

KEFALET SİGORTASI SÖZLEŞMESİ*

Mehmet Soner ÖZOĞLU**

SURETY INSURANCE CONTRACT

* Bu makale ASBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Sorumluluk Sigortaları Dersi kapsamında hazırlanmıştır.

** ASBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

E-Posta: msozoglu@gmail.com

ORCID: 0000-0002-0920-4902

ÖZ

Özellikle ABD’de uzun yıllardır kullanılan ve finansal piyasalarda önemli yere sahip olan kefalet sigortası, Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan “Kefalet Sigortası Genel Şartları”nın 1 Şubat 2014’te yürürlüğe girmesiyle hukuk sistemimize dâhil edilmiştir. Banka teminat mektuplarına alternatif olması öngörülen ve borç ilişkilerinden doğan yükümlülüğü alacaklıya karşı teminat alan kefalet sigortasının, bankacılık sektöründeki kredi limitleri üzerindeki yükü hafifletecek, birçok sektördeki garanti ve teminat ihtiyacını karşılayabilecek bir teminat türü olması hedeflenmiştir. 05 Aralık 2017 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yapılan değişiklikle bu sigorta kapsamında düzenlenen kefalet senetlerinin teminat olarak sunulmasının önü açılmıştır.

Anahtar Kelimeler: kefalet sigortası, kefalet sözleşmesi, teminat sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, garanti sözleşmesi

ABSTRACT

As a term, the ‘surety bond’ has a longer worldwide history, specifically in the USA, in comparison with Turkish experience. Considering, the function within the financial markets, it has been adapted into our legal system with the entry into force of “The General Terms of Surety Insurance” published by Under Secretariat of Treasury on February 1, 2014. In addition to its envisaged functions, such as to be an alternative to bank letters of guarantee and to assure the liability arising from debt relations against creditor; it has also been intended to make ‘surety bonds’ a type of guarantee which could lower the burden on credit limits in the banking system and meet the guarantee and collateral needs in many sectors. With the amendment made in the Public Procurement Law No. 4734 on December 05, 2017, surety bonds became available to function as intended.

Keywords: surety bond, suretyship agreement, contract of assurance, contract of insurance, contract of guarantee

GİRİŞ

Küresel ölçekte on yıllardır kullanılmakta olmasına rağmen, sistemimiz açısından görece yeni bir ticari enstrüman olan kefalet sigortaları, işlevleri itibariyle ticari pratiğimizin daha aşına olduğu banka teminat mektupları ile ciddi benzerlikler göstermektedir. Bu itibarla, kefalet sigortalarının, bilhassa kredi limitlerini korumak yahut başka yatırım alanları için muhafaza etmek isteyecek ticari aktörler için banka teminat mektupları karşısında önemli bir proje finansman seçeneği olduğunu söylemek mümkündür.

Bu alternatif yapısı itibariyle, kefalet sigortalarının, finans sektörü üzerindeki kredi yükünü de azaltıcı işlev göreceği şüphesizdir. Özellikle ciddi yatırım maliyeti gerektiren kamu ihalelerinin önemli oranda kamu bankalarından finanse edilmesi ve bu suretle dolaylı yoldan kamu maliyesinin uğrayacağı ek külfetin, kefalet sigortası sözleşmeleri ile özel sigorta şirketlerine kaydırılması imkân dâhilindedir.

Banka teminat mektuplarına olan benzerliğinden neşet eden alternatif yapısına mukabil, gerek teminat konusu asıl hukuki ilişki ile aslilik/ferilik ilişkisi ve bu ilişki nedeniyle sigortacının defi/itiraz imkânları, gerekse de salt bir nakdi teminatın ötesinde, bilhassa performans sigortalarında görüleceği üzere, yeni bir yüklenici tedarik etme gibi borçlar doğurması itibariyle, zaman içerisinde bilinirliğinin de artmasıyla kefalet sigortalarının banka teminat mektuplarından önemli ölçüde rol çalabileceğini öngörmek zor değildir.

I. Kefalet Sigortası Sözleşmesinin Tanımı, Tarafları ve Unsurları

A. Tanımı

Türk hukukunda nispeten yeni bir kurum olan kefalet sigortası sözleşmesinin doğrudan bir tanımı mevzuatta bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK)'nda yer alan sigorta sözleşmesinin genel tanımından ve Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan Kefalet Sigortası Genel Şartları'nın² "Sigortanın Konusu"

¹ R.G.T. 14.02.2011 S. 27846.

² Bundan böyle "Genel Şartlar" olarak anılacaktır. Genel Şartlar'ın tam metni için bkz. <https://www.tsb.org.tr/kefalet-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=1110>

başlıklı m. A.1 hükmünden yola çıkarak kefalet sigortası sözleşmesinin tanımını yapmak mümkündür.

Bütün sigorta türlerini kapsayacak şekilde sigorta sözleşmesi tanımı, TTK'nın sigorta hukukuna dair genel hükümlerin düzenlendiği altıncı kitap birinci kısımda yer alan, 1401. maddesinde yapılmıştır. Buna göre sigorta sözleşmesi; *“sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi halinde 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 sözleşmedir”*. Genel Şartlar'ın A.1 hükmünde; *“bu sigorta sözleşmesi ile sigortacı, borçlunun poliçede tanımlanan borç yükümlülüğünü yerine getirememesi rizikosuna karşı, bu genel şartlarda ve poliçe özel şartlarında belirtilen hüküm ve şartlar çerçevesinde borçluya kefil olarak poliçede belirtilen lehtara teminat sağlar”* ifadeleriyle kefalet sigortası sözleşmesinde sigorta konusu belirlenmiştir. Anılan hükümler birlikte değerlendirildiğinde kefalet sigortası sözleşmesi; sigortacının bir prim karşılığında, borçlunun poliçede tanımlanan borcunu yerine getirememesi rizikosuna karşı poliçede yer alan lehtara teminat sağlamayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir³.

B. Tarafları

Üç taraflı bir hukuki ilişki niteliğindeki kefalet sigortasında taraflar, sigortacı, sigorta ettiren veya borçlu ve lehtar olarak ortaya çıkmaktadır⁴.

Sigortacı: Her şeyden önce, tüm sigorta türlerinde olduğu gibi kefalet sigortasında da prim karşılığında rizikoya karşı teminat veren tarafın yani sigortacının⁵ bulunması gerekmektedir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁶ (SK) m. 3'te Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması zorunluluğu getirilmiş, bu

³ GÖZÜŞİRİN, Melike (2014), Kefalet Sigortası (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 33.

⁴ KÜÇÜK, Damla (2018), “Sigorta Şirketleri ‘Kefalet Sigortası’ Yapabilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 144, 2018, s. 119.

⁵ TDK'ya göre sigortacı; belirli bir prim karşılığında, sigortalıya veya bir tazminattan yararlanacağı belirtilmiş olan kimseye, zarara uğraması durumunda belirli bir para veya gelir ödemeyi üstlenen kimse olarak tanımlanmıştır. (TDK Güncel Türkçe Sözlük www.sozluk.gov.tr).

⁶ R.G. T. 14.06.2007, S. 26552.

şirketlere ve kurucularına dair bir takım özel şartlar belirlenmiştir. Ayrıca, SK m. 5/1 hükmünde sigorta şirketlerinin faaliyete geçebilmeleri için faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta branşında Hazine ve Maliye Bakanlığından⁷ ruhsat almaları gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kefalet sigortası akdedecek sigortacının Kanun'da aranan nitelikleri haiz bir sigorta şirketi olması ve faaliyet göstermek istediği sigorta branşında ruhsatının bulunması gerekmektedir.

Sigorta şirketleri faaliyet gösterecekleri sigorta branşları Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanmış olan 2007/1 No.lu Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ ile belirlenmiştir. Anılan Tebliğdeki sigorta branşları Avrupa Birliği'nin 24 Temmuz 1973 tarih ve 73/239/EEC sayılı Direktifinin⁸, sigorta branşlarına göre risk sınıflandırmasını gösteren ekinde yer alan sigorta türleri ile büyük ölçüde uyumlu olarak belirlendiği görülmektedir⁹. Ancak Tebliğin ilk metninde Direktiften farklı olarak, o yıllarda ülkemizde hukuki alt yapısı ve uygulaması bulunmaması sebebiyle kefalet sigortasına yer verilmemiş, bunun yerine bugün kefalet sigortası kapsamında yer alan teminat türlerinden emniyeti suiistimal sigorta branşı olarak benimsenmiştir. Kefalet Sigortası Genel Şartları'nın yürürlüğe girmesinin ardından, yayımlanan ve 2007/1 No.lu Tebliğde değişiklik yapan Tebliğ¹⁰ ile emniyeti suiistimal branşı AB Direktifiyle de uyumlu olacak şekilde doğrudan ve dolaylı kefalet alt başlıklarıyla kefalet sigortası branşı olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla kefalet sigortası branşında faaliyet

⁷ Her ne kadar SK'da ruhsat veren makam olarak Hazine Müsteşarlığı gösteriliyorsa da; 09.07.2018 tarih ve 30473 (3. Mükerrer) sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 703 sayılı "Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" ile Başbakanlık merkez teşkilatı kapatıldığından (m. 218) sigorta şirketlerinin, faaliyet ruhsatı başvurularını bünyesinde Sigortacılık Genel Müdürlüğü kurulan Hazine ve Maliye Bakanlığına yapmaları gerekmektedir. Ruhsat başvurusu ve gerekli belgeler hakkında bkz. <https://www.hmb.gov.tr/hizmet-envanteri-ve-standardi> (Erişim T. 04.12.2020).

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31973L0239&from=EN>

⁹ GÖZÜŞİRİN (2014), s. 70.

¹⁰ Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2007/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, RG. T. 01.10.2014, S. 29136.

göstermek isteyen şirketlerin, doğrudan ve/veya dolaylı kefalet sigortası ruhsatına sahip olmaları gerekmektedir.

Sigorta Ettiren (Borçlu): Sigorta sözleşmelerinde, sigortacı ile sigorta sözleşmesini yapan taraf sigorta ettiren ve sigorta primi ödeme yükümlülüğü altına giren kişidir¹¹. Kanun koyucu sigorta ettiren için özel bir ehliyet şartı öngörmediğinden fiil ehliyetine sahip olan herkes sigorta sözleşmesi yapabilmektedir¹². Genel Şartlar'da, sigorta ettiren kavramıyla birlikte "borçlu" ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir. Bu durum kefalet sigortasının üç taraflı bir hukuki ilişki niteliği arz etmesinin bir sonucudur. Kefalet sigortasında, sigortacı ile sigorta ettiren arasında yapılan sigorta sözleşmesinin konusu, sigorta ettirenin bir üçüncü kişiye yani lehtara karşı olan yükümlülüğü olduğundan sigorta ettiren borçlu olarak da ifade edilmektedir. Söz konusu yükümlülük, aşağıda değineceğimiz kefalet sigortası kapsamında yer alan teminat türlerine göre, mevcut ya da ileride doğacak bir borç yükümlülüğü olabilir.

Bu safhada sigorta ettiren ve sigortalı kavramları arasındaki ilişkiye de değinmekte fayda vardır. Genellikle sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi olmakla birlikte, bazı durumlarda farklı kişileri ifade edebilmektedir. Özellikle başkası hesabına sigortalarda ortaya çıkan böyle durumlarda sigortalı, şey üzerindeki menfaati sigortayla güvence altına alınan ve tazminat talep hakkına sahip olan kimse iken, sigortacıya karşı sigorta sözleşmesinden doğan yükümlülükleri getirecek olan taraf sigorta ettirendir¹³. Kefalet sigortası bakımından konuyu değerlendirecek olursak, her ne kadar sigorta ettirene pratik faydalar sağlasa da, burada esasen lehtarın sigorta ettiren ile arasında kurulmuş veya kurulacak bir hukuki ilişkiden doğan hakkı ya da menfaati güvence altına alınmaktadır.

¹¹ BOZER Ali, (2009), Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009 s. 32,33; KANER İnci Deniz, (2016), Sigorta Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 23; KAYIHAN Şaban/BAĞCI Ömer, (2017), Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Kocaeli 2017, s. 134; ÖZDAMAR Mehmet, (2009), Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009, s. 77.

¹² BOZER (2009), s. 33; KAYIHAN/BAĞCI (2017), s. 134.

¹³ BOZER, ev sahibinin evini içindeki eşyalar ile birlikte sigortalı olmuş olması ve aynı evdeki, hizmetçiye ait eşyaların da sigorta kapsamına dâhil olması örneğini vermiş ve burada hizmetçinin de sigortalı olduğunu, ev sahibinin ise sigorta ettiren ve kendi eşyaları bakımından da sigortalı olduğunu ifade etmiştir. [BOZER (2009), s. 33]

Dolayısıyla kefalet sigortasında lehtarın kural olarak sigortalı olduğu kabul edilmelidir. Ancak, Genel Şartlar'da "sigortalı" teriminin kullanıldığı hükümlere bakıldığında durumun biraz daha karmaşık olduğu görülmektedir. Zira Genel Şartlar'ın C.4 ve C.5 maddelerinde sigortalı; açık bir biçimde sigorta ettirenden farklı bir kişiyi (lehtarı) ifade ederken; B.3/1-a, C.3 ve C.6 maddelerinde sigorta ettirene yani borçluya karşılık gelmektedir. Ayrıca, "Teminat Türleri ve Tanımlar" başlıklı A.2 maddesinde de kamu ihaleleri teminatı ve kamu alacakları teminatına ilişkin hükümlerde de sigortalının borçlu yani sigorta ettiren olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu iki teminat türü istisnai hal olarak kabul edilebilir olsa da, Genel Şartlar'daki bu terim farklılığının düzenleyici kurumun özensizliğinden kaynaklandığı, kanaatindeyiz. Dolayısıyla, "sigortalı" tabiriyle sigorta ettirenin kastedildiği hükümlerde de doğrudan bu kavramın kullanılmasının daha anlaşılabilir ve yerinde bir tercih olabileceğini düşünmekteyiz.

Lehtar: Sigortacının, kefalet sigortası sözleşmesinden kaynaklanan teminatı sağladığı taraftır. Lehtar, sigorta ettirenle arasında bir borç ilişkisi kurulmuş veya kurulacak olması şartıyla; bir gerçek kişi olabileceği gibi, Genel Şartlar uyarınca kefalet sigortası kapsamında yer alan teminat türlerine göre kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi de olabilmektedir.

C. Unsurları

Kefalet sigortası sözleşmesinin tanımını yaptıktan sonra bu sözleşmenin kurulması için gereken zorunlu unsurları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Borç Yükümlülüğü (Sigorta Menfaati)

Sigorta sözleşmesinin bir diğer unsuru da sigorta menfaatidir. TTK m. 1401 uyarınca sigorta menfaatinin para ile ölçülebilen bir değer olması gerekmektedir. Kefalet sigortasında teminat altına alınan sigorta menfaati; lehtarın sigorta ettiren ile arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan alacak hakkıdır. Diğer bir ifadeyle buradaki sigorta menfaati, sigorta ettirenin böyle bir ilişkiden doğan borcudur. Zira Genel Şartlar m. A.1'e göre sigortacı borçlunun poliçede tanımlanan "*borç yükümlülüğünü*" yerine getirememesi rizikosuna karşı teminat sağlamaktadır.

Kefalet sigortasında teminat altına alınan borç yükümlülüğü, Genel Şartlar'da sayılan teminat türlerine göre mevcut bir hukuki ilişkiden kaynaklanabileceği gibi ileride kurulması planlanan bir hukuki ilişkiden

doğacak da olabilir. Sigorta menfaatinin yokluğunu düzenleyen ve sistematik açıdan sigorta hukukunun genel hükümlerinde yer alması sebebiyle tüm sigorta türlerine uygulanan TTK m. 1408’de sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında sigortalanan menfaatinin mevcut olmaması halinde sigorta sözleşmesinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir¹⁴. Kefalet sigortasında menfaatin beklenen menfaat niteliğinde olması anılan TTK hükmü ile çelişkili gibi görünse de, kanımızca Genel Şartlar’da lehtarın ve teminat altına alınan borç yükümlülüğünün poliçede yer alacağının düzenlenmiş olması ve niteliği gereği kefalet sigortasının lehtar ile sigorta ettiren arasında kurulması planlanan sözleşmenin kurulması için aranan bir şart niteliğinde olması –ihaleye katılım teminatı gibi- bu çelişkiyi ortadan kaldırmaktadır.

2. Riziko (Tehlike)

Sigorta hukukunda tehlike olarak da anılan ve sigorta sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan riziko kısaca, gelecekte gerçekleşme olasılığı bulunan ve kişinin para ile ölçülebilen menfaatlerinde zarara neden olabilecek her türlü olay veya durum şeklinde ifade edilebilir. Kefalet sigortasında riziko, genel olarak sigorta ettirenin lehtarla arasında bulunan ilişkiden kaynaklanan borcunu hiç veya gereği gibi ifa edememesidir. Bununla birlikte kefalet sigortası kapsamında yer alan teminat türlerine göre riziko da farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin kamu alacakları teminatında riziko, bu tür alacakların ödenmemesi şeklindeyken, ihaleye katılım teminatında, ihaleye katılanın ihaleyi kazandıktan sonra sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesinin yanında ihaleye hiç katılmamış olması da riziko olarak değerlendirilmiştir.

3. Sigorta Bedeli

Rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacı tarafından ödenmesi gereken ve sigorta poliçesinde belirtilen azami miktara sigorta bedeli adı

¹⁴ Anılan hüküm; menfaatin sadece zarar sigortalarında bulunmasına rağmen tüm sigorta sözleşmelerini kapsayacak şekilde genel hükümler arasında düzenlenmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir. Bkz. SOPACI ÖZTUNA, Betül (2018), “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Ed. ÜNAN Samim/YAZICIOĞLU Emine, İstanbul 2018, s. 109; ÜNAN Samim, (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku - Cilt I: Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 83,84.

verilmektedir.¹⁵ Genel Şartlar'da, “sigorta bedeli” ifadesi yer almamakla birlikte, B.4 maddesinde sigortacının sigorta döneminde ödeyeceği azami tazminat tutarının poliçede belirtilen azami tazminat tutarı ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Sigorta bedeli, sigorta poliçesinde gösterilen ve sigorta değerini geçmemek şartıyla sigortalıya ödenecek olan azami meblağı ifade ettiğinden, Genel Şartlar'ın B.4 maddesinde ifade bulan “*azami tazminat tutarı*” sigorta bedeli olarak anlaşılmalıdır.

4. Sigorta Primi

Sigorta ettiren tarafından sağladığı güvencenin karşılığı olarak sigortacıya ödenen ücrete prim adı verilmektedir.¹⁶ Diğer sigorta türlerinde olduğu gibi kefalet sigortasında da sigorta ettiren, sigortacıya prim ödemek zorundadır. Genel Şartlar'ın m. C.1 hükmü sigorta priminin ödenmesi ve sigortacının sorumluluğunun başlamasını konu almaktadır. Buna göre sigorta primi kefalet tutarı göz önünde bulundurularak ve kefaletin hesaba dâhil edildiği tarihten hesaptan silinmesine kadar olan süre için hesaplanır.

II. Kefalet Sigortası Sözleşmesi ile Teminat Altına Alınabilecek Riskler

Genel Şartlar'ın A.2 maddesinde kefalet sigortası kapsamında sigorta şirketi tarafından verilebilecek teminatlar, on başlık halinde tanımlanmış ve teminat türlerinin bunlarla sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, kefalet sigortası ruhsatına sahip olan sigorta şirketleri, TBK m. 27'deki sınırlara tabi olmak şartıyla, burada düzenlenenlere benzer teminat ürünlerini bu sigorta kapsamında sunabileceklerdir¹⁷.

Avans Ödeme Teminatı (Advance Payment Bond): Bir ihale, proje ya da mal ve hizmet ticareti kapsamında avans ödeme alan tarafın, lehtara karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve avansın geri ödenmemesi riskine karşı teminat sağlar.

¹⁵ BOZER (2009), s. 37; ÇEKER Mustafa, (2020), Sigorta Hukuku, 21. Baskı, Adana 2020, s. 66; ÖZDAMAR (2009), s. 73.

¹⁶ AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet (2019), Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 143.

¹⁷ Kefalet sigortası kapsamındaki teminat türleri hakkınsa kapsamlı bilgi için bkz. GÖZÜŞİRİN (2014), s. 43 vd. Ayrıca bkz. KÜÇÜK, (2018), s. 119; SOMUNCUOĞLU, Ünal (2018), “Türk Hukukunda Kefalet Sigortası”, Terazi Hukuk Dergisi Cilt 13, Sayı 137, 2018, s. 89.

İmalat/Bakım/Onarım Teminatı: İnşaat, mühendislik ya da makine üretimi gibi iş performansının iş sonrasında değerlendirildiği hallerde, iş teslimini takiben belli bir süre sonra işçilik kusuru sonucu ortaya çıkan zararlara karşı teminat sağlar.

Emniyeti Suiüstimal Teminatı: Kefalet senedinde ismi belirtilen çalışanların, hile, dolandırıcılık, zimmete para geçirme gibi eylemleri nedeniyle, işverenin zarar görmesine karşı teminat sağlar.

Gümrük ve Mahkeme Teminatı: Vergi daireleri, gümrük idareleri ve mahkemelerin lehtar olarak yer aldığı, bir dava açılabilmesi, gümrükten malın çekilebilmesi veya gümrükleme işleminden doğan hata nedeniyle doğabilecek kamu alacağının karşılanması için sigorta ettirenden talep edilen kefalet teminatı türüdür.

İhaleye Katılım Teminatı (Geçici Teminat): Sigorta ettirenin ihalenin tamamlanması öncesinde ihaleden ayrılması, ihaleyi kazanması halinde sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi, ihale kapsamında sunması gereken teminatları sunamaması riskine karşı teminat sağlar.

Ödeme Teminatı: Tüm taşeronlara ve işçilere yapılacak ödemelerin yapılmamasına karşı teminat sağlar.

Performans Teminatı: Proje sahibinin yükümlülüklerini sözleşmede belirtilen şartlara uygun şekilde yerine getirmemesi riskine karşı teminat sağlar. Sigorta ettirenin yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda sigortacı yeni bir yüklenici ile anlaşıp işin tamamlanmasını da sağlayabilir.

Sözleşme Teminatı: Borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri gerektiği şekilde yerine getirmemesine karşı teminat sağlar.

Kamu İhaleleri Teminatı: Sigortalının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve ilgili diğer mevzuata tabi ihalelerde teminatın gelir kaydedilmesine neden olabilecek risklerine karşı kayıtsız-şartsız, kesin, asli, sigortalının yükümlülüğünden bağımsız ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat türüdür. Bu teminat ekli klozlar dâhilinde verilir.

Kamu Alacakları Teminatı: Sigortalının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanuna istinaden kamu alacağını ödenmemesi riskine karşı kayıtsız-şartsız, kesin, asli, sigortalının yükümlülüğünden bağımsız, süresiz, ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat türüdür.

III. Kefalet Sigortası Sözleşmesinin Şekli ve Hukuki Niteliği

A. Şekli

Sigorta sözleşmelerinin tabi olduğu şekil şartına dair ne TTK’da ne de SK ve mevzuatta bir hüküm bulunmaktadır. Dolayısıyla, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁸ TBK m. 12/1 uyarınca, sigorta sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekil şartına tabi olmayıp yazılı veya sözlü olarak sigorta sözleşmesi kurulabilmektedir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde ispat şart olarak yazılı şekil benimsenmektedir¹⁹. Bununla birlikte Genel Şartlar’ın C.2 maddesinde sigorta sözleşmesinde yapılan değişikliklerin, düzenlenecek bir poliçe zeylinde belirtilmedikçe veya sigortacı tarafından yazılı olarak başka şekilde teyit edilmedikçe yürürlüğe girmeyeceği belirtilmiş ve “Tebliğ ve İhbarlar” başlıklı C.3 maddesinde de sigorta sözleşmesine ilişkin tüm irade beyanlarının ve bildirimlerin yazılı yapılacağı düzenlenmiştir.

SK m. 11’de Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevasının sigorta genel şartlarına uygun olarak düzenleneceği, TTK m. 1425’te de sigorta poliçelerinin sigorta genel şartlarını da içermek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak; önceden, tek taraflı olarak ve benzer sigorta sözleşmelerine uygulanacak şekilde düzenlenen sigorta genel şartlarının TBK m. 20 anlamında genel işlem koşulu niteliğinde olduğundan²⁰, her ne kadar idare tarafından düzenlenmiş veya onaylanmış olsa da TBK m. 12/1’in, kanunda şekil şartı öngörülme hallerde şekil serbestisinin bulunduğu dair açık hükmü karşısında, Genel Şartlar’da öngörülen şekil şartının geçerlilik şekli olduğu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla Genel Şartlar’ın söz konusu hükmünde belirtilen yazılı şeklin, geçerlilik şartı olamayacağını, ancak diğer sigorta türlerinde olduğu gibi ispat şartı olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. Hukuki Niteliği

Kefalet sigortası sözleşmesi, her ne kadar bir sigorta türü olarak adlandırılmış olsa da hukuki niteliği bakımından öğretilerde tartışmalıdır. Bir

¹⁸ R.G T. 04.02.2011 S. 27836.

¹⁹ ATALAY, Merve (2019), "Türk Hukukunda Sigorta Sözleşmesi" KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 76.

²⁰ KARA, Etem (2020), "Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 19, 2020, s. 153, 165.

görüğe göre; kefalet sigortası kapsamında sağlanan teminatlar banka teminat mektupları ile birebir aynı olduğundan, TBK m. 18 uyarınca bir sözleşmenin türünü ve içeriğinin belirlenmesinde, kullanılan kelimelerden ziyade tarafların gerçek ve ortak iradesinin alınması gerekmektedir. Kefalet sigortasında da tarafların sigorta ya da kefaletten ziyade TBK m. 128’ anlamında üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde bir anlaşma yapma iradesinde olduklarından; kefalet sigortası teminat sözleşmesi, lehtara verilen kefalet mektupları da teminat mektubu niteliğindedir²¹. Diğer bir görüş, kefalet sigortasının; ABD gibi ülkelerde uzun yıllardır kullanılan “surety bond”ların ülkemize uyarlanmış hali olmasına rağmen, bilindik bir kavram üzerinden kamuoyuna tanıtmak üzere banka teminat mektuplarının muadili olarak sunulmuştur. Fakat orijinal terimler olan “suretyship agreement” ve “surety bond” kavramlarının Türk hukukundaki muadilinin kefalet sözleşmesi ve kefalet senedi olması gerekirken, Genel Şartlar’da kendine özgü bir sözleşmenin düzenlendiğini de kabul etmektedir²². Bu iki görüşe de katılmayan üçüncü bir görüşe göre ise kefalet sigortası sözleşmesi, sigorta sözleşmesi olarak kabul edilse dahi hiçbir genel sigorta türü ile tam olarak örtüşmediği gibi kefalet veya garanti sözleşmeleri kapsamına da girmeyen, yapısı kendisine özgü (*sui generis*) bir kişisel teminat sözleşmesidir²³.

- ²¹ SOMUNCUOĞLU, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olduğunu savunduğu kefalet sigortası sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması halinde dahi, bu sözleşmede öngörülen ürünlerin kefalet olarak tanımlanamayacağını, bu nedenle tazminatı ödeyen sigortacının sigorta ettirene rücu etmesinin mümkün olmadığını ve Genel Şartlar’da yer alan rücu hakkındaki hükmün de, TBK m. 128’e aykırı olduğu gerekçesiyle TBK m. 27 uyarınca hükümsüz olduğunu da ifade etmektedir. [SOMUNCUOĞLU (2018), s. 89, 90]
- ²² KÜÇÜK’e göre, Genel Şartlar’a göre yapılacak sözleşme; bir sigorta sözleşmesi niteliğinde olmayacağından ve SK m. 3 uyarınca sigorta şirketlerinin sigortacılık ve bununla doğrudan bağlantılı işler dışında başka bir işle iştigal etmesi yasaklandığında, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması sebebiyle TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür. [KÜÇÜK (2018), s. 123].
- ²³ GÖZÜŞİRİN, kefalet sigortasının; zarar sigortasına benzediğini ancak, zarar sigortalarındaki halefiyet ilkesi kapsamında sigorta ettirenin üçüncü kişi olarak değerlendirilemeyeceğini bu nedenle de sigorta sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini savunmakta, kefalet ve garanti sözleşmelerinden farklı olarak da kefalet sigortasında sigortacının para borcundan başka edimler de üstlenebileceğinden bu sözleşme türlerinden ayrıldığını ifade etmektedir. [GÖZÜŞİRİN (2014), s. 63-69].

Kefalet sigortası sözleşmesinin niteliği ile ilgili öğretide ortaya çıkan farklı görüşlerle ilgili yapılan açıklamalar ve yayımlanan Genel Şartlar vesilesiyle tesis edilmek istenen sistem dikkate alındığında, kefalet sigortası adını taşıyan sözleşmelerin evvela tipik sigorta sözleşmelerinden olmadığı kabulüne katılmaktayız. Zira kefalet sigortası (surety bond), rizikonun gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkması beklenen zararı karşılamak için değil, rizikonun gerçekleşmesini önlemek için tasarlanmıştır ve bu sigorta kapsamında sigorta şirketi, borçlunun temerrüdü halinde borcu yerine getirmeyi veya kefalet senetlerini ödemeyi üstlenmektedir²⁴. Daha açık bir ifadeyle sigorta şirketi asıl borçlunun borcuna teminat vermektedir.

Özellikle sigortacı ile alacaklı arasındaki ilişki dikkate alındığında bu ilişkinin fer'i nitelik taşıması ve bu yönüyle kefalet sözleşmesine benzemesi, ayrıca Genel Şartlar'da sigortacının borçluya kefil olacağına açıkça ifade edilmesi sebebiyle, mehzaz hukukta kabul edilen hukuki niteliğe de uygun olarak kefalet sözleşmesi karakteri taşımasının yanında, borçlunun temerrüdü halinde lehtara doğrudan sigortacıya başvuru hakkı verilmiş olması, sigortacının da ilk talep üzerine teminat kapsamında ödeme yapma yükümlülüğünün bulunması sebebiyle de garanti sözleşmesine benzemesi sebebiyle; *sui generis* bir teminat sözleşme olduğu görüşüne katılıyoruz.

IV. Kefalet Sigortası Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri

A. Sigortacının Yükümlülükleri

Genel Şartlar'ın A.1 maddesine göre sigortacının kefalet sigortasından doğan asli yükümlülüğü, borçlunun poliçede tanımlanan borcunu yerine getirememesi rizikosuna karşı teminat sağlamaktır. Anılan maddede sigortacının bu teminatı kefil olarak sağlayacağı ifade edildikten sonra, bu sigorta kapsamında “kefalet” kavramının borçlunun borçlarına kefil olunmasını veya bu borçlarla ilgili sair taahhütler altına girilmesini ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. Kanımızca burada ifade edilmek istenen; teminatın salt TBK'da düzenlenen kefaletin yanı sıra, performans teminatında sigorta ettiren proje sahibinin yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde sigortacının yeni bir yükleniciyle anlaşarak işin tamamlanmasını sağlaması veya kefaletin aksine sigortalının

²⁴ WAMBACH Achim/ENGEL Andreas R (2011), “Surety Bonds with Fair and Unfair Pricing”, The Geneva Risk and Insurance Review, Cilt 36, Sayı 1, 2011, s. 43.

yükümlülüğünden bağımsız bir teminat niteliğinde olması öngörülen kamu alacakları teminatı gibi bu sigorta kapsamındaki teminat türlerine özgü birtakım taahhütler olmalıdır.

Sigortacı, borçluya doğrudan kefalet yoluyla kendisi kefil olabileceği gibi, dolaylı kefalet yoluyla banka, kredi garanti kuruluşları veya diğer finans kuruluşlarının borçlunun yükümlülüğü için lehtara karşı kefil olmalarına bağlı olarak da teminat sağlayabilir (Genel Şartlar m. A.1-2). Sigortacı sigorta ettirene karşı kefalet teminatı taahhüdünü yerine getirmek üzere kefalet senedi düzenleyerek lehtara vermekle yükümlüdür.

Kefalet sigortası kapsamında sigortacının diğer bir yükümlülüğü de, bu sigorta sözleşmesi çerçevesinde üstlendiği yükümlülük uyarınca ilgili lehtar veya lehtarlara ödeme yapar. Teminat verme yükümlülüğü bahsinde sadece “lehtar” ifadesi yer alırken, teminat yükümlülüğü gereğince yapılacak ödemeyle ilgili olarak neden “lehtar veya lehtarlar” şeklinde muhatap belirlendiğinin bir izahı bulunmamaktadır.

Genel Şartlar’da düzenlenen özel yükümlülüklerin yanı sıra sigortacı TTK m. 1421 vd. maddelerde düzenlenen aydınlatma yükümlülüğü (m. 1423), sigorta poliçesi verme yükümlülüğü (m.1424) ve giderleri ödeme borcunu (m. 1426) da yerine getirmekle yükümlüdür.

B. Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

Kefalet sigortası sözleşmesi bir sigorta türü olarak öngörüldüğünden sigorta ettirenin asli yükümlülüğü, sigortacıya ücret yani sigorta primi ödemektir. Sigorta primi, kefalet tutarı göz önünde bulundurularak, kefaletin hesaba dâhil edildiği tarihten hesaptan silinmesine kadar olan süre için hesaplanır ve prim ödeme koşulları poliçede belirlenir (Genel Şartlar m. C.1). Genel hükümler uyarınca aksine bir anlaşma yoksa sigorta primi peşin ödenir (TTK m. 1430/1). Sigorta primi ödemelerinin nakden yapılması zorunlu olmakla birlikte, ancak ilk taksitin nakden ödenmesi şartıyla sonraki primler için kambiyo senedi verilebilir (TTK m. 1430/2).

Sigortacının prim ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde TTK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (Genel Şartlar m. C.1/3). Oysa sigorta sözleşmesi olarak tasarlanan ve böyle adlandırılan bu hukuki ilişkiye TTK hükümlerinin uygulanacağını belirtmesine ihtiyaç yoktur. Zira TTK hükümleri sigortacılık faaliyetlerinin tümüne uygulanacak olan genel hükümlerdir. Ancak kanaatimizce sigorta ettirenin prim ödeme borcunda

temerrüde düşmesi halinde sigorta sözleşmesinin sona ereceğini düzenleyen TTK m. 1434 hükmü, kefalet sigortası sözleşmesinin arz ettiği üçlü ilişki ile birlikte değerlendirildiğinde, alacağı teminat altına alınan lehtar bakımından pek de adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir²⁵.

Genel Şartlar'da, sigorta ettirene, sözleşmenin safhalarına göre gruplandırılmış başkaca yükümlülükler de yüklenmiştir. Madde B.1'de sigortacının kefil olması sigorta ettiren tarafından birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanmıştır. Buna göre, (a) kefalet senedinin düzenlenmesinden önce sigorta ettiren; en son yıla ait hesap özeti ile varsa bağımsız denetim raporunu derhal sigortacıya sunmakla ve sigortacının talebi üzerine, konuya ilişkin gerekli açıklamaları yapmakla, yıllık hesap özetleri öngörülen tarihte tamamlanmazsa bunları sunma yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, talep üzerine bir ön bilanço ile gelir tablosu sunmakla, (b) nakdi veya gayrinakdi kredi ilişkilerini sigortacıya bildirmekle, (c) sigortacıya bildirmeksizin üçüncü şahıslara aktifleri üzerinde teminat vermemekle ve (ç) -sigortacı tarafından- teminat verilmesi kararını etkileyebilecek önemli ölçüdeki değişiklikleri sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Sigorta ettiren, kefalet senedinin düzenlenmesinden sonra m. B.1'de sayılan yükümlülüklerle ek olarak; iletişimde veya talimatların yerine getirilmesinde gecikme yaşanması yahut ihmal olması nedeniyle zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğu hallerde sigortacıyı bilgilendirmekle yükümlüdür (Genel Şartlar m. B.2/2-a). Rizikonun gerçekleşmesinden sonra ise sigorta ettiren, borcunu sigortalı değilmişçesine ifa etmek için gerekeni yapmakla yükümlüdür (m. B.3/1-a).

Genel Şartlar'ın B.7 maddesinde sigorta ettirene, sigortacının talebi üzerine ek güvence verme yükümlülüğü öngörülmüştür. Buna göre sigortacının talep etmesi halinde sigorta ettiren; sigorta sözleşmesinin sona ermesinden sonra, düzenlemiş olduğu kefalet senedi ile ilgili sigortacıyı sorumlu tutmamakla ve kefaletin hesaptan kayıtsız şartsız silinmesine kadar nakit güvence veya sigortacı tarafından kabul edilecek başka bir güvence sunmakla, A.5 maddesinde sayılan –kanaatimizce sigortacı tarafından sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin- haller söz konusu ise, sigorta sözleşmesi sona erdirilmese dahi nakit güvence veya uygun görülecek başka

²⁵ GÖZÜŞİRİN (2014), s. 67.

bir güvence sunmakla ve güvence talebinin alındığı tarihten, güvencenin fiilen sunulduğu veya mevcut bütün kefaletlerin tasfiye edildiği tarihe kadar dönem içinde ilave prim ödemekle yükümlüdür. Söz konusu ek güvence yükümlülüğünün tam ve geçerli bir şekilde yerine getirilmemesi halinde sigortacı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir (m. A.5/2-c).

V. Kefalet Sigortası Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

Kefalet sigortasına uygulanacak hükümlerin tespitinde, ortaya çıkan üçlü ilişkinin tarafları arasındaki hukuki ilişkilerin ayrı ayrı belirlenmesi hayati önem arz etmektedir. Sigorta ettiren ile lehtar ya da alacaklı taraf arasındaki hukuki ilişki Genel Şartlar'da sayılan teminat türlerine göre çok çeşitli olabileceği gibi bunlarla sınırlı da değildir. Şahsi teminata konu olabilecek tür hukuki ilişkiden doğan borç yükümlülüğü kefalet sigortası ile teminat altına alınabileceğinden, lehtar ile sigorta ettiren arasındaki ilişkiye uygulanacak hükümlerin bu hukuki ilişkinin niteliğine göre tespit edilmesi gerekmektedir.

Sigortacı ile asıl borçlu arasındaki ilişkinin bir tarafı tüzel kişi tacir olan sigorta şirketi olduğundan ve sigortacılık da TTK'da düzenlenen ticari iş olduğundan; TTK m. 19'da düzenlenen ticari iş karinesi gereğince, bir taraf için ticari iş niteliğinde olan kefalet sigortası sözleşmesi, Kanunda aksine hüküm bulunmadığından diğer taraf için de ticari iş sayılacaktır. Dolayısıyla bu ilişkiye uygulanacak olan hükümlerin ve uygulama sırasının tespiti TTK m. 1'e göre yapılmalıdır.

Sigortacı ile alacaklı arasındaki ilişkiye gelince, öncelikle TTK m. 19 hükmündeki ticari iş karinesinin burada da uygulanacağını belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla, TTK m. 1/2 uyarınca yukarıda hukuki nitelik bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar gereğince *suigeneris* bir teminat ilişkisi olarak nitelendirdiğimizden sigortalı ve alacaklı arasındaki ilişkiye sırasıyla kanunlarda yer alan emredici hükümler, Genel Şartlar'ın bir çerçeve sözleşme niteliğinde olduğundan bahisle burada ve taraflar arasında yapılacak her bir kefalet sigortası sözleşmesinde yer alan hükümler, tamamlayıcı ve yorumlayıcı ticari hükümler, ticari örf adet ve son olarak da genel hükümler uygulanacaktır.

VI. Kefalet Sigortası Sözleşmesinde Halefiyet ve Rücu

Genel Şartlar'ın B.5 ve B.6'ncı maddelerinde, rizikonun gerçekleşmesi halinde tazminatı ödeyen sigortacının lehtara halef olacağı ve borçluya rücu edebileceği düzenlenmiştir. Halefiyet hükmü gereğince

sigortacı, kararlaştırılan sigorta bedeli üzerinden değil, ödediği tazminat tutarınca lehtarın haklarına halef olmaktadır. Ancak taraflar arasındaki ilişki sigorta ilişkisi olmadığı gibi kefalet olarak da nitelendirilmediğinden, sigortacının ne TTK m. 1472 kapsamında sigorta sözleşmesi bağlamında, ne de TBK m. 596 kapsamında kefalet sözleşmesi hükümlerine göre bir halefiyet hakkı mevcuttur²⁶. Sigortacıya tanınan rücu hakkı kapsamında, sigorta ettirene; sigortacının ödediği tazminat tutarını tamamen veya kısmen geri almak için yararlanabileceği diğer talep imkânlarından bağımsız olarak düzenlemiş olduğu kefalet senedi ile ilgili ödediği tutarı, masraflar ve kanuni temerrüt faizinden yüksek olmamak kaydıyla sigortacı ve sigorta ettirenin yapacakları sözleşmede anlaşacakları temerrüt faizi ile birlikte sigortacıya ödeyeceği kabul edilmiştir. Ancak sözleşmenin hukuki niteliği, halefiyet gibi rücu hakkını da doğuracak bir özellik arz etmemektedir. Bununla birlikte sigortacının, TBK m. 127/2 kapsamında, alacaklıya halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde alacaklıya halef olması mümkündür.

VII. Kefalet Sigortası Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Zamaşımı

A. Sona Ermesi

Kefalet sigortası sözleşmesi, temel borç ilişkisi esas alınarak bu ilişkiden doğan borcu teminat altına almak üzere kurulduğundan yani fer'i nitelik arz ettiğinden, asıl borcu sona erdiren nedenler kefalet sigortası sözleşmesinden doğan borcu da sona erdirir²⁷. Ancak bu aşamada borcun sona ermesi ile borç ilişkisinin sona ermesi ayırımına değinmek gerekmektedir. Kefalet sigortası sözleşmesine esas teşkil eden asıl borç borçlunun borcunu planlanandan veya taksitle ödeneceği kararlaştırılan primin ödemeleri tamamlanmadan ifa etmesi durumunda sigortacının teminat yükümlülüğü ortadan kalksa da sigorta ettiren prim ödemeye devam edecektir. Böyle bir durumda asıl borç ilişkisi sona erse de kefalet sigorta sözleşmesinin de sona ermesi için sigorta ettirenin asıl borçla birlikte sigortacıya karşı olan borcunu da ifa etmiş olması gerekmektedir.

Genel Şartlar'da, sigorta ettirene, herhangi bir koşul aranmaksızın sigorta sözleşmesini derhal hüküm doğuracak şekilde sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Ancak sigorta sözleşmesini sona erdirmesi halinde sigorta

²⁶ SOMUNCUOĞLU (2018), s. 91; KÜÇÜK (2018), s. 123.

²⁷ GÖZÜŞİRİN (2014), s. 81.

ettiren yürürlükte olan kefalet senetlerini sigortacıya iade edeceği güne kadar tahakkuk edecek olan primi ve poliçede belirtilen her türlü ilave masrafı sigortacıya ödemekle yükümlüdür (m. A.5/1)

Sigortacının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bakımından ise Genel Şartlar'da ikili bir düzenleme söz konusudur. Bunlardan ilkinde göre, sigortacı devam eden sigorta sözleşmesini ancak lehtara karşı yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla ve bir ay önceden yazılı ihbarda bulunmak suretiyle -haklı sebep bulunmaksızın- sona erdirebilir. Sigortacıya sözleşmeyi sona erdirmeye bakımından tanınan diğer bir hak ise haklı sebeplerin varlığına bağlı tutulmuştur. Buna göre; sigorta ettireni sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya sigortacıya yanlış beyanda bulunması, mali durumunun sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olduğunun tespit edilmesi ve sigortacı tarafından talep edilen ek güvenciyi sunamaması veya güvencenin hükümsüz veya değersiz hale gelmesi ya da yetersiz kalması hallerinde sigortacı, lehtara karşı yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, derhal hüküm doğuracak şekilde sigorta sözleşmesini sona erdirebilir.

Sigorta ettirenin sözleşmeyi sona erdirmesi ve sigortacı bakımından sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik haklı sebeplerin oluşması hallerinin dışında kalan diğer tüm hallerde sigorta sözleşmesi, kararlaştırılan sürenin bitiminde sona erer (Genel Şartlar m. A.5/2).

B. Zamaşımı

Kefalet sigortası sözleşmesi kapsamındaki tazminat alacağı için özel bir zamaşımı süresi öngörülmemiştir. Dolayısıyla rizikonun gerçekleşmesiyle muaccel olan tazminat alacağı TBK m. 146'da öngörülen 10 yıllık genel zamaşımı süresine tabidir²⁸.

SONUÇ

Türk hukukunda nispeten yeni bir kavram olan kefalet sigortasıyla sigortacı borçlunun poliçede tanımlanan yükümlülüğünü yerine getirememesi rizikosuna karşı, poliçede belirtilen lehtara teminat sağladığı *sui generis* bir kişisel teminat sözleşmesidir. Her ne kadar bu teminat türünün adında “kefalet” ve “sigorta” kavramları kullanılmış olsa da, Genel

²⁸ Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. GÖZÜŞİRİN s. 85 vd.

Şartlar'da düzenlenmek istenen sözleşme ilişkisinin hukuki niteliği itibariyle bu iki sözleşme türü ile de birebir uyuşmadığı görülmektedir.

Hukuki niteliği bir kenara bırakılırsa, kefalet sigortasının, banka teminat mektuplarıyla hemen hemen aynı ihtiyaçları karşıladığı söylenebilir. Kefalet sigortasının, maliyetinin daha düşük olması, teminat sağlanmadan önce yapılan sigorta risk analizi ve performans değerlendirmeleri, rizikonun gerçekleşmesi halinde ise tazminatın hesaplanarak ödenmesi ve sigortacının teminat bedelini ödemenin yanı sıra borcun ifasını da yapabilmesi gibi, hem piyasa hem de başta lehtar olmak üzere taraflar için, banka teminatlarına göre daha avantajlı bir uygulama olduğunu ortaya koymaktadır.

Esasında, kefalet sigortası olarak adlandırılan bu düzenlemeyle özellikle gelişmiş sigortacılık sistemine sahip ABD gibi ülkelerde, sigorta şirketleri tarafından da sunulan ve yaygın olarak kullanılan “surety bond” düzenlemesinin ülkemize aktarılması amaçlanmıştır. Ancak piyasanın kredi ve teminat talebini karşılamak üzere, büyük beklentilerle ortaya konulan bu finansal araç, -maalesef- düzenleyici otoritenin dikkatsiz, özensiz ve kanun yapma tekniğinden uzak tutumu nedeniyle uygulamada birçok sorunu beraberinde getirecek gibi gözükmektedir. Bu sorunların önlenmesi için her şeyden önce ve en hızlı yol olarak Kefalet Sigortası Genel Şartları'nda iyileştirme yapılmalı, ardından da yasal zemine kavuşturularak tarafların hak ve yükümlülükleri açıkça belirlenmelidir.

KAYNAKLAR

ATALAY, Merve (2019), "Türk Hukukunda Sigorta Sözleşmesi" KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet (2019), Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2019.

BOZER Ali, (2009), Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009.

ÇEKER Mustafa, (2020), Sigorta Hukuku, 21. Baskı, Adana 2020.

GÖZÜŞİRİN, Melike (2014), Kefalet Sigortası (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

KANER İnci Deniz, (2016), Sigorta Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2016.

KARA, Etem (2020), "Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 19, 2020, ss. 153-174.

KAYIHAN Şaban/BAĞCI Ömer, (2017), Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Kocaeli 2017.

KÜÇÜK, Damla (2018), "Sigorta Şirketleri 'Kefalet Sigortası' Yapabilir mi?", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 144, 2018, ss. 118-124.

ÖZDAMAR Mehmet, (2009), Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009.

SOMUNCUOĞLU, Ünal (2018), "Türk Hukukunda Kefalet Sigortası", Terazi Hukuk Dergisi Cilt 13, Sayı 137, 2018, ss. 89-94.

SOPACI ÖZTUNA, Betül (2018), "Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi", Sigorta Hukuku Sempozyumları, Ed. ÜNAN Samim/ YAZICIOĞLU Emine, İstanbul 2018.

ÜNAN Samin, (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku - Cilt I: Genel Hükümler, İstanbul 2016.

WAMBACH Achim/ENGEL Andreas R (2011), "Surety Bonds with Fair and Unfair Pricing", The Geneva Risk and Insurance Review, Cilt 36, Sayı 1, 2011, ss. 36-50.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31973L0239&from=EN> (Erişim T. 02.12.2020).

<https://www.hmb.gov.tr/hizmet-envanteri-ve-standardi> (Erişim T. 04.12.2020).

www.sozluk.gov.tr (Erişim T. 02.12.2020).

<https://www.tsb.org.tr/kefalet-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=1110> (Erişim T. 02.12.2020).

