.

⁴⁴⁷ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 32.

faaydalanacağı kabul edilir⁴⁴⁸. Sigorta sözleşmelerinin kurulması sırasında her somut olayın özellikleri dikkate alınmadan istisnasız bir şekilde aynı genel şartlarla teminat sağlanmaya çalışılması, sigorta genel şartlarının genellik ve soyutluk özelliklerini ön plana çıkarır. Deniz yolu ile taşımacılık temelinde hazırlanan ENSGş ile kara yolu ile gerçekleştirilen taşımaların da sigorta teminatına alınması ENSGş'nin soyutluk ve genelliğini gösterir.

Gİş denetiminin en önemli amacı, bir sözleşmenin kurulması aşamasında pazarlık gücü olmayan tarafı pazarlık gücü fazla olan tarafa karşı korumaktır. Gİş denetimi ile taraflardan birinin sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünün diğer tarafça tek taraflı olarak kısıtlanmasının ve özgürlüğü kısıtlanan tarafın aleyhine oluşabilecek hukuki durumun bertaraf edilmesi amaçlanır. Gİş'in mevcut olduğu durumlarda, taraflardan birinin sözleşme hükümlerini kendi lehine belirlemesi söz konusudur⁴⁴⁹. Oysa sigorta genel şartlarında sigortacı veya sigorta ettirenin sözleşme hükümlerini kendi lehine belirlemesi söz konusu değildir. Taraflardan hiçbirinin, özel şart olarak belirleyebilecekleri Enstitü Yük Klotları da dâhil olmak üzere sigorta sözleşmesinin içeriğine etki etmeleri mümkün değildir. Sigorta genel şartları Müsteşarlık tarafından belirlenmiştir. Tarafların bu şartlar üzerinde herhangi bir tasarrufları söz konusu değildir.

Öğretide, Müsteşarlık tarafından sigorta ettiren ve sigortalıların çıkarları korunarak düzenlenen sigorta genel şartlarının, Gİş sayılacağı belirtilir⁴⁵⁰. Bunun için *Atamer*, Alman mahkemelerinin kısa adı *IATA* olan Uluslararası Hava Taşımacıları Birliği'nin hazırlamış olduğu tavsiye niteliğindeki koşulların Gİş denetimine tabi olması örneğini verir. Kanımızca, hukukumuzda uygulanmakta olan sigorta genel şartları ile mesleki bir kuruluş tarafından hazırlanmakta olan ve tavsiye niteliğindeki şartlar, hukuken aynı şekilde değerlendirilemez. Öncelikle, *IATA* dernek statüsünde olan mesleki bir örgüttür. Vermiş olduğu kararlar üyelerini bağladığı gibi, tavsiye niteliğinde yayımlamış olduğu genel şartların uygulanıp uygulanmaması da yine tamamen üyelerinin inisiyatifindedir. Başka bir deyişle, *IATA* yesi bir taşıyıcının *IATA*'nın yayınlamış olduğu genel şartları kabul edip etmemesi kendi tercihi olup, bunları uygulamasından kendisi sorumludur. *IATA*, yelerinin kimlikleri de dikkate alındığında mesleki bir kuruluştur ve hazırlayacağı şartların ye taşıyıcılar lehine hükümler

⁴⁴⁸ şeker-ğz, Yük Sigortaları, s. 117-118; *Atamer* / nan, s. 68; Memiş, Genel şartlar, s. 123.

⁴⁴⁹ *Atamer*, Yeni TBK Sempozyumu, s. 13.

⁴⁵⁰ *Atamer*, Yeni TBK Sempozyumu, s. 15; *Atamer* / nan, s. 68; 70 vd. Denetim makamının görevini gereği gibi yapmadığı yönünde bkz. Bahtiyar, Genel Koşullar, s. 164.

içermesi beklenir. Gerçekten, IATA üyesi bir taşıyıcı ile sözleşme yapmak isteyen bir kişinin bu şartları değiştirme imkânı çok azdır. Ancak, pazarlık payı yüksek olan güçlü bir karşı taraf karşısında taşıyıcı şirket tavsiye niteliğini haiz bu genel şartlarda değişiklik önerilerini kabul ettirebilir.

Oysa sigorta genel şartlarında IATA örneği benzer bir durum söz konusu değildir. Burada sigorta sözleşmesi tarafları, kamu yararı gözetilerek Müsteşarlık (idare) denetiminden geçmiş genel şartları *aynen* uygulamakla yükümlüdür. Bu durum elbette genel şartların kusursuz veya hukuka uygun olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, kanun hükümlerinin dâhi yargı denetimine açık olduğu hukukumuzda sigorta genel şartları da elbette yargı denetimine tabi olacaktır⁴⁵¹. Ancak burada sorgulanması gereken bu yargı denetiminin TBK'nın GİŞ hükümleri kapsamında doğrudan gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğidir.

Sigorta sözleşmesi taraflarının, bu şartların hazırlanmasına veya onaylanma süreçlerine hiçbir etki hakkı yoktur. Bu sebeple, sigortacının pazarlık gücü ile bu şartları sigorta ettirene dayatması⁴⁵² mümkün değildir. Sigorta ettirenin (ve sigortacının) bu genel şartlar üzerinde tartışma veya pazarlık yapma olanakları, SK m 11 ile engellenir⁴⁵³. Sigorta sözleşmesi taraflarının sigorta genel şartlarının uygulanması yönünde müşterek veya münferit irade beyanları bulunmaz. Taraflar bu şartları, SK gereği aynen uygulamakla yükümlüdür. Aynı riziko birliğinde bulunan sigorta katılımcılarının menfaatlerini korumanın en doğru yöntemi bu kişilerin aynı sigorta genel şartlarına tabi tutulmalarıdır⁴⁵⁴. Aksi takdirde, sigorta sistemi olması gerektiği gibi işlemez. Buna ek olarak, sigortacı veya sigorta ettiren müştereken dâhi bu genel şartları tadil edemez. Dolayısıyla, sigorta genel şartları, sigortacı

⁴⁵¹ Müsteşarlığın idari yoldan gerçekleştirdiği ön denetimin bazı aşırı ve haksız hükümlerin daha uygulamaya girmeden tasfiyesinin sağlanması ve fakat bu durumda bile yargısal denetime tabi olacağı yönünde bkz. Kocayusufoğlu, s. 239-240.

⁴⁵² Kılıçoğlu, s. 116.

⁴⁵³ Atamer / Ünân, s. 71 ve dn. 22. Sigorta sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmaması ve tarafların sözlü olarak anlaşmaları halinde bile sigorta genel şartlarının geçerli olacağına ilişkin bkz. Yarg. 11.HD, 26.1.1982 tarih ve 1982/74E., 1982/1125K. (Kazancı İçtihat Bankası). Fransız hukukunda aynı sonuç için bkz. Nicolas, s. 143 ve dn. 1 ve 2.

⁴⁵⁴ Şit, s. 22-23. Bu durum sigorta tekniği sebebiyle bir gereksinim olarak gözüktse de, sigorta pazarında serbest rekabeti kısıtlamaktadır.

açısından TBK m 20’de yer alan önceden düzenleme şartının gerçekleşmediği ve bu anlamda sigorta genel şartlarının GİŞ denetimine tabi olmadığı savunulabilir⁴⁵⁵.

Nitekim bu savı doğrular nitelikteki; iki tarafın üçüncü bir kişi (kurum veya kuruluş) tarafından hazırlanmış GİŞ’in kullanılması konusunda anlaşmış olmaları hâlinde artık bu anlaşmanın GİŞ niteliğini yitirerek taraflar arasında bireysel anlaşma konumuna dönüşeceği yönündeki görüş isabetlidir. Bu kapsamda Incoterm hükümlerinin uygulanmasının bu hükümlerin GİŞ olarak değerlendirilmeyeceğine ilişkin görüşün, tacirler arasında akdedilecek ENSGS ve Enstitü Yük Klozları için de kabul edilmelidir⁴⁵⁶. Özellikle eşya taşımalarında sıklıkla kullanılan Incoterm, ENSGS ve Enstitü Yük Klozları hükümlerinin GİŞ denetimine tabi tutulması hâlinde uluslararası ticaret hukukunun güvenliği olumsuz yönde etkilenir.

Hukukumuzda sigorta genel şartları, sigortacı veya sigorta ettiren tarafından pazarlık edilemez. Aynen uygulama kuralı, SK m 11’in sigortacılık hukukuna ilişkin kabul etmiş olduğu genel bir ilkedir. Kanun koyucu, Müsteşarlık denetiminin kabul edilmesinin taraf çıkarlarını koruması açısından daha etkili olacağını değerlendirerek böyle bir yöntem benimsemiştir.

Ayrıca anılan sebeplerden ötürü, bir sigorta sözleşmesinde sigortacının GİŞ’i kullanma niyetinden de bahsedilemez. Burada sigortacının sigorta ettirene sunmakta olduğu sözleşme şartlarını kullanma niyeti kendisine ait olmayıp, SK m 11’den kaynaklanan yasal zorunluluktur. Bir kez daha vurgulayalım ki sigortacının bu yönde bir niyeti yoktur. Taraflar, sigorta sözleşmesini sigorta genel şartlarına uygun olarak kurarak sigorta mevzuatının gereğini yerine getirir.

Sigorta sözleşmelerinde şaşırtıcı şartlardan korunmak (*saydamlığın tesis edilmesi*) amacıyla SK m 11(4), sigortacıya teminat altına alınmayan rizikoları açıkça belirleme

⁴⁵⁵ Noterlerin hazırladığı önceden formüle edilmiş GİŞ içeren sözleşmeyi akdedenler açısından, düzenleyenin karşı tarafa sunduğu bir sözleşmenin mevcut olmadığı ve GİŞ denetiminin uygulanmayacağı yönünde Kılıçoğlu, s. 115.

⁴⁵⁶ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 18; Baş, s. 287 ve dn. 56. Örneğin, CIF Incoterminin satıcının sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğünü düzenleyen m A3 b)’de taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma bulunmadığı sürece sigorta sözleşmelerinin Enstitü Yük Klozlarının asgari teminat hükümlerine uygun olarak akdedilmesi hükmüne bağlanmıştır. Dolayısıyla, Incoterm, Enstitü Yük Klozları ve ENSGS’nin hukuki nitelikleri, birbirleriyle doğrudan ilişki içindedir. Incoterm’lerin GİŞ olarak değerlendirilmemesine bağlı olarak, Incoterm metninde kullanılacağı hükmüne bağlanan Enstitü Yük Klozlarının da GİŞ olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

yükümlülüğü yükler⁴⁵⁷. Bununla birlikte, anılan madde hükmü uyarınca sigorta teminatı altına alınan rizikoların ayrıca belirlenmesi gerekli değildir. Bu durum, sigorta hukukunda genellik ilkesini terk eden TTK m 1409(1) hükmü ile çelişir⁴⁵⁸.

Eşya taşıma sigortalarında Enstitü Yük Klotları vasıtası ile özel şartların kabul edilmesi taraflar arasında bireysel anlaşmanın mevcudiyetini gösterir. Bu hâlde, Enstitü Yük Klotlarının bireysel anlaşma niteliği⁴⁵⁹ onları GİŞ denetimi dışında bırakmaz.

Sigorta ettirenin aynı sigortayı farklı sigortacılardan aynı hükümlerle akdetmek zorunda olduğu dikkate alındığında, sigorta sözleşmesi kapsamında sigorta ettirene tanınan sözleşme özgürlüğünün sigorta sözleşmesinin tarafını seçebilme özgürlüğü ile sınırlı olduğu sonucuna varılır.

TTK m 1405 de sözleşmenin kurulması açısından ayrı bir önem arz eder. Gerçekten sigorta ettirenin sigortacıya göndereceği teklifname karşısında sigortacının otuz (30) gün sessiz kalması hâlinde, sigorta sözleşmesi ENSGŞ'yi de içerir şekilde kendiliğinden kurulmuş olur⁴⁶⁰. Bu hüküm TTK uyarınca koruyucu hükümdür ve sigortalı veya sigorta ettiren (veya lehtar) aleyhine herhangi bir değişiklik yapılması mümkün değildir⁴⁶¹. Sigortacının sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanını aramayan ve TBK m 6 ile aynı yönde susmaya tüm sigorta sözleşmeleri için sonuç bağlayan bu yeni hüküm karşısında, sigorta ettirenin ENSGŞ'nin yürürlük veya içerik denetimi kapsamında herhangi bir denetim talep edebilmesinin güç olduğunu düşünüyoruz.

⁴⁵⁷ Atamer / Ünan, s. 77; Corboz, s. 257. SK m 11(4) hükmünün TTK m 1490(1) ile çeliştiği yönünde bkz. s. 77 dn. 39.

⁴⁵⁸ Bkz. Özer, Fatma Dilek Kabukçuoğlu, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 125 vd.

⁴⁵⁹ Atamer, Tacirlerin Korunması, s. 23-23.

⁴⁶⁰ Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 117. TTK m 1405'in sözleşme hukukunun temel kavramlarına ve sigortacılığın mahiyetine aykırılığı sebebiyle eleştirisi için bkz. Kender, Taslak Hakkında Düşünceler, s. 9. Otuz (30) günlük sürenin uzun olduğu, sigortanın mahiyeti ile bağdaşmadığı ve sigorta ettireni korumasız bıraktığı yönünde bkz. Omağ, Merih Kemal, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler İle Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi**, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 30; Metezade, s. 38; Memiş, Tasarı, s. 92.

⁴⁶¹ Ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. Birinci bölüm I.F ve II.B.1.b.

2. Yorum Denetimi

a. Genel Olarak GİŞ'in Yorum Denetimi

Bir sözleşmesel ilişkide sözleşme hükümlerinin yalın bir dilde hazırlanması, açık ve anlaşılır şekilde kalem alınması olası bir anlaşmazlık veya uyuşmazlık hâlinde bunların değerlendirilmesini kolaylaştırır. GİŞ hükümlerinde bu ilkeye uyulması ayrıca önemlidir.

Yorum denetiminin dayanağı TBK m 23'dür. Anılan hüküm saydamlık kuralını kabul eder. Buna göre bir GİŞ'in yorumunda hükmün belirsiz olması ve içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması hâlinde muhtemel yorumlar arasında GİŞ hükümlerini kullananın karşı tarafı lehine olan yorum (*in dubio contra stipulatorem*) tercih edilir⁴⁶². GİŞ, kullanan tarafından sunulduğu ve karşı tarafın bu hükümlerin içeriğine herhangi bir müdahale şansı olmadığı için, hükümlerdeki belirsizliğin olumsuz sonuçlarına onu kullananın katlanması beklenir. Ayrıca, bir GİŞ hükmünün birden fazla yorumunun olması hâlinde karşı taraf lehine olan yorum tercih edilir⁴⁶³.

Öğretide, taraflar arasındaki *bireysel anlaşmaların*⁴⁶⁴ güven teorisi ışığında, GİŞ hükümleri karşısında öncelikle uygulanacağı kabul edilir⁴⁶⁵. Aynı sonuç GİŞ hükmü ile özel şart arasında herhangi bir çelişki olması hâlinde de savunulur⁴⁶⁶. Sigortacılık hukukunda, tarafların özel şart olarak kararlaştırdıkları Enstitü Yük Klostları bu şekilde

⁴⁶² Kocayusufoğlu, s. 234, 239, 336; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 151-152; Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 35, 36; Gauch / Schluep / Schmid / Emmeneger, s. 254 vd.; Zerres, s. 16; Ulusan, İçerik Denetimi, s. 41-42. Türk hukukunda “açık” ve “anlaşılabilir” terimlerinin tanımlanmadığı ve bu yönde herhangi bir içtihat olmadığı yönünde bkz. Atamer / Ünan, s. 78.s

⁴⁶³ İsviçre Federal Mahkemesinin 82 II 445 sayılı kararına konu olan olayda, bir eşya taşıma sigortası poliçesinde, vasıtaların sadece *yükleme* sırasında gördükleri zarar nedeniyle sigortacının ödemede bulunacağı yazılıdır. Ancak taşınan eşya yüklemeden sonra fakat henüz gemiye bağlanmadan geminin küpeştesini aşmış ve denize düşmüştür. Sigortacının zararın *yükleme* sırasında oluşmadığı ve dolayısıyla sigorta himayesi kapsamı dışında olduğu iddiasına karşı mahkeme *yükleme* kavramının geniş yorumlanabileceği, dolayısıyla bu anlamlardan sigortalı lehine olan yorumun tercih edilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 36'dan naklen). Saydamlık kuralının içerik denetiminde kullanılması ve bu denetimde saydamlık kuralına aykırı hükmün *kesin hükümsüz* olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Baş, s. 296.

⁴⁶⁴ Öğretide tüketici sözleşmelerinde tüketici tarafın GİŞ hakkında hiçbir zaman bilgili bir tercihte bulunmadığı ve standart sözleşmede GİŞ kullanılıyorsa aksi ispat edilmediği takdirde bunların müzakere edilmediği haklı olarak kabul edilir. Tacirler arasında veya ticari işlemlerdeki GİŞ'lerin pazarlık yapılmasına farklı ölçütlerin uygulanacağı savunulur (bkz. Atamer, GİŞ Kriterleri, s. 126 vd.). Alman hukukunda karşı tarafa sözleşme metni üzerinde tadil hakkı tanınması, bireysel hükümleri reddetme olanağı verilmesi, kendisine sunulan hükümler arasından bir tercihte bulunma hakkı verilmesi veya sözleşmede boş bırakılan yerleri doldurmasının ilgili hükümlere bireysel anlaşma niteliği kazandırmayacağı savunulur (Zerres, s. 5).

⁴⁶⁵ Kocayusufoğlu, s. 236; Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 38.

⁴⁶⁶ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 40.

değerlendirildiğinde, sigorta ettirenin durumunu ağırlaştırmayan ve onun aleyhine olarak kabul edilmeyen özel şartlar, taraflar arasındaki ilişkiye öncelikli olarak uygulanmalıdır.

b. Sigorta Genel Şartları Açısından GİŞ Yorum Denetimi

Öğretide, GİŞ hükümlerinin yorum denetimi hakkında tüketici işlemi ile ticari işlem olarak ikili bir ayırım yapılır. Ne var ki bu şekilde bir ayırımın benimsenmesi her zaman yeterli değildir.

Şöyle ki, bir hukuki işlemi yorumlarken, onun tarafları ile anılan hukuki işlemin niteliğinin de bir yorum değişkeni olarak dikkate alınması gerekir. Örneğin GİŞ hükmünün yorumu, tüketici işlemi olarak değerlendirildiğinde tüketici mevzuatı korumasından faydalanırken; anılan işin ticari iş sayılması hâlinde böyle bir durum söz konusu olmaz. Tacirler arası hukuki ilişkiler ile ticari işin aynı yorum kuralları kapsamında değerlendirilmesi, hakkaniyete uygun sonuçlar vermez. Esasen sigorta genel şartlarının yorumunda karşılaşılan sorun da budur.

TKHK kapsamı dışında kalan sigorta sözleşmeleri TTK hükümleri gereğince ticari iştir ve ticari işlere bağlanan sonuçlar bu hukuki işlemler için uygulama alanı bulur. Bu durum GİŞ denetimi açısından değerlendirildiğinde, sigorta sözleşmesi taraflarının niteliğinden bağımsız olarak yorum kuralları tüketici işlemlerine kıyasen daha esnek uygulanır.

Sigorta genel şartlarının yorumu hakkında TTK veya SK'da özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁶⁷. Buna karşılık hukukumuzda sigortalı lehine yorum ilkesi kabul edilir⁴⁶⁸. TTK'nın sigorta hukukuna ilişkin düzenlemeleri arasında sadece sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin m 1423(3)'de tüketici kavramına yer verilir⁴⁶⁹. Bunun dışında sigorta hukukuna ilişkin hükümlerde bu kavrama herhangi bir yollamada bulunulmamıştır.

⁴⁶⁷ Sigorta genel şartlarının yorum gücü hakkında bkz. Kender, s. 190 vd.

⁴⁶⁸ Atamer / Ünan, s. 67. Sigortalı lehine yorum ilkesi ile hazırlayan veya kullanan aleyhine yorum ilkesi birbirleriyle karıştırılmamalıdır. Hukukumuzda, sigorta genel şartları Müsteşarlık tarafından hazırlanıp taraflarca aynen uygulandığı için hazırlayan ya da kullanan aleyhine yorum ilkesi burada uygulanmaz (bkz. Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 136-137). Sigorta sözleşmesinin müşteri tarafı olan sigortalı, sözleşmenin ve sigorta faaliyetinin tecrübesiz tarafı olduğu için sigortalı lehine yorum ilkesi kabul edilir.

⁴⁶⁹ Sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin TTK Genel Gerekçesi 209. paragraf başlığı (*tüketiciyi aydınlatma açıklaması*) tüketici kavramına yer verir. Bununla birlikte aydınlatma ediminin alacaklısı sigorta sözleşmesinin müşteri tarafıdır ve tüketici niteliğinden bağımsızdır. Tacir sıfatını haiz bir sigorta ettiren ve sigortalı da bu edimin alacaklısı olarak kabul edilir. Ayrıca bkz. Üçüncü bölüm II.C.

Buna ek olarak Müsteşarlık tarafından hazırlanan sigorta genel şartlarını, sigorta sözleşmeleri tarafları aynen uygulamakla yükümlüdür. ENSGŞ söz konusu olduğunda, taşımanın hangi ortamda gerçekleştiğine göre dikkate alınması gereken farklı yorum kuralları karşımıza çıkar.

Hukukumuzda, Haksız Şartlar Yönetmeliği'nde olduğu gibi özellikle AB Yönergesi'nin iç hukuklarda uygulanmasıyla, tüketicilerin taraf oldukları sigorta sözleşmelerinde tüketicilere belirli bir koruma sağlanır. TKHK ile bu anlayış hukukumuzda da açık bir şekilde geçerli hâle gelir.

Sigorta genel şartlarının yorumu yapılırken ilk olarak bu şartların TTK ve SK'da yer alan sigorta hukuku mevzuatı hükümleri karşısında geçerliliği belirlenir. Daha sonra genel yorum kurallarına başvurulur. ENSGŞ için de aynı sonuç benimsenmelidir. Bununla birlikte, niteliği gereği bir ticari iş olan ENSGŞ'nin çoğunlukla iki tacir arasında bir başka ticari faaliyet olan eşya taşıması kapsamında akdedilmesi uygulanacak yorum kurallarını etkiler.

c. ENSGŞ'nin TTK Hükümleri Karşısında Değerlendirilmesi

Sigorta sözleşmesi kanunla düzenlenen bir sözleşmedir. Eşya taşıma sigortaları bir mal sigortası ürünü oldukları için ENSGŞ ve Enstitü Yük Klozlarının yorumunda öncelikle TTK'nın sigortacılığa ilişkin genel hükümleri ile mal sigortalarına ilişkin özel düzenlemeler dikkate alınır.

TTK'nın kabulü ile eTTK'da yer alan kara-deniz sigortaları ayrımının ortadan kalkması, zarar sigortalarının tamamının aynı düzenlemelere tabi tutulması ve TTK ile sigorta hukukuna ilişkin *koruyucu hükümler*in kabulü nedeniyle, ENSGŞ ve Enstitü Yük Klozlarının TTK karşısındaki geçerliliği ayrıca değerlendirilmelidir.

ENSGŞ hükümleri uygulanırken bu hükümlerin TTK'nın koruyucu hükümlerine uygun olması gerekir. TTK hükümlerinde boşluk olması durumunda ise ENSGŞ'nin yorumlanması için hâkime önemli görev düşer.

(1) *TTK’da Taşıma Sigortalarına İlişkin Özel Bir Düzenleme Bulunmaması Yönüyle*

eTTK’da, denizcilik sigortalarına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmişti. Ancak TTK Genel Gerekçesinde, eTTK’da yer alan denizcilik sigortalarına ilişkin hükümlerin ölü hüküm hâline geldiği ve bu sebeple kanun metninden çıkarıldığı belirtilmiştir⁴⁷⁰. Bu tercih, TTK’nın sigorta hükümlerinde özel sigorta hükümlerine yer verilmemiş olması sebebiyle haklı olarak ve neredeyse oybirliği ile eleştirilmiştir.

ENSGŞ hükümlerinin yorumu için sigorta sözleşmelerine ilişkin TTK’nın genel hükümleri ile mal sigortalarına ilişkin özel düzenlemelerden başka herhangi bir düzenlemeye veya yol gösterici mevzuat parçasına yer verilmediği görülür. TTK’da eşya taşıma sigortalarının özelliğine uygun herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği için ENSGŞ’nin sadece genel hükümler ve mal sigortaları hükümleri çerçevesinde yorumlanması için niteliğine her zaman uygun düşmez.

ENSGŞ’nin eTTK’nın mülga hükümleri doğrultusunda yorumlanabilmesi de mümkün değildir. TTK’nın Gerekçesinde de belirtildiği üzere, eTTK’nın denizcilik sigortalarına ilişkin hükümlerinin bir kısmı “ölü hüküm” hâline gelmiştir. Dolayısıyla, ENSGŞ’nin anılan hükümler ışığında yorumlanması günümüz uygulamasına katkı sağlamaz.

Bu belirsizlik, hukuki bir boşluk yaratır. Dolayısıyla hâkim, ENSGŞ hükümlerini yorumlarken genel yorum kurallarına başvurmalıdır⁴⁷¹.

(2) *eTTK’da Yer Alan Genellik İlkesinin Terk Edilmesi Yönüyle*

eTTK m 1379(1), m 1380 hükümlerini saklı tutmak kaydı ile, deniz taşımalarında ilke olarak sigortacının, tüm rizikoları sigorta himayesi aldığını hükme bağlamıştı. Anılan

⁴⁷⁰ TTK Genel Gerekçesinin 214. paragrafı, eTTK’da aynı nitelikteki hükümlerin deniz rizikolarına karşı sigortalarla mal sigortalarında farklı düzenlenmesi ve aynı nitelikteki hükümlerin birinde emredici diğerinde yedek hukuk kurallarına bağlanılmasının anlaşılabilir olduğunu ileri sürer. Oysa her sigorta sözleşmesine aynı hükümlerin yeknesak olarak uygulanması kabul edilemez. Her bir sigorta ürününün veya sigorta ile ilgili işin kendine özel değişkenleri mevcuttur. Bu sebeple, her işin özelliğine uygun yasal düzenleme yapılmayabilir. Ancak, TTK, SK veya ayrı bir sigorta sözleşmeleri kanununda sigorta türlerinin her birine ilişkin genel kuralların belirlenmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz.

⁴⁷¹ Konu hakkında bkz. Üçüncü bölüm III.

maddenin f. (2)'de ise sigortacının sigorta himayesi kapsamına alacağı çeşitli olaylar, sınırlı sayıda olmayacak şekilde sıralanmıştı⁴⁷².

eTTK'nın aksine, TTK sigorta hukukunda genellik ilkesini benimser. TTK m 1409(1) sigortacının, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zararlardan sorumlu olacağını açıkça hükme bağlar. Anılan hüküm uyarınca sigorta himayesi altına alınan rizikoların ayrı ayrı sıralanması gerekir⁴⁷³.

TTK ile kabul edilen bu değişiklik, ENSGŞ hükümlerinin yorum denetimi açısından etkisizdir. Bunun temel sebebi, ENSGŞ m 1'de sigorta himayesi kapsamına hangi rizikoların girmekte olduğunu sayılmış olmasıdır. Bununla birlikte Enstitü Yük Klozları açısından aynı sonuca varmamız mümkün değildir.

Genellik ilkesine göre hazırlanan Enstitü Yük A Klozu, himaye kapsamına alınan rizikoları açıkça saymaz. Öğretide, A Klozu'nun amacının, sigorta kapsamında yer alan ve muafiyet kapsamında sayılmayan rizikolardan dolayı sigortacının sorumluluğunun düzenlenmesi olduğu kabul edilir ve TTK'nın anılan hükmüne aykırılığın herhangi bir hukuki sorun teşkil etmediği savunulur⁴⁷⁴. Oysa Enstitü Yük A Klozu'nun GİŞ denetimine tabi tutulması hâlinde, buradaki muafiyet klozları hiç kuşkusuz sigorta ettirenin ve sigortalının lehine ve sigortacının aleyhine yorumlanır⁴⁷⁵.

Bu durumda, hiç kuşkusuz sigortacıya TTK m 1423 ile yüklenen aydınlatma yükümlülüğü ayrı önem kazanır. Sigortacının, kendisine yükletilen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi hâlinde, özel şart olarak taraflarca müştereken kabul edilen Enstitü A Klozu'nun sigortacı aleyhine yorumlanamayacağı kanaatindeyiz.

⁴⁷² Eriş, Gönen, **Açıklamalı – İctihathı Türk Ticaret Kanunu, C 5**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 6428 vd.; Şeker-Öğüz, **Yük Sigortaları**, s. 119.

⁴⁷³ TTK m 1409(1) rizikonun ferdan belirlenmesi ilkesi, SK m 11(4) hükmü ile çelişir.

⁴⁷⁴ Şeker-Öğüz, **Yük Sigortaları**, s. 120.

⁴⁷⁵ Omağ, **Muafiyet Klozları**, s. 539; Engel, **L'évolution**, s. 9.

(3) *Sigortalanabilir Menfaatin Mevcut Olduğu An Açısından*

Önceki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere⁴⁷⁶, TTK m 1408 mutlak emredici nitelikte bir hükümdür. Hükümün sigorta sözleşmesinin kuruluşu anında menfaatin mevcudiyetini zorunlu kılması eşya taşıma sigortaları uygulamaları ile çelişir.

Eşya taşımacılığında, sigorta ettirenin çoğunlukla sözleşmenin kurulduğu anda taşınan eşya üzerinde menfaati bulunmaz. Örneğin, FOB Incoterm'i aracılığı ile yapılan taşımalarda alıcı, satışa konu eşya gemiye teslim edilmeden önce eşya taşıma sözleşmesini akdeder. Oysa satın aldığı eşyanın mülkiyeti kendisine ancak gemiye teslim anında geçer ve üzerindeki menfaati bu anda doğar.

Kanımızca eşya taşıma sigorta sözleşmelerinin kuruluşu anında menfaatin mevcut olmaması ve TTK m 1408'e aykırılık hâlinde ticari teamüller uyarınca sözleşmenin ayakta tutulması yönünde bir yorum tarzı benimsenmelidir. TTK m 1408'in mutlak emredici hükmü ise, eşya taşıma sigortalarında sadece sigortalanan menfaate sözleşme süresi içinde zarar gelmesi hâlinde uygulanmalıdır. Eşya taşıma işinin niteliği bu kabulü gerektirir. Aksi hâlde, FOB Incoterm'i aracılığı ile yapılan taşıma örneğinde olduğu gibi sözleşmenin kuruluş anındaki menfaat yokluğu kesin hükümsüzlük iddiasına yol açar.

(4) *Kullanılan Dil Açısından*

TTK m 1425 uyarınca, sigortacının sigorta ettirene vereceği sigorta poliçesinin rahat ve kolay anlaşılacak bir biçimde düzenlenmiş olması gerekir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, sigorta ettiren ve sigortalıyı korumayı amaçladığı açık olan bu hükmün TTK m 1452'de sıralanan koruyucu hükümler arasında yer almaması isabetli değildir. Kanımızca, *koruyucu hüküm* kapsamında sıralanmamış olsa da TTK m 1425, 805 sayılı Kanun'un emredici hükümleri ile beraber değerlendirildiğinde, kamu düzenine ilişkin mutlak emredici nitelikte sayılır ve aksine sözleşmeler geçersiz addedilir.

ENSGŞ'nin kabul edilmesinin üzerinden yaklaşık altmış sene geçmiştir. Dolayısıyla, ENSGŞ'de kullanılan dil ve terminoloji günümüz Türkçesine uygun değildir. ENSGŞ'nin hemen hemen tüm maddeleri ifade olarak rahat ve kolay anlaşılacak şekilde kaleme

⁴⁷⁶ Bkz. Birinci bölüm II.C.

alınmamıştır; maddeler günümüz Türkçesi ile yazılsa bile anlaşılması ve yorumlanmasında zorluk yaşanır⁴⁷⁷. Dolayısıyla başta ENSGŞ ile teminat altına alınan ve istisna olarak yer verilen rizikolar olmak üzere, genel şartlar TTK m 1425'e aykırıdır.

TTK, m 1425'e aykırılık hâline ilişkin herhangi bir yaptırım öngörmez. Ayrıca anılan hükme koruyucu hüküm niteliğinde bir emredicilik de bahsedilmemiştir. Dolayısıyla, zahmetsizce anlaşılamayan sigorta genel şartlarının geçersizliği, sigorta ettiren tarafından ileri sürülse dahi anılan hükümlere ilişkin herhangi bir yaptırım elde edilemez. Bununla birlikte, anılan maddenin madde gerekçesinde de belirtildiği üzere sigorta sözleşmelerinde sigortalı lehine yorum esastır. Anılan sebeple, ENSGŞ'nin kolayca anlaşılır şekilde düzenlenmemiş olması sebebiyle doğabilecek uyuşmazlıklarda sigorta ettiren ve sigortalı lehine yorum ilkesi benimsenir.

(5) Sözleşme Öncesi Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü Açısından

Sigorta sözleşmesinin dürüstlük kuralının en kuvvetli olarak görüldüğü sözleşme olduğunu daha önce görmüştük⁴⁷⁸. Öyle ki, ENSGŞ m 9, eşya taşıma sigorta sözleşmelerinin taraflardan herhangi birinin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi hâlinde diğer tarafça feshedilebileceğini hükme bağlar.

ENSGŞ'nin dili açık ve anlaşılır değildir. Bu durum sigortacı ve acentesine yüklenen aydınlatma yükümlülüğünü ağırlaştırır. Sigortacı ve acentesi, ENSGŞ hükümlerinin uygulandığı her sözleşmede sigorta ettireni kanımızca her maddenin kapsamı hakkında ayrı ayrı bilgilendirmelidir. ENSGŞ hükümlerinin karmaşıklığı, bu hükümlerin uygulamasına

⁴⁷⁷ Bu kapsamda ENSGŞ m 2 örnek verilebilir. Aynı maddede riziko kapsamı içinde, riziko kapsamı dışında ve daha sonra tekrar riziko kapsamı içinde değerlendirilebilecek olaylar sıralanır.

“İğtinam, zabtî müsadere, hapsü tevkif, mümanaat veya alıkoyma ile bunların veya bunlara matuf her türlü teşebbüslerin neticeleri, kezalik muhasematın veya harp mahiyetinde harekâtın (harp ilan edilmiş olsun, olmasın) neticeleri sigortanın dışındadır. Ancak bu hüküm muharip bir devlet tarafından veya muharip bir devlet aleyhine vaki hasmane bir fiile doğrudan doğruya (ve alakalı geminin veya çatışma halinde bu çatışmaya karışmış olan diğer herhangi bir geminin yapmakta olduğu sefer veya hizmetin nev'i veya mahiyetinden müstakil olarak) ika edilmiş olmadıkça çatışmayı, (mayın veya torpilden başka) sabit veya sabih bir cisimle teması, oturmaya, fırtına ve yangını sigorta dışında tutmaz; ve bu hüküm bakımından, bir devletle iştirak halinde olan ve emrinde deniz, kara veya hava kuvvetleri bulunduran herhangi bir otorite dahi devlet tabirinin şümulüne girer. Bundan başka, iç harbin, ihtilalin, isyanın, ayaklanmanın veya bunlardan doğan iç kargaşalıkların neticeleri ile korsanlık da sigortanın dışındadır.”

Her halde sigorta edilen mallara mayın, torpil, bomba ve sair harp silahlarının ika edeceği ziya veya hasarlar sigortaya dâhil değildir.” Bu durum sigorta ettiren açısından anlam kargaşasına sebep olur.

⁴⁷⁸ Bkz. Birinci bölüm I.D.

aşına kişiler tarafından bile bir kez daha yorumlanmasını gerektirir. İlave yorumlanma ihtiyacı, TTK'nın sigorta hukuku düzenlemelerinden ayrılan veya kanun boşluğu olan hükümler için mutlak bir zorunluluktur.

Bu durumun belki de en kuvvetli görünümüyle ENSGŞ m 5'de karşılaşılr. ENSGŞ m 5, TTK m 1429 ile sigortacının tazminat yükümlülüğünün devam edeceğine ilişkin genel ilkeye, sigortacı lehine bir istisna getirerek, sigortacının maddede yer alan hâllerde sorumlu olmayacağını kabul eder⁴⁷⁹. Dolayısıyla sigortacı, ENSGŞ m 5 hükmü ve kabul ettiği kural hakkında mutlaka sigorta ettireni aydınlatmalıdır. Aksi hâlde bu istina geçersiz sayılır ve TTK m 1429 hükmü aynen uygulanır.

(6) *Sigorta Himayesinin Başlangıcı Açısından*

TTK m 1421, kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda sigortacının sözleşmenin yapılması ile sorumlu olacağını hükme bağlar. Anılan kanun hükmü, sigorta ettiren veya sigortalı aleyhine değişiklik yapılamayan, değişiklik yapılsa bile kanun hükümlerinin uygulama alanı bulacağı nispi emredici bir hükümdür. Bu düzenleme ile paralellik sağlamak adına TTK m 1431, karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda sigorta priminin sözleşme yapıldığı anda ödeneceğini öngörür.

ENSGŞ m 8, sigorta himayesinin başlangıcına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verir. Anılan düzenlemeye göre sigorta himayesi, malların donatan veya gemi kiracısı tarafından nakledilmek veya nakliyat derhal yapılmayacaksa geçici olarak saklanmak üzere teslim edildiği anda başlar. Görüldüğü üzere anılan hüküm, sigorta himayesini sigorta sözleşmesi kurulduktan sonraki bir anda başlatır. Her somut olayın şartları ayrı ayrı değerlendirilmek kaydı ile sigorta himayesinin sözleşmenin kurulduktan sonraki bir anda başlaması, sigorta ettiren ve sigortalı açısından sigorta himayesinin daralmasına sebep olabilir ve geçersiz sayılabilir.

Oysa ENSGŞ'nin sigorta himayesinin başlangıcına ilişkin m 8 hükmü, eTTK'nın denizcilik rizikolarına ilişkin olarak kabul etmiş olduğu m 1383 hükümleri ile uyumludur. Anılan hüküm uyarınca, taşınan eşyanın sigortalanması hâlinde riziko, eşyanın gemiye veya mavnalara yükletilmek üzere karadan ayrılmakta oldukları andan başlar ve varma limanında

⁴⁷⁹ Anılan maddeye ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci bölüm I.C.2.d.

yeniden karaya çıkarıldıkları anda sona erer. Bununla birlikte, TTK'da, eTTK m 1383'i karşılayan bir hüküm bulunmaz⁴⁸⁰. Dolayısıyla TTK m 1421, 1431 ve 1452 karşısında ENSGŞ m 8 değerlendirildiğinde, anılan hükmün TTK düzenlemesi ile çeliştiği ve dolayısıyla geçersiz olduğunu düşünüyoruz. Bu hâlde TTK m 1421'de yer alan hüküm doğrudan uygulama alanı bulur. Ancak bu çözüm de işin özelliğine çok uygun düşmez. Dolayısıyla burada kanun koyucunun ayrıntılı düzenlemesine ihtiyaç vardır.

(7) *Tazminat Talebinin Zamanaşımına Uğraması Yönünden*

TTK m 1420 sigorta hukukunda zamanaşımını düzenler. Bu madde sigorta hukukunun genel hükümleri içerisinde yer aldığı için zarar veya can sigortası ayrımı yapılmaksızın tüm sigortalara uygulanır. Hüküm uyarınca, başka bir kanun hükmüyle aksi düzenlenmediği sürece sigorta sözleşmesinden doğan her türlü talep, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki (2) yıl ve sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin işlemler rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı (6) yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

ENSGŞ m 24 ise iki farklı zamanaşımına yer vermiştir. Buna göre, umumi avarya garame payları için tazminat taleplerinin, dispeçin tanzimi tarihinden itibaren bir (1) sene sonra zamanaşımına uğrayacağı kabul edilir. Umumi avarya garame payları dışında kalan diğer tazminat talepleri ise geminin hareket tarihinden itibaren iki (2) sene sonra zamanaşımına uğrar. Anılan düzenleme ile TTK m 1420 birbirleriyle çelişir.

Oysa TTK m 1452'de sigorta hukukunda zamanaşımına ilişkin hüküm, mutlak emredici nitelikte koruyucu hükümdür. Bu nedenle, ENSGŞ'de yer alan zamanaşımına ilişkin düzenleme uygulanamaz ve TTK m 1452'deki hüküm doğrudan uygulanır.

(8) *[Sigorta Ettirenin Bilgilendirilmesi Yönüyle] Tarafların İradesinin Korunması Açısından*

Taraflar arasındaki bireysel anlaşmalar GİŞ denetimine tabi değildir⁴⁸¹. GİŞ hükümlerinin değişikliğe açık olduğu ölçüde bireysel anlaşmaya dönüşmesi mümkündür. SK m 11 uyarınca, sigorta genel şartları değişikliğe açık değildir; tarafların bu hükümleri bireysel

⁴⁸⁰ Ertan, Kerem, **Yeni Türk Hukuku'nda Tekne Sigortaları**, Sempozyum Mart 2012, Özdiş Basımevi, İstanbul, 2012, s. 25-26.

⁴⁸¹ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 20.

anlaşmaya dönüştürme imkânı yoktur. Ancak böyle bir durumda bile, GİŞ hükümlerinin içeriğinin karşı tarafça anlaşılması sayesinde bu hükümler bireysel anlaşmaya dönüşebilir.

TTK m 1423, sigorta işinin teknik yönü sebebiyle sigortacı (ve acenteleri) ağırlaştırılmış bilgilendirme yükümlülüğü altındadır; bu aydınlatma yükümlülüğü olarak adlandırılır⁴⁸². Sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacının ikincil (yan) yükümlülüğü olarak addedilen bu borç uyarınca sigortacı, sözleşmenin kurulmasından başlayarak ifası süresince sigorta ettireni bilgilendirmek ve aydınlatmak zorundadır. Anılan borç, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin kurulması anındaki iradesini korumak adına önemlidir. Ayrıca, bu yükümlülük sadece sigorta lisansı kapsamında faaliyet gösteren sigortacı şirketlere değil, bunların acenteleri ile sigorta brokerlerine de yüklenmiştir. Bu sayede sigortacının sigorta genel şartları açısından sigorta ettirene bilgi verme yükümlülüğü ile sigorta ettirenin iradesi koruma altına alınır⁴⁸³.

GİŞ hükümlerini kullanan tarafın, karşı tarafa bu koşulların içeriğini anlamak ve değiştirmek için gerekli olan bilgi veya profesyonel desteği sağlaması gerekir⁴⁸⁴. Bu durum, karşı tarafın sözleşme hükümlerinin içeriğini anlayabilmesi için belirleyicidir. Sigorta mevzuatının sigortacıya yüklediği bildirim ve aydınlatma borcu, sigorta ettirene sigorta genel şartlarının içeriği hakkında bilgi edinme imkânı sağlar. Bu şekilde sigortacı, sözleşme görüşmelerinin başlangıcından itibaren GİŞ kullandığı konusunda sigorta ettireni uyarır ve sigorta genel şartlarından haberdar eder; sözleşmenin ifası süresince danışmanlık yapar. Sigorta hukukunda GİŞ hükümlerinin poliçede yer alma zorunluluğu da GİŞ'in yürürlük denetiminden geçerek sözleşme hükmü hâline geldiğini gösterir.

Sigorta sözleşmeleri, sözleşme görüşmelerinden başlayıp sözleşmenin sona ermesine kadar dürüstlük kuralının en kuvvetli görüldüğü sözleşme tipidir⁴⁸⁵. GİŞ denetimine ilişkin düzenlemeler bir kenara bırakıldığında bile, güven ilkesi nedeniyle sigortacı ve sigorta ettiren karşılıklı aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, içerik denetimi safhasında sigorta genel şartları içerisinde yer alan çeşitli hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olduğu iddia edilir. Bu tip hükümlere, açık olmayan veya birden fazla anlama gelen

⁴⁸² Atamer / Ünan, s. 72.

⁴⁸³ Chagny / Perdrix, s. 97 vd. Ayrıca bkz. Üçüncü bölüm II.C.

⁴⁸⁴ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 22.

⁴⁸⁵ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm I.D.

ifadeler içeren veya sözleşmenin sigortacı tarafından tek taraflı feshedilmesini sağlayan hükümler örnek olarak verilir⁴⁸⁶. Bu kapsamda Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri m 2:304⁴⁸⁷,ün kabul ettiği sigorta sözleşmelerinin yorumlanmasına ilişkin genel ilkeler yol göstericidir.

Hukukumuzda sigorta sözleşmeleri, genel şartlarda kullanılan terimlerin belirsiz ve anlaşılması güç olması ile ön plana çıkar. Gerçekten, sözleşme genel şartlarının yorumuna en çok ihtiyaç duyulan alanlardan biri sigorta sözleşmeleridir⁴⁸⁸. ENSGŞ’de ise bu durum daha aşikârdır. Kabul edilişinin üzerinden yaklaşık altmış sene süre geçmiş olan ENSGŞ’nin günümüzde herhangi bir tercümesi olmadan anlaşılması zordur. Dolayısıyla bu şartların yorum yoluyla değerlendirilmesi zorunludur. Bu noktada sigorta ettiren veya sigortalının tüketici veya tacir kimliğine bakılmaksızın, işin niteliğinden bağımsız bir şekilde sigortalı lehine yorum tercih edilir. Bu kabulün en önemli sebebi, sigorta faaliyeti dışında herhangi bir faaliyetle iştigal etmeyen sigortacının aynı genel şartların uygulamasına yönelik çok daha fazla tecrübeye sahip olması ve bu konuda tecrübesiz sigortalının korunması gerekliliğidir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ AB Yönergesi ve Haksız Şartlar Yönetmeliği’nde çeşitli sözleşmelerde haksız olarak addedilebilecek şartlar örnek hâlinde verilmiştir. Ayrıca PEICL (Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri – PEICL, *Principles of European Insurance Contract Law – Principes du droit européen du contrat d’assurance*)’nin hazırladığı haksız şartların özet listesi için bkz. Atamer / Ünan, s. 82 ve http://www.aidaturkey.com/Kitaplar/PEICL_ENG_TUR.pdf. PEICL, Avrupa Birliği tarafından 2005 yılı Mayıs ayında sigorta sözleşmeleri için genel bir çerçeve belirlemek üzere oluşturulan bir çalışma grubunun 2007 yılında AB Komisyonu’na sunmuş olduğu ilkelerdir (Chagny / Perdrix, s. 52).

⁴⁸⁷ Anılan maddenin Sigorta Hukuku Türk Derneği tarafından (bkz. http://www.aidaturkey.com/Kitaplar/PEICL_ENG_TUR.pdf) Türkçe’ye çevrilmiş tam metni aşağıdaki gibidir:

“(1) Münferiden müzakere edilmiş olmayan bir sözleşme hükmü, dürüstlüğe aykırı olduğu ve sigorta sözleşmesinin türü, sözleşmenin diğer bütün hükümleri ve sözleşme yapıldığı andaki koşullar göz önünde tutulduğunda, edimler arası dengeyi sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar aleyhine belirgin biçimde bozduğu takdirde onlar hakkında bağlayıcı değildir.

(2) Sözleşme, dürüstlüğe aykırı hüküm olmaksızın varlığını sürdürebilecekse, tarafları bağlamaya devam eder. Aksi hâlde, dürüstlüğe aykırı hüküm, tarafların dürüstlüğe aykırılığı bilselerdi makul olarak kararlaştırmış olabilecekleri bir hükümle değiştirilir.

(3) Bu madde teminatı daraltan veya değiştiren hükümlere uygulanmakla birlikte

(a) teminatın ve primin değer olarak uygunluğuna veya

(b) açık ve anlaşılabilir bir dille belirtilmiş olmaları koşuluyla, verilen teminatın esaslı unsurlarına veya kararlaştırılan prime ilişkin hükümlere, uygulanmaz.

(4) Bir sözleşme hükmü, önceden oluşturulmuş ve bu sebeple sigorta ettiren içeriğine, özellikle önceden hazırlanmış katılım sözleşmesinde, etki edememişse, daima münferiden müzakere edilmemiş sayılır. Bir sözleşme bütün olarak değerlendirildiği zaman, bunun önceden hazırlanmış bir katılım sözleşmesi sayılması gerekiyorsa, bir hükmün bazı unsurlarının veya belli bir hükmün münferiden müzakere edilmiş bulunması, bu maddenin o sözleşmenin geri kalan kısmına uygulanmasını engellemez. Katılım sözleşmesindeki bir hükmün münferiden müzakere edildiğini ileri süren sigortacı, bu hususu kanıtlamakla yükümlüdür.”

⁴⁸⁸ Chagny / Perdrix, s. 107.

⁴⁸⁹ Brulhart, s. 125.

(9) *Sigorta Hukukuna İlişkin TTK Hükümlerinin Niteliği Açısından*

Eşya taşıma sigortaları mal sigortalarının bir çeşidir⁴⁹⁰. Dolayısıyla, ilke olarak ENSGŞ hükümlerinin uygulama alanı bulduğu sigorta sözleşmeleri, sigorta hukukunun genel hükümleri ve mal sigortalarına ilişkin hükümlerine tabidir.

Bununla birlikte ENSGŞ sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümlere de yer verir. ENSGŞ m 17'nin müşterek avarya ilgililerine ödenecek garama payının da sigortacıdan talep edilebilmesi hükmü, sorumluluk sigortalarına ilişkin bir düzenlemedir. ENSGŞ m 17'ye mal sigortaları ile sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümler aynı anda uygulanır.

Her ikisi farklı hukuki amaçlara hizmet eden, farklı hukuki gerekçelere dayanan ve birbirinden farklı hukuki düzenlemelere tabi olan mal ve sorumluluk sigortalarının ENSGŞ'ye aynı anda uygulanması zamanaşımı sürelerinden, rizikonun gerçekleşmesinin sigortacıya ihbar edilmesine kadar taraflar açısından tereddütlü bir durum yaratır. Dolayısıyla, sigortalının mal varlığındaki pasifteki artışı teminat altına alan bu hükmün mal sigortaları hükümleri ile değil, sorumluluk sigortaları hükümlerine uygun olarak yorumlanması gerekir⁴⁹¹. Ancak herhalde, bu durumun sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettiren ve sigortalıya açıklanması şarttır. Aksi takdirde, her somut olayın özelliğine göre sigortalı lehine yorum ilkesi kapsamında mal ve sorumluluk sigortaları hükümleri arasında sigortalının lehine olan hükümler tercih edilebilir.

d. Enstitü Yük Klozlarının TTK Hükümleri Karşısında Değerlendirilmesi

Enstitü Yük Klozları her ne kadar sigorta sözleşmelerine taraflarca özel şart olarak eklenseler de, sigortacı ve sigorta ettirenin bu özel şartların içeriğine herhangi bir müdahale hakları yoktur. Özel şart niteliğini haiz Enstitü Yük Klozlarının, sigorta genel şartlarının tek yanlılık, genellik ve soyutluk özelliklerini içerdiği açıktır. Bu sebeple, ENSGŞ ile aynı düzeyde tutulması mümkün olmamakla birlikte, Enstitü Yük Klozlarının da ENSGŞ'nin denetiminde kullanılan esaslara uygun olması gerekir. Anılan sebeple, Enstitü Yük

⁴⁹⁰ Bkz. Birinci bölüm II.B.1.

⁴⁹¹ Şit, s. 49.

Klozlarının, TTK hükümleri ve özellikle koruyucu hükümler karşısındaki geçerliliği belirlenmelidir⁴⁹².

Enstitü Yük Klozlarının özel şart niteliği, tarafların ortak iradeleriyle eşya taşıma sigorta sözleşmelerine dâhil edildiği karinesini beraberinde getirir. Tarafların bu yönde anlaşmaları TTK'nın koruyucu nitelikteki mutlak veya nispi emredici hükümlerine aykırı olamaz.

Enstitü Yük A Klozu m 1'in riziko tanımı ayrıca incelenmeye muhtaçtır. Anılan hüküm uyarınca, Enstitü Yük A Klozu, muafiyet klozları ile sınırlandırılan rizikolar dışındaki tüm rizikoları himayesi altına alır. Enstitü Yük A Klozu ile tarafların bu şekildeki anlaşması, TTK m 1409(1)'in nispi emredici nitelikte koruyucu hükmüne aykırıdır.

Hiç kuşkusuz bu konuda çıkacak bir uyuşmazlıkta, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılır. Enstitü Yük A Klozu ile sigorta ettiren veya sigortalı aleyhine bir durum oluşuyorsa, anılan hüküm geçersiz sayılır ve TTK hükümleri doğrudan uygulanır. Ancak bu çözümün benimsenmesi durumunda TTK hükümlerinin doğrudan uygulanması durumunda ulaşılabilecek sonuç belirsizdir. TTK m 1453(3) hükmü ile sigorta ettiren ve sigortalının çıkarları gözetilir. Ancak riziko kapsamını belirleyen bir sözleşme maddesi kesin hükümsüz sayıldıktan sonra, himayeye alınan rizikoları belirlemek için bir kanun hükmünün uygulanması tarafların iradesine aykırıdır ve hukuk güvenliğini zedeler.

Kanımızca böyle bir durumda, Enstitü Yük A Klozu ile riziko kapsamı dışında tutulan rizikolar olabildiğince dar ve sınırlı şekilde yorumlanır. Bu şekilde sigortacının sigorta tazminatı borcunun ifası sigortalı tarafından talep edilebilir. Aksi hâlde TTK m 1453 ve 1409 ile sigorta ettiren ve sigortalı lehine ulaşılmak istenen koruma sağlanamaz.

3. İçerik Denetimi

İçerik denetimi, yürürlük ve yorum denetiminden sırasıyla geçen GİŞ hükümlerinin içeriğinin denetlenmesi ve sözleşme tarafları arasındaki dengenin⁴⁹³ sağlanmasını kapsar.

⁴⁹² Enstitü Yük Klozları yorumlanırken özellikle denizcilik sigortalarında sözleşme taraflarının tacir olduğu dikkate alınarak, tacir olmayan bir sigortalının makul olarak vereceği anlam esas alınmaz (Şit, s. 25 dn. 88).

⁴⁹³ Öğretide haklı olarak içerik denetiminin her türlü dengesizliği ortadan kaldırmak gibi bir görevi olmadığı ve bunun, dengenin ekonomik açıdan daha zayıf olan tarafın normalden daha fazla risk üstlenmek zorunda kalması

İçerik denetiminin dayanağını, TBK m 25 oluşturur⁴⁹⁴. Bu madde ile dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafa zarar verici nitelikte sözleşmede yer alan GİŞ'i geçersiz sayar.

İçerik denetimi ile karşı taraf, sözleşme serbestîsi ilkesinin sistemli bir şekilde kendi aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde bertaraf edilmesine karşı korunur⁴⁹⁵. Dolayısıyla TBK m 25 ile AB Yönergesi'nde⁴⁹⁶ yer alan GİŞ hükümlerinin, dürüstlük kuralı ölçüsünde denetleneceğini kabul edilir. Bu yönüyle içerik denetimi bir hakkaniyet denetimidir⁴⁹⁷.

Dürüstlük kuralı, bir kimseden, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı toplumda egemen olan ahlâki ölçülere, geçerli âdetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre belirleyen soyut bir kuraldır⁴⁹⁸. Dolayısıyla içerik denetimi aşamasında GİŞ hükümleri hâkim tarafından öncelikle dürüstlük kuralı ekseninde değerlendirilir. Bu kapsamda, sözleşme bir bütün olarak değerlendirilir, sapılan yedek hukuk kuralları ile korunan hukuki değerler hâkim tarafından tespit edilir⁴⁹⁹. Fakat dürüstlük kuralının soyut bir kavram olması ve denetimin ne şekilde yapılacağına ilişkin hiçbir kritere yer verilmemiş olması, hüküm içi boşluk olduğunun kabulünü gerektirir⁵⁰⁰. Bu boşluğu doldurabilmek için hâkim, TKHK m 5 ve TTK m 55(1) f. (f) ile uyuşmazlığın niteliğine uygun düştüğü ölçüde TTK m 1530'a başvurmalıdır⁵⁰¹.

Sigorta sözleşmesi, sözleşmenin her iki tarafının da azami objektif iyiniyet kuralına uymakla yükümlü olduğu bir sözleşme tipidir. Bu sebeptendir ki sigorta sözleşmesinin genel yorum kuralları ile yorumu aşamasında uygulanacak kurallar ile sigorta genel şartlarının GİŞ içerik denetiminde uygulanacak kurallar birbirleriyle örtüşür. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin GİŞ içerik denetimi, TMK m 2'nin uygulama alanı bulacağı ve tarafların ortak iradelerinin tespitinde başvurulacak olan genel yorum kuralları ile belirlenir.

halinde devreye girdiği kabul edilir. Bu değerlendirmede, güçsüz taraf aleyhine yaratılan dengesizliğin başka yollardan telafi edilmiş olup olmadığına bakılır (Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 51 vd.).

⁴⁹⁴ Anılan hükmün kaleme alınışının hukuk güvenliği açısından eleştirisi için bkz. Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 41 vd.

⁴⁹⁵ Eren, s. 222; Baş, s. 291; 297.

⁴⁹⁶ Yönerge'nin Fransızca dilindeki tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:fr:HTML>

⁴⁹⁷ Uluşan, İçerik Denetimi, s. 32.

⁴⁹⁸ Oğuzman / Barlas, s. 234. Ayrıca bkz. Birinci bölüm I.D.

⁴⁹⁹ Baş, s. 297, 298.

⁵⁰⁰ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 43; Baş, s. 292.

⁵⁰¹ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 43; Baş, s. 277; 293. İçerik denetimi kapsamında TBK m 25 ve 24 birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Altop, s. 43, 44; Doğan, s. 472. TBK m 24 hakkındaki tartışmalar için Baş, s. 301 ve dn. 112, 113 ve 114. Ayrıca bkz. Üçüncü bölüm III.C.4.

III. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ GENEL YORUM KURALLARI UYARINCA YORUMU

Sigorta genel şartları, sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacıyla sigorta ettiren ve sigortalının (veya lehtarın) lehine yorumlanır⁵⁰². Sigorta sektörünün özelleşmesi sonrasında toplumda sigorta bilincinin arttığı, sigorta sözleşmelerinin açıkça tüketici hukuku kapsamına dâhil edildiği ve TBK’da GİŞ hükümlerinin öngörüldüğü günümüzde, sigorta sözleşmelerinde sözleşmenin zayıf tarafının korunması düşüncesinden daha objektif bir yorum tarzı belirlenmelidir. ENSGS ile kurulan ve tarafların tacir olduğu eşya taşıma sigorta sözleşmelerinde de uygulanacak yorum kuralları objektif olmalı ve dürüstlük kuralı sözleşmenin her iki tarafı lehine işletilebilir⁵⁰³.

ENSGS ve Enstitü Yük Klozlarının yorum denetimi sırasında ilk olarak genel şartlar içeren bu hükümlerin yürürlükteki emredici mevzuat hükümleri karşısındaki geçerliliği belirlenir⁵⁰⁴.

Bir sonraki aşamada, sigorta genel şartları genel yorum kurallarına tabi tutularak değerlendirilir. TBK’nın GİŞ denetimine ilişkin düzenlemeleri kapsamında gerçekleştirilecek içerik denetimini tamamlamak için genel yorum kurallarına başvurulur. Bu şekilde sigorta sözleşmesi açık ve anlaşılır hâle getirilir. Ayrıca sözleşme hükümlerinin yorumu yoluyla, zarar ile sigorta himayesi altına alınan riziko arasındaki nedensellik de kolaylıkla tespit edilir.

A. SÖZLEŞMENİN YORUMU⁵⁰⁵

1. Yorumun Görevi

TBK m 1 uyarınca sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade açıklamaları ile kurulur. Yorumun görevi, dürüstlük kuralı ve güven teorisi ışığında sözleşme taraflarının irade açıklamasını aydınlatmaktır. Sözleşmenin yorumu ile sözleşmeye yabancı üçüncü bir kişi tarafından sözleşme içeriğini oluşturan hükümlerin herkes tarafından anlaşılabilirlikte ifade edilmesi amaçlanır. Öncelikle hukukun temel ilkeleri ve genel

⁵⁰² Atamer / Ünan, s. 74.

⁵⁰³ Memiş, Genel Şartlar, s. 137 dn. 39.

⁵⁰⁴ Bkz. Üçüncü bölüm II.D.2.

⁵⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Şener, **Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 5 vd.; Bigot, s. 383 vd; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 148 vd.; Eren, s. 147 vd.; Kılıçoğlu, s. 248 vd.

ahlâka uygun olarak yapılacak yorumda, sözleşme taraflarının sosyal düzeyleri, uzmanlıkları, eğitim durumları etkili olur⁵⁰⁶. Sözleşme taraflarının ticari ve mesleki ihtiyaçları kapsamında yaptıkları bir sözleşme veya bir ticari işlem ile bir tüketici işleminde korunması beklenen menfaatler farklıdır. Dolayısıyla bu işlemlerin tamamı için benimsenecek yorum yöntemi aynı olmaz. Sözleşme taraflarının nitelikleri ve hukuki ilişkinin kurulma amacı sözleşmenin yorumunu etkiler⁵⁰⁷.

Tarafların ortak iradelerinin tespitinde sözleşmenin tamamı bir bütün olarak dikkate alınır. Tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin iradesi sözleşmede kullandıkları ifadeler ile saptanır. Tarafların sözleşme hükümlerine yönelik irade açıklamaları bu hükümlerin, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin içeriğine dâhil olup olmadıklarını gösterir. Yürürlük denetiminde irade açıklamasının mevcut olmaması hâlinde bu hükümler yok (veya *yazılmamış*) sayılır ve yorumlarına ihtiyaç yoktur⁵⁰⁸.

Tarafların irade açıklamasının var olduğu durumlarda, sözleşmenin içeriğini oluşturan hükümlerin açık ve anlaşılır bir dilde kaleme alınıp alınmadığına bakılır. Sözleşme hükümleri açık ve anlaşılır bir dilde kaleme alınmışsa bu hükümlerin ayrıca yorumuna ihtiyaç yoktur. Sözleşme hükümleri açık ve anlaşılır değilse, tereddüde yol açıyorsa, belirsizse veya birden fazla anlama geliyor ve taraflar sözleşmenin içeriğini farklı şekilde anlıyorlarsa, burada bir yorum uyuşmazlığı söz konusudur ve sözleşmenin yorumuna başvurulur⁵⁰⁹.

Sigorta hukuku, hukuk ve aktüerya biliminin uygulandığı teknik bir alandır. TTK'nın ve sigortacılık mevzuatının sigorta sözleşme ve poliçelerine ilişkin düzenlemeleri uyarınca, sigorta sözleşmelerinde açık ve anlaşılır bir dilin kullanılması gerekir. Dolayısıyla sigorta genel ve özel şartlarının sigortacılık mevzuatının emredici hükümlerine uygun olarak düzenlendiği hâllerde, sözleşmenin yorumu kolaylaşır.

⁵⁰⁶ Sözleşme hükümlerinin yorumu olası bir uyuşmazlık halinde mahkemeler önünde hâkim tarafından yapılacağı için, söz konusu yorum tarafların birinin talebiyle gerçekleşecek olan yargı yorumudur (*kazai tefsir*). Yasama yorumu (*teşrii tefsir*) ve bilimsel yorum (*ilmi tefsir*) hakkında açıklamalar için bkz. Oğuzman / Barlas, s. 63.

⁵⁰⁷ Akyol, s. 1 vd.

⁵⁰⁸ Kocayusufoğlu, s. 334; Eren, s. 466 vd.; Helvacı, s. 12. Sözleşmede yer alan ifadelerin hangi anlamlara geldiklerinin tespitinde sözleşmenin tamamının (sözleşme görüşmeleri ile birlikte) değerlendirilmesi gerekliliği yönünde bkz. *Jumbo King v Faithful Properties Ltd* FACV000007/1999 (Court of Final Appeal (Civil), Hong Kong, SAR), Lowry / Rawlings, s. 438. Sözleşmenin yorumunda tüm sözleşmenin dikkate alınması yönünde açık bir düzenlemeye Kaliforniya Eyaleti (ABD) Medeni Kanunu'nun 1641. paragrafında yer verilmiştir.

⁵⁰⁹ Le Tourneau, s. 958; Lambert-Faivre / Leveneur, s. 133; Eren, s. 466.

Halen yürürlükte olan sigorta genel şartları metnlerinin TSRSB tarafından ilk kabul edildiği tarihler de dikkate alındığında, genel şartların birçoğunun açık ve anlaşılır olduğundan söz edilemez. Bu durum, tüketici işlemi kapsamında değerlendirilen sigorta genel şartları açısından tüketici lehine yorum ihtiyacını beraberinde getirir. Ancak sigortalı lehine yorum ihtiyacı, tüketicilerle sınırlandırılmaz. Basiretli bir tacir dâhi ENSGŞ hükümleri aracılığı ile ilk defa sigorta ilişkisine girmesi hâlinde, sektör ve olay tecrübesi daha fazla olan uzman sigortacı karşısında, bu sigorta ürününün hükümlerinin sonuçlarını tasavvur edemez. Bu sebeple ENSGŞ örneğinde olduğu gibi, herhangi bir ticari işlem kapsamında o hükümleri kullanan tarafından açık ve anlaşılır dilde yazılmayan hükümlerin yorumunda sigorta müşterisinin (tacir sıfatını haiz olsa bile) menfaatleri gözetilmelidir.

2. Yorum Kuralları

a. TBK ile Kabul Edilen Genel Kural: Ortak İradenin Tespiti

eBK m 18'i karşılayan TBK'nın *Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler* başlıklı m 19, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel bir düzenlemeye yer vermiştir. Anılan hüküm uyarınca sözleşmenin türü ve içeriğinin yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınacaktır.

Anılan hüküm uyarınca hâkim, sözleşmenin yorumunda tarafların gerçek ve farazî iradelerini araştırıp ortaya çıkarır. Sözleşmedeki ifadelerin açık olmadığı ve fakat sözleşme taraflarının bu ifadelere aynı anlamı verdikleri hâllerde ifadenin yorumunda tarafların ortak anlayışı esas alınır⁵¹⁰. Sözleşme taraflarının ifadelere aynı anlamı yüklemeleri hâlinde, tarafların korunacak menfaatinden söz edilemeyeceği için başkaca bir yönteme başvurulmasına gerek yoktur.

b. Ortak İradenin Tespitinde Dürüstlük Kuralı ve Güven Teorisinin Rolü

Sözleşme taraflarının sözleşme içeriğindeki bir ifadeye farklı anlamlar yüklemeleri hâlinde taraf iradeleri arasında bir uyumsuzluk söz konusudur. Bu hâlde, anılan ifadeye

⁵¹⁰ Kocayusufoğlu, s. 332; Oğuzman / Öz, C 1, s. 74; Eren, s. 147 vd. Sözleşmelere ilişkin genel yorum kurallarının sigorta sözleşmeleri için de uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. *Jason v Batten (1930) Ltd* [1969] 1 Lloyd's Rep 281, Lowry / Rawlings, s. 440.

verilmesi gereken anlam güven teorisi ışığında belirlenir. Güven teorisine göre⁵¹¹, irade beyanı ve sözleşmedeki ifadelerle verilecek olan anlam, sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla karşı tarafın dürüstlük kuralı ışığında bildiği veya bilmesi gerekli bütün unsurları değerlendirerek vermesi gereken anlamdır⁵¹².

Yoruma konu olacak hukuki işlemin niteliği, yorum kurallarının ne şekilde uygulanacağı hakkında da belirleyicidir. Bu kapsamda bir satış sözleşmesine uygulanacak yorum ile bir eser sözleşmesine uygulanacak yorum yöntemi farklılık arz edeceği gibi, tek taraflı hukuki işlemler ile GİŞ'e uygulanacak yorum yöntemi veya kanun ile düzenlenen sözleşmeler ile isimsiz sözleşmelere uygulanacak yorum yöntemi *birebir* aynı olamaz⁵¹³.

Sözleşmenin yorumu sırasında güven teorisinin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle yorumlanacak sözleşmenin hukuki niteliği belirlenmeli, özellikleri ayrıştırılmalıdır. Sözleşmenin hukuki niteliğinin temel ve esaslı unsurları belirlendikten sonra sözleşmenin yorumuna geçilir. Bu konuların önceden tespit edilmemesi hâlinde yapılacak bir yorum, hukuki işlemin özelliklerini dikkate almamış olacağı için hukuk güvenliğini koruyan bir sonucun oluşmasını engeller; tarafların ortak iradesi tespit edilemez.

Sözleşmede kullanılan ifadelerin anlamı ve dilbilgisi kuralları çoğu zaman sözleşmenin yorumu için yeterli olmaz. Böyle bir durumda tarafların sözleşme ile elde etmek istedikleri ekonomik amaç ve sözleşme hükümlerinin yorumu sırasında dürüstlük kuralı ve güven teorisi yol göstericidir. Dürüstlük kuralı ile güven teorisi, sözleşme hükümleri ile yaratılan eşitsizlik ve dengesizliği gidererek hakkaniyete uygun bir hukuki ortam yaratılmasını amaçlar. Anılan ilkelerin uygulanmasıyla sözleşmede tarafların makul beklentisinden ayrılan hükümler olması gereken anlama kavuşur. Bu durum dürüstlük kuralının temelini oluşturan ahlâki kuralların gereğidir⁵¹⁴.

⁵¹¹ Bkz. Üçüncü bölüm II.A.2.

⁵¹² Oğuzman / Öz, C 1, s. 75; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 150; Eren, s. 154 vd.; Kılıçoğlu, s. 248 vd., 472 vd., Rose, s. 183; Helvacı, İlhan, **Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna ilişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 11. Bununla birlikte ölüme bağlı tasarruflarda ve özellikle vasiyetnamelerde beyan sahibinin iradesini esas alan irade teorisi uygulama alanı bulur (Eren, s. 154).

⁵¹³ Akyol, s. 19.

⁵¹⁴ Akyol, s. 88 vd.

Dürüstlük kuralının sözleşmenin yorumu sırasında uygulanmasıyla, sözleşme hükümleri ile öngörülen karşılıklı hak ve yükümlülükler belirli hâle gelir. Dürüstlük kuralı, tarafların sözleşmeden bekledikleri ekonomik amaç doğrultusunda hükümlerin doğurduğu hak, yükümlülük ve hatta külfetleri somutlaştırır⁵¹⁵. Bu bakımdan tarafların sözleşmeyi kurmalarındaki ekonomik amaç sözleşmenin yorumu sırasında dikkate alınması gereken hususların başında gelir. Ekonomik amacın, şekle bağlı olsun olmasın tüm sözleşmelerin yorumunda dikkate alınması gerekir⁵¹⁶.

Dürüstlük kuralı, bir taraftan sözleşmede tarafların edimleri arasındaki dengesizliği giderirken, diğer taraftan sözleşme taraflarını, birbirlerine ve değişen şartlara karşı korur. Güven teorisinin uygulanması sırasında iş ve işlem hayatının teamülleri uygulama alanı bulur. Özellikle ticari işlere ilişkin sözleşmelerin yorumlanmasında ticari örf ve âdetler önemli rol oynar⁵¹⁷. Örf ve âdet kuralları, öğretide ilgili çevrelerde uyulmasının zorunlu olduğu yolunda yaygın inancın gerçekleşmiş olan bir tür objektif hukuk kuralı olarak tanımlanır⁵¹⁸. TTK m 2 de bu kuralların taraflar arasındaki hukuki ilişkinin yorumuna uygulanmasına açıkça cevaz verir. Anılan yasa hükmü uyarınca tacirler arasında ticari örf, âdet ve teamüller, irade açıklamalarının yorumunda doğrudan uygulama alanı bulur.

Tacir sıfatını haiz olmayan kişilerin taraf olduğu iş ve işlemlerde ise bu kurallar ancak tacir olmayan tarafın bildiği veya bilmesi gerektiği ölçüde uygulanır⁵¹⁹. Sözleşmenin yorumuna yardımcı bu kurallar, yorumda hukuki güvenin korunmasına yardımcı olur. Bununla birlikte teamüllerin uygulanabilirliği onların dürüstlük kuralına uygun olmaları koşuluna bağlıdır. Dürüstlük kuralı ve güven teorisine başvurulduğu anda, sözleşmede yer

⁵¹⁵ Dürüstlük kuralının yorum sırasında yapacağı etkilerin ayrıntılı incelemesi için bkz. Akyol, s. 90. Ayrıca bkz. Kendigelen, Abuzer, **Sözleşmenin Yorumu**, Hukuki Mütalaalar, C VIII : 2006, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 309-310; Kendigelen, Abuzer, **Sözleşmenin Yorumu**, Hukuki Mütalaalar, C VIII : 2006, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 318-320.

⁵¹⁶ Akyol, s. 28.

⁵¹⁷ Kavram olarak *örf* bilmek tanımak; *âdet* eylemin alışkanlık haline gelmesi; *teamül* ise bir yerde öteden beri olagelen davranıştır. Teamüller hukuk kuralı niteliğinde olmadıkları için, örf ve âdet kurallarının aksine hükme esas teşkil edemez (Eriş, C 1, s. 210).

⁵¹⁸ Arkan, s. 90.

⁵¹⁹ Akyol, s. 101 vd.; Arkan, s. 92. Yargıtay'ın bir kararında taşıma sözleşmesinde taşınan malların taşıtana nasıl teslim edileceğine ilişkin hüküm bulunmaması halinde, ticari örf ve âdet göz önüne alınarak mal teslimine ilişkin kuralların uygulanabileceği açıkça hükme bağlanmıştır (Yarg. 11. HD, 13.2.1995 tarih, 1994/7522E., 1995/1190K. (Eriş, C 1, s. 217'den naklen)). Ayrıca sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde tarafların sözleşmeyi uygulama biçiminin de dikkate alınması yönünde bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 153; Kendigelen, Abuzer **İrade Beyanlarının Yorumlanması**, Hukuki Mütalaalar, Arıkan Yayınevi, C VII : 2005, İstanbul, 2006, s. 280 vd.

alan bir ifadenin anlam ve sınırları bu ifadenin tüm sözleşme hükümleri ile bağlantısı tespit edilerek gerçekleştirilir. Yorumda, sözleşmenin bütününe dikkate alınması esas olup, yorumlanan ifade, sözleşmeden soyut bir şekilde anlamlandırılmaz.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında irade açıklamasının yöneltildiği muhatabın güveni korunurken, iradesini açıklayanın, o sözleşmenin tipi ve özelliklerine uygun deneyimi de dikkate alınır.

c. Sözleşmenin Açık ve Anlaşılır Dilde Olması

Bir sözleşme hükmünün açık ve anlaşılır olması⁵²⁰ her somut olayın özelliklerine göre, sözleşme taraflarının nitelik ve bilgi birikimleri dikkate alınarak belirlenir. Bir sözleşme hükmünün açık ve anlaşılır sayılması için çeşitli özelliklere sahip olması gerekir. Öğretide bir hükmün açık ve anlaşılır niteliği haiz olabilmesi için, metnin belirsiz olmaması ve tarafların iradeleri doğrultusunda kaleme alınması gerektiği savunulur. Ancak bu tek başına yeterli olmaz. Açık ve anlaşılır bir hüküm, tarafların niyetleri hakkında herhangi bir tereddüde, karışıklığa ve çelişkiye mahal vermemelidir. Tüm bu özelliklerin bir arada bulunması hâlinde açık ve anlaşılabilirlikten bahsedilebilir⁵²¹.

Hâkim tarafından sözleşme hükümlerini açıklamak için izlenecek yöntem ne olursa olsun, sözleşmeyi ve hükümlerini ayakta tutan yorumun tercih edilmesi genel olarak kabul edilen görüşdür⁵²².

Sigorta sözleşmesi kapsamı içinde veya dışında tutulan riziko unsurlarının poliçede veya sigorta genel şartlarında genel geçer ifadelerle, sınırları veya kapsamı tam olarak anlaşılamayacak ve dolaylı şekilde belirtilmesi hâlinde de sigorta sözleşmesinin açık ve anlaşılır olmadığından bahsedilir. Açık ve anlaşılabilirlik göreceli kavramlardır, her somut olayın ve sigorta sözleşmesi taraflarının niteliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilir. Her hâlde sigorta ettiren veya sigortalının kişisel nitelikleri (ör., sigorta sözleşmeleri konusundaki tecrübe ve

⁵²⁰ BGB § 307(1) c. 2, sözleşme hükümlerinin açık ve anlaşılır olmamasının dürüstlüğü aykırı durum yaratabileceğini hükme bağlar. Ayrıca bkz. Wolf / Lindacher / Pfeifer, § 307, s. 267 vd.

⁵²¹ Maleville, s. 94 vd.

⁵²² Kocayusufoğlu, s. 336; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 151; Eren, s. 473; Helvacı, s. 12; Kendigelen, Abuzer, **Sözleşmenin Yorumu – Kısmi Butlan**, Hukuki Mütalaalar, Arıkan Yayınevi, C V : 2003, İstanbul, 2006, s. 278.

yeterliliği) göz önünde bulundurularak sigorta sözleşmesi ile sağlanan himayenin kapsamını ayırt edip edemeyeceği tespit edilir.

Sigorta sözleşmesinde muafiyet klozlarının belirli ölçütlere ve sınırlı sayıdaki durumlara özgülenmesi, bu hükümlerin açık ve belirli olmasını zorunlu kılar. Fransız hukukunda, sigorta himayesinden muaf tutulan bir rizikonun, sigorta sözleşmesine özel şartların kabul edildiği durumlarda bu özel şartların yer aldığı bölümde de ayrıca belirtilmesi gerekliliği savunulur⁵²³.

Bir sözleşme hükmünün açık ve anlaşılır olması göreceli bir durumdur ve objektif ölçütlere bağlanarak sınırlarının kesin olarak belirlenmesi güçtür. Genel olarak bir sözleşme hükmü belirli olduğu ölçüde açık ve anlaşılır kabul edilir⁵²⁴. Bir hükmün belirli kabul edilebilmesi ve anlaşılır hâle getirilebilmesi için kullanılabilecek birçok yöntem vardır.

d. Sözleşmenin Açık ve Anlaşılır Hâle Getirilmesi İçin Taraflarca Kullanılabilecek Araçlar

GİŞ hükümlerinden oluşan bir sözleşmenin tüm hükümlerinin açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınmış olması güçtür. Ancak bu tip belirsiz hükümler içeren sözleşmeler, tarafların münferit veya müşterek çabaları ile daha anlaşılır hâle getirilebilir.

Sözleşmede kullanılan terimlere ilişkin *tanımlara* yer verilmesi, sözleşmede kullanılan hükümlere tarafların yükledikleri anlamların tespitine yardımcı olarak, sözleşmenin ekonomik amacının ve tarafların gerçek iradelerinin belirlenmesinde önemli rol oynar. Bu tanımları sözleşme tarafları kendileri tasarlayabileceği gibi, mevzuat hükümleri ile çelişen ifadelerin bulunduğu hâllerde, işin niteliğine uygun olarak bir kanun hükmünde veya sözlükte yer alan tanımı tercih edebilir⁵²⁵.

Ülkemizde, sigorta genel şartları Müsteşarlık tarafından hazırlandığı ve taraflarca aynen uygulanmak zorunda olduğu dikkate alındığında, tarafların genel şartların içeriğinde

⁵²³ Örneğin, sigorta sözleşmesinin hükümlerinden faydalanılması için sigortacıya “*gerekli her türlü önlemi alması*” gibi genel ve kapsamı belirsiz nitelikte bir yükümlülük yükleyen muafiyet klozlarının sözleşmelerden çıkarılması veya hükmün içeriğinin somutlaştırılması gerektiği savunulur. Bu hâliyle hüküm, sigortacıya çok fazla bir hareket alanı vermektedir (Maleville, s. 54-55).

⁵²⁴ Maleville, s. 73.

⁵²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 333. Yorum anlaşmaları hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 337.

esaslı değişiklik yapamayacakları açıktır. Tarafların, sözleşme özel şartları olarak genel şartlarda yer alan ifadelere mutabık kaldıkları tanımları vermelerine engel bir durum yoktur⁵²⁶.

Açık olmayan hükümler arasında yer alabilecek sigorta teminatının kapsamı, şartları, muafiyet hâllerinin ayrıntılı olarak veya belirli ölçülere atıfta bulunarak düzenlenmesi de sigorta sözleşmesi hükümlerinin daha açık, anlaşılır ve sınırlandırılmış olmasına yardımcı olur. Sözleşme kapsamında atıfta bulunacak ölçüler meslek örgütlerine, meslek odalarına, uluslararası kuruluşlara veya sivil toplum kuruluşlarına ait olabileceği gibi, hukuki veya sözleşmesel nitelikte de olabilir. Sigorta sözleşmesinin tüm hükümlerinin bu şekilde ayrıntılı olarak düzenlenmesinin fiilen mümkün olmadığı hâllerde ise sigorta ettiren ve sigortalının dikkate etmesi gereken hususlara ilişkin bölümlerde sigortacı tarafından bu şekilde açıklamalara yer verilmesi uygun olur⁵²⁷. İlgili sözleşme hükmünün anlamlandırılması aşamasında taraflarca mutabık kalınan anlamın aynen sözleşme metninde yer alması, olası tereddütleri de ortadan kaldırır. Başka bir söylemle, belli bir kavrama veya kurala atıfta bulunmak yerine, buna sözleşmenin özel şartlar bölümünde yer verilmesi gerekir. Aynı hüküm veya sözleşmede, farklı ölçütlere atıfta bulunularak yer verilmesi hâlinde, bu durum, anılan ölçütün sözleşme taraflarınca idrak edilmesini ve üzerinde irade beyanlarının uyuşmasını kolaylaştırır.

Sigorta himayesi kapsamı dışında tutulan durumlara ilişkin hükümlerin açık ve anlaşılır olmasına yardımcı bir diğer unsur ise, bu hükümlerin belirli bir *örnekseme* yoluyla sıralamaya yer vermesidir. Hükümlerde kullanılacak örnekler bildirici nitelikte olmamalı, bir başka deyişle, sınırları belirsiz *gibi* bağlacı içermeyecek şekilde kabul edilmelidir. Sigorta sözleşmesi ile belirlenecek muafiyet klostları, tahdidi nitelikte olmalı ve anılan hükmün anlamının sınırlı sayı ilkesi ile belirlenmesini sağlamalıdır. Aksi takdirde bildirici bir yöntem benimsenmesi, hükmün sınırlarının belirlenmesini ve hükmün anlamının olması gerektiğinden daha geniş yorumlanmasına sebep olur⁵²⁸.

⁵²⁶ Maleville, s. 74 vd.

⁵²⁷ Maleville, s. 86 vd.

⁵²⁸ Maleville, s. 83 vd. Zorunlu sigortalarda sigorta himayesi kapsamı dışında bırakılan rizikoların denetimi ilgili mevzuat hükümleri uyarınca gerçekleştirilir. Zorunlu sigortalarda ilgili mevzuat hükümleri uyarınca kapsam dâhilinde tutulması gereken bir riziko herhangi bir sebeple sigorta himayesi dışında bırakılmışsa bu hüküm ahlâk

B. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ YORUMUNDA İZLENMESİ GEREKEN YÖNTEM

1. Genel Olarak

Sigorta sözleşmesinin katılmalı (iltihaki) nitelikte olduğu dikkate alındığında, sigorta genel şartlarının yorumlanmasında öncelikle TBK'nın GİŞ ve TKHK'nın haksız şart denetimine ilişkin kurallar uygulanır. Ancak GİŞ'e ilişkin yorum kurallarının sözleşmenin türüne uygulanması sırasında sigorta sözleşmesinin özellikleri de dikkate alınır.

TBK m 19 hükmü, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m 18 ve CC m 1156'da olduğu gibi, sözleşmenin yorumunda tarafların kullandığı sözcüklerin dikkate alınamayacağını belirtir. Kanun, sözleşmenin yorumu yapılırken sözleşmenin ruhunun ve taraflarca sözleşmeyle elde etmek istenen sonucun sözleşmedeki ifadelerden üstün tutulması gerektiğini hükme bağlar. Bununla birlikte adı geçen yasa hükümlerinin hiçbirisi sözleşmede yer alan sözcüklere göre yorum yapılmasını yasaklamaz. Dolayısıyla beyan aracı olarak kullanılan ifadeler sözleşmenin yorumunda aslî yorum aracı olarak kullanılır⁵²⁹.

Sözleşmenin yorumunda amaç, sözleşmede yer alan ifadelerin içeriklerini ve belirlenen içeriğe hangi sonuçların bağlanması gerektiğini tespit etmektir. Sigorta sözleşmesinde yer alan ifadeler arasında tarafların ortak iradeleriyle kabul ettikleri özel şartların tarafların sözleşmeyi akdetmelerindeki ortak iradeleri hakkında ilk hareket noktasıdır ve hâkime yol gösterir. Bu aşamada sözleşmede kullanılan kelimelerin gündelik dildeki anlamları, terim, teknik ve etimolojik anlamlarının tamamı hâkim tarafından dikkate alınır. Bu inceleme sırasında sözleşmenin sigorta ettiren ve sigortalı tacir tarafının sözleşme hakkındaki bilgisi, terimlerin yorumlanması ve tarafların ortak iradelerinin belirlenmesi açısından yol göstericidir.⁵³⁰

ve adap kurallarına aykırılık sebebiyle geçersiz sayılır ve kanun hükümleri doğrudan uygulanır. Aksi hâlde kanun ile zorunlu nitelik tanınan sigorta ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılamaz (Chagny / Perdrix, s. 112 vd.).

⁵²⁹ Eren, s. 470; Helvacı, s. 13.

⁵³⁰ Maleville, s. 135 vd.; Le Tourneau, s. 1089. İsviçre hukukunda önceleri belirli bir sigorta ürününe ilişkin genel şartların tüm sözleşmeler için aynı şekilde yorumlanması savunuluyordu. *Büyük sayılar ilkesi* uyarınca belirli bir sigorta ürünü için aynı tehlikeyi taşıyan kişilerden oluşan bir riziko topluluğu oluşmakta ve dolayısıyla bu topluluğu oluşturan bireylerin tamamına ortak veya aynı yorum kuralları uygulanmasının uygun olacağı ileri sürülmüştü. Daha sonra bu görüş terk edilerek, sigorta sözleşmelerinde her somut olayın ve her sigorta

Sigorta sözleşmesinin yorumu, sözleşme taraflarının ortak iradesini sigorta sözleşmesine ilişkin bilgilendirme formları ve sigorta poliçeleri de dâhil olmak üzere tüm belgelerin incelenerek, açık olmayan hükümlerin yorumlanmasını ifade eder. Sigorta sözleşmesinin yorumunda, sigortacının riziko himayesinin kapsamı ve bunun sonuçları belirlenmeye çalışılır. ENSGŞ m 1’de himaye altına alınan rizikolara ilişkin ifadeler açık ve belirgin değildir. Bu sebeple sigorta himayesi kapsamına dâhil edilen rizikoların sınırları genel şart metninden tam olarak anlaşılamaz. Genel şart hükümlerinde gizli anlamların ortaya çıkarılması için dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ışığında genel yorum kurallarına başvurulması zorunludur.

Sigorta sözleşmesi taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi oluşturur. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu her zaman sürekli niteliği haiz olmasa da, sigortacının rizikoyu taşıma ve sigorta himayesi sağlama borcu sözleşme süresince devam eder. Sözleşmenin yorumunda ilke, sözleşmenin kuruluş anındaki şartları dikkate almak olsa da, sürekli borç niteliğini haiz sigorta sözleşmelerinde sözleşme süresi boyunca meydana gelebilecek değişiklikler dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilir⁵³¹.

Sigorta sözleşmesinin genel olarak yorumu sigorta himayesi kapsamı içinde kalan rizikolar veya teminat kapsamı dışında bırakılan rizikolarla sınırlı değildir. Riziko kapsamının yorumlanması etkin şart kuralının uygulanması anında nedenselliğin tespiti açısından belirleyicidir. Oysa sigorta sözleşmesinin yorumu, sigorta ettiren ile sigortacı veya acentesi arasında, sözleşme görüşmelerinden başlayarak sözleşmenin sona erdiği döneme kadar devam eden ilişkideki tüm sözleşme içeriğine uygulanır⁵³².

GİŞ denetimine ilişkin yorum kurallarının doğrudan uygulanması sonucunda sigorta sözleşmesi, güçlü taraf olan sigortacı aleyhine ve sözleşme hükümlerinde yararlanan sigorta

müşterisinin özellikleri dikkate alınarak yorum yapılması benimsendi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brulhart, s. 127-128.

⁵³¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 334-335; Akyol, s. 58 vd.; Helvacı, s. 12-13. Sigorta sözleşmelerinin yorumunda dürüstlük kuralının uygulanması ve sözleşmede yer alan ifadeler tarafların verdikleri anlamların dikkate alınması yönünde bkz. *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 All ER 98 (HL), Lowry / Rawlings, s. 436-438.

⁵³² Birds, John, **Birds’ Modern Insurance Law**, Sweet & Maxwell, 7th edition, London, 2007, s. 214. İngiliz mahkemelerinin verdiği bir kararda, sözleşme görüşmelerinin tarafların sözleşmeyi akdetme amaçlarını objektif olarak belirlemek adına önemli olduğu ve bu sebeple sigorta sözleşmesinin yorumunda dikkate alınması gerektiğine hükümlenmiştir (*Prenn v Simmonds* [1971] 3 All ER 237 (HL) ile *Reardon Smith Line Ltd v Hansen-Tangen* [1976] 3 All ER 570 (HL) kararları için bkz. Lowry / Rawlings, s. 435-436).

ettiren veya sigortalı lehine (*in dubio contra stipulatorem*) yorumlanır⁵³³. Sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi olduğu durumlarda bu durum daha belirgindir. TTK hükümleri ve hükümlerin gerekçeleri ile TKHK m 5'den⁵³⁴ de aynı sonuca ulaşılabilir. Bu ilke, sigorta sözleşmeleri için kabul edilen genel kural niteliğindedir ve sigorta ettiren ile sigortalı tarafın sigorta sözleşmelerine yabancı olduğu karinesiyle sözleşme tarafları arasındaki dengesizliği gidermek amacıyla kabul edilmiştir⁵³⁵. Dolayısıyla genel kural sigorta ettiren ve sigortalı lehine yorum olmakla beraber, sözleşmeye konu sigorta ürününün ve sigortacı karşısında bulunan tarafın niteliği ile bu tarafın ilgili sözleşmeye ilişkin tecrübesi doğrultusunda bu kural sistematik olarak (aynen) uygulanmaz⁵³⁶.

2. Sigortacının Poliçe Verme Yükümlülüğünün Yorumu Etkisi

TTK m 1424 uyarınca sigortacı, sözleşmenin kurulmasından itibaren en geç on beş (15) gün içinde sigorta ettirene poliçe vermekle yükümlüdür. Poliçenin düzenlenerek sigorta ettirene teslim yükümlülüğü sigorta sözleşmesinin kurulması için bir ön şart değildir. Poliçenin sigorta ettirene usulüne uygun şekilde teslim edilmesi, sigorta sözleşmesini şekle bağlı işlem niteliğine yaklaştırır. Bu hâlde sözleşmenin yorumu belli bir ölçüde kolaylaşır ve poliçe metni, sigorta sözleşmesinin içeriği konusunda öncelikle dikkate alınarak aksi ispat edilebilir bir karine oluşturur. Buna ek olarak, geçerlilik şekline tabi sözleşmelerin yorumunda özellik arz eden kurallar uygun düştüğü ölçüde sigorta sözleşmelerine de

⁵³³ Akyol, s. 21 vd.; Le Tourneau, s. 958; Chagny / Perdrux, s. 108 vd.; Engel, Pierre, **Le point sur la partie générale du droit des obligations**, Revue Suisse de Jurisprudence, Schulthess Juristische Medien AG, 2004, s. 184; Engel, L'évolution, s. 9; Corboz, s. 256; Brulhart, s. 133. Aynı yönde bir karar için bkz. *Harris v Poland* [1941] 1 KB 462 (Lowry / Rawlings, s. 440-441).

⁵³⁴ Fransız iç hukukuna 1.2.1995 tarihli yasa ile tüketici kanununa m L. 132-1 olarak aktarılan (ayrıca 2009 yılında kabul edilen m R.132-2, R.132-2 ve R. 132-2-1 ile de düzenlenen), İngiliz iç hukukuna 1999 yılında *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation* ile aktarılan, hukukumuzda da TKHK m 5 ile aktarılan tüketici işlemlerinde yer alan haksız şartlara ilişkin AB Yönergesi'ne ilişkin düzenlemeler, sigorta sözleşmesi taraflarının sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici sigorta ettiren aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarını kesin hükümsüz saymak suretiyle tüketicilere koruma sağlar. Bu genel düzenleme tüketici işlemi sayılan sigorta sözleşmelerine istisnasız olarak uygulanır. Bununla birlikte inceleme konusu kapsamında, ENSGŞ aracılığı ile kurulan sigorta sözleşmeleri tüketici işlemi niteliğinde değildir. Bu durum, eşya taşıma sigortalarında sigorta ettiren ve sigortalıyı tüketici işlemlerine sağlanan doğrudan korumanın dışında bırakır. Bununla birlikte tüketici mevzuatında haksız şartlara ilişkin kabul edilen düzenlemeler, TBK hükümlerinin kapsamının belirlenmesine yardımcı olur. Fransız ve Avrupa Birliği hukukunda AB Yönergesi'nin uygulanmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Lambert-Faivre / Leveneur, s. 135 vd.; Bigot, s. 258 vd.; Beignier, s. 365 vd.

⁵³⁵ Özellikle banka kredi sözleşmesi genel şartlarının yorumuna yönelik yargı uygulamasında zayıf yararına yorumun tercih edilmediği yönünde bkz. Akyol, s. 63.

⁵³⁶ Le Tourneau, s. 958.

uygulanır. Örneğin, sigorta ettiren veya sigortalının sözleşmeyi akdetmelerindeki ekonomik amacın poliçeye eklenmiş olan özel şartlar aracılığıyla tespit edilmesi mümkündür⁵³⁷.

Amerikan hukukunda sigorta sözleşmelerinin yorumunda kabul edilen iki temel ilke hukukumuz için de geçerlidir. Sigorta sözleşmesi, sigorta ettirenin sözleşmeden makul beklentilerini karşılayacak ve sigortacı lehine ölçsüz bir avantaj sağlamayacak şekilde yorumlanmalıdır⁵³⁸.

Sözleşme hükümlerinin açık ve anlaşılabilirliği görecelidir. Bir sigorta sözleşmesi içindeki tüm hükümlerin mutlak anlamda açık ve anlaşılır olması mümkün değildir. Bu durumun hukuki anlamda oluşturacağı yanlış anlaşılmalara önüne geçebilmek adına sigorta sözleşmelerindeki teminat sınırlamaları, riziko kapsamı içine dâhil olmayan durumlar ve muafiyetlerin ayrı bir liste hâlinde sigorta sözleşmesi ve poliçede belirtilmesi yerinde olur.

Sigortacının poliçe verme yükümlülüğünün sözleşmenin yorumuna bir diğer etkisi de sigorta ettirene tanınan itiraz etme hakkıdır. TTK m 1423 ile sigortacının sigorta ettireni aydınlatma yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinin yaptırımını olarak öngörülen itiraz hakkı, sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkabilecek yorum yöntemine de etki eder. Sigortacının, sigorta ettirene ve (sözleşme süresince) sigortalıya karşı bilgilendirme, aydınlatma ve danışmanlık yapma borçlarını gereği gibi ifa etmediği ve buna rağmen sigorta ettirenin poliçenin kendisine verilmesini izleyen on dört (14) günlük sürede herhangi bir itirazda bulunmadığı durumda, sigorta ettirenin tacir olduğu durumlarda sigortacı lehine hukuki sonuçları doğurur. Zira burada sigorta ettirenin kendisine verilen itiraz hakkını kullanmamış olması, anılan hükmün karşıt anlamından poliçe hükümlerine ilişkin gerekli bilgilendirme ve danışmanlığın kısmen de olsa sigortacı tarafından ifa edildiği ve poliçe hükümlerinin sigorta ettirenin talep ve ihtiyacına uygun olduğu anlamına gelir. Özellikle tacirler arasında düzenli olarak akdedilen poliçelerde bu şekilde bir yorum daha kolay kabul edilir.

⁵³⁷ Şekle bağlı sözleşmelerin yorumu hakkında bkz. Eren, s. 474; Kocayusufpaşaoğlu, s. 337-338.

⁵³⁸ Anılan ilkeler “*fulfilling the reasonable expectations of the insured*” (sigortalının makul beklentilerini karşılayacak), “*desirability ... of giving effect to the reasonable expectations of the parties*” (tarafların makul beklentilerini sağlaması beklenen) ve “*disallowing the insurer any unconscionable advantage*” (sigortacının mantıksız avantaj elde etmesine izin vermeyen) şeklinde adlandırılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birds, s. 218. Ayrıca *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v Scalera* 2000 SCC 24 (Supreme Court of Canada) kararı ve Lowry / Rawlings, s. 448-449 ve 462 vd.’da yer alan Amerika Birleşik Devletleri Eyalet mahkeme kararları.

3. Sigorta Sözleşmesine İlişkin Belgelerin Yorumu Etkisi

Sözleşme hükümlerinin açık ve anlaşılır olmadığı bir diğer deyişle belirsiz olmaları sebebiyle yoruma başvurulur. Bu durum tüketici işlemlerinde olduğu kadar ticari işlemlerde de aynı hassasiyetle uygulanır⁵³⁹. Bu şekilde belirsizlik içeren bir sözleşmede yoruma başvurulması iki sebepten ileri gelir. Anılan hükmü açıklayabilecek nitelikte bir veri yoktur, ki bu hâlde bilgi eksikliğinden söz edilir. Veya anılan hükmü açıklayabilecek sözleşme ve sözleşmeyi oluşturan belgelerde çok fazla kaynağa ulaşılmaktadır ki, bu hâlde de bilgi fazlalığından söz edilir⁵⁴⁰.

Daha önce sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin açıklamalarımızda⁵⁴¹ da bahsedildiği üzere, sigortacının sigorta ettireni bilgilendirmesi ve ona danışmanlık yapmasının ölçütü yeterli (makul) seviyedir. Esasen bu ilke sigorta sözleşmesi hükümlerinin kaleme alınmasında da uygulama alanı bulur. Zira yeterli seviyede açıklama içermeyen bir sigorta sözleşmesinde bilgi eksikliği sebebiyle çeşitli ifadelerin anlaşılması mümkün olmaz.

Gereğinden fazla bilgi ve açıklamaya yer verilen hâllerin bir diğer görünümü, aynı düzenlemeye ilişkin ifadelerin birbirleriyle çelişmesi durumunda gündeme gelir. Sözleşmede yer alan bir ifadeye ilişkin bilgi fazlalığı, aynı sözleşmeye ilişkin birbirini izleyen poliçe veya zeyilnelerde (geniş anlamda sözleşmesel ilişkiye ilişkin evrak içeriğinde) çelişkili ifadelerin kullanılmasıdır. Başka bir deyişle, sigorta sözleşmesinin kuruluşu sırasında sigorta ettirene sunulan veya onun irade açıklamalarını içeren evrakta çeşitlilik ve bu evrak içeriğini oluşturan belgelerin farklı zamanlarda akdedilmiş olması belirsizlik kaynağıdır. Bu durumda, TTK ve SK hükümleri, ilgili sigorta genel şartları, bilgilendirme formu, poliçe(ler) ve varsa zeyilnamede yer alan ifadelerin bir arada okunması esasen açık ve anlaşılır olan bir ifadeyi belirsiz hâle getirebilir. Gerçekten sigortacılık uygulamasında sigorta sözleşmelerinde kabul edilen hükümlerin yetersizliğinden bahsetmek güçtür. Sigorta sözleşmelerinde adeta bir hüküm bolluğu vardır. Bu durum hükümlerin belirsiz olmasına ve genel şartlarla (eğer mevcut ise) özel şartların çelişmesine sebep olur⁵⁴².

⁵³⁹ Birds, s. 215.

⁵⁴⁰ Maleville, s. 18 vd.

⁵⁴¹ Bkz. Üçüncü bölüm II.C.

⁵⁴² Chagny / Perdrix, s. 107.

Zaman zaman sigorta sözleşmesinin yapısı çelişki ve belirsizliklerin kaynağı olabilir. Örneğin teminat altına alınan rizikolar ile sigorta himayesi kapsamı dışında bırakılan rizikoların birbiriyle ilişkili veya birbirlerine bağlı olmalarına rağmen farklı alt başlıklarda düzenlenmiş olmaları, çelişki ve belirsizlik yaratır. Bu çelişki hâli özel şartların kabul edildiği sigorta sözleşmelerinde kendini daha belirgin olarak gösterir.

Sigorta genel şartlarında kullanılan terimlerin anlaşılmasız olması, değişen günün koşullarına uygun hâle getirilmemesi ya da sigorta ürününe ilişkin alanda kullanılmaya başlayan yeni terimlerin genel şartlara veya poliçeye eklenmemiş olması da yetersiz bilgi sebebiyle sigorta sözleşmesinin açıklık niteliğini ortadan kaldırır. Kullanılan terimlerdeki boşluklar, başka bir deyişle sigorta poliçesine özgü açıklamalara yer verilmeyerek genel geçer terimlerin kullanılmış olması ya da olağan kelime anlamıyla hukuki veyahut teknik terim anlamı arasında farklılık olan terimlerin kullanılması sigorta sözleşmesinde bilgi eksikliği olarak yorumlanır⁵⁴³.

Özel şartları içeren bir sigorta sözleşmesinde sigorta genel şartlarının kabul edildiği dönemin yorum şekline etkisi olur. Sigorta genel şartları, özel şartların kabul edildiği tarihten önceki bir tarihte kabul edildiği bir durumda yorumun, sözleşmenin kurulduğu dönemin şartlarına uygun olarak yapılması gerekir. Böyle bir durumda, tarafların sözleşme kurulmadan önce kabul edecekleri özel şartların, genel şartların hangi hükümleri ile ilişkili olduğunu dikkate alarak sözleşme içeriğine dâhil etmeleri ileride bunların yorumunu kolaylaştırır⁵⁴⁴.

4. Sigorta Sözleşmesinin Açık ve Anlaşılır Olmasının Yoruma Katkısı

Sigorta sözleşmeleri gibi teknik yönü yüksek bir konuya ilişkin yapılacak olan sözleşme içeriğinde yer verilen ifadelerin açık ve anlaşılır nitelikte olmasına yardımcı olacak bir başka unsur, GİŞ hükümleri ile sözleşmeyi oluşturan diğer belgeler arasındaki anlam tutarlılığının korunmasıdır. Bu kapsamda değişik belgelerdeki hükümlerinin içeriğinin (kullanılan terim ve ifadelerin) birbirleriyle tutarlı olması ve kısa cümlelerden oluşması yerinde olur. Aynı şekilde, cümlelerin anlaşılmasını zorlaştıran ağıdalı ifade, edat ve zamirlere

⁵⁴³ Kullanılan terimlerin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklamaya sigorta genel şartlarında yer verilmemiş olması bu duruma örnek teşkil eder. Örneğin “gece” veya “deniz haydutluğu” gibi terimler ile poliçe kapsamında kullanılan terimlerin ne anlama geldiklerini açıklanması gerekir. Aksi takdirde anılan terimlerin hâkim tarafından yorumlanması sırasında her iki tarafın öngörmediği sonuçlar ortaya çıkabilir.

⁵⁴⁴ Maleville, s. 96 vd.

de yer verilmemeli; bağlaçlar kullanılarak cümle gereğinden fazla uzun tutulmamalıdır. Taraflar, sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra sözleşmenin ifası süresince yapacakları anlaşmalarla sigorta sözleşmesinde tereddüt yaratan konuları TBK, TTK ve sigortacılık mevzuatının emredici hükümlerine uygun olmak kaydıyla açık ve anlaşılır hâle getirebilir. Bu durum sözleşme serbestisinin taraflara tanıdığı hareket alanıdır⁵⁴⁵.

Sözleşmenin hâkim tarafından yorumlanması anında sözleşme hükümleri açık ve anlaşılır kılınmaya çalışılırken, aynı anda yorumlanmaya çalışan hükümlerin niteliğinin ve esasının korunması, bozulmaması gerekir. Aksi hâlde hâkim, taraflar arasındaki anlaşmayı hiçe saymış ve anlaşmaya tarafların vermek istemediği bir anlamı vermiş olur.

Hâkimin sözleşmeyi yorumlamadaki rolü önemlidir ve bu görevini sözleşme hükümlerini dikkate alarak gerçekleştirmelidir. Hâkim, sözleşmeyi yorumlarken sözleşme hükümleri ile belirlenen sınırları aşmamalı veya dürüstlük kuralı kapsamında onun esasını etkilememelidir. Benzer şekilde sözleşme hükümleri arasında çelişki olmadığı hâllerde bir hükmü dikkate almayarak veya onun anlamını kısıtlayarak sözleşme hükümlerini sınırlandırmamalıdır. Sigorta sözleşmelerinde birbirine alternatif olarak verilen ve veya bağlacı ile açıklanan hükümleri birbirine eklenecek şekilde (kümülatif) yorumlanması da sözleşme hükümlerin esasına etki eder niteliktedir⁵⁴⁶.

5. Sigorta Sözleşmelerinin Yorumunda Göz Önünde Bulundurulacak Hususlar

Sigorta sözleşmesinde sigortacı tarafından sigorta himayesi altına alınan rizikolar genel olarak ifade edilmiş ve fakat ayrıntılı olarak belirtilmemişse, sigorta teminatı kapsamının ilgili riziko kapsamında yer alabilecek tüm durumları içerdiği kabul edilir ve geniş yorum tarzı benimsenir⁵⁴⁷. Sigorta poliçesinde rizikonun himayesine ilişkin bir hüküm konulup ona ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmemiş olması, o riziko hâlini kısıtlama veya sınırlama olarak yorumlanamaz. Zira sigortacı, sigorta işinin tecrübeli tarafı olarak riziko kapsamını sınırlama iradesinde olsaydı bunu özel şartlar aracılığı ile sigorta ettiren ile

⁵⁴⁵ Sigorta sözleşmesi hükümlerinin anlaşılır ve belirli olması ve bu hükümler hakkında sigortacının sigorta ettirene doğru bir şekilde açıklanması ve sigorta ettirenin bilgilendirmesi yönündeki bir inceleme için bkz. Brand, Oliver, **Requirements Regarding the Transparency of Standard Terms**, Transparency in Insurance Law, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul, 2012, s. 57 vd.

⁵⁴⁶ Maleville, s. 101 vd.

⁵⁴⁷ Bigot, s. 401.

mutabakata vararak yapabilirdi. Sigorta sözleşmesinde bu şekilde bir sınırlama veya kısıtlamaya yer verilmemiş olması, ilgili riziko kapsamına dâhil olan tüm durumların sigorta himayesi altında olduğu şeklinde yorumlanır.

Sigorta sözleşmesindeki riziko sınırlamalarının yorumunda ise daha farklı bir yöntem izlenir.

Öncelikle, sigorta sözleşmesinde yer alan riziko sınırlamalarına ilişkin hükümler tespit edilir. Riziko sınırlamalarına ilişkin hükümlerin açık ve anlaşılır olma şartını taşımadığı, emredici hükümlere aykırı olduğu veya belirsiz ölçütlere dayandığı durumlarda bu sınırlamalar geçersiz addedilir. Sigortalının *basiretli tacir gibi davranmaması hâlinde* meydana gelen zararların sigorta teminatı kapsamı dışında tutulmasına ilişkin riziko sınırlaması örneğinde olduğu gibi, sınırları belli olmayan bir riziko ifadesi hâkim tarafından geçerli kabul edilmez.

Sigorta sözleşmelerinde yer alan sigortacının sözleşme ile taşımayı üstlenmiş olduğu rizikoyu kısıtlayan veya bir haktan vazgeçmeye ilişkin hükümler dar yorumlanır⁵⁴⁸. Sigortacının yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin geniş yorumlanmasına rağmen sözleşmenin konusunu oluşturan rizikoyu kısıtlayan, sınırlandıran hükümler geniş yorumlanamaz. Geniş yorum, sözleşmenin konusunu sınırlandıracığı için kabul edilemez. Sigorta sözleşmesinin tecrübeli tarafı olan sigortacının bu yönde bir iradesi olsaydı, geniş yorum kapsamına dâhil olabilecek bir sınırlamayı sözleşmenin özel şartlarına sigorta ettirenin muvafakati ile ekleyebileceği kabul edilir. Özel şartlarda ENSGŞ'de yer alan bir sınırlamaya ilişkin özel bir açıklama yoksa ENSGŞ'deki riziko sınırlaması dar yorumlanır.

Hâkimin sigorta sözleşmelerinde rizikoyu sınırlayan ifadeleri yorumlaması, yorum konusu sınırlama ile genel şart veya özel şartların çeliştiği durumlarda da söz konusu olur. Bu

⁵⁴⁸ Omağ, Muafiyet Klozları, s. 540; Bigot, s. 402 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 336; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Akman, s. 152; Kılıçoğlu, s. 249; Helvacı, s. 12. Kanunun tamamlayıcı hükümlerinden ayrılan anlaşmaların dar yorumlanacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 335. Yargıtay, kara yolu ile eşya taşımaya konu bir olayda bomba patlaması sonucu taşınan eşyada oluşan zararın tazmin edilmesi hakkında, sigorta poliçesinde teminat dışı bırakılan harp hâlinin yorum yolu ile savaşta olmayan bir ülkede uygulanmak suretiyle sigorta ettiren aleyhine genişletilmesinin mümkün olmayacağını, bu sebeple dar yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir (bkz. Yarg. 11. HD, 3.7.1997 tarih ve 1997/3263E., 1997/5390K. (Kazancı İçtihat Bankası)). Ayrıca bkz. Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 137 vd. Fransız hukukunda, riziko sınırlamalarına ilişkin hükümlerin yorumunda tereddüt yaşanması hâlinde bunun teminat kapsamı içinde olacak şekilde sigortalı lehine yorumlanacağı kabul edilir. Bkz. Lefebvre, Francis, **Mémento Droit Commercial 2014**, éditions Francis Lefebvre, Paris, 2014, 17543. paragraf ve oradaki kararlar.

duruma, genel şartlar ile sigorta himayesi kapsamı dışında bırakılan bir riziko ile bu rizikonun özel şartlarda ek prim ile kapsama dâhil edilerek çelişmesi hâli, örnek olarak verilebilir. Böyle bir durumda hâkimin karşısına farklı çözüm seçenekleri çıkar.

Öncelikle hâkim genel şartta yer alan ve açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınmamış, sınırları ve kapsamı belli olmayan bir riziko sınırlamasını geçersiz sayabilir. Genel şartlar ile sigorta kapsamı dışında bırakılan, buna rağmen tarafların ortak iradesinin göstergesi olan özel şartlarla kapsam içerisine dâhil edilen bir riziko sigorta himayesi kapsamında kabul edilir. Son olarak da, tarafların ortak iradesini tespit ederek riziko sınırlamasını ortak iradeye göre değerlendirebilir. Bir kez daha vurgulamakta fayda görüyoruz ki, tarafların ortak iradesi belirlenirken sadece sigorta ettirenin iradesini öne çıkaran bir yorum tarzı benimsenmez⁵⁴⁹.

Hangi yöntem kabul edilirse edilsin, riziko sınırlamalarının yorumunda sigorta ettiren ve sigortalı lehine yorum ilkesi uygulama alanı bulur. Riziko sınırlamalarına ilişkin ENSGŞ hükümlerinde de yorum yapılırken sigorta ettiren ve sigortalının aleyhine olmayan yorum tercih edilir. ENSGŞ ve özel şartlarında riziko kapsamına ilişkin çelişen iki hüküm olması hâlinde, sigorta kapsamını daraltan hüküm sigorta ettiren lehine geçersiz sayılır⁵⁵⁰.

Sigorta sözleşmesi hükümleri ile sözleşme ile ilişkili belgeler arasında çelişki olması hâlinde genel ilkelerden yola çıkarak çözüme ulaşılır. GİŞ niteliğini haiz ENSGŞ ile özel şartlar arasında bir çelişki olması hâlinde, özel şartlar taraflar arasındaki ilişkiye uygulanır⁵⁵¹. Burada borçlar hukukunun genel ilkesi olan *specialia generalibus derogant* ilkesi uygulama alanı bulur. Bu çözüm, sözleşme taraflarının iradesine de uygundur. Sigorta poliçesi ile zeyilname arasında bir çelişki olması hâlinde, tarafların ortak iradesi ile daha sonra kabul edilen zeyilname hükümleri uygulanır ve çelişen poliçe hükümleri taraflar arasındaki ilişkide uygulanmaz.

Sigorta genel şartlarında, yani ENSGŞ hükümleri içinde veya özel şartların içinde birbirleriyle çelişen hükümler olması hâlinde, çelişen hükümler arasında sigortalının lehine

⁵⁴⁹ Beignier, s. 358.

⁵⁵⁰ CC m 1163 ve 1164'e ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Malleville s. 141 vd.

⁵⁵¹ Le Tourneau, s. 958; Chagny / Perdrix, s. 111; Lambert-Faivre / Leveneur, s. 134 ; Bigot, s. 406; Beignier, s. 357 vd. BGB § 305b hükmü ile de aynı sonuç kabul edilir.

olan hüküm ayakta tutulur. Sigorta sözleşmesi ile ekleri arasında bir çelişki olması hâlinde de, sigorta sözleşmesinin teminatını artıran sigortalı lehine olan hükümler tercih edilir.⁵⁵²

Uygulamada kimi zaman sigorta ettirende bulunan sigorta sözleşmesi ve buna ilişkin belgeler ile sigortacıda bulunan belgeler arasında farklılık olur. Böyle bir durumda, sigorta ettirende bulunan belgelerin içeriğine öncelik tanınır. Sigortacının elinde bulunan sigorta sözleşmesiyle ilişkili bir belge (örneğin bir sözleşme ekinin), sigorta ettiren veya sigortalının ilgili belgeye ilişkin bilgisi olmadığı anlaşıldığı takdirde, sözleşme kapsamında ileri sürülemez⁵⁵³.

C. ENSGŞ'YE UYGULANACAK YORUM KURALLARI

1. Genel Olarak

Hâkim, sigorta sözleşmelerini yorumlarken genel yorum kuralları, TKHK ve TBK'nın GİŞ hükümleri ve TTK'nın haksız rekabet düzenlemeleri başta olmak üzere her somut olaya uygulanabilecek hükümlerden faydalanır.

ENSGŞ ile kurulan sözleşme taraflarının, sigorta sözleşmesini ticari işleri kapsamında akdeden tacirler olduğu dikkate alındığında bu sözleşme hükümlerine tüketici mevzuatının hükümleri doğrudan uygulama alanı bulmaz. Eşya taşıma sözleşmeleri bu yönüyle dar ve teknik anlamda bir ticari standart sözleşme olarak kabul edilir⁵⁵⁴.

ENSGŞ'lerle akdedilen sigorta sözleşmelerinde de TBK m 19'da yer alan genel yorum kuralı uygulama alanı bulur. Buna göre hâkim, her somut olayın özelliklerine ve eşya taşımalarının türüne göre sigortacı ile sigorta ettirenin gerçek ve ortak iradelerini araştırır. Bu kural mutlaktır ve sözleşme taraflarının niteliğinden etkilenmez. Sigorta sözleşmesinin bir tüketici veya ticari işlem olmasından bağımsız olarak bu genel kural tüm sigorta sözleşmelerine uygulanır. Bu ilke uyarınca sigorta sözleşmelerine bir hüküm veya belli bir ifade, tarafların ortak iradeleri tespit edildikten sonra belirlenir. Tarafların ortak iradesi belirlenmeden yapılacak bir yorumlama geçerli sayılmaz.

⁵⁵² Fransız hukukunda poliçe ekleri ile sigorta genel ve özel şartları arasında bir çelişki olması hâlinde poliçe eklerinin dikkate alınması gerektiğine ilişkin içtihatlarla da rastlanmaktadır (Bigot, s. 407).

⁵⁵³ Le Tournéau, s. 958.

⁵⁵⁴ Ticari standart sözleşmeler arasında yapılan ayırım için bkz. Aydoğdu, s. 599-600.

ENSGŞ hükümleri ile kurulan sigorta sözleşmelerinde, ortak irade sözleşme taraflarının tacir niteliği dikkate alınarak saptanır. Açık ve anlaşılır olmayan bir hüküm veya tanımlı olmayan bir ifade karşısında, bu ifadeye iki tacirin iradesine uygun anlam verilir.

ENSGŞ hükümleri ile kurulan bir sigorta sözleşmesinde tarafların ortak iradesinin tespitine geçmeden önce, hâkim tarafların niteliklerini, sözleşme konusu mal ve hizmetin niteliği ile eşya taşıma sigortası sözleşmesiyle bağlantılı diğer sözleşmeleri göz önünde bulundurmalıdır⁵⁵⁵. Yorumlamadan önceki aşamada, sözleşmenin her iki tarafının tacir olduğu ve bu sigorta sözleşmesini bir ticari satış kapsamında ve bu satış sözleşmesindeki yükümlülükleri ifa etmek için akdettikleri belirlenir. Hiç kuşkusuz her somut olayın özelliklerine göre bu inceleme hâkim tarafından ayrıca yapılır. Bununla birlikte ENSGŞ'yi içeren sigorta sözleşmeleri neredeyse istisnasız bir şekilde ticari satış kapsamında gerçekleşir. Ticari satış kapsamında hangi Incoterm kullanılarak satış işlemi gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin; satıcının menfaati satış konusu eşyayı zararsız bir şekilde alıcıya teslim ederek satış sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini eksiksiz ifa etmektir. Satıcı, eşyanın alıcıya teslimini takiben satış sözleşmesinden kaynaklanan bir taleple karşılaşmadan işlemi tamamlamak ister. Diğer tarafta alıcı ise, bedelini ödediği eşyayı sözleşmede belirtilen nitelik ve nicelikte, ayıpsız bir şekilde teslim almak ister. Tarafların ortak menfaati ticari satışın sözleşme hükümlerine uygun olarak tamamlanmasıdır. Bu tespitten sonra tarafların sigorta sözleşmesinde gerçek iradeleri aranır.

Ortak iradelerin tespitinde, sigorta sözleşmesi dışında, sigorta sözleşmesinin tamamlayıcısı olan belgeler de dikkate alınır. Önemli olan sigorta ilişkisini oluşturan tüm unsurların dikkate alınarak büyük resmi görmek ve buna göre karar vermektir. Örneğin sözleşme görüşmeleri sırasında sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kullanılan bilgilendirme formu, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü kapsamındaki yazılı beyanları, sigortacının sözleşmenin ifası süresince devam eden bilgilendirme ve danışmanlık yükümlülükleri kapsamındaki yazışmalar ve zeyilnameler bu değerlendirmeye dâhil edilir. Tüm bu belgeler ile sigorta sözleşmesi hükümleri birlikte değerlendirilir ve aralarında bir karşılaştırma yapılır. Bu karşılaştırma ile tarafların ortak iradeleri tespit edilerek, açık ve anlaşılır olmayan hükümler, tarafların yükledikleri gerçek anlam tespit edilir. Bu yöntem ile

⁵⁵⁵ Ulsan, İçerik Denetimi, s. 36 vd.

sözleşmenin bir hükmü başka belgedeki bir bilgi, beyan veya başka bir veya birden fazla hükümle veya poliçede bulundukları bölüm itibariyle anlaşılır hâle getirilir, açıklığa kavuşturulur. Aynı şekilde, belirgin şekilde tespit edilen çelişkiler de bu şekilde ortadan kaldırılır.

Taraflar arasındaki sigorta ilişkisini oluşturan farklı belgeler karşılaştırılırken bazı hususlara dikkat edilmelidir. Öncelikle zeyilnamenin, sigorta sözleşmesinden bağımsız bir belge olmadığı ve her zaman sigorta sözleşmesi hükümleri ile beraber değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla zeyilnamede bir boşluk olması hâlinde bu boşluk ilk olarak sigorta poliçesi hükümleri incelenerek giderilir. Sigorta poliçesinde yer alan ve zeyilname ile çelişmeyen hükümler ilke olarak taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilir kabul edilmelidir. Bunlara ek olarak hâkim, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önceki, kurulduğu andaki ve ifası sırasındaki hâl ve şartları da dikkate alarak sigorta sözleşmesini yorumlamalıdır⁵⁵⁶.

2. ENSGŞ Uygulamasında Ticari Teamüllerin Yorum Etkisi

Sigorta sözleşmelerinin bir türü olan eşya taşıma sigortalarında sözleşmenin her iki tarafı da tacir niteliğini haiz olup, sigortacı ve sigorta ettiren taraf bu sözleşmeyi ticari işleri kapsamında akdeder. ENSGŞ aracılığı ile akdedilen sigorta sözleşmelerinde sadece TBK ve TTK'da yer alan genel ilkenin doğrudan uygulama alanı bulabileceğini kabul etmek gerçekçi olmayıp, ticari hayatın olağan akışı ve gereksinimlerine aykırıdır. Dolayısıyla, dürüstlük kuralına uygun olduğu ölçüde genel iş teamülleri ile sigorta ettiren veya sigortalının o güne kadar akdetmiş olduğu eşya taşıma sigortaları dikkate alınmalıdır. Sigorta ettiren ve sigortalının sıklıkla aynı tip sigorta sözleşmesi yaptıkları hâllerde ticari teamüller bu kişiler yararına da uygulanır⁵⁵⁷. Taraflar arasındaki önceki sigorta sözleşmeleri, ortak anlayışın tespit edilmesine yardımcı olarak, tarafların sözleşme hükümlerinin içeriğine ilişkin iradelerini yorumlamayı kolaylaştırır⁵⁵⁸. Sigorta sözleşmeleri için kabul edilen genel ilke doğrultusunda ENSGŞ'ye uygulanacak yorum kuralları belirlenir. Eşya taşıma sigortalarında sözleşme taraflarının her ikisi de tacir olacakları için ticari teamüllere bu tip sözleşmelerin yorumunda başvurulur.

⁵⁵⁶ Maleville, s. 153 vd.

⁵⁵⁷ Akyol, s. 104.

⁵⁵⁸ Akyol, s. 66.

Uygulamada sigorta ettiren, sigorta sözleşmesi yapacağı sigortacı tercihini ödeyeceği sigorta priminin düşüklüğüne göre belirler. Eşya taşıma sigortaları genellikle sigorta ettirenin olağan ticari faaliyeti kapsamında akdedilir. Dolayısıyla sigorta ettiren, bir sonraki eşya taşıma sigorta sözleşmesini, hasarsızlık sebebiyle sigorta priminde indirim alabileceği aynı sigortacı ile akdeder. Bu ve benzeri durumlarda sigorta ettiren ile sigortacı arasında süreklilik arz eden bir eşya taşıma sigorta ilişkisi ortaya çıkar. Her ne kadar her sigorta sözleşmesi taraflar arasında birbirinden bağımsız bir hukuki ilişki yaratsa da, aynı sözleşme tarafları arasında birden fazla sigorta sözleşmesinin varlığı ticari teamüller ve eşya taşıma sigortalarına ilişkin örf ve adetlerin daha rahatlıkla uygulanması sonucunu doğurur.

Hiç kuşkusuz sigorta sözleşmesinin tacirler arasında bu şekilde yorumunda eşya taşımalarının ve taşıma işinin özüne ilişkin hükümler ayrıca değerlendirilir. Bir sözleşmenin yorumunda onun içeriğine dâhil olan hükümlerin bir kısmı, sözleşme konusu işin özüne ilişkindir. Diğer hükümler ise daha genel nitelikte olabilir.⁵⁵⁹

3. Sözleşme Ekonomisinin ENSGŞ'nin Yorumuna Etkisi

Sigorta sözleşmesinde bir ifade birden çok anlama geliyorsa, o ifadeler arasından sigorta sözleşmesi kapsamında anlamlı olanı tercih edilir, anlamsız olan ifade dikkate alınmaz. Uygulamada sonuç elde edilebilecek bir yorum tarzı benimsenir. Bu şekilde faydalı yorum (*interprétation utile – ut res magis valeat quam pereat*) tercih edilir. Yorum sırasında tercih edilecek olan anlam, sözleşmenin genel ekonomisine uygun olmalıdır. Sözleşmenin ekonomisi ile sözleşmenin kurulma nedeni somutlaştırılarak tarafların gerçek iradeleri dolaylı olarak tespit edilmeye çalışılır. Bu değerlendirme sırasında tarafların iradeleri öncelikli değildir. Sözleşmenin ekonomisi genel şekilde, objektif olarak belirlenir.

Eşya taşıma sigortalarında sigorta ettirenin sigorta kapsamı içine dâhil etmek istediği asıl rizikonun ne olduğu önemlidir. Bu noktada taşımanın ne şekilde ve hangi güzergâhta yapıldığı ayrıca önem taşır. Örneğin deniz taşımasında Somali kıyılarından geçecek olan bir gemide taşınan eşyanın sigortalanmasında, olası bir tereddüt hâlinde sigorta ettirenin *deniz haydutluğu* rizikosunu kapsama dâhil etmek istediği evleviyetle kabul edilir. Eşya taşıma sigortalarına ilişkin ENSGŞ'deki bir ifadeyi anlamlandırmada, sigorta ettiren ve sigortalı

⁵⁵⁹ Le Tourneau, s. 1090.

tarafın tacir olduğu, sözleşmenin ticari satış sözleşmesinin tamamlayıcısı olarak akdedildiği ve taşımanın niteliğine ilişkin özellikler dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde bu yorum tarafların iradesinden uzaklaşır ve sözleşmenin özüyle ilişkili olmaz. Yorumun bu şekilde yapılması tarafların niteliğinden bağımsız olduğu için daha objektif niteliktedir⁵⁶⁰.

Sigorta sözleşmesini sürekli kullanan ve içeriği ile uygulamasına hâkim olan taraf sigortacıdır. Dolayısıyla yorum kuralları sadece sigorta ettiren ve sigortalı lehine yorum ilkesinin bir sonucu değildir. Sigorta işinde bilgili olan tacir sigortacı, hukuki boşluklara vakıf olup bunları sigorta genel şartlarına ek olarak kabul edilecek özel şartlarla giderme inisiyatifine sahiptir. Aynı şekilde, sigortacı özel şartlar veya zeyilnamelerde genel şartlarla çelişen hükümlerin kabul edilmemesini veya kabul edilse dahi genel şartların akıbetinin ne olacağına yönelik açık ve anlaşılır hükümler önerir. Kendi bilgisi, tecrübesi ve imkânı dâhilinde sözleşme hükümlerini açık ve anlaşılır kılmayan veya sigorta ettirenin anlayabileceği şekilde düzenlemeyen sigortacının da sigortalı lehine olacak şekilde cezalandırılması olağan ve ticari hayatın akışına uygundur⁵⁶¹.

4. Haksız Rekabet Hükümleri Açısından ENSGŞ'nin Denetimi

Eşya taşıma sigortalarında, sözleşme taraflarının tacir olması, bu hukuki işlemi tüketici işleminden ayırır. Dolayısıyla tacir sigorta ettiren veya sigortalının tüketici mevzuatının tanıdığı korumadan doğrudan faydalanması mümkün değildir. Bununla birlikte sözleşmede taraflar arasındaki dengenin bozulduğu durumlarda sözleşme hükümleri haksız rekabet düzenlemeleri çerçevesinde de ayrıca denetime tabi tutulur.

a. Haksız Rekabetin Tanımı

Haksız rekabet, herkese karşı ileri sürülebilme olanağı olan mutlak bir haktır ve bütün katılanların menfaatini korumayı amaçlar⁵⁶². Haksız rekabete ilişkin genel düzenleme TBK m 57'de yer alır. Anılan hüküm uyarınca *gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.*

⁵⁶⁰ Maleville, s. 198 vd.; Le Tourneau, s. 958, 1090; Bigot, s. 412 vd.

⁵⁶¹ Lambert-Faivre / Leveneur, s. 133.

⁵⁶² Eriş, C 1, s. 1234.

TBK m 57, hükmü ile ekonomik kişiliğin korunması amaçlanır. TBK'nın haksız rekabet düzenlemesinin uygulanabilmesi için yanlış ilânlar veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlardan biri mevcut olmalıdır. Aynı zamanda bu davranış, müşterilerin azalması veya kaybedilmesi tehlikesini ortaya çıkarmaz. Dolayısıyla her iki şartın birlikte gerçekleşmediği durumlarda TBK hükümleri uygulama alanı bulmaz⁵⁶³. Ancak hukukumuzda haksız rekabete ilişkin tek düzenleme TBK'da yer almaz. eTTK'da olduğu gibi TTK'da da haksız rekabete ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. TBK m 57 de ticari işlere ait haksız rekabet durumunda TTK hükümlerini saklı tutar.

TTK m 55 gerekçesinde de belirtildiği üzere ticaret hukukunda ilk defa GİŞ denetimine ilişkin bir düzenleme kabul edilmiştir. TTK m 55(1)⁵⁶⁴ f. (f) uyarınca dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanılması bir haksız rekabet hâli olarak değerlendirilmiş ve haksız rekabet yaptırımlarına tabi tutulmuştur. eTTK'da yer almayan bu düzenlemenin kapsamının belirlenebilmesi, haksız rekabet kavramının tanımı ile mümkündür.

eTTK m 56, haksız rekabetin oluşması için dürüstlük kuralına aykırılığın mevcudiyetine ek olarak, *iktisadi rekabetin de kötüye kullanılması* şartının gerçekleşmiş olmasını aramaktaydı. Öğretide iktisadi rekabetin kötüye kullanılması şartı, içeriğinin belirsiz olması ve haksız rekabetin kapsamını sınırladığı için eleştirilmiştir⁵⁶⁵. Dürüstlük kuralına aykırılık hâlinde karşılıklı güvene de aykırı hareket edilmiş olacağı için bu durum kendiliğinden haksız rekabete yol açacaktır. Bu eleştiriler ile İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'ndaki değişikliklerin dikkate alınması sonucunda başta tanımı olmak üzere TTK'nın haksız rekabet hükümleri yeniden düzenlenmiştir.

TTK m 54 uyarınca rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranış ve ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı kabul edilir. TTK ile kabul edilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, dürüstlük kuralı haksız rekabetin belirlenmesinin şartı olarak kabul edilerek, rakipler ve tedarik edenlerle müşteriler arasında dürüstlüğe aykırı her türlü davranış,

⁵⁶³ Arkan, s. 310, 311.

⁵⁶⁴ İlgili maddenin (2). bendi bulunmaz. Buna rağmen bu çalışmada TTK'da yer aldığı şekilde (1) atfı ile ilgili maddeye atıfta bulunulacaktır.

⁵⁶⁵ Arkan, s. 314.

işleyen rekabet sistemine uygun sonuçları olmadığı ölçüde haksız rekabet sayılır⁵⁶⁶. Aynı zamanda GİŞ içeriğinin açık ve anlaşılır olmaması da tek başına dürüstlük kuralına aykırıdır⁵⁶⁷. TTK m 54, haksız rekabet hükümlerinin kabul ediliş *ratio legis*'inin bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğunu açıkça hükme bağlar. Başka bir deyişle hüküm, haksız rekabete ilişkin eTTK'da yer alan sınırlamaya son vermiş; ekonomi, tüketici ve kamuyu kapsar şekilde kaleme alınmıştır. Anılan hükmün İsviçre Rekabet Kanunu'ndaki gelişmelerden de esinlenerek hukukumuzda alındığı göz önünde tutulduğunda, TTK m 55 vd. haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin ticari olsun olmasın her türlü haksız rekabet hakkında uygulanabileceği kabul edilir⁵⁶⁸. Ayrıca, haksız rekabet kuralları bir hükmü taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyle sınırlı olarak denetlemediği için, denetimin yapılabilmesi için sözleşmenin hukuken kurulmuş olması gerekli değildir; sözleşme görüşmeleri de hükmün kapsamı içindedir⁵⁶⁹.

b. Haksız Rekabet Denetiminin Kapsamı

TTK m 55, haksız rekabet hâllerini örnekseme yoluyla sıralar. TTK'nın haksız rekabet hükümleri arasında yer alan özellikle iki düzenleme, sigorta sözleşmelerini doğrudan ilgilendirir ve her tür sigorta ilişkisinde uygulama alanı bulur.

(1) ENSGŞ Kullanılmaması Kendiliğinden Dürüstlüğe Aykırı Sayılabilir Mi?

TTK m 55(1) f. (e), eTTK m 57(10) hükmünde düzenlenen haksız rekabet hâlini kabul eder. Anılan düzenleme uyarınca, iş şartlarına uymamak ve özellikle kanun ve sözleşmeyle

⁵⁶⁶ Arkan, s. 315; Uzunallı, Sevinay, **Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleri ile Denetlenmesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C LXXI, S 2, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 385. TTK m 54 gerekçesinde, dürüst davranma kuralının haksız rekabetin tanınmasında belirleyici olduğu belirtilir. Gerekçeye göre, dürüstlük kuralı ihlâl edilerek tüm katılanların bu kurala olan güveni ihlal edilmiş sayılır ve haksız rekabet teşkil eder. Konu hakkında İsviçre ve Alman hukukları ile karşılaştırmalı bir değerlendirme için bkz. Uzunallı, s. 383-420; Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 80 vd.

⁵⁶⁷ Kara, s. 735.

⁵⁶⁸ Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 14. Bası, 2012, İstanbul, s. 314 vd.; Arkan, s. 311. Bu kapsamda Yargıtay'ın aynı dairesinin çelişkili kararları mevcuttur. Bir kararında Yargıtay bir avukatın, avukat olmayan kişilerin hukuk işlerini yaparak haksız rekabette bulunduğu iddiasına ilişkin talebi incelemiştir (Yarg. 11. HD, 11.4.2002 tarih ve 2001/10703E., 2002/3399K. (Eriş, C 1, s. 1254'den naklen)). Başka bir kararında Yargıtay, serbest meslek mensupları (avukatlar, doktorlar, mimarlar vb.) arasındaki rekabetin eTTK m 56 vd. kapsamında bir ticari rekabet olarak kabul edilemeyeceği şeklinde hüküm kurmuştur (Yarg. 11. HD, 7.6.2007 tarih ve 2006/929E., 2007/8748K. (Kazancı İçtihat Bankası)).

⁵⁶⁹ Uzunallı, s. 405.

rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış sayılır.

TTK m 55(1) f. (e) ve gerekçesi, iş şartları ile neyin anlaşılması gerektiği konusunda sessizdir. Yargıtay içtihatları uyarınca⁵⁷⁰ iş şartları geniş yorumlanır ve düzenleyici bir kurum tarafından kabul edilen kurallara uyulmaması haksız rekabet addedilir. Sigorta sektörü tahtında Müsteşarlık tarafından kabul edilen sigorta genel şartlarına sigortacıların uymaması kendiliğinden dürüstlüğe aykırı olur ve haksız rekabet sayılır⁵⁷¹.

SK m 11 uyarınca, sigorta sözleşmelerinde Müsteşarlık tarafından hazırlanan genel şartlar aynen uygulanmak zorundadır⁵⁷². Bu zorunluluk Türkiye’de yerleşik sigorta şirketleri ile kurulan tüm sigorta sözleşmeleri için geçerlidir. Bu kural eşya taşıma sigorta sözleşmeleri açısından ENSGŞ’nin aynen uygulanmasını zorunlu kılar. Taraflar özel şartlar aracılığı ile ENSGŞ’de yer alan hükümlerden ayrılabilirlerse de, eşya taşıma sigortalarının *iş şartlarını* ENSGŞ oluşturur.

Eşya taşıma sigortalarında bir sigortacının ENSGŞ’yi uygulamaması hâlinde, bu durum öncelikle SK m 11’e aykırı olacaktır. Bu aykırılığa SK’da yer alan yaptırımlar öncelikli olarak uygulanır⁵⁷³.

SK’da yer alan yaptırımlara ek olarak Yargıtay’ın yorumu doğrultusunda, ENSGŞ’nin (ve genel anlamda sigorta genel şartlarının uygulanmaması hâli) TTK m 55(1) f. (e) uyarınca

⁵⁷⁰ Yasa ve yönetmeliklerde belirtilen koşullara uygun taşıma izin belgesi bulunmaksızın taşıma yapılmasının eTTK m 57(10) uyarınca haksız rekabet teşkil edebileceği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 1.12.2005 tarih ve 2004/12541E., 2005/11797K. (Kazancı İçtihat Bankası). Türk Gıda Kodeksi’nde belirtilenden fazla aflatoksin içeren pul biberlerin piyasaya sürülmesinin eTTK m 57(10) uyarınca haksız rekabet teşkil edeceği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, 9.12.2003 tarih ve 2003/5014E., 2003/11697K. (Kazancı İçtihat Bankası). Karayoluyla Şehirlerarası Yolcu Taşımaları Hakkındaki Yönetmeliğe aykırı olarak taşımacılık yapılmasının haksız rekabet teşkil ettiği bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 16.2.2004 tarih ve 2003/6762E., 2004/1317K. (Kazancı İçtihat Bankası). Sigortasız işçi çalıştırmanın haksız rekabet teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Poroy / Yasaman, s. 343. Ayrıca bkz. Arkan, s. 320-321.

⁵⁷¹ Bununla birlikte TTK m 55(1) f. (e) ile mehz LCD m 7 karşılaştırıldığında temel bir fark görülmektedir. TTK m 55(1) f. (e) hükmü *iş şartları* ifadesini kullanır ve buna ilişkin Gerekeçde (veya eTTK m 57(10) gerekçesi veya Adliye Encümeni Mazbatasında) herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Oysa LCD m 7, çalışma şartlarının uygulanmamasını haksız rekabet olarak kabul eder. LCD m 7 hükmünde yer alan *conditions de travail* ibaresi tacirler arasındaki iş şartlarından değil, hizmet sözleşmesi kapsamındaki çalışma şartları şeklinde anlaşılır. Fransızca bu ibare İsviçre hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da hizmet sözleşmesi ile oluşan ilişkileri ifade eder. eTTK’nın tercümesinde yapılan hata TTK’da aynen korunmuş ve Yargıtay’ca da bu hüküm hatalı bir şekilde uygulanmıştır. Ayrıca bkz. Martenet, Vincent ve Andreas Heinemann, **Droit de la concurrence**, Schulthess Editions romandes, 2012, s. 234.

⁵⁷² Bkz. Birinci bölüm I.C.2. SK m 11 ile kabul edilen bu zorunluluğun sigorta piyasasındaki rekabeti olumsuz etkilediği yönünde bkz. Birinci bölüm I.B ve dn. 381.

⁵⁷³ SK m 34(2) f. (f) uyarınca, SK m 11(1) ile kabul edilen genel şart düzenlemelerine aykırı davranılması halinde Müsteşarlık onbin Türk Lirası idari para cezası yaptırımını uygular.

dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur ve haksız rekabet sayılır. Sigorta şirketi, TTK m 56 vd. belirlenen haksız rekabet yaptırımları ile karşı karşıya kalabilir.

TTK m 55(1) f. (e)'ye aykırılık hâli aynı zamanda TBK'daki GİŞ denetimi açısından dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesine yardımcı olur. ENSGŞ'nin (ve genel anlamda sigorta genel şartlarının) uygulanmadığı sigorta sözleşmelerinde sigortacı dürüstlük kuralına aykırı davranmış sayılır. GİŞ denetimi sırasında sigorta ettiren ve sigortalı lehine işler.

Bununla birlikte kanımızca kanun koyucunun amacı bu değildir. TTK m 55(1) f. (e)'nin her somut olaya bu sertlikte uygulanmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bunun temel gerekçesi, anılan maddenin Yargıtay'ın anladığı şekilde doğrudan ve sistematik uygulanması, sigorta piyasası da dâhil olmak üzere serbest rekabetin hâkim olduğu günümüz piyasalarının tamamını olumsuz etkileyecek olmasıdır. Başka bir deyişle, bu şekilde bir yorum liberal piyasa ekonomisine zarar verir. Tüm rakiplerin aynı işlem şartlarını kullanmaları durumunda, tüketici ve piyasa katılımcılarının aleyhine bir durum oluşur ve bundan tüm taraflar etkilenir. Mal veya hizmet müşterisine çeşit sunmak ve seçim şansı tanımak, liberal ekonominin gereğidir. Bu sayede müşteri, kendisine en uygun olan seçeneği tercih eder. Sunulan tüm ürünlerin aynı olması hâlinde ise böyle bir seçim şansından ve hür iradede söz edilemez; burada bir dayatma söz konusudur. Hukukumuzda, günümüz sigorta faaliyetlerinde karşılaşılması neredeyse imkânsız olan bu durum için bu tespiti yapmakta yine de fayda görüyoruz.

(2) *Haksız Rekabet Hükümleri Aracılığı ile GİŞ Denetimi*

TTK m 55(1) f. (f)⁵⁷⁴ uyarınca, dürüstlük kuralına aykırı GİŞ kullanılması rakipler ile tedarik edenlerle müşterileri arasındaki ilişkiyi etkilediği ölçüde haksız rekabet sayılır. TTK

⁵⁷⁴ LCD m 8, 2011 yılında tadil edilmiştir. TTK m 55(1) f. (f) ile kabul edilen düzenleme LCD m 8'in 2011 yılında gerçekleştirilen tadil öncesi kanun metnini hukukumuzda aktarmıştır. LCD m 8'in mevcut düzenlemesi *tüketici aleyhine* haksız ve esaslı şekilde dürüstlük kuralına aykırı olan GİŞ hükümlerini haksız rekabet olarak nitelendirir (Dessemontet, François, **La propriété intellectuelle et les contrats de licence**, CEDIDAC, 2ème édition, Lausanne, 2011, s. 550-553; Yağcıoğlu, Ali Haydar, **Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, Volume 8, C III, İstanbul, 2013, s. 3066). Başka bir deyişle, LCD m 8'in uygulama alanı 2011 yılındaki değişiklik sonrasında tüketici işlemlerindeki haksız şartlar ile sınırlanmıştır. Küçük ve orta ölçekli şirketlerin LCD m 8 ile sağlanan koruma kapsamı dışında tutulmasının eleştirisi için bkz. Martenet / Heinemann, s. 235. İsviçre hukukunda bu değişikliğin inşaat sektörüne etkileri için bkz. Pichonnaz, Pascal, **Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences**, Droit de la construction, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, s. 140 vd. LCD'nin Fransızca dilinde tam metni için bkz. <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19860391/201301010000/241.pdf>; Yağcıoğlu, s. 3090 vd. İsviçre öğretisinde ve LCD m 8'in tadil sürecinde dürüstlük kuralı gibi sınırları belirsiz ve öngörülebilir olmayan bir kavramın sözleşmelerin

m 55(1) f. (f), tüketici işlemlerine uygulanabileceği gibi tacirler arasındaki işlemlere de uygulanır⁵⁷⁵. TBK'nın GİŞ denetimine ilişkin hükümlerinde olduğu gibi, tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü haksız rekabet hükümleri ile kabul edilen GİŞ denetiminin uygulanmasını engellemez⁵⁷⁶.

TTK m 55 uyarınca, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanılmasının haksız rekabet teşkil edeceği hükme bağlanmış ve bu tip GİŞ'lerin denetimine ilişkin çeşitli ölçütlere yer verilmiştir⁵⁷⁷. Her iki durumda da GİŞ'lerin yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine kullanılması gerekir.

Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan GİŞ'ler dürüstlük kuralına aykırı sayılır. Kanuni düzenlemeler, emredici ve ikincil yazılı hukuk kuralları ile öğreti ve içtihatlarca kabul edilen genel ilkeleri kapsar⁵⁷⁸. TTK m 55'in getirmiş olduğu bu düzenleme ile TTK ile düzenlenmekte olan sigorta sözleşmelerine ilişkin hükümleri birlikte değerlendirildiğinde sigorta genel şartları TTK'nın sigortacılığa ilişkin hükümlerine aykırı olamaz. Bu nedenle kanunla düzenlenmiş bir sözleşme olan ve koruyucu hükümlerle düzenlenen sigorta sözleşmesine ilişkin hazırlanan sigorta genel şartları açısından TTK m 55, GİŞ denetimine ilişkin ek bir koruma sağlar.

TTK m 55 ile getirilen bir diğer içerik denetimi kriteri ise, GİŞ hükümleri ile sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımının öngörülmesidir. Özellikle yasada düzenlenmemiş sözleşme ilişkileri için kabul edilen bu ikinci ölçüt ile hâkim, tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri meşru menfaati değerlendirir ve her iki

geçerliliğini etkileyecek şekilde doğrudan kullanılması eleştirilmiştir (Kuonen, s. 20-21; Marchand, Sylvain, **Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries**, Responsabilité et assurance (REAS) 2011, Schulthess Juristische Medien AG, 2011, s. 328 vd.). Sorumluluğu sınırlandıran veya tamamen kaldıran sözleşme şartları, borçlu temerrüdü hâlinde uygulanacak gecikme tazminatı veya ceza koşuluna ilişkin şartlar, sözleşmenin tacir tarafının borçlarını tek taraflı olarak azaltabilmesine ilişkin şartlar, kanuni ispat yüküne ilişkin değişiklikler ile sözleşme ile tarafların üstlenmiş olduğu rizikolarda esaslı değişiklik yapılması gibi hâllerin İsviçre öğretisinde LCD m 8 kapsamında haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilir (Kuone, s. 17-20).

⁵⁷⁵ Moser, Dominique Junod, **Les conditions générales en droit de la concurrence**, Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, Schulthess Juristische Medien AG, 2001, s. 191. Moser'e göre, kullananın GİŞ hükümlerini karşı tarafın bilgisine sunması haksız rekabet denetiminden kurtulması için yeterli olur (Moser, s. 192). İsviçre'de LCD m 8'in 2011 yılındaki önceki düzenlemesi için özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin anılan madde kapsamında korunması gerektiğini savunur. TTK m 55(1) f. (f)'e mehz LCD m 8'in 2011 yılındaki tadili öncesi aynı yönde kabul edilen açıklamalar için bkz. Engel, Traité, s. 171 vd.

⁵⁷⁶ Kara, s. 728.

⁵⁷⁷ Bkz. Üçüncü bölüm II.D.3.

⁵⁷⁸ Engel, Traité, s. 173 vd.

tarafın da amacına götüren en uygun çözümü benimser⁵⁷⁹. Böyle bir durumda, yedek hukuk kuralları emredici kural katına çıkar ve değerlendirme bu şekilde yapılır⁵⁸⁰. Dolayısıyla bu kriter, özellikle atipik sözleşmeler için uygulama alanı bulur⁵⁸¹. Sigorta genel şartları açısından değerlendirildiğinde, kanun ile düzenlenen ve kanun koyucunun belirlemiş olduğu koruyucu hükümlerle sınırları belirlenen sigorta sözleşmelerinde uygulanamaz.

TTK m 55(1) f. (f) ile sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımını öngören GİŞ'ler dürüstlüğe aykırı sayılır. Bu hükümle öncelikle sözleşme ile doğrudan ilişkili olmayan şaşırtıcı şartların dürüstlük kuralına aykırı sayılacağı ve haksız rekabete sebep olacağı belirtilir. Anılan hükümde *sözleşmenin niteliğine* yapılan atıf ise, isimsiz sözleşmelerin de kapsama alınmasını sağlamaya yöneliktir. Bu sayede kanunla düzenlenmeyen sözleşmeler de haksız rekabet denetimine tabidir.⁵⁸²

TTK ile kabul edilen haksız rekabete ilişkin GİŞ denetimi, TBK ile kabul edilen denetimden amaç yönünden ayrılır. TBK, GİŞ hükümlerine karşı GİŞ hükümlerini kullanan karşısında bulunan tarafı dürüstlük kuralı ve güven teorisi kapsamında korumayı; TTK m 55(1) f. (f) düzenlemesi ise GİŞ denetimi ile haksız rekabete neden olan hükümleri tespit etmeyi amaçlar⁵⁸³. TTK düzenlemesinin ekonomik bir amacı vardır. Bu yönüyle sigorta sözleşmelerine öncelikle uygulanacak olan denetim, TTK hükümleri ile düzenleme altında alınan haksız rekabet hükümleridir.

c. Haksız Rekabet Denetiminin Sigorta Sözleşmelerine Uygulanması

TBK'nın GİŞ hükümlerine ilişkin düzenlemesinin sigorta sözleşmelerine doğrudan uygulanabileceği tartışmasızdır. Aynı şekilde TKHK'nın haksız şartlara ilişkin düzenlemelerinin de tüketici işlemi olduğu ölçüde sigorta sözleşmelerine uygulanacağı hakkında herhangi bir tereddüt yoktur. Bununla birlikte haksız rekabete ilişkin TTK m 55

⁵⁷⁹ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 47. İsviçre öğretisinde GİŞ hükümlerinin kullanıldığı durumlarda LCD m 8'in karşı tarafın GİŞ ile tabi tutulduğu dezavantajlı hukuki durumun bazı durumlarda piyasaya göre daha uygun fiyatla giderilmesi durumunda dengenin yeniden sağlanmış olabileceği savunulur. Bununla birlikte bu durum her somut olayın özelliğine göre değerlendirilir. Bkz. Engel, Trait , s. 174; Gobet, Marie-No lle, **L'article 8 LCD et les clauses insolites**, L'expert-comptable suisse, Treuhand-Kammer, Swisslex, s. 11.

⁵⁸⁰ Atamer, Yeni TBK Sempozyumu, s. 55.

⁵⁸¹ Aynı yönde ve dengenin bozulması hâlinde aynı denetim ölçütünün kanun ile  zenlenmi  sözleşmelere de uygulanacağı yönünde Ba , s. 295.

⁵⁸² Arkan, s. 321.

⁵⁸³ Poroy / Yasaman, s. 344.

düzenlemesinin sigorta sözleşmelerine ne şekilde ve hangi oranda uygulanacağı tartışmaya açıktır.

Günümüz ekonomik anlayışında, belirli bir piyasada rekabetin devamı esastır ve rekabetin devam ettirilebilmesi ve kalitesinin artırılabilmesi için mevzuat dâhilindeki her türlü tedbirin uygulanabilmesinin kabulü gereklidir. TTK m 54, haksız rekabeti rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki dürüstlüğe aykırı davranışlar olarak tanımlamıştır. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı sadece tacirler arasındaki ilişkiler değildir; dürüstlük kuralına aykırı her türlü davranış bu düzenlemelerin kapsamında yer alır.

Sigorta sözleşmesinde sigortacı, sözleşme kapsamı içinde bulunan rizikoları teminat altına alır, sigorta ettiren de bunun karşılığında prim ödemekle yükümlüdür. Sigortacı, belirli rizikoları sigorta himayesi altına alan teminat sağlayıcı konumdadır; sigorta ettiren ise sigortacının sağladığı sigorta ürününün müşterisidir ve tüketici olmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortalı (veya lehtar) arasındaki sigorta ilişkisi bir sağlayıcı ile müşterisi arasındaki ilişkidir ve TTK m 54 anlamında haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanına girer.

Dürüstlük kuralına aykırılığın sigorta sözleşmelerinde haksız rekabet teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmenin ayrıca yapılması gerekir. Hukukumuzda SK m 11 uyarınca sigorta genel şartlarının aynen uygulanması zorunluluğu, bu şartların ne ölçüde haksız rekabete sebep olabileceğinin sorgulanmasını gerektirir. Sigorta piyasasını denetleme ve düzenlemeyle görevlendirilen bir kurum olan Müsteşarlık'ın denetlediği genel şartların haksız rekabet kapsamında değerlendirilmesi, bu hükümleri aynen uygulamak zorunda olan sigorta sözleşmesi taraflarından birinin bu şartları diğer taraf aleyhine kullanma şartını sağlamaz.

Tüm bunlara karşılık, haksız rekabet mutlak bir haktır. Sigortacının sigorta genel şartları üzerinde herhangi bir belirleyici rolü olmasa bile bu şartların uygulanması başlı başına dürüstlük kuralına aykırı ise o zaman TTK m 56(1)'de sıralanan ilgililer anılan maddede yer

alan hukuki davaları açabilir⁵⁸⁴. Bu sayede Müsteşarlık'ın idari denetiminden geçen sigorta genel şartları, haksız rekabet denetimine tabi tutulur. Her ne kadar Müsteşarlık, sigorta genel şartlarını kabul ederken borçlar, ticaret ve sigortacılık hukukuna uygun bir denetim gerçekleştirmek zorundaysa da, TBK'nın GİŞ denetiminde olduğu gibi idari denetimin varlığı sigorta genel şartlarını haksız rekabet denetiminden de kurtaramaz.

Haksız rekabet denetiminin sigorta genel şartları açısından kabulünün bir diğer sebebi de, Müsteşarlık tarafından kabul edilen genel şartların aradan geçen zaman içinde bulunulan zamanın ekonomik şartlarında kullanılamaz ve rekabeti kısıtlayıcı hâle gelmiş olabilmesidir. Sigorta ettiren ve sigortalı yanında sigortacı ve acentelerinin de bu dava hakkına sahip oldukları kabul edilmelir. Zira sigorta genel şartlarının somut olayın şartlarına göre sigortacının menfaatini de ihlal edebileceği kabul edilmelidir.

Her durumda, TTK'nın haksız rekabet hükümleri aracılığıyla GİŞ'e ilişkin gerçekleştirilecek denetim, sigorta sözleşmeleri ve özellikle ENSGŞ aracılığı ile kurulan sigorta sözleşmelerinde TBK'nın GİŞ denetimine yardımcı olur.

Sigorta sözleşmesi kanunla düzenlenmiş bir sözleşmedir. TTK m 55(1) f. (f) yer alan GİŞ denetiminin sigorta sözleşmelerine uygulanmasında, sigorta sözleşmesinin kanunla düzenlenmiş olması denetimi etkiler. Dürüstlük kuralına aykırılığın tespit edilmesi amacıyla sigorta genel şartları, başta TTK olmak üzere sigorta sözleşmesini düzenleyen hükümler anlamında genel denetime tabi tutulur⁵⁸⁵.

Genel şartların denetiminde emredici hükümlere aykırılığın haksız rekabet oluşturduğu durumlarda ilgililer haksız rekabetten doğan haklarını kullanabilir⁵⁸⁶. Bu kabul, TTK m 1452 ile getirilen koruyucu hükümlerin gerekçesiyle de uyumludur.

Sigorta genel şartlarının tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlerden ayrılmasında ise her somut olayın özellikleri ayrıca değerlendirilir, yasal hükümlerden ayrılmanın önem

⁵⁸⁴ Bu davalar sırasıyla; fiilin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti davası, haksız rekabetin men'i davası, haksız rekabetin durumu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi davası; kusur halinde zararın tazmini davası; TBK m 58'deki şartların varlığı halinde ise manevi tazminat davasıdır.

⁵⁸⁵ TBK'nın GİŞ denetimine ilişkin ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. Üçüncü bölüm II.A.

⁵⁸⁶ Kara, s. 737.

derecesi tespit edilir ve ona göre haksız rekabetin varlığına hükmedilir⁵⁸⁷. ENSGŞ ve taraflarca kabul edilen özel şartlarda bu durum ayrıca incelenmeli ve her somut olayın özelliklerine göre özel şartlarda ENSGŞ hükümlerinden ayrılan teminat kapsamı, riziko ve muafiyetler ek değerlendirmeye tabi tutulur.

Sonuç olarak, dürüstlük kuralına aykırı GİŞ’lerin sigorta sözleşmelerinde mevcut olması hâlinde anılan hükümlerin denetimi TBK ve TTK düzenlemelerinin yarışmasına sebep olur⁵⁸⁸. Haksız rekabet kapsamında değerlendirilen GİŞ hükümleri, her şeyden önce TBK uyarınca *yazılmamış* sayılma yaptırımına tabi olur. Ayrıca ilgililer TTK m 56 vd. yer alan haklarını da aynı anda kullanabilir⁵⁸⁹.

TTK m 62’de haksız rekabet ihlallerine ilişkin öngörülen cezai yaptırımın sigorta sözleşmeleri açısından şüpheli veya failinin kim olacağı ise şüphelidir. Müsteşarlık tarafından onaylanan ve sigorta sözleşmesi taraflarının aynen uygulamakla yükümlü oldukları genel şartların uygulanmasından sigorta sözleşmesi taraflarına cezai yaptırım uygulanması hayatın olağan akışına aykırıdır. Burada Müsteşarlık’a TTK m 63 kapsamında bir yaptırım uygulanması da idare hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmaz. Zira idari görevin icrası kapsamında kusurlu davranış hizmet kusuru olarak addedilir. Ortada özel hukuka tabi bir ilişkinin mevcut olmadığı hizmet kusuruna, özel hukuk yaptırımının uygulanması mümkün değildir⁵⁹⁰. GİŞ hükümlerinin bu türde kullanımının bir suç oluşturmayacağı görüşü kanımızca da isabetlidir⁵⁹¹.

d. ENSGŞ’de Rizikoya İlişkin Çeşitli İfadelerin Yorumu

ENSGŞ’de yer alan ifadelerin her biri somut olayın özellikleri göz önünde tutularak değerlendirilir. Her bir ifadeye kesin veya mutlak bir anlam vermek neredeyse imkânsızdır. Diğer sigorta genel şartları için de esasen aynı durum söz konusudur ve bu durum rizikonun

⁵⁸⁷ Kanuni faiz yerine sözleşmede %10 oranında gecikme faizi öngörülmesinin somut olayda önemsiz olarak kabul edilebileceği; kanunda öngörülen bir teminatın sözleşme ile kullanan tarafından kaldırılmasının önemli sayılacağı yönünde bkz. Kara, s. 738.

⁵⁸⁸ Kara, s. 728.

⁵⁸⁹ Uzunallı, s. 418.

⁵⁹⁰ Sarıca, Ragıp, **Hizmet Kusuru ve Karakterleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, 1949, C. XV, S. 4, s. 859 vd.

⁵⁹¹ Kara, s. 739-740.

tesadüfî niteliğinden kaynaklanır. Dolayısıyla tahmin edilemeyen bir olayın nerede, ne zaman, hangi şartlarda meydana gelebileceğine ilişkin genel bir kural belirlenemez.

Sigorta sözleşmesinde teminat altına alınan veya teminat kapsamı dışında bırakılan rizikoyu belirten ifadelerin ne şekilde yorumlanacağı önem arz eder. Kesin olarak ifadenin kapsamı belirlenemeyecekse de, riziko ile ilgili ifadelerin ne şekilde yorumlanması gerektiğinin açıklanması, sigorta ettirenlerin ihtiyaçlarını karşılayacakları sigorta ürününü seçmelerine yardımcı olur.

(1) *ENSGŞ’de Tarafların Ortak İradesinin Belirlenmesi Açısından Nedensellik*

ENSGŞ ve Enstitü Yük Klozlarında rizikolara ilişkin ifadelerin yorumlanması, ilgili riziko ile gerçekleşen zarar arasındaki nedenselliğin tespit edilmesi esasına dayanır. Sigorta teminatı kapsamında bulunan riziko ile gerçekleşen zarar arasında sigorta hukuku anlamında nedenselliğin mevcut olması hâlinde gerçekleşen zarar sigortacı tarafından tazmin edilir. Riziko ile zarar arasında gerekli nedenselliğin mevcut olmaması durumunda sigortacının edim yükümlülüğünden ve sigorta tazminatından söz edilemez. Bu kapsamda yukarıda açıklanan⁵⁹² nedensellik kuralları rizikonun yorumlanması amacıyla doğrudan uygulama alanı bulur.

Bununla birlikte ENSGŞ veya Enstitü Yük Klozları ile sigorta teminatı kapsamına dâhil edilen belli başlı rizikoların yorumuna yönelik aşağıdaki tespitlerde bulunulabilir. Unutulmamalıdır ki aşağıda açıklamaya çalışılan hususlar ENSGŞ’de yer alan belli ifadelere ilişkin olup, sigorta sözleşmesinin yorumu buraya kadar açıkladığımız TBK ve TTK’nın ilgili hükümlerine göre yapılır. Ayrıca her sigorta türünün ve genel şartının ifadesine göre aşağıdaki kapsam değişiklik gösterebilir.

(2) *ENSGŞ’de Yer Alan Belli İfadelerin Yorumu*

ENSGŞ’de yer alan ifadeler genel anlamlarında yorumlanır. Bu ifadelerin teknik, bilimsel veya felsefî anlamları sigorta sözleşmesinin yorumu açısından önemsizdir⁵⁹³. Bu bölümde ENSGŞ’de ve Enstitü Yük Klozları (B) ve (C)’de adlandırılan taşınan eşyada zarara sebep olabilecek belli başlı rizikoların ne şekilde yorumlanabileceğine ilişkin genel ilkelere yer verilmiştir.

⁵⁹² Bkz. İkinci bölüm I.C.

⁵⁹³ Dunt, s. 173.

(a) Yangın ve İnfilak (*Fire and Explosion*)

ENSGŞ ile teminat kapsamı içinde bulunan yangın rizikosu ve m 1’de yer alan yangından gelebilecek her türlü kayıp ve zarar ibaresi geniş anlamda yorumlanmalıdır. Aynı sonuç Enstitü Yük B ve C Kızları için de kabul edilmelidir.

ENSGŞ’de yer alan yangın rizikosu ile sigorta edilen eşyanın fiziksel olarak yanmasıyla meydana gelen zarar yanında mevcut bir yangını söndürmek veya yangın tehlikesini bertaraf etmek için alınan önlemler sebebiyle sigorta edilen eşyada meydana gelen zararlar sigorta teminatı kapsamındadır. Dolayısıyla gemi veya eşyanın hangi sebepten olursa olsun zarara uğraması bu kapsamdadır⁵⁹⁴.

Riziko kapsamı içinde bulunan patlama ifadesi, hızlı bir şekilde gerçekleşen kimyasal veya nükleer bir reaksiyon ya da gaz veya buharın yüksek basınçla sıkıştırılması olarak yorumlanır⁵⁹⁵.

Yukarıda yangın ve patlamaya ilişkin genel kurallar kabul edilmiş olmakla birlikte, ENSGŞ m 7 uyarınca sigorta edilen eşyanın niteliğinden (örneğin kömürün yanması ve yok olması) kaynaklanan sebeplerle veya m 5 uyarınca malların kendi ayıbından veya kaptan veya gemi adamlarının ehliyetsizliğinden kaynaklanan sebeplerle ileri gelirse bu zararlar sigorta teminatı kapsamı dışındadır⁵⁹⁶.

(b) Geminin Batması, Karaya Vurması, Kayaya Bindirmesi veya Alabora Olması (*Sinking, Grounding, Stranding or Capsize*)

Geminin karaya oturması veya kayaya bindirmesi rizikosu da ENSGŞ kapsamında geniş yorumlanan teminatlardandır. Nedensellik anlamında etkin şart (*proximate causae*) kuralı bu rizikoda uygulama alanı bulmaz.

Karaya vurma veya kayaya bindirmede *gemi* ifadesinin sigorta edilen eşyayı taşıyan taşıt ile birlikte hafifletme teknesini de kapsar. Rizikonun sigorta teminatı kapsamı içinde

⁵⁹⁴ Dunt, s. 174; Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 58-59.

⁵⁹⁵ Dunt, s. 175.

⁵⁹⁶ Ülgener, s. 139 vd.

kalması için önemli olan karaya vurma veya kayaya bindirmenin kusursuz şekilde ve kaza sonucu meydana gelmesi yeterlidir.

Geminin batması rizikosu ile geminin artık bir defa daha batma imkânının kalmadığı bir durum teminat kapsamı içindedir. Bununla birlikte geminin ENSGŞ’de yer almayan ve fakat Enstitü Yük Klozları ile riziko kapsamına dâhil edilen alabora olması, batmadan farklıdır ve batma derecesinde bir aşırılık aranmaz. Geminin alabora olduğunun kabulü için en azından bir yana tamamen yatmış olması gereklidir. Geminin kısmen bir yana yatmış olması veya geçici olarak zemine oturması hâlleri bu rizikonun kapsamına girmez⁵⁹⁷.

ENSGŞ’de yer almayan ve fakat kara ve demir yoluyla taşımadaki rizikoları sigorta teminatı kapsamına almak amacıyla da kabul edilen Enstitü Yük B ve C Klozları’nda, devrilme ve raydan çıkma rizikoları teminat kapsamına dâhil edilmiştir. Bu rizikolar için de nedensellik olabildiğince geniş yorumlanır. Bununla birlikte Enstitü Yük Klozları ile kabul edilen “kara taşıtı”nın kapsamına neyin gireceği belirsizdir. Hiç kuşkusuz bu kapsama kamyon ve yük arabalarının girmesiyle birlikte bir forkliftin durumu belirsizdir. Bu özel şart kapsamında kara taşıtının devrilmesi şart kabul edilmekteyse de, trenin sadece raydan çıkması rizikonun kapsamı içinde yer alması için yeterlidir; trenin ayrıca devrilmesine gerek yoktur.

(c) Çatışma (Collusion)

ENSGŞ ile teminat altına alınan çatışma rizikosunun yorumlanması sırasında etkin şart nedenselliği uygulanmaz. Çatışma sonucunda taşınan eşyaya gelen zararın sigorta teminatı kapsamında olarak değerlendirilmesi için çatışma durumu geniş yorumlanır. İki deniz taşıtının birbirleriyle çarpışması dışında yük taşımakta olan deniz taşıtının bir iskele, dalgakıran veya (buzdağı gibi) sabit, seyyar veya yüzen harici bir cisme çarpması da çarpışma rizikosu kapsamındadır⁵⁹⁸.

Kara taşımasında da aynı sonuca ulaşılır. Karayolu ile taşınan eşyada, iki kara taşıtının birbirleriyle çarpışması veya kara taşıtının bir başka harici nesne ile çarpışması sonucunda zarar meydana gelmesinin de bu riziko kapsamında sigorta teminatı içinde olduğu kabul edilir.

⁵⁹⁷ Dunt, s. 175-176; Şeker-Öğüz, Sigorta Himayesi, s. 56.

⁵⁹⁸ Dunt, s. 176-177; Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 57-58.

(d) Tehlike Limanında Taşınan Eşyanın Boşaltımı (*Discharge Of Cargo At A Port Of Distress*)

Deniz taşıtının seferini tamamlayabilmesi için tehlike limanında yükünü boşaltması sırasında taşınan eşyada meydana gelen zararlar genel avarya kapsamında olsun ya da olmasın sigorta teminatı içindedir. Başka bir deyişle sigorta himayesi kapsamında değerlendirilebilmesi için taşınan eşyada zararın meydana gelmesi şarttır; tehlike şüphesi sigorta teminatı kapsamı dışında sayılır⁵⁹⁹.

(e) Deprem, Yıldırım ve Volkanik Hareketler (*Earthquake, Lightning, Volcanic Eruption*)

Deprem, yıldırım ve volkanik hareketler Enstitü Yük Klozları ile sigorta teminatı kapsamına alınır. Bu rizikolar ağırlıklı olarak karayolu ile taşımalarda meydana gelebilecek rizikoları sigorta himayesine alır. Bununla birlikte bir deprem sonucu meydana gelebilecek *tsunami* ve benzeri doğa olayları da bu riziko kapsamındadır⁶⁰⁰.

(f) Denize Mal Atma (*Jettison*)

Bir gemi sığ kayalık bir yerden geçiyorsa geminin kayalarla çarpışmaması veya karaya oturmuş bir gemiyi yeniden yüzdürebilmek adına ağırlık atarak hafifletilmesi gerekir. İşte bu kapsamda gemiden atılan yüke gelen zarar Enstitü Yük Klozları ile sigorta himayesi kapsamına alınmıştır. Başka bir deyişle, gemiyi veya gemide taşınmakta olan diğer eşyayı kurtarabilmek adına bir kısım yükün denize atılması bu kapsamdadır⁶⁰¹. Buna göre bilinçli şekilde denize atılmayan eşya, sigorta himayesi dışında kalır.

(g) Denize Düşme (*Wash Overboard*)

Enstitü Yük B Klozu tarafından sigorta himayesine alınan tekneden denize düşme rizikosunu, geminin güvertesinde yüklü taşınan eşya veya konteynırların dalgalar, şiddetli hava şartları veya sair sebeplerle yeterli güvenlik önlemleri alınmaması sonucu güverteden denize

⁵⁹⁹ Dunt, s. 177.

⁶⁰⁰ Dunt, s. 177-178; Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 72.

⁶⁰¹ Dunt, s. 178-179; Ülgener, s. 148-149; Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 58, 73.

düşmesi hâlini sigorta teminatı kapsamına alır⁶⁰². Bu tip güverte yüklerinin özel olarak sigortalanması gerekir⁶⁰³.

(h) Deniz, Göl veya Nehir Suyunun Girmesi (*Entry of Sea, Lake or River Water*)

Bu riziko ile deniz yolu ile gerçekleştirilen seferlerde deniz, göl veya nehir sularının taşınan eşyaya taşıtta, konteynırda veya antrepodayken verebileceği zararlar sigorta himayesi altına alınır. Bununla birlikte bu riziko kapsamına yağmur sularının verebileceği zararlar dâhil değildir.

Taşınan eşyaya gelen zararın sayılan rizikolardan biri tarafından gerçekleştiğinin kabulü için hava muhalefeti olması gerekir. Başka bir deyişle, herhangi bir hava muhalefeti olmayan durumlarda meydana gelen bu tip zararlar taşıtan tarafından zararın meydana gelmesini engelleyecek yeterli önlem alınmamış olduğu ve riziko kapsamı içinde değerlendirilir.

ENSGŞ m 4 ile açıkça riziko kapsamı dışında bırakılan buğulanma veya terleme sebebiyle taşınan eşyadan meydana gelen zararlar Enstitü Yük Klozları ile riziko kapsamında değerlendirilebilecekse de, bu hâlde etkin şart nedensellik ilkesi uygulama alanı bulur. Etkin şart kuralının uygulanması ile bu rizikonun sigorta himayesi kapsamında yer alması için taşınan eşya ile suyun birbirleriyle etkileşime girmeleri gerekir⁶⁰⁴.

(i) Sapan Zararı (*Sling Losses*)

Enstitü Yük B Klozu ile teminat altına alınan bir diğer rizikoda sapan zararı olarak adlandırılan ve gemiye yüklenirken veya gemiden boşaltılırken denize düşen eşyanın sigorta teminatı kapsamına alınmasıdır. Günümüzde taşınan eşyanın konteynırlar aracılığı ile taşınıyor olması bu rizikonun gerçekleşme olasılığını azaltmıştır.

⁶⁰² Dunt, s. 179; Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 73-74.

⁶⁰³ Ülgener, s. 148.

⁶⁰⁴ Dunt, s. 180-181; Ülgener, s. 131-132; Şeker-Öğüz, Yük Sigortaları, s. 74-75.

Bu rizikonun kara yolu taşımacılığında karşılığı yoktur. Bunun temel sebebi olarak karayolu taşımacılığında taşınan eşyanın boşaltılmasında meydana gelen zararın sebebinin belirlenmesindeki ispat zorluklarıdır⁶⁰⁵.

(i) Hırsızlık, Soygun ve Yükün Teslim Edilememesi (*Theft, Pilferage and Non-Delivery*)

Enstitü Yük Klozları ile riziko kapsamı içine dâhil edilen hırsızlık rizikosu kapsamında hırsızlık ifadesi meydana geldiği yerin ceza kanunları kapsamındadır. Burada amaç, zor kullanılmadan yapılan hırsızlıkları teminat kapsamı dışında bırakır. Soygun ifadesinin fark edilmeden gerçekleşen hırsızlık şeklinde anlaşılır.⁶⁰⁶

Taşıma konusu eşyanın teslim edilememesi ile ifade edilen ise yükün hırsızlık veya soygun ile tesliminin mümkün olmaması hâlidir⁶⁰⁷.

D. EŞYA TAŞIMA SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE GİŞ DENETİMİNE İLİŞKİN VARDIĞIMIZ SONUÇ

Müşterarlık tarafından hazırlanmış sigorta genel şartlarının yargı denetiminden muaf tutulması söz konusu değildir. Bu şartlar, her sözleşme hükmü gibi hâkimin hukuka uygunluk denetimine açıktır.

Bununla birlikte sigorta genel şartları, idari denetimden geçmiş olmaları sebebiyle diğer GİŞ'lerden ayrılırlar. Bu durum ve eşya taşıma sürecinde ENSGŞ aracılığı ile kurulan sigorta sözleşmelerinde tarafların tacir olması bu sigorta genel şartlarının yorumlanmasını sigorta müşterisinin tüketici olduğu sigorta genel şartlarından ayırır ve daha objektif bir yorum anlayışının kabul edilmesini zorunlu kılar.

Aslında TTK ile kabul edilen özellik ilkesi de bunu sağlar. eTTK'da yer alan ve eşya taşıma sigortaları için de geçerli olan tüm rizikoların sigorta himayesi kapsamında değerlendirileceğine ilişkin genellik ilkesinin terk edilmesi de TBK'nın GİŞ hükümlerini kabulünün bir uzantısıdır. Sigorta hukukunda genellik ilkesi terk edilerek, sigorta genel

⁶⁰⁵ Dunt, s. 181.

⁶⁰⁶ Dunt, s. 182.

⁶⁰⁷ Ülgener, s. 144.

şartlarının hangi rizikoları teminat altına alındığının belirtilmesi gerekir. Bu durum, sigorta himayesinin sınırlarının sigorta ettiren tarafından belirlenebilirliği ve öngörülebilirliğini beraberinde getirir.

ENSGŞ ile sigortacı ve sigorta ettiren arasındaki hukuki ilişki incelendiğinde, bu ilişkinin iki tacir arasında ve çoğunlukla iki tüzel kişi tacir arasında kurulduğu görülür. Ticari işleri kapsamında bu tip eşya taşıma sigortası yapan sigorta ettirenlerle sigortacılar arasındaki ilişki çoğu zaman sürekli nitelik arz eder. Özellikle abonman sözleşmeleri ile kurulan eşya taşıma sigortaları ilişkisinde durum böyledir.

Taraflar arasındaki sigorta ilişkisinin sürekli nitelik arz ettiği durumlarda, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ilk sözleşmenin kuruluşu aşamasında yerine getirmiş olması sigorta ettiren açısından yeterli sayılır. Müsteşarlık'ın 1.5.2008 tarih ve 2008/12 sayılı Genelge II ile kabul etmiş olduğu bu görüşe, özellikle tacirler arasında kurulan eşya taşıma sigorta sözleşmeleri açısından katılıyoruz.

Eşya taşıma sigortasının tek seferlik bir taşıma için kurulmuş olması hâlinde ise böyle bir durumdan söz edilemez. Bu durumda sigortacının üzerine düşen sözleşme öncesi aydınlatma ve sözleşme süresince danışmanlık yükümlülüklerini yerine getirmesi kendisinden beklenir.

Taraflar sürekli sigorta ilişkisi içinde bulunsalar dahi, bu durum, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesi hükümlerini ve dolayısıyla sigorta genel şart hükümlerini her zaman GİŞ denetimi başta olmak üzere yorum denetimine tabi kılar. Hiç kuşkusuz tarafların tacir olması, bu sığata TTK'nın bağlamış olduğu hukuki sonuçlar ve sigorta ettirenin eşya taşıma sigortalarına ilişkin bilgi derecesi, GİŞ denetiminin diğer sözleşmelerle aynı sıkılıkta uygulanmaması sonucunu beraberinde getirir.

SONUÇ ve ÖNERİLER

1. Sözleşmeler hukukunda, TBK m 26 ile kabul edilen sözleşme serbestisi ilkesi etkisini kaybetmektedir. Günümüzde sigorta hukuku, sözleşme serbestisinin en az görüldüğü hukuki ilişki tiplerinden biri durumuna gelmiştir. Sigorta sözleşmelerinde taraf iradelerine getirilen bu sınırlama, sözleşme taraflarının niteliğinden, yani sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi veya ticari iş sayılmasından bağımsızdır.
2. TBK ve TTK'nın yürürlüğe girmesi ve TKHK'nın kabulü, sigorta hukukunu doğrudan etkilemiştir. Hukukumuzda sigorta sözleşmelerine aynı anda doğrudan uygulanan farklı mevzuat parçalarının olması, bu hükümler arasındaki ilişkinin sağlıklı olarak kurulmasını engeller ve düzenlemeler arasındaki çelişkileri beraberinde getirir. Eşya taşıma sigortalarında taraflar arasındaki sigorta ilişkisinin uluslararası normlar ve özellikle özel şartlar ile şekillendiği de dikkate alındığında, hukuki durumun karmaşıklığı ortaya çıkar.
3. Müsteşarlık tarafından kabul edilen sigorta genel şartlarının SK m 11 hükmü uyarınca *aynen* uygulanmak zorunda olması, bu şartların karşılaştırılmalı hukuk ışığında değerlendirilmesini güçleştirir. SK m 11 hükmü ile kabul edilen düzenleme sigorta piyasasındaki serbest rekabeti sınırlamaktadır. Sigorta sözleşmesi taraflarının Müsteşarlık tarafından kabul edilen genel şartları aynen uygulamaması durumu ise TTK m 55(1) f. (e) uyarınca haksız rekabet olarak nitelendirilecek ve buna bağlanan sonuçlar uygulanacaktır.
4. Taşınan eşyada meydana gelen zararın ENSGŞ m 1 ile himaye altına alınan bir riziko kapsamında olduğunun kabulü, teminat altına alınan riziko ile oluşan zarar arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olmasını gerektirir. Kara yolu ile yapılan taşımalarda nedensellik, uygun nedensellik bağının varlığı ile belirlenir. Deniz yolu ile yapılan taşımalarda ise etkin şart nedenselliği aranır. Nedenselliğin belirlenmesi sırasında taraflar arasındaki ENSGŞ ve, eğer mevcut ise, özel şart hükümlerinin geçerliliği her somut olayın özelliklerine göre TBK ve TTK ile düzenlenen GİŞ denetiminin uygulanması ile belirlenir. Zira sigorta genel şartları hukuki nitelikleri gereği GİŞ denetiminden kurtulamaz.

5. Eşya taşıma sigortalarında, sözleşme ile sigorta himayesi altına alınan menfaatlerin değeri yüksektir. Korunan menfaatlerin bu derece yüksek olduğu bir alanın, sigorta sözleşmelerine ve mal sigortalarına ilişkin genel mevzuat hükümleri aracılığı ile düzenlenmesi kabul edilemez. TTK'nın farklı taşıma türlerine göre ayrı sigorta düzenlemelerine yer vermemesi eksikliklerdir. Bu eksiklik sözleşmenin kurulması, ifası ve olası bir uyuşmazlıkta yorumu aşamalarında kendini gösterir. TTK tahtında taraflar ve hâkim sözleşmenin yorumu için yararlanabilecekleri kaynaktan yoksundur; burada bir kanun boşluğu söz konusudur. Sigorta ürününün soyut olması da hâkimin sözleşmeyi yorumunu güçleştirir. Dolayısıyla, eTTK'da olduğu gibi ve ondan daha ayrıntılı bir şekilde, her taşıma türünün özelliği dikkate alınarak bunlara ilişkin genel düzenlemelere yer verilmelidir. Taşıma sigortalarında hukuk güvenliği ancak bu şekilde sağlanır. Bu kapsamda ideal çözüm, kanun koyucunun TTK içinde düzenlenmiş olan sigortacılık hükümlerini ayrı bir sigortalar kanunu altında toplamasıdır. Tüm temel kanunların birer birer değiştirilerek yerlerine yenilerinin kabul edildiği şu günlerde, ayrı bir sigortalar kanunu kabul edilebilmesi için bir fırsattır.
6. Kanun koyucu bu konuda gerekli önlemleri alana kadar Müsteşarlık'a önemli görev düşmektedir. Sigorta sözleşmeleri ve eşya taşıma sigorta sözleşmelerine ilişkin genel şartlar, TBK'nın GİŞ düzenlemeleri, TTK m 55 ve TKHK m 5 kapsamında gözden geçirilmeli ve gerekirse yerine yeni genel şartlar kabul edilmelidir. Bu zorunluluk, eşya taşıma sigortaları için sınırlı olmayıp, tüm sigorta genel şartlarını kapsar. Değişikliklerin yapılması uygulamada zaman alacağı için Müsteşarlık, kabul edeceği Genelgelerle sigorta ettiren ve sigortalılara (veya can sigortalarında lehtara) yol gösteren, açık ve anlaşılır bir sigorta hukuku oluşturmalıdır.
7. Sigortacı, akdetmekte olduğu sigorta sözleşmesinde TTK m 1423 ile kabul edilen, Bilgilendirme Yönetmeliği ve Genelgeler aracılığı ile düzenlenen aydınlatma yükümlülüğünü sözleşme görüşmelerinden başlayarak eksiksiz şekilde ifa getirmelidir. Hiç kuşkusuz, aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen TTK m 1423'ün koruyucu hükümler arasına alınması ve edim borçlusu kapsamına sigorta brokerlerinin de dâhil edilmesi bu yükümlülüğün gereği gibi ifasına yardımcı olacaktır. Aydınlatma

yükümlülüğü borçlusu olan sigortacının bu borcunu gereği gibi ifa etmesi, yalnızca ENSGŞ ile kurulan sigorta sözleşmeleri için değil, tüm sigorta sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek tereddütlerin bertaraf edilmesini sağlar. Ancak sigortacının bu borcunu ifa etmesi tek başına yeterli olmaz. Sigorta sözleşmesi uygulamasına vakıf olan sigortacı, sigorta genel şartlarındaki açık ve anlaşılır olmayan hükümleri kendiliğinden tespit edip, bunları bilgilendirme formu veya poliçe ekinde müşteriye sunacağı belgelerde daha açık, belirgin ve anlaşılır duruma getirmelidir. Sigorta işinin ehli basiretli tacir sıfatını haiz sigortacının, yürürlükteki mevzuat hükümleri ışığında yapması gereken de budur. Sigortacının elinde olan imkânları tam olarak kullanmaması, olası bir uyuşmazlık sırasında sözleşme hükümlerinin sigortacı aleyhine yorumunu haklı gösterir.

8. Eşya taşıma sigortalarında ve özellikle deniz yolu ile yapılan taşımalarda asıl hukuki güçlük riziko ile zarar arasındaki nedenselliğin tespit edilmesidir. Sözleşme serbestisinin bu derece sınırlandırıldığı bir hukuki ilişkide, sigortacının tazminat yükümlülüğünün olup oluşmadığının tereddütsüz belirlenebilmesi ancak kanun koyucu ve Müsteşarlık'ın daha açık ve anlaşılır hukuki düzenlemeler kabul etmesi ve sigorta piyasası aktörlerinin işbirliği ile mümkündür.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Osman** **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- AKGÜN, Evrim** **Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2010.
- AKÇURA KARAMAN, Tuba** **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, Vedat Kitabçılık, İstanbul, 2008.
- AKKANAT, Halil** **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- AKYOL, Şener** **Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitabçılık, İstanbul, 2010.
- ALTOP, Atilla** **Genel İşlem Koşulları**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 27-45.
- AMASYA, Serap** **Abonman Sigortaları**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Deniz Sigortaları, Sempozyum Mart 2012, Özdil Basımevi, İstanbul, 2012, s. 132-176.
- ANTALYA, O. Gökhan** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Beta Basımevi, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
- ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem** **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu**, 10. Yıl'a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 11, S 22, Güz 2012/2, s. 203-222 ("Prim Ödeme").
- ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem** **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 18, S 1, 2012, s. 383-402 ("Aydınlatma Yükümlülüğü").
- ARAT, Tuğrul** **Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- ARKAN, Sabih** **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 18. Baskı, Ankara, 2013.
- ASUNAKUTLU, Tuncer** **Sigorta Açısından Güvenlik ve Risk**, Mevzuat Dergisi, Yıl 4, Sayı 43, Temmuz 2001, <http://www.mevzuatdergisi.com/2001/07a/01.htm>.

- ATAMER, Kerim** **Özel Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Uygulanacak Hükümler, Sigorta Genel Şartları ve Yargısal Denetimi hakkında sunulan Tebliğ,** Türkiye Barolar Birliği Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, 19-20 Kasım 2004, İstanbul, s. 109-122 (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sigorta-hukuku.pdf>).
- ATAMER, Yeşim M.** **Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri,** Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 103-137 (“**GİŞ Kriterleri**”).
- ATAMER, Yeşim M.** **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları,** İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No 2001-08, İstanbul, 2001 (“**Tacirlerin Korunması**”).
- ATAMER, Yeşim M.** **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak,** Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 7-79 (“**Yeni TBK Sempozyumu**”).
- ATAMER, Yeşim M. ve Samim ÜNAN** **Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement,** Transparency in Insurance Law, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul, 2012, s. 65-88.
- AYDEMİR, Pınar** **Deniz Sigortalarında Risk Değerlendirme,** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Anabilim Dalı, İstanbul, 2010.
- AYDOĞDU, Murat** **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı,** Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel S, Volume 8, C I, İstanbul, 2013, s. 571-621.
- AYLI, Ali** **İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- BAHTİYAR, Mehmet** **Sigorta Poliçesi Genel Koşulları,** Makaleler I, Beta Basımevi, İstanbul, 2008, s. 147-167 (“**Genel Koşullar**”).
- BAHTİYAR, Mehmet** **Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırdedilmesi ve Bazı Sorunlar,** Makaleler I, Beta Basımevi, İstanbul, 2008, s. 195-209 (“**Özel Koşullar**”).

BAŞ, Ece	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi , Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 276-307.
BAUERREIS, Jochen	Le nouveau droit des conditions générales d'affaires , Revue internationale de droit comparé, Vol 54, No 4, Octobre-décembre, 2002, s. 1013-1022.
BEIGNIER, Bernard	Droit des Assurances , Montchrestien, Paris, 2011.
BERTHOUD, Denise	L'assurance des Marchandises contre les Risques de Transport Conditions Générales Suisses de 1940 , Delachaux&Niestlé S.A., Neuchâtel, 1942.
BIGOT, Jean	Traité de Droit des Assurances, Tome 3, Le Contrat d'Assurance , L.G.D.J., Paris, 2002.
BIRDS, John	Birds' Modern Insurance Law , Sweet & Maxwell, 7th Edition, London, 2007.
BOURDOISEAU, Julien	L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations , L.G.D.J., Paris, 2010.
BOVET, Christian ve Luc Thévenoz	Journée 2009 de droit bancaire et financier , Schulthess Juristische Medien AG, 2010.
BOZER, Ali	Sigorta Hukuku , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.
BÖLÜKBAŞI, Ayşe Gül ve Baturalp Pamukçu	Sigortanın Temel Prensipleri , Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2009.
BRAND, Oliver	Requirements Regarding the Transparency of Standard Terms , Transparency in Insurance Law, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul, 2012, s. 53-64
BRULHART, Vincent	Droit des assurances privées , Stampfli Verlag AG, Bern, 2008.
BÜYÜKSAGİS, Erdem	İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri , Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel S, Volume 8, C I, İstanbul, 2013, s. 675-712.
CAN, Mertol	Türk Özel Sigorta Hukuku , Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.
CHAGNY, Muriel ve Louis PERDRIX	Droit des Assurances , 2. Baskı, Lextenso, Paris, 2013.
CORBOZ, Bernard	Le Contrat d'Assurance dans la Jurisprudence Récente , La semaine judiciaire – doctrine, Société genevoise de droit et de législation, 2011, s. 247-272.
ÇEKER, Mustafa	6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku , Karahan Kitabevi, 8. Bası, Adana, 2013.

- ÇETİNGİL, Ergon, Rayegân Kender ve Samim Ünân** **Müşterek Avarya Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- DEMİRKOL, Berk** **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- DESSEMONTET, François** **La propriété intellectuelle et les contrats de licence**, CEDIDAC, 2ème édition, Lausanne, 2011.
- DOĞAN, Gül** **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 459-474.
- DUNT, John** **Marine Cargo Insurance**, Informa, London, 2009.
- ELÇİN CENGİZ, Sezin** **Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları-AB Düzenlemeleri ve Türkiye İçin Çıkarımlar**, Rekabet Kurumu 5. Dönem Uzmanlık Tezi (Yayımlanmamış), Ankara <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Uzmanlık+Tezi/tez80.pdf>.
- ENGEL, Pierre** **L'évolution récente de la partie générale du droit des obligations**, L'évolution récente du droit des obligations, CEDIDAC, 2004, s. 3-24 ("L'évolution").
- ENGEL, Pierre** **Le point sur la partie générale du droit des obligations**, Revue Suisse de Jurisprudence, Schulthess Juristische Medien AG, 2004, s. 183-190.
- ENGEL, Pierre** **Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO**, Stampfli Verlag AG, 2ème édition, Bern, 1997 ("Traité").
- ERDEM, Ercüment** **Sif Satışlar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.
- EREN, Fikret** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara, 2014.
- ERİŞ, Gönen** **Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C 1, 2. Baskı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010 ("C 1").
- ERİŞ, Gönen** **Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C 5, 2. Baskı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010 ("C 5").
- ERTAN, Kerem** **Yeni Türk Hukuku'nda Tekne Sigortaları**, Sempozyum Mart 2012, Özdil Basımevi, İstanbul, 2012, s. 11-46.
- GAUCH, Peter, Walter R. Schlupe, Jörg Schmidt, Susan Emmeneger** **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band I, 9 Auflage, Basel, 2008.

GENÇTÜRK, Muharrem	Uluslararası Konvansiyonlara Göre Taşıyıcının Eşya Taşımalarında Gecikmeden Doğan Sorumluluğu , İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2005.
GOBET, Marie-Noëlle	L'article 8 LCD et les clauses insolites , L'expert-comptable suisse, Treuhand-Kammer, Swisslex, s. 8-13.
GÖRGEÇ, Başak	Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 19, S 1, 2012, s. 403-441.
GUEGAN-LECUYER, Anne	Dommages de masse et responsabilité civile , L.G.D.J., Paris, 2006.
GÜZEL, Ali, Deniz Ugan Çatalkaya	İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları , Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/3, S 34, İstanbul, 2012, s. 157-188.
GÜNAY, M. Barış	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1470. ve 1471. Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S 1-2, 2013, s. 683-706.
HAVUTÇU, Ayşe	Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu , Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005.
HELVACI, İlhan	Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna ilişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010) , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
JAMIN, Christophe	Plaidoyer pour le solidarisme contractuel , Le contrat au début du XXI ^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., 2001, s. 441-472 (http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/3/61/42/26/civil-II/dossier-solidarisme-contractuel.pdf).
KARA, Mustafa Sencer	Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S 1-2, Yıl 2013, s. 723-742.
KAYA, Arslan	CMR Sigortası , Makalelerim I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 538-558.
KAYA, Arslan	Takseli Kara Sigortalarında Esaslı Surette Fahiş Taksenin Hile Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün Müdür? , Makalelerim I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 515-535.
KENDER, Rayegân	Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku , Güncellenmiş 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KENDER, Rayegân	Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler , Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 7-28 (“ Taslak Hakkında Düşünceler ”).
KENDİGELEN, Abuzer	İrade Beyanlarının Yorumlanması , Hukuki Mütalaalar, Arıkan Yayınevi, C VII : 2005, İstanbul, 2006, s. 268-300 ⁶⁰⁸ .
KENDİGELEN, Abuzer	Sözleşmenin Yorumlanması , Hukuki Mütalaalar, C VII : 2005, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 301-323.
KENDİGELEN, Abuzer	Sözleşmenin Yorumu , Hukuki Mütalaalar, Arıkan Yayınevi, C VIII : 2006, İstanbul, 2011, s. 307-317.
KENDİGELEN, Abuzer	Sözleşmenin Yorumu , Hukuki Mütalaalar, C VIII : 2006, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 318-320.
KENDİGELEN, Abuzer	Sözleşmenin Yorumu – Kısmi Butlan , Hukuki Mütalaalar, C V : 2003, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 271-281.
KHOURY, Hichem	L'Information et Le Conseil Dus Au Preneur d'Assurance , Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2011.
KILIÇOĞLU, Ahmet M.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Turhan Kitabevi, 16. Bası, Ankara, 2012.
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip	Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı , Garanti Matbaası, İstanbul, 1968.
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip	Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C 1 , Filiz Kitabevi, 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014.
KUNTALP, Erden	Bankalar ve Genel İşlem Koşulları , Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 79-102.
KUONEN, Nicolas	Le Contrôle des Conditions Générales , La Semaine judiciaire – doctrine, Société genevoise de droit et de législation, Genève, 2014, s. 1-35.
KUYUCU, Aslıhan Sevinç	INCOTERMS (Uluslararası Ticari Terimler) , Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
LACROIX, Caroline	La réparation des dommages en cas de catastrophes , L.G.D.J., Paris, 2008.
LAMBERT-FAIVRE, Yvonne ve Laurent Leveneur	Droit des Assurances , Dalloz, 13ème édition, Paris, 2011.
LE TOURNEAU, Philippe	Droit de la Responsabilité et des Contrats , Dalloz, 9ème édition, Paris, 2012.

⁶⁰⁸ Bir defa atıf yapılan eserlerde ayrıca kısaltma kullanılmamıştır.

LEFEBVRE, Francis	Mémento Droit Commercial 2014 , éditions Francis Lefebvre, Paris, 2014.
LEQUETTE, Yves	Bilan des Solidarismes Contractuels , Mélanges offerts à Paul Didier, Economica, 2008, s. 247 – 275.
LOWRY, John ve Philip RAWLINGS	Insurance Law Cases and Materials , Hart, Portland, 2004.
MALEVILLE, Marie-Hélène	L’interprétation des contrats d’assurance terrestre , L.G.D.J., Paris, 1996.
MARCHAND, Sylvain	Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries , Responsabilité et assurance (REAS) 2011, Schulthess Juristische Medien AG, 2011, s. 328-331.
MARTENET, Vincent ve Andreas Heinemann	Droit de la concurrence , Schulthess Editions romandes, 2012.
MARCQ, Jean-Patrick	Risques et assurances transports et logistique , 2ème édition, L’Argus, France, 2011.
MAZEUD, Denis	Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? , L’avenir du droit, Mélanges en Hommages à F. Terré, Dalloz, 1999, s. 603-628 (http://ddata.over-blog.com/xxxxxyy/3/61/42/26/civil-II/dossier-solidarisme-contractuel.pdf).
MEMİŞ, Tekin	Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi , Türkiye Barolar Birliği Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, 19-20 Kasım 2004, İstanbul, s. 123-149 (http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sigorta-hukuku.pdf) (“Genel Şartlar”).
MEMİŞ, Tekin	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi , Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 88-108 (“Tasarı”).
METEZADE, Zihni	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım ile İlgili Görüşler , Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 35-51.
MOSER, Dominique Junod	Les conditions générales en droit de la concurrence , Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence, Schulthess Juristische Medien AG, 2001, s. 183-193.
NICOLAS, Véronique	Droit des Contrats d’Assurance , Economica, Paris, 2012.
OĞUZMAN, M. Kemal ve Nami Barlas	Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar , Vedat Kitapçılık, 19. Bası, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal ve M. Turgut Öz	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1 , Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul, 2013 (“C 1”).
OĞUZMAN, M. Kemal ve M. Turgut Öz	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 2 , Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, İstanbul, 2013 (“C 2”).
OMAĞ, Merih Kemal	Özel Sigorta Hukukunda Muafiyet Klozları , Doç. Dr. Mehmet Somer Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2006, s. 529-542 (“ Muafiyet Klozları ”).
OMAĞ, Merih Kemal	Özel Sigorta Hukukunda Rizikonun Dağıtılması İlkesi , Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 1, S 1-2, s. 103-112 (“ Rizikonun Dağıtılması ”).
OMAĞ, Merih Kemal	Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı , Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkim Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 253-262 (“ Zenginleşme Yasağı ”).
OMAĞ, Merih Kemal	Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefîyeti , Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (“ Sigortacının Halefîyeti ”).
OMAĞ, Merih Kemal	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler İle Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi , Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 29-34 (“ Özet Değerlendirme ”).
OTT, François ve Pascal Matthey	Le commerce international des marchandises , Schulthess, 2010.
ÖZDAMAR, Mehmet	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C LXXI, S 2, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, 2013, s. 347-360 (“ Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali ”).
ÖZDAMAR, Mehmet	Sigorta Brokeri ve Hukuki Niteliği , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 57, S 3, 2008, Ankara, s. 525-559 (“ Broker ”).
ÖZDAMAR, Mehmet	Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü , Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 (“ Aydınlatma Yükümlülüğü ”).
ÖZDEMİR, Türkay	Eşya Taşımalarına İlişkin Uluslararası Konvansiyonlar Bakımından Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu , İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2005.
ÖZER, Fatma Dilek Kabukçuoğlu	Sigortacılık Kanunu Şerhi , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

PAKSOY, Meliha Sermin ve Gizem Arslan Demir	Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C LXXI, S 2, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 299-316.
PICHONNAZ, Pascal	Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences , Droit de la construction, Schultess Juristische Medien AG, 2012, s. 140-145.
POROY, Reha ve Hamdi Yasaman	Ticari İşletme Hukuku , Vedat Kitapçılık, 14. Bası, İstanbul, 2012.
RADE, Christophe	Droit du travail et responsabilité civile , L.G.D.J., Paris, 1997.
REHBINDER, Manfred	Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması , Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne (Çeviren Teoman, Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C XLII, S 1-4, İstanbul, 1977, s. 641-653.
ROSE, Francis D.	Marine Insurance Law and Practice , Informa, London, 2012.
SARICA, Ragıp	Hizmet Kusuru ve Karakterleri , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, 1949, C. XV, S. 4, s. 858-895.
SCHAMPS, Geneviève	La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité , Thèse de doctorat, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, XXVIII, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1998.
SİRMEN, Lâle	Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi , Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 107-134.
STOFFELS, Markus	AGB-Recht , 2. Auflage, München, 2009.
ŞEKER-ÖĞÜZ, Zehra	Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı , Beta Yayınevi, İstanbul, 2001 ("Sigorta Himayesi").
ŞEKER-ÖĞÜZ, Zehra	Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yük Sigortaları , Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Deniz Sigortaları, Sempozyum Mart 2012, Özdil Basımevi, İstanbul, 2012, s. 115-132 ("Yük Sigortaları").
ŞİT, Başak	SİF (CIF) Satışta Satıcının Malları Sigorta Ettirme Borcu , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.

- TANDOĞAN, Haluk** **Türk Mes'uliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, Birinci basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, Haluk Burcuoglu, Sermet Akman ve Atilla Altop** **Tekinay Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, 7. bası, İstanbul, 1993.
- TOPUZ, Murat** **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 1138-1219.
- ULAŞ, Işıl** **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku**, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2012.
- ULMER, Peter, H. Erich Brandner ve Horst-Diether Hensen** **AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz**, 10. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2006.
- ULUSAN, İlhan** **Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi**, İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 3, S 1-2, İstanbul, 2004, s. 27-47 (“İçerik Denetimi”).
- ULUSAN, İlhan** **Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 1219-1229 (“Düşünceler”).
- ULUSAN, İlhan** **Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel S, Volume 8, C III, İstanbul, 2013, s. 2897-2905 (“Tehlike”).
- UZUNALLI, Sevinay** **Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleri ile Denetlenmesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C LXXI, S 2, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 383-420.
- ÜLGENER, M. Fehmi** **Deniz Sigortalarında Nedensellik ve Causa Proxima Kuralı**, Der Yayınevi, İstanbul, 1994.
- ÜNAN, Samim** **2011 Tarihli Türk Ticaret Kanunu Zarar Sigortaları - http://www.tsb.org.tr/images/Documents/Samim_Unan_Zarar_Sigortalari.pdf (“Zarar Sigortaları Sunumu”)**.
- ÜNAN, Samim** **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998 (“Riziko”).

ÜNAN, Samim	Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın "Sigorta Hukuku" Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler , Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 109-196 ("Taslak Hakkında Düşünceler").
WOLF, Manfred, Walter F. Lindacher, Thomas Pfeiffer	AGB-Recht , München, 2009.
YAĞCIOĞLU, Ali Haydar	Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8) , Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel S, Volume 8, C III, İstanbul, 2013, s. 3057-3098.
YAZICIOĞLU, Emine	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın "Sigorta Hukuku" Kitabındaki Hükümler Hakkında Bazı Değerlendirmeler , Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Özel S 1, İstanbul, 2005, s. 79-87.
ZERRES, Thomas	Principles of the German Law on Standard Terms of Contract , http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf

Yararlanılan veri bankaları

Kazancı İçtihat Bankası	www.kazanci.com
Navis	www.efl.fr
Swisslex	www.swisslex.ch