

MAL SİGORTALARINDA SİGORTA ETTİRENİN ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİ (TTK m. 1293)

*Kemal ŞENOCAK**

GİRİŞ

Sigorta ettirenin zararı önleme azaltma külfeti, Türk hukukunda derinliğine araştırılmış bir konu değildir. Bu külfetin uygulamada pek fazla bilinmemesi nedeniyle sigortalı, haklarında önemli kayıplara uğramaktadır. Yargıtay da, incelememizde görüleceği üzere Türk Ticaret Kanunu'nunda özel hüküm mevcut iken (TTK. m.1293) Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesini uygulayabilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde kurtarma tedbirlerini alma vecibesi, kanun koyucu tarafından özellikle, sigorta ettirenin, sigortalı olma vakıasına güvenerek meydana gelen zararı, sigortacının ve tehlike topluluğunu oluşturan diğer sigorta ettirenlerin sırtına yüklemesi, dürüstlük kuralına aykırı görüldüğü için düzenlenmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde Türk sigorta mevzuatında zararı önleme ve azaltma vecibesine ilişkin olarak öngörölmüş hükümler belirtilmiş, daha sonra da bu düzenlemelere âmil olan mülâhazalara yer verilmiştir.

İkinci bölümde zararı önleme ve azaltma vecibesinin hukukî mahiyetinin borçlar hukuku anlamında bir yükümlülük olmadığı; bilâkis, külfet olduğu hususunda tafsilâtli açıklamalarda bulunulmuştur. Aynı bölümde ayrıca, külfeti yerine getirmesi gereken kişiler gösterilmiştir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Üçüncü bölümde borçlar ve sigorta hukukuna ilişkin zarar kavramı incelendikten sonra kurtarma tedbirleri alma vecibesinin hangi zararları kapsayacağı konusu üzerinde durulmuştur.

Dördüncü bölümde ilk önce, borçlar ve sigorta hukukuna ilişkin zarar kavramı incelenmiş, daha sonra kurtarma tedbirleri alma vecibesinin hangi zararları kapsayacağı meselesi hakkında çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, kurtarma tedbirleri alma vecibesinin ihlâline bağlanan sonuçlar ve ispat meselesi hakkında bilgi verilmiştir. Buna karşılık, sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma külfetini yerine getirmesi hâlinde, kendisine ödenecek tazminat (masrafların tazmini) sigortacının yükümlülüğüne girdiği için tafsilâtlı incelememize konu olmamıştır.

§1- KAVRAM

Türk Ticaret Kanunu'nun konumuzu düzenleyen 1293'üncü maddesinin kenar başlığı "*Koruma Tedbirleri*" olduğundan, kanun koyucunun, sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma külfetini, "*koruma vecibesi*" (*Schutzpflichten*) olarak adlandırdığı iddia edilebilir. Kanaatimizce, Kanun'un böyle bir düşünceye sevk eden ifadesi yanlıştır. Zira, doktrinde, koruma vecibeleri: " *tarafların borç (akit) ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili menfaati dışında kalan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine (menfaatlerine) zarar vermeme, bunların korunması yükümü*" şeklinde tanımlanmaktadır¹. Halbuki, burada tarafların borç ilişkisinin (akit) konusunu oluşturan edim menfaati dışında kalan şahıs ve kişi varlıklarının himayesine ilişkin değil; tam aksine, aktin konusunu oluşturan edim menfaatiyle ilgili bir vecibesi söz konusudur. Sigorta doktrininde de², sigorta ettireni veya sigorta mukavelesinde yer alan diğer ilgili şahısların zararın doğmasını önlemeye veya doğmuş olan zararı azaltmaya yönelik itinalı davranışlarda bulunmaya sevkeden davranış normlarını ifade etmek için "*kurtarma vecibesi (yükümü)*" (*Rettungspflicht*); bu vecibenin ifasına ilişkin olarak alınacak tedbirler için ise, "*kurtarma tedbirleri*" (*Rettungsmassnahmen*) tabirleri kul-

1. Bkz. EREN, F.: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C.I, Ankara 1991, sh.46-47; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), İstanbul 1978, sh.14; SEROZAN, R.: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, sh.118 vd.
2. Bkz. WILKENS, E.: Die Rettungspflicht, Karlsruhe 1970, sh.1.

lanılmaktadır. Çalışmamızda biz de, doktrin ve yabancı Kanun düzenlemelerinde yer alan³ bu eğilime uygun olarak, "koruma vecibesi (yükümü)" veya "koruma tedbirleri" kavramları yerine; "kurtarma vecibesi (yükümü)" ve "kurtarma tedbirleri" tabirlerine yer vereceğiz.

Ş2- TÜRK SİGORTA HUKUKUNDA ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNE İLİŞKİN OLAN DÜZENLEMELER VE BU DÜZENLEMELERE ÂMİL OLAN MÜLÂHAZALAR

Bu bölümde, zararı önleme ve azaltma vecibesine ilişkin Türk hukukunda yer alan düzenlemeler incelenecektir.

I. TÜRK SİGORTA HUKUKUNDA ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNE İLİŞKİN OLAN DÜZENLEMELER

A- Kanun

1. 1906 (12 Mart 1322) Tarihli (Ticaret-i Berriye Kanunu'na Dair) Zeyilnameye Göre

Türkiye'de sigortacılık faaliyeti, XIX. yüzyılın sonlarında başlamıştır. Mevzuata ilişkin ilk düzenlemeler ise, 12 Mart 1322 (1906) tarihinde Ticaret-i Berriye Kanunu'nun üçüncü eki olarak yayımlanan bir Kanun'la getirilen kara sigortalarına dair hükümlerdir. Bu Kanun'un 16'ncı maddesinde sigorta ettirenin, zararı önlemek ve azaltmakla yükümlü olduğundan hiç bahsedilmemiş; bunun yerine, onun sigortalı şeylerin kurtarılması için ihtiyar ettiği masrafları, sigortacıdan isteyebileceği öngörülmüştür. "Sigorta ettiren emvâl ve eşyanın muhâtara vukuunda kısmen veya tamâmen kurtarılması için sigorta ettirenler tarafından ihtiyar olunan her dürlü masârif sigortacıya aiddir"⁴.

2. 1926 Tarihli Türk Ticaret Kanunu'na Göre

Kurtarma tedbirleri alma vecibesi, 4 Ekim 1926 tarihinde yti-

3. Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 62'nci paragrafının, İsviçre Sigorta Akti Kanunu'nun 61'nci maddesinin ve İtalyan Medeni Kanunu'nun 1914'üncü maddesinin matlabı da "kurtarma vecibesi (yükümü)"dür. (Alm. *Rettungspflicht*, İt. *Obbligo di Salvataggio*).
4. GÜRMEZAR, F./GÜRMEZAR, T./BERKİ, A.H.: Kanunname-i Ticâret ve Zeyilleri, Ankara 1962, sh.138.

rürlüğe giren 865 sayılı Eski Ticaret Kanunu'nun 954'ncü maddesinde, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigorta ettiren tarafından yapılması gereken ihbar külfetiyle birlikte hükme bağlanmıştır. "Sigorta ettiren kimse sigortanın taalluk ettiği tehlikenin vuku bulunduğunu haber aldığı tarihten itibaren beş gün zarfında sigortacıya ihbara tevessüle mecburdur. Bundan başka sigorta ettiren şahıs zararın men'i vukuuna veya tenkis veya tahfifine ait tedabiri itti haz ile mükelleftir. Bu esasa muhâlif olarak sigorta ettiren aleyhine mukaveleye dercedilen şart keemlenyekiündür. İttihaz olunan tedbirlerden mütevellit masarîf gayri müsmir kalmış olsa bile sigortacı tarafından tesviye edilmek lâzımdır. Şu kadar ki, sigortalı malın mecmu kıymetine taalluk etmemiş ise masarîfi vakta ancak sigorta bedelinin malın mecmuu kıymetine olan nisbetine göre tesviye olunur."

Bu vecibeye riayetsizliğin hukukî neticesi ise, Kanun'un 995'nci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Sigorta ettiren kimse hilesinden veya ağır kusurundan dolayı yukarıdaki maddede gösterilen mecburiyetlere riayet etmemiş ise sigorta hukukunu zayi eder."

3. 1957 Tarihli Türk Ticaret Kanunu'na Göre

Kurtarma vecibesine, 1 Ocak 1957 tarihinde yürürlüğe giren Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde "Koruma tedbirleri" başlığı altında yer verilmiştir: "Sigorta ettiren kimse zararı önlemeye, azaltmaya ve hafifletmeye yarayacak tedbirleri almakla mükelleftir. Alınan tedbirlerinden doğan masraflar bu tedbirler faydasız kalmış olsa bile sigortacı tarafından ödenmek lâzımdır, şu kadar ki, sigortacı menfaat değerinin tamamına taalluk etmiyorsa vâki masraflar ancak sigorta bedelinin menfaat değerinin tamamına olan nisbetine göre ödenir.

1292'nci maddenin son fıkrası hükmü burada da tatbik olunur."

Bu maddenin 2'nci fıkrasıyla kendisine atf yapılan ve rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigortalıya yüklenen ihbar külfetini düzenleyen 1292'nci maddenin son fıkrasında ise şu hüküm tanzim edilmiştir: "Sigorta ettiren kimse kasden yukarıdaki fıkralar gereğince ihbarda bulunmamış ise, sigorta haklarını zayi eder. Sigorta ettiren kimsenin kusuru hâlinde, kusurun ağırlığına göre sigortacının ödemekle mükellef olduğu bedel indirilebilir."

Kanun'un 1264'üncü maddesinde de, 1293'üncü maddenin, sigorta ettirenin zararına mukavele ile değiştirilemeyeceği hususu belirtilmiştir (m.1264/f.3).

Türk Ticaret Kanunu'nun 1305'inci maddesinin 1'nci bendi de, mal sigortaları içinde kurtarma masraflarını düzenleyen hükümler arasında zikredilebilir. Burada incelenmeyecek olan Türk Ticaret Kanunu'nun 1378'inci maddesi ise, deniz sigortalarında, kurtarma tedbirleri alma vecibesini hükme bağlamaktadır.

B. Poliçe Genel Şartları

Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinin yanısıra, Sigorta Poliçesi Genel Şartları'nda da kurtarma vecibesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Sigorta Poliçesi Genel Şartları'nda yer alan zararı önleme ve azaltma külfetine ilişkin klozlar, Kanun'un ratio legisine uygun ve genellikle, sigortacılık tatbikatının ihtiyaçlarını karşılayacak tarzda kaleme alınmıştır. Burada, Türkiye'de mer'i Genel Şartnamelerde yer alan hükümlerin⁵ hepsine yer verilmeyecek; sadece, örnek kâbilinden olmak üzere, Yangın Sigortası Genel Şartnamesi'nde yer alan ilgili hükümler gösterilmekte iktifa edilecektir.

Madde 15: Sigortalı hasar vukuunda aşağıdaki hususları yerine getirmekte yükümlüdür:

b) Sigortalı değilmişcesine gerekli kurtarma ve koruma tedbirlerini almak ve bu maksatla sigortacı tarafından verilen talimata elinden geldiği kadar uymak"

5. Türk Sigorta Genel Şartları'nda kurtarma vecibesıyla ilgili maddeler şunlardır: Yangın Sigorta Genel Şartları m.15 b, m. 5 ve m.17; Hırsızlık Sigortası Genel Şartları m.12 c, m.13; Kasko Sigortası Genel Şartları, m.10 d, m. 11; Karayolları Trafik Kanunu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, m. 10 b; Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları, m.10 b; Motorlu Kara Taşıtlı Araçları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, m.10 b; Otobüs Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları, m.17/A f.4, m.17/3; İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, m.8 b; Asansör Kazalarında Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, m.8 b; Ferdi Kaza Sigortası Umumi Şartları, m.13/B; Cam Kırılmasına Karşı Sigorta Genel Şartları m.9 b, m.10; Ferdi Kaza Sigortası Umumi Şartları, m.13/B; Cam Kırılmasına Karşı Sigorta Genel Şartları m.9 b, m.10; Makina Kırılması Sigortası Genel Şartları, m.11 b, m.12; Montaj Sigortası Genel Şartları m. 12 b, m.13; İnşaat Sigortaları Poliçesi Genel Şartları m.12 b, m.13; Dolu Sigortası Genel Şartları m.10 E, m.11; Hayvan Sigortası Genel Şartları m.10 b, m.11.

Madde 5: "Sigorta ettiren işbu poliçe ile temin edilen rizikoların ika edebileceği maddi ziya ve hasarları önlemeye, durdurmaya, azaltmaya yarayacak tedbirleri almakla mükelleftir. Alınan tedbirlerden doğan masraflar, bu tedbirler faydasız kalmış olsa bile sigortacı tarafından ödenir. Şu kadar ki, bu masrafların sigortacının talimatıyla yapılması halinde tazminat miktarıyla birlikte tutarının sigorta bedelini aşmaması şarttır.

Eksik sigorta varsa, sigortacı bu masrafları sigorta bedeliyle sigorta değeri arasındaki orana göre öder. Yangın söndürmede veya söndürmenin veya kurtarmanın gerektirdiği yıkma ve boşaltmalarda, sigortacı, sigortalanmış şeylerin hasara uğramasından, çalınmalar hariç, harap veya kaybolmasından mütevellit maddi zararları da karşılar."

Madde 17: Sigortalı hasar vukuunda yükümlülüklerini yerine getirmez ve bunun sonucu ziya ve hasar miktarında bir artış olursa sigortacının ödeyeceği kısımdan bu suretle artan kısım indirilir. Sigortalı rizikonun tahhukuna kasden sebebiyet verir ziya ve hasar miktarını kasden artırıcı fiillerde bulunursa, bu poliçeden doğan hakları düşer."

II. ZARARI ÖNLEME VE HAFİFLETME VECİBESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERE ÂMİL OLAN MÜLÂHAZALAR

Sigorta mukavelesi öyle bir akittir ki, onunla, taraflardan (sigortacı), belirli bir ivaz (prim) mukabilinde bir rizikoyu taşımayı ve diğer tarafın (sigorta ettiren), bu riskin gerçekleşmesiyle meydana gelen zararını karşılamak için nakdî veya gayri nakdî edimde bulunmayı ya da kararlaştırılan olayın veya zamanın vukuu hâlinde ona (sigorta ettiren) ya da üçüncü kişiye (sigortalı, lehdar) mukarrer meblağı veya iradı ödemeyi taahhüt etmektedir. Sigortacının edim yükümlülüğünden bahsedebilmek için, onun (edim yükümlülüğü) doğacağı ânın veya hiç olmazsa gerçekleşmesi mukadder olan kapasitesinin belirsiz olması gerekir.

Zararı önleme ve azaltma külfeti, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigorta ettirene terettüp eden vecibeler içerisinde-

de yer alır. Eğer ona (sigorta ettirene), böyle bir vecibe yüklenmeydi, sigortacının riziko taşıma yükümlülüğünü gözönünde bulunduran sigorta ettiren, zararın gerçekleşmesini önlemek veya meydana gelen zararın kapsamını arttırmamak hususunda kendisinde herhangi bir zorunluluk hissetmez; dolayısıyla, bu doğrultuda herhangi bir faaliyette bulunmazdı. Zira, onun kanaatine göre zarar, sigorta mukavelesiyle birlikte artık, nihai olarak, rizikoyu temin etme vaadinde bulunan sigortacıyı ilgilendiren bir hâdisedir.

Sigorta ettirene zararı önleme ve azaltma külfetinin yüklenmesi ne iktisadi ne de hukukî mülâhazalarla kabili telifdir. Zira, buna ilişkin hukukî bir düzenlemenin yapılmaması, sigortacıların temin ettikleri zarar doğuran hâdiselerin sayısının çok fazla olması nedeniyle, sigorta işletmelerinde, onların malvarlığını derinden sarsacak kadar büyük ekonomik zararların doğmasına sebebiyet verebilecektir. Ayrıca, münferit sigorta işletmeleri için endişe verici olan bu durum, kendilerine plase edilen büyük miktarlardaki sermaye hesabı katıldığında ülke ekonomisine de etki yapabilecek niteliktedir⁶. Aynı şekilde, sigorta ettireni kurtarma tedbirlerini alma vecibelerinden muaf tutma, müşterek hukukta geçerli olan ve mer'î hukukta Borçlar Kanunu'nun 44'ncü maddesinde ifadesini bulan "*şahsen sebebiyet verilen zararlar, tazmin edilmeye şayan değildir*"⁷ ilkesine de aykırıdır⁸.

Sigorta hukukunda kurtarma tedbirleri alma vecibesinin tanınmaması, bundan başka sigortacının, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi hâlinde meydana gelen ihtiyacı⁹, organize bir çokluğun

6. HENNIG, A.: Die Rettungspflicht des Versicherungsnehmers, Dresden 1936, sh.7; BRAESS, Schadenverhütung und Bedarfsverbeugung in der Sachversicherung, Praxis der Versicherungswirtschaft 1936, Heft 14, sh.5; WILKENS, E.: age., sh.2.
7. "Quor quis ex culpa sua damnun sentit, non intellegitur damnun sentire" D.50, 17, 203.
8. Bkz. SIEBECK, W.: Die Schadenabwendungs-und Minderungspflicht des Versicherungsnehmers, Karlsruhe 1963, sh.6; OHLIGMACHER, A.: Die Verpflichtung des Versicherten zur Abwendung des Schadens vor und nach dem Versicherungsfall, Erlangen 1917, sh.6; KLINGENBERG, W.: Rettungspflicht und Rettungskosten im Versicherungsrecht nach allgemeinen Grundsätzen und insbesondere in der Haftpflichtversicherung, Zürich 1930, sh.18-19.
9. Burada ileri sürülen görüş "ihtiyaç teorisi" (Bedarfstheorie)'ne dayanmaktadır. Bu teoriye göre, sigortanın fonksiyonu, rizikonun gerçekleşmesi üzerine ortaya çıkan ihtiyacı karşılamasıdır (bkz. MÖLLER, H.: Moderne Theorien zum Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrages, ZVersWiss 1962, sh.270). Buna karşılık, doktrinde ileri sürülen "zarar teorisi" (Schadentheorie)'ne göre, sigortanın fonksiyonu sigortalanın uğradığı somut zararı denkleştirmektedir (bkz. DONATI, A.: Trattato del dritto delle assicurazioni, Bd.II, Milano 1954, sh.18-27; DONATI, A.: Der Begriff des Versicherungsvertrages in der Entwicklung der italienischen

üzerine dağıtmak suretiyle karşılamak için¹⁰ teknik açıdan bir tehlike topluluğu oluşturması gerektiğini öngören "tehlike topluluğu" (*Gefahrengemeinschaft*)" düşüncesine aykırıdır¹¹. Zira, bir tehlike topluluğunun mevcudiyeti, üyelerine sigorta himayesi bahşeden işletmenin zayıflamasının, yani zarara uğramasının engellenmesine; dolayısıyla, sigortalanan hasarın önlenmesine veya kapsamının dar tutulmasına ilişkin tedbirlerin alınmasına bağlıdır. Oysa, "kurtarma tedbirlerini alma vecibesinin ihlâli hâlinde, müştereken sebebiyet verilen zararlar, bu tehlike topluluğunun üzerine yıkılarak¹², işletmenin diğer sigorta ettirenlerinin tazminat alacakları ve bunun sonucunda da söz konusu topluluğun varlığı tehlikeye girmektedir¹³. Sigorta aktinin tarafı olan sigorta ettiren için¹⁴ kurtarma tedbirleri alma vecibesinin öngörülmemesi, bu akitlerin "de bonne foi" mahiyetinde olduğu fikriyle de çelişir. Zira, "de bonne foi" mahiyetinde olan bir sigorta aktinin tarafları, kanunen kendilerine yüklenilen veya akdî olarak üstlendikleri yükümlülükleri ifa ederken ihtimam göstermelidirler. Ayrıca, tarafların uymakla yükümlü oldukları sadakat vecibesi, yine, sigorta aktinin bu niteliğinden kaynaklanmak-

Versicherungslehre, ZVersWiss 1960, sh.189). Sigorta literatüründe ileri sürülen diğer görüş ise, "planı temin teorisi" (*Plansicherungstheorie*)'dir. Bu teoriye göre, sigortalı, kendisine ait mameleki ile belirli amaçları izlemekte, bununla beraber bazı durumların ortaya çıkması hâlinde hedeflediği bu amaçlara ulaşamama tehlikesi altına girmektedir. Bu teoriyi savunulara göre, sigortanın fonksiyonu, işte bu noktada ortaya çıkar; yani sigortanın fonksiyonu, belirsiz olayların sigortalının ekonomik plânlarında meydana getirdiği kesintileri ortadan kaldırmaktan ibarettir (bkz. SCHMIDT-RIMPLER, W.: Zum Begriff der Versicherung, VersR 1963, sh.493; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: Versicherungsvertragsgesetz, 24. Aufl., München 1992, Anm. 1 Aa).

10. BGH 23.IX.1965, BGHZ Bd.44 sh. 168; MÖLLER, H.: Die Verhütung der Gefahrverwirklichung und des Schadens im Versicherungsvertragsrecht, 1. Teil, ZVerWiss 1968, sh.60.
11. HENNIG, A.; age., sh.7-8; SIEBECK, W.; age., sh.6; ARZT, H.: Die Vorbeugenden Obliegenheiten, ungedr. Hamburger Diss. 1951, sh.10; BRUCK, E./MÖLLER, H./SIEG. K.: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, B.II, Berlin 1980, § 62 Anm. 3; REICHERT-FACILIDES, F.: Zur Schadenminderungspflicht im bürgerlichen und Versicherungsrecht, VersRdsch. 1973, sh.140.
12. SIEBECK, W.; age., sh.6.
13. HENNIG, A.; age., sh.7.
14. Bu norm, sigorta ettirene yönelmiştir. Zira, sigorta ettiren, esasen, sigortalı nesneye veya tehlikeyi doğurabilecek kaynaklara, sigortacıya oranla daha yakındır ve zararın doğumunu veya artmasını engellemek hususunda daha önceden müdahale edebilecek imkânını haizdir (bkz. BRUCK, E.: Das Privatversicherungsrecht, Manheim, Berlin, Leipzig 1930, sh.341; SCHMIDT, R.: Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1953, sh.220; HENNIG, A.; age., sh.8; BGH VersR 1969, sh.651-652.

tadır. Sigorta ettirenden talep edilen akdî güven de, en yüksek ifadesini, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinden sonra yerine getirilmesi gereken vecibelerde bulur. Buna göre, sigorta ettiren, gücü yettiği sürece, sigortalı şeyi tehdit eden veya onda gerçekleşen zararı önlemek veya hafifletmek için çaba göstermeli, sigortalı olma vakasını kötüye kullanmamalı ve böylece, somut olayda önleyebileceği veya azaltabileceği zararı, herhangi bir faaliyette bulunmaması suretiyle sigortacının sırtına yüklememelidir. Sigorta ilişkileri, dürüstlük ve güven ilkesi uyarınca¹⁵, sigortalıdan bu gereklerin ifasını talep etmektedir. Yerine getirilmesi sigorta ettirenden beklenen bu husus, onun, sigortalanan şeye doğrudan doğruya (vasitasız) zilyet olması veya şey üzerinde tasarruf edebilme imkânına sahip bulunması ve dolayısıyla kurtarma tedbirlerinin icrası bakımından en elverişli bir konumda yer alması nedeniyle haksız değildir¹⁶.

Bir kimsenin kendisine zarar vermesi, hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirilmemektedir; fakat, söz konusu davranışın sonuçları başkalarının sırtına yükleniyorsa mutlaka hukuka aykırı bir davranışın varlığından söz edilebilecek; buradan da hareketle zararı azaltma ve hafifletme külfetinin ihlâlinin "*venire contra factum proprium*" yasağına aykırı olduğu ileri sürülebilecektir¹⁷. Buna

-
15. WILKENS, E.: age., sh.9; HENNIG, A.: age., sh.9; ROELLI, H./JAEGER, C.: Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd.II, Bern 1932, sh.318; KISCH, W.: Die Rettungspflicht des Versicherungsnehmers, WuR 1928, sh.1 vd.; BRUCK, E.: age., sh. 341; SCHWEIGH USER: Zur Frage der Verpflichtung des Versicherten zur Abwendung und Minderung des Schadens, Mitteilungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten 1920, sh.271. İsviçre Sigorta Akti Kanunu Tasarısının 59'uncu maddesine (bugün bu hüküm 61'nci maddede düzenlenmiştir) ilişkin gerekçede bu vecibenin düzenlenmesinin temel nedenini içtimaf muavenet menfaati (*das Interesse der öffentlichen Wohlfahrt*) ve akitlere egemen olan dürüstlük kuralı ilkesi teşkil ettiği belirtilmiştir (bkz. ROELLI, H.: Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertragsrecht, mit Motiven, Bern 1896, Ergänzung der Vorlage vom Januar 1896, sh.71). Zararı azaltma ve önleme külfeti dürüstlük ve güven ilkesine dayandığından ve sigorta sözleşmelerinin de iyiniyet sözleşmeleri olduğundan bahisle, kurtarma vecibesinin sigorta hukukunun özünü teşkil ettiği söylenebilir (bkz. HAGEN, O.: Versicherungsrecht in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd.8, I. Abteil., Leipzig 1922, sh. 637).
16. Sigorta ettiren, sigortalı menfaat konusu şeyle, sigortacıya nispetle daha yakın ilişki içinde olduğundan onun özelliklerini ve yapısını; dolayısıyla onun değerini tamamen ortadan kaldıracak veya düşürebilecek hususları ondan (sigortacıdan) daha iyi bilebilecek durumdadır (bkz. HAGEN, O.: age., Bd. VIII, I. Abteil., sh. 637; HENNIG, A.: age., sh.8.)
17. WILKENS, E.: age., sh.3; SCHMIDT, R.: age., sh. 109 vd.; KOZIOL, H.: Die Schadensminderungspflicht, JBP. 1972, sh.227; SCHERRER, R.: Versicherungsrechtliche Schadens-Minderungspflicht, Wien 1992, sh.39.

karşılık, kurtarma yükümünün, sigortacı tarafından verilmiş bir vekâletten veya sigortacının vekâleti olmaksızın sigorta ettirenin iş-görmesinden doğduğu yönündeki bir görüş ne dogmatik ne pratik bir değer haiz¹⁸; ne de caizdir¹⁹. Zira, söz konusu vecibe, bir pozitif hukuk normundan kaynaklanmaktadır²⁰ ve sigorta ettiren onu ifa etmekle başkasının (sigortacının) işini değil, bilâkis kendi işini görmektedir²¹. Nihayet, burada incelenmesi gereken son husus, Türk Borçlar Kanunu'nun mağdura zararı önleme ve azaltma vecibesini yükleyen 44'üncü maddesi²² karşısında, benzeri bir düzenlemeyi getiren Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'ncü maddesinin lüzumsuz olup olmadığı meselesidir. Kanaatimizce, Türk Ticaret Kanunu'nun, 1264'üncü maddesinin 1'inci fıkrasından hareketle, Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesinde kurtarma vecibesinin hükme bağlanması nedeniyle, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde, ayrıca bu vecibeye yer verilmesinin gereksiz olduğunu ileri süren düşünceye iltifat edilmemelidir. Zira, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinden sonra doğan sigortacının tazminat edimi yükümlülüğü, Borçlar Kanunu m. 41 vd. anlamında bir tazminat yükümü değildir. Bir başka deyişle, sigortacının tazmin yükümü kanunî ya da akdî yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin tâli sonucunu değil, aksine onun ifasına yönelik olan bir aktin (sigorta aktinin) aslı içeriğini teşkil etmektedir; dolayısıyla, sigortacının söz konusu edimi, aktin ifasına yönelik bir edim olup, ifa etmemeden doğan ikame bir edim değildir²³. Bunun sonucunda da²⁴ mağduru zararı önlemek ve azaltmakla yükümlü

18. SIEBECK, W.: age., sh.7; SCHERRER, R.: age., sh.39.

19. BRUCK, E.: age., sh.341; KISCH, W.: age., WuR 1928, sh. 85-86; SCHERRER, R.: age., sh. 39; ROELLI, H.: Entwurf, Ergänzung, sh. 71.

20. Daha açık bir ifade ile, kurtarma vecibesinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1292'nci maddesinin (Alm. VVG §62, İsv.VVG Art.61) objektif hükmüne istinad eden ve tarafların iradesine dayanmayan kanunî bir vecibe söz konusudur (Bkz. aynı görüşte: BRUCK, E.: age., sh 341; HENNIG, A.: age, sh.15; KISCH, W.,: age., WuR 1928, sh. 84). Bu vecibe, taraflar, aktin inikadında onun varlığından haberdar olmasalar dahi meydana gelir; dolayısıyla bu vecibenin doğumu için, tarafların onu istemiş olup olmamalarının bir önemi yoktur (bkz. BRUCK, E.: age., sh.341).

21. KISCH, W.: Die Pflicht des Versicheres zum Ersatz der Rettungskosten, WuR 1916, sh.284; KLINGENBERG, W.: age., sh.24.

22. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, F.: age., C.II, sh. 352 vd.; TEKİNAY, S.S./AKMAN,S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, sh.594 vd.

23. KOENIG, W.: "Bereicherungsverbot" im Versicherungsrecht, SVZ 1965, sh.3; KOENIG, W.: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1960, sh. 239; ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.318.

24. Reichert-Facilides'e göre, Medenî hukuktaki zararı önleme yükümü ferdi menfaatlerin tartılarak dengelenmesi şartıyla; sigorta hukukundaki zararı önleme yükümü

tutan Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesi, sigorta ilişkilerinde doğrudan doğruya uygulanamayacaktır²⁵. İşte bu nedenle, zararı önleme ve azaltma vecibesi, Türk Ticaret Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir.

§3. ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNİN HUKUKİ MAHİYETİ VE VECİBEYİ YERİNE GETİRMESİ GEREKEN KİMSELER

Aşağıda, ilk önce kurtarma tedbirleri alma vecibesinin hukukî mahiyeti, bir başka deyişle yükümlülük ya da külfet olup olmadığı meselesi sonra da bu vecibeyi yerine getirmesi gereken kişiler incelenecektir.

I- ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNİN HUKUKİ MAHİYETİ

Sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma vecibesinin hukukî mahiyeti hakkında yabancı doktrinde tam bir görüş birliği mevcut değildir. Bu konuda ileri sürülen görüşleri, "Şart Teorisi (Voraus-

tehrile topluluğunun menfaatleri dolayısıyla düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. REICHERT-FACILIDES, F.: agm., VersRdsch 1973, sh.140.

25. ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.318; DIENER, P.: Verminderung von Gefahr und Schaden im Versicherungsvertragsverhaeltnis, Bern 1970, sh.92. Bununla birlikte, Yargıtay'ın, 1.10.1992 tarihinde oy birliği ile verdiği bir kararında, Borçlar Kanunu'nun 44'ncü maddesinin sigorta hukukunda uygulanabileceği görüşünde olduğu intibai uyanmaktadır. "Davacı yönünden yapılan temyiz incelemesine gelince, hırsızlığın dâvacının nişanlısının veya temizlikçi kadının, kapıyı açık bırakmasından ileri geldiği hususunda dosyada herhangi bir delil mevcut olmadığı gibi, bu husus dâvalı tarafından da kanıtlanmış değildir. Ayrıca, dâvacının nişanlısına ve temizlikçisine anahtar vermesinin doğal olmadığından da söz edilemez. Bu nedenle mahkemeye varsayma dayalı olarak BK'nun 44. maddesi uyarınca tazminat tenkisi cihetine gidilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedende de dâvacının yararına bozulması gerekmştir. (Yarg. 11.HD.,E. 1991/729, K:1992/9404; YAYIMLANMAMIŞ-TIR). Yüksek Mahkemenin bu görüşüne katılmıyoruz. Zira, Borçlar Kanunu'nun 44'ncü maddesinin, sigorta hukukunda bu konuda özel hükümler mevcut iken uygulanması mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesinin uygulanmamasının sebebi, kararda belirtilen hususlar değil; bu konuda Türk Ticaret Kanunu'nda özel hükmün bulunuşudur. Bundan dolayı, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin kararını, Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta kitabında düzenlenmiş bulunan, riziko sınırlandırmaları, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet verme (TTK. m.1278) ve kurtarma tedbirleri (TTK. m.1293) müesseseleri varken, BK. m.44 açısından değerlendirmesi hatalıdır. Yargıtay'ın 12.5.1983 tarihli benzer bir kararı için bkz. ULAŞ, I.: Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 1992, sh.49 (Yarg. 11. HD., E. 1983/1822, K.2482 sayılı karar).

setzungstheorie)", "Yükümlülük Teorisi (Verbindlichkeitsheorie)", "Karma Teori (gemischte Theorie)" ve "Hukuki Cebir Teorisi (Rechtswangstheorie)" olmak üzere dört grupta toplayabiliriz.

Özellikle Alman²⁶ - Avusturya²⁷ doktrin ve içtihatlarında²⁸ hâkim görüş olan²⁹ şart teorisine göre külfet, sigorta ettirenin, sigorta aktinden doğan talep hakkını sigortacıya karşı ileri sürebilmesini sağlayan yegâne şartı ifade etmektedir. Sigorta hukukuna ilişkin yükümlülükler birbirinden farklı kurumlardır³⁰. Herşeyden evvel külfetlerin, dâva veya cebri icra yoluyla yerine getirilebilirlik vasfı olmadığı gibi, ihlâlleri hâlinde tazminat yükümlülüğü de meydana gelmez. Burada, külfeti yerine getirmesi gereken kişi (*Obliegenheitsbelastete*), "borçlu" kabul edilmediği için üçüncü bir kişi aracılığıyla ifa edilebilmelerine de herhangi bir mâni yoktur³¹. Zira, burada önemli olan külfeti kimin ifa ettiği değil; ifa edilip edilmediği hususudur.

26. BRUCK, E.: age., sh. 279 vd.; BRUCK, E.: Die versicherungsrechtliche Obliegenheit, ZVerWiss 1926, sh.185 vd.; MÖLLER, H.: Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für das Verhalten Dritter, Berlin 1939, sh.12; BRUCK, E./MÖLLER, H.: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 8. Aufl., Berlin 1961, §6 Anm. 5d.; LÖTSCH, H.: Die Risikobeschränkungen, Hamburg 1935, sh.49 vd.; WUSSOW, W.: Das Alles-oder-Nichts Prinzip bei der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten, DB 1970/Beilage 8, sh.14; KISCH, W.: Handbuch des Privatversicherungsrecht, Bd. II (Die Lehre von der Versicherungsgefahr) München-Berlin-Leipzig 1922, sh.179 ve 515 vd.; HAGEN, O.: age, sh.526.
27. HARTL, F.: Die Schadenminderungspflicht, ZVR 1967, sh.30; KEINERT, H.: Vorvertragliche Anzeigepflicht (§16 ff. VersVG), Wien 1983, sh.17. Fenyves ise, bu teori ile birlikte, daha az cebir yoğunluğuna sahip bir davranış normunun varlığından da bahsetmektedir. Yazara göre, külfetler, sigorta aktinden doğan talep hakkının muhafazasının şartı olan; fakat, ifası zorla yerine getirilemeyen daha az cebir yoğunluğuna sahip davranış normlarıdır. Bkz. FENYVES, A.: Die rechtliche Natur der Wiederherstellungsklausel in der Gebaeudefeuersversicherung, VersRdsch. 1972, sh.118 dph. 3.
28. RG 56, 342; RG 62, 192; RG 102, 215; RG 153, 117; BGH 24, 378, Hamburg VersR 1958, sh.777; Karlsruhe VersR 1957, sh.477; Köln VersR 1963, sh.621; KölnVersR 1965, sh.950; BGH VersR 1967, sh.27; Neustadt VersR 1953, sh.182; Oldenburg VersR 1953, sh. 272; Hamm VersR 1970, sh.319; Hamm VersR 1958, sh.699; Nürnberg VersR 1979, sh.561. Bu görüş doğrultusunda Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin kararı için bkz. OGH 25.2.1970, VersRdsch 1968, sh.133vd.= VersR 1971, sh.1051= ZVR 1969, sh.90.
29. KLINGMÜLLER, E.: Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung, Landesreferat Deutschland, Materialien des 2. Weltkongress für Versicherungsrecht, Hamburg 1966, Karlsruhe 1967, sh.3; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., §6 Anm. 9; SCHERRER, R.: age., sh.42.
30. FIKENTSCHER, W.: Schuldrecht, 7.Aufl., Berlin-New York 1985, sh.49; ESSER, J.: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1970, §5 V; ESSER, J./SCHMIDT, E.: Schuldrecht, allgemeiner Teil, Bd.I, 6.Aufl., Heidelberg 1984, §6 III vd.; LARENZ, K.: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 7. Aufl., München 1989, sh.205.
31. BRUCK, E.: age., sh.285 vd.

Yükümlülük teorisini savunanlara göre ise³², külfet, özel bir hukukî kavram değildir. Bir başka deyişle külfetler, borçlar hukuku anlamında yükümlülüklerden başka bir şey değildir; dolayısıyla, bunların ifası, -pratik açıdan önemsiz de olsa- dâva edilebileceği gibi, ihlâl edilmesi hâlinde sigortacı lehine bir tazminat talebi hakkı da doğar. Bu teoriye göre ayrıca, külfetler için akdî cezaların kararlaştırılması da mümkündür³³.

Külfelerin yeknesak bir mahiyeti haiz olmadığı görüşünü temsil eden *karma teoriye göre*³⁴, her münferit olayda, külfetlerin sigorta talebinin yegâne şartı olup olmadığı veya borçlar hukuku anlamında bir yükümlülük olarak tavsif edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır³⁵.

32. EHRENZWEIG, A.: Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht. Wien 1952, sh.147-155; von GIERKE, J.: Versicherungsrecht, Bd.I, Stuttgart 1937, sh.117; Bd.II, sh.150 vd.; GOTTSCHALK, A.: Über einige Grundfragen des Privaten Versicherungsrecht, JW 1927, sh.147; KALKA, M.: Die Nebenspflichten im Lebensversicherungsvertrag-Zugleich ein Beitrag zur Frage der Obliegenheiten des Versicherungsrechts, Freiburg 1964, sh.42; RITTER, C.: Das Recht der Seeversicherung (Kommentar), Bd. I, Hamburg 1953, sh.35-38, sh.337; WEYERS, H.L.: Versicherungsvertragsrecht, Frankfurt am Main 1995, sh.121-122; RICHTER, A.: Privatversicherungsrecht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1980, sh.148; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §6 Anm. 4 (Bununla birlikte Prölss, bir makalesinde, külfetlerin herkes tarafından yerine getirilebileceğine işaret etmekle, şart teorisini savunanların görüşüne yaklaşmıştır (bkz. PRÖLSS, J.: Verbüllte Obliegenheiten-Bemerkungen zur jüngsten Rechtsprechung, VersR 1967, sh.311). KOENIG, W.: Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, sh. 137; KERN, A.: Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheit, Freiburg 1959, sh.71. Bu teorinin en iyi şekilde özetlendiği eser olarak bkz. ZUMBACH, P.: Die exkulpation des Versicherungsnehmers, Zürich 1946, sh.35 vd.
33. OBERBACH, H.L.: Allgemeine Versicherungs-Bedingungen für Haftpflichtversicherung, Teil II, Berlin 1947, sh.39.
34. ROELLI, H.: Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über das Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. I., Allg. Bestimmungen, Bern 1914, sh.530 d.; ROELLI, H./KELLER, M.: Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. IV, Einleitung, Register, Bern 1933, sh. 126 vd.; GANTENBEIN, B.: Die ausserordentliche Beendigung des Versicherungsvertrages, Zürich 1939, sh.31; WEYERMANN, W.: Die versicherungsrechtliche Obliegenheit nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bern 1929, sh. 11 vd.; SCHÖNENBERGER, W.: Die Bedeutung des eigenen und fremden Verschuldens für den Versicherungsnehmer, Freiburg 1923, sh.11 vd.; RABEL, F.K.: Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für das Verschulden dritter Personen, VersArch 1937/38, sh.718; von GIERKE, J.: Scherz und Ernst in der Versicherung, ZHR 116 (1957), sh.97 vd.; HEUKESHOVEN, H.: Die Haftung des Versicherungsnehmers für das Verhalten Dritter, Köln 1938, sh.36 vd.; KUHN, M.: Grundzüge des schweizerischen Privatversicherungsrecht, Zürich 1989, sh.177 vd.; MAUER, A.: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3.Aufl., Bern 1995, sh.286.
35. OBERBACH, H.L.: age., sh.42 vd.

Nihayet, doktrinde ileri sürülen son görüş, *Schmidt*'in özel hukuka ilişkin külfet kavramı hakkında yaptığı tafsillatlı bir araştırmanın³⁶ ürünü olan *hukukî cebir teorisidir*. Bu teoriye göre, teşvik edici hukukî kurallarla (*Anreizungstatbestaende*) icbar edici hukukî kurallar (*Nötigungstatbestaende*)³⁷ birbirinden ayırdedilmelidir. Bunlardan teşvik edici kurallar, herhangi bir yükümlülük doğurmazlar; aksine, kişileri belirli bir davranışta bulunmaya sevk etmek için bir takım avantajlar vaadederler. Bir başka deyişle, teşvik edici hükümle öngörülen hukukî sonuç, belirli bir davranışta bulunan kişi için uygun bir durumun doğması veya mevcut durumun iyileştirilmesinden ibarettir³⁸. Buna karşılık, icbar edici kurallar, belirli bir davranışta bulunan kişi için dezavantaj doğuran hükümlerdir³⁹. Bu teoriyi ilk olarak savunan *Schmidt*, teşvik edici kurallarla icbar edici (zorlayıcı) kuralları kendi içinde, "işlevsel" ve "teolojik" (gai) olmak üzere ikiye ayırıyor. Ona göre, *işlevsel teşvik ve icbar edici kurallar* (*Die funktionellen Anreizungs- und Nötigungstatbestaende*), kişinin herhangi bir davranışta bulunmasına yönelmemiş hükümlerdir. Bu kuralların teşvik ve zorlama etkisi, söz konusu hükmün düzenlediği vakıa ile hukukî sonucun birbirine mantıksal bir illiyet bağıyla bağlanmasıyla meydana gelir⁴⁰. Oysa, *teolojik (gai) teşvik ve icbar edici kurallar* belirli bir davranışın sağlanmasına; yani, kişinin belirli bir davranışta bulunmasına yönelmiş hukukî düzenlemelerdir⁴¹. *Schmidt*'e göre, işlevsel ve teolojik teşvik edici kurallar, vecibe doğuran hükümler olmadığından bir kenara bırakılmalı⁴², yerine icbar edici hükümler incelenmelidir. Yazara göre, işlevsel ve teolojik (gai) olmak üzere ikiye ayrılan icbar edici kuralların, ilk çeşidi de hukukî bir yükümlülük doğurmaz; fakat, bunlar, yükümlülere belirli bir davranışı yükler ve ihlalleri hâlinde bir takım hukukî dezavantajların meydana geleceğini öngörürler. Bu yüzden, bu kurallara yük (*Last*) doğuran kaideler de denilebi-

36. SCHMIDT, R.: Die Obligenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1993. Bu teoriyi paylaşılanlar: KARSTAEDT, R.: Grundsätzliche Fragen der Drittzurechnung in den Allgemeinen Deutschen Seeverversicherungsbedingungen, Karlsruhe 1979, sh.9 vd.
37. Burada geçen "Tatbestand", (vakıa, hadise) kelimesinden, vakıa ve hukukî sonuç düzenlenmesinden müteşekkil hukukî kurallar anlaşılmalıdır (bkz. SIEBECK, W.: age, sh.8 dnp. 23).
38. SCHMIDT, R.: age., sh.75, 312-313.
39. SCHMIDT, R.: age., sh.76, 313.
40. SCHMIDT, R.: age., sh.67, 76, 313.
41. SCHMIDT, R.: age., sh.84, 313.
42. SCHMIDT, R.: age., sh.301-302; 313-314.

lir⁴³. Buna karşılık, teolojik icbar edici kurallar, hukukî vecibeleri (*Rechtspflicht*) ifade eder ve *cebir şiddeti (yoğunluğu) daha az olan kurallar (külfetler), cebir şiddeti (yoğunluğu) daha fazla olan kurallar (Yükümlülükler)* şeklinde ikiye ayrılır⁴⁴. Burada kuralın niteliğini belirleyecek olan cebrin şiddeti ise, söz konusu kurala bağlanan hukukî sonuca göre değil, menfaat durumlarına ve hükmün amacına göre belirlenir. Bunlardan külfetler, yükümlülere her iki tarafın menfaatine olarak yüklenir; bu nedenle de, müeyyidenin hafif olması, yani tazminatın öngörülmemesi adalet duygularına uygundur⁴⁵.

Kanaatimizce, külfetlerin ifasının, içinde bulunan hukukî mevkînin muhafaza edilebilmesinin şartı olduğu hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Bir başka deyişle, hukukî mevkînin ve ona bağlı hakların muhafaza edilebilmesinin şartı, söz konusu mevkî ve haklarla ilgili külfetlerin ifasıdır. Buna karşılık, şart teorisi, külfet kavramının mahiyetini tam manasıyla açıklayabilecek bir güce sahip değildir⁴⁶. Zira, yukarıda zikredilen teori, külfetler ile, sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması gibi hukukî sonuçların bir davranışa bağlandığı; dolayısıyla, sigortacıdan edimin talep edilebilmesinin de şartını oluşturan diğer hususlar (örneğin, sigorta aktinin varlığı, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi gibi) arasındaki ayrımı ortaya koyabilecek herhangi bir kriter getirememektedir⁴⁷. Keza, sigortalanan rizikonun, sigorta himayesinin câri olduğu mülkî sınırlar içerisinde gerçekleşmesi de, sigorta ediminin talep edilebilmesinin şartı olmasına rağmen, sigortalı arabanın belirli bir coğrafi sahada kullanılması gibi bir husus sigorta ettirene külfet olarak yüklenemez. Hukuki cebir teorisi de külfet kurumuna, psikolojik açıdan bir açıklama getirebilmekte; fakat, onun mahiyetini, hukukî yönden açıklamakta yetersiz kalmaktadır⁴⁸. Bundan başka teorisinin, külfetlerin daha az zorlama şiddetine sahip olduğu doğrultusundaki tezinin geçerliliği, Türk Ticaret Kanunu'nun 1290, 1292 ve 1293'ncü maddelerinde öngörülen, sigortacının illiyet bağından bağımsız olarak edim yükümlülüğünden kurtulma müeyyidesi nedeniyle şüpheli hâle düşmektedir. Şöyle ki, sigortacı, yükümlülüğün

43. SCHMIDT, R.: age., sh.101.

44. SCHMIDT, R.: age., sh.302.

45. SCHMIDT, R.: age., sh. 312.

46. SCHMIDT, R.: age., sh. 65.

47. JABORNEGG, P.: Das Risiko des Versichers, Wien 1979, sh.36; SCHAUER, M.: Das österreichische Versicherungsvertragsrecht, 3.Aufl., Wien 1995, sh.235.

48. SCHAUER, M.: age., sh.235.

ihlâli nedeniyle illiyet bağı prensibinin de dahil olduğu genel tazminat ilkelerine göre istediği yüksek meblağlı tazminata, hiç ya da daha az miktarda ulaşabilecek ve olayların çoğunda da bu meblağ, külfetlerin ihlâli hâlinde öngörülen edim yükümlülüğünden kurtulmayı öngören hükümlere istinaden yerine getirilmeyecek olan edim miktarından daha az olacaktır⁴⁹. Bu durumda da külfete ilişkin cebrin şiddeti, yükümlülüğe oranla daha fazla olacaktır⁵⁰. Sigorta hukukuna ilişkin külfetlerin yükümlülük olarak kabulüne karşı ise, sigortacının söz konusu vecibenin ihlâli hâlinde edim yükümlülüğünden kurtulması suretiyle yeteri derecede korunduğu; buna ilâveten külfetin zorla icra edilebilirliği imkânının veya karşı tarafa tazminat talebi hakkının tanınmasına gerek olmadığı⁵¹; aksi takdirde külfet ihlâlinin aşırı derecede müeyyidelendirilmiş olacağı itirazı⁵² ileri sürülebilir. Yükümlülük teorisinin kabul edilmesi özel hukukta geçerli olan irade muhtariyetine de aykırıdır. Zira, bu ilke gereğince başkası hesabına sigorta mukavelesiyle, âkit taraf dışındaki bir başka kişi (sigortalı) hak sahibi yapılabilir; fakat, yükümlülük sahibi kılınmaz. Oysa, başkası hesabına sigortada, sigortalı sigorta aktinden doğan külfetleri yerine getirmek zorundadır⁵³.

Kanaatimizce, Türk Ticaret Kanunu'nda hatalı davranış nedeniyle belirli bir hukukî mevkinin kaybedilmesini öngören müteaddid hükümler nazarı itibara alındığında, külfetlerin, yükümlülük yanındaki müstakil varlıkları inkâr edilemez. Bir başka deyişle, külfetlere bağlanan hukukî sonuçların, yükümlülüklerle bağlanan sonuçlardan farklı vasıflara sahip olması, onların müstakil varlığının kabulü için yeterli bir sebeptir. Şöyle ki, yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için, yükümlüye karşı devletin cebrî icra organları aracılığıyla doğrudan doğruya takibata girilebilir. Oysa, külfetin ihlâli hâlinde, devletin cebrî icra gücü kullanılamaz; onun yerine getirilmemesi ipso iure sadece, hakkın kaybedilmesi gibi hukukî bir dezavantaj doğurur. Zorla yerine getirilebilirlikten kastın, devletin zor kuvvetinin kullanılabilmesi imkânı olduğu keyfiyeti naza-

49. JABORNEGG, P.: age., sh.36-37.

50. Külfetlerde bizzat ihkakı hak unsuru görmek de (bkz. SCHÜTTE, U.: *Verhüllte Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris 1992, sh.41; WEYERS, H.L.: age., sh.119) yanlıştır. Çünkü, bir tazminat yükümlülüğünün *tehdidi* ile, yükümlülüğün konusunu teşkil eden bir davranışın *zorla yaptırılması* arasında nasıl bir ilişki yoksa, külfetin ihlâli hâlinde öngörülen hukukî dezavantajın doğacağı *tehdidi* ile, külfete ilişkin bir davranışın *zorla icra ettirilmesi* arasında aynı şekilde herhangi bir ilişki yoktur (bkz. SCHERRER, R.: age., sh. 45 dnp.21).

51. BRUCK, E.: age., sh. 281; SCHMIDT, R.: age., sh.293.

52. JABORNEGG, P.: age., sh.46; SCHAUER, M.: age., sh.235.

53. SCHERRER, R. : age., sh.47.

rı itibara alındığında, külfetle ilgili olarak zorla yerine getirilebilirlikten değil; hukukî dezavantaj doğacağına dair salt⁵⁴ bir baskıdan bahsedilebilir⁵⁵. Nitekim, Kanun'da sigortacının, külfetleri yerine getirmeyen sigorta ettirenden tazminat isteyebileceğine dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bunun yerine, Kanun'da sigorta ettirenin kendi lehine olan bu vecibeyi yerine getirmemesi hâlinde, - yükümlülüklerle bağlayan hukukî sonuçlardan farklı olarak⁵⁶ - sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulacağına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir (örneğin bkz. TTK m.1292/f.2, m.1293/f.2, m.1372/f.1-2, m.1373/f.1, m.1375, m.1376). Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nda -yine yükümlülüklerden farklı olarak- sigorta ettirenin, külfetini yerine getirmemesi hâlinde, sigortacının ona karşı bir ifa dâvası açabileceğine veya külfetlerin cebri icra yoluyla yerine getirilebileceğine ilişkin bir kayıt da mevcut değildir; dolayısıyla sigortacının ifa dâvası açması hâlinde de dâvası, menfaat olmadığı gerekçesiyle reddedilmelidir.

Türk Sigorta ilmi içtihatlarında külfetlerin müstakil varlığını kabul eden; onları yükümlülük mahiyetinde görmeyen bazı yazarların⁵⁷ hukukî dayanaklarından birisi de, Türk kanun koyucusunun kullandığı kavramlardır. Nitekim, Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta ettirenin külfetleri ve yükümlülükleri için ayrı terimler kullanılmıştır. Şöyle ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 1290 ve 1298'inci maddelerinin düzenlendiği "D" kısmının başlığı "*Sigorta Ettirenin Mükellefiyeti ve Borçları*"dır. Bunun altında ise "*I- İhbar mükellefiyeti*" denmiş ve burada 1290, 1291 ve 1292'nci maddelerle, mukavele

54. Baskı (*Druck*), yükümlülüklerde "tazminat tehdidi" veya "kararlaştırılmış olan cezaî şart" vasıtasıyla da söz konusu olabilir; fakat, bu ihtimal, yükümlülüklerde yalnız başına değil, zorla icra ettirilebilirlik keyfiyetiyle birlikte bulunmaktadır. Dolayısıyla, burada yükümlülüklerde, külfetten farklı olarak "salt" baskı tabirinden bahsedilmemektedir.
55. Dolayısıyla, hukukî cebir teorisinin öngördüğü gibi, bu iki durum arasında zorla yerine getirilebilirlik hukukî sonucunun şiddeti göz önüne alınarak, kantitatif (kemi) bir ayırım yapılamaz. Çünkü, bu tür ayırım, nitelik yönünden (qualitativ) aynı olan kavramlar arasında yapılır. Oysa burada, birbirinden nitelik yönünden farklı hukukî sonuçlar vardır: birisinde (yükümlülükte) devletin zor gücüyle icra ettirme; diğesinde (külfette) salt bir baskı var, zorla icra ettirme yok (SCHERRER, R.: age., sh.48-49).
56. Türk doktrininde "*Külfet-Yükümlülük*" ayırımı yerine aynı kurumları ifade etmek üzere farklı kavramlar kullanılmaktadır. Örneğin KENDER, "*Görev-Borç*" (bkz. KENDER, R.: Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku, C.I, İstanbul 1995, sh.160 vd.); HIRŞ, "*Külfet-Borç*" (bkz. HIRŞ, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, B.3, İstanbul 1948, sh.902). ÖZTAN, "*Mükellefiyet-Borç*" (bkz. ÖZTAN, F.: Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966, sh.29 vd.); ARSEVEN, "*Yükümlülük-Borç*" (bkz. ARSEVEN, H.: Sigorta Hukuku, İstanbul 1991, sh.117) ayırımını kullanmaktadır.
57. ÖZTAN, F.: İhbar Mükellefiyeti, sh.31; KENDER, R.: age., sh.163.

yapılırken, sigorta müddeti içerisinde ve rizikonun gerçekleşmesi hâlindeki ihbar vecibesi düzenlenmiştir. 1294 vd. maddelerinde ise, "*prim ödeme borcu*" başlığı altında hükümler sevk edilmiştir. Şu hâlde, bu yazarlara göre kanun koyucu, sigorta ettirenin mükellefiyetleri -Kanun külfetlere "mükellefiyet" demektir- ve borçları diye ayrı terimler kullanarak bunların aynı şey olmadığını kabul etmiştir. Kanaatimizce, bir vecibenin hukukî mahiyetini belirlerken sadece, Kanun'da düzenlendiği yere ve kullanılan tâbirlere bakarak hüküm vermek yanlış olur. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun 1372 ilâ 1373'üncü maddesinin başlığı "*B) Rizikoyu Değiştirmek Borcu*"dur ve hükümler 1375'inci madde ile birlikte "*Sigortalının Sigorta Mukavelesinden Doğan Borçları*"nı düzenleyen üçüncü kısımda ele alınmıştır. Bu hükümlerin içeriği, özellikle de bunlara bağlanan hukukî sonuçlar incelendiğinde söz konusu maddelerde, külfetlerin düzenlendiği⁵⁸ görülecektir. Ayrıca matlabı "*ihbar mükellefiyeti*" olan ve gerçekten de külfet niteliğinde ihbar vecibesini öngören 1376'ncı madde de, yine sigortalının borçları kısmında düzenlenmiştir. Öte yandan, Türk Ticaret Kanunu'nun 1303'ncü maddesi, şeyin devri hâlinde, taraflar akitte aksini kararlaştırmadıkça, "*sigortadan doğan hak ve borçlar*"ın yeni malike geçeceğini öngörmüştür. Kanunda belirtilen "*borç-mükellefiyet*" ayrımına sıkı sıkıya bağlı kalacak olursak, yeni mâlike, sadece borçların geçeceği, külfetlerin ise geçmeyeceği sonucuna varırız. Oysa, doktrinde isabetli olarak, yeni mâlik, devirle birlikte sigorta ettirenin (eski mâlik) borçlarına sahip olur ve onun çeşitli külfetlerini yüklenir⁵⁹.

Türk Sigorta hukuku doktrininde, sigorta ettirenin yükümlülük mahiyetinde olmadığına dair getirilen bir başka delil de şudur: Örneğin, Hayat Sigortası Şartları'nın 2'nci maddesiyle sigortalıya aktin inikadı ânında ihbar külfeti yüklenmiştir⁶⁰. Oysa, Hayat Sigortası aktinin tarafları sigortacı ile sigorta ettirendir. Eğer, külfetlerin

58. KENDER, R./ÇETİNGİL, E.: Deniz Ticaret Hukuku (Deniz Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte, Temel Bilgiler), B.5, İstanbul 1992, sh.201 vd.

59. ÖZTAN, F.: Türk Ticaret Hükümlerine Göre Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi, Ankara 1971, sh.84-85; ARSEVEN, H.: age., sh.167; BOZER, A.: Sigorta Hukuku, Ankara 1981, sh.141.

60. Hayat Sigortası Genel Şartlarının 2'nci maddesine göre "*Sigortanın akdi sırasında gerek âkidin gerek sigortalının teklifname, muayene raporu ve bunları tamamlayıcı vesikalarda kendisine sorulan suallere verdiği cevaplarda, gerek rizikonun kabul edilip edilmemesi, gerek tâbi olacağı şartları tayin hususlarına müessir olabilecek, hakikate uymayan ifadeleri kasden vermiş olduğu hükmen tahakkuk ederse poliçe hükümsüz kalır ve alınan primler iade edilmez.*" Ayrıca bkz. TTK m.1364 (bkz.KENDER, R.: age., sh.163-164; KENDER, R./ÇETİNGİL, E.: age., sh.199-200).

mahiyeti yükümlülük olsaydı, bunun, sigortalıya yüklenmesinin mümkün olmaması gerekirdi. Zira, sigortalı akitte taraf değildir ve borçlar hukukunun temel prensiplerinden biri de, akitler ile - akitlere taraf olmayan- üçüncü kişilere herhangi bir yükümlülüğün yüklenememesidir.

Kurtarma tedbirleri alma vecibesinin hukukî mahiyetini, bu durumda, yukarıda zikredilen teoriler doğrultusunda şu şekilde değerlendirebiliriz: Önleme ve azaltma vecibesinin, borçlar hukuku anlamında hukukî bir yükümlülük mü, yoksa müstakil bir kurum olarak külfet mi olduğu sorunu kanaatimizce, Türk kanun koyucusu tarafından çözülmüştür. Zira, Kanun'un kurtarma tedbirlerini düzenleyen 1293'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının, 1292'nci maddenin 2'nci fıkrasına yaptığı atıfla, bunların kasden ihlâli hâlinde, sigortacı, edim yükümlülüğünden kurtulduğundan, kurtarma ve önleme vecibesine, külfet ihlâllerinin tipik hukukî sonuçları bağlanmış olmaktadır; dolayısıyla, bu vecibenin hukukî niteliği itibariyle bir külfet olduğu söylenebilir⁶¹.

Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde, yükümlülük teorisini savunanların ileri sürdüğü *Mahsub Etme Teorisi (Aufrechnungstheorie)*'nin⁶² bir yansıması müşahade edilebilir. Bu teoriye göre, sorumluluk hafif ihmâl hâli için azaltılmalı, kasıt hâlinde artırılmalıdır. Bu hâlde sigorta ettiren, meydana gelen zararın, yalnızca kendisinin sebebiyet verdiği kısmının tazminini isteyemeyecektir; kasıt hâlinde de herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacaktır. Böylece, sigortacı, sigorta ettirenin tazminat talebiyle onun gerçekleşmesine neden olduğu zarar miktarını

61. Alman hukukunda benzeri düşünceden hareketle aynı görüş savunulmaktadır. Bkz. STANGE, V.: *Rechtsgliedigkeiten und Rettungskosten im Versicherungsrecht*, Karlsruhe 1995, sh. 10-11; BRUCK, E.: age., sh. 296; SIEBECK, W.: age., sh.8 vd.; HOFMANN, E.: *Privatversicherungsrecht*, 3. Aufl., München 1991, sh.104 ve sh. 187. Ayrıca bkz. RGZ 58, 346; RGZ 62, 192; RGZ 102, 215; RGZ 127, 367; RGZ 133, 117 (122); BGHZ 24. 382; BGH VersR 1959, sh.533.

62. Yükümlülük teorisini savunanların görüşleri özellikle, Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 62'nci paragrafının gerekçesinden kaynaklanmaktadır. Bu gerekçeye göre, sigorta ettirenin azaltma ve önleme yükümünü kusurlu bir şekilde ihlâl etmesi hâlinde, sigortacı lehine, sigorta talebine mahsup edebileceği bir tazminat talebi doğar. "*Schon aus allgemeinen Grundsätzen ergibt sich, dass dem Versicherer, wenn der Versicherungsnehmer diese Pflicht schuldhafterweise nicht erfüllt, ein Schadensersatzanspruch zusteht, der im Wege der Aufrechnung geltend gemacht werden kann.*" (Resmî Gerekçe, amtliche Begründung, sh.78) Resmî Gerekçe için bkz. WILKENS, E.: age., sh. 25). Bu teori Alman hukukunda da kısmen kabul görmüştür. Bkz. HAGEN, O.: age., sh.639-640; KISCH, W.: age., sh.139; ROELLI, H./KELLER, M.: age., Bd.I, sh.548 ve 569; ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.IV, sh.129.

birbirine mahsup etmiş olmaktadır. Bir başka deyişle, burada, sigortacının sigorta tazminatının azaltılması suretiyle ileri sürdüğü bir tazminat talebi söz konusu olmaktadır⁶³. Kanaatimizce, yükümlülük teorisini savunanların bu görüşü karşısında, kurtarma tedbirleri alma vecibesinin hukukî mahiyeti hakkında daha tafsilâtlı bir açıklamaya ihtiyaç vardır. Bu doğrultuda aşağıda ilk önce, doktrinde bir vecibenin külfet (*Obliegenheit*) ya da yükümlülük (*Verpflichtung*) olup olmadığını belirlemek için ileri sürülen *menfaat durumları kıstasına*⁶⁴ göre bir değerlendirme yapılacaktır. Bir başka ifade ile, bu kısımda öncelikle, menfaat durumlarının külfet ve yükümlülüklerde arzettiği özelliklere göre kurtarma vecibesinin hukukî mahiyeti tespit edilmeye çalışılacaktır.

Menfaat durumları kıstasına göre, bir davranış normunu teşekkül şekilleri (*Gestaltungsformen*) itibariyle sistematize etmek ancak, menfaat durumlarının tetkikiyle mümkündür⁶⁵. Yalnız, bu çalışma böyle bir davranış normunun ihdasındaki menfaat durumu ile (*Interesse an der Auferlegung= Vecibe Yüklemede Menfaat*), davranış normunun vazedilmesiyle takip edilen amaç (*Interesse an der Erfüllung= İfada Menfaat*) birbirinden ayırılarak yapılmalıdır⁶⁶.

Bir davranış normunun yüklenmesindeki menfaat, hem külfetlerde hem de yükümlülüklerde daima sigortacıya aittir⁶⁷. Zira, sigortacı, sigorta ettirene belirli bir davranış normunun yüklenmesiyle, sigorta aktiyle taşımayı vaadettiği rizikoyu sınırlandırabilme imkânına kavuşmaktadır⁶⁸. Sigortacının örnek kabilinden şu hususlarda bir menfaatinin olduğu söylenebilir; akdî olarak kararlaştırı-

63. **Klingenberg'e** göre, sigortacının, tazminatın indirilmesi suretiyle ileri sürdüğü bir tazminat hakkına sahip olduğu görüşü, ancak, Kanun'un ifadesinin "*Sigortacı, ödeyeceği tazminatı, onu kurtarma vecibesinin ifâsı hâlinde azalacağı meblağ oranında indirmeye yetkilidir.*" şeklinde olması hâlinde haklı olabilir (bkz. KLINGENBERG, W.: age., sh. 19). **Mauer'e** göre, bu külfetin ihlâli hâlinde mahsup edilmiş bir tazminattan değil, şart teorisinde anlamında sigortacının ediminde bir kesintiden söz edilebilir. Eğer külfet ihlâl edilirse, kusur, mahsup edilecek tazminat için değil, sigorta ediminde yapılacak kesinti için bir şarttır. Buna göre, sigorta edimi, külfetin gereği gibi ifa edilmesi hâlinde ne kadar ifa edilecekti ise, o miktara kadar azaltılmaktadır (bkz. MAUER, A.: age., sh.305-306).

64. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, Vör §49-80 Anm. 22; SIEBECK, R.: age., sh.10; WILKENS, E.: age., sh.19-20.

65. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.I, §6 Anm. 9; SCHMIDT, R.: age., sh.58; SIEBECK, W.: age., sh.10.

66. SCHMIDT, R.: age., sh.58; SIEBECK, W.: age., sh.10; WILKENS, E.: age., sh.19-20.

67. SIEBECK, W.: age., sh.10; WILKENS, E.: age., sh.20.

68. WILKENS, E.: age., sh.20.

lan karşı edimi (prim) elde etmek, akde etki edebilecek olaylar hakkında zamanında haberdar edilmek, icabı hâlinde akti feshedebilmek, ondan cayabilmek. Sigortacının, sigorta ettirene zararı azaltma ve önleme vecibesinin yüklenmesinde de bir menfaati vardır; çünkü, kurtarma ve azaltma vecibelerinin icabı veçhile yerine getirilmesi hâlinde kendi edim yükümlülüğünde bir azalma meydana gelecektir⁶⁹.

Buna karşılık, davranış normunun ifasındaki menfaatler bakımından, külfet ve yükümlülüklerde farklı menfaat durumları tesbit edilebilir. Yükümlülüklerde, ifa menfaati sigortacıya aittir. Prim onun için büyük bir önemi haizdir. Sigortacı, primin ödenmemesi hâlinde, hakkını dâva yoluyla elde etmeye çalışabilir veya akti feshedebilir⁷⁰. Sigorta hukukuna ilişkin külfetlerde (*versicherung-rechtliche Obliegenheit*) durum tamamen başka şekildedir. Burada, sigortacının menfaatleri, sigorta ettirene oranla daha azdır, hatta bazen tamamen ortadan kalkmaktadır. Bir başka deyişle, burada ifa menfaati çoğu kere sigorta ettirende bulunmaktadır. Bu yüzden, sigorta ettiren, külfetlerini ifa etmemekle, kendi menfaatini bizzat ihlâl etmiş⁷¹; daha açık bir ifade ile, oturduğu dalı bizzat kendisi kesmiş olur. Bundan başka, sigortacının, sigorta ettirene külfet olarak yüklenen davranışın zorla icra edilmesinde de herhangi bir menfaati yoktur. Zira, sigortacı, ihlâl fiilinin gerçekleşmesi hâlinde edim yükümlülüğünden kurtulmak suretiyle, zaten yeterince korunmaktadır. Aynı şekilde, sigortacının bir tazminat talebine hak kazanmasını doğuran bir zarar da⁷² meydana gelmeyecektir⁷³.

69. SIEBECK, W.: age., sh.10.

70. Türk Ticaret Kanunu m.1297; Alman Sigorta Akti Kanunu §§38, 39; İsviçre Sigorta Akti Kanunu m.20, 21.

71. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.I, §6 Anm. 7; BRUCK, E.: age., sh. 284; SIEBECK, W.: age., sh.10; LÖTSCH, H.: age., sh.48; WILKENS, E.: age., sh.22.

72. Bu nedenle, kurtarma vecibesinin ihlâli sigortacının, sigorta tazminatını azaltmak suretiyle ileri sürdüğü bir tazminat talebine sahip olduğu fikri reddedilmektedir. Ayrıca, kanun koyucu, külfetlerin ihlâline bağladığı hukukî sonuçları surf sigorta ettireni cezalandırmak amacıyla öngörmüştür (bkz. SIEBECK, W.: age., sh.21). Oysa tazminat, cezalandırma amacı gütmemektedir (bkz. EREN, F.: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C.II, Ankara 1991, sh.349). Buradan da hareketle Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında sigortacıya bir tazminat talebinin tanındığı görüşü kabul edilmelidir.

73. Schmidt'e göre bir külfetin yüklenmesi sadece sigortacının; ifası ise, sadece sigorta ettirenin menfaatine değildir. Çoğu kere bunlar, hem sigortacının hem de sigorta ettirenin menfaatinedir. Ona göre, külfetlerin yüklenmesinde sigorta ettirenin de bir menfaati olabilir; zira, bir tehlike topluluğunun üyesi sıfatıyla sigorta ettirenin, söz konusu topluluğa mensup her üyenin kurallara riayet etmesinde menfaati vardır (bkz. SCHMIDT, R.: age., sh.203-204). Schmidt, külfetlerin ifasında sigortacının da bir menfaati olabileceğini söylemektedir. Çünkü O, menfaat durumlarını kanunen

Külfetlere ilişkin bu karşılıklı menfaatler durumu aynen önleme ve azaltma vecibeleri için de söz konusudur. Kurtarma terbirlerini alma vecibesinin yüklenmesinde menfaat (*Interesse an der Aufserlegung*), sigortacıya aittir; çünkü söz konusu vecibelerin gereği gibi yerine getirilmesi hâlinde, onun edim yükümlülüğünde (sigorta tazminatı) bir azalma meydana gelecektir.

Kurtarma tedbirleri alma vecibesinin ifasındaki menfaat (Interesse an der Erfüllung) ise, tamamen olmasa bile, bilhassa sigorta ettirende bulunmaktadır. Zira, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yapılan düzenleme ile, söz konusu vecibelerin ihlâl edilmelerinin menfi sonuçları sigorta ettirenin sırtına yüklenmiştir. Buna karşılık, kusursuz ifa etmeme⁷⁴ rizikosuna sigortacıya aittir. Ayrıca, külfet ihlâllerine rağmen, sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulmayı üçüncü kişinin himayesi gerekli olduğu sürece sigorta talebinin varlığının devam ettiği hâllerde de, kasıtlı da olsa, ihlâl fiillerinin sonuçlarını yine sigortacı taşıyacaktır. Sigortacının sorumluluğunun devam ettiği bu istisnaî hâllerden ilkinde, sigorta ettirenin himayesi sağlanmaktadır⁷⁵. Zira, genel tecrübelerle göre zararın gerçekleşmesiyle sigorta ettirenin artan telaşı, ondan bu gibi durumlarda, normal işlemlerde gerekli olan özeni göstermesinin istenmesine engel olmaktadır. Hafif kusurlu hareketin sonuçlarının dahi ona yüklenmesinin haksızlık olarak nitelendirilebileceği⁷⁶ bu gibi durumlarda onun, kusursuz fiilinin sonuçlarından da sorumlu tutulması evveliyetle sorumluluk ilkelere ters düşer ve ayrıca, hakkaniyet duygusunu zedeler. Diğer hâlde ise, üçüncü kişinin himayesi için getirilmiş bir istisna mevcuttur; dolayısıyla, burada menfaat durumuna ilişkin bir değiştirme söz konusudur⁷⁷.

ya da akdi olarak öngörülen hukukî sonuçlardan bağımsız olarak tetkik etmektedir. Bununla birlikte yazar, külfetlerin dâva edilebilirliğini reddettiği gibi, onların ihlâlleri hâlinde tazminat talebinin varlığını da kabul etmemektedir (bkz. SCHMIDT, R.: age., sh. 315).

74. İsviçre ve İtalyan hukukunda da durum aynıdır (bkz. İsviçre VVG m.61/f. 2; İtalyan Cod. Civ. m.1915/f.2). Alman hukukunda, sigortacı sigorta ettirenin bu vecibesini hafif kusurla ihlâl etmesi hâlinde de sorumludur (bkz. Alman VVG §62/f.2).
75. **Diener**, kurtarma vecibesinin hukukî mahiyetinin "yükümlülük" olduğunu ispatlamaya yönelik görüşünde, külfet teorisini, zararı azaltma külfetinin ifasında sigortacının da bir menfaatinin olduğu noktasından hareketle eleştirirken, bu hususa değinmektedir (bkz. DIENER, P.: age., sh.59-60).
76. EHRENZWEIG, A.: age., sh.274-275.
77. Burada önemli bir menfaat değişimi meydana gelmektedir. Öyle ki, bu menfaatin yer değiştirmesi bazı özel durumlarda tazminat talebini hatta bir dâva imkânını da doğurabilmektedir. Örneğin, gemi siciline kayıtlı bir gemi karaya oturmuştur. Geminin kurtarılacak yüzdürülmesi mümkündür; fakat, donatan geminin yaşının kurtarmaya elverişli olmaması nedeniyle kaptana, ipotekli olan gemiyi terketmesi için

Nihayet, kanunen öngörülen istisnaî hâller bir yana bırakılacak olursa, külfetlere ilişkin tipik menfaat durumlarının Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde düzenlenen zarar önleme ve azaltma vecibesinde de mevcut olduğu söylenebilir.

Bir vecibenin, külfet ya da yükümlülük olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin olarak ileri sürülen kıstaslardan diğeri de külfetlerin, sigortacı tarafından teminat altına alınan tehlikeyle (rizikoyla) ilgili olduğu (*Gefahrbezogenheit*); oysa, yükümlülüklerde bu durumun söz konusu olmadığıdır.

Sigorta hukukuna ilişkin külfetlerin, yükümlülükler ile sigortacı tarafından teminat altına alınan rizikoların (tehlikelerin) sınırlandırılması (*Risikobeschränkung*) arasında yer alan bir kurum olduğu söylenebilir. Zira, külfetler, yükümlülükler ile, her ikisinin de emredici karakteri haiz olması açısından müşterek bir noktaya sahiptir. Bir başka deyişle, her iki hâlde de sigorta ettirene bir davranış yüklenmektedir. Külfetler, bu noktada sigortacı tarafından üstlenilen rizikoların sınırlandırılmasından (*Risikobeschränkung*) ayrılmasına rağmen her ikisinin de sigortacı tarafından üstlenilen tehlikeyle (rizikoyla) ilgili olması (*Gefahrenbezogenheit*) bakımından, ona (rizikoların sınırlandırılmasına) benzemektedir⁷⁸.

Bruck, bu kıstası külfetlerin takip ettikleri amaçlardan hareketle ileri sürmektedir. Ona göre, külfetler, şu dört amaca hizmet etmektedir⁷⁹:

1- *Akdî görüşmeler esnasında mevcut olan tehlike (riziko) durumları hakkında sigortacıyı aydınlatmaya yarayan külfetler;*

2- *Aktin in'ikadı ânında mevcut tehlike (riziko) durumunu, önceden öngörülemeyen değişiklikler karşısında aynen muhafaza etmeye veya iyileştirmeye yarayan külfetler;*

3- *Sigortalanan rizikonun gerçekleşmesiyle somutlaşan tehlikeyi (rizikoyu) zarar verici etkileriyle sınırlandırma amacını güden külfetler;*

talimat vermiştir. Sigortacı, Türk Ticaret Kanunu'nun 906'ncı maddesinin 1'nci fıkrasına göre, ipotek alacaklılarına karşı edimle yükümlüdür. Sigortacı, bu madde mucibince, onlara borcunu ifa ederse Türk Ticaret Kanunu'nun 907'nci maddesine göre, alacağı ödediği nispetle ipotekli alacaklının haklarına halef olur (ayrıntılı bilgi için bkz. KALPSÜZ, T.: Gemi Rehni, B.2, Ankara 1990, sh.82-84).

78. SIEBECK, W.: age., sh.12; WILKENS, E.: age., sh.22.

79. BRUCK, E.: age., sh.277.

4- Meydana gelen hasarı sigortacıya ihbar etme amacını güden külfetler.

Bruck, bu kategorilerden hareketle külfetlerin, mahiyeti itibarıyla, sigortacı tarafından akdî olarak üstlenilen tehlike (riziko) durumlarıyla bir ilgisi olduğu sonucuna varıyor⁸⁰. Doktrinde bazı yazarlar da⁸¹, *Bruck*'un bu görüşünü benimseyerek külfetleri, sigortacı tarafından teminat altına alınan rizikonun (tehlikenin) geniş anlamda sınırlandırılması olarak nitelendirmektedir.

Şimdi, bu kıstastan hareketle, zararı önleme ve azaltma vecibesinin sigortacının üstlendiği tehlikeyle ilgili olup olmadığı; bir başka deyişle, onun külfet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesini inceleyebiliriz. Sigorta hukukunda, tehlike (riziko) kavramını hem asıl tehlikeyi (*Grundgefahr*), yani bir zararın meydana gelme ihtimalini hem de zararın tesir tehlikesini (*Schadenauswirkungsgefahr*), yani zararın hangi kapsamda gerçekleşeceğinin önceden bilinmeme tehlikesini kapsadığı gözönüne alınacak olursa; önleme vecibesinin, zararın gerçekleşmesine ilişkin olduğu (asıl tehlike), azaltma vecibesinin ise, meydana gelen somutlaşan tehlikenin zarar verici etkilerini (zararın tesir tehlikesi) sınırlandırmakla ilgili olduğu sonucuna varılabilir⁸².

Nihayet, yaptığımız bu tafsillatlı incelemeler sonucunda, zararı azaltma ve önleme vecibesinin yükümlülük değil, aksine bir külfet olduğunu söyleyebiliriz⁸³.

80. Aksi görüş için bkz. SCHMIDT, R.: age., sh.241.

81. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., §6 Anm. 12; SIEBECK, W.: age., sh.13; WILKENS, E.: age., sh.22.

82. WILKENS, E.: age., sh.19. Siebeck, aşağıda belirttiğimiz görüşümüzün tersine, kurtarma vecibesinin sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinden sonra doğacağını kabul ettiğinden (bkz. SIEBECK, W.: age., sh.60-73), kendi fikrine karşı, sigorta olayının gerçekleşmesiyle rizikonun da gerçekleştiği; dolayısıyla, bu vecibelerin sigortacının üstlendiği tehlike durumlarıyla bir ilgisi olmadığı şeklinde bir itirazın ileri sürülebileceğini; fakat, böyle bir düşüncenin tehlike kavramını iyi bilmemekten kaynaklanacağını söylemektedir. O da, sigorta hukukunda tehlike kavramının asıl tehlikeyle birlikte zararın tesir tehlikesini kapsadığını belirterek, zararı önleme ve azaltma vecibesinin, zararın genişleme tehlikesini sınırlandırdığını, bu vecibelerin zararın tesir tehlikesiyle ilgili olduğunu ileri sürmektedir (Yazarın bu görüşünün gerekçeleri hakkında bk. SIEBECK, W.: age., sh.16-17).

83. Bkz. aynı görüşte: SIEBECK, W.: age., sh.8-17; SCHMIDT, R.: age., sh.220, 222-223; WILKENS, E.: age., sh. 23-27; BRUCK, E.: age., sh.342; KENDER, R.: age., sh.195; ARSEVEN, H.: age., sh.117. İtalyan Hukukunda Donati de bu vecibeyi diğer külfetler gibi "Onere" olarak nitelendirmektedir (bkz. DONATI, A.: age., Bd.II, sh.416). Bununla birlikte yazar burada ileri sürdüğümüz görüşün aksine, külfetlerin ifası menfaatinin sigortacıya ait olduğunu "Soggetto interessato all'asservanza

II. ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNİ YERİNE GETİRMESİ GEREKEN KİMSELER

Bu bölümde sadece, zararı önleme ve azaltma külfetini kimin yerine getireceği meselesi incelenecek; buna karşılık, sigorta ettirenin veya sigorta aktinde sigorta tazminatını talepte yetkili diğer kimselerin, üçüncü bir kişinin kusurundan ne zaman sorumlu tutulması gerektiği ve bu vecibenin ihlâli hâlinde hangi üçüncü şahıslar için olumsuz sonuçların söz konusu olacağı hususu tetkik edilmeyecektir. Daha açık bir ifade ile, bu bölümde, örneğin, motorlu taşıt sigortasında müşterek sigortalı olan sürücünün zararı önlemek ve azaltmakla yükümlü olup olmadığı hususu incelenecek; buna karşılık onun tarafından (sürücü) kurtarma vecibesinin ihlâli hâlinde, motorlu taşıtı işletenin (sigorta ettiren) sigorta talebini kaybedip etmeyeceği meselesi üzerinde durulmayacaktır. Bundan başka, bu kısmında, üçüncü kişinin, sigorta alacağı üzerindeki veya sigorta aktinden doğan haklarının (örneğin yangın sigortasında ipotek alacaklısı), söz konusu külfetlerin ihlâlinden etkilenip etkilenmeyeceği konusuna da değinilmeyecektir.

A. Sigorta Ettiren ve Sigortalı

Bu başlık altında ilk önce, zararı önlemek ve azaltmakla yükümlü olan sigorta ettiren ve sigortalı incelenecektir.

1. Ferdi Sigortada (Einzelsversicherung)

Ferdî sigorta, kendi hesabına ve başkası hesabına sigorta olmak üzere ikiye ayrılır.

dell'onere e'assicuratore" ileri sürmektedir (bkz. DONATI, A.: *Appunti sugli oneri nell'assicurazione, assicurazioni*, 1953, sh. 419). Donati, külfetlerle yükümlülük ayrımının menfaat durumuna göre yapılmasının, aradaki farkları kesin olarak belirtemediği; bunun yerine, onun ihlâline bağlanan hukukî sonuçların dâva açılmasını sağlayan aktif müeyyide şeklinde mi yoksa hakkın kaybedilmesini öngören pasif müeyyide şeklinde mi olduğunun incelenmesi gerektiğini söylemektedir (bkz. DONATI, A.: *age.*, Bd II, sh.388). Kanaatimizce Donati, burada kendi ayrımının, nihai olarak menfaat durumlarına göre yapılan ayrımdan kaynaklandığını gözardı etmiştir. Bkz. farklı görüşte: HENNIG, A.: *age.*, sh.14-23; ROELLI, H./JAEGER, H.: *age.*, Bd.II, sh.319; KOENIG, W.: *age.*, sh.141; DIENER, P.: *age.*, sh., 61; EHRENZWEIG, A.: *age.*, sh.272 vd.; KISCH, W.: *age.*, WuR 1928, sh.86-87; RITTER, C./ABRAHAM, H.W.: *Das Recht der Seeversicherung, ein Kommentar zu den Allgemeinen Deutschen Seeversicherung- Bedingungen*, 2. Aufl., Bd.I, Hamburg 1967, §41 Anm.5. Bozer, prim ödeme yükümlülüğü ile koruma tedbirleri alma yükümlülüğü arasında hukukî nitelik bakımından herhangi bir fark görmediği için, O'nun da bu görüşte olduğu söylenebilir (bkz. BOZER, A.: *age.*, (1981), sh.126).

a. Kendi Hesabına Sigortada (Eigenversicherung)

Kendi hesabında sigortada, sigorta ettiren, kendi menfaatini sigortalamaktadır. Bir başka deyişle bu tür sigortalarda sigorta ettiren, sigortalı menfaatin bizzat sahibidir.

Kendi hesabına sigortada, sigorta ettiren, kendi mâmelekinin konusunu teşkil eden şeyler üzerindeki menfaatini sigorta ile himaye altına alırsa, zararı önleme ve azaltma külfeti sadece kendisine terettüp eder⁸⁴.

Sigorta ettirenin tüzel kişi olması durumunda, sigorta aktinden doğan hak ve yükümlülükler üzerinde, söz konusu tüzel kişinin organları aktif bir davranışta bulunmak veya kaçınmak suretiyle etki-de bulunacağından, kurtarma vecibesi sigorta ettiren tüzel kişiye ve dolayısıyla onun kanunî temsil organlarına terettüp eder⁸⁵.

Sigorta ettirenin, kanunî temsilci (veli, vasi, kayyım) tarafından temsil edilmesi hâlinde, bu kişiler de kurtarma tedbirlerini ifa

84. Yargıtay, bu vecibeyi sigorta ettiren yanında, sigortacıya da yüklemektedir: "*Davacı sigorta şirketi ile sigorta ettirene olaya geç müdahale ve bu nedenle malların bozulmasının artması ve kurtarılan malların satılmasında geç davranılmasında BK.nun 98'nci maddesi yollamasıyla aynı kanununun 44'üncü maddesi uyarınca sigortacı veya sigortalısının müterafik kusuru bulunduğu araştırılmadan sigortacı tarafından açılan rücu davasının kabulü doğru değildir.*" Özel Daire'nin 12.5.1988 gün ve 1983/1822-2482 sayılı bu kararı için bkz. ULAŞ, I.: age, sh.49. Kanaatimizce, zararı önleme ve azaltma vecibesini, açıkça sigorta ettirene yükleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesi karşısında, sigortacının kurtarma tedbirlerini alma hususunda herhangi bir yükümü yoktur. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 1292'nci maddesinde öngörülen ihbar külfetinin amacından hareketle, bu maddeyle sigortacıya kurtarma tedbirlerini alma hususunda zımnen bir hak verildiği söylenebilir. Zira, söz konusu maddeyle, sigorta ettirene, zararın gerçekleştiğini ihbar külfetinin öngörülmesiyle, zarar hadisesinin ve tesviyesinin bütün yönleriyle açıklığa kavuşturulması gayesi yanında, sigorta ettirene, gerekli gördüğü takdirde, zararı önleme ve azaltma tedbirlerini alma imkânının tanınması amaçlanmıştır (İsviçre VVG Art.38'in gerekçesi için bkz. ROELLI, H.: Entwurf, sh. 95, Alman VVG§ 33'ün gerekçesi bkz. Motive zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin 1963, sh.104. Ayrıca bkz. FRITZ, F.: Die versicherungsrechtliche Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses, Diss. Bern 1952, sh. 16; BRÜCK, E., sh.323; OG Solothurn VAS VIII sh.243; OLG Königsberg JRPV 1939, sh.304; Özellikle, bu külfetin ifa edilmemesinin, 1292'nci maddenin son fıkrasında bir müeyyideye bağlanması, kanun koyucunun sigortacının böyle bir yetkiyle donatılmasına önem verdiğinin bir işaretidir. Sigortacının zararı önleme ve azaltma tedbirlerini yerine getirme hususundaki müdahalesine katlanma zorunluluğu ise, sigortacının müdahalesi açıkça anlamsız ve amaca aykırı olmaması hâlinde, sigorta ettirene yüklenen kurtarma tedbirlerinin kapsamında yer almalıdır. Sigorta ettirenden sabretmesi istenilemeyecek olan müdahalelere, sigorta ettirenin katlanma yükümü de mevcut değildir.

85. ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.324.

ile mükelleftir. Keza, müflis yanında iflas idaresi, mirasçı yanında terekeyi resmen idare ile görevli şahıs ve vasiyeti tenfiz memuru söz konusu külfetleri yerine getirmek zorundadır⁸⁶.

Sigorta ettiren, sigortalı menfaatin konusunu teşkil eden şeyi, sağlararası bir işlemle devretmişse, kendi şahsî menfaati ortadan kalkar. Dolayısıyla, sigorta ilişkisi, eski mâlik bakımından kanun hükmü gereğince zorunlu bir şekilde sona erer⁸⁷. Öte yandan, bu devirle birlikte eski mâlik için akitten doğan külfetler⁸⁸, özellikle zararı önleme ve azaltma külfeti de hitam bulur. Türk Ticaret Kanunu'nun 1303'üncü maddesine göre, sigortalı şeyin maliki herhangi bir surette değişirse⁸⁹, sigorta aktinde aksine bir hüküm olmadıkça, sigortadan doğan hak ve borçlar söz konusu malın rizikosu kendisine ait olduğu tarihten itibaren şeyi iktisap edene (yeni malike) intikal eder. Böylece, artık, o, sigorta ettiren olarak nitelendirilir ve Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesi mucubince kurtarma tedbirleri alma külfeti ona düşer. Aynı külfet, sigortanın varlığından haberdar olmayan yeni mâlik için de geçerlidir⁹⁰. Bu vakıa, sadece, onun kusurunun takdirinde gözönünde bulundurulur⁹¹. Buna karşılık, devreden (eski malik), mülkiyetin intikalinden itibaren artık zararı önlemek ve azaltmakla yükümlü değildir⁹².

86. Bkz. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd. I. § 6 Anm. 69 ve Anm. 70, HENNIG, A.: age., sh.110-111; SIEG, K.: Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Wiesbaden 1994, sh.125; STANGE, V.: age., sh. 119-120.

87. ÖZTAN, F.: Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi, sh.82.

88. ÖZTAN, F.: Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi, sh.83.

89. Türk Ticaret Kanunu'nun 1303'üncü maddesinde "sigortalı malın sahibinin herhangi bir surette değişmesi..." denildiğinden, Alman hukukunun aksine, mülkiyetin her türlü intikali sigortanın da intikaline yol açacaktır. Bu devrin, sigorta ettirenin devir iradesine dayanması veya belli bir durum nedeniyle kanun hükmü gereğince olması bu hükmün kapsamına girer. Sigortalı şeyin intikalinin idarî bir tasarrufa dayanması hâlinde de, yine aynı durum söz konusu olur. Bu hükmün kapsamına giren devir şekilleri ve borçların ve külfetlerin yeni malike geçiş anları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZTAN, F.: Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi, sh. 29 vd.

90. ÖZTAN, F.: Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi, sh.85; HENNIG, A.: age., sh.28. KISCH, W.: age., WuR 1928, sh. 84; SIEBECK, W.: age., sh.22. Örneğin, sigorta ettirenin ölümü hâlinde, mirasçı onun varlığından haberdar olmasa bile kurtarma tedbirini ifa etmek zorundadır (STANGE, V.: age., sh. 111-112).

91. KISCH, W.: age., WuR 1928, sh.76.

92. KISCH, W.: age., WuR 1928, sh.77; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, §62 Anm. 25; SIEBECK, W.: age., sh.22; STANGE, V.: age., sh. 26; HENNIG, A.: age., sh.28. Buna karşın, geçerli olmayan devirlerde, devralan durumundaki şahıs, sigorta ilişkisine girmiş sayılamayacağından zararı önleme ve azaltma külfeti, geçerli olmayan bir devirle sigortalı malı devretmiş olana aittir (bkz. ÖZTAN, F.: Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi, sh.51).

Sigorta tazminatının üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde, sigorta ilişkisinin tarafları

Sigortalı şeyin rehnedilmesi hâlinde, zararı azaltmakla ve önlemekle yükümlü olan, merhunun mâliki sıfatıyla sigorta ettirendir. Menkul rehinde, aynî hak sahibinin şeye zilyet olması durumu değiştirmez⁹³. Alman hukukunda, bu durumda, kurtarma tedbirlerini alma vecibesinin sadece, sigorta ettirene yüklenmesinin doğuracağı haksız sonuçları bertaraf etmek için, menkul malı zilyedinde bulduran rehin alanın (mürtehin) da menfaat temsilcisi (*Repraesentant*) sıfatıyla bu külfetleri yerine getirmekle yükümlü olduğu; yerine getirmemesi hâlinde bunların fiillerinden sigorta ettirenin sorumlu olduğu görüşü⁹⁴ ileri sürülmüştür (*Repraesentantenhaftung, Temsilcinin davranışlarından doğan sorumluluk*)⁹⁵.

değişmeyeceğinden ve de sigorta ettiren, tazminatı talep etme hakkı dışında, sigorta ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükleri, keza külfetleri ifa ile mükellef olmaya devam edeceğinden (BÜHNEMANN, B.: Schadensversicherung im allgemeinen: Versicherter, Erwerber, Realgläubiger, Zessioner, in: Die Rechte Dritter gegen den Versicherer, Deutsche Landesgruppe der A.I.D.A., ZVerswiss 1970, sh.31; BRUCK, E.: age., sh. 287, sh.342) zararı önleme ve azaltma vecibesi, sigorta tazminatını devralan şahsa terettüp etmez. Bu durumda, kurtarma vecibesini, sigorta ettiren ifa ile yükümlü olup; tazminat alacağını devralan kişi, sadece, söz konusu külfetin sigorta ettiren tarafından ihlâlinin menfi sonuçlarını taşıyacaktır (BÜHNEMANN, B.: agm., ZVerswiss 1970, sh. 31; STANGE, V.: age., sh.119).

93. HENNIG, A.: age., sh.29.

94. SIEBECK, W.: age., sh.23.

95. Bu görüşe göre, ihbar ve bilgi verme külfetleri (Anzeige-und Auskunftspflichten) bir yana bırakılıp, sigorta ettirenin birşey yapma (fiil, eylem; *Handlung, Verhalten*) ya da yapmama (*İçtinap, kaçınma; Unterlassung*) şeklindeki diğer külfetleri düşünülecek olursa (örneğin, rizikoyu ağırlaştırmama, zararı önleme ve azaltma külfeti), sigorta ettiren, bu külfetlerin ifası hususunda menfaatlerini temsil eden kimselerin (*Repraesentant= Interessenvertreter*) fiillerinden sorumlu olmalıdır. Alman hukukunda bu hukukî kurumun, külfet mahiyetinde olmayan, sübjektif riziko sınırlanması (*subjektive Risikobegrenzung*) olarak nitelendirilen sigortalanan rizikoya sebebiyet vermeme vecibesi için de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Temsilcinin tutumundan doğan sorumluluk (*Repraesentantenhaftung*) görüşü, sigortacının pozisyonunda esaslı bir değişikliğin yapılmaması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Sigorta ettirenin, sigortalı şeyin muhafazasını, bakımını üçüncü kişiye, sigortacı karşısında bu kişilerin davranışlarından sorumlu olmaksızın devretmek suretiyle yerine getirmekle yükümlü olduğu vecibelerinden kurtulması hakkaniyet esaslarına aykırıdır. Bir başka deyişle, bizzat kendisi olsaydı, sigortacının lehine Kanun'da öngörülmüş olan sonuçları gerçekleştirmiş sayılacak olacak olan sigorta ettirenin (örneğin kasıtlı olarak külfetlerin ifa edilmemesiyle sigortacının ediminden kurtulduğu haller), sırf üçüncü kişi var diye, sorumluluktan kurtulup sigortacıyı, bu fiillerden sorumlu tutmak hakkaniyet düşüncesine aykırıdır. Bu nedenle, sigorta ettiren, sigortalı şeyi üçüncü kişiye devretmek suretiyle sigortacının durumunu kötüleştirmemelidir. Aksi takdirde, bundan kendisi sorumlu olur. Sigorta ettiren, kendi sorumluluk sahasına ait davranış ve kaçınma vecibelerini üçüncü kişiye devretmesi hâlinde, üçüncü kişiye devredilen bu vecibelerden sorumlu olur. Bu görüşe göre, sigortalanan rizikononun ait olduğu faaliyet sahası içinde temsil veya benzeri bir ilişkiye dayanarak sigorta ettirenin yerine geçen kimse "(Wer in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, auf Grund eines Vertretungs-oder eines ähnlichen Verhältnisses an die Stelle des Vers-Nehmers getreten ist." bu anlamda temsilci adlandırılır (RG 51, 20; RG 83, 43; RG 117, 327; RG 135, 370; BGH VersR 1969,

Bir başka deyişle bu görüşe göre, temsilcinin⁹⁶, kurtarma tedbirlerini almaması durumunda, sigortacı külfet ihlâline bağlanan sonuçlardan yararlanabilecektir. Türk hukuku bakımından, Kanun'un kurtarma tedbirleri alma vecibesini sadece sigorta ettirene yüklemiş olması karşısında, şöyle bir mesele ortaya çıkmaktadır. Sigortalı malın rehnedilmesi (Teslim şartlı menkul rehni) hâlinde de kurtarma tedbirleri alma vecibesinin sadece, sigorta ettirene yüklendiği, başka bir kimseye (sigortalı da dahil) yüklenmediği ve bunun aksinin akitte kararlaştırılmasının dahi, 1293'üncü maddenin sigorta ettirenin aleyhine değiştirilemeyeceğini öngören 1264'üncü maddenin 4'üncü fıkrasına⁹⁷ aykırı olacağı, binaenaleyh zararı önleme ve azaltmaya yönelik tedbirleri almayan mürtehinin fiilinden sigorta ettirenin sorumlu tutulamayacağı ve dolayısıyla sigortacının tam tazminatı ödemekle yükümlü olacağı ileri sürülebilecek midir? Kanaatimizce, sigortalı menkul malın rehnedilmesi hâlinde, kurtarma tedbirlerini alma vecibesi, sadece sigorta ettirene yüklenmemelidir. Aksi fikrin kabulü, yani, rehin alanın (mürtehin) zararı önlemek ve azaltmakla yükümlü tutulmaması ve dolayısıyla külfetin bunlar tarafından kasden yerine getirilmemesi hâlinde, sigortacının yine tam tazminatla yükümlü tutulması adalet duygusunu rencide

sh.695). Bir başka deyişle, temsilci, sigortacının yerine geçen ve sigortalanan şeye ait işleri çekip çevirmek (idare) ve korumak yetkisini haiz; yani, sigorta ettirenin hak ve yükümlülüklerine sahip kimsedir (bkz. WEYERS, H.L.: age., sh.139 vd.; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §6 Anm. 8B; BRUCK E./MÖLLER, H.: age. Bd. I, §6 Anm. 92 vd.; RICHTER, A.: age., sh.159 vd.; HOFMANN, E.: Privatversicherungsrecht, 3.Aufl., München 1991, sh.134-135; DEUTSCH, E.: Versicherungsvertragsrecht, Karlsruhe 1984, sh.209; SIEG, K.: Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Wiesbaden 1994, sh.127 vd. Ayrıca bkz. BGH VersR 1964, sh.75; BGH VersR 1990, sh.520). BGH, son yıllarda verdiği kararlarında, kendisine kapsamlı bir riziko idaresinin bırakıldığı kişiyi temsilci görmeye başlamıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. KNAPPMANN, U.: Zurechnung des Verhaltens Dritter im Privatversicherungsrecht, NJW 1994, sh.3147 vd.). Bununla beraber bu görüş, Avusturya hukukunun hem ilmî hem de mahkeme içtihatlarında kabul edilmemektedir (bkz. EHRENZWEIG, A.: age., sh.152 vd.; JABORNEGG, P.: Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für Dritte bei schuldhafter Herbeiführung des Versicherungsfalles und sonstigem gefaehrdenden Verhalten, VersRdsch 1975, sh.100 vd.; JABORNEGG, P.: age., sh. 72; ayrıca bkz. OGH ZVR 1977, sh. 82; ZVR 1982, sh.394; VersR 1985, sh.400; VersR 1983, sh.648; VersR 1980, sh.368; VersR 1987, sh.395).

96. Alman hukukunda şu kimseler menfaat temsilcisine örnek olarak verilmektedir: Kendisine mülkiyeti muhafaza kaydıyla mal satılıp devredilmiş kişi (RG 37, 149; Hamburg VersR 1957, sh.15); iflas masası başkanı (LG Frankfurt VersR 1969, sh.843), Hukukî himaye sigortasında avukat (Hamm VersR 1984, sh.31), kiracı (LG München VersR 1975, sh.236), reşit olmamış küçüğe ait işleri tedvir eden ana veya baba (RG 135, 370; Düsseldorf VersR 1958, sh.757), annenin kendisine ait işlerin yönetimini bıraktığı oğul (LG Köln VersR 1958, sh.337).
97. Alman Sigorta Akti Kanunu §68'e göre de, kurtarma tedbirlerini öngören §62, sigorta ettiren aleyhine değiştirilemez.

eder. Sigortacının durumu sigorta ettirenin şeyi rehnememiş olması hâlinde daha kötü olamaz. Ayrıca, böyle bir düşünce sigorta ettirenin külfetlerinden kurtulmak için hileli davranışlarda bulunmasına da zemin hazırlar. Medeni Kanun'un 2'nci maddesi (hakkın kötüye kullanılması) kötü niyetli davranışlara engel olabilirse de, sigortacının, bunu ispat etmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bundan başka, sırf sigorta ettirenin menfaatine hizmet eden (örneğin, onun kredi alabilmesini mümkün kılan) teslim şartlı menkul rehniyle, neden sigortacının sorumluluğunu artıralım. Hiçbir kanun koyucu, böyle bir haksızlığa cevaz vermez. Bundan başka, menkul malı rehin alan kimsenin kurtarma tedbirlerini almaması durumunun sigorta ettirene isnad edilmesi; dolayısıyla, sigortacının onun kastı hâlinde, tazminat yükümlülüğünün tamamından, kusuru hâlinde, kusurun ağırlığına göre bir kısmından kurtulması, kanaatimizce, Medenî Kanun'un 859'uncu maddesi karşısında Türk Ticaret Kanunu'nun 1264'üncü maddesine de aykırı olmayacaktır. Nitekim, Medeni Kanun'un bu hükmüne göre, rehin alan (mürtehin), rehnedilen menkul şeyin (merhunun) telef ve ziyandan ve kıymetinin noksan gelmesinden sorumludur⁹⁸. Böylece, kurtarma tedbirlerini almamak suretiyle malın değerinde bir azalmaya yolaçacak olan mürtehin bu fiiliyle sigorta ettirene karşı sorumlu olacak; sigorta ettiren de, sigortacının TTK. m.1293/f.2 gereğince ödemediği tazminat bedelini ondan tahsil edebilecektir⁹⁹. Kanaatimizce, mürtehinin sigortadan haberi olup olmaması, sigortacı lehine öngörülen sonuçlar bakımından önemsizdir. Zira, sigorta ettirenin bu durum hakkında onu aydınlatması gerekirdi.

Bazen, sigorta ettiren, başkasına ait bir şeyi zarar görmeyecek şekilde elinde bulundurmakta menfaati varsa, bu menfaatini sigorta ettirebilir. Sigorta ettiren söz konusu menfaati kiracı, motorlu aracın sahibi, vedia alan olarak vb. sahip olabilir. Bu gibi hallerde, yalnızca, sigorta ettiren zararı azaltmak ve önlemekle yükümlüdür¹⁰⁰; yoksa, onun yanında malike de aynı külfet yüklenemez.

98. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö.: Eşya Hukuku, B.2, İstanbul 1992, sh. 896; CANSEL, E.: Türk Menkul Rehni Hukuku, C.I (Teslim Şartlı Menkul Rehni), Ankara 1967, sh.166.

99. Jaeger, mürtehinin bu yükümlülüğüne ZGB'nin 890'ıncı maddesinden hareketle varıyor. Ona göre, bu hüküm, gerçi yalnızca rehlinli alacak sahibi ile borçlusu arasındaki ilişkiyi düzenliyor; ama, burada mürtehin kanunî bir yükümlülük sahibidir ve rehlin borçlusunun yerine davranmak ve onun menfaatlerini korumakla yükümlüdür (bkz. ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.323. Bkz. aynı görüşte DIENER, P.: age., sh.94.

100. "Yukarıdaki izahattan da anlaşılacağı gibi davalı sigorta şirketi, davacının temizleme fabrikasında bulunan müşteriye ait temizlenmiş ve temizlenecek elbiseleri yanına karşı sigorta ettirmiş bulunmaktadır... Bu hal olsa olsa sigorta ettirenin muhafaza

b. Başkası Hesabına Sigortada (Versicherung für fremde Rechnung)

Başkası hesabına sigortada, sigorta ettiren ile menfaati veya hayatı sigortalanan şahıs (sigortalı) başka başka kimselerdir. Bu tür sigortalarda, sigorta aktinin âkidi ve primin borçlusu sigorta ettirendir; fakat mukaveleden doğan haklar sigortalıya aittir.

Başkası hesabına sigortada, sigorta ettirenin de sigortalı rizikonun gerçekleşeceği şey üzerinde bir menfaati bulunabilir; ancak bu şart değildir. Sigortalı şahsın menfaati bulunması lâzım ve kâfidir¹⁰¹.

Mal sigortaları genel hükümleri arasında, sigortalıya düşen zararı önleme ve azaltma külfeti düzenlenmemiştir. Buna karşılık, denizcilik rizikolarına karşı sigortalarla ilgili fasılda, sigortalının korumaya tedbirleri alma külfeti hükme bağlanmıştır (TTK m.1378).

Acaba, başkasının menfaatinin sigorta ettirildiği hâllerde, sigorta konusu menfaatin sahibi olmak sıfatıyla, sigortalı, kurtarma tedbirlerini almakla yükümlü tutulmayacak mıdır? Bir başka deyişle, başkası hesabına yapılan bir sigortada, zararı önleme ve azaltma külfetinin sadece sigorta ettirene yüklendiği, sigortalıya yüklenmediği ve hatta bunun aksini öngören akdî şartların Kanun'un âmir hükümlerine (TTK. m.1264/f.4) aykırı olacağı ileri sürülebilecek midir? Kanun'un metni, bu sorulara olumlu cevap verilmesi fikrini gerektirmektedir; fakat, bu çözüm şeklinin sigorta tekniğiyle ve kurtarma vecibelerinin amacıyla bağdaşmayacağı da bir gerçektir. Zira, bu takdirde, sigortalının, sigorta ettirenle anlaşarak sigortacıya karşı hileli hareket imkânı doğar. Söz konusu mahzurlar karşısında, Kanun'un denizcilik rizikolarına karşı yapılan sigortalarla ilgili fasıldaki hükümlerinin, kara sigortalarında da kıyas yoluyla uygulanmasını kabul tek çözüm yolu¹⁰² olacaktır¹⁰³. Burada, sigortalının si-

za tedbirleri almakta kurulu (kusurlu olacak) olduğunu gösterir. Çünkü TTK.nun 1293'üncü maddesi hükmüne göre, sigorta ettiren zararın doğmasını önlemeye yarayacak tedbirleri almakla yükümlüdür." (Yarg. 11. HD. 28.4.1977, E.1515/K. 2212). Bu karar için bkz. ERİŞ. G.: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Deniz Ticareti ve Sigorta, Ankara 1990, sh.1197-1198.

101. KENDER, R.: age., sh.134.

102. Aksi görüş için bkz. ARSEVEN, H.: age., sh.96.

103. Alman Hukukunda Sigorta Akti Kanunu §79'a dayanarak bu görüş savunulmaktadır. SIEBECK, W.: age., sh. 25; STANGE, V.: age., sh.117. Hennig, ayrıca dürüstlük ve güven ilkesinden hareketle aynı sonuca varmaktadır (bkz. HENNIG, A.: age., sh.31-32). İsviçre Hukukunda benzer görüş için bkz. DIENER, P.: age., sh.94.

gorta hakkında bilgisizliği ancak onun kusurunun tespitinde rol oynayabilir¹⁰⁴.

"*Kimin olacaksa onun hesabına sigorta*"da da¹⁰⁵ aynı esasların geçerli olması gerekir. Zira, bu sigorta başkası hesabına sigortanın bir türü olup, sadece hesabına sigorta yapılan kimse ismen belirlenmemiştir.

2. Birden Fazla Sigorta Ettirenin Bulunduğu Sigortada

Sigorta ettiren olarak birden çok şahsın bulunduğu sigortada, zararı önleme ve hafifletme külfeti, bu kişiler içlerinden birini veya birkaçını ya da üçüncü bir kişiyi rizikonun idaresiyle görevlendirse-ler bile, hepsine aittir. Sigorta ettirenlerin, sigortalı şeye müşterek ya da iştirak hâlinde mâlik olmaları durumu değiştirmez¹⁰⁶.

B- ÜÇÜNCÜ KİŞİLER

Bazı kimseler, sigorta ilişkisine dahil olmamalarına rağmen, kurtarma tedbirlerini almakla yükümlüdürler. Aşağıda, bu şahıslar incelenecektir.

1. Rehinli Alacaklar

Yukarıda belirttiğimiz gibi¹⁰⁷, sigortalı gayrimenkulun rehne-dilmesi hâlinde, sadece, sigorta ettirene kurtarma tedbirlerini alma vecibesi terettüp ederken, teslimi meşrut menkul rehninde, onun (sigorta ettiren) yanında rehinli alacaklı da külfetleri ifa ile yükümlüdür¹⁰⁸.

104. KISCH, W.: age., WuR 1928, sh.75.

105. BOZER, A.: Sigorta Hukuku, Ankara 1965, sh.159.

106. SIEBECK, W.: age., sh.25; KISCH, W.: age., WuR 1928, sh.66-67; ROELLI, H/J JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.325; DIENER, P.: age., sh.95; STANGE, V.: age., sh.112-113; HENNIG, A.: age., sh.26; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, §62 Anm. 25.

107. Bkz. sh. 392 vd.

108. Türk Ticaret Kanunu'nun 906'ncı maddesine göre, sigortacı, ipotekli gemisini sigorta ettiren kimsenin veya sigortalının fiili yüzünden borcundan kurtulsa bile, ipotekli alacaklıya karşı borcu bakidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. KALPSÜZ, T.: age., sh. 66 vd.) Mevaz Kanununun mer'i olduğu Almanya'da hâkim görüğe göre, burada kanunî bir borç ilişkisi meydana gelmektedir (Bkz. SCHMIDT, R.: age., sh.293). Bu borç ilişkisinden dolayı da ipotekli alacaklı zararı önlemek ve azaltmakla yükümlüdür (SCHMIDT, R.: age., sh.282).

2. Sorumluluk Sigortasında Mağdur

Sorumluluk sigortalarında (örneğin, Karayolları Zorunlu Mâli Sorumluluk Sigortasında) mağdur olan üçüncü kişi, sigortacıya karşı zararı önlemek ve azaltmakla yükümlü değildir. Bir başka deyişle mağdurun Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesine göre kurtarma tedbirlerini almak vebesi yoktur. Buna karşılık onun, zarar gören (mağdur) olarak, sigorta ettirene (zarar veren) karşı, Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesi muvacehesinde zararı önlemek ve azaltmak vebesi vardır. Sigortacının sigorta ettireni dâvada temsil etmesi hâlinde de, sigortacı, mağdurun Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesinde öngörülen vebeyi ihlâl ettiğini ileri sürerek ödeyeceği tazminatta, onun kusuru oranında bir indirim yapılmasını sağlayabilir.

Ş4. SİGORTA ETTİRENİN ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNİN KAPSAMI

Bu bölümde, "sigorta ettirenin önlemekle ve azaltmakla yükümlü olduğu zarar" kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu ve ayrıca kendisince alınması lâzım olan "kurtarma tedbirlerinin sınırları" incelenecektir.

I. BORÇLAR VE SİGORTA HUKUKLARINDA ZARAR KAVRAMI VE SİGORTA ETTİRENİN ÖNLEMEK VE AZALTMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU ZARARIN KAPSAMI

Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesine göre sigorta ettiren zararı önlemek ve azaltmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, Kanun'da, sigorta ettirenin yükümlülüğünün kapsamını oluşturan zarardan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Aşağıda, ilk önce borçlar hukukuna ilişkin zarar kavramı üzerinde durulacak; daha sonra sigorta hukukunda bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği meselesi ele alınacaktır.

A. BORÇLAR HUKUKUNDA ZARAR KAVRAMI

Borçlar hukukunda zarardan (maddî zarar), mağdurun iradesi dışında malvarlığında meydana gelen bir eksilme (azalma) anlaşılır. Burada, şahsa verilen zarar (*Personenschaden*), şeye verilen zarar (*Sachshaden*) ve mameleke ilişkin zarar (*Vermögensschaden*) arasında ayırım yapmak o kadar büyük bir önemi haiz değildir. Zira,

mamelekte bir azalma meydana getirdiği ölçüde her zarar hukuken önemlidir¹⁰⁹.

Doktrinde¹¹⁰, zarar, mamelekin mevcut durumu ile zarar veren olayın gerçekleşmesinden önceki durumu arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır¹¹¹. Bu anlamda zarar, mağdurun zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaatinden ibarettir. Mağdurun menfaati ise, malvarlığının iki durumu arasındaki farktır¹¹².

Sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, mağdurun malvarlığında meydana gelen azalmayı gidermek zorundadır. Maddî tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmeseydi, mağdur, malvarlığı açısından hangi durumda bulunacak idiye o durumun yeniden kurulmasıdır¹¹³. Bu durumda, sübjektif değerlendirmeye göre, zarar verici fiil sonucunda vukubulan her zarar tazmin edilmelidir. Bir başka deyişle, tazminat miktarının hesaplanabilmesi için, malvarlığının gösterdiği iki durum arasındaki fark tesbit edilirken, ihlâl edilen malvarlığı değerinin, hem zarar gören için taşıdığı ekonomik önem hem de bunun, malvarlığının diğer unsurlarıyla birlikte meydana getirdiği bütünlük gözönünde bulundurulmalıdır.

Tazminatın, genel olarak, akdî ya da kanunî herhangi bir yükümlülüğün ihlâlinin sonuçlarını telâfi ettiği söylenebilir. Bununla beraber, yükümlülük ihlâli söz konusu olmaksızın belirli bir zararı tazmin yükümlülüğü akdî olarak üstlenilebilir. Bu takdirde, üstleni-

109. OFTINGER, K.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd.I, Allg. Teil, Zürich 1958, sh.46.

110. OFTINGER, K.: age., Bd.I, sh.54; EREN, F.: age., C.II, sh.39; DESCHENAUX, H./TERCIER, P. (Çev. ÖZDEMİR, S.): Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, sh.20; LARENZ, K.: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I.: Allgemeiner Teil, München 1982, sh.442; von TUHR, A./SIEGWART, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Zürich 1942, sh. 76; BRÖX, H.: Allgemeines Schuldrecht, 18. Aufl., München 1990, sh.182; GUHL, T.: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrecht, Zürich 1980, sh.63.

111. Yargıtay 20.6.1983 tarihinde verdiği bir kararında da bu görüşü kabul etmiştir: "Bilindiği gibi Türk Sorumluluk Hukuku'na göre zarar hukuka aykırı eylem olmasaydı kişinin malvarlığının bulunacağı durum ile hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesiyle malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir (Fark teorisi)" Yarg.4.HD. E. 1983/4487, K.1983/6299 (bkz. YKD 1983, S.11, sh.1618).

112. Maddî zararın menfaat veya menfaat farkı olarak anlaşılmasının kaynağı Momm- sen'in "menfaat teorisi" ile dolayısıyla "fark teorisi"ne dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, F.: age., C.II, sh.39 vd.

113. OFTINGER, K.: age., sh.63; DESCHENAUX, H./TERCIER, P. (Çev. ÖZDEMİR, S.): age., sh.202; EREN, F.: age., C.II, sh.348.

len edim, yukarıda zikredilen anlamda tazminat değil; bilâkis aktin ifası olur¹¹⁴.

B. SİGORTA HUKUKUNDA ZARAR KAVRAMI

Bir sigorta, esasen, sigortalıyı mevcut malvarlığındaki zarar verici değişikliklere karşı himaye etme amacını güder; fakat, sigortanın konusu hiçbir zaman mamelekin tamamı olamaz. Sigorta ettiren, teminatın kapsamını, genellikle, kendi malvarlığında özel olarak değer verdiği ve dolayısıyla onunla özel bir kıymet ilişkisinin olduğu şeylerle sınırlandırır¹¹⁵.

Tazminat sigortası daha yakından incelenirse, sigorta hukukunda kullanılan zarar kavramının borçlar hukukunda kullanılanlardan daha farklı olduğu dikkati çeker. Borçlar hukukunda zarar, mamelekin önceki ve sonraki durumları arasındaki fark olarak nitelendirildiği; yani, burada zararlar bir kül şeklinde düşünüldüğü hâlde, sigorta hukukunda zarar, dökümü yapılarak münferit zarar kalemleri hâlinde (*Einzel Schaden*)¹¹⁶ belirtilmektedir¹¹⁷.

114. Örneğin garanti akti, sigorta akti (bkz. von TUHR, A./SIEGWART, A.: age., sh.75).

115. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.I, §1 Anm. 28; HOFMANN, E.: age., sh.148, SIEG, K.: age., sh. 43 vd.; WERBER, M./WINTER, M.: Grundzüge des Versicherungsvertragsrecht, Heidelberg 1986, sh.18.

116. MÖLLER, H. (Çev. ÖZTAN, F.): Menfaat ve Değerlendirilmesi, Batider 1967, C.IV, sh.258. Ayrıntılı bilgi için bkz. MÖLLER, H.: Summen-und Einzel Schaden, Hamburg 1937, sh.5-17, 48-83.

117. "Borçlar hukukunda geçerli olan bu fark teorisi, reddedilmelidir" (bkz. MÖLLER, H.: Bemerkungen zum Schadenbegriff im Versicherungsrecht und im sonstigen Zivilrecht, in: Ausblick und Rückblick, Erich R. Prölss zum 60. Geburtstag, München 1967, sh.241; WINTER, G.: Einige Entwicklungslinien des neueren Schadenersatzrecht, VersR 1967, sh.334). "Bu teori sigorta hukuku için tamamen elverişsizdir" (bkz. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, §49 Anm.31). Sigorta hukukuna ilişkin zarar kavramı ile borçlar hukukuna ilişkin zarar kavramının birbirinden farklı olduğu hususunda ileri sürülebilecek diğer bir delil de, sigortacının tazminat ediminin aktin ifasına ilişkin olduğu, yoksa diğerinde olduğu gibi onun, bir yükümlülüğün ihlâlinden dolayı doğmadığıdır. Böylece sigortacının edimi ve onun kapsamı, Borçlar Kanunu hükümlerine göre değil, sigorta akti ve Kanun'da (Türk Ticaret Kanunu) yer alan sigortaya ilişkin özel hükümlere göre belirlenecektir (Bkz. KOENIG, W.: age., sh.28). Ayrıca genel tazminat hukukunda meydana gelen zararın tazmini belirli bir davranış ile sözkonusu zarar arasında illiyet bağı gerektirir. Oysa, sigorta hukukunda meydana gelen zararın tazmin edilip edilmeyeceğini ve kapsamını, ilk plânda illiyet bağı belirlememekte; sigorta aktinde ve Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta ile ilgili bölümde yer alan hükümler belirlemektedir. Bu keyfiyet, zarar sigortasında olduğu gibi meblağ sigortasında da geçerlidir. Her iki halde de sigortacı, teminat kapsamına giren; yani, sigorta ilişkisinin muhtevasına dahil olan zararı tazmin etmelidir (Bkz. DIENER, P.: age., sh.14).

Münferit mamelekî durumlar, bilânçonun aktif ya da pasifinde yer alırlar. Münferit zararlar, ya aktif tarafa zarar verirler ya da pasif tarafta doğarlar. Buradan da aktif sigortası veya pasifin sigortası şeklinde bir ayrıma gidilebilir¹¹⁸. Aktif sigortada, belirli bir şahsın belirli bir mal (aktif) ile ilişkisi sigortalanmışken, pasif sigortada belirli bir şahsın belirli bir pasif ile ilişkisi teminat altına alınmıştır. Aktif sigortada; sigortalanabilen aktif değer olarak, eşya, alacaklar ve diğer haklar ile gelecekte doğması muhtemel kazanç beklentileri gösterilebilir. Pasif sigortada; sigortalanabilen pasifler arasında ise; borçlar, zarurî masraflar ve somut zarar ihtimalleri sayılabilir. Görüldüğü üzere, insanlar bir takım ilişkiler yumağı ile çevrilmiştir¹¹⁹. Bu ilişkilerin aktif ya da pasif üzerinde olup olmamasına göre müsbet bir değer (*Wert-*) veya menfi bir değer ilişkisinden (*Unwertbeziehung*) bahsedilir¹²⁰. Bir şahsın aktif ya da pasif ile olan ilişkisi ise, sigorta hukukunda "menfaat" olarak¹²¹ nitelendirilmektedir¹²². Sigorta hukukuna has menfaat kavramıyla, medenî hukukun tazminat öğretisindeki menfaat kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Tazminat öğretisinde menfaat, mamelekin, zarar verici olaydan sonraki durumuyla, zarar verici olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farkı ifade etmektedir. Bu menfaat ise, meblağ zararına tekabül eder¹²³. Oysa, sigorta hukukundaki menfaat kavramından bir zarar yani olumsuz birşey değil, sigorta ettirenin zarar gerçekleşmeden önceki malvarlığında yer alan bir değerle olan kıymet ilişkisi anlaşılır. Bir şahsın belirli birşey üzerindeki ilişkisi menfaat olarak nitelendiriliyorsa, zarar da, bu ilişkinin halledar olmasıdır denilebilir. Buradaki zarar ise, meblağ zararı değil, münferit bir zarardır¹²⁴. *Ehrenberg*¹²⁵ söz konusu zararı menfaatin

118. MÖLLER, H. (Çev. ÖZTAN, F.): agm., Batider 1967, C.IV, sh.258; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd. I §1 Anm. 27; MÖLLER, H.: agm., in: Ausblick und Rückblick, sh. 242.

119. MÖLLER, H.: Einzelschaden, sh.10.

120. MÖLLER, H.: Einzelschaden, sh.12.

121. Sigortalanabilir menfaat kavramını Orta Çağ öğretisi dahi kullanmaktadır: "principale fundamentum assecurationis est... interesse assecuratorum, sine quo non potest subsistere assecuratio" (bkz. So De Casaregis, Discursus legales de commercio, Florenz 1719, Disc. IV, Nr.1, MÖLLER, H.: agm., in: Ausblick und Rückblick, sh.242-243'ten naklen).

122. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, §49 Anm. 43; von GIERKE, J.: Versicherungsrecht, Stuttgart 1947, Bd.II, sh.5). "Menfaat öyle hukukî ilişkilerdir ki, bu ilişkiler mucibince sigorta ettiren veya sigortalı üçüncü bir şahıs, sigortalanın rizikonun gerçekleşmesiyle bir zarara uğrar" (bkz. PRÖLLS, J./MARTIN, A.: age., Vor §51 Anm.1).

123. MÖLLER, H.: agm., in: Ausblick und Rückblick, sh.243.

124. MÖLLER, H.: agm., in: Ausblick und Rückblick, sh.243.

125. EHRENBERG, V.: Versicherungsrecht, Leipzig 1893, Bd.I, sh.11.

inkâr edilmesi (*Negation des Interesses*) olarak nitelendirmektedir¹²⁶. Demek ki, sigorta hukukundaki menfaat kavramı, sigorta sözleşmesiyle hangi münferit zararlar için sigorta himayesi sağlandığını açıklığa kavuşturmaya yaramaktadır.

Netice olarak, sigorta hukukunda bir dezavantajın zarar olarak nitelendirilebilmesi için, sigortalı menfaatin mevcut olup olmadığına bakılması gerektiğini söyleyebiliriz. Zira, sigorta ettiren, ancak şeyde bir menfaati varsa, zarara uğrayabilir. Zarar, menfaatin ihlâl edilmesi olup, menfaat olmaksızın herhangi bir zarar meydana gelmez¹²⁷.

C. SİGORTA ETTİRENİN ÖNLEMEK VE AZALTMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU ZARARIN KAPSAMI

1. Objektif Açıdan Sınırlandırma

Sigortacı, esasen, sigorta aktinde târif ve tahdit edilen bir zararı tazmin eder. Sigorta hukukunda zarar kavramının belirlenmesi, münferit olayda tazmini gereken bir zararın mevcut olup olmadığına ve bunun kabul edilmesi hâlinde ise, kapsamının tespitine yarar. Sigorta ettiren için kurtarma tedbirleri alma vecibesi de ancak, defedilmeye çalışılan zarar, sigortalanan rizikonun gerçekleştiğini gösteriyor ve sigorta aktinin kapsamında yer alıyorsa mevcuttur¹²⁸. Sigortacının tazminat yükümlülüğü ise, sigorta ettirenin menfaatinin ihlâl edilmesi, zararın teminat kapsamı dışında kalmaması ve kendisinin başka sebeplerden dolayı edim yükümlülüğünden kurtulmaması hâlinde mevcuttur.

Sigorta ettirenin kurtarma tedbirleri alma vecibesinin kapsamının belirlenmesi için, onun meydana gelen zararı hangi ölçüde önlemek ve azaltmakla yükümlü olduğunun tespit edilmesi gerekir.

126. Benzer bir nitelendirme için bkz. MÖLLER, H. (Çev. ÖZTAN, F.): *agm.*, Batider 1967, C.IV, sh.261; BRUCK, E./MÖLLER, H.: *age.*, Bd.II, Vor §49-80 Anm.37.

127. Bugün İsviçre'de hâkim görüş, Sigorta Akti Kanunu'nun 48'nci maddesinde sigortanın konusunun ekonomik menfaat olabileceği hükme bağlanmasına rağmen, menfaat teorisini red etmektedir. Bu görüşe göre, sigortanın konusu menfaat değil, eşya, maldır (bkz. KOENIG, W. (Çev. ÖZTAN, F.): *Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi*, Batider 1969, C.V, sh.46 vd.; KOENIG, W.: *Gegenstand der Versicherung. Eine systematische Begründung des Versicherungsrechtes ohne den Interessenbegriff*, Bern 1931, sh.98-102; KOENIG, W.: *Privatversicherungsrecht*, sh.201-212; ROELLI, H./KELLER, M.: *age.*, Bd.I, sh.11-12).

128. WOESNER, V.: *Die Pflicht des Versicherers zum Ersatz oder Aufwendungen des Versicherungsnehmers Abwendung und Minderung des Versicherungsschadens*, ZVerWiss 1960 sh. 419.

Bu tespitin yapılmasından önce de, dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarar kavramları hakkında kısa bir bilgi vermeyi uygun görüyoruz.

Dar anlamda zarar, sigortalı menfaatin inkârı olup sigortacının tehlike taşıma yükümlülüğünün kapsamına dahil olan zarardır¹²⁹.

Geniş anlamda zarar ise, sigortacı tarafından nihaî olarak tazmin edilmesi gereken zarardır. Bu tür zararlar, dar anlamda zararlardan ve masraf zararlarından yani kurtarma vecibesinin ifası için yapılan giderlerden ibarettir¹³⁰.

İşte bu noktada şu mesele ortaya çıkmaktadır: Acaba sigorta ettiren, yalnızca sigortalı ilişkiyi mi (dar anlamda zarar) kurtarmakla yükümlüdür; yoksa, sigortacı tarafından nihaî olarak tazmin edilmesi gereken bütün zararları mı (geniş anlamda zarar) önlemek ve azaltmak zorundadır?

Bir görüşe göre¹³¹ sigorta ettirenin kurtarma tedbirleri alma vecibesi, sadece dar anlamda zararlara ilişkindir. Bir başka deyişle, bu görüşte olanlara nazaran, sigorta ettirenin zararın tasfiyesine ilişkin masrafları, keza kurtarma masraflarını, dar tutma yükümlülüğü yoktur.

Doktrinde ileri sürülen diğer görüş ise¹³² bunun tam aksini savunmaktadır. Onlara göre zarar, sigorta akti dairesinde sigortacının temin yükümlülüğüne dahil ise, azaltılmalı ve önlenmelidir¹³³. Si-

129. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd. II, Vor §49-80 Anm.43. Siebeck, dar anlamda zarar sigortalanan ilişkinin somut ihlâli olarak nitelendirmektedir (bkz. SIEBECK, W.: age., sh.30).

130. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, Vor§§ 49-80 Anm. 43.

131. KISCH, W.: age., WuR 1928, sh. 5/6; EHRENZWEIG, A.: age., sh.273; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd. II, §62 Anm. 17. Siebeck, Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 61'nci paragrafının, 1'nci paragrafın tersine "mamelekî zarar"dan değil, sadece "zarar"dan bahsettiğini ileri sürerek aynı sonuca varıyor. Zira, ona göre, mamelekî zararlardan, sigorta ettirenin meydana gelen zararın giderilmesine yönelik ihtiyacı anlaşılması gerektiği için §62'deki zarar kavramı dar yorumlanmalıdır. Yaza göre, §62'de bahsedilen zararın bu şekilde anlaşılması sigorta ettirenden aşırı şeylerin istenmesini de önler (bkz. SIEBECK, W.: age., sh.32 vd.).

132. BRUCK, E.: age., sh.344; STANGE, V.: age., sh.60-61; SCHMIDT, R.: age., sh.219; WILKENS, E.: age., sh. 43 vd.; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §62 Anm. 1B; DIENER, P.: age., sh.18 ve 96; KLINGENBERG, W.: age., sh.12 vd.; ROELLI, H./JAEGER, C.: age., sh.372 vd. Ayrıca Bundes Gerichts'in 29 Nisan 1926 tarihli kararı için bkz. SVA Bd.V, Nr.297.

133. BRUCK, E.: age., sh.344.

gorta ettiren, sigortalı değilmişçesine mâkul olan şeyleri yapmak veya yapmamak için uğraşmalıdır¹³⁴.

Kanaatimizce, sigorta ettirenin kurtarma tedbirleri alma vebesinin kapsamına ilişkin görüş ayrılıkları, sigorta hukukunda zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği hususundaki tartışmalardan kaynaklanmaktadır. Her yazar kendine göre bunu tesbite çalışmış, fakat bu tesbit yapılırken bütün zarar sigortaları için geçerli olan zarar kavramının, Kanun'un kurtarma tedbirlerini düzenleyen 1293'üncü maddesi için de (Alman Sigorta Akti Kanunu §62; İsviçre Sigorta Akti Kanunu m.61; İtalyan Medenî Kanunu m.1914-1915) geçerli olduğunu gözardı etmiştir.

Bu noktada *Kisch*, sigorta ettirenin kiralama menfaatini sigorta ettirmesi hâlinde, yangın sonucunda yanan yer artık oturmak amacıyla kullanılamaz hâle gelmişse onu depo veya kiler olarak kiralamak zorunda olup olmadığı meselesini sorarken¹³⁵; *Siebeck*, sigorta ettirenin yalnızca dar anlamda zararları önlemek ve azaltmakla yükümlü tutulmasının makul sonuçlar doğuracağına ilişkin görüşünü beyan ederken¹³⁶, şu hususu görmemiştir: Sigorta ettirenin münferit olayda yapmak zorunda olduğu şeyin neden ibaret olduğu ve nelerin makul sonuçlar doğuracağı sorunu Kanun'un 1293'üncü maddesinde (Alman Sigorta Akti Kanunu §62; İsviçre Sigorta Akti Kanunu m.61; İtalyan Medenî Kanunu m.1914-1915) belirtilen zarar kavramının tespitiyle değil -Türk Ticaret Kanunu'nun 1378'nci maddesinde yer alan hükmün 1293'üncü maddeye kıyasen uygulanması suretiyle- "*mümkün olan tedbir*" kavramının kapsamıyla ilgilidir¹³⁷.

Kanaatimizce sigorta ettiren, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesine göre "geniş anlamda zararları" önlemek ve azaltmakla yükümlüdür¹³⁸. Bir başka deyişle, sigorta ettirenin kurtarma tedbirleri alma vebesi sigortacının bütün zararlarına taâlluk

134. RG v.18.1.1927 VA 1927, sh.49; RGZ 112,386; OGH VersR 1980, sh.591. Ayrıca bkz. KÜHNHOLZ, P.: Versicherungsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, sh.86; SCHAUER, M.: age., sh.320; HOFMANN, E.: age., sh.189; RICHTER, A.: age., sh.230; SIEG, K.: age., sh.142; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §62 Anm. 2a; SCHMIDT, R.: age., sh.219.

135. KISCH, W.: age., WuR 12928, sh.6.

136. SIEBECK, W.: age., sh.34.

137. WILKENS, E.: age., sh.44.

138. ATABEK, R.: Sigorta Hukuku, İstanbul 1950, sh.137.

eder ve bu zararların kapsamının dar tutulması için mümkün olan bütün tedbirleri kapsar. Kanun'un bu hükmünde yer alan "faydasız kalmış olsa bile" ibaresi, "sigortacının alınan tedbirleri sonuçsuz kalmış olsa bile, sigorta ettirenin yaptığı makul (uygun) masrafları tazminle yükümlü olduğu" şeklinde anlaşılmalıdır. Aksine bir yorum bu hükmün amacına ters düşer. Zira, bu vecibe sigorta ettirenin, sigortalı olma vakıasına güvenerek, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesiyle meydana gelen zarar karşısında kayıtsız kalmasını önlemek için getirilmiştir. Keza, Kanun, sigorta ettirene kurtarma masraflarını, sigortacı ve tehlike topluluğunu lüzumsuz zararlardan korumak için yüklemiştir. Eğer sigorta ettirene, sadece, sigortalı malı kurtarmak vecibesi yüklenmiş olsaydı; buna karşılık, masraflarında herhangi bir sınırlandırmaya gidilmeseydi bu hükmün koruma amacı konusuz kalırdı. Dolayısıyla, sigorta ettirenin, ispat araçlarının sağlanması ve korunması gibi sigortacının zarar veren üçüncü kişiye rücuunu kolaylaştırmaya yönelik tedbirleri, onun kurtarma külfetinin kapsamında yer alır¹³⁹. Keza, sorumluluk sigortası yaptırmış bir şahıs, mağdurun, kendisinden isteyeceği tazminatın daha fazlasını talep etmesine neden olmuşsa, kurtarma vecibesini ihlâl etmiştir¹⁴⁰.

2- Subjektif Açıdan Sınırlandırma

Sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma vecibesinin kapsamının belirlenmesi hususunda kanun koyucu, bilinçli olarak soyut bir düzenleme yapma yolunu seçmiştir. Böylece, kanun koyucu, kurtarma külfetinin kapsamının, her somut olayda, olayın şartları gözönüne alınarak ayrı ayrı tespit edilmesini istemiştir. Bununla birlikte Hayvan Hayat Sigortası Genel Şartları (m. 10/b, c, d) ile Kümes Hayvanlarının Hayat Sigortası Genel Şartları (m. 10/b, c, d)'nda olduğu gibi, sigorta ettirenin zararı önleme ve hafifletme külfetinin kapsamının somut olarak tayin edildiği düzenlemeler de mevcuttur. Şüphesiz, sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma vecibesinin kapsamının belirlenmesinde kullanılacak ölçütlerden ilki kurtarma, tedbirlerinin "eğer mümkünse" alınmasıdır. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde bu tabirden açıkça söz etmese de 1378'nci maddenin kıyasen uygulanmasıyla aynı sonuca varılabilir. Aynı şekilde, subjektif sınırlandırmanın dürüstlük kuralından çıkarılması da mümkündür. Zira, sigorta ettirenden

139. DIENER, P.: age., sh.96; ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.327.

140. ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.327.

mümkün olmayan tedbirlerin alınmasını istemek dürüstlük kuralına aykırı olurdu. Mümkün olan tedbirler ibaresi, burada, sigorta ettiren için mümkün olan tedbirler şeklinde anlaşılmalıdır. Buna göre, sigorta ettirenin kurtarma vecibesini ifa edebilmesi için, onun zararın gerçekleştiğinden veya gerçekleşmesine ilişkin yakın bir tehdidin mevcut olduğundan; yani, zararın gerçekleşmesinin artık kaçınılmaz olduğundan haberdar olması; bu tedbirleri yerine getirmesini mümkün kılan, gerekli teknik araçlara ve maddi ve manevi bütün şartlara sahip olması gerekir¹⁴¹.

Sigorta ettiren, zararın gerçekleşmesi hâlinde veya zararın gerçekleşmesine ilişkin yakın bir tehdidin mevcudiyeti durumunda sigortalı değilmiş gibi davranmakla yükümlüdür¹⁴². Buna göre, sigortalı menfaat konusu akaryakıt deposunun yanmaya başlaması hâlinde bu ölçü, sigorta mukavelesinin temelinde yer alan menfaat durumlarından ve "*venire contra factum proprium*" yasağından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, sigorta ettirenin sigortalı şey üzerinde bir menfaati (sigortalı şeyle bir değer ilişkisi) vardır; ve sigorta ettiren, sigorta akti yapmakla söz konusu kıymet ilişkisinin var olduğunu göstermektedir. Sigortacının da, sigorta ettirenin, mamelekî bir değeri sigortalamasından, bu değer varlığının onun için önemli olduğu; onun sigortalı değerle bir kıymet ilişkisinin bulunduğu sonucunu çıkarmaya hakkı vardır. Sigortacı, hiçbir zaman, ifa edeceği tazminat ediminin, sigorta ettirenin sigortalı malla olan kıymet ilişkisine oranla daha ağır basacağını hesap etmek zorunda değildir. Dolayısıyla, sigortacının, sigorta ettirenin kurtarma tedbirlerini almaması hâlinde onun sigortalı mal üzerinde artık herhangi bir menfaatinin kalmadığını da farz etmeye hakkı vardır. Bir başka deyişle, kurtarma tedbirlerini yerine getirmeyen sigorta ettiren, bu davranışıyla, sigortalı malla olan kıymet ilişkisinin artık bulunmadığını ima etmiş olur. Eğer sigorta ettiren, bütün bunlara rağmen, sigortacıdan, sigorta edimini ifa etmesini isterse, artık onun ihlâl edilen bir değer ilişkisi için talepte bulunmadığı sonucuna varılmalıdır¹⁴³.

141. WILKENS, E.: age., sh.46. Eğer sigorta ettirenin, kurtarma tedbirlerini bizzat icra etmesi, özel meslekî bilginin gerekliliği gibi, bir takım nedenlerden ötürü gayri mümkün görünüyorsa, kurtarma tedbirlerini almaktan ictinap edebilir; fakat, sigorta ettiren, bu durumda, uzman bir kişiye başvurmak zorundadır (bkz. EHRENBURG, V.: Versicherungsrecht, Bd.I Leipzig 1893, sh.437; STANGE, V.: age., sh.69).

142. WILKENS, E.: age., sh.46; HAGEN, O.: age., sh.641; SCHMIDT, R.: age., sh.219; KISCH, W.: age., WuR 1928, sh.18; BRUCK, E., sh.344; von GIERKE, J.: age., Bd.II, sh.206; HOFMANN, E.: age., sh.189; SIEBECK, W.: age., sh.76; STANGE, V.: age., sh.62-63. SCHAUER, M.: age., sh.320; PRÖLLS, J./MARTIN, A.: age., §62 Anm. 2a; ATABEK, R.: age., sh.138. OGH VersR 1980, 591; BGH VersR 1972, sh.1039; RGZ 112,386.

143. WILKENS, E.: age., sh.46-47.

Şüphesiz, ondan yangını bizzat kendisinin söndürmesi istenemez; ama, yangın alarmını çalıştırmak suretiyle başkasını (örneğin itfaiyeyi) yardıma çağırması beklenir. Sigorta ettiren, somut olayda, makul, dürüst, itinalı bir sigorta ettirenin aynı durumda bulunması hâlinde, yararlı olarak telâkki edeceği önlemleri almakla yükümlüdür¹⁴⁴. Söz konusu tedbirlerin alınması sigorta ettirenden makul bir şekilde beklenebilecek; haklı olarak talep edilebilecek nitelikte olması gerekir¹⁴⁵. Bu nedenle, sigorta ettirenden kurtarma tedbirlerini almasının beklenilemeyecek olduğu durumlarda, külfet ihlâli de söz konusu olmaz. Sigorta ettirenden beklenebilirliğin sınırını ise doğruluk ve dürüstlük kuralı belirler¹⁴⁶. Şüphesiz, yapılacak değerlendirmede, sigorta ettirenin kişisel durumu da göz önüne alınır. Dolayısıyla, somut olayın sigorta ettiren üzerinde yarattığı, korku, endişe ve telaş da nazarı itibara alınır.

Buna göre, sigorta ettirenden zararı önlemesi ve azaltması için hayatını tehlikeye atması istenemez¹⁴⁷. Binaenaleyh, sigorta ettirenden başarı ile sonuçlanması şüpheli olan cerrahi müdahaleyi istemesi de beklenemez¹⁴⁸. Buna karşılık, sigorta ettiren, hırsızlık sigortasında, çalınan sigortalı şeyin yerini öğrendikten sonra, onu tekrar elde etmek için gerekli adımları atmak¹⁴⁹ zorundadır¹⁵⁰. Sigortalı şeyle sigortalı olmayan bir şeyin aynı tehlikeye maruz kalması hâlinde, sigorta ettirenin, sigortalı şeyi, ilk önce kurtarma ve cibesi yoktur¹⁵¹. Eğer gerçekleşen rizikoya, o konuda uzman kişiler (örneğin yangın çıkması durumunda itfaiye) müdahale etmişse, sigorta ettirenin, yangın söndürme çalışmalarına, onlarla birlikte biz-

144. SIEBECK, W.: age., sh.76; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §62 Anm 2a.

145. PRÖLSS, J./MARTIN A.: age., §62 Anm. 2a; SIEBECK, J.: age., sh.75.

146. MAUER, A.: age., sh.345 dpn. 865; PRÖLSS J./MARTIN, A.: age., §62 Anm. 2a.

147. SCHAUER, M.: age., sh.320; SIEBECK, W.: age., sh.75; HAGEN, O.: age., Bd. 1, I. Abteil, sh.642; KISCH, W.: age., WuR 1928, sh.21; ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh. 328; MAUER, A.: age., sh.345.

148. SIEBECK, W.: age., sh.75.

149. SCHAUER, M.: age., sh.321; ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd. II, sh.329.

150. Sigorta ettiren, sigorta tazminatını aldıktan sonra, çalınan şeyi elde etmek mümkün iken, bu doğrultuda hiçbir gayret göstermemesi hâlinde, kasıtlı olarak külfetini ihlâl etmiş olduğundan, sigortacı Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'ncü maddesinin 2'nci fıkrası gereği edim yükümlülüğünden kurtulur; sigorta ettiren de aldığı tazminatı geri ödemek zorunda kalır. Benzer yöndeki bir karar için bkz. OGH VersR 1980, sh.591.

151. SIEBECK, W.: age., sh.75-76; ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.329; KLINGENBERG, W.: age., sh.31; HENNIG, A.: age., sh. 42 ve sh. 88; STANGE, V.: age., sh. 66; KISCH, W.: age., WuR 1928, sh.21; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §62 Anm. 2a. Aksi görüş için bkz. RITTER, C./ABRAHAM, H.J.: age., Bd.I, §41 Anm.10.

zat iştiraki de gerekmez¹⁵². Kanaatimizce, Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, sigorta ettiren, sigortacının kurtarma tedbirlerine ilişkin talimatlarına söz konusu tedbirlerin açıkça anlamsız ve amaca hizmet etmemesi hâli hariç uymalıdır. Sigortacının verdiği hatalı talimat da, keyfiyete daha iyi vâkıf ve hâkim olan sigorta ettirence yerine getirilmemelidir. Keza, sigorta ettiren, sigortacının belli bir keyfiyeti nazarı itibara alarak verdiği talimatı, keyfiyetin değişmesi durumunda tatbik etmemelidir. Şüphesiz, uyulacak talimatın ifası sigorta ettiren açısından mümkün olmalıdır¹⁵³. Türk Dolu Sigortası Genel Şartları'nın 10'ncü maddesi; sigorta ettirenin, sigortacının talimatlarına uyma yükümlülüğünü açıkça hükme bağlayan bir düzenleme olarak örnek kabilinden zikredilebilir. Nitekim, söz konusu maddenin (E) bendine göre, sigorta ettiren, sigortacı tarafından verilen talimatlara elinden geldiği kadar uymakla yükümlüdür.

§5. ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNİN ZAMAN YÖNÜNDEN SINIRLANDIRILMASI

Kurtarma tedbirlerini alma vecibesi, belli bir zaman aralığı içinde belirli bir davranışta bulunulmasını gerektiren ve süreklilik arzeden bir külfettir. Bu konuda yapılan tafsilatlı incelemelere rağmen, özellikle kurtarma tedbirlerini alma vecibesinin ne zaman başlayacağı sorunu hakkındaki tartışma, günümüzde hâlen devam etmektedir.

152. ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh. 329.

153. Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 62'nci paragrafı ile İsviçre Sigorta Akti Kanunu'nun 61'nci maddesi, sigorta ettirene, sigortacıya danışma vecibesini yüklemiştir. Benzeri düzenlemeye, Türk Ticaret Kanunu'nun 1378'nci maddesinde de tesadüf edilmektedir. Şöyle ki, söz konusu maddeye göre, sigorta ettiren, "imkân varsa, lazım olan tedbirler için önceden sigortacıya danışmaya mecburdur." Kanaatimizce, Türk Ticaret Kanunu'nun kara sigortaları açısından, deniz sigortalarına ilişkin 1378'nci maddenin kıyasen uygulanmasını gerektirecek bir boşluk yoktur. Zira, sigorta ettirenin, kurtarma tedbirlerine ilişkin sigortacıya danışma mecburiyeti ile, 1292'nci maddede düzenlenen sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini ihbar külfeti arasında sıkı bir bağlantı vardır. Zaten, yukarıda zikredilen yabancı ülke sigorta doktrinlerinde, sigorta ettirenin, rizikoyu ihbar külfetini ifa etmesiyle danışma vecibesini yerine getirmiş olacağından, söz konusu vecibenin öngörülmesini pratik açıdan herhangi bir öneminin olmadığı görüşü savunulmaktadır (bkz. STANGE, V.: age., sh. 89; WILKENS, E.: age., sh. 73; SIEBECK, W.: age., sh.77; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §62 Anm. 3; KISH, W.: age., WuR 1928, sh 25 ve sh. 90; DIENER, P.: age., sh. 99. Ayrıca bkz. OLG Celle VerBAV 1969, sh.130).

I- ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNİN BAŞLAMASI

Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde kurtarma tedbirlerinin ne zaman başlayacağına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. İşte bu noktada şu sorun ortaya çıkmaktadır: Kanun'un söz konusu hükmünden hareketle zararı önleme vecibesinin sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinden önce başlayacağı denilebilecek midir¹⁵⁴? Bir başka deyişle, Kanun'un 1293'üncü maddesinde öngörülen zararı önleme vecibesi (*Schadenabwendungs-Schadenverhütungspflicht*) tehlikeyi önleme vecibesiyile (*Gefahrpraeventionspflicht*) aynı anlamda mı kullanılmıştır¹⁵⁵? Sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinden hemen önce sigorta ettirenin zararı önlemeye yönelik olarak herhangi bir faaliyette bulunması Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinin ihlâli anlamını taşır mı? veya bu durum sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine müştereken sebebiyet vermek şeklinde (TTK m.1278) yorumlanabilir mi? Sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinden önce icra edilen bu tür tedbirler sigorta ettiren için Türk Ticaret Kanunu'nun

154. Doğanay bu görüştedir (bkz. DOĞANAY, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.3, Ankara 1990, sh.3071). Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlarda aynı görüş benimsenmektedir. "Hakem bilirkişi'lerin de benimsemiş olduğu ve kararın dayanağı bulunan 2/7/1965 tarihli raporda da açıkça belirtildiği veçhile, şayet yanar sigorta konusu kamyonunda el feneri ve yangın söndürme cihazı mevcut bulunsaydı yangının genişlemeyen söndürülmesinin mümkün olacağı mütalaa olarak ileri sürülmüş ve bu iki cihazın mevcut olmaması sonucu hasarın büyümiş olduğu açıklanmış olmasına göre TTK'nun 1293'f. 1 hükmüne göre tazminat miktarının hesabında nazarı alınması icab eder. Ayrıca yine aynı raporda sigortalı kamyonunda bulunan ve araç ihtiyacı için birlikte taşındığı söylenen mazot varillerinin yangını büyütüp söndürme ameliyesini güçleştirmiş olduğundan da (BK. m.44 göre) nazara alınmaması isabetsizdir" Yarg. TD 15/12/1970 gün ve E. 1970/645, K.5122 (bkz. DOĞANAY, İ.: age., C.3, sh.3071-3072 dnp. 223). "Davacılar vekili, müvekkillerinin dükkanının hırsızlık sigortası poliçesi ile davalıya sigortalı olduğunu 26.9.1989 gecesi hırsızlık olayı olduğunu dükkânda 2.700.000 TL'lik malzeme çalındığını bu miktarın davalıdan istemesine rağmen ödenmediğini....Davalı vekili cevabında, hasarın 1.767.000 lira olup talep edilen miktarın gerçek zararın üstünde olduğunu bu nedenle ödeme yapılmadığını malların bulunduğu binada hırsızlık fiili için gerekli önlemler alınmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunmaya, toplanan delillerle yapılan keşfe tanık beyanlarına ve bilirkişi raporuna göre koruma tedbirlerinin bu durumda daha fazla olmasının bina durumu itibariyle mümkün olmayıp sigortalayan davalı şirketin bu rizikoyu göze alarak sigortaladığı, TK 1293 maddesinde yer alan koruma tedbirlerinin tarafların durumlarına göre daha fazla alınmasının mümkün olmadığı çatıdan yapılan bu hırsızlık dolayısıyla zarardan davalının sorumlu olacağından ihtarın da davacı tarafından yapıldığından davanın kısmen kabulü ile.... karar verilmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı hükmün onanmasına 26.10.1992 tarihinde oybirliğiyle karar verilmiştir". Yarg. 11 HD 26/10/1992 gün ve E.1991/3288, K.1992/10220 (bu karar YAYIMLANMAMIŞTIR).
155. KOENIG, W.: Privatversicherungsrecht, sh.197 vd.; DIENER, P.: age., sh.28 ve 31.

1293'üncü maddesine göre bir tazminat (masrafların tazmini) talebini doğurur mu?

Türk hukuku açısından bu soruya cevap vermeden önce durum karşılaştırmalı hukuk açısından incelenecektir.

Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 62'nci paragrafına göre kurtarma vecibesi sigorta olayının¹⁵⁶ vukuu ânında (*bei dem Eintritt des Versicherungsfalls*) başlar. Alman hukukunda bu ifade, Türk hukukunda olduğu gibi kurtarma tedbirlerini alma vecibesinin başlangıç ânına ilişkin olarak bir tereddüdü mucip olmuştur.

Hakim görüş, (*Önceyi kapsama teorisi= Vorerstreckungstheorie*) vecibelerin yerine getirilmeye başlaması gerektiği ânın önceki bir zaman noktasını kapsamaması gerekir gerekmediği sorusuna evet cevabını vermektedir¹⁵⁷.

Bu teoriyi savunan yazarlardan bazıları, kurtarma vecibesinin başlangıç zamanı olarak sigorta olayının (Alman hukukunda sigorta olayı hem sigortalanan riziko hem de sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi anlamında kullanılmaktadır) gerçekleşmesine ilişkin doğrudan doğruya bir tehdidin (*unmittelbares drohendes Versicherungsfall*) olduğu ânı kabul etmektedirler¹⁵⁸. Bir başka deyişle, sigorta olayının kaçınılmaz bir şekilde doğrudan doğruya gerçekleşmek üzere olduğu ve makul mülâhazalara göre onun gerçekleş-

156. Alman hukukunda bu kavram 1903 tarihli Sigorta Akti Kanunu'nun ön tasarisından beri kullanılmaktadır. "Sigorta olayı" kavramının tarihçesi hakkında bkz. SIEBECK, W.: age., sh.43-44; PINCKERNELLE, A.: Die Herbeiführung des Versicherungsfalls, rechtsvergleichend nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Recht, Karlsruhe 1966, sh.24-25. 1903 tarihli ön tasariya kadar bu kavram yerine yangın olayı (*Brandfall*), kaza (*Unfall*), zarar olayı (*Schadenfall*), gibi daha az soyut kavramlar kullanılıyordu. Kurtarma vecibesinin başlangıç ânı için ise "bir yangın çıkar çıkmaz" veya "bir hayvan hastalanır hastalanmaz" tabirleri kullanılıyordu (bkz. SIEBECK, W.: age., sh.43).

157. ARZT, H.: age., sh.106-109; MAUGNUSSON, R.: Der Versicherungsfall in der BU-Versicherung, VersR 1956, sh.749; OBERBACH, H.: Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung, Teil II, Berlin 1947, sh. 81; KANPPMANN, N.: Wildschaden und Rettungskosten, VersR 1989, sh.113, 114 dpa. 4; BRUCK, E.: age., sh.343; von GIERKE, J.: age., Bd.II, sh.206; HENNIG, A.: age., sh.37; KISCH, W.: agm., WuR 1928, sh.3-5; RITTER, C./ABRAHAM, J.: age., Bd. II, sh.206-207; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, §62 Anm. 29; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §62 Anm. IA; RICHTER, A.: age., sh.152; STANGE, V.: age., sh.30vd.; WEYERS, H.L.: age., sh.314; SIEG, K.: age., sh.137; KÜHNHOLZ, P.: age., sh.86; BEISLER, H.: Die Rechtsschutzfunktion der Haftpflichtversicherung, VersArch 1957, sh. 277; WILKENS, E.: age., sh. 59 vd.; BGHZ 16, sh.42-43; BGH VersR 1956, sh.250; BGH VersR 1957, sh.782; OLG Hamm VersR 1990, sh.1388; BGH VersR 1985, sh. 656.

158. Siebeck bu görüşe "Önceki yakın zamanı kapsama teorisi" (*strenge Vorerstreckungstheorie*) adını vermektedir (bkz. SIEBECK, W.: age., sh.54).

mesine kesin gözüyle bakılabildiği ânda sigorta ettirenin, kurtarma tedbirleri alma vecibesini yerine getirmeye başlaması gerekir. Yazarlar bu sonucu Kanun'un lafzıyla bağdaştırabilmek için ise farklı gerekçeler ileri sürmüşlerdir. Onlardan bir kısmı¹⁵⁹, sigorta olayı (*Versicherungsfall*) kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmaktadır. Örneğin *Kisch*'e göre bu tabir, kurtarma vecibesinde farklı bir anlama sahiptir. Daha açık bir ifade ile, ona göre, sigorta olayı, sigortalı menfaat üzerinde henüz gerçekleşmiş olayı değil, sigorta ettirenin sigortalı olmayan diğer menfaatleri üzerinde gerçekleşip de doğrudan doğruya sigortalı menfaat üzerine sıçrama tehlikesi olan olayları ifade etmektedir. Yazar görüşüne örnek olarak da bir evin içinde yangına karşı sigortalanmış mobilyaları veriyor. Buna göre, evin içinde çıkan yangının henüz mobilyalarının bir kısmına sirayet etmesi hâlinde zararı önleme vecibesinin doğmasının pratik bir önemi yoktur; fakat, mobilyaların bulunduğu evin etajında hatta komşu bir binada yangın çıkmış ve sözkonusu yangın, sigortalı mobilyalara sirayet edebilmeye ilişkin bir tehdit oluşturorsa zararı önleme vecibesi önem kazanır. İşte o anda, sigorta ettirenin kurtarma tedbirleri alma vecibesi doğar. Böylece, komşu binada meydana gelen yangın da sigorta olayı (sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi) olarak kabul edilmelidir.

Yazarların diğer bir kısmı ise¹⁶⁰ Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 62'nci paragrafında yer alan "*bei dem Versicherungsfall* (sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi hâlinde)" tabirini geniş yorumlayarak görüşlerini doğrulamaya çalışmaktadır. Bu görüşe göre, Kanun'un metninde yer alan "*bei*" edatı, herhangi bir zorlamaya neden olmaksızın, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinden önceki bir zaman aralığını kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Yine onlara göre, Kanun'un öntasarısı'nda kullanılan "*nach*" (sonra) edatı yerine "*bei*" (de, da) edatının ikame edilmesiyle, -böyle değişikliğin anlamsız olamayacağı düşünülecek olursa- kurtarma vecibesinin başlangıç ânı bakımından da bir değiştirmenin yapıldığı kabul edilmelidir¹⁶¹. Bu fikre göre¹⁶², Alman Sigorta Akti Kanunu'nun gerçekleşmek üzere olan yangın tehlikesinden dolayı yapılan yıkma, boşaltma ve söndürme faaliyetlerini düzenleyen 83'ncü paragrafı; mağdur tarafından ileri sürülen haksız savunma taleplerine karşı girilen savunma faaliyetinden doğan dâva masraflarını hük-

159. KISCH, W.: agm., WuR 1928, sh.4-5; BRUCK, E.: age., sh.627.

160. HENNIG, A.: age., sh.40; ARZT, H.: age., sh.107.

161. BRUCK, E.: age., sh.627; HENNIG, A.: age., sh.38-39. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SIEBECK, W.: age., sh.55 vd.

162. HENNIG, A.: age., sh.39.

me bağlayan 150'nci paragrafı, görüşlerini teyid eden örnek kabilinden hükümlerdir. Zira, yıkma, boşaltma faaliyetleri, sigortalanan rizikonun, çoktan gerçekleşmiş olmasından sonra değil; bilâkis henüz gerçekleşmek üzere olduğu ânda yapılır. Keza, mağdura karşı mahkemede girilen savunma faaliyeti de onun tarafından ileri sürülen haksız sorumluluk talebini önlemeye yarayan bir işlemdir¹⁶³.

*Ehrenzweig*¹⁶⁴ hâkim görüş içerisinde yer almakla birlikte farklı bir kıstas getirmektedir. Ona göre, kurtarma tedbirlerini alma vebesi, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinin "kolaylıkla" önlenmesinin, hiç mümkün olamayacağı ânda yerine getirilmelidir. Buna karşılık, o henüz önlenemiyor; fakat, sigorta ettiren bundan kaçınıyorsa, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet verme (Alman ve Avusturya VVG §61, TTK m.1278) söz konusu olur¹⁶⁵. Benzer bir görüşü *Woesner* savunmaktadır¹⁶⁶. Onun fikrine

163. Bu görüşe karşı olarak, Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 83'ncü paragrafında düzenlenen, yıkma, boşaltma ve söndürme suretiyle meydana gelen zararın, dar anlamda sigorta zararı olduğu belirtilmektedir. Bir başka deyişle, yangın sigortasının, söndürme yıkma ve boşaltma suretiyle, keza sigortalı şeyin yok edilmesi suretiyle meydana gelen zarar tehlikesini, yangın tehlikesine yapışık bir tehlike olarak üstlendiği fikri ileri sürülmektedir (SCHERRER, R.: age., sh. 119-120; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §83 Anm. 3; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, Vor§§49-80 Anm.43). Bunun gibi, haksız taleplere karşı girilen savunma faaliyetlerinden doğan dâva masrafları da dar anlamda sigorta zararı olarak tazmin edildiği ifade edilmektedir (SCHERRER, R.: age., sh. 119-120; BEISLER, H.: Die Rechtsschutzfunktion der Haftpflichtversicherung, ungedr. Hamburger Diss. 1957, sh.48-53). Prölss-Martin ise burada, zararı önleme ve hafifletme külfetiyle, kurtarma masraflarını düzenleyen VVG §62 ve §63'ün uygulanması gerektiğini ileri sürüyor (PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age. §149 Anm. 1b).

164. EHRENZWEIG, A.: age., sh.265.

165. Yazarın bu görüşüne benzer fikirler OLG Köln'ün bir kararında kolaylıkla görülebilir. Bununla birlikte mahkeme, kararında ek olarak başka bir noktadan da hareket etmiştir. Karara göre, kurtarma tedbirlerini alma vebesinin başlangıç ânını tesbitte, mutad (işletme) masraflarıyla kurtarma tedbirlerinin icra edilmiş olup olmadığı veya olağanüstü masrafları gerektirip gerektirmediği de önemlidir. Hükümün esasını teşkil eden olay şudur: Ren nehri üzerinde bir köprü, su yükselmeleri ve buz kütlelerinin akıntıyla sürüklenmesinden doğacak muhtemel zararlar karşı sigortalananmıştı. 1929 yılında Ren nehri o zamana kadar görülmemiş bir şekilde uzun süren don neticesinde buzlanmıştı. Sigorta ettiren de olağanüstü güç ve kapsamlı tedbirlerden başka tedbirlerin alınmasının mümkün olmadığı anda, köprüye zarar vermeye elverişli şeyleri izale etmişti. Aksi takdirde, köprü bu kurtarma faaliyeti olmasaydı buz kütlelerinin etkisiyle zarara uğramış olacaktı. OLG Köln de kurtarma masraflarının tazminine yönelik talepleri kabul etti. Mahkeme, kararında, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine ilişkin doğrudan doğruya bir tehdidin mevcut olması halinde, kurtarma vebesinin başlayacağını; ayrıca, sigorta ettirenin yaptığı kurtarma masraflarının normal işletme masrafları olmadığını; dolayısıyla, tazmininin gerekeceğini de ek bir gerekçe olarak benimsedi. Karara göre olayda, köprü gemisinin, iskelelerin işletilmesinde sık sık gerekli olan komşu bir limana mutad olarak çekilmesi değil; beklenilmeyen bir olayın zorunlu kıldığı kapsamlı ve ağır çalışmalar söz konusudur. Bu yüzden, doğan masraflar mutad işletme masrafı değildir (bkz. OLG Köln JRPV 1932, sh.121).

nazaran, sigortalanan rizikoya sebebiyet verme davranışı ile, zararı önleme ve azaltma vecibesinin başlangıcı arasında bir zaman sınır çizgisinin çizilmesi mümkün değildir. Yazara göre, bir hayvanın tutulması, bir evin veya fabrikanın idaresinin gerektirdiği mutad tedbirler ile gayri mutad (olağanüstü) önlemler birbirinden ayırılmazdır. Mutad faaliyetlerden kaçınma suretiyle rizikonun gerçekleştirilmesi, Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 61'nci paragrafı anlamında, sigortalanan rizikoya sebebiyet verme olarak nitelendirilmelidir. Mutad faaliyetlerden doğan masraflar ise, kurtarma masrafları niteliğinde olmayıp, sigortacı tarafından tazmin edilmezler. Oysa, bir zararı önleme faaliyetinden, ancak gayri mutad tedbir alındığında ve olağanüstü masraf yapıldığında bahsedilebilir¹⁶⁷.

Alman doktrininde önceyi kapsama teorisine muhalif olarak zararı önleme ve azaltma vecibesinin başlangıç ânının tespiti açısından; onun ancak, zararın fiilî olarak meydana geldiği anda başlayacağı fikri ileri sürülmektedir¹⁶⁸. Bu zaman noktasından önceki sigorta ettirenin davranışları, rizikonun ağırlaşması ve sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet verme hakkındaki hükümlere göre değerlendirilmelidir¹⁶⁹. Bu görüş, ilk önce, Alman Sigorta Akti Kanunu'nun 62'nci paragrafının lafzından hareket ediyor¹⁷⁰. *Siebeck*, söz konusu paragrafta yer alan "bei" edatının "gleichzeitig" (aynı zamanda) anlamına geldiğini, bundan sigortalanan rizikonun gerçekleşmesinden önceki zamanın kapsandığı sonucunun çıkarılmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Ona göre "Bir odaya girildiğinde" ibaresinden odaya girmeden kısa bir süre öncesi de anlaşılmalıdır¹⁷¹. Önceyi kapsama teorisini reddeden bu görüşe nazaran, zararı azaltma vecibesinin, ilk zararın gerçekleşmesinden önceki âna uzatılması, Kanun'un 63'üncü paragrafına göre talep

166. WOESNER, V.: agm., ZversWiss 1960, sh.415 vd.

167. Doktrinde bu görüşler, gerek VVG §62'de gerekse §63'de, alınan tedbirin kolaylığının ve masraflılığının, rizikonun önlenmesi veya zararın önlenmesi arasında yapılacak tasnif yönünden hareket noktası olduğu hususunda bir açıklık olmadığı noktasında eleştirilmektedir (bkz. SCHERRER, R.: age., sh.122-123).

168. SIEBECK, W.: age., sh.68 vd.; LORENZ-LIBURNAU, H.: Leitfaden des österreichischen Allgemeinen Versicherungsvertragsrechts, VersRdsch 1975, sh.214; WUSSOW, W.H.: Allgemeine Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherung, Frankfurt am Main 1960, §5 Anm. 13; RGZ 88, 315-316; LG Saarbrücken VersR 1980, sh.350.

169. LORENZ-LIBURNAU, H.: agm., VersRdsch 1975, sh.214; RGZ 88, 315-316.

170. KÜHBORTH, G.: Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversicherung beim und nach dem Eintritt eines Versicherungsfalles, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris 1988, sh.79.

171. SIEBECK, W.: age., sh.61.

edilebilecek masraf tazminatlarıyla da çelişir¹⁷². Nihayet bu teori, önleme vecibesinin ne zaman doğacağı hususunda yeterince açık değildir¹⁷³.

Önceyi kapsama teorisini reddeden görüş kendi içinde de farklı fikirleri barındırmaktadır. Örneğin *Schneider*, bu teoriyi reddetmekte; ama, kurtarma vecibesi ve talep edilecek kurtarma masraflarının, rizikonun gerçekleşmesinden önceki zamana sarkmasını da kaçınılmaz görmektedir. Ona göre, zaman yönünden genişleme, BGB §242'de ifadesini bulan dürüstlük kuralından doğmaktadır¹⁷⁴.

Siebeck'e göre¹⁷⁵, zararın önlenmesine ilişkin tedbirlerin, rizikonun gerçekleşmesinden önce uygulanmaya başlaması hâlinde, sigortacının esasen, sigorta ettirenin masraflarını tazminat talep hakkı yoktur. Böyle bir genişleme bir kaç sigorta dalında mevcut olup; söz konusu istisnalar Kanun'da, zaten, tahdidî olarak düzenlenmiştir. Bu tür bir istisna, özellikle bir tehlikenin birden fazla menfaati aynı anda tehdit etmesi durumunda mümkündür. Örneğin, bir evin yanmaya başlaması, sigortalı mobilyaları da tehdit ediyorsa, henüz yanmamış mobilyaların tahliye edilmesinden doğan masraflar, mobilyaları sigortalayan sigortacı tarafından tazmin edilmelidir. Sigortacının talimatıyla kurtarma tedbirleri alınmışsa, sigortacıyla sigorta ettiren arasında bir vekâlet ilişkisi kurulur. Bu ilişkiden de sigorta ettirene, vekâlet hukukuna göre masraflarının tazminini talep hakkı doğar. Sigortacının gerçekleşmek üzere olan zararı önleme yönündeki talimatı olmadan girişilen kurtarma tedbirlerinden doğan masrafların tazmini ise, vekâletsiz iş görme hükümlerine istinaden istenebilir. Zira, o (sigorta ettiren), söz konusu tedbirlerle, başkasına ait bir işi görmekte ve bu iş görme de yalnız kendisinin değil, aynı zamanda sigortacının da menfaatine olmaktadır. Şüphesiz söz konusu ilişkiye istinad edebilmek için, yapılan harcamaların, sigorta ettirenden beklenebilecek ve yapılması istenebilecek olan masraf miktarını aşması; tedbirlerin alınmasından kaçınmanın, sigortalanan rizikoya ağır kusurla sebebiyet verme olarak nitelendirilemeyecek olması ve tedbirlerin muvaffakiyetle neticelendirilmesi gerekir. Ayrıca, sigorta ettiren, yalnızca ve ağırlıklı olarak kendi menfaatine davranmadığının bilincine sahip olmalıdır. Sigorta etti-

172. WUSSOW, W.H.: age., §5 Anm.13.

173. SIEBECK, W.: age., sh.66-67; SCHNEIDER, K.: Über den Eintritt des Versicherungsfalles im Sinne des §62 VersVG, LZ 1918, Sp.84.

174. SCHNEIDER, K.: agm., LZ 1918, Sp.86.

175. SIEBECK, W.: age., sh.68 vd.

renin başkası menfaati yanında kendi menfaatini gözetmesi, onun başkası adına vekâletsiz iş görmediği anlamına gelmez; yeter ki, kendi menfaatini gözetme iradesi ağır basmasın. Bu bilinç ise, hayat tecrübelerine göre tespit edilmeye çalışılır.

İsviçre sigorta hukukunda hâkim görüş¹⁷⁶ önceyi kapsama teorisini kabul etmemektedir¹⁷⁷. Söz konusu yazarların görüşleri Sigorta Akti Kanunu'nun açık metnine dayanmaktadır. Zira Kanun'a göre tazminatı talep yetkilisinin zararı azaltma vecibesi korkulan olayın gerçekleşmesinden sonra "*nach Eintritt des befürchteten Ereignisses*" (İsviçre VVG m.61) başlamaktadır. İsviçre hukukunda zararı azaltma vecibesininin başlangıç ânı olarak, zararın sigortalı nesne üzerinde henüz gerçekleştiği an kabul edilmektedir. Böylece, sigorta ilişkisinin ilk ihlâl edildiği anda sigorta ettirenin kurtarma vecibesi başlamaktadır. Söz konusu başlangıç zamanı sadece zararı azaltma vecibesi içindir. Zira, zararı önleme vecibesi Kanun'un 61'nci maddesinde düzenlenmemiştir.

İtalyan hukukunda, Medenî Kanun'un 1914 ve 1915'inci maddesinde düzenlenen zararı azaltma ve ortadan kaldırmak vecibesinin başlangıcına ilişkin bir hüküm sevkedilmemiştir. Bununla birlikte doktrinde, İtalyan Medenî Kanunu'nun, sigorta ettirenin zararı önlemek ve azaltmakla yükümlü olduğundan (*evitare o diminuire il danno*) bahsetmesinden hareketle, bu vecibesinin zararın gerçekleşmesiyle söz konusu olabileceği; fakat, zararı önleme vecibesinin zararın gerçekleşmesinden önce de başlayabileceği ileri sürülmektedir. Bu noktada İtalyan hukukunda da zararı önleme vecibesi ile zarara sebebiyet vermeme vecibesi arasında bir sınırlandırmanın yapılması büyük güçlüklerle sebebiyet vermeme vecibesi ile zarara sebebiyet vermeme vecibesini düzenleyen 1900'üncü madde bütün sigorta hukuku için genel hüküm niteliğini taşıırken, kurtarma vecibesini düzenleyen 1914'üncü madde zarar sigortası için özel hüküm mahiyetinde olup, 1900'üncü maddeden önce uygulanır¹⁷⁸.

Belçika hukuku doktrininde ise¹⁷⁹, sigorta ettirenin, 25 Haziran

176. ROELLI, H./JAEGER, C.: age., Bd.II, sh.320; KOENIG, W.: Privatversicherungsrecht, sh. 279-280; VIRET, B.: age., sh.142.

177. KLINGENBERG, zararı azaltma vecibesinin başlangıcı olarak korkulan olayın gerçekleşmesinden önceki ânı kabul ederek Almanya'daki hâkim görüşü benimsemiştir (bkz. KLINGENBERG, W.: age., sh.17).

178. DONATI, A.: age., Bd.II, sh.416-418.

179. FONTAINE, M./BINON, J.-M.: La loi du 25 Juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Bruxelles-Bruylant 1993, sh.80; FAGNART, J.L.: L'obligation de renseignement du vendeur-Fabricant, RCJB 1983, sh.240-241.

1992 tarihli Kara Sigortası Akti Kanunu'nun 20'nci maddesinde öngörülen kurtarma tedbirlerini alma vecibesinin, tehlikenin gerçekleşmesinin pek yakın olduğu anda başlayacağı; bu andan itibaren yapılacak kurtarma masraflarının da 52'nci madde mucibince, sigortacı tarafından karşılanması gerektiği ileri sürülmektedir.

Şimdi Türk hukuku açısından görüşlerimizi şu şekilde özetleyebiliriz: Kurtarma vecibesi Eski Türk Ticaret Kanunu'nda, gerçekleşen rizikoyu bildirme vecibesıyla birlikte düzenlenmişti. Ayrıca Kanun'un metninde yer alan "*Bundan başka...*" ibaresi de, zararı önleme ve azaltma vecibesinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra başlayacağı şeklinde bir yoruma da elverişli idi. Bir başka deyişle, 954'üncü maddede sigorta ettiren "riziko gerçekleştikten sonra, rizikoyu sigortacıya ihbar edecek, bundan başka zararı önlemek ve azaltmak için gerekli tedbirleri alacaktır" şeklinde bir hükmün öngörüldüğü kolaylıkla iddia edilebilirdi¹⁸⁰. Yeni Türk Ticaret Kanunu, Eski Ticaret Kanunu'nun 954'üncü maddesini iki ayrı madde hâlinde düzenlerken, eski metinde yer alan anlam bütünlüğünü bozmuştur. Bununla birlikte, yeni Kanun'un gerekçesinde, Kanun koyucunun iradesinin bu bütünlüğü bozmak yönünde olduğuna dair bir düşünceye de rastlanılmamaktadır. Dolayısıyla, yeni Kanun'da yer alan düzenlemenin, eski metnin (m.964) iki ayrı maddeye bölünürken sehven ortaya çıktığı ileri sürülebilirdir. Aksine bir yorum, kurtarma vecibesinin düzenleniş amacına da aykırıdır. Bundan başka, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde, sigorta ettiren tarafından alınacak tedbirlerden doğan masrafların sigortacı tarafından ödeneceği de düzenlenmiştir. Eğer, sigorta ettirenin kurtarma vecibesinin -Yargıtayın da iddia ettiği gibi- rizikonun gerçekleşmesinden çok önce başladığı kabul edilecek olursa, onun bu tedbirlere ilişkin olarak yaptığı masrafların sigortacı tarafından tazmin edileceği sonucu ortaya çıkar ki bu husus sigorta hukukunun hem amacına, hem varlık sebebine hem de teminat fonksiyonuna aykırı olur. Buna göre, böyle bir yorum örneğin sigorta ettiren mücevherlerini hırsızlığa karşı sigortalamışsa, onların bir bankada saklanmasıyla ilişkin masrafların; bürosunu yangına karşı sigortalamışsa, bütün yangın tertibatına ilişkin masrafların; evini fırtınaya karşı

Kurtarma tedbirleri vecibesi, Fransız Sigorta Akti Kanunu'nda hükme bağlanmadığından; düzenleme aktin taraflarının iradesine bırakıldığından, Fransız sistemini, karşılaştırmalı hukuk incelememizde yer almamıştır.

180. Eski Türk Ticaret Kanunu yürürlükte iken tesbit edebildiğimiz, sigorta hukuku yazarları kurtarma vecibesinin zararın gerçekleşmesinden sonra başlayacağını kabul etmişlerdir (bkz. HIRŞ, E.: age., sh.906; ATABEK, R.: age., sh.137).

sigortalamışsa, onun fırtınaya karşı dayanıklı hâle getirilmesi için yapılan masrafların, banka, kredi ve finansman müesseselerinin kendilerini hırsızlığa karşı sigortalanması hâlinde bütün güvenlik sistemine ilişkin masrafların keza koruma görevlileri ve bekçilerin maaşlarının da sigortacı tarafından karşılanacağı neticesini intaç etmektedir. Bu sonuç ise, Kanun'un hükmünü, sigortacının ödeyeceği tazminatın -dürüstlük ilkesi uyarınca- azaltılması amacıyla getirilmiş bir düzenleme olmaktan çıkarır. Bir başka deyişle böyle bir yorum sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleşmesinden sonra doğan ihtiyacını karşılamaya yönelik sigortanın fonksiyonunun (ihtiyaç teorisi), rizikonun gerçekleşmesinden önce doğan bütün ihtiyaçların giderilmesi şeklinde değişmesine de yol açar. Bu husus da, kolaylıkla takdir edilebilir ki, sigortanın varlık sebebine aykırı olur¹⁸¹.

Bununla birlikte kanaatimizce, kurtarma tedbirleri alma vecibesinin tamamen, rizikonun gerçekleşmesinden sonra doğacağı kabul edilmemelidir. Birtakım olaylar sigortalanan rizikonun gerçekleşeceğini mutlak olarak göstermesine rağmen sigorta ettiren, kurtarma tedbirleri almak hususunda hareketsiz kalmış ise, onun zararı önleme vecibesini ihlâl ettiği kabul edilmelidir¹⁸². Görüşümüzü daha açık bir ifadeyle belirtecek olursak, kurtarma tedbirleri alma vecibesinin doğması için mutlaka sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi beklenmemeli; kurtarma tedbirleri alınmaksızın sigortalanan rizikonun kaçınılmaz bir şekilde gerçekleşmeye başlayacağı veya kısa bir süre içinde meydana geleceğinin kuvvetle muhtemel olduğu anda bu vecibeler ifa edilmeye başlanmalıdır. Bununla beraber, söz konusu vecibenin başlayacağı zaman, sigortalanan rizikonun gerçekleşeceğine ilişkin doğrudan doğruya bir tehdidin mevcut olduğu andan daha önceki bir zaman noktasına getirilmemelidir¹⁸³; kurtarma tedbirlerinin başlaması için, rizikonun gerçekleşeceği âna zamansal bir yakınlık da mevcut olmalıdır. Örneğin, sigorta ettirene ait yangına karşı sigortalı evin bir odasında yangın çıkmışsa ve kendisi için bir yaşam tehlikesi yoksa, sigorta ettiren, kurtarma tedbirlerini almakla yükümlüdür. Bunun gibi, komşu bir

181. Arseven'in bu görüş doğrultusunda ileri sürdüğü, koruma tedbirlerine yeni Kanun'un, rizikonun gerçekleşmesinden hemen sonra yer verdiği doğrultusundaki şekli gerekçesine (bkz. ARSEVEN, H.: age., sh.145) katılmıyoruz. Çünkü, Kanun'un metninde "II- Koruma Tedbirleri" denmesiyle kurtarma vecibesinin "I- İhbar Mükellefiyeti" dolayısıyla "3-Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde" ihbar mükellefiyetiyle, (küllfeti) bağı tamamen kesilmiştir.

182. HOFMANN, E.: age., sh.188.

183. BRUCK, E.: age., sh.663.

evde yangın çıkmış ve kurtarma tedbirleri alınmadığında yangının sigortalı eve sirayet etmesi kuvvetle muhtemelse sigorta ettiren yine, zararı önleme vecibesini yerine getirmekle yükümlüdür.

Bu görüş kabul edilecek olursa Türk Ticaret Kanunu'nun 1278'inci maddesinde düzenlenen sigortalanan olaya sebebiyet vermeme vecibesi ile 1293'üncü maddede düzenlenen kurtarma tedbirlerini alma vecibesi arasında bir sınırlandırma yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Zira, her iki hâlde de sigortacı tazminata ilişkin edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Sorun kusurlu ihlâl hâlinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 1278'inci maddesine göre kusur hâlinde sigortacı tam tazminle yükümlü iken 1293'üncü maddede onun ödeyeceği tazminatta bir indirimle gidilmektedir.

Doktrinde *Bruck*, sigortalanan rizikoya sadece aktif davranışların sebebiyet verebileceğini; oysa, kurtarma vecibesinin ancak pasif bir davranışla ihlâl edilebileceğini ileri sürmektedir. Doktrinde bu görüş, zarara sebebiyet vermeme vecibesinin pasif davranışla da olabileceği şeklinde eleştirilmektedir¹⁸⁴.

Kanaatimizce böyle bir mesele ile karşılaşıldığında, somut olay objektif vakıalara göre değerlendirilmelidir. Objektif vakıalara göre değerlendirilme ise şu şekilde yapılabilir: Tehlikenin meydana gelmesine ilişkin şartları gerçekleştiren sigorta ettiren sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet vermiştir (TTK m.1278). Aynı şekilde sigorta ettiren, sigortalı menfaatin himayesi için uygun araçlara sahip olmasına rağmen sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine müsaade etmişse, kendisinden bu araçları kullanabileceğinin beklenilebileceği hâllerde, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine kaçınma suretiyle sebebiyet vermiş olur¹⁸⁵. Buna karşılık, sigorta ettirenin aktif faaliyette bulunmak hususunda bir yükümlülüğü yoksa, onun kaçınma suretiyle sebebiyet verdiği zararları, kurtarma vecibesinin ihlâli olarak düşünülmemelidir¹⁸⁶.

Demek ki, sigorta ettirenin aldığı tedbirin, kurtarma tedbiri ola-

184. EHRENZWEIG, A.: age., sh.265; PINCKERNELLE, A.: age., sh.35; RITTER, C./ABRAHAM, H.J.: age., Bd. I, sh.554; SCHMIDT, R.: age., sh.214; ROELLI, H./JAEGER, C.: age., sh.320 vd.; BGH VersR 1976, sh.649; BGH VersR 1973, sh.169; Stuttgart VersR 1989, sh.1083; Köln VersR 1965, sh.1066.

185. BGH VersR 1986, sh.962; BGH VersR 1989, sh.583; Hamm VersR 1988, sh.394; Hamm VersR 1989, sh.1083; Stuttgart VersR 1991, sh.1049; BGH VersR 1984, sh.25.

186. WILKENS, E.: age., sh.62; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.II, §62 Anm. 9.

arak kabul edilebilmesi ve sigortacının ilgili masrafları tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için (m.1293), söz konusu kadbirlerin, rizikonun gerçekleşeceği âna zamansal bir yakınlığın bulunduğu ve zararın, kurtarma tedbirlerinin icra edilmemesi hâlinde gerçekleşeceğine ilişkin kuvvetli bir ihtimalin hasıl olduğu anda alınmayı başlanması şarttır. Buna karşılık, hasarın gerçekleşeceğine ilişkin sırf bir ihtimalin, gizli bir tehlikenin bulunduğu anda alınan tedbirler; sigorta ettirenin, Türk Ticaret Kanunu'nun 1278'nci maddesi mucibince, zararı gerçekleştirmeme yükümüne ilişkin tedbirlerdir. Örneğin, motorlu taşıt sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin, otobanda yanan taşıtını, gerçekleşmesi muhtemel bir kazayı önlemek için yapmış olduğu söndürme çalışmaları, kurtarma tedbiri olarak nitelendirilemez¹⁸⁷. Çünkü, söz konusu olayda, yanan bir arabanın, seyir halindeki taşıtların sürücülere tarafından farkedilmemesi ve bu suretle, kazanın hemen gerçekleşmek üzere olması kuvvetle muhtemel değildir.

II. ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNİN SONA ERMESİ

Zararı önleme ve azaltma vecibesi zarar (örneğin sigortalı hayvanın ölümü¹⁸⁸) veya takip eden sigortalı zararlar önlenileceği veya azaltılabileceği süre boyunca devam eder¹⁸⁹. Zararın azaltılması ihtimali mevcut olduğu sürece, kurtarma tedbirleri alma vecibesi de devam eder¹⁹⁰. Kurtarma vecibesi, zararın azaltılmasının artık mümkün olmadığı veya tedbir, amacına ulaştığı anda¹⁹¹ veya zararın sigortacı tarafından tesviye edilip ödendiği anda sona

187. LG Köln VersR 1965, sh.703. Bir kurtarma tedbirinden bahsedebilmek için, zararın gerçekleşmemesi olanağını sağlayacak olan yegane hareketin, kurtarma davranışından ibaret olması da zorunludur (bkz. BGHZ 80, sh.7). Örneğin, bir evin anahtarlarının çalınması hâlinde, evin kilitlerinin değiştirilmesi, kurtarma tedbiri olarak kabul edilemez. Çünkü, hırsızın anahtarı kullanıp kullanmayacağı ve bu suretle zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, şüphesiz hırsızın kararına bağlıdır. Hırsızın çalırdığının farkına varılmış olabileceğini; dolayısıyla, anahtarı kullanmak suretiyle hırsızlık yapma rizikosunun büyüdüğünü öngörerek, anahtar yardımıyla çalma eyleminden vazgeçmesi muhtemeldir. Netice olarak, evin malikinin, evinin kilit sistemlerini değiştirmesi, kurtarma tedbiri olarak değil; Kanun'un 1278'nci maddesi anlamında, zararı gerçekleştirmeme yükümüne ilişkin bir tedbir olarak nitelendirilmelidir (STANGE, V.: age., sh.55).

188. Düsseldorf VersR 1962, sh.59.

189. PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §62 Anm.1B.

190. SIEBECK, W.: age., sh.73; WILKENS, E.: age., sh.71; SCHAUER, M.: age., sh.321; PRÖLSS J./MARTIN, A.: age., §62 Anm. 1B; SCHERRER, R.: age., sh.142.

191. KLINGENBERG, W.: age., sh.14; SIEBECK, W.: age., sh.73; WILKENS, E.: age., sh.11, STANGE, V.: age., sh.55.

erer¹⁹². Zararı önleme ve azaltma vecibesi, ilgili sigorta aktinin sona ermesiyle de ortadan kalkar. Bununla birlikte, bazen, sigorta aktinin sona ermesine rağmen, söz konusu külfetin yerine getirilmesi zorunlu olabilir. Bu durum özellikle, rizikonun, sigorta aktinin sona ermesinden hemen önce gerçekleşmesi hâlinde söz konusu olabilir. Bu hâlde, sigorta ettiren, aktin sona ermesinden önce, kurtarma tedbirlerini almaya başlamışsa, sigorta aktinden sonra da bu faaliyetine devam etmelidir. Sigorta ettirenin kurtarma vecibesi, sigortacının edim yükümlülüğünü yani sigorta himayesini bahşetmeyi kesin olarak reddetmesi hâlinde de sona erer¹⁹³. Söz konusu durumda, kurtarma faaliyetleri, sadece sigorta ettirenin lehinedir. Örneğin, sigorta ettiren, kalabalık bir caddede, aldığı aşırı alkolün tesiriyle hızlı bir şekilde araba kullanırken, âniden önüne çıkan yayaya çarpmamak için direksiyonu sağa kırmış ve yolun kenarındaki duvara çarpmıştır. Sigorta ettirenin arabası, kaza sonucunda ağır hasar görmüştür. Bu hadisede, sigorta ettirenin yayaya çarpmamak için direksiyonu kırması, artık Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesi anlamında, zararı önleme ve azaltma külfetinin ifası olarak nitelendirilemez. Çünkü, sigorta ettiren aldığı aşırı alkolün tesiriyle sigortalanan rizikoya sebebiyet vermiştir. Sigortalı aracı kullananın alkollü içki ve uyuşturucu maddelerinin tesiri altında bulunmasından ileri gelen hasarlar da ("Motorlu Kara Taşıt Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları"nın 4/b maddesi uyarınca teminat dışında bulunmakta olup, sigortacının tazminat yükümünden kurtulması sonucunu doğurur. Bu durumda artık, sigorta ettirenin, sigortacının masraf tazmin yükümlülüğünü doğuran zararı önleme ve azaltma külfetinden de bahsedilemez.

§6- ZARARI ÖNLEME VE AZALTMA VECİBESİNİN İFASI VE İHLÂLİNE BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

I. İFASINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇ

Sigortacı, kurtarma tedbirlerinin ifası dolayısıyla, sigorta ettiren nezdinde doğan masrafları tazminle yükümlüdür. Alınan tedbirlerin sonuçsuz kalması, sigortacının bu vecibesine müessir değildir.

192. ROELLI, H./JAEGER, C.: age., sh.326; STANGE, V.: age., sh.55, SIEBECK, W.: age., sh.73.

193. Bkz. BGH VersR 1970, sh.137 ve 337, VersR 1989, sh.842. Sigortacı, zararı tazmin yükümlüğünden kati olarak imtina etmişse, daha sonra sigorta ettirenin bu külfetleri ifa etmediğine; dolayısıyla edim yükümlülüğünden kurtulduğuna istinat edemez (bkz. STANGE, V.: age., sh.56).

Sigorta ettiren, menfaat değeri altında bir sigorta yaptırmışsa, sigortacı, söz konusu masrafları, sigorta bedelinin, sigortalı menfaat değerinin tamamına olan nispetine göre tediye edecektir (TTK m. 1293). Sigorta ettirenin, kurtarma masraflarını talep etme hakkı iki yıllık mürürüzamana tâbidir (TTK m.1268).

II. İHLÂLINE BAĞLANAN HUKUKÎ SONUÇ

Türk hukukunda kurtarma vecibesi sigorta hukukuna ilişkin bir külfettir. Kendisinin ihlâline bu doğrultuda bağlanan sonuçlar, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, kurtarma vecibesinin kasıtlı ihlâli hâlinde, sigortacı tazminat yükümlülüğünden kurtulacak, kusurlu ihlâli hâlinde ise, ödenecek tazminat miktarında bir indirim yapılacaktır. 1926 tarihli Eski Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta ettiren, ağır kusurundan dolayı da tazminat talebini kaybediyordu; fakat, bu hüküm yeni Türk Ticaret Kanunu ile kaldırılmıştır. Kanaatimizce, kanun koyucu, burada, rizikonun gerçekleşmesiyle sigortacının tehlike taşıma yükümü kuvveden fiile çıktığından, sigorta ettirenin tazminat talebini ancak ağırlaştırılmış şartlarla kaybetmesinin daha doğru olacağı düşüncesinden hareket etmiştir¹⁹⁴. Bundan başka, böyle bir düzenlemenin yapılmasında, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde hemen hemen her sigorta ettirenin içine düşeceği heyecan durumunun normal karşılanması fikri de âmil olmuştur.

Kanunda ifade edilen kusur ve kast kavramlarının muhtevası, medenî hukukta sahip oldukları muhtevadan farklı değildir¹⁹⁵. Sigorta ettirenin kastından söz edebilmek için, onun, zararı önlemeye ve azaltmaya ilişkin bir davranış normunun varlığının bilinciyle külfeti ihlâl iradesine sahip olması gerekir¹⁹⁶. Sigorta ettirenin, meydana gelen zarar verici sonucu doğrudan doğruya istememekle birlikte böyle bir sonucun gerçekleşme ihtimalini kabul etmekte, göze almakta olması durumunda da onun kastından¹⁹⁷ bahsedilir¹⁹⁸.

194. Benzer bir düşünce için bkz. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.I §6 Anm.25.

195. PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §6 Anm.12; DIENER, P.: age., sh.103; WILKENS, E.: age., sh.83; BGH VersR 1966, sh.1150.

196. BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd.I, §6 Anm.28; SIEBECK, W.: age., sh.85; WILKENS, E.: age., sh.84; STANGE, V.: age., sh.126-127; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §6 Anm. 12; BGH VersR 1958, sh.389; BGH 1955, sh.340-341.

197. WILKENS, E.: age., sh.84; SIEBECK, W.: age., sh.85; OLG Stuttgart VersR 1958, sh.22; OLG Düsseldorf VersR 1959, sh.896.

198. Avusturya hukukunda son yıllarda kabul edilen bir görüşe göre, kurtarma vecibesinin ihlâli hâlinde, Sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulabilmesi için borçlar

Sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığını tespitite, onun kurtarma tedbirleri alma vecibesinin bulunduğu hususunda mutlaka bilgi sahibi olması gerekmez; onu öngörmesi yeter. Sigorta ettirenin zararın gelişimi, seyri hakkında tafsîlâtlı bir araştırmadan vazgeçmesi ve böylece kurtarma tedbirlerini alması gerektiğini anlayamaması hâlinde onun kusurlu davrandığı kabul edilmelidir¹⁹⁹. Somut olayda kusuru kaldıran durumlar da var olabilir. Örneğin, sigorta şartnamesinde yer alan hükümler sigorta ettirenin kurtarma vecibesini yanlış anlamasına sebebiyet verecek şekilde yanlış basılmışsa²⁰⁰.

Burada, sigorta ettirenin kurtarma tedbirlerinin ifası esnasında, yardımcı kişinin kusurunun kendisine isnad edilip edilemeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Alman hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre²⁰¹, Alman Medenî Kanunu'nun yardımcı şahsın fiilinden doğan sorumluluğu düzenleyen 278'inci paragrafı, kurtarma yükümlünün ifasında kullanılan yardımcı şahsın davranışları için uygulanamayacaktır. Zira, külfetler, gerçek bir yükümlülük değil; yalnızca bir davranış normudur; yani, sigorta aktinden doğan talebin elde edilmesinin şartıdır. Türk hukukunda ileri sürülen diğer bir fikre nazaran, yardımcı kişinin, külfetin konusunu oluşturan olumlu bir davranıştan kaçınması ya da kaçınılmaması gereken bir davranışta bulunması hâlinde Borçlar Kanunu'nun 100'üncü maddesi kıyasen uygulanmalıdır²⁰². Zira, külfetlerin ifasında kullanılan yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluk, borçlar hukuku anlamında bir yükümlülüğün ifasında yararlanılan yardımcı şahsın fiilinden doğan sorumluluktan daha hafiftir; çünkü, burada kişi, başkasının zararını taşımamakta; karşı taraftan talep edebileceği bir hakkı elde edemekte veya kaybetmektedir²⁰³. Bu görüşe göre, kanunun, külfetin

hukukundaki isnadiyet prensibinden farklı olarak sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması için âdi kasit yeterli olmamalı; sigorta ettirenin, sigortacıya zarar verme kastı da bulunmalıdır. Buna göre, Avusturya Sigorta Akti Kanunu'nun kurtarma vecibesini düzenleyen 62'nci paragrafı anlamında kasit, zarara sebep olmaya yönelmiş bir hareket kastı ve sigortacıya zarar verme kastıdır. Dolayısıyla, sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması için bu iki kasit birlikte aranmalıdır. Bkz. JABORNEGG, P.: age., sh.43 vd.; SCHERRER, R.: age., sh.70-71; BAUERREIS, W.: Die Rechtsprechung der Vertragsversicherung in Österreich seit 1945, VersRdsch 1972, sh.195-196.

199. WILKENS, E.: age., sh.84.

200. WILKENS, E.: age., sh.84; PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §6 Anm.13.

201. JOSEF, E.: Zur Anwendbarkeit des §278 auf die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik 1909, Bd. 55, sh. 260 vd. Bu görüşteki yargı kararları için bkz. PRÖLSS, J./MARTIN, A.: age., §6 Anm.7.

202. Bkz. ŞENOCAK, Z.: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, sh.295-296.

203. ŞENOCAK, Z.: age., sh.296.

yerine getirilmemesinin sonuçlarının ortaya çıkması için, bu külfeti yerine getirmek zorunda olan alacaklının kusurunun şart koştuğu durumlarda da, Borçlar Kanunu'nun 100'üncü maddesi uygulanmalıdır²⁰⁴. Kanaatimizce, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesi açısından bu son görüş kabul edilmeli ve dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun 100'üncü maddesi, kurtarma tedbirlerinin yardımcı kişiler tarafından ifa edilmesi hâline kıyasen uygulanmalıdır. Tabii ki, bu hükmün uygulanması için yardımcı şahıslara faaliyet sahaları itibarıyla, şeyin bakımı ve muhafazası bırakılmış; sigorta ettiren yerine hareket edebilme imkanının bahşedilmiş olması gerekir. Kanaatimizce, bu fikre karşı olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinin sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyeceğini öngören 1264'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası ileri sürülemez. Zira, sigorta ettirenin külfetlerin yerine getirilmesinde kullandığı yardımcı kişilerden sorumlu olmaması, getirmekle yükümlü olduğu vecibelerinden, sigortalı şeyin muhafazasını, bakımını, üçüncü kişiye devretmek suretiyle kurtulması sonucunu doğurur. Bir başka deyişle, sigorta ettiren tarafından gerçekleştirildiğinde sigortacı lehine öngörülmüş olan sonuçları harekete geçirecek olan davranış, sigorta ettirenin muvafakıyla ve ona ait bir işi yerine getiren yardımcı kişi tarafından gerçekleştirildiği takdirde sigortacı aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Bu durum ise, hakkaniyet düşüncesine ve kanun koyucunun zararı önleme ve azaltma külfetini öngörmesine âmil olan iradesine aykırı olur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde, kurtarma vecibesinin ihlâlinin ispatı yönünde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle, Medenî Kanunu'nun 6'ncı maddesinde genel kuralın uygulanması gerekecektir; dolayısıyla, sigortacı, kurtarma vecibesinin ihlâline ilişkin objektif şartları ispat etmek zorundadır. Buna karşılık, sigorta ettiren, zararı azaltma ve önleme vecibesini kusurlu ya da kasıtlı olarak ihlâl etmediğini ispat edecektir. Aksi takdirde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen müeyyidelere maruz kalacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesine göre, sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması veya ödenecek tazminat miktarında bir indirim yapılması için, kurtarma vecibesinin kasıtlı veya kusurlu ihlâli ile sigortacı için doğan zararlı sonuçlar arasında bir illiyet bağının varlığı şart değildir. Demek ki, sigortacının edim

204. ŞENOCAK, Z.: a.g.e., sh.296.

yükümlülüğünden kurtulabilmesi için, sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma vecibesini ihlâl etmesi yeterli olup, kasıtlı davranışın zararın genişlemesine sebebiyet vermesi herhangi bir önem arz etmemektedir. Böyle bir düzenlemenin cezalandırma karakteri bariz bir şekilde gözükmemektedir²⁰⁵. Buna göre, evinin %90'ı yanmış olan sigorta ettiren, artık yapacağı müdahale ekonomik açıdan önemsiz olsa, yangını söndürmeye yönelik hiç bir müdahale yapmıyorsa, sigorta talebi üzerindeki hakkını kaybedecektir²⁰⁶. Kanun koyucu, bu hukukî sonucu, kurtarma tedbirlerinin ifasında kamu menfaatlerinin ağır bastığı düşüncesiyle öngörmüştür²⁰⁷.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde düzenlenen zararı önleme ve azaltma vecibesi hukukî niteliği itibariyle Borçlar Hukuku anlamında yükümlülük değil, külfettir.

Sigorta ettiren, riziko gerçekleşmeye başladığı takdirde, tehlike topluluğunu organize eden sigortacının daha büyük bir tazminat ödeme yükümlülüğüne maruz kalmasına neden olamaz; aksine o, zarar gerçekleşmeye başladığı andan itibaren kurtarmaya yönelik tedbirleri ittihaz ile yükümlüdür. Bununla birlikte, sigorta ettiren, birtakım olaylar, sigortalanan rizikonun gerçekleşeceğini mutlak olarak gösterdiği anda, bu külfetini yerine getirmeye başlamalıdır; bunun için makul harcamalarda bulunmalı, riziko tamamen gerçekleştikten sonra sigortacının zararı ika edenlere karşı rücuunu mümkünleştirmelidir.

Sigorta ettiren, bu külfetini, kasten ihlâl ederse, sigortacı tazminat borcundan tamamen kurtulur; kusurlu ihlâl etmesi hâlinde ise kusuru oranında ödenecek tazminat miktarında bir indirimine gidilir.

ZUSAMMENFASSUNG

Gemäs Art 1293 Türkisches Handelsgesetzbuch ist der Versi-

205. KISCH, W.: age., WuR 1928, sh.58; SIEBECK, W.: age., sh.88; WILKENS, E.: age., sh.86.

206. WILKENS, E.: age., sh.86.

207. Alman hukukunda Sigorta Akti Kanunu'nun 62'nci paragrafında yer alan benzer düzenlemeye ilişkin kanun gerekçesinde de aynı düşünce yer almaktadır. Bkz. Amtliche Begründung zur Novelle vom 19.XII.1939, sh.13.

cherungsnehmer verpflichtet, alle zur Abwendung, Verminderung und Erleichterung des Schadens benötigten Massnahmen zu treffen.

Die Pflicht, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, setzt erst bei Eintritt des Versicherungsfalles ein. Erst mit diesem Zeitpunkt erlegt Art 1293 THG dem Versicherungsnehmer die Obliegenheit auf, nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen. Aber im Bereich der Sachversicherung ist dieser Zeitpunkt nach allgemeiner Meinung früher anzusetzen: Hier muß der Versicherungsnehmer bereits tätig werden, wenn der Versicherungsfall unmittelbar bevorsteht. Das "unmittelbares Bevorstehen" umfaßt zum einen eine zeitliche Nähe zum Eintritt des Versicherungsfalles und zum anderen einen sehr hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß der Versicherungsschaden eintreten wird, wenn nicht gehandelt wird. Wenn es im Nachbarhaus brennt muß der Versicherungsnehmer also versuchen, bereits ein Übergreifen zu verhindern, er darf selbstverständlich nicht warten, bis er sein eigenes Haus zu löschen hat.

Was muß der Versicherungsnehmer tun? Von ihm wird verlangt, die in der jeweiligen Situation möglichen und zumutbaren Rettungsmaßnahmen (Die zur Abwendung, Verminderung des Schadensbenötigten Massnahmen) unverzüglich und sogfällig zu ergreifen: Der Versicherungsnehmer hat sich so zu verhalten, wie wenn er nicht versichert wäre.

Verstößt der Versicherungsnehmer vorsätzlich gegen diese Obliegenheit, ist der Versicherer gemäß Art 1293 THG leistungsfrei. Art 193 THG sieht vor, daß die Kosten dieser Massnahmen vom Versicherer erzetzt werden, selbst wenn die Massnahmen erfolglos geblieben sind. Als Ausgleich erhält der Versicherungsnehmer also vom Versicherer diejenigen Aufwendungen erstattet, die er den Umständen nach für geboten halten durfte, und zwar auch dann, wenn diese erfolglos waren.