

ZARAR SİGORTALARINDA SİGORTA ETTİRENİN TEHLİKE İLE İLGİLİ GÖREVLERİ

Doç. Dr. İnci KANER(*)

I. TEHLİKE (GEFAHR) VE RİZİKO (VERSICHERUNGSFALL) KAVRAMLARI

Tehlikeli ve riziko (olay), sigortacının ediminin muhtevasını tayin etmesi bakımından sigorta hukukunun temel kavramlarıdır.

Sigorta akdi, kanunda şu şekilde tarif edilmiştir : "Sigorta bir akittir ki, bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi hâlinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli birtakım hâdiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda⁽²⁾ bulunmayı üzerine alır" (TK.1263)⁽³⁾.

Yukarıdaki tariftten anlaşılacağı üzere, sigortacının tazminat ödemekle mükellef tutulabilmesi için bir olayın (rizikonun) gerçekleşmiş olması şarttır⁽⁴⁾.

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Deniz Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Bu konuda bkz. EICHLER, Versicherungsrecht, Karlsruhe, 1966, s. 24.

(2) Karş. Alm. Sig. Ak.1.

(3) Zarar sigortasında, sigorta akdi ile, sigortacı, bir rizikonun muayyen bir kimsenin (sözleşmeyle muayyen) mâmelekinde meydana getireceği eksilmeyi karşılamak üzere (sözleşmede miktarı tayin edilmiş olan) bir tazminat vermeyi taahhüt eder. Kanundaki, "para ile ölçülebilir menfatten maksat "mâmelek", "halele uğratan" ibaresindeki maksat da "eksilme meydana getiren"dir (Bkz. Alm.Sig.Ak.1/1).

(4) Bir fikre göre (MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern, 1986, s. 195 - 196, 359-360 BRUCK-MÖLLER, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin, 1961, § 1, Anm.45'te işaret edilen yazarlar), sigortacının edimi, rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlı bir borcun (tazminat verilmesi vs.) ifasıdır (Geldleistungstheorie) (MAURER, 195). Diğer bir fikre göre ise, sigortacının edimi tehlike taşıma edimidir (Gefahrtragungstheorie) (BRUCK-MÖLLER, § 1, Anm.40-41 ve orada Anm.44'te işaret edilen yazarlar, EICHLER, Versicherungsrecht, Karlsruhe, 1966, s.29, Kender, Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku, İstanbul, 1990, s. 122). Tehlike taşıma ediminin mahiyeti "iş görme" edimi olarak kabul edilmektedir (EICHLER, 30, KENDER, aynı yer). Tehlike taşıma teorisine göre (EICHLER, 30, BRUCK-MÖLLER, § 1, Anm.43, Bkz. MAURER, 196), prim borcunun karşı edimini tehlike taşıma "iş görme" edimi teşkil eder. Bunun sonucunun tehlike taşıma ediminin iadesi mümkün bir edim olmaması sebebiyle, sigorta akdinin "dönme" (rücktritt) ile ortadan kalması hâlinde, sigortacının prime hak kazanmasında (Bkz. Alm. Sig. Ak. 40/1) kendini gösterdiği söyleniyor (Bkz. EICHLER, 29-30, BRUCK-MÖLLER, § 1, Anm. 43).

Bu olay, sigorta akdi yapıldığı sırada, muhtemel bir olaydır⁽⁵⁾. Söz konusu olayın gerçekleşme ihtimaline tehlike denir⁽⁶⁾. Her ikisi ayrı kavramlar olduğundan, olayın gerçekleşme ihtimalini "tehlike", olayın kendisini de "riziko" kelimesiyle ifade etmek istiyoruz. Nitekim, gerek İsviçre gerekse Alman hukuklarında tehlike için "Gefahr" (veya riziko), "olay" için de, 'Versicherungsfall' terimleri kullanılmaktadır⁽⁷⁾.

Tehlikenin objektif olarak mevcut bulunması şart değildir. Tehlike subjektif bir tehlike de olabilir. Subjektif tehlikeden maksat, tarafların rizikonun gerçekleşme ihtimalinin bulunmadığını bilmeleridir. Sigorta akdinin kurulması için subjektif tehlike yeterlidir (TK. 1279).

Tehlike sigortacının ediminin muhtevasını tayin ettiğinden sigorta akdinin esaslı unsurudur ve bu bakımdan, sözleşmede rizikonun yanı sıra tehlike de tayin edilir⁽⁸⁾

(.) Tehlike taşıma teorisine göre, sigortacının, riziko gerçekleşmediği halde prime hak kazanması da karşı edimin tehlike taşıma (iş görme) edimi olmasıyla açıklanır (Bkz. EICHLER, 30).

Eichler ise, yerinde olarak, bir ayırım yapıyor ve 'tehlike taşıma'nın kendi başına, borçlar hukuku anlamında bir edim olmadığını (s.29), tehlike taşıma kavramının sadece, hukukî bir bağlılık durumunu ifade ettiğini, buna karşılık, tehlike taşıyan sigortacının, rezervlerin hesaplanması vs. gibi birtakım davranışlarının borçlar hukuku anlamında 'işgörme' edimi olduğunu söylüyor. Nitekim, tehlike yüklenme kavramı hakkında bkz. TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, C.2, Ankara, 1982, s. 487 ve ayrıca bkz. s.635-639.

Tehlike taşıma teorisini benimseyen yazarlara göre ise, sigorta süresi içinde riziko gerçekleşmediği halde sigortacının prime hak kazanması, sigortacının ediminin şarta bağlı edim oluşuyla açıklanır (Bkz. EICHLER, 24'de işaret edilen fikir ve MAURER, 196) ve edimin şarta bağlı olması akdin sinallagmatik özelliğini ortadan kaldırmaz (MAURER, 196). Ayrıca, şarta bağlı borç kavramı hakkında bkz. FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku, c.II, İstanbul, 1977, s.356 vd., Bkz. BK.150/II.

Anlaşılacağı üzere, her iki görüş arasındaki fark prim borcunun karşı ediminin ne olduğu noktasında toplanıyor (çünkü, tehlike taşıma teorisi taraftarları tabiatıyla, rizikonun gerçekleşmesine bağlı bir tazmin borcunun mevcudiyetini de kabul ediyorlar) ve bu farkın rücu hallerinde prim borcunun akıbetinde kendini gösterdiği kabul ediliyor (Bkz. EICHLER, 30 ve BRUCK-MÖLLER, § 1, Anm. 43). Fikrimizce, sigorta akdinde karşı edimin hangisi olduğu, yani, sigorta ettirenin, sigortacı, riziko gerçekleştiği takdirde tazminat ödemeyi (vs) taahhüt etsin, diğer bir ifadeyle tehlikeyi üzerine alsın diye mi, yoksa, iş görmeyi taahhüt etsin diye mi prim borcu altına girdi (sinallagmatik akit); daha doğrusu, değiş-tokuş münasebetinin hangi edim için (veya her ikisi) söz konusu olduğu meselesi bizzat sözleşme kavramı esaslarından hareket edilmek suretiyle çözümlenmelidir ve nihahî olarak, sinallagmatik akit özelliğinin hangi edimde bulunduğu tayini, bu konuda takip edilecek hukuk politikasına bağlıdır.

Türk Ticaret Kanunu ise kara sigortalarında -rücuda primin sigortacıda kalması sadece, iş görme edimiyle açıklanabildiği müddetçe (Bu konuda bkz. ÖZTAN, Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara, 1966, s.132-134)- 1298 ve 1290. maddeler metni nazara alındığında prim borcunun karşı ediminin rizikonun gerçekleşmesine bağlı edim olduğu nazariyesini (Geldleistungstheorie) benimsemiş görüyor (Nitekim, 1290. maddenin tenkidi hakkında bkz. KENDER, 198-199). Ayrıca, bu maddenin prim borcu bakımından nasıl anlaşılacağı hakkında bkz. ÖZTAN, 124-136

(5) Bkz KENDER, 236.

(6) TANDOĞAN, 486.

(7) Meselâ bkz. BRUCK-MÖLLER, a.g.e.

(8) MAURER, 228.

Riziko (Versicherungsfall) ise, yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, gerçekleşme ihtimalinden dolayı tehlikeyi meydana getiren olaydır. Buna riziko olayı da diyebiliriz⁽⁹⁾.

Kanunda ise, her iki kavram aynı kelimeyle (riziko kelimesiyle) ifade edilmiştir⁽¹⁰⁾. Doktrinde de tehlike ve riziko olayı ayırım yapılmamaktadır⁽¹¹⁾.

Tehlike, mahiyeti itibariyle az çok devamlı bir durumdur. Riziko ise, âni bir olaydır. Gerçi bu olay bazan devam eden (süre gelen) bir hâdise de olabilir. buna yaygın (gedehntefall) riziko denir⁽¹²⁾.

Riziko, sigortacının edimini tayin etmesi sebebiyle, tehlikede olduğu gibi, sigorta akdinde hemen daima etraflı bir şekilde tarif edilmektedir⁽¹³⁾. Bununla birlikte, rizikonun sözleşmede yeterince tarif edilmemiş olduğu haller de söz konusu olabilir.

Sigorta hukukundaki bütün hükümlere uygun düşecek genel bir tarif bulunmadığından⁽¹⁴⁾, riziko münferit normun amacına ve anlamına göre tayin edilmelidir⁽¹⁵⁾.

Bununla birlikte, rizikonun özellikleri göz önünde tutulmak suretiyle mümkün olduğu kadar genel bir tanıma ulaşılması mümkündür.

Riziko, gerçekleşmesi muhtemel bir olaydır⁽¹⁶⁾. Rizikonun gerçekleşmesi iki bakımdan muhtemel olabilir: Gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmaması veya ne zaman gerçekleşeceğini belli olmaması⁽¹⁷⁾.

Rizikonun zarar doğuran bir olay olması şart değildir⁽¹⁸⁾. Rizikonun zarar meydana getirmiş olması, zarar sigortalarında sigortacının mesuliyetinin bir şartıdır⁽¹⁹⁾.

Riziko , öyle bir olaydır ki, bu olayın gerçekleşme ihtimali yani tehlike durumu sebebiyle sigortacı ettiren arasında daha önce kurulmuş bir borç ilişkisi bulunmalıdır⁽²⁰⁾. Buna kısaca, rizikonun nisbiliği de diyebiliriz. Bu

(9) Riziko kelimesi tehlike karşılığında kullanılacak olursa.

(10) TK. 1263 ve karşı. TK. 1373 ile 1292.

(11) Bkz. KENDER, a.g.e.

(12) Bkz. BRUCK-MÖLLER, § 1, Anm.49.

(13) Bkz. KENDER, 237, 238.

(14) Bkz. BRUCK-MÖLLER, § 1, Anm.49.

(15) BRUCK-MÖLLER, aynı yer. Ayrıca bkz. MAURER, 308.

(16) Rizikonun özellikleri hakkında bkz. KENDER, 235-237.

(17) Bkz. KENDER, 236.

(18) EICHLER, 33.

(19) EICHLER, 34 ve not 140.

(20) Bkz. MAURER, 308.

sebeple, tehlike münasebetiyle taraflar arasında bir borç ilişkisi mevcut değilse, meydana gelecek olaylar, sigorta akdindeki rizikonun tanımına uysa da, riziko teşkil etmez. Şu halde, sigorta mukavelesinin yapılması sırasında meydana gelmiş olaylar 'riziko' değildir⁽²¹⁾.

Sigorta akdinde yeterince tarif edilmemiş ise, riziko, bu olayın bilimsel tanımına göre tesbit edilmelidir⁽²²⁾. Meselâ, yer kayması jeoloji veya ilgili bilim dalında tarife göre, hırsızlık ceza hukuku esaslarına göre tayin edilmelidir. Bilimsel terminolojide farklı iki olay aynı kelimeyle ifade ediliyorsa ve sigorta akdinde bu terminoloji kullanılmış fakat olaylar arasında bir ayırım yapılmamış ise her iki olay da ayrı ayrı riziko teşkil eder⁽²³⁾.

Rizikoyu teşkil eden olay, kozalite ya da uygun illiyet bağı içinde bulunan birden fazla münferit olaydan meydana geliyorsa her bir olay ya da fiil acaba riziko olarak kabul edilebilir mi?

Bruck-Möller⁽²⁴⁾ haklı olarak, bunun, her bir münferit normun amacı ve anlamına göre cevaplandırılacağı fikrindedir. Meselâ, sigorta ettirenin zararı azaltma ve önleme görevinde (TK.1293) riziko olayını teşkil eden halkalardan birinin gerçekleşmiş olması hâlinde rizikonun meydana gelmiş olduğu kabul edilmelidir⁽²⁵⁾. Rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevinde ise, kanun koyucu, mesuliyet sigortasında rizikonun ne zaman gerçekleşmiş olacağını kendisi tesbit etmiştir (Bkz. TK.1292).

Maurer ise⁽²⁶⁾ bu gibi olayların sigorta akdinden önce vuku bulmuş olması hâlinde -zarar verici olayın sigorta süresi içinde meydana gelmiş olması kaydıyla- sigorta himayesine dahil olup olmadığı meselesini ele almakta ve bu konuda Alman hukukunda iki görüş olduğunu bildirmektedir⁽²⁷⁾. Bu fikirlerden birincisine göre, zarar verici olayla kozalite ya da uygun illiyet bağı içinde bulunan bir olay sigorta akdinin yapılmasından önce meydana gelmiş ise, zarar verici hâdise sigorta himayesinden istifade edemez (Sözleşmenin muhtevasına dahil olmaz). Alman Federal Mahkemesinin de benimsemiş olduğu bildirilen⁽²⁸⁾ bu görüş 'Verstosstheorie' olarak anılmak

(21) Bu sebeple, TK. 1279 hükmünün sadece bir defa meydana gelebilecek olayları göz önünde bulundurduğu söyleyebiliriz (Bkz. Maurer, 226-227). TK. 1279'a göre, akdin hükümsüz olmasının sebebi doğrudan doğruya, olayın gerçekleşmiş olması değil, subjektif tehlikenin ortadan kalkmış olmasıdır (İsviçre hukukundaki paralel hüküm için bkz. MAURER, aynı yer).

(22) Bkz. MAURER, 307.

(23) Meselâ, hukuk biliminde mesuliyet kelimesi hem -den mesuliyeti (tazmin borcu altına girme) hem de- ile mesuliyeti yani alacaklının borçlunun malvarlığına el koyabilme iktidarına sahip olmasını ifade eder (Bu kavramlar için temel eserlere başvurulabilir). Sözleşmede bunların biri veya diğeri hâriç tutulmamış ise sözleşmenin kapsamına her iki de girer.

(24) Bkz. § 1, Anm.49.

(25) Bkz. Aynı görüşte BRUCK-MÖLLER, aynı yer.

(26) MAURER, 309-310.

(27) Bu fikirler ve ilgili literatür hakkında bkz. aynı yer.

(28) Bkz. MAURER, 310-311 ve not 808.

tadır. İkinci fikre göre ise, bu gibi olaylar, zararın sigorta himayesinden istifade edip etmemesi bakımından dikkate alınmaz (Schadenereignistheorie).

Fikrimizce, bu gibi olaylarda tehlike kavramından da hareket edilebilir: Sigortacının sözleşmede üzerine aldığı tehlike muhtemel bir tehlikedir. Halbuki, zararı doğuran olayla kozalite ya da uygun illiyet bağı içinde bulunan bu tür olaylar, aslında, muhtemel tehkikeyi mevcut tehlike hâline getiren olaylardır⁽²⁹⁾. Mevcut tehlike ise sözleşmenin kapsamına dahil olmadığından (aksi sözleşmede öngörülmedikçe) söz konusu zararlar da sigorta himayesine dahil olmayacaktır⁽³⁰⁾.

(29) Müsterek avaryadaki mevcut-muhtemel tehlike ayrımı burada da karşımıza çıkıyor.

(30) Tehlike 'mevcut', fakat riziko hâlâ 'muhtemel' olabilir.

II. SİGORTA ETTİRENİN GÖREVLERİ

A. Görev (Obligenheit) ve Koruma Mükellefiyeti Kavramları

Koruma mükellefiyetleri, borç ilişkisinde yer alan ve aslî edim ile yan edimler (ve tâli edimler) dışında kalan mükellefiyetlerdir⁽¹⁾.

Koruma mükellefiyetleri kanundan doğan yükümlülüklerdir. Aynen ifası talep edilemeyen bu yükümlülükler, sözleşmenin kurulup kurulmaması ya da belli şartlarla kurulmasındaki kararlarını etkileyecek noktalarda tarafların birbirlerine doğru bilgi vermeleri, karşı tarafı zarardan koruyacak tedbirleri almaları gibi mükellefiyetlerdir⁽²⁾. Taraflardan biri, kusuru ile bu mükellefiyetine aykırı hareket ederek diğerine zarar verirse, onun sorumluluğu haksız fiil hükümlerine değil, kıyas yolu ile akdî sorumluluk hükümlerine tâbi tutulur⁽³⁾.

Bazan da, bir mükellefiyetin kusurlu ya da kusursuz şekilde ihlâli bir hakkın iktisap ya da ziyai sonucunu doğurur (bu sonuç sözleşme ile de öngörülebilir). Bu gibi mükellefiyetlere ödev (obligenheit) denmektedir⁽⁴⁾.

Sigorta hukukunda bazı koruma mükellefiyetleri ödev olarak düzenlenmiştir⁽⁵⁾.

Ödev kavramı mükellefiyetin mahiyeti ile değil sonuçlarıyla ilgilidir. Bu sebeple, bir davranışın ödev mi yoksa sadece bir koruma mükellefiyeti mi olduğu araştırılırken bu mükellefiyetin ihlâlinden hangi hukukî sonuçların doğabileceğine bakmak lâzımdır. Mükellefiyetin ihlali sadece tazmin borcuna yol açıyorsa bir koruma mükellefiyeti, eğer sadece hakkın ziyai sonucuna⁽⁶⁾ yol açıyor ise bir ödev ya da duruma göre, her iki sonuca (veya bunlardan herhangi birine) da yol açması mümkün ise hem koruma mükellefiyeti hem de ödev mahiyetinde olan bir davranış yükümlülüğüyle karşı karşıyayız demektir⁽⁷⁾.

(1) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1985, s.21-22. Koruma mükellefiyeti ve culpa in contrahendo kavramları hakkında etraflı bilgi için bkz. aynı yer, s.19-24.

(2) Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (Borçlar), s. 19.

(3) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (Borçlar), s.19.

(4) Ödev kavramının sigorta hukukundan gelen bir kavram olduğu hakkında ve bu kavram hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (Borçlar) s. 58 ve ödev konusunda ayrıca bkz. KENDER, 185-190.

(5) Bu konuda bkz. Maurer, 239.

(6) Bu sonuç hakkın kullanılmasının zorlaştırılmasında olabilir. İsbat külfetinin tersine çevrilmesi gibi

(7) Bu bakımdan, karşı. BRUCK-MÖLLER, § 6, Anm. 1 vd. Bazı yazarlar akit öncesi ihbar görevi bakımından (1290) görevin kusurlu ihlâli bir zarara yol açmış olsa dahi (Culpa in contrahendo mesuliyet diyorlar) tazmin borcunun doğmayacağını, çünkü, sigorta hukukunda akit öncesi ihbar görevini düzenleyen hükmün culpa in contrahendo mesuliyetine nazaran özel hüküm olduğunu söylüyorlar (KENDER, 195, BRUCK-MÖLLER, § 6, Anm. 55). Fakat, BRUCK-MÖLLER, rizikonun ağırlaştırılmaması ödevinin ihlâlinde haksız fiil mesuliyet şartlarının da gerçekleşebileceğini kabul ediyor.

Sigorta hukukunda düzenlenmiş görevlerin amacı primle tehlike arasında denge sağlamak veya sigortacının tazmin borcunun sigorta ettirenin davranışları sebebiyle artmasını önlemektir⁽⁸⁾.

B. Akit Öncesi İhbar ve Tehlikeyi Ağırlaştırılmama Görevi

1 - Sigorta Ettirenin Akit Öncesi İhbar Görevi (TK. 1290)

Akit öncesi ihbar görevi sigorta ettirenin akdin yapılması sırasında yerine getirmekle mükellef olduğu bir davranıştır.

Sözleşme müzakereleri sırasında tarafların birtakım davranış mükellefiyetleri altında olduğu yukarıda belirtilmişti. bu mükellefiyetlerden biri de tarafların, sözleşmeyi kurmaları ya da belli şartlarda kurmaları konusundaki kararlarını etkileyecek noktalarda birbirlerine doğru bilgi vermek durumunda olmalarıdır⁽⁹⁾.

Sigorta hukukunda ise, söz konusu davranış mükellefiyeti sigorta ettirene bir görev (obligenheit) olarak yüklenmiştir (1290, 1363 vd.)⁽¹⁰⁾

Sigorta ettiren, sigortacının, "mukavele yapılırken hakiki vaziyetleri bildiği takdirde mukaveleyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını mucip olarak" bütün hususları sigortacıya bildirmeye mecburdur (1290/1, c.1). Bu yükümlülüğe sigorta ettirenin akit öncesi ihbar görevi denir. Sigorta ettiren bu görevini mukavele yapılırken yerine getirecektir.

Sigorta ettirenin sigortacıya bildirmekle yükümlü olduğu hususlar, sigortacının gerçek durumu bildiği takdirde mukaveleyi hiç yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını mucip olacak (önemli) hususlardır⁽¹²⁾. İhbar görevine dahil önemli hususlar tehlikenin tayininde rol oynayan hususlardır⁽¹³⁾.

Sigorta ettiren akit öncesi ihbar görevini yerine getirmez ise, sigortacı lehine yenilik doğuran bir hak meydana gelir ki bu hak, mukaveleden cayma hakkıdır(1290).

Sigortacıya bildirilmesi (doğru bir şekilde) gereken hususlar rizikonun gerçekleşme ihtimalini meydana getiren ve ihtimalin derecesinde müessir olan fiili durumlardır. Tehlikeyi tayin etmeleri sebebiyle söz konusu olgular 'tehlike olguları (Gefahrstatsache) olarak anılmaktadır⁽¹⁴⁾. Tehlike olguları

(8) Bkz. KENDER, 184-185

(9) Bkz. s. 308.

(10) Bkz. MAURER, 239.

(11) Bkz. KENDER, 191. Akit öncesi ihbar mükellefiyetini izah eden nazariyeler ve bu görev hakkında etraflı bilgi için bkz. ÖZTAN, Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara, 1966, s. 11 vd.,

(12) Bu hususların neler olduğu hakkında bkz. KENDER, 139; ÖZTAN, 36 vd..

(13) KENDER, 160. Ayrıca bkz. ÖZTAN, 36 vd.

(14) Bkz. MAURER, 233 vd. Tehlikeli olgularını, rizikonun sınırlandırılması meselesinden ayırmak lâzımdır (MAURER, 231-232) rizikonun sınırlandırılması konusunda bkz. KENDER, 202-203.

veya tehlike unsurları, rizikonun gerçekleşme ihtimalini tayin ettikten başka, rizikodan doğacak zararın kapsamının ne olabileceğini de gösterir⁽¹⁵⁾.

Tehlike unsurlarının ihbar görevinin ihlâli sebebiyle cayma hakkının doğumuna yol açması için, yukarda işaret edilmiş olduğu üzere, bunların, sigortacının akdi yapıp yapmamak veya daha ağır şartlarla yapıp yapmamak konusundaki kararına etkili olacak noktalar olması lâzımdır. Öyle ki, sigortacı bu hususlardan birinin (veya birkaçının) varlığını bilseydi "hakiki vaziyetleri bilseydi" akdi hiç yapmayacak veya daha ağır şartlarla yapacaktı (1290/c, c.1). Şu halde, bu hususlar, sigortacının hiçbir tasavvur sahibi olmadı veya yanlış tasavvura sahip olduğu noktalardır⁽¹⁶⁾.

Sigortacıya ihbar edilmemiş (hiç bildirilmemiş, yanlış ya da noksan bildirilmiş) olan noktanın sigorta ettiren tarafından bilinmesi lâzımdır. Bilinmeyen bir hususun ihbarı söz konusu olamaz. Kanunun kara sigortalarıyla ilgili hükmünde (1290) bilinmesi gereken hususların da ihbar görevine dahil olup olmadığı belirtilmemiştir. Bununla birlikte, doktrin, sigorta ettiren tarafından bilinmesi gereken hususları da haklı olarak görevin muhtevasına dahil etmektedir⁽¹⁷⁾.

Yukarıda belirtilen şartlar akit öncesi ihbar görevinin ihbarı için gerekli olan şartlardır. Fakat bu şartlar, ihbar görevinin muhtevasının tesbitinde yeterince yardımcı olamaz. Bunun için şu sorunun cevabını da vermemiz gerekir: Kanunda tarif edilmiş olan (belirli öneme sahip olan, sigortacı tarafından bilinmeyen ve sigorta ettiren tarafından bilinen) bir tehlike olgusu acaba ne zaman cayma hakkının doğumuna yol açar?

Akit öncesi ihbar görevinde cayma hakkı farklı şekilde düzenlenmiş olduğundan meseleyi kara (1290) ve deniz (1363 vd.) sigortaları bakımından ayrı ayrı ele almak lâzımdır.

Kara sigortalılarında : Mevcut bir tehlike olgusunun cayma hakkı sağlayıp sağlamayacağı bakımından iki ihtimal üzerinde durmak lâzımdır :

Birinci ihtimâl : Gerçekte var olan tehlike unsuru sözleşmede yer alan tehlike unsuruna uymamaktadır. Meselâ, yangına karşı yapılan sigortada, sigorta konusu ev sözleşmede kâgir ev olarak gösterilmiş fakat gerçekte ev ahşaptır. Bu takdirde, mevcut unsur bakımından sözleşmedeki tehlike ile gerçek tehlike arasında bir fark meydana gelmiştir.

Sözleşmedeki tehlike ile gerçek tehlike arasındaki bu fark şu suretle meydana gelebilir : Sigortacı sormuş ve sigorta ettiren eksik ya da hakikate

(15) Bkz. MAURER, 231-232 ve bkz. TK: 1368

(16) Bilgisizlik kavramı için bkz. KOCAYUSUFPAŞAĞOĞLU, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 30-31 ve 38-39.

(17) Bkz. ÖZTAN, 64 vd., KENDER, 161.

aykırı beyanda bulunmuştur. Ya da sigorta ettiren, kendisine ilgili konuda herhangi bir şey sorulmuş olmaksızın⁽¹⁸⁾ tehlike olgusu hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunmuştur. Bununla birlikte cayma hakkının doğumu için gerçek tehlike ile sözleşmedeki tehlike unsurlarının birbirine uymaması yeterli değildir. Cayma hakkı için aynı zamanda şu iki şartın da gerçekleşmiş olması lâzımdır. Söz konusu fiilî durum bizzat sigortacı için akdin yapılmasında önemli rol oynayan bir husus olmalıdır (subjektif şart). Ne var ki subjektif şartın gerçekleşmiş bulunması tek başına kâfi değildir; Sigortacının (genel anlamda) hataya düşmüş olduğu husus objektif bakımından da, yani iş hayatındaki hâkim görüşler ve o olaya ait özel hal ve şartlar bakımından da akdin yapılmasında önemli rol oynayan bir husus olarak görülebilmelidir⁽¹⁹⁾.

Kanunun "...veya daha ağır şartlarla yapmasını mucip olacak..." yolundaki ifadesi de bizzat, objektif unsuru da kapsamaktadır. Nitekim, doktrinde de objektif unsur aranmakta hattâ sadece bu unsur yeterli görülmektedir⁽²⁰⁾.

İkinci İhtimâl : Yukarıda bahsedilen birinci ihtimalin aksine, gerçekte mevcut olan tehlike ile sözleşmedeki tehlike arasında bir fark yoktur. Diğer bir ifadeyle, tehlikeyi tayin eden muayyen bir unsur hakkında sözleşmeyle gerçek arasında bir uyumsuzluk meydana gelmemiştir. Meselâ, yangına karşı sigorta edilmiş evin ahşap ya da kâgir olup olmadığı sözleşmede yer almamıştır.

Sigortacı, tehlike ile gerçek tehlike arasında herhangi bir farka yol açmamış bir tehlike olgusunun varlığını sonradan öğrenirse, acaba sözleşmeden cayabilir mi? Burada da şüphesiz sigortacının sözleşmeden cayabilmesi için her şeyden önce söz konusu tehlike olgusunun sigortacının akdi yapıp yapmaması hususunda gerek subjektif gerekse objektif bakımdan esaslı rol oynaması şarttır.

Sözleşmedeki tehlike ile gerçek tehlike arasında fark bulunmayan hallerde iki ihtimal düşünülebilir: Sigortacı ilgili tehlike unsuru hakkında mesela hırsızlığa karşı sigortada evin konumu hakkında herhangi bir şey sormamıştır. Sigorta ettiren de sigortacıya herhangi bir beyanda bulunmamıştır. Bu ihtimalde, sigortacı ihbar görevinin yerine getirilmediğini ileri sürerek sözleşmeden cayamayacaktır. Bunun sebebi, sigortacının cayma hakkının kanun tarafından üç hale hasredilmiş olmasıdır. Birinci hal, sigortacının sorulduğu halde susmuş yani hiç beyanda bulunmamış olmasıdır. Halbuki, üzerinde durduğumuz meselede, sigortacı tarafından sorulmuş bir şey yoktur. Kanunun cayma hakkını hasretmiş olduğu diğer haller ise sigortacının

(18) Meselâ bkz. KENDER, 126'da 3. paragraf.

(19) KOCAYUSUFAŞAOĞLU, (Hata), s.87'deki bilgilerden istifade edilmiştir.

(20) Bkz. ÖZTAN, 39.

hakikate aykırı ya da noksan beyanda bulunmuş olmasıdır ki biz sigorta ettirenin herhangi bir beyanda bulunmamış olduğunu farzetmekteyiz. Şu halde, sigortacı sormamış ve sigorta ettiren de herhangi bir beyanda bulunmamış ise akit öncesi ihbar görevinin ihlalinden bahsedilemez (1290/1., c.2).

Sigortacı tehlike olgusunu ilgilendiren birşey mesela evin cinsini (ahşap-kâgir) sormuş olduğu halde sigorta ettiren susmuştur. Sigortacı muayyen bir unsur hakkında soru sormuş fakat sigorta ettirenin buna hiç cevap vermemiş olmasına rağmen sözleşmeyi akdetmiş ise, sorduğu konudaki tehlike durumu ne ise tehlikeyi o haliyle sözleşmeye dahil etmiş olur⁽²¹⁾.

Bununla birlikte, sigorta ettirenin susması bazen, cayma hakkının doğumuna yol açabilir. Mesela, sigortacının sorusu onun gerçek hakkında yanlış bir tasavvuruna dayanmakta olur ve sigorta ettiren de sigortacının bu yanlış tasavvuru hakkında hiçbir şey söylemez yani gerçeği bildirmez ise, sigortacının söz konusu tasavvuru sözleşmeye girmiş ve böylece gerçek tehlike ile sözleşmedeki tehlike arasında bir fark meydana gelmiş sayılabilir⁽²²⁾. Bu takdirde, sigortacı, söz konusu fiili durumun, akdin yapılmamasını veya daha ağır şartlarla yapılmasını mucip olacağını göstermek suretiyle sözleşmeden cayabilir.

Şu halde, sigorta ettirenin susması halinde akit öncesi ihbar görevinin ihlal edilmiş olması için, aynı şekilde, gerçek tehlike ile sözleşmedeki tehlike arasında bir aykırılık meydana gelmiş olması lazımdır.

İhbar mükellefiyetini düzenleyen hükmün ikinci fıkrasında (1290/2) sigorta mukavelesinin yapılması sırasında sigorta ettirene doldurması teklif olunan listede yazılı sorular dışında hiçbir mesuliyetin teveccüh etmeyeceği bildirilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ise, bize, şunu göstermiş oluyor: Sigortacı bir tehlike unsuru hakkında herhangi birşey sormamış ise akit öncesi ihbar görevinin ihlali söz konusu olmaz meğer ki sigorta ettiren kendiliğinden gerçeğe aykırı veya noksan beyanda bulunmuş olsun. Bu durum karşısında, söz konusu hükmün anlamı ne olabilir? Bizce, daha önce verilen açıklamalar karşısında, bu hükmün söylemek istediği şey, olsa olsa, sigortacının, sual listesinde yer almayan ve sual listesindeki soruların cevabıyla ilgili olmayan bir beyana dayanarak sözleşmeyi hükümsüz bırakamacağıdır.

Bütün bu bilgilerden sonra, şunu da tespit etmiş bulunuyoruz : Kara sigortalarında akit öncesi ihbar görevinin ihlali için beyan şart fakat görevin

(21) Nitekim, İsviçre Sigorta Mukavelesi Kanunu'nda (İsv.Sig.AK) (Art.8. z.6) susma, doğrudan doğruya cayma hakkının doğumuna yol açmaz (MAURER, 238). Bu konuda ayrıca bak. ÖZTAN, 77. Yazar, sigorta ettirenin susmasına rağmen sigortacının akdi yapmış olmasıyla o hususun önemli bir husus olmaktan çıkmış olduğunu söylüyor.

(22) Susmanın beyan işareti teşkil ettiği haller nazara alınmaktadır. Bkz. İsv. Sig.AK, Art. z 8, z.6 (MAURER, 238). Susma hakkında ayrıca bkz. ÖZTAN, 111. 'Susma' hakkında bkz. KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU (Borçlular) s. 159-161.

yerine getirilmesinde beyanda bulunmak şart değildir⁽²³⁾. Akit öncesi ihbar görevini düzenleyen hükmün (1290) birinci cümlesi her ne kadar sigorta ettirenin "bildirme mecburiyeti"nden bahsetmekte ise de, hemen sonra, ikinci cümlede sigorta ettirenin hangi hallerde bu mükellefiyetine aykırı hareket etmiş sayılacağını ayrıca zikretmektedir. Bu haller, tekrarlırsak, sigorta ettirenin sorulmuş bir soru karşısında susması, hakikate aykırı veya noksan beyanda bulunmuş olmasıdır.

Akit öncesi ihbar görevinin ihlalinde, sigorta ettirenin bir beyanda bulunmuş olması şartının zaruri sonucu, anlaşılacağı gibi, sözleşmede tayin edilmiş olan tehlike ile bu tehlikeyi sözleşmede yer alan ve bir kısmı ya da tamamı gerçeğe uymayan tehlike olguları tayin ediyor-gerçek tehlike arasında bir fark bulunmalı, diğer bir ifadeyle, gerçek tehlike sözleşmedeki tehlikeden daha ağır (1290/1) olmalıdır⁽²⁴⁾.

Özetle, kara sigortalarında akit öncesi ihbar görevinin ihlal edilmiş olması için sözleşmenin muhtevası ile gerçek birbirine uymamalıdır. Diğer bir ifadeyle, sigortacıya bildirilmeyen ve kanunda (1290) belirtilen önemi taşıyan bir tehlike olgusunun cayma hakkı vermesi için sözleşmede yer alan tehlike ile gerçek tehlike arasında fark olmalıdır⁽²⁵⁾.

Deniz sigortalarında: Deniz sigortalarında akit öncesi ihbar görevi kanununun 1363 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu hükümlerin tetkikinden hareketle, ihbar görevinin ihlalinde aranan şartları şu şekilde tespit edebiliriz :

Sigorta akdinin yapılmasında gerek objektif gerekse subjektif bakımdan esaslı rol oynayan bir tehlike olgusu ("önemli hal") mevcut olmalıdır (1363/1).

(23) Karş. ÖZTAN, 79. İsviçre hukukunda da aynı esas geçerlidir. Bkz. MAURER, 234.

(24) Bu husus, akit öncesi ihbar görevini açıklayan görüşler arasında " tarafların mutabakatı " şeklinde dile getirilmiştir. Bkz. ÖZTAN, 17-19. Karş. ÖZTAN, 19.

(25) Bu bakımdan, şu ihtimaller üzerinde de durulmak gerekiyor: Sigortacının soruları müphem, iki veya daha çok anlam taşıyan sorular ise: Sigorta ettiren bu soruya karşı herhangi bir beyanda bulunmuş ise, sözleşmedeki tehlike unsuru sigorta ettirenin beyanının muhtevasına göre tayin edilir. Bu taktirde, gerçeğe uymayan tehlike unsuru bu beyandaki tehlike unsuruna taalluk etmelidir. Sigorta ettirenin beyanına birden fazla anlam verilebiliyor ise, beyanın muhtevası, beyanın yapıldığı hal ve şartlar (sigortacı tarafından bilinen) objektif iyi niyet kuralları gereğince değerlendirilmek suretiyle sigortacının buna vermesi gereken anlama göre tayin edilir (Güven nazariyesi ve irade beyanı hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, anılan eserler).

İsviçre Sigorta Mukavelesi Kanunu'nda ise birden fazla anlam taşımayan sorulardan yer alan tehlike olgularının önemli olduğuna dair bir karine getirilmiştir (Art. 4/3, MAURER, 234).

Sigortacının soruları veya sigorta ettirenin beyanında yabancı ve teknik kelimelerin bulunması halinde: Bu taktirde beyanın muhtevası aynı şekilde, yukarıda bahsedilen tarzda tespit edilecektir. Bu konular hakkında bkz. ve karş. ÖZTAN 98, 105.

İlgili tehlike olgusu sigorta ettiren tarafından bilinen bir unsur olmalıdır. Sigorta ettirenin bilmediği olgular ihbar görevine dahil değildir. Şuurlu bilgisizlik (gerçek olmayan bilgisizlik) bunun dışındadır (1365/1, c.2).

Kara sigortalarından farklı olarak, kanun (1365/1., c.2) ihbar etmenin kusura dayanıp dayanmaması bakımından bir ayırım yapmış görünmektedir. Buna göre, ihbar etmenin "kusura dayanmaması" halinde sigortacının cayma hakkı yoktur.

Burada, kusur, tabiatıyla beyanda bulunmamış olmakla kusurdur. Bir beyanın yapılmamış olmasının kusura dayanması demek, o beyanın yapılmasını emreden kanun hükmüne rağmen beyanın yapılmamış olması demektir. Beyan, mükellefiyeti tesis eden hükümde birtakım şartlara bağlanmış ise, beyanda bulunmamanın hükme aykırı olması için bu şartların gerçekleşmiş ve buna rağmen beyanın yapılmamış olması lazımdır.

Deniz sigortalarında, sigorta ettirene beyanda bulunma mükellefiyeti (görevi) getiren hüküm (1363) bunu iki şarta hasretmiştir: İhbar edilmeyen olgunun sigorta ettiren tarafından bilinmesi (ve sigortacı tarafından bilinmemesi) ve bildirilmeyen hususun önemli olması. Şu halde kanundan bahsedilen kusur, bu iki şartın varlığına rağmen beyanda bulunulmamış olmasını ifade etmektedir. Bu şartlardan biri yoksa, ihbar etmeme kusura dayanmıyor demektir.

Buna göre, deniz sigortalarında, sigorta ettiren bildiği önemli bir hususu sigortacıya bildirmemiş ise ihbar etmemede kusurlu hareket etmiş olur.

Bu açıklamalardan çıkan sonuca göre, deniz sigortalarında, sigorta ettiren tehlike olgusu hakkında farkında olmadan hiçbir tasavvura sahip olmamış veya farkında olmadan doğru bir tasavvura sahip olmamış ise (sigorta ettiren farkında olmadan yanlış tasavvura sahiptir) ihbar görevi ve dolayısıyla ihbar görevinin ihlali (1366/2) söz konusu olmaz. Buna karşılık, sigorta ettirenin bilinmesi mümkün bir tehlike olgusunun varlığından haberli fakat bu konuda herhangi bir tasavvur sahibi olmak istememiş olduğu haller (şuurlu bilgisizlik) tabiatıyla bilgisizlikle bir tutulmamış⁽²⁶⁾ ve ilgili hususlar da aynı şekilde, ihbar görevine dahil edilmiştir (1365/1, c.27).

Deniz sigortalarında, sigortacının bildirmediği hususun önemli hususlardan olmaması da sigorta ettiren için bir kusursuzluk halidir.

Yukardaki açıklamalardan çıkarılabilecek netice şudur : Deniz sigortalarında ihbar görevinin şartları arasında kusurun diğer unsurlar yanında ayrı bir yeri yoktur. Bu sebeple, fikrimizce, kusur yönünden kara ve deniz sigortaları arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır⁽²⁷⁾ Deniz sigortalarında sigorta ettirenin kusursuz sayıldığı hallerde söz konusu tehlike olgusu zaten,

(26) 'Bilgisizlik' konusunda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (Hata), s.30-31 ve 38-39.

(27) Karş. KENDER, 199, 202 ve ÖZTAN, 68.

kara sigortalarında da (bilinmeyen ve önemli olmayan hususlar) ihbar görevine dahil değildir.

Deniz sigortalarında da, kara sigortalarında olduğu gibi, sigortacının bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş tehlike olgusunu biliyor olması cayma hakkının doğumuna engel olur (1365/2, 1366/2).

Kara sigortalarından farklı olarak, cayma hakkının doğumu için ilgili tehlike unsuru bakımından gerçek tehlike ile sözleşmedeki tehlike arasında bir aykırılık bulunması şart değildir (1365).

Deniz sigortalarında, sigortacı tarafından bilinmeyen ve onun sözleşmeyi yapıp yapmamak ve belli şartlarla yapmak konusundaki kararının teşekkülünde rol oynayan olgular birer saik teşkil eder. Buna göre, sigortacı bunları bilse sözleşmeyi yapmayacaktır veya daha ağır şartlarla yapacaktır.

Sigortacının cayma hakkının doğumu için bu gibi olguların gerek subjektif gerekse objektif bakımdan akdin yapılmasında esaslı rol oynayan unsurlar olması lazımdır (1363/1) ⁽²⁸⁾.

Deniz sigortalarında kara sigortalarından farklı olarak, sigorta ettiren veya diğer ilgili şahıslar hakkında "beyanda bulunma" mecburiyeti getirilmiştir (1363).

Akit öncesi ihbar görevinin hukuki sonucu sigortacı lehine yenilik doğuran bir hakkın meydana gelmesidir. Bak hak, sigortacının mukaveleden caymasıdır (1290). Cayma hakkının mahiyetinin ne olduğu tartışmalıdır⁽²⁹⁾. Bizim de kabul ettiğimiz fikre göre⁽³⁰⁾ 'cayma'dan maksat borçlar hukuku anlamında akitten rücutur (Rücktritt). Gerçekten, Ticaret Kanunu'nun 1368. maddesindeki düzenleme de⁽³¹⁾ cayma hakkının rücu olduğunu gösteriyor. Aksi halde, hükmün manası kalmazdı.

Sigortacı, cayma hakkını hakikati öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde kullanmak zorundadır. Aksi halde, cayma hakkı düşer (1290/1., c.2).

(28) Burada, temel hatası seviyesine yükselmiş saik hatalarına (BK.24, b.4) (Bu konuda bkz. KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU, Hata, 160-161) benzer bir durum vardır. Sigortacının cayma hakkına sahip olması BK 24, b.4'e dahil edilen hata hallerinde aranan objektif şartın tahakkukuna muhtemelen engel olacaktır (Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata), (s. 162-163): Burada, muamele içi vasıf hataları hakkında verilen bilgilerden istifade edilmiştir). Ayrıca objektif unsur için bkz. aynı yer., s. 161 ve 87.

Şu halde sigortacıya cayma hakkı bahşeden durumlarda borçlar hukuku bakımından, iptal hakkı veren yani esaslı bir hatanın bulunmadığı söylenebilir. Sigortacı, şartları varsa, sadece hile hükümlerine başvurabilir (1370).

(29) Bu konuda bkz. KENDER, 196 vd., ÖZTAN, 114-116.

(30) KENDER, 198.

(31) Bkz. m. 1368

Cayma hakkının kullanılması sözleşmenin hükümlerini baştan itibaren ortadan kaldırır⁽³²⁾. Bu sebeple, taraflar ifa etmiş oldukları edimleri iade ile mükellef olur⁽³³⁾.

Deniz sigortalarında, cayma hakkı rizikonun gerçekleşmesinden sonra kullanılmış ise, sigortacıya bildirilmemiş olan halin kazanın meydana gelmesi ve sigortacının ödeme borcunun şümulü üzerinde bir tesiri olmadığı müddetçe sigortacının tazminat verme mükellefiyeti sona ermez (1368/3). Diğer edimler ise (prim hariç) sona erer (1368/2).

Gerek kara, gerekse deniz sigortalarında cayma hakkının kullanılması, süre⁽³⁴⁾ şartında gayri bir şarta bağlı değildir⁽³⁵⁾.

Cayma hakkını düzenleyen hükümler culpa in contrahendo mesuliyetine nazaran özel hüküm⁽³⁶⁾ teşkil etmediği için⁽³⁷⁾ söz konusu mesuliyet hükmünün⁽³⁸⁾ uygulanmasına engel olmaz. Bu sebeple, sigortacı şartları gerçekleştirdiği vakit⁽³⁹⁾ culpa in contrahendo mesuliyetine başvurabilir⁽⁴⁰⁾. Burada özel hüküm-genel hüküm meselesini tartışacak olmadığımız için Çağa'ya⁽⁴¹⁾ atıfla yetiniyoruz.

2 - Sigorta ettirenin tehlikeyi ağırlaştırmama görevi (TK. 1291)

a) Tehlike ağırlaşması kavramı

Tehlikenin ağırlaşması, tehlike durumunun (Gefahr) sigortacı için uygun olmayan bir şekilde değişmesidir⁽⁴²⁾. Diğer bir ifadeyle, tehlike ağırlaşması tehlike olguları (Gefahrstatsache)'nin bir kısmının değişmesi⁽⁴³⁾ ve bunun sonucunda rizikonun gerçekleşme ihtimalinin artmasıdır. Bunun için,

(32) Bkz. KENDER, 198, bu konuda ayrıca bkz. ÖZTAN, 123 vd.

(33) Karş. Alm. Sg. AK, 40 ve İsv. Sig. Ak, 25 ve TK. 1290'a göre sigorta etkirenin kötü niyetli olması ve ayrıca TK.1290'ın prim borcu bakımından nasıl anlaşılacağı hakkında bkz. ÖZTAN, 123 vd. ve TK.1368

(34) Bu süre deniz sigortalarında bir haftadır

(35) Deniz sigortaları için karş. KENDER, 206.

(36) Bu kavram hakkında bkz. ÇAĞA, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Aarau, 1939, s. 136 vd.

(37) Karş. KENDER, 195., BRUCK-MÖLLER, s. 16, Anm. 55.

(38) BK 41, hâkim fikir uyarınca akdi mesuliyet.

(39) Gerçi pratik olarak, bu şartın (zarar) gerçekleşmesi zordur. Mamafih, Culpa in contrahendo hükmünün uygulanmayacağını ileri süren yazarlar her halde, sigortacının bir arada uğramış olduğunu farzetmektedirler.

(40) Bkz. s. 308'deki açıklama.

(41) ÇAĞA, a.g.e.

(42) Kender, 209 bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OMAĞ, Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, 1985, Ankara.

(43) BRUCK-MÖLLER, s.23, Anm.6.

tehlike olgusunun önemli (1290) unsurlardan olması ve değişikliğin de önemli bir değişiklik olması lazımdır⁽⁴⁴⁾.

Tehlike ağırlaşmasını 'tehlike değişmesi'nden ayırmak gerekir⁽⁴⁵⁾. Tehlike değişmesi tüm tehlike unsurlarının değişmesidir ki bu takdirde, kural olarak, sigorta himayesi söz konusu olmaz⁽⁴⁶⁾.

Ticaret Kanunu'nun hukuki sonuç bağlamış olduğu tehlike ağırlaşması sadece iki hale münhasırdır. Bu hallerden biri, sigorta ettiren tarafından sigortalı malın yerinin değiştirilmesi⁽⁴⁷⁾ diğeri de, sigortalı malın halinin (durumunun) değiştirilmesidir⁽⁴⁸⁾.

Kanuna göre, tehlike ağırlaşması sigortacının muvafakatına dayanmamalıdır.

Her iki halde de sigorta mukavelesinin yapıldığı zaman esas alınır (1291). Kanuna göre, tehlike ağırlaşması sigortacının muvafakatına dayanmamalıdır.

aa) Objektif tehlike ağırlaşması

Tehlikenin ağırlaşması sigorta ettirenin fiili sonucu meydana gelmemiş ya da üçüncü şahsın fiili sonucu meydana gelmiş ise objektif tehlike ağırlaşmasından söz edilir⁽⁴⁹⁾. Kanunda objektif tehlike ağırlaşması düzenlenmemiştir⁽⁵⁰⁾.

bb) Subjektif tehlike ağırlaşması

Tehlike sigorta ettirenin fiili ile artmış ise buna subjektif tehlike ağırlaşmasıdır.

Tehlike sigorta ettirenin fiili sonucunda ağırlaşmış olmamakla beraber, sigorta ettirenin alabileceği tedbirlerle bunun bertarafı mümkün olduğu halde bu yapılmamış-mesela mal mukavele yapılırken bulunduğu yer veya hale getirilmemiş ise subjektif tehlike ağırlaşmasının bulunduğu kabul edilebilir mi? Fikrimizce, kanun sigorta ettirenin fiili sonucu meydana gelmeyen tehlike ağırlaşmasında sigorta ettirene bunu önleme görevi yüklememiş ol-

(44) MAURER, 242

(45) BRUCK-MÖLLER, s. 23, Anm. 6.

(46) Bkz. aynı yer.

(47) Alman hukukunda, malın yerinin değiştirilmesi tehlike ağırlaşması değil 'tehlike değişmesi' kabul ediliyor (BRUCK-MÖLLER, s.23, No.6).

(48) Mesela sigortalı aracın kullanma tarzının değiştirilmesi (Bkz. KENDER, 209).

(49) Bkz. KENDER, 210.

(50) Halbuki, diğer kanunlarda bu tip tehlike ağırlaşması da düzenlenmiştir (Bkz. BRUCK-MÖLLER, a.g.e., Bkz. MAURER, 244. Bu konuda bkz. KENDER, 211.

(51) Bkz. KENDER, 211.

duğundan⁽⁵²⁾, objektif tehlike ağırlaşmasının bertaraf edilmemesi⁽⁵³⁾ tehlike ağırlaşması olarak kabul edilmemelidir⁽⁵⁴⁾.

Tehlike ağırlaşması devamlı bir durum teşkil etmelidir. Devamlılıktan ne anlaşmalıdır? Bunda sadece süre mi esas alınmalıdır?

Bizce, devamlılık konusunda değişikliğin (ağırlaşmanın) süresi tek başına kriter teşkil etmemelidir⁽⁵⁵⁾. Aksi halde, gerekli sürenin ne kadar olacağı-mesela yirmi gün mü 30 gün mü vs. şeklinde halli güç bir sorunun doğumuna yol açılmış olur.

Kanaatimizce, subjektif riziko ağırlaşmasında ağırlaşmaya yol açan değişikliğin devamlı olup olmadığı objektif şartlardan çıkarılabilmelidir⁽⁵⁶⁾. Bu sebeple, fikrimizce, değişikliğin mahiyetinden ve bu arada değişikliğin süresinden yani harici şartlardan eşyanın bundan böyle belli bir süre için de olsa, değişik yer ya da durumda tutulacağı objektif olarak anlaşılabilmesi lazımdır. Bu bakımdan, mesela, sigortalı özel aracın taksi olarak kullanılmaya başlaması kullanma tarzının değiştirildiğine işaret etmekle bir tehlike ağırlaşması teşkil eder⁽⁵⁷⁾

bb) Sigorta ettirenin tehlikeyi ağırlaştırmama görevi

Sigorta ettirenin tehlikeyi ağırlaştırmama görevi sigorta mukavelesinin akdinden sonra sigorta içindeki görevidir (1291).

Tehlikeyi ağırlaştırmama görevi kanunda sadece mal sigortaları hakkında düzenlenmiştir⁽⁵⁸⁾.

Görevin ihlalinde kusur şart değildir⁽⁵⁹⁾. Bu sebeple, malın yer ve durumunun değiştirilmesinde sigorta ettirenin kusursuz olsa bile tehlikeyi ağırlaştırmama görevi ihlal edilmiş olur.

Türk Ticaret Kanunu'na göre, sigorta ettirenin tehlike ağırlaşmasını ihbar görevi yoktur⁽⁶⁰⁾. Bir davranışın görevi (obligenheit) seviyesine yükselmesi için kanun koyucunun o davranışın yerine getirilmemesine bir hukuki

(52) MAURER, 244. Bununla birlikte, objektif tehlike ağırlaşmasında eski duruma iade mükellefiyeti bir koruma mükellefiyeti (MK.2) teşkil edebilir.

(53) Mesela, hırsızlığa karşı yapılan sigortada mukavele sırasında mevcut olduğu bildirilen bir alarm sistemi teknik bir arıza nedeniyle bozulmuş ve sigorta ettiren de bunu tamir ettirmemiş ise

(54) Bu gibi durumlar rizikonun gerçekleşmesinde sigorta ettirenin kusuru çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu konuda bkz. BRUCK-MÖLLER, S 23, Anm. 11. Bu bakımdan örnek olarak bkz. Alm.Sig.AK, 24/11, 27/I, 1 ve BRUCK-MÖLLER, S 24, No. 5.

(55) Bkz. BRUCK-MÖLLER, s.23, Anm. 10

(56) MAURER, 243'deki misal. Nitekim, Alman Hukukunda "Mögliche" "Möglicher dauer" (Muhtemelen devam edecek olan) ifadesi kullanılıyor (BRUCK-MÖLLER, s. 23, Anm. 9).

(57) Tehlike ağırlaşması kavramı hakkında etraflı bilgi için bkz. BRUCK-MÖLLER, s. 23

(58) Bunun tenkidi için bkz. KENDER, 211 ve orda not 158 a daki görüş.

(59) Bkz. KENDER, 210

(60) Karş. KENDER, 210.

sonuç (hakkın ziyayı) bağlamış olması lazımdır. Halbuki, tehlikenin ağırlaştığını ihbar etmemenin kanunda herhangi bir müeyyidesi yoktur⁽⁶¹⁾ İhbar (yapılmış ise), sigortacının tehlike ağırlaşmasını öğrenmesini sağlayan bir olgudan ibarettir⁽⁶²⁾.

cc) Tehlikeyi ağırlaştırmama görevinin hukuki sonucu

Sigorta ettiren tehlikeyi ağırlaştırır ve bu da devamlı bir özellik taşırsa, sigortacının akdi fesih hakkı doğar. Sigortacı fesih hakkını değişikliği öğrendikten itibaren sekiz gün içinde kullanmak zorundadır. Aksi halde fesih hakkı düşer (129/2).

Fesih, sözleşme hükümlerini ileriye doğru ortadan kaldırır⁽⁶³⁾. Fesih hakkı, riziko gerçekleştikten sonra da kullanılabilir⁽⁶⁴⁾.

Tehlikeyi ağırlaştırmama görevinin hukuki sonucu ile, tehlike ağırlaşmasından sonra meydana gelen rizikodan doğan zararın sigorta akdinin kapsamına girip girmeyeceği meselesi (sigorta himayesi) farklı konulardır. Tehlike değişmiş ve riziko sözleşmede yeralan bir tehlike olgusunun ortadan kalkması ya da sözleşmede yer almayan bir tehlike olgusunun eklenmesi sebebiyle meydana gelmiş ise⁽⁶⁵⁾ zarar sigortacının tazmin borcunun muhtevasına girmeyecektir⁽⁶⁶⁾. Bu bakımdan, Ticaret Kanunu'nda düzenlenen tehlike ağırlaşması halleri ile ilgili olarak şu noktaya işaret edilmek gerekir: Kanunda düzenlenmiş olan hallerden biri sigortalı malın yerinin değiştirilmesidir. Bunun ise aslında, tehlike ağırlaşması değil "tehlike değişmesi" (tehlike unsurlarının tümünün değişmesi) teşkil ettiği ve bunun zaten sigorta himayesine girmediği söylenebilir⁽⁶⁷⁾. Aynı mülahaza diğer ihtimal (malın durumunun değiştirilmesi) için de geçerli olabilir⁽⁶⁸⁾.

(61) Bkz. KENDER, 212.

(62) Bununla birlikte ihbar bir koruma mükellefiyeti teşkil edebilir (MK.2).

(63) Bkz. KENDER, 213.

(64) Bkz. BRUCK-MÖLLER, s. 24, Anm. 10, Karş. KENDER, 213-214.

(65) İlliyet bağıını sigortacı isbat etmek durumundadır.

(66) Tehlike olgularının sigortacının ediminin muhtevasını tayin ettiğine s.?'da işaret edilmiştir.

(67) Bkz. BRUCK-MÖLLER, s.23, Anm.6.

(68) Malın halinin değiştirilmesi ve rizikonun gerçekleşmesi arasında illiyet bağı var ise, aynı şekilde, zarar sigorta himayesinde istifade edemeyecektir. Zararın sigorta himayesinin dışında kalması için, bilindiği üzere, tehlike değişmesi şart değildir (bkz. not, 65).