

Hacettepe

Cilt 12, Özel Sayı, Yıl 2022
ISSN 1302-4868

Hukuk Fakültesi

Dergisi

Hacettepe Law Review



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 12, Özel Sayı, Yıl 2022
ISSN 1302-4868

Hacettepe Law Review



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

YAYININ ADI HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YIL 2022 CİLT (12) ÖZEL SAYI AY EKİM
YAYIN SAHİBİNİN ADI Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Prof. Dr. Rauf KARASU
SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
YAYIN İDARE MERKEZİ Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Beytepe Kampüsü
06800/ANKARA
YAYIN İDARE MERKEZİ TEL. +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAKS +90 (312) 297 62 93
İNTERNET ADRESİ <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf>
E-POSTA hukukdergi@hacettepe.edu.tr
YAYIN DİLİ Türkçe ve yabancı diller
YAYIN TÜRÜ Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, *ULAKBİM (Tr-Dizin)* indeksinde taranan ve *DERGİPARK* altyapısı kullanılarak hazırlanan akademik süreli bir yayındır.
YAYINLANMA BİÇİMİ Haziran ve Aralık aylarında yılda iki kez sadece elektronik ortamda yayımlanır.
YAYIM TARİHİ 31.10.2022
e-ISSN 1302 - 4868

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yahut bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 Sayılı Yasa'nın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara ait olup, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, dergi editörünü, yayın kurulunu veya danışma kurulunu bağlayıcı etkiye sahip değildir

NAME OF THE PUBLICATION HACETTEPE LAW REVIEW
YEAR 2022 VOLUME 12 SPECIAL ISSUE MONTH OCTOBER
PUBLISHER Hacettepe University Faculty of Law Deanship
Prof. Dr. Rauf KARASU
RESPONSIBLE MANAGER Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
ADDRESS Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Beytepe Kampüsü
06800/ANKARA
PHONE +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAX +90 (312) 297 62 93
URL <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf>
E-MAIL hukukdergi@hacettepe.edu.tr
LANGUAGE Turkish and foreign languages
TYPE OF THE PUBLICATION Hacettepe Law Review is an academic periodical journal indexed by *ULAKBİM (Tr-Dizin)*. *DERGİPARK* system is being used throughout both in preparation and publication processes.
DATE OF THE PUBLICATION 31.10.2022
FORM OF THE PUBLICATION Only published online, twice a year in June and December.
e-ISSN 1302 - 4868

Hacettepe Law Review

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review can be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means of electronic / mechanical copying unless the prior written permission of the Faculty has been obtained. The views expressed in the Hacettepe Law Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the editors, editorial and advisory boards.

Özel Sayı Editörü / Editor of Special Issue
Prof. Dr. Rauf KARASU

Editör Yardımcıları / Editorial Assistants
Arş. Gör. İrem ALPÖZEN
Arş. Gör. Damla KAYNAR
Arş. Gör. Mustafa Can DAĞLI
Arş. Gör. Fatih DÖNMEZ

Dil Editörü (İngilizce) / Language Editor (English)
Arş. Gör. Mehmet Mert ÖZYILDIRIM

Yayın Kurulu / Editorial Board

ARKAN, Sabih, Prof. Dr.	(Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ARSLAN, Çetin, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
AYTAÇ, Zühtü, Prof. Dr.	(İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
CANBOLAT, Ferhat, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ÇAL, Sedat, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
DEMİRBAŞ, Feride, Dr.	(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ERDOĞAN, Ersin, Doç. Dr.	(Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
GÖLE, Celâl, Prof. Dr.	(Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ÖZDEMİR, Ali Murat, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ÖZKORKUT, Korkut, Prof. Dr.	(Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
SAATCIOĞLU, Onur Can, Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu / Advisory Board

AKÇAOĞLU, Ertuğrul, Dr. Öğr. Üyesi	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
AKMAN, Şefik Taylan, Dr. Öğr. Üyesi	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ARSLAN, Çetin, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ATAY, Ender Ethem, Prof. Dr.	(Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ATEŞ, Derya, Dr. Öğr. Üyesi	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
AYDIN, Öykü Didem, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
BAKIRCI, Kadriye, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
BİNGÖL SCHRIJER, Bilge, Dr. Öğr. Üyesi	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
BÖRÜ, Levent, Doç. Dr.	(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ÇAL, Sedat, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
CANBOLAT, Ferhat, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
CANYAŞ, Oytun, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
CENGİZ, İştah, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
DOĞAN, Beşir Fatih, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ERBAŞ, Gökhan, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
HAFİZOĞULLARI, Zeki, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
HAZIROĞLU, Elif Cemre, Dr. Öğr. Üyesi	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
KARASU, Rauf, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
KETİZMEN, Muammer, Dr. Öğr. Üyesi	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
KIRCA, Çiğdem, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
KÜÇÜK, Eşref, Doç. Dr.	(TOBB ETÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
KURT, Müjde, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
MUTLU, Erdem İlker, Doç. Dr.	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
OKAY TEKİNSOY, Özge, Dr. Öğr. Üyesi	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ONAR, Erdal, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ÖZARSLAN, Bahadır Bumin, Dr. Öğr. Üyesi	(İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ÖZDEMİR, Ali Murat, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ÖZDEMİR, Semih Sırrı, Dr. Öğr. Üyesi	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
PARLAK BÖRÜ Şafak Dr. Öğr. Üyesi	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
SEVGİLİ GENÇAY, F. Didem, Dr. Öğr. Üyesi	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
TOZMAN, Önder, Doç. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
TURANBOY, Asuman, Prof. Dr.	(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
UYGUR, Gülriz, Prof. Dr.	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
YALÇIN SANCAR, Türkan, Prof. Dr.	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
YILMAZ, Ejder, Prof. Dr.	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
	(İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Araştırma ve Yayın Etiği İlkeleri

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi'ne gönderilen bilimsel yazılarda, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi ve COPE (Committee on Publication Ethics)'un Editör ve Yazarlar için Uluslararası Standartları dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Dergi; “Yayın Etiği”, “Araştırma Etiği” ve “Yasal/Özel izin belgesi alınması” ile ilgili yukarıda anılan ulusal ve uluslararası kurallara uymakta olduğunu taahhüt eder.

Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi md. 8 uyarınca; bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemler şunlardır:

- a) İntihal : Başkalarının fikirlerini, metotlarını, verilerini, uygulamalarını, yazılarını, şekillerini veya eserlerini sahiplerine bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseriymiş gibi sunmak,
- b) Sahtecilik : Araştırmaya dayanmayan veriler üretmek, sunulan veya yayınlanan eseri gerçek olmayan verilere dayandırarak düzenlemek veya değiştirmek, bunları rapor etmek veya yayımlamak, yapılmamış bir araştırmayı yapılmış gibi göstermek,
- c) Çarpıtma : Araştırma kayıtları ve elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan yöntem, cihaz ve materyalleri kullanılmış gibi göstermek, araştırma hipotezine uygun olmayan verileri değerlendirmeye almamak, ilgili teori veya varsayımlara uydurmak için veriler ve/veya sonuçlarla oynamak, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,
- ç) Tekrar yayım : Bir araştırmanın aynı sonuçlarını içeren birden fazla eseri doçentlik sınavı değerlendirmelerinde ve akademik terfilerde ayrı eserler olarak sunmak,
- d) Dilimleme : Bir araştırmanın sonuçlarını araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde, uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak ve birbirine atıf yapmadan çok sayıda yayın yaparak doçentlik sınavı değerlendirmelerinde ve akademik terfilerde ayrı eserler olarak sunmak,
- e) Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek, aktif katkısı olan kişileri yazarlar arasına dâhil etmemek, yazar sıralamasını gereksiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini yayım sırasında veya sonraki baskılarda eserden çıkarmak, aktif katkısı olmadığı halde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek,
- f) Diğer etik ihlali türleri: Destek alınarak yürütülen araştırmaların yayınlarında destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile onların araştırmadaki katkılarını açık bir biçimde belirtmemek, insan ve hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarında hasta haklarına saygı göstermemek, hakem olarak incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak, bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak, tamamen dayanaksız, yersiz ve kasıtlı etik ihlali suçlamasında bulunmak.

Yazarların Sorumlulukları

Etik Kurul izni gerektiren çalışmalar için etik kurullardan ya da komisyonlardan gerekli izinlerin alınması, bunların makale içeriğinde belirtilmesi gerekmektedir. Bu izinlerin olmaması durumunda yayın ön inceleme aşamasında yazara iade edilir. Etik Kurul izni gerektiren araştırmalar aşağıdaki gibidir:

- Anket, mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırmalar
 - İnsan ve hayvanların (materyal/veriler dahil) deneysel ya da diğer bilimsel amaçlarla kullanılması,
 - İnsanlar üzerinde yapılan klinik araştırmalar,
 - Hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalar,
 - Kişisel verilerin korunması kanunu gereğince retrospektif çalışmalar,
- Ayrıca;
- Olgu sunumlarında “Aydınlatılmış onam formu”nun alındığının belirtilmesi,
 - Başkalarına ait ölçek, anket, fotoğrafların kullanımı için sahiplerinden izin alınması ve belirtilmesi,

- Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulduğunun belirtilmesi
Makalelerde etik kurul izini ve/veya yasal/özel izin alınmasının gerekip gerekmediği belirtilmiş olmalıdır. Eğer bu izinlerin alınması gerekli ise, izinin hangi kurumdan, hangi tarihte ve hangi karar veya sayı numarası ile alındığı açıkça sunulmalıdır.
Gönderilen makaleler, yazar(lar)ın özgün çalışması olmalıdır.
Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayınlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir.
Gönderilen makaleler daha önce yayımlanmamış olmalıdır.
Olası herhangi bir çıkar çatışması açıkça belirtilmelidir.
İntihal ve sahte verilerden uzak durulmalıdır.
Hakem değerlendirmeleri sırasında, hakemler tarafından talep edildiği takdirde, araştırmalara ilişkin ham verilerin sunulması şarttır.
Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine riayet edilmesi gerekmektedir.
Makalelerde Araştırma ve Yayın Etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.

Hakemlerin Sorumlulukları

Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir.
Değerlendirme için gönderilen bir eserin içeriğinin, teklif götürülen hakemin bilimsel alanı ya da birikimi ile uyumsuz olduğu düşünüldüğünde veya önerilen süre zarfında hızlı bir değerlendirme yapılamayacağı durumlarda Editör bilgilendirmeli ve ilgili makalenin hakemliğinin yapılmasına yönelik teklif reddedilmelidir.
Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.
Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.
Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör'e bildirilmelidir.
Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.
Makalenin yayımlanmasının reddine neden olabilecek herhangi bir bilgi varsa Editör'e bildirilmelidir.
Detaylı bilgi için bkz: <https://publicationethics.org/files/Peer%20review%20guidelines.pdf>

Editörün Sorumlulukları

Editör, makaleleri kabul etmek ya da reddetmek sorumluluk ve yetkisine sahiptir.
Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir.
Kabul ya da reddedilen makalelerle ilgili çıkar çatışması içerisinde olunmamalıdır.
Yalnızca özgün ve alanına katkı sağlayacak makaleler yayıma kabul edilmelidir.
Gönderilen eserlerin en az iki hakem tarafından çift kör hakemlik sistemine göre değerlendirilmesi sağlanmalı ve hakemler gizli tutulmalıdır.
Gönderilen eserler ile ilgili tüm bilgiler gizli tutulmalıdır.
Dergi politikası ve yayım kurallarına uymayan eksik ve hatalı çalışmalar hiçbir etki altında kalmadan reddedilmelidir.
Yayın Kurulu, gönderilen makalenin hakem değerlendirmelerine dayalı olarak yayımlanması kararının verilmesinden, derginin yayın kurulu politikalarından ve intihal, hakaret ve telif hakkı ihlaline karşı yasal tedbirlerin alınmasından sorumludur.
Detaylı bilgi için bkz: <https://publicationethics.org/files/2008%20Code%20of%20Conduct.pdf>
Okuyucu, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*'nde yayımlanan bir makalede önemli bir hata ya da eksiklik fark ettiğinde ya da editöryal faaliyetler konusunda bir aksaklık tespit ettiği takdirde (intihal, yinelenen makaleler vb.) hukukdergi@hacettepe.edu.tr adresine e-posta göndermek suretiyle Dergi'ye bildirimde bulunabilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Araştırma Makaleleri / Research Articles

1. FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜL KURALININ BANKA YÖNETİCİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN UYGULANMASI
APPLICATION OF THE DIFFERENTIATED SOLIDARITY RULE THROUGH THE LEGAL RESPONSIBILITY OF BANK DIRECTORS
Ahmet BATTAL **1-35**
2. TİCARET ŞİRKETLERİNDE SERMAYE BORCUNUN İFASI TALEPLİ DAVALARIN DAVA ŞARTI ARABULUCULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
THE EVALUATION OF A CLAIM FOR UNPAID CAPITAL COMMITMENTS IN CORPORATES ON THE BASIS OF A MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION
Mustafa İsmail KAYA/ Burçak TATLI **36-76**
3. TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME KAPSAMINDA BAĞLAYICILIĞI
TRAFFIC INSURANCE GENERAL CONDITIONS' BINDING IN THE SCOPE OF CONTRACT FOR THIRD PARTY BENEFIT
Şaban KAYIHAN/ Atakan Âdem SELANİK **77-111**
4. ÇEK KANUNU'NDA YAPILAN SON DÜZENLEMELER İŞİĞİNDE KARŞILIKSIZ ÇEK SORUNUNA BİR ÇÖZÜM OLARAK KARŞILIKLI SİGORTA VE TÜRKİYE'DEKİ UYGULAMASI
MUTUAL INSURANCE AS A SOLUTION TO BAD CHECK PROBLEM AND ITS APPLICATION IN TURKEY IN THE LIGHT OF RECENT AMENDMENTS TO THE CHECK LAW
Eda KURT/ Ömer Adil ATASOY **112-141**
5. MAHKEMEYE-TAHKİME BAŞVURMADAN ÖNCE SİGORTA ŞİRKETİNE BAŞVURU ZORUNLULUĞUNDA SUNULACAK BELGELERİN (ÖZELLİKLE SAĞLIK KURULU RAPORU) DAVA ŞARTI VE TEMERRÜT İLE İLİŞKİSİ
THE RELATIONSHIP OF THE DOCUMENTS (ESPECIALLY THE HEALTH COURSE REPORT) TO BE SUBMITTED TO THE INSURANCE COMPANY BEFORE APPLICATION TO LITIGATION OR ARBITRATION WITH CASE CONDITION AND DEFAULT
Vural SEVEN **142-164**
6. SİGORTA ŞİRKETİNİN MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN (MÜTERAFİK) KUSURU VE DİKKATE ALINMASI

CONTRIBUTORY FAULT AND ITS ASSESSMENT IN THE LIABILITY OF THE INSURANCE COMPANY ARISING FROM THE OPERATION OF THE MOTOR VEHICLE

Ferhat CANBOLAT/ Günhan GÖNÜL KOŞAR

165-199

7. TÜRK TİCARET KANUNU VE SERMAYE PİYASASI KANUNU HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE TANINAN MALİ HAKLAR

FINANCIAL RIGHTS GRANTED TO MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS IN ACCORDANCE WITH THE PROVISIONS OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE AND THE CAPITAL MARKETS CODE

Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL

200-217

8. YAŞAMA İHTİMALİNE KARŞI YAPILAN HAYAT SİGORTASINDAN AYRILMADA SİGORTALININ SAĞLIKLI OLDUĞUNU İSPAT ŞARTI (TTK 1500/2)

THE CONDITION OF PROVING THE INSURED BEING HEALTHY TO SURRENDER THE LIFE INSURANCE CONTRACT IN THE ENDOWMENT ASSURANCE (TCC 1500/2)

Hüsnü TURANLI

218-239

9. YENİ KATILIM SİGORTACILIĞI MEVZUATININ SİGORTA ŞİRKETLERİ İÇİN GETİRDİĞİ DÜZENLEMELER VE YENİLİKLER

REGULATIONS AND CHANGES FOR INSURANCE COMPANIES BY THE NEW PARTICIPATION INSURANCE LEGISLATION

Muharrem UMUT

240-260

10. “REASÜRANS SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN İLKELER” (PRINCIPLES OF REINSURANCE CONTRACTS – (PRICL)) ÇERÇEVESİNDE SİGORTA ŞİRKETİNİN (REINSURED) SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE PRE-CONTRACTUAL DECLARATION OBLIGATION OF THE INSURANCE COMPANY (REINSURED) WITHIN THE CONTEXT OF “THE PRINCIPLES OF REINSURANCE CONTRACT LAW – (PRICL)”

Semih Sırrı ÖZDEMİR

261-280

11. KARŞILIKSIZ ÇEKLERE İLİŞKİN SİGORTA FONUNUN OLUŞTURULMASI KONUSUNDA ÖNERİLER

SUGGESTIONS FOR THE ESTABLISHMENT OF THE INSURANCE FUND FOR DISHONORED CHECKS

Nazım AKSOY

281-295

12. LİMİTED ŞİRKETTE MÜDÜRLERİN YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNİN MAHKEME TARAFINDAN KALDIRILMASI VE SINIRLANDIRILMASI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

Raziye AKSU ÖZKAN

296-337

13. SİGORTACININ BİLGİLENDİRME VE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

INSURER'S INFORMATION AND ENLIGHTMENT OBLIGATION

Adem ASLAN

338-359

14. ANONİM ORTAKLIKLARDA RÜÇHAN HAKKININ KULLANILMAMASI SONUCU ARTAN PAYLARIN AKİBETİ

THE SITUATION OF INCREASED SHARES IN JOINT STOCK COMPANIES AS A RESULT OF NON-USING THE PREEMPTIVE RIGHT

Nihan DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN

360-381

15. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI YAPTIRILMAMASININ ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

EFFECT OF NON-BUILDING COMPLEMENTARY INSURANCE ON PREPAID HOUSING SALES AGREEMENT

Mehmet DOĞAR

382-414

16. HAYAT SİGORTALARI KAPSAMINDA HACİZ HAKKI

RIGHT OF ATTACHMENT WITHIN THE SCOPE OF LIFE INSURANCES

Emel Şeyda ELGÜN TOĞRUL

415-439

17. İKİ ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETLERDE HAKLI SEBEPLE ORTAKLIKTAN ÇIKARMA KARARI ALINAMAYACAĞI YÖNÜNDEKİ YARGITAY İÇTİHADININ DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF THE PRECEDENT OF THE TURKISH COURT OF CASSATION STATING THAT THE DECISION REGARDING THE EXCLUSION OF THE PARTNER DUE TO JUST REASON CAN NOT BE TAKEN IN LIMITED COMPANIES WITH TWO PARTNERS

Yaşar Can GÖKSOY

440-455

18. KÜÇÜK VE ORTA ÖLÇEKLİ İŞLETMELERE YÖNELİK TİCARİ ALACAK SİGORTASI SUNULMASINI İÇEREN DEVLET DESTEKLİ SİSTEMİN ÇALIŞMA USUL VE ESASLARINA DAİR TEBLİĞ'İN DEĞERLENDİRİLMESİ

ASSESSMENT OF THE COMMUNIQUE ON PROCEDURES AND PRINCIPLES OF FUNCTIONING OF THE GOVERNMENT-SUPPORTED SYSTEM INVOLVING COMMERCIAL CREDIT INSURANCE PROPOSALS TO SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES

Etem KARA

456-481

19. PERDENİN KALDIRILMASI KURAMININ UYGULAMADAKİ SEYRİ

THE PROGRESS OF LIFTING THE CORPORATE VEIL THEORY IN THE JUDICIAL PRACTICE

Barış KAYA

482-493

20. ZARAR SİGORTALARINDA SİGORTALININ ZARARI AZALTMA KÜLFETİ VE
BU KÜLFETİN SİGORTACININ HALEFİYETİNE ETKİSİ

DUTY TO MITIGATE LOSS IN INSURANCE LAW AND ITS EFFECTS ON INSURER'S SUBROGATION

Ekin KORKMAZ

494-525

21. İSVİÇRE'DE SİGORTA SÖZLEŞMESİ HAKKINDA FEDERAL KANUN'DA
YAPILAN (KISMİ) REFORM ÜZERİNE BİR İNCELEME

A STUDY ON THE (PARTIAL) REFORM OF THE FEDERAL LAW ON THE INSURANCE CONTRACT IN SWITZERLAND

Neyzen Fehmi DOLAR

526-561

**FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜL KURALININ BANKA
YÖNETİCİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN
UYGULANMASI**

*APPLICATION OF THE DIFFERENTIATED SOLIDARITY RULE THROUGH THE LEGAL
RESPONSIBILITY OF BANK DIRECTORS*

Hakemli Makale
Ahmet BATTAL*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	3
I. FARKLILAŞTIRILMIŞ MÜTESELSİL SORUMLULUK.....	5
A. Farklılaştırılmış Müteselsil Sorumluluğun Kanuni Dayanağı ve Gerekçesi	5
B. Farklılaştırılmış Müteselsil Sorumluluğun İzahı	8
C. Yargıtay'ın Yaklaşımı.....	10
II. BANKALARDA MÜTESELSİL SORUMLULUK.....	14
A. Banka Anonim Şirketi Yöneticilerinin Sorumluluğu.....	14
B. Kredi Uygulamaları Hakkındaki Düzenlemeler.....	17
C. Banka Yöneticisinin Özen Borcuna Dair Düzenlemeler.....	20
D. Kredi Teminatları İle İlgili Düzenlemeler	23
III. FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜLÜN UYGULAMA ÖRNEĞİNE YANSITILMASI	27
A. Kredi Süreci ve Aşamalarının Sorumluları.....	27
B. Banka Yöneticileri Açısından Teselsülü Farklılaştırma Sebepleri.....	28
C. Farklılaştırılmış Teselsüle İlişkin Örnek Olay	29
D. Farklılaştırılmış Teselsüle İlişkin Örnek Olayın Çözümü	31
SONUÇ	34

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1109503

Makalenin Geliş Tarihi: 26.04.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 27.07.2022

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-Posta: battal@gazi.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7686-0774

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

ÖZ

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği yeniliklerden biri olan “farklılaştırılmış teselsül” kuralı, şirket yöneticilerinin hukuki sorumluluğunda müteselsil sorumluluk uygulamasını yeni ve daha net bir mecraya sokmuştur. Şirketin zararından birden çok yöneticinin sorumlu olduğu hallerde, sorumluluk davasında, mahkeme (ve ona yardımcı olmakla görevli uzman bilirkişi), kusur oranlarını ve sorumluluk rakamlarını bu hükümler yardımıyla daha net biçimde belirleyebilecektir. Bu belirlemeyi davanın başında ve bizzat davacının yapmış olma zorunluluğu da böylece ortadan kalkmış olmaktadır. Bu sebeple bu hükmün, usul hukukundaki “belirsiz alacak davası”na benzer biçimde bir tür “belirsiz kusur davası” ya da “belirsiz sorumluluk davası”nı düzenlediği de düşünülebilir.

Yargıtay'ın, bu yeni düzenlemeyi, Kararlarında uygulamaya başlamış olması ve dolayısıyla bir içtihat zincirinin de oluşmaya başlamış olması beklenirdi. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla henüz bir içtihat akışı oluşmamış olup bu durum konu ile ilgili önemli tereddütlerin ve tartışma alanlarının bulunduğunu gösterebilir.

Öte yandan Kanundaki bu yenilik banka anonim şirketinin yöneticileri hakkında açılacak olan sorumluluk davaları için de geçerlidir. Hatta sermaye şirketleri için bir hedef olarak belirlenmiş olan “kurumsal yönetim”in zirve kurumları olan bankalar için bu düzenleme evleviyetle değerli ve önemlidir denilebilir. Zira banka anonim şirketinin zararı genellikle kredi işleminden kaynaklanır ve bu işlemin kararı, çok büyük ekseriyetle, farklı yetki ve sorumluluk seviyesindeki birden çok yöneticinin ortak iradesi ile alınır. Aynı şekilde kredi kararının icrası ve denetimi de farklı kademelerdeki yöneticilerin kontrolünde gerçekleşir.

Bu sebeple, banka anonim şirketinin bilhassa batık kredilerden doğmuş olan zararının kimden hangi sebeple ve hangi ölçüye göre talep ve tahsil edilebileceği hususunun yeni yaklaşıma göre incelenmesi, diğer şirket türlerinde müteselsil sorumluluk uygulamaları için öncü bir rol oynayacak ve diğer şirket türlerine ilişkin Yargıtay uygulamasının gelişmesine de katkı yapacaktır.

Makalemizde bu amaçla önce konuyla ilgili bazı teorik bilgilere ve Yargıtay kararlarından bazı örneklerle yer vereceğiz. Ardından, sorumluluk davalarında farklılaştırılmış teselsüle ilişkin teorik bilgileri bankacılık sektörüne ilişkin bir örnek olaya uygulayarak tartışmaya açacağız.

Makalemizin Yargıtay'ı uyarıcı etki göstereceğini ve sorumluluk davalarında farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk kurallarının uygulanmasına katkı yapacağını umuyoruz.

Anahtar Kelimeler: farklılaştırılmış teselsül, müteselsil sorumluluk, farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk, anonim şirket yöneticilerinin sorumluluğu, banka yöneticilerinin sorumluluğu

ABSTRACT

The "differentiated solidarity" rule, which is one of the innovations brought by the new Turkish Commercial Code No. 6102, has introduced the practice of joint and several liability in the legal responsibility of corporate directors to a new and clearer course. In cases where more than one director is responsible for the losses of the company, the court (and the expert in charge of assisting him) will be able to determine the fault proportions and liability sum more clearly with the help of these provisions. The obligation to have made this determination at the beginning of the case and by the plaintiff himself is thus removed. For this reason, it can be considered that this provision regulates a type of "indetermined fault lawsuit" or "indeterminate liability action", similar to the "unquantified claim lawsuit" in civil procedural law.

It would have been expected that the Court of Cassation had begun to implement this new provision in its Decisions, and therefore a chain of case-law would have begun to form. However, as far as we noticed, there has not been a precedent of case law yet, and this may indicate that there are important hesitations and areas of discussion on the subject.

On the other hand, this new provision is also applicable to liability lawsuits to be filed against the directors of the bank joint stock company. In fact, it can be said that this rule is valuable and important for banks, which are the top institutions of "corporate governance", which is determined as a target for stock corporations, because the loss of the bank joint stock company is usually caused by loan transactions, and the decision of this transaction is mostly taken by the joint will of more than one director at different levels of authority and responsibility. Likewise, the execution and control of the credit decision is carried out under the control of directors at different levels.

For this reason, the examination of the issue of claiming (from whom for what reason and to what extent) and collecting the losses of the banks through the new provision, specifically losses arising from bad loans, will play a leading role in joint liability applications in other types of corporations and will contribute to the development of the Court of Cassation jurisprudence regarding different types of companies.

For this purpose, in our paper, we will first include some theoretical information on the subject and examples from the Court of Cassation decisions. Next, we will open for discussion the theory of differentiated solidarity cases by applying it to a case study from the banking industry.

We hope that these discussions will contribute to the jurisprudence of the Court of Cassation.

Keywords: differentiated solidarity, joint and several liability, differentiated solidarity, liability of joint stock company directors, liability of bank directors

GİRİŞ

Anonim şirket yöneticilerinin hukuki sorumluluğu konusu 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği farklılaştırılmış teselsül kuralı dolayısıyla yeni ve daha net bir şekil almıştır. Şirketin zararından birden çok yöneticinin sorumlu olduğu hallerde, sorumluluk davasında, mahkeme (ve çoğu halde ona yardımcı olmakla görevli uzman bilirkişi), kusur oranlarını ve sorumluluk rakamlarını bu hükümler yardımıyla daha net biçimde belirleyebilecektir.

Hükümle, davalıların sorumluluk oranının ve rakamının tespitini davanın başında ve bizzat davacının yapmış olma zorunluluğu da böylece ortadan kalkmış olmaktadır. Davacı tüm sorumlulara karşı açacağı davada tüm delilleri yığacak, kusur ve sorumluluk yönünden delilleri ayıklama ve netleştirme işini mahkeme (ve bilirkişi) yapacaktır. Bu sebeple bu hükmün, usul hukukundaki “belirsiz alacak davası”na benzer biçimde bir tür “belirsiz kusur davası” ya da “belirsiz sorumluluk davası”nı düzenlediği de düşünülebilir.

Bu yenilik banka anonim şirketinin yöneticileri hakkında açılacak olan sorumluluk davaları için de geçerlidir. Hatta bankalar için bu durum öncelikle geçerlidir. Zira banka anonim şirketinin zararı genellikle kredi işleminden kaynaklanır ve bu işlemin kararı çok büyük ekseriyetle farklı yetki ve sorumluluk seviyesindeki birden çok yöneticinin ortak iradesi ile alınır. Aynı şekilde kredi kararının icrası ve denetimi de farklı yöneticilerin kontrolünde gerçekleşir.

Bu sebeple banka anonim şirketinin bilhassa batık kredi zararının kimden hangi sebeple ve hangi ölçüye göre talep ve tahsil edilebileceği konusu muhakkak yeni yaklaşıma göre incelenmelidir.

Aşağıda bu amaçla önce bazı teorik bilgiler vereceğiz. Ardından, sorumluluk davalarında farklılaştırılmış teselsülü, bu teorik bilgilerin yerleştirildiği bir örnek olay üzerinde uygulayacağız.

Böylece şirket yöneticilerinin sorumluluğuna dair davalara akademik bir bakışla katkı yapmayı umuyoruz.

Ancak öncelikle bir hususu not etmemiz gerekmektedir:

Kurumsal yönetim zorunluluğu altındaki şirketlerin zirvesinde yer alan bankalar açısından, kendi özel kanunları gereğince, yeni TTK'dan dahi daha önceki tarihlerden itibaren bu kavram tanınmış ve az-çok uygulanmıştır. Dolayısıyla bankalar açısından çok sayıda örnek Yargıtay kararı ile karşılaşmamız beklenirdi.

Gerçi faaliyetlerine devam eden bir bankanın kendi yöneticileri hakkında sorumluluk davası açması –bilhassa imaj riski sebebiyle- sık beklenecek bir durum değildir. Ancak tasfiye ya da rehabilite amacıyla Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilen bankalar açısından çok sayıda sorumluluk davasının yürüdüğünü biliyoruz.

Ayrıca kamu bankalarının yöneticileri hakkında da yürümekte olan çok sayıda sorumluluk davasından haberdarız. (Bunların bir kısmının iktidar değişiklikleri ile ilgili ve siyasi saikli/tabanlı davalar olduğu yolundaki savunmaların bizim konumuz açısından önemi yoktur.)

Bu fiilî duruma rağmen, Yargıtay'ın karar arama web sitesinde TTK 557. maddeye ve farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk kavramlarına doğrudan temas eden sadece iki karar bulabilmiş olmamız bizim için şaşırtıcı olmuştur.

Konuyla ilgili akademik kaynaklarda, bilhassa ders kitaplarında ve makale ve monografilerde de aydınlatıcı nitelikte emsal karar bulunmamaktadır.

Bu durum bu kurumun gelişme seyrinin beklendiği ve istendiği kadar iyi olmadığı yolunda bir intiba vermekte ve dolayısıyla makalemizi ve müzakereleri daha da önemli hale getirmektedir.

I. FARKLILAŞTIRILMIŞ MÜTESELSİL SORUMLULUK

A. Farklılaştırılmış Müteselsil Sorumluluğun Kanuni Dayanağı ve Gerekçesi

1. TTK'nın konu ile ilgili 557. maddesi şu şekildedir:

III- Teselsül ve başvuru

MADDE 557- (1) Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.

(2) Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir.

(3) Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.

Bu hükmün birinci fıkrası “Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri ... bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur” cümlesinin arasına yerleştirilmiş olan “... kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde ...” ibaresi sebebiyle müteselsil sorumluluğu kişiye göre farklılaştırmakta ve bu yönü sebebiyle yeni bir kurum getirmektedir.

Bu madde hükmü bu sebeple özellikle önemlidir ve aslında Borçlar Kanunu’nun sorumluluğa ilişkin genel hükümlerinin arasında bulunması gereken bir hüküm gibi durmaktadır.

İkinci fıkrada yer alan “Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir” cümlesi de davacıya, davalıların sorumluluğu hakkında somut talepte bulunmaksızın müteselsil sorumlulardan her birinin zarardan sorumluluğunun üst sınırının kusura ve somut olayın özelliklerine göre farklılaştırılarak ve bizzat mahkemece belirlenmesini istemekle yetinme hakkını vermektedir.

Bu yönüyle bu dava, usul hukuku açısından, alacak ya da zarar miktarı yönünden tespiti mahkemeye bırakan “belirsiz alacak davası”na benzer biçimde, kusur oranı ve sorumluluk barajı yönünden tespiti mahkemeye bıraktığı için adeta “belirsiz kusur davası” ya da belirsiz sorumluluk davası” olarak adlandırılabilir bir davadır.

2. Aşağıda vereceğimiz örnekte gerekçeyi de nazara alacağımızdan, 557. maddenin gerekçesinin ilgili kısımlarını da burada veriyoruz:

1991 tarihli anonim şirket reformuyla köklü bir şekilde değiştirilen İsv. BK m. 759'dan alınan 557 nci madde, BK'nın sorumluluğa ilişkin ilkeleriyle uyum içinde bulunan bir anlayışla anonim şirkete özgü sorumluluk sistemi bağlamında müteselsil sorumluluk ile zararın tamamının birlikte dava edilmesi ve rücu ilişkilerini düzenlemektedir. ... İsviçre'de 1991 yılına kadar İsv. BK'nın eski 759 uncu maddesine dayalı olarak anonim

şirketler uygulamasında egemen bulunan ve özellikle Federal Mahkeme Kararları bağlamında sert eleştirilere konu yapılan mutlak teselsül anlayışı terk edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi 1995 tarihli bir kararında (BGE 4C.147/1995), anılan maddede yer alan farklılaştırılmış teselsül ilkesini, eski hukukun güncelleştirilmiş yorumu olarak nitelendirmiş bu sebeple 1/07/1992 tarihinden önceki olaylara da uygulanabileceğini belirtmiştir.

1) ... müteselsil sorumluluk birden çok kişinin, bu arada anonim şirketlere ilişkin hükümler çerçevesinde şirket yönetim kurulu üyelerinin, mevcut zarardan, bu zararın birlikte verilen zarar olup olmadığı dikkate alınmaksızın sorumlu tutulmalarını haklı göstermez. Ayrıca, BK m. 43 (1) hükmü, yargıcın, tazminatın türünü ve kapsamını durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre belirlemesini öngörmüştür. Bunun gibi, BK m. 44 uyarınca zarar gören, zarara razı olmuşsa, eylemi zararın doğmasına veya çoğalmasına yardım etmiş ve zarar verenin durumunu ağırlaştırmışsa hâkim tazminat tutarını indirebilir veya tazminatı vermekten büsbütün vazgeçebilir. Hakim öğretisi bu hükümlerin müteselsil sorumlulukta da uygulanabileceğinden şüphe etmemektedir. Ancak, uygulamaya başka bir anlayış hakim olmuş, müteselsil sorumluluğu “birlikte verilen zarar” kavramının tanımladığı ile tazminat hukukunun temel ilkesinin uygun nedensellik ilkesi olduğu gerçeği geri plana itilmiş ve sorumluların tümü bütün zarardan (bu arada uygun nedensellik kurallarına göre dışarda kalan) sorumlu tutuldukları gibi, BK m. 43 ve 44 hükümleri de müteselsil sorumlulukta sadece iç ilişkide dikkate alınmıştır.

2) Sorumluluk, dolayısıyla tazminat hukukunu, uygun nedensellik bağı kuralları yönetir. Bunun doğal sonucu olarak, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin şirkete birlikte değil de tek başlarına verdikleri zarardan, müteselsilen değil, tek başlarına sorumlu olmaları gerekir. Zarardan sorumlu olmayan, yani uygun nedensellik bağının dışında kalan kişinin alacaklının korunması uğruna sorumlu tutulması, müteselsil sorumluluk kavramına açıkça aykırı olduğu gibi hukuka ve adalete de terstir.

3) Müteselsil sorumluluğun uygulandığı hallerde, önce, sorumluların tek başlarına ve birlikte verdikleri zarar birbirinden ayrılmalıdır. İkinci olarak birlikte verilen zararda da kusurun ağırlığına ve diğer indirim olgularına göre farklılaştırılmış teselsüle gidilmelidir. Böylece birlikte verilen zararda herbir tazminat yükümlüsüne isnat

edilebilen zarar da belirlenmelidir. Teselsül tavanı içinde müteselsil sorumluluk gereği açığı kapama yükümü aynen devam eder. Diğer yandan, bu ayrımı ve teselsül farklılaştırmasını zarara uğrayan yapamaz. Bu sebeple, davacının zararın tamamını dava etmesine ve her bir davalının müteselsilen veya tek başına ödemesi gereken tazminat borcunu belirlemesini mahkemeden talep etmesine izin verilmelidir. Aksi halde, davacı hem davayı açarken hem de dava sonrasında, aşamayacağı güçlükler ve çözemeyeceği sorunlarla karşılaşır.

Bu bilgilere göre, aslında müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu bütün taleplerde ve davalarda geçerli sayılabilecek olan bir kural durumundaki “müteselsil sorumlulukta sorumluluk rakamının farklılaştırılması” prensibi özellikle sermaye şirketleri açısından uygulanabilir hale getirilmiş olmaktadır.

B. Farklılaştırılmış Müteselsil Sorumluluğun İzahı

1. Aynı hukuki sebeple (aynı tür kusurla) bir zarara birlikte sebep olan birden çok kişinin zarardan birlikte sorumlu olmasına müteselsil kusur sorumluluğu denir. Zarar görene karşı zararın tümü üzerinden hepsi sorumludur. Birbirlerine karşı rücu hakları saklıdır. Ancak birden çok sorumlunun olayla ilgisi ve kusur dereceleri farklı ise sorumluluk rakamı yönünden aralarında farklar bulunabilir. Bu hallerde “mutlak teselsül” denilen “tam ve birlikte sorumluluk” yaklaşımından vazgeçilmesi gereklidir.

Farklılaştırılmış teselsül denilen bu durum kendisini en çok “heyet işlemlerinde” ve “heyet sorumluluğu”nun söz konusu olduğu hallerde gösterir.¹

Nitekim yeni TTK da bu sebeple m. 557’de yöneticilerin sorumluluğu konusunda farklılaştırılmış teselsül prensibini benimsemiştir.

2. Düzenlemenin amacının daha iyi anlaşılabilmesi için Helvacı’nın şu açıklamalarını aynen vermekte fayda görüyoruz:

“Bununla birlikte, eksik teselsül şu noktalarda tam teselsülden ayrılmıştır:

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPANCI, Kadir Berk, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul, 2014, s. 74 vd.

Tam teselsülde, sorumlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi, diğer sorumlular açısından da zamanaşımının kesilmesine neden olur. Eksik teselsülde ise, sorumlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer sorumluları etkilemez.

Tam teselsülde, rücu hakkından istifade eden müteselsil borçlulardan her biri, ödediği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur. Eksik teselsülde ise, kural olarak halefîyet söz konusu değildir.

Tam teselsülde, aynı zarardan sorumlu olan birden çok kişiden yalnız biri lehine tazminatta indirim sebebi mevcut olduğu takdirde, alacaklı, bu indirim nedenine rağmen, borcun tamamının ifasını ondan isteyebilir. Eksik teselsülde, lehine indirim sebebi bulunan borçlu, tazminatın indirilmiş miktarı oranında sorumludur.

Bilhassa tam teselsül ile eksik teselsül arasındaki bu üçüncü fark (bireysel indirim sebeplerinin dikkate alınıp alınmayacağı), tam teselsülde hafif kusurlu bir yönetim kurulu üyesinin ağır kusurlu yönetim kurulu üyesi ile aynı miktardan sorumlu tutulmasına, kusursuzluğunu ispat eden yönetim kurulu üyesinin sorumluluktan kurtulmasına rağmen hafif kusurlu yönetim kurulu üyesinin zararın tamamından sorumlu tutulmasına, eski BK 43 ve 44'te yer alan indirim sebeplerine dayanılmamasına sebep olmuştur. Farklılaştırılmış teselsülün kabulünün temelinde, bu farklılığın ortadan kaldırılması gereği yatmaktadır.”²

3. Yine Göktürk/Can da konuyla ilgili olarak şu yerinde açıklamaları yapmaktadır:

“Farklılaştırılmış teselsül, esas itibariyle alacaklı menfaatlerini koruyan mutlak teselsül sorumluluğu ile borçlunun menfaatini koruyan iç ilişkideki paya göre sorumluluk arasında kalan bir çözüm yoludur. Farklılaştırılmış teselsül ilkesini mutlak teselsülden ayıran temel özellik, her bir borçlunun şahsi kusuru, eyleminin netice bakımından illiyet derecesi ve hal ve şartlar gibi, sorumluluğun şahsen daha düşük miktarda takdir edilmesini gerektiren sebepleri, alacaklıya karşı savunma imkanı olarak dermeyan etme hakkını bahsetmesi ve hakimin dış ilişki açısından sorumluluk miktarını bu hal ve şartları gözetmek suretiyle takdir etmesidir (6102 s.K m 557/I). ./ . Başka bir deyişle hakim, somut

² HELVACI, Mehmet, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2013/2, (s. 77-96), s. 84.

olay koşullarına göre münferit borçlunun teselsül ilişkisi içerisinde şahsen alacaklıya karşı ne miktarda sorumlu olduğunu dış ilişki bakımından şahsi indirim sebeplerini göz önünde bulundurarak tespit edecektir.”³

4. Farklılaştırılmış müteselsil sorumluluğun adaletsiz sonuçlar doğuracağına işaret eden yazarlar da olmuştur.

Bunlardan Helvacı oldukça aykırı bir gerekçeyle, farklılaştırılmış teselsülün alacaklı açısından tam teselsüle nazaran adaletsiz bir sonuç doğuracağını savunmaktadır:

“Ortada bir mağduriyet olacağı kesindir. Ancak, bu mağduriyetin kimin üzerinde kalmasının hakkaniyete daha uygun olacağına bakmak lazımdır. Kanun farklılaştırılmış teselsülü benimsediği için, mağduriyet burada artık alacaklının üzerinde kalacaktır. Bunun doğru bir sistem olmadığı, bir mağduriyet söz konusu olacaksa, kurul halinde çalışan kimseler açısından, mağduriyetin bu kurul üyeleri üzerinde kalmasının daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca, mağdurun kusursuz, yönetim kurulu üyesinin ise az ya da çok kusurlu olduğu da sabittir.”⁴

5. Ayrıca belirtelim ki –yukarıda yer verdiğimiz gerekçenin ilk paragrafının son cümlelerinde de vurgulandığı üzere- bu yeni kanunla açıklanan sorumluluk sistemi yeni TTK’nın öncesinde açılmış olan davalarda da uygulanabilecek hükümler durumundadır. Zira bu düzenleme tamamen yeni bir hukuki yaklaşım getirmemekte, sorumluluk hukukunun esasları içinde zaten var olan bir yaklaşımı şirket yöneticileri yönünden özelleştirmekte ve netleştirmektedir.

C. Yargıtay’ın Yaklaşımı

1. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2019/4815 E., 2021/4664 K. sayılı kararına konu olayın özeti şu şekildedir:

Davacı ortak davalı yönetim kurulu üyelerinin şirketin taşınmazını gerçek değerinden daha düşük bedelle satmak (gerçek bedelin bir kısmını şirket hesaplarına geçmek ve

³ GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi, “Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2011, (s. 247 – 283), s. 249.

⁴ HELVACI, 2013, s. 86

kalanı şahsi varlıkları haline getirmek) suretiyle dava dışı şirketi zarara uğrattıkları gerekçesiyle tazminat davası açarak şirketin zararının şirkete ödenmesini talep etmiş, mahkemece dava haklı bulunarak davalı yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğuna hükmedilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise bozma kararında 557. madde hükümlerinin uygulanması gerektiğini bildirmiştir.

Ancak kararda bu uygulamanın nasıl yapılacağı hususunda bir ayrıntı ya da yönlendirme bulunmamaktadır.

Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu zamanında var olan üyelerin mutlak müteselsil sorumluluğu sisteminden farklı olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 557.maddesinde, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak Kurumsal Yönetim İlkeleri çerçevesinde “farklılaştırılmış teselsül ilkesi” benimsenmiştir.

Bu yeni düzenleme uyarınca, hiç bir yönetim kurulu üyesi kendisinin sebep olmadığı zararlardan sorumlu değildir. Sorumluluk dış ilişkide kişisel kusurun varlığına bağlıdır. Aynı zarardan birden fazla yönetim kurulu üyesi kusurlu ise zararın tamamından müteselsil sorumlulukları devam eder. Ancak zararın ortaya çıkmasında tek bir üyenin kusuru varsa kural olarak diğer üyeler dış ilişkide sorumluluktan kurtulur. (H. , Şirketler Hukuku, 7.B. S 671 vd.)

Somut olayda dosya kapsamında yapılan incelemede dava konusu taşınmazın satışı için alınmış bir yönetim kurulu kararının varlığı anlaşılammış olup, taşınmaz satışının da tek imza ile yapıldığı görülmüştür.

Mahkemece anılan eksiklikler incelenerek, TTK 557/1 maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin tamamının mı, yoksa bir kısmının kusuruyla zararın ortaya çıktığı belirlenerek her bir yönetim kurulu üyesinin sorumlu olacağı miktar tartışılıp değerlendirilmeden hüküm kurulması da doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.

2. Yine 15. Hukuk Dairesinin 2020/1186 E., 2021/2348 K. sayılı kararına konu olayın özeti şu şekildedir:

Davacı arsa sahibi davalı müteahhide tapu devri için vekalet vermiş, davalı bu vekaletle dayanarak tapuyu kendi kurucusu olduğu kooperatife devretmiş ve bazı kat irtifakı tapuları kooperatifçe satılıp devredilmiş ancak davacının arsa payı karşılığı almayı umduğu taşınmazlar kendisine verilmemiştir. Bunun üzerine davacı davasında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshini ve taşınmazların ya da bedellerinin iadesini talep etmiştir. Mahkeme davalılardan vekilin ve kooperatifin vekaleti suistimal ederek satış yaptığı kanaatine varmış ve müteselsil sorumluluklarına hükmetmiş, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ise farklılaştırılmış teselsülün bu olayda da kıyasen uygulanması gerektiğini bildirmiştir.

Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“... kat irtifakı tapusunu devreden davalılar açısından, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 557. maddesinde kanuni düzenlemesi bulunan farklılaştırılmış teselsül ilkesine benzer şekilde sonuca gidilmelidir. Farklılaştırılmış teselsülde, alacaklının menfaatlerini koruyan mutlak teselsül yapısı ile borçluların menfaatlerini koruyan iç ilişkide kendisine düşen payla sorumluluk arasında bir ortalamaya gidilmekte, bir kişinin tek başına iken sorumlu olacağı tutar gözetilmektedir.”

3. Yargıtay’ın karar arama sitesinde, TTK 557’yi de nazara almasını gerektiren ancak karar metinlerine göre bu hükmü nazara almadan değerlendirme yaptığı izlenimini veren bazı kararlarına rastlamış bulunuyoruz. Bunlardan yakın tarihli üçünü aşağıda veriyoruz.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2019/1826 E., 2020/4154 K. sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Hükme esas alınan 27/11/2014 tarihli kök bilirkişi raporu ve 23/05/2016 tarihli ek rapor incelendiğinde; kurum zararının meydana gelmesinde davalı ...’in yüzde 30 hafif kusurlu olduğunun, diğer davalıların kusurlarının bulunmadığının belirtildiği, kök raporda davalı ...’in kusur oranı dikkate alınmaksızın zarar miktarının hesaplandığı, ek raporda ise hem kusur oranı dikkate alınmadan, hem de yüzde 30 kusur oranı dikkate alınarak terditli hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır.

Şu halde, hükme esas alınan kök ve ek raporlarda davalı ...’in yüzde 30, davacının ise yüzde 70 müterafik kusurlu bulunduğu gözetilerek 23/05/2016 tarihli ek raporda davalı

... 'in yüzde 30 kusur oranına göre hesaplanan miktar üzerinden sorumlu tutulması gerekirken, davacının kusur oranı indirilmeden hesaplanan miktar üzerinden sorumlu tutulması doğru olmamış, açıklanan nedenle bölge adliye mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.”

Yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2017/1458 E., 2020/861 K. sayılı kararının bir kısmı şu şekildedir:

“Dosyadaki bilgi ve belgelerden; mahkemenin hükme esas aldığı son bilirkişi raporu ile dosyada daha önce alınan bilirkişi raporları ve aynı nitelikteki kredi işlemlerine dair alınan raporlar arasında kusur yönünden çok açık çelişkiler olduğu anlaşılmakta olup mahkemece, raporlar arasındaki çelişki giderilmeden karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmemiştir.”

Ayrıca Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2017/44625 E., 2017/31026 K. sayılı kararına konu olayda farklılaştırılmış teselsül prensibinin fiilen uygulanmış olmasına karşılık gerekçe olarak TTK 557'ye atıf yapılmaksızın “hakkaniyet gereğince” denilmiş olması özellikle ilginçtir:

“Söz konusu işlemlerde mudinin tediye fişini imzalayıp imzalamadığını kontrol etmeyi atlamaları her iki gişe yetkilisinin kusurlu olduğunu; gişe yetkilisi ...'in imzası tahdında 16.524,29 TL ödeme yapıldığı anlaşıldığından kendi işlemi nedeniyle %100 kusurlu olup, bu ödemenin tamamından sorumlu olması gerektiği, diğer gişe yetkilisi ... imzasıyla 9.059,64 TL ödeme yapılması karşısında yine adı geçenin kendi işlemi nedeniyle %100 kusurlu olup bu miktarın tamamından sorumlu olması gerektiği tespit edilmiştir.

Davalılardan ...'ün sorumluluğu bakımından, 03/08/2001 tarihi itibari ile sona eren iş sözleşmesine kadar istihdam edildiği kadronun "uzman" unvanında olduğu, ödemeyi yapan gişe yetkilileri ile bu görevlilerinin işlemlerini kontrol etmekle görevli şube müdürü arasında bir ara yönetici konumunda olduğu, bu nedenle kontrol görevini yerine getirmekle yükümlü olduğu ve fakat iddiası doğrultusunda izinde olduğu dönemlerin araştırılarak bu dönemler dışında yapılan usulsüz ödemelerden hakkaniyet gereği %60 oranında sorumluluğuna gidilmesi gerektiği anlaşılmıştır.

Diğer davalı ... ise, 29/06/2001 tarihinde göreve başladığını, göreve başladıktan hemen birkaç gün sonra böyle bir olayın yaşandığını, kendisinin işlemlerden haberi olmadığını beyan etmiş ise de; görev pozisyonunun "şube müdürü" olduğu, usulsüz işlemlerin 03/07/2001, 31/07/2001 ile 28/09/2001 tarihlerinde gerçekleştiği, sonuç olarak tüm usulsüz işlemlerde kendisinin şubede şube müdürü pozisyonunda çalıştığı, uzman kadrosundan sonra kendisinde olan denetim görevini yerine getirmediği anlaşıldığından, yetki ve sorumlulukları nazara alınmak suretiyle hakkaniyet kuralları gereğince %50 oranında banka zararından sorumlu tutulması gerektiği anlaşılmıştır.

Mahkemece, yukarıdaki değerlendirmeler doğrultusunda ve faizin başlangıcı noktasında bankaca zararın ödendiği tarihten faiz işletilmek üzere hüküm tesisine gidilmelidir."

II. BANKALARDA MÜTESELSİL SORUMLULUK

A. Banka Anonim Şirketi Yöneticilerinin Sorumluluğu

1. Bankacılık Kanununun 7/1-a hükmü gereğince bankalar anonim şirket olarak kurulmak zorundadır. Banka anonim şirketine, öncelikle Bankacılık Kanunu ve bu kanundan hüküm bulunmayan hallerde de yine Kanunun 2/3. maddesi gereğince genel hükümler ve dolayısıyla TTK'daki anonim şirket hükümleri uygulanacaktır⁵.

Bankacılık Kanununda yönetim yetkisine ve kredi düzenine ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmakla birlikte BankK 110'daki özel sorumluluk hali dışında sorumluluğa ve birlikte sorumluluk halinde teselsüle ilişkin özel bir düzenleme yoktur.

2. Bu durumda anonim şirket yöneticisinin sorumluluğuna ilişkin TTK'daki hükümler bankalar hakkında da uygulanacaktır.

Ancak belirtelim ki farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk sisteminin TTK 557 ile yürürlüğe girmesinden önce de bankacılık sisteminde bu tür sorumluluğun uygulanacağı

⁵ Bu iki kanun arasındaki ilişkinin hukuki niteliği hakkında bkz. GÖKTÜRK, Kürşat, **Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 2013, s. 39 vd.

yolunda görüşler vardı. Bunlardan Tekinalp'in görüşünün özellikle önemli olduğunu düşünüyörüz.⁶

Doğrusöz, bu teklifin (eski) BK 50'ye aykırı olduğu için eleştirildiğini bildirmekte ve BankK 110'daki "zararla sınırlı olarak" kaydından da hareketle kendisi Tekinalp'in teklifini ve görüşünü benimsemektedir.⁷

3. TTK'nın anonim şirketlerde yönetimle ilgili hükümleri şunlardır:

B) Yönetim ve temsil

I- Genel olarak

1. Esas

MADDE 365- (1) Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Kanundaki istisnai hükümler saklıdır.

2. Görev dağılımı

MADDE 366- (1) Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer. Esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir.

(2) Yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir.

3. Yönetimin devri

MADDE 367- (1) Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir,

⁶ TEKİNALP, Ünal, **Fondaki Bankanın Hukuku**, Lebib Yalkın Yayınları, İstanbul, 2003, s. 81.

⁷ DOĞRUSÖZ, Hanife, **Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 128.

özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.

(2) Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir.

5. Özen ve bağlılık yükümlülüğü

MADDE 369- (1) Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.

(2) 203 ilâ 205 inci madde hükümleri saklıdır.

Yukarıdaki hükümlerden 367. maddede yer alan “tedbirli bir yöneticinin özeni” ölçüsü banka yöneticileri açısından da kusurun ve sorumluluğun ana ölçüsü durumundadır.

4. TTK'nın 553. maddesi sorumluluğun ve dolayısıyla özen borcunun mahiyeti ile ilgili olarak şu hükmü getirmektedir⁸:

V- Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu

MADDE 553- (1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

⁸ Bu hükmün ve bilhassa üçüncü fıkrasının tepkisel niteliği, amacı, gerekçesi ve eski TTK açısından karşılığı ile ilgili olarak bkz. GÖKTÜRK, 2013, s. 239 vd. ve bilhassa 247 vd.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.

5. Bu vesileyle belirtelim ki her tacirin ve bu kapsamda banka anonim şirketinin TTK'nın 18/2. maddesi gereğince üçüncü kişilerle ilişkilerinde uyacağı "basiretli bir işadamı gibi davranma" ölçüsü ile banka tüzel kişinin kendi yöneticilerinden bekleyeceği "tedbirli bir yöneticinin özeni" ölçüsü arasında fark vardır. Diğer ifadeyle üçüncü kişiler banka tüzel kişisini (ve dolayısıyla mali sonuçları yönünden banka pay sahiplerini) "basiretli davranış" ölçüsü ile sorumlu tutarken banka tüzel kişisi (ve dolayısıyla banka pay sahipleri) banka yöneticilerini "tedbirli bir yönetici" olup olmamaktan sorumlu tutacaklardır. Eski TTK döneminde de var olan ve eleştirilen bu farkın yeni TTK'da da muhafaza edilmesinin sebebi tartışmaya muhtaçtır.

6. Eski TTK döneminde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ile yönetim kuruluna bağlı çalışan diğer yöneticilerin özen borcu arasında bazı teorik farklar gösterilmekte idi. Ancak bu farkların haklı gerekçeleri bulunamıyordu. Yeni TTK özen borcu ve zarardan sorumluluk konularında yönetim kurulu ile diğer yöneticiler arasındaki ayrımı kaldırarak tümü için geçerli genel bir özen borcu belirlemiştir.

7. Bu özen ölçüsü elbette anonim şirketin faaliyet kapsamına ve türüne göre de farklılık gösterecek biçimde her somut olayda uygulanacak genel geçer bir ölçü niteliğindedir. Bu sebeple öncelikle bankalar açısından özelleştirme gereklidir⁹. Aşağıda önce bu hususu değerlendireceğiz.

B. Kredi Uygulamaları Hakkındaki Düzenlemeler

1. Bankacılık faaliyetinde yöneticilerin sorumluluğu genellikle kredi tahsis ve kullandırma işlemleri kapsamında gündeme gelir.

Bu sebeple Bankacılık Kanunu bankaların kredi uygulamalarını önemi sebebiyle ayrıntılı olarak düzenlemiş ve bankalardan buna uygun bir yönetim düzeni kurmalarını istemiştir.

⁹ GÖKTÜRK, 2013, s. 119.

Öncelikle Kanununun 22 ve devamı maddelerinde “kurumsal yönetim” zorunluluğu düzenlenmiştir¹⁰.

2. BankK. 24/3’te genel yetki ve sorumluluğun öncelikle yönetim kuruluna ait olduğu vurgulanmıştır:

İç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin ilgili mevzuata uygun olarak tesis edilmesi, işlerliğinin, uygunluğunun ve yeterliliğinin sağlanması, finansal raporlama sistemlerinin güvence altına alınması, banka içindeki yetki ve sorumlulukların belirlenmesi yönetim kurulunun sorumluluğundadır.

3. Yine 31. maddede “Risk yönetimi sistemi”nin yönetim kuruluna bağlı olduğu vurgulanmıştır:

Bankalar risk yönetimi sistemi kapsamında, risk politikalarını Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde oluşturmak, uygulamak ve raporlamak zorundadır. Risk yönetimi faaliyetleri yönetim kuruluna bağlı olarak çalışacak risk yönetimi birimi ve personeli tarafından yürütülür.

4. Ayrıca “Kredi açma” başlıklı 51/1-2. madde de kredi açma işleminde yetki devri ile ilgili kuralları ve sınırları şu şekilde belirlemektedir:

Kredi açma yetkisi yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu; kredi açma, onay verme ve diğer idarî esaslara ilişkin politikaları oluşturmak, bunların uygulanmasını ve izlenmesini sağlamak ve gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Yönetim kurulu kredi açma yetkisini Kurulca belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde kredi komitesine veya genel müdürlüğe devredebilir. Genel müdürlük kendisine devredilen kredi açma yetkisini diğer birimleri, bölge müdürlükleri veya şubeleri aracılığıyla da kullanabilir. Kredi komitesinin oluşumu ile çalışma ve karar alma esasları Kurulca belirlenir. Bu Kanununun kredi sınırlarına ilişkin hükümlerine tâbi olmayan krediler için kredi açma yetkisi yönetim kurulunca belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde devredilebilir.

¹⁰ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Kaban, İsmail, Bankalarda İç Kontrol ve İç Denetim, İstanbul-2017, s. 59 vd., EMİNOĞLU, Cafer, **Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim**, İstanbul-2015, Bölüm III.

5. Yine “Kredilerin izlenmesi” başlıklı 52. madde de kredi ve risk takibi ile ilgili kurallar şu şekilde netleştirilmiştir:

Bankalar, kredileri nedeniyle maruz kalınacak riskleri ölçmek, karşı tarafın malî gücünü düzenli olarak analiz etmek ve izlemek, gerekli bilgi ve belgeleri temin etmek ve bunlara ilişkin esasları belirlemek zorundadır. Kredi müşterileri bu çerçevede konsolide ve konsolide olmayan bazda istenilen bilgi ve belgeleri bankalara vermekle yükümlüdür.

Sermayesinin yarısından fazlasına genel ve katma bütçeli dairelerin, kamu iktisadi teşebbüslerinin, 28.5.1986 tarihli ve 3291 sayılı Kanun kapsamına alınan kuruluşların sahip olduğu kurum ve ortaklıklara ve bankalar dışında kalan müşterilere açılacak kredi ve verilecek kefalet ya da teminatların Kurumca belirlenecek tutarı geçmesi hâlinde alınacak hesap durumu belgesi ile eki bilanço ve kâr ve zarar cetvellerinin genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine uygunluğunun Kurumca belirlenecek esaslar dahilinde 1.6.1989 tarihli ve 3568 sayılı Kanuna göre ruhsat almış, denetim yetkisine sahip meslek mensupları tarafından onaylanması şarttır.

6. Son olarak “Karşılıklar, teminatlar ve kayıttan düşme” başlıklı 53/1. maddede de kredilerin izlenmesi ve batık kredilerin tasfiyesi şu şekilde düzenlenmiştir:

Bankalar, krediler ile ilgili olarak doğmuş veya doğması muhtemel zararların karşılanması için yeterli düzeyde karşılık ayrılmasına, kredilerin kalitesine ve sınıflandırılmasına, garantilerin ve teminatların alınmasına, bunların değerinin ve güvenilirliğinin ölçülmesine, takibe alınan kredilerin izlenmesi ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yayımlanan Türkiye Finansal Raporlama Standartlarına göre kayıttan düşülmesine, kredilerin yeniden yapılandırılması dâhil geri ödenmelerine ilişkin politikaları oluşturmak ve uygulamak, bunları düzenli olarak gözden geçirmek, tüm bu hususları icra edebilecek gerekli yapıları tesis etmek ve işletmek zorundadır. Bu fıkra hükmünün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.

C. Banka Yöneticisinin Özen Borcuna Dair Düzenlemeler

1. Yukarıda 1. başlıkta yer verdiğimiz hükümler, banka anonim şirketinin tüm yöneticileri için geçerli ortak özen borcu ve sorumluluk hükümleri koymaktadır. Bu sebeple bir sorumluluk davasında davacı bankanın türünün (kamu/özel, mevduat/katılım /kalkınma

ve yatırım vd.) davalıların hiyerarşik statüsünün (yönetim kurulu üyesi, diğer çalışanlar) ve hukuki statüsünün (memur¹¹, işçi¹², İFP¹³. vd. olmasının) kusuru ve sorumluluk yönünden önemi yoktur. Önemli olan davalıların kendi statülerine uygun statüdeki “tedbirli bir banka yöneticisi”nin meslekî özen borcuna uygun davranıp davranmadıklarıdır.

2. Banka işletmesi için özenin ölçüsü şöyle tarif edilebilir: İşinin ehli olduğu bilinen ve kendisine bu sebeple görev verilen bir uzman yöneticinin kendi pozisyonunda göstermesi gereken özen ne ise her bir banka yöneticisi o özeni göstermelidir.¹⁴

3. Özen borcuna aykırılık kusur oluşturur ve zarar da varsa sorumluluk gerektirir. Kusurun kast ya da ağır kusur olduğu hallerde zararın tam tazminine hükmedilmesi beklenirken hafif kusur halinde tazminatta “kusur oranında” indirim gündeme gelir. Zira haksız fiilde kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler TBK. 114/2 atfı ile sözleşme içi sorumluluk hükümlerine de uygulanacak hüküm durumundadır.

TBK. 114 hükmü şu şekildedir:

11 Halen kamu bankalarının (kamusal sermayeli bankaların) bütün çalışanları işçi statüsündedir. Ancak 2001 öncesine ait davalarda verilen kararlarda davalıların memur hukukuna tabi oldukları yolunda savunmalarıyla ve bu savunmaya değer atfeden kararlarla karşılaşılabılır. Kanaatimizce o dönem için bu savunmalara itibar edilmemesi gerekliydi.

12 Yönetim kurulu başkanı ve üyeleri dışındaki banka çalışanları hukuken işçi statüsünde olmakla birlikte uygulamada Çalışma Ekonomisi Bilim Dalının bir ayrımı olan “mavi yakalı-beyaz” yakalı ayrımından yola çıkılarak kol gücüyle çalışan mavi yakalılara işçi, beyin gücüyle çalışan beyaz yakalılara ise memur denmektedir. Ancak bu farkın ve adlandırmanın hukuken değeri olmadığı gibi konumuz açısından da önemi yoktur.

13 İFP, “ihtiyaç fazlası personel” kelimelerinin kısaltması olup bilhassa Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası’nın özelleştirmeye hazırlanması sürecinde memur kadrosundaki personeline; işçi kadrosuna geçerek bankada kalmak ve bankacı olmayı sürdürmek ya da memur kalmakta ısrar ediyorsa “ihtiyaç fazlası personel” kategorisine alınarak başka kamu kurumlarına gönderilmek şeklinde bir alternatif sunulmuş idi. Bu dönemde İFP olarak anılan bu personelin bankada bir süre daha çalışması söz konusu oldu. Bu ara dönemde çalışanlar için sorumluluk şeklen memur hukukuna göre de şekillense, neticede “bankacının sorumluluğu” olarak kabul edilmelidir.

14 GÜLERCİ, Altan Fahri, **Sorumluluk Hukuku Bakımından Bankacılıkta Risk Kavramı**, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, İstanbul, 2015, s. 153 vd. ve bilhassa s. 197 vd. Ayrıca bkz. DOĞRUSÖZ, 2010, s. 138-139.

II. Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı

1. Genel olarak

MADDE 114- Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.

Burada atıf yapılan haksız fiil hükümleri arasında özellikle şu üçü önemlidir:

II. Zararın ve kusurun ispatı

MADDE 50- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

III. Tazminat

1. Belirlenmesi

MADDE 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

2. İndirilmesi

MADDE 52- Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

4. Bu noktada, banka anonim şirketinin karmaşık yapısı ve faaliyet tarzı sebebiyle, banka yöneticilerinin ve bilhassa banka yönetim kurulu üyelerinin, diğer anonim şirket

yöneticilerine nazaran daha yüksek derecede özen yükümlülüğü altında olduğunu söylemek gerekir. Gerçekten banka yönetim kurulu üyelerinin alelade anonim şirketlere nazaran daha fazla özellik, tecrübe, eğitime sahip olması ve ayrıca görev alabilmeleri için BDDK'nın zımni izni gerektiğinden bunlardan beklenen özen derecesinin de yüksek olması doğaldır.¹⁵

Dolayısıyla banka yöneticilerinin, özellikle kredi kararlarında, gerekli inceleme ve araştırmaları yapması, yeterli teminatları alması ve ülke ekonomisinin içinde bulunduğu durumu da dikkate alarak iyi niyetli bir şekilde karar vermesi gereklidir.

5. Yukarıdaki hükümlerden de anlaşılacağı üzere BankK 23/3 ve 31 gereğince risk yönetimi konusunda asıl sorumluluk yönetim kuruluna aittir.

Aynı şekilde kredi açma konusunda da yetki BankK 51/1 gereğince yönetim kuruluna aittir.

Kurul 51/2 gereğince bu yetkisini, tarif etmek ve yönlendirmek suretiyle genel müdürlüğe ve genel müdürlük de bölmek ve sınırlandırmak suretiyle alt birimlere aktarabilir. Alt seviyelerdekilerin yetkisi “devralınmış yetki”dir. Bu yetki devri, sorumluluğun da aktarılması anlamına gelir. Yönetim kurulu yetkisini devrettiği hallerde sadece “doğru kişiyi görevlendirmiş olmamaktan, doğru biçimde yönlendirmiş olmamaktan ve doğru şekilde denetlemiş olmamaktan” sorumludur¹⁶. TTK'nın yukarıda yer verdiğimiz 553/2 ve bilhassa 553/3 hükmünün yetki devrinde devreden sorumluluğunun sadece doğru kişiyi seçmekle sınırlı olduğu şeklinde anlaşılması bilhassa hiyerarşiye ve kurumsal yönetime özel bir önem veren bankalar açısından mümkün değildir¹⁷.

6. Bu kurallar anonim şirketler hukukunda öteden beri geçerli genel kuralların bankacılık sektörüne yansımaları niteliğindeki kurallar olup uluslararası ve yerel bankacılık tecrübelerinin de yardımıyla her bir yeni Banka Kanunu ile daha da geliştirilmiş ve halen

¹⁵ DOĞRUSÖZ, 2010, s. 142-144.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. BATTAL, Ahmet, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, II. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 216. GÜLERCİ, 2015, s. 213 vd.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKTÜRK, 2013, s. 250.

yürürlükteki 5411 sayılı Bankacılık Kanununda (BankK) en ayrıntılı biçimde ifadesini bulmuştur:

7. Banka zararına sebep olan (kısmen ya da tamamen zarar yazılan) kredinin yönetim kurulu kararı ile verildiği hallerde bu kararın bankanın iç yönergelerine¹⁸ uygun olup olmadığı üzerinde durulmayacaktır. Zira yönetim kurulu bu kuralları kendisi için değil kendisine bağlı alt birimler için koyan bir organ durumundadır ve bu kurullarla bağlı olduğunu varsaymak mümkün değildir. Nitekim uygulamada yönetim kurulunun bu anlamda kendisini aşan kararlarla yani “*istisnai karar*” türünden karar alarak icraat yaptığı da görülmektedir.

Bu açıdan yönetim kurulunun değişmiş olup olmadığının da önemi yoktur. Zira, bir yönetim kurulunun, kendisinden sonra gelecek olan diğer bir yönetim kurulunu bağlayıcı biçimde bir yönerge hazırlaması mümkün değildir.

D. Kredi Teminatları İle İlgili Düzenlemeler

1. Önceki Bankalar Kanunlarında da yer alan ve nihayet yürürlükteki 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 53/1. maddesi ile de öngörülmüş olan “teminata dayalı işlem ilkesi” bankacılığın en önemli işletme ilkelerindedir. Bu ilke aynı zamanda bankaları “güven kuruluşu” haline getiren ilkelerden de biridir.

Bu durumda bankacılıkta sağlam teminatın ne olduğu ayrıca değerlendirilmelidir.

2. Belirtelim ki bankanın, alacağına karşılık, kredi borçlusundan, sadece borçlunun imzasını taşıyan türden bir senet alması gerçek anlamda bir teminat değildir. Zira senet ancak inkâr riskini bertaraf eder. Borcu ödeyememe riskini ise ancak gerçek teminat bertaraf edebilir.¹⁹

Teminata dayalı işlem ilkesi sebebiyle bankaların gerçek bir teminat almaksızın kredi vermeleri (açık kredi) ancak küçük krediler için ve istisnai hallerde mümkündür. Aksi

¹⁸ İç yönerge yerine uygulamada zaman zaman yanlış olarak “yönetmelik” ifadesi de kullanılmaktadır. Bu durum kamu sermayeli bankaların 2000 öncesi statülerinin etkisiyle süren yanlış bir kavramsallaştırmadır.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BATTAL, Ahmet, **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, (Doçentlik Tezi), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2001, s. 80. dñn. 221.

halde mali durumun bozulması kaçınılmazdır. Zira bankalar sadece kendi kaynaklarını değil kendi öz kaynaklarının kat be kat fazlasına ulaşan mevduat kaynağını kredi olarak kullandırırılar.

Mevduatın, bankaya duyulan güvenin bir sonucu olarak bankaya tevdi edilmesinin sebebi de bankanın kredi müşterisinin sözüne/vaadine “*güvenmekle yetinmemesi*”dir. Diğer ifadeyle bankaların güven kuruluşu olması demek, kredi müşterisinin verdiği söze sadık kalacağına güvenmeyen bir kuruluşun güven kurumu olması demektir. “Güvenmeyene güvenmek” biçiminde (ve bir ölçüde paradoksal olarak) ortaya çıkan bu durum bankacılığın en esaslı prensibidir²⁰.

3. Teminata dayalı işlem ilkesi, elbette, özkaynak olarak kamu kaynaklarını kullanan kamu bankaları ve yöneticileri için de geçerlidir. Kamu bankalarının kredilerinin bazı hallerde bir tür sübvansiyon niteliği taşıdığı 2000’den önceki eski dönemlerde de “görev zararı” olarak ifade edilen bu sübvansiyonlar bankanın zararı değil sermayedar durumundaki Hazinesinin zararı olarak görülmekte idi. Ve yine bu eski dönemlerde de teminatsız işlem ancak bir istisnai işlem durumunda idi.

Aynı şekilde şirketlerin kamu sektörüne olan borçlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin olarak özel kanunlarla yapılan kimi uygulamalar ve genel olarak ekonominin krizlerden kurtarılmasına yönelik kamusal nitelikli makro iktisadi uygulamalar da bir bankanın teminatsız işlem yapması için yeterli gerekçe oluşturabilecek nitelikte emsaller değildir.

4. Teminat olarak alınabilecek en kıymetli değer, hiç şüphesiz, İcra ve İflas Kanununun öngördüğü özel imtiyazların ve paraya çevirme kurallarının da yardımıyla, ipotek işlemidir. İpotek alınan hallerde, takip masrafları ve temerrüt faizini de karşılamak üzere, teamül olarak, kredinin azami haddinin iki katı değerindeki gayrimenkul üzerine ipotek konulmaktadır.

İpoteğin ekspertiz değerinin doğru tespit edilmesi ve sahip olduğu sırada bu değeri aşmayacak biçimde bir sıra üzerinden ipotek tesisi en sağlam teminat biçimidir. Diğer ifadeyle önemli olan ipoteğin sırası değil borçlusu tarafından ödenmeyen bir alacağı

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. BATTAL, 2001, s. 81-82.

karşılama seviyesidir. Mesela 100 TL’lik bir taşınmazın üzerine her biri 5 TL’lik 15 ipotekten sonra 16. sırada 40 TL’lik alacak için ipotek konulmuşsa bu alacağın 15 TL kısmı için gerçekte bir teminat alınmamış demektir.

5. Kefaletin iyi bir teminat olması için ise “ödeyemezse ödeyeceğim” kuralına uygun olarak asıl borçlunun borcu ödeyememesinden ve dolayısıyla bunun sebeplerinden bağımsız bir biçimde (asıl borçlunun ödeyememe riskinden bağımsız olarak) borcu “ödeyebilecek” bir kişinin kefil olmuş olması gerekir.

Dolayısıyla, bir ailenin kader birliği içindeki fertlerinin birbirine kefil olması halinde, birinin mali durumu bozulduğunda diğerinin de mali durumu bozulmuş olacağından, gerçekte sağlam bir kefalet hali söz konusu değildir. Aynı şekilde bir şirketler ailesi (şirketler grubu, holding, konzern vb.) nin birbirine kefaleti de teminat oluşturmak yönünden anlamlı bir kefalet değildir.

Yine aynı şekilde borcu için ipotek veremeyen bir sermaye şirketinin borcuna kefil olmayı kabul eden bir büyük (hakim) ortağın da genellikle şahsen ipotek veremeyeceği açık olduğuna göre, bu ortağın şirket borcu için (uygulamadaki yanlış ifadesiyle “şirketinin borcu için”) kefalet vermesi genellikle değersizdir.

6. Nitekim 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 49. maddesi aynı risk grubu içinde bulunan gerçek ve tüzel kişileri çeşitli yönlerden tasnif etmiş ve riskin dağıtılması ilkesini ifade eden BankK. 54 vd. maddelerdeki kredi sınırlarının uygulanması açısından bir risk grubunda bulunan bütün gerçek ve tüzel kişileri tek bir kişi gibi kabul etmiştir.

Yine bu hükümler arasında bulunan 49/4. maddede yer alan şu düzenleme de doğrudan doğruya kefaletle ve konumuzla ilgili bir sınırlayıcı hüküm sevk etmiştir: “*Bu maddenin uygulanmasında aralarından birinin ödeme güçlüğüne düşmesinin diğer bir veya birkaçının ödeme güçlüğüne düşmesi sonucunu doğuracak boyutta kefalet, garanti ve benzeri ilişkiler bulunan gerçek ve tüzel kişiler ilgili risk gruplarına dahil edilir.*” Yani iki şirketten her biri diğerinin borçlarının önemli kısmına kefil olmuşa, kredi verecek banka açısından bu iki şirket artık tek şirket gibi değerlendirilir.

7. Grup içi kefaletin sağlam bir teminat oluşturmayacağı hususundaki en açık hüküm ise BankK. 54/5’te yer alan şu hükümdür: “*Bir risk grubuna kullandırılan kredilerin*

teminatını oluşturmak üzere aynı risk grubuna dâhil gerçek ve tüzel kişilerden kabul edilen aval, garanti ve kefaletler risk grubuna ait kredi sınırlarının hesabında dikkate alınmaz.”

Bu hükmün sebebi bu kefaletlerin aslında gerçekte bir kefalet olmaması ve dolayısıyla aynı grup içinde bulunan asıl borçlu ve kefilin 54/1-3 ile belirlenen ortak/tek kredi sınırının bu iki işlem sebebiyle ayrıca şişirilmesinin gerekli görülmemesidir.²¹

8. Bu hükümlerin eski kanunlarda bu ölçüde net biçimde yer almamış olması bankacılık uygulamalarında bu yaklaşımın gerekli olduğunun bilinmemesinden kaynaklanmamakta, kanuna girmesinin gerekli görülmemesinden doğmaktadır.

Diğer ifadeyle yukarıdaki değerlendirmelerimiz eski ve genel bilgilerdir; ilkesel niteliktedir ve dolayısıyla Bankacılık Kanununun yürürlüğe girmesinden (2005) önceki dönemde verilmiş kredilerle ilgili sorumluluk davaları için de geçerli olmalıdır. O halde bu bilgileri o dönemdeki banka üst yöneticilerinin de bildiği ve gereklerine uymakla mükellef olduğu varsayılmalı ve eski Yargıtay kararlarının emsal niteliği ve isabeti buna göre değerlendirilmelidir.

III. FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜLÜN UYGULAMA ÖRNEĞİNE YANSITILMASI

A. Kredi Süreci ve Aşamalarının Sorumluları

1. Aşağıda inceleyeceğimiz örnek olayın çözümlenebilmesi için öncelikle kredi süreçlerine ilişkin olarak bazı uygulama bilgilerine ihtiyaç duyulacaktır.

Bankacılıkta kredi uygulaması üç ayrı aşamayı içerir:

1-Karara hazırlık safhası. Bu aşamada kredi dosyası açılır ve tekemmül ettirilir.

2-Risk ölçümü/karar safhası. Bu aşamada kredi talep eden kişinin risklilik durumu ölçülür, şayet uygun bulunuyorsa bir limit tesbit edilir ve bu limit içinde kredi tahsis edilir.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BATTAL, 2007, s. 227.

3-Süreç/risk takip safhası. Bu aşamada ise kredi fiilen kullanılır ve geri alınır. Aynı zamanda kredi alıcısının risk durumu ve teminatların yeterliliği gibi hususlar sürekli ölçülerek banka zararının ortaya çıkması engellenmeye çalışılır.

Bu üç safhanın uygulayıcıları ve dolayısıyla sorumluları, bilhassa düzenli müşteri durumunda olan kişilere kullanılan büyük miktarda kredilerde genellikle farklıdır. Bu fark, karar yetkisinin yönetim kurulunda olduğu türden kredilerde kendisini özellikle gösterir.

2. Bir kredi riski gerçekleşip de banka zarara uğradığında genellikle bu üç aşamadan birinde hata/kusur bulunur. Ancak bazen birden çok aşamada da hata/kusur olabilir. Bu kusur kast biçiminde olabileceği gibi hafif ya da ağır bir ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir.

Sorumluluk hukuku açısından, hata hangi aşamada ise o aşamadaki görevlinin ya da heyetin kusurlu olup olmadığına bakılacaktır.

3. Dosya tekemmülü aşamasında kusurlu iş ve işlemler yapılmışsa bundan öncelikle ve bazen sadece bu ilgililer sorumludur.

Kredilere ilişkin “karar” yanlış ise kararı alanlar sorumludur. Kararın alınmasına dayanak oluşturan dosyayı hazırlayan ve teklif sunan alt birim yöneticileri, verdikleri bilgiler tam ve doğru ise, bu bilgilere dayalı olarak başkalarının verilen karardan artık sorumlu değildirler.

Hazırlık aşamasını tamamlayan alt birim yöneticileri ve uzmanlar ancak kendi kusurlarından sorumlu olabilirler. Bu da mesela kredi dosyasını bilerek ya da bilmeyerek yanıltıcı bilgi içeren evrakla ya da sahte evrakla tekemmül ettirmek gibi şekillerde olabilir.

Kredi kararı “doğru”, ancak kredi uygulama süreçlerinde takip gerekiyor ve bu takip zamanında ya da gereği gibi yapılmadığı için kredi riski doğmuş (banka zarara girmiş) ise ilk kararı verenler değil, sonraki süreci takip etmesi gerekirken hiç ya da gereği gibi takip etmeyenler ve bu görevlileri denetlemesi gerekirken denetlemeyenler sorumludur.

B. Banka Yöneticileri Açısından Teselsülü Farklılaştırma Sebepleri

1. Herhangi bir somut olayda çözüm için cevabı aranacak sorular şunlar olabilir:

-Zarar yazılan kredi dosyasının (hazırlık işlemlerinin) ikmalinde kredi kararına etkili olmuş türden yanlış/yanıltıcı, kusurlu ya da eksik bilgi ve belge var mıdır? Varsa bu fiiller kimler tarafından ika edilmiştir, kusurları var mıdır, varsa kusurun ağırlığı nedir?

-Zarar yazılan kredi kararını alan yöneticilerin bankacılık ilkelerine (ve bilhassa teminata dayalı işlem ilkesine) ve özen borcuna aykırılık biçiminde kusurlu ya da kasdî bir davranışı var mıdır?

Diğer ifadeyle bu şartlarda bu kredi talebi hakkında olumlu karar verilmesi özenli bir yöneticiden beklenebilir mi?

-Zarar yazılan kredi işleminin zararla sonuçlanmasına, kredi kararının yanlışlığından başka, ya da onun yerine, kredi kararının icrası aşamasında yapılması gereken –teminat alma ve benzeri kredi ön şartlarının ifa edilmesi, geri ödeme düzeninin takibi gibi işlemlerin yapılmaması mı sebep olmuştur? Bu işlemlerin sorumluları kimlerdir, kusurları var mıdır, varsa kusurlarının ağırlığı nedir?

2. Böylece zarar yazılan her bir kredi işleminde hangi davalının –varsa- ne miktardan sorumlu olması gerektiği de tespit edilecektir.

Ancak kredilerin kanuni takibe intikalinden (ve davadan) sonraki aşamada asıl borçlusundan ve kefilinden ya da rehinlerden ve ipoteklerden yapılan tahsilat hesap kat' işlemi sebebiyle toplam borçtan (hatta öncelikle bu borcun faizinden) mahsup edildiğinden bu ödemelerin (mahsup işlemlerinin) her bir kredi işleminde sorumluluğu tespit edilen davalıların sorumluluk rakamından da mahsup edilmesi gerekmektedir.

3. Bu amaçla kredilerin tümü ve ödemelerin tümü aynı para birimine çevrilerek endekslenmeli ve kaba rakamlarla (yuvarlanarak) ifade edilmelidir. Zira kanaatimize göre bu tür bir davada tam rakamlarla net bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Bu sebeple yaklaşık adalet ile yetinilecektir.

4. Aynı şekilde zarar yazılan kredinin çeşitli aşamalarında görevli olan ve dava edilmiş olmayan banka görevlilerinin zararın doğmasına ya da artmasına katkıları varsa bu kusur ve katkı da tespit edilip ayrıştırılacaktır.

C. Farklılaştırılmış Teselsüle İlişkin Örnek Olay

Yukarıdaki açıklamalar ışığında aşağıda örnek bir sorumluluk davası ve çözümüne yer vereceğiz. (Başta belirtelim ki buradaki çözümlerimiz ve bilhassa sorumluluk oranlarına ilişkin tesbitlerimiz elbette sübjektif değerlendirmelerimiz niteliğindedir ve her somut olayda her bir bilirkişi/uzman heyetinin az-çok farklı kanaatler beyan etmesi bir ölçüde normaldir.).

1. Millet Bankasının Bursa Şubesi Mamak Mensucat Ltd. Şti.'ne 2001'den itibaren 1000 kredi tahsis etmiş ve BCH (Borçlu Cari Hesabı) kredisi olarak kullandırmıştır.

Ardından 2004'te Mamak Mensucat'a Marmara Bölge Müdürlüğü kararıyla 2000 makine ithalat kredisi kullandırmıştır.

Mamak Mensucat'a son olarak da 2005'te Millet Bankası'nın beş kişilik Yönetim Kurulunun kararıyla 7000 ihracat kredisi kullandırılmıştır.

Mamak Mensucat 2007'de kredilerini geri ödemekte zorlanmış ve bunun üzerine Banka Yönetim Kurulu kararıyla yeniden yapılandırma yapılarak kredi borç ertelemesine gidilmiştir.

Ancak kısa süre sonra Mamak Mensucat'ın borçlarını ödeyemeyeceği anlaşılmıştır. 2008'de hesap kat edilmiş ve toplam 12.000 borç için borçlu ve kefilleri ile ipotekler hakkında takibe geçilmiştir.

2. Mamak Mensucat'ın iflas tasfiyesi 2017'de bitmiş ve tahsil edilemeyen ve zarar yazılan toplam 5000 alacak için banka Yönetim Kurulu tarafından yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmıştır.

Davada bankanın hakim ortağı ve Yönetim Kurulu Başkanı ile Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı olan oğlu hariç 2001 ila 2007 arası bütün dönemlerin yönetim kurulu üyeleri ve Marmara Bölge ve Bursa Şube Müdürleri ile kredi dosyalarındaki diğer imza ve paraf sahipleri hasım gösterilmiştir.

Davada TTK 557/2’de yer alan “*Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir.*” hükmünün de uygulanması talep edilmiştir.

3. Davada toplanan delillerden şu hususlar anlaşılmıştır:

- BCH kredisi tahsisi sırasında şube yöneticilerinin herhangi bir kusur ya da ihmali yoktur. Gerekli teminatlar alınmıştır.

- Makine ithalat kredisinin kullanılması sırasında Millet Bankası Marmara Bölge Müdürlüğüne şirketin mali durumuna ilişkin değerlendirmelerde hata yapılmıştır. Bu hataya şirket tarafından sunulan ve şirketin mali durumunu olduğundan daha iyi gösteren bilanço ve mali tablolar sebep olmuştur. Dikkatli bir inceleme yapılsaydı muhasebe hileleri ortaya çıkarılabilecek ve kredi talebi tümüyle reddedilecek ya da ancak yarısı kadar kredi kullanılacaktı.

- İhracat kredisi dosyası kapsamında Bankaca alınan bir ipotekte değer tesbiti hatalı yapılmıştır. Gayrimenkulün değeri kredi dosyasına göre 10.000’dir. Ancak satış aşamasında bu değerinde gerçekte o tarih itibariyle en çok 5000 olduğu anlaşılmıştır. Bu durum o tarihte bilinseydi banka fiilen kullandığı ihracat kredisinin en çok yarısı kadar kredi kullanıracaktı.

-2007’de yeniden yapılandırma (kredi borç ertelenmesi) yapılmayıp derhal takibe geçilseydi şirketin mali durumu daha iyi iken takibe geçilmiş olacağından banka %30 daha az zarar görecekti.

D. Farklılaştırılmış Teselsüle İlişkin Örnek Olayın Çözümü

Yukarıdaki bilgilere göre sorumluluk oranlarının ve rakamlarının tesbiti şu şekilde olabilir:

1. Bankanın yıllar itibariyle kullandığı toplam kredi $1000+2000+7000=10.000$ ’dir.

Bankanın, sürecin sonunda bu kredi müşterisi sebebiyle toplam zararı 5000’dir.

Bu durumda TTK 557 anlamında farklı zararlar durumunda olan her bir kredi zararı toplam 5000 zararın sırasıyla 1/10’u, 2/10’ ve 7/10’u oranındadır.

2. Şube yöneticilerinin 1000 BCH kredisi sebebiyle kusurları ve dolayısıyla bu kredinin kısmen zarar yazılmasından sorumlulukları yoktur. Nitekim Mamak Mensucat'a sadece bu kredi kullanılmış olsa idi zarar ortaya çıkmayacaktı. Bu durumda bu zarar kalemi ile ilgili olarak bu davalılara açılmış olan dava haksız olup reddedilmelidir.

Ancak bu 500 zararın %30'unun ortaya çıkmasına 2007'de yeniden yapılandırma yapılması sebep olmuştur. Bu durumda bu dönemin Yönetim Kurulu Üyeleri 150'den müteselsilen sorumludur.

3. Bölge Müdürlüğü görevlilerinin, kullandıkları 2000 makine ithalat kredisinin bir kısmının zarar yazılmasından dolayı sorumlulukları vardır. Bu kredi toplam kredinin beşte biri kadardır. Bu durumda zararın beşte biri olan 1000'den Bölge Müdürlüğü yetkilileri de kusurları oranında sorumludur.

Yönetim Kurulu yeniden yapılandırma ile hesap kat'ını ve tahsilatı geciktirmiş ve böylece zararın artmasına sebep olmuştur. Bu kredi sebebiyle ortaya çıkan 1000 zararın yeniden yapılandırma sebebiyle doğmuş olan 300 kısmından, 2007'de bu kararı alan Yönetim Kurulu üyeleri müteselsilen sorumludur.

Kredi tahsis kararında imzası bulunan Bölge Müdürü ve Yardımcısı ile Krediler Müdürü ise 1000 zararın 700 kısmından müteselsilen sorumludur.

Ancak bu görevlilerin görev tanımları farklı olduğundan bu sorumluluk açısından teselsülü de farklılaştırmaya ihtiyaç vardır. Asıl görevi mali tabloları incelemek ve emrindeki uzmanlara inceletmek olan Krediler Müdürü 700'ün tümünden sorumlu, Bölge Müdürü 700'ün 500'ünden sorumlu, Bölge Müdür Yardımcısı ise 700'ün 400'ünden sorumludur.

Bölge Müdürlüğünde makine kredisi dosyasını tekemmül ettirmiş olan ve bu sebeple hakkında dava açılmış olan diğer Bölge Müdürlüğü görevlilerinin ise karara katkıları olmadığından kusuru ve sorumluluğu yoktur.

4. Yönetim Kurulu kararıyla 2005'te kullanılmış olan 7000 ihracat kredisi toplam kredinin 7/10'udur. Bu durumda 2017'de ortaya çıkan 5000 zararın da 3500 kısmı bu krediye aittir. Bu zararın 1050 kısmı 2007'de yeniden yapılandırmadan doğan gecikme

sebebiyle olduğundan bu kısımdan bu kararı alan 2007 yılı Yönetim Kurulu Üyeleri müteselsilen sorumludur.

Zarar yazılan 3500'ün 2450'lik kısmının ortaya çıkmasından ise 2005'teki Yönetim Kurulu Üyeleri müteselsilen sorumludur.

Ancak onlarla birlikte bu zarardan ipotek değer tespiti ve denetimini yapmakla görevli olan Genel Müdür Yardımcısı ve Teminatlandırma Müdürü de müteselsilen sorumludur.

Ancak bu iki görevlinin sorumluluğu teminatın yetersiz olduğu anlaşılan %50'lik kısım olan 1225 ile sınırlıdır. Bu zarar kısmı ile ilgili olarak da yine müteselsil sorumluluğu kusura göre farklılaştırmaya ihtiyaç vardır. Buna göre Genel Müdür Yardımcısı 500'den ve Teminatlandırma Müdürü ise 1000'den sorumludur.

5. Yönetim Kurulu Üyelerinin tümünün sorumluluk davasına muhatap edilmemiş olması bu davada ayrıca üzerinde durulması gereken bir husustur.

Öncelikle bu konu bankanın ilk genel kurulunda görüşülmesi gereken önemli hususlardan biridir. Bu tercih Genel Kurul tarafından da onaylandığı ve süresinde bir itiraz davasına konu yapılmadığı takdirde dava edilmiş olan ve olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri arasında sorumluluk paylaşımına gidilmelidir. Aksi halde sorumluların bir kısmı zararın tümünden sorumlu tutulurken dava edilmiş olmayan diğer sorumlular tümüyle kurtulacak ve böylece yetki/sorumluluk dengesi bozulacaktır.

Bu kapsamda hakim ortak Yönetim Kurulu Başkanı ile onun oğlu olan Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısının zarar doğurucu kararlardan sorumluluğu sırasıyla 5/5 ve 4/5 oranındadır. Yönetim Kurulu Üyesi olan Genel Müdürün sorumluluğu 5/5 oranında ve diğer Üyelerin sorumluluğu ise 3/5 oranındadır.

6. Bütün bu bilgilere göre davacı bankanın toplam 5000 zararından sorumlular ve sorumluluk rakamları şu şekildedir:

*Bursa Şubesinin kullandığı 1000 krediden doğan 500 zarar için;

Şube Yöneticileri sorumlu değildir.

*Marmara Bölge Müdürlüğü'nün kullandığı 2000 krediden doğan zarar için;

-Krediler Müdürü 700,

-Bölge Müdürü 500,

-Bölge Müdür Yardımcısı 400'den, bankaya karşı müteselsilen sorumludur.

-Diğer yetkililer karara katılmış olmadıklarından sorumlu değildir.

*Yönetim kurulunun kullandığı 7000 kredi sebebiyle doğan 3500 zarar için;

-Genel Müdür Yardımcısı 500,

-Teminatlandırma Müdürü 1000,

-Dava edilmiş olan 2005 yılı Yönetim Kurulu Üyesi Genel Müdür 2450,

-Dava edilmiş olan 2005 yılı diğer iki Yönetim Kurulu Üyesi ($2450 \times 3/5 =$) 1470'ten bankaya karşı müteselsilen sorumludur.

*Tüm kredilerin yapılandırılmasından doğan ($150+300+1050=$) 1500 zarar için;

-Dava edilmiş olan 2007 yılı Yönetim Kurulu Üyesi Genel Müdür 1500,

-Dava edilmiş olan diğer iki Yönetim Kurulu Üyesinin her biri ($1500 \times 3/5 =$) 900'den bankaya karşı müteselsilen sorumludur.

SONUÇ

Sorumluluk hukukunda birden çok sorumlunun bulunduğu hallerde uygulanabilecek bir sorumluluk tesbiti yöntemi olan “farklılaştırılmış teselsül esasına dayalı müteselsil sorumluluk” kuralı, sermaye şirketi yöneticilerine karşı açılacak sorumluluk davaları için 2012 tarihli yeni TTK 557 ile açıkça düzenlenmiştir.

Bu hüküm bilhassa banka yöneticilerine karşı açılan batık krediden sorumluluk davalarında uygulanması gereken bir kuraldır. Zira bu davalarda sorumlular hemen hemen daima farklı yetki ve sorumluluk seviyelerindeki birden çok kişiden oluşmaktadır.

Bu sebeple bankaların açacağı sorumluluk davalarında verilen kararların şirketler hukuku açısından emsal ve öncü olması beklenir. Ancak şimdilik tesbit ettiğimiz kadarıyla bu tür bir öncü rolüne sahip Yargıtay kararı bulunmamaktadır.

Bu sebeple sonuç olarak Yargıtay'ın uygulama konusunda daha cesur ve daha yönlendirici olmasını teklif ediyoruz.

KAYNAKÇA

ALTAŞ, Soner, “Anonim Şirketlerde Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014, (s. 291-298).

ALTAY, Sıtkı Anlam, “Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Farklılaştırılmış Teselsül”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019, (s. 68-75).

BATTAL, Ahmet, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, II. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

BATTAL, Ahmet, **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, (Doçentlik Tezi), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2001.

ÇAMURCU, Emin, **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

DOĞRUSÖZ, Hanife, **Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

EMİNOĞLU, Cafer, **Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim**, İstanbul, 2015.

GÖKTÜRK, Kürşat, **Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi, “Farklılaştırılmış Teselsülün - Özellikle - Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2011, (s. 247 – 283).

GÜLERCİ, Altan Fahri, **Sorumluluk Hukuku Bakımından Bankacılıkta Risk Kavramı**, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, İstanbul, 2015.

HELVACI, Mehmet, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2013/2, (s. 77-96).

KABAN, İsmail, **Bankalarda İç Kontrol ve İç Denetim**, İstanbul, 2017.

KAPANCI, Kadir Berk, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul, 2014.

KOÇ, Himmet, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış”, **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (NEÜHFD), Cilt: 3, Sayı: 1, 2020, (s. 62-82).

ÜNLÜ, Ufuk, “Anonim Şirketlerde Sorumluluk Doğuran Davranışlar ve Farklılaştırılmış Teselsül”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 138, Şubat 2018, (s. 126-131).

TEKİNALP, Ünal, **Fondaki Bankanın Hukuku**, Lebib Yalkın Yayınları, İstanbul, 2003.

**TİCARET ŞİRKETLERİNDE SERMAYE BORCUNUN İFASI TALEPLİ
DAVALARIN DAVA ŞARTI ARABULUCULUK AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*THE EVALUATION OF A CLAIM FOR UNPAID CAPITAL COMMITMENTS IN CORPORATES ON
THE BASIS OF A MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION*

Hakemli makale

Mustafa İsmail KAYA*

Burçak TATLI**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	38
I. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK.....	39
II. TİCARET ŞİRKETLERİNDE SERMAYE BORCUNUN İFA EDİLMEMESİ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR.....	46
A. Ticaret Şirketlerinde Sermaye	46
B. Şahıs Şirketlerinde Sermaye Borcunun İfa Edilmemesi	49
1. Sermaye Borcunun İfa Edilmesine İlişkin Dava	50
2. İleri Sürülebilecek Talepler	50
C. Sermaye Şirketlerinde Sermaye Borcunun İfa Edilmemesi	54
1. Ödemeye Çağrı	59
2. İleri Sürülebilecek Talepler	62

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1086165

Makalenin Geliş Tarihi: 11.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 08.06.2022

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü Ticaret Hukuku ABD.

E-posta: mustafa.kaya@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-3484-9569

** Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü Ticaret Hukuku ABD.

E-posta: burcak.tatli@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-4531-0147

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

SONUÇ	69
KAYNAKLAR.....	72

ÖZ

6325 s. Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu hükümlerine göre, özel hukuk temelli olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklar arabuluculuk müessesesinin çalıştırılması suretiyle bir çözüme kavuşturulabilir. Kanunun 18A maddesine göre ise, ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine başvurulması zorunludur. 6102 s. Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5A maddesi gereğince, Türk Ticaret Kanunu'nun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 127, 128, 129 ve 482 nci maddelerinde, şahıs veya sermaye şirketlerinde, taahhüt edilen sermayenin getirilmemesi halinde, şirket veya şirket ortakları, borcun ifasını, temerrüt faizinin ödenmesini, varsa zararın tazmin edilmesini, kararlaştırılmış ise cezai şartın ödenmesini ve son olarak - sermaye şirketlerinde - ıskat müessesesinin çalıştırılmasını talep edebilirler. Sermayenin getirilmemesi sonucu ileri sürülen bu talepler neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların, dava şartı arabuluculuk kapsamı içerisinde olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ticaret şirketleri, sermaye taahhüdü, sermaye borcunun getirilmemesi, dava şartı arabuluculuk, ıskat.

ABSTRACT

According to the provisions of the Code no. 6325 on Legal Disputes Mediation, disputes that are based on private law and that arise from transactions on which the parties can freely dispose can be resolved through mediation. According to Article 18A of the Code, if the application to a mediator is accepted as a condition of action in the relevant laws, it is obligatory to apply to the mediation process. Pursuant to Article 5A added to the Turkish Commercial Code no. 6102, it is a prerequisite to apply to a mediator before filing a lawsuit about claims for receivables and compensation from commercial lawsuits specified in Article 4 of the Turkish Commercial Code and other laws. According to Articles 127, 128, 129 and 482 of the Turkish Commercial Code, in case the committed capital is not brought to companies, the company or its partners shall require the debtor to perform the debt, pay the default interest, indemnify the damage, if any, and finally pay the penal clause. They also shall demand the exclusion of the debtor from the partnership. As a result, a commercial dispute arises in which claims for receivables and compensation are brought forward.

In this context, it is necessary to discuss whether this dispute is within the scope of mediation regarding the parties' powers of disposition.

Key words: Corporates, capital commitment, unpaid capital commitment, mediation as a cause of action, exclusion.

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık yöntemleri arasında yer alan arabuluculuk müessesesi¹, 22 Haziran 2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan ve 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 s. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile hukuk uyuşmazlıkları açısından düzenlenmiştir. HUAK'a göre, arabuluculuk faaliyeti, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanabilir. Dava şartı arabuluculuğun öngörüldüğü uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için arabulucuya başvurulması ihtiyari olarak düzenlenmiştir.

Ticari uyuşmazlıklar özel hukuk temelli olduklarından, 2018 yılında yapılan kanun değişikliğinden önce, ihtiyari arabuluculuğun uygulanabileceği alanlar olarak karşımıza çıkmaktaydı. Ancak, 2018 yılında 6102 s. Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) eklenen 5A maddesiyle, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında açılacak davalarda, öncelikli olarak arabulucuya başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, alacak veya tazminat talepleri içeren her ticari uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı tartışmaya açıktır. Bu bahisle, bu makalenin amacı, taahhüt edilen sermayenin ifa edilmemesi halinde doğan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk temelinde değerlendirilmesidir. Bu doğrultuda, çalışma öncelikle arabuluculuk kavramı üzerinde duracak, takiben sermaye taahhüdünün ifa edilmemesi halinde ortaya çıkan hukuki

¹ Arabuluculuk dışında diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak tarafsız ön değerlendirme, kısa duruşma ve uzlaştırma olarak sayılabilir. Bkz. YILMAZ, Ejder, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, (der. H. Pekcanitez), Türkiye Barolar Birliği, 2005, (s. 842-856), s. 845; ILDIR, Gülgün, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, (der. H. Pekcanitez), Türkiye Barolar Birliği, 2005, (s. 385-401), s. 391.

meseleleri ve bu noktada doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadıklarını değerlendirecektir.

I. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

6325 s. HUAK'ın 2 nci maddesinde yapılan tanıma göre, arabuluculuk, sistematik teknikler kullanılarak, iletişim kurulması ve müzakere yapılabilmesi için tarafları bir araya getiren ve bu sayede tarafların çözüm üretmesini sağlayan bir yöntemdir. Başka bir deyişle, arabuluculuk, dostane bir şekilde uyuşmazlık taraflarını buluşturarak iletişim kurmalarına ve böylece kendi ihtiyaçları doğrultusunda uyuşmazlığın çözümü için bir yöntem bulmalarına vesile olmaya çalışan bir müessesedir². Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesini sağlayan arabulucu, doğrudan çözüm yolu önermek yerine, öncelikle tarafların kendileri için en uygun çözüm yolunu ortaya koyabilmelerine yardımcı olan iletişim yöntemlerini hayata geçirmelidir. Uygulanan tekniklere rağmen çözüm yolu bulunamazsa arabulucu, bağlayıcı olmayacak şekilde³ öneride bulunabilir (HUAK m 15/7)⁴.

Hangi uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetine başvurulabileceği HUAK m. 1'de açıkça ifade edilmiştir. Hükme göre, arabuluculuk, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. O halde,

² ÖZMUMCU, Seda, "Usûlî Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme", **Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan**, (der. M. Göksu, vd.), C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1275-1300), s. 1291; TANRIVER, Süha, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, (der. M. Ünal), Seçkin Kitabevi, Ankara, 2009, (s. 637- 656), s. 637.

³ Bu noktada arabuluculuk faaliyetinin, devlet yargısındaki hâkimden ve tahkim yargılamasındaki hakemden farklı olduğu belirtilmelidir. Hâkim ve hakem hukuki bir çözüm ile uyuşmazlığı sonuca bağlarken, arabulucu tarafların istemeleri halinde uyacakları bir çözüm önerisi sunmaktadır. Bkz. ATALI, Murat / ERDOĞAN, Ersin, "Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu", **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 5, Sayı: 1, (s. 205-221), s. 207.

⁴ BAHADIR, Zeynep, "Uzman Arabuluculuk Uygulamasının Yaratacağı Usûlî Sorunlar", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi - Asoscongress Uluslararası Hukuk Sempozyumu, (27-29 Mayıs 2021)**, Asos Yayınları, Elazığ, 2021, (s. 387-398), s. 396-397.

tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan ticari uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklardır.

2018 yılında yapılan Kanun değişikliğinden evvel, arabuluculuğa ihtiyari olarak başvurulması gerektiği esası benimsenmekteydi. Ancak, 2018 yılında 7155 s. Kanunla yapılan değişiklik sonucunda, dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenleme neticesinde, ilgili kanunlarda belirtilen uyuşmazlıklar için arabulucuya başvuru zorunlu hale, başka bir ifadeyle, dava şartına dönüştürülmüştür. Bu sisteme göre, dava şartı arabuluculuğun öngörüldüğü uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık tarafları öncelikle arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabulucuya başvurmak zorunlu hale getirilmiş olsa da, bu zorunluluk sürece devam etme veya anlaşmaya varma aşamalarında ortaya çıkmamaktadır. Taraflar uyuşmazlığı arabuluculuk müessesesi ile çözüme kavuşturamıyorsa, bu duruma ilişkin tutanağın oluşturulmasını takiben mahkeme yoluna gidebileceklerdir. Dava şartı arabuluculuğun düzenlendiği uyuşmazlıklarda, taraflar öncelikli olarak arabulucuya başvuramazlarsa, davaları usulden reddedilecektir (HUAK m. 18A/2)⁵.

TTK'nın 5A maddesi, bazı ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmasını dava şartı olarak düzenlemektedir. Hükme göre, TTK'nın 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. HUAK ve TTK hükümleri dikkate alındığında, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun varlığından söz edilebilmesi için birtakım unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar şunlardır: (i) uyuşmazlık konusu iş ve işlem üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebiliyor olması, (ii) ticari bir uyuşmazlığın mevcut olması, (iii) uyuşmazlığın alacak ve tazminat talebine ilişkin olması.

i. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş ve İşlemler

HUAK'ın 1 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuk

⁵ TANRIVER, Süha, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 32, Sayı: 147, (s. 111-142), s. 112; ERMENEK, İbrahim, "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltmesi", **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 46, Sayı: 4, (s. 1017-1062), s. 1022-1023.

ile çözüme kavuşturulabilir. Hükümden anlaşıldığı üzere, özel hukuktan doğan uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurulması söz konusudur. Bununla birlikte, her özel hukuk uyuşmazlığının arabuluculuğa elverişli olduğunu ifade etmek doğru değildir. Zira Kanun hükmüne göre, tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan uyuşmazlıklar arabuluculuk faaliyetlerine konu olabilir. HUAK'ın 1 inci maddesinin gerekçesine⁶ göre, arabuluculuk, “her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları bağlamında uygulama alanı bulacaktır. Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir”.

Gerekçe, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek iş ve işlemleri, üzerlerinde sulh olunabilecek ve kamu düzenine ilişkin olmayacak iş ve işlemler olarak nitelendirmektedir. O halde, bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını tahlil edebilmek için, uyuşmazlık üzerinde sulh olup olunamayacağı ve ayrıca uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olup olmadığı incelenmelidir. Sulh, tarafların birtakım fedakârlıklarda bulunmak suretiyle uyuşmazlığı çözüme kavuşturdukları bir yoldur⁷. Tarafların sulh yolunu tercih edebilmeleri için, uyuşmazlık konusunun üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkilerinin de olması gerekir⁸. Arabuluculuk, iletişim kurma ve müzakere temelli ve üçüncü kişinin aracılık yaptığı bir çeşit sulh olduğundan⁹, arabuluculuğun işletilebilmesi için tarafların serbestçe üzerinde tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlığın mevcut olması gerekir. Aynı ölçüt HMK'nın başka maddelerin

⁶ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), TBMM, 24. Yasama Dönemi, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı 233, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>, s. 7, (erişim tarihi 23.05.2022).

⁷ TANRIVER, Süha, “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhlar”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1994, Cilt: 49, Sayı: 1, (s. 333-348), s. 333-334.

⁸ AKİPEK ÖZAL, Şebnem / YILDIRIM, Abdülkerim / ERMENEK, İbrahim / KUTLA, Selda, **Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk**, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2021, s. 133.

⁹ EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat / SEVEN, Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 50.

uygulanabilmesi için de aranmaktadır. Örneğin, Kanununun 18 inci maddesi yetki sözleşmesinin geçerliliği, 226 ncı maddesi yemine konu olmayacak vakıaların tespiti, 308 inci maddesi kabulün uygulanabileceği davaların tespiti konularında aynı ölçütten yararlanmaktadır¹⁰. HMK hükümleri ile HUAK düzenlemesi birlikte dikkate alınsa bile, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları net bir şekilde, şüpheye olanak tanımaksızın sınıflandırmak kolay gözükmemektedir. Öğreti ve yargı kararları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuları kamu düzeninin varlığıyla açıklama eğilimindedir¹¹.

Kamu düzeni¹² tarihsel, sosyal ve kültürel olaylara göre boyut kazanan, zayıfların ve uyuşmazlık konusu olmayan tarafların korunmasını hedefleyen bir olgudur¹³. Bu nedenle kamu düzenine ilişkin konuların hassasiyetle ele alınması gerekmektedir. Aksi halde korunmak istenene kişi, kurum veya menfaatler zarara uğrayabilir. Bu durum ise, hukuk düzeninin temel ilkelerinin veya toplumsal hukuk duygusunun zedelenmesine neden olacaktır. Kısaca, *“iç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan veya özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir”*¹⁴. Sonuç olarak, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar, özel hukuk temelli olsalar dahi, tarafların üzerinde serbestçe

¹⁰ EMİNOĞLU, Cafer / ERDOĞAN, Ersin, **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 198; ÖZMUMCU Seda, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, 2014, 4(4), **SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı**, (s. 146-171), s. 146.

¹¹ EMİNOĞLU / ERDOĞAN, **2020**, s. 198-200; EKMEKÇİ / ÖZEKES / ATALI / SEVEN, **2019**, s. 51; Yargıtay İBGK Kararı, E. 2010/1, K.2012/1, t. 10.02.2012 (Legalbank, erişim tarihi 07.09.2021); İstanbul BAM, 18. HD., E. 2019/592, K. 2019/1665, t. 02.10.2019.

¹² Öğreti ve yargı kararlarında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular çoğunlukla kamu düzeni ile ilişkilendirilmektedir. Bkz. EMİNOĞLU / ERDOĞAN, **2020**, s. 198-200; EKMEKÇİ / ÖZEKES / ATALI / SEVEN, **2019**, s. 51; Yargıtay İBGK Kararı, E. 2010/1, K.2012/1, t. 10.02.2012; İstanbul BAM, 18. HD., E. 2019/592, K. 2019/1665, t. 02.10.2019 (Legalbank, erişim tarihi 11.11.2021).

¹³ TANRIVER, Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 1997, Cilt: 17, Sayı: 1-2, (s. 467-492), s. 476; Yargıtay, İBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, t. 10.02.2012 (Legalbank, erişim 07.09.2021).

¹⁴ Yargıtay, İBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, t. 10.02.2012 (Legalbank, erişim 07.09.2021).

tasarruf edemeyecekleri, çözümün mahkeme eliyle oluşturulması gerektiği, dolayısıyla arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlıklardır¹⁵.

Taahhüt edilen sermayenin getirilmemesi halinde ortaya çıkan uyuşmazlıkta, sermayenin ifa edilmesini talep eden tarafın, söz konusu sermaye üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisinin mevcut olup olmadığı tartışmaya değer bir konudur. Ticaret hukuku sisteminde, özellikle şirketler hukuku düzenlemelerinde, kamu düzenine ilişkin ve hatta devletin müdahalesine izin verilen hükümler yer almaktadır¹⁶. Şirketler hukukunda, çok taraflı menfaat ilişkilerinin mevcut olması, bu durumun sebepleri arasında sayılabilir¹⁷. Ülke ekonomisi açısından şirketin kendisi, ortaklar, azlık pay sahipleri ve şirket alacaklıları kamu düzenine ilişkin olarak hukuki düzenlemelerle koruma altına alınmış değerlerdir¹⁸. Bu noktada, şirketler hukuku düzenine dayanan ve şirket ile pay sahipleri arasında çıkan uyuşmazlıkların, arabuluculuğa elverişli olup olmadıkları tartışmaya açıktır¹⁹. Zira burada uyuşmazlık tarafları dışında kamu düzenine ilişkin olarak menfaatleri korunan grupların varlığı söz konusu olabilir. Ayrıca, bu tarz uyuşmazlıklarda ortaya çıkan sonucun, uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişiler

¹⁵ Boşanma, iflas gibi konular, özel hukuk temelli olsalar dahi, tarafların serbestçe karara bağlayamayacakları kamu düzenine ilişkin konulardır. Bu nedenle, bu konularda arabuluculuğa başvurulması söz konusu olmayacaktır. Bkz. ERMENEK, 2021, s. 133.

¹⁶ Bazı alanlarda faaliyet gösterecek olan anonim şirketlerin Ticaret Bakanlığının izniyle kurulması (TTK m. 333); anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğinin kanunda izin verildiği ölçüde oluşturulacağı (TTK m. 340; emredici hükümler ilkesi); organ eksikliği halinde Ticaret Bakanlığının mahkemeden şirketin feshini talep etmesi (TTK m. 530) devlet müdahalesini gerektiren durumlara örnek olarak gösterilebilir.

¹⁷ MOROĞLU Erdoğan, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, (der. N. Barlas, vd.), Beta Basım, İstanbul, 2000, s. 521.

¹⁸ EMİNOĞLU / ERDOĞAN, 2020, s. 205-215.

¹⁹ Şirketlere ilişkin uyuşmazlıklar korporatif düzlemde olan uyuşmazlıklar ve korporatif düzlemde olmayan uyuşmazlıklar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Korporatif düzlemde olan uyuşmazlıklar, şirketler hukuku temelli olan ve şirket ile pay sahibi arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklardan; korporatif düzlemde olmayan uyuşmazlık ise borçlar hukuku temelli olan ve pay sahipleri arasında çıkan uyuşmazlıktır. Bkz. AYOĞLU, Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 9 ve 174.

hakkında²⁰ da sonuç doğurması söz konusu olabilir²¹. Bu sonuç, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına göstergesidir. Bu tarz uyuşmazlıklarda karar mercii mahkeme olmalıdır. Sonuç olarak, kamu düzenine ilişkin ticari uyuşmazlıklar üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemeyecekleri için bu uyuşmazlıklar ihtiyari veya dava şartı arabuluculuğa elverişli olmayacaktır²². Özellikle sermaye şirketlerinde sermaye borcunun ifası sadece şirket tüzel kişiliği açısından değil; ayrıca ortaklar, alacaklılar ve ticari hayatın geleceği açısından da önem arz etmektedir. Bu bağlamda, hem kamu düzenine ilişkin hükümlerin yer alması hem de arabuluculuk neticesinde ortaya çıkan çözüm yönteminin üçüncü kişiler üzerindeki etkisi dikkate alındığında, sermayenin ifasına ilişkin uyuşmazlıklarda, şirketi temsil eden kişinin, bu konu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi olmayabilir.

ii. *Ticari Bir Uyuşmazlığın Mevcut Olması*

TTK'nın 4 üncü maddesi 'ticari davalar, çekişmesiz yargı işleri ve deliller' başlığını taşımaktadır. Bahsi geçen maddenin birinci fıkrasına göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ticari davadır. Ayrıca, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın, Kanunda sayılan düzenlemelere²³ ilişkin olan hukuk

²⁰ Bu duruma, TTK'nın 191. ve 450. maddelerinde yer alan düzenlemeler örnek olarak verilebilir. TTK'nın 191. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre, şirketlerde yapısal değişikliklerden sonra, koşulların oluşması halinde ortaklar, denkleştirme akçesi talep edebilir. Davacı ile aynı durumda bulunmaları halinde, denkleştirme akçesi, diğer ortaklar için de uygulanır. Ayrıca, TTK m. 450 gereği, genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin mahkeme kararı, kesinleştikten sonra bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade edecektir.

²¹ AYOĞLU, **2018**, s. 83-86; YARDIM, Mehmet Ertan, "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabulucuya Başvuru", **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk** (der. C. S. Efeçinar, vd.), Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, (s. 89-112), s. 95.

²² AKİPEK ÖZAL / YILDIRIM / ERMENEK / KUTLA, **2021**, s. 112- 113.

²³ TTK m. 4/1: Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Kanunda, b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmuş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve

davaları ticari davadır. Bunlara ek olarak, taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili olan havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar da ticari davalardandır²⁴.

iii. *Uyuşmazlığın Alacak ve Tazminat Talebine İlişkin Olması*

Ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alması için söz konusu uyuşmazlıkla ilgili talebin, alacak veya tazminat talebi olması gerekmektedir. Bu temelde, bir miktar paranın ödenmesine ilişkin talep konusu olan uyuşmazlıklarda, dava yoluna gidilmeden önce arabulucuya başvurulması gerekmektedir²⁵. Alacak ve tazminat

ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.

²⁴ Ticari davalar, öğretide, yazarlar tarafından farklı şekillerde sınıflandırılmıştır. Kimi yazarlar, davaları, mutlak ticari davalar ve nispi ticari davalar olarak davaları ikili ayrıma tabi tuttukten sonra, havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren davaları nispi ticari davalar arasında değerlendirmiştir. Bkz. AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 13. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 78-80; ŞENER, Oruç Hami, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin Kitabevi, 2016, s. 120-135; BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, 7. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021, s. 179-186. Kimi yazarlar ise davaları, üçlü şekilde ayırmıştır; mutlak ticari davalar, nispi ticari davalar ve havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren davalar. Bkz. ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 26. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 107; ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / ERTAN, Füsün Nomer, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 125.

²⁵ Tespit ve itirazın iptali davalarının, dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadıkları öğretide tartışmalıdır. Kimi yazarlar, kanunun metninin çok açık bir şekilde ifade edildiğini, bu nedenle belli bir miktar alacağın veya tazminatın ödenmesi talebinden başka taleplerin söz konusu olması halinde dava şartı arabuluculuğun işletilmeyeceğini savunmaktadır. Aksi görüşe göre ise, tespit veya itirazın iptali davalarını takiben alacak veya tazminat tahsiline ilişkin taleplerin ileri sürülmesi söz konusu olacağından, bu davaların dava şartı arabuluculuk kapsamı içinde olması gerekmektedir. Bkz. ATALI / ERSİN, 2020, s. 210-216; PASLI, Ali, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması” **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, (der. C. Süral Efeçinar, vd.), Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, (s. 13-25), s. 18-20; YILMAZ, Abdülhamit, “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 4, Sayı: 1, (s. 219-238), s. 222-226. Konuya ilişkin yargı kararları: İstanbul BAM. 19. HD., E. 2019/162, K. 2019/937, t. 11.04.2019 (Kazancı, erişim tarihi 02.09.2021); İstanbul BAM. 19. HD., E. 2019/956, K. 2019/925, t. 08.04.2019; İstanbul BAM. 19. HD., E. 2019/1060, K. 2019/936, t. 11.04.2019; İstanbul BAM. 19. HD., E. 2019/1075, K. 2019/939, t. 11.02.2019; İstanbul BAM. 18. HD, K. 2019/1339, K. 209/1098, t. 23.05.2019 (Sinerji, erişim tarihi 02.09.2021); Ankara BAM 21. HD, E. 2020/1042, K. 2021/754, t. 7.6.2021 (Hukukihaber, erişim tarihi 17.11.2021); Yargıtay 19. HD., E. 2020/237, K. 2020/805, t. 04.06.2020; Yargıtay 19. HD., E. 2020/85, K. 2020/454, t. 13.02.2020; Yargıtay 23. HD., E. 2020/1943, K. 2020/4052, t. 04.12.2020 (Legalbank, erişim tarihi 12.10.2021).

talepleri dışındaki taleplere ilişkin olarak, diğer koşulların mevcut olması halinde, ihtiyari arabuluculuğa gidilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan taahhüt edilen sermayenin ifa edilmemesi halinde, şirket türüne göre, dava açma yetkisine sahip olan taraf, sermayenin ve temerrüt faizinin ödenmesini, öngörülmüşse cezai şartın ifasını, ayrıca ıskat hükümlerinin işletilmesini talep edebilir. Bu halde, söz konusu uyuşmazlık TTK hükümlerince düzenlendiğinden mutlak ticari davanın varlığı söz konusudur. İleri sürülen talep, ıskat hükümlerinin uygulanması hariç olmak üzere, alacak ve tazminatın ifası talebidir. Tüm bu özellikler dikkate alındığında, söz konusu uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilebilir. Ancak, son unsur olan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlık konusu dikkatlice incelenmelidir.

II. TİCARET ŞİRKETLERİNDE SERMAYE BORCUNUN İFA EDİLMEMESİ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR

A. Ticaret Şirketlerinde Sermaye

Ticaret şirketlerinde sermaye koyma borcuna ilişkin genel hüküm TTK m. 127’de yer almaktadır. Buna göre, kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak; para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikrî mülkiyet hakları, taşınırlar ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek²⁶, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer konabilir²⁷.

²⁶ Sermaye koyma borcunda karineleri düzenleyen TTK m. 131/3’e göre, hizmet karşılığı olarak verilecek ücretin kısmen veya tamamen kâra iştirak suretiyle ifası kararlaştırıldığı takdirde bu kayıt çalışanlara ortak sıfatını vermez. Dolayısıyla emeğin ortak olma iradesine yönelik olarak ve sermaye olarak konulduğunun belli olması gerekir.

²⁷ Diğer bir şahıs şirketi olan adi şirkete getirilebilecek sermaye unsurları TTK m. 127’ye göre çok daha sınırlı bir şekilde sayılmaktadır. Buna göre; her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür (TBK m. 621). Her ne kadar adi şirket açısından

Şirketlere sermaye olarak konabilecek unsurlar, ayrıntılı bir şekilde hükümde ifade edildikten sonra, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer ifadesine yer verilmek suretiyle bunların sınırlı sayı ilkesine tabi olmadıkları belirtilmiştir²⁸. Hükümün ikinci fıkrasından, bahsi geçen bu unsurların bir kısmının komandit²⁹, anonim³⁰ ve limited³¹ şirketlerde sermaye olarak taahhüt edilmeyecekleri anlaşılmaktadır. TTK m. 307/2'ye göre, bir komanditer kişisel emeğini ve ticari itibarını sermaye olarak koyamaz; ayrıca TTK m. 342/1 ve 581/1'e göre ise, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz. Bunlara ek olarak, kanun koyucu açıkça, anonim ve limited şirketlerde, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak getirilebileceğini ifade etmiştir (TTK m. 342/1 ve 582/1).

Sermayenin getirilmesine ilişkin TTK m. 128, her ortağın, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu olduğu, şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazların tapuya şerh verildiği, fikrî mülkiyet hakları ile diğer değerlerin, varsa özel sicillerine, bu hüküm uyarınca kaydedildikleri ve taşınmazların, güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde, aynı sermaye olarak kabul olunacağı belirtilmektedir. Ayrıca, paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşının sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde, şirketin, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren, bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebileceği; ek olarak, taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın sermaye olarak konulması hâlinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescili gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, sermaye unsurlarının nasıl getirileceği,

getirilecek sermaye, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak belirtilmişse de TTK m. 127'de sayılan sermaye unsurları da adi şirkete getirilebilir.

²⁸ AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 130.

²⁹ TTK m. 307/2.

³⁰ TTK m. 342/1.

³¹ TTK m. 581/1.

şirketin bunlar üzerinde hangi andan itibaren tasarruf edeceği hususu, bu madde çerçevesinde düzenlenmektedir. Ayrıca, anonim ve - 578 inci madde atfı ile - limited şirketlerde³², taahhüt edilen aynı sermaye unsurlarına nasıl değer biçileceği 343 üncü madde ile düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aylara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır. Bu rapora kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir³³.

Nakdi sermayenin ifa edilmesine ilişkin düzenlemeler 344 ve 585 inci maddelerde yer almaktadır. İlgili hükümlere göre, anonim şirketlerde, nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmelidir (m. 344). TTK m. 585'e göre ise, esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır. Ancak nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi şartı limited şirketler bakımından uygulanmaz³⁴.

Ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler salt sermaye unsurlarını ve sermaye burcunun ifasını düzenlememekte, aynı zamanda sermayenin getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımları da kaleme almaktadır. Bununla birlikte, sermaye şirketlerinde

³² TTK m. 578 atfı maddesidir.

³³ TTK m. 131 hükmüne göre; sermaye olarak konulan aylara, bilirkişi tarafından biçilecek değerler, ilgililerce kabul edilmiş sayılır. Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sermaye olarak konan ayların mülkiyeti şirkete ait ve haklar şirkete devredilmiş olur.

³⁴ Konuya ilişkin eleştiriler için bkz. PULAŞLI, Hasan, "Sermayesiz" Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler", **BATİDER**, Cilt: 34, Sayı: 2, 2018, (s. 5-19), s. 12-19.

sermaye borcunun ifa edilmemesine ilişkin olarak özel hükümlerde yer almaktadır. Bu bağlamda, özellikle sermaye borcunun ifa edilmemesi halinde ileri sürülecek talep ve davaların arabuluculuğa elverişliliği konusu dikkate alındığında, konunun şahıs ve sermaye şirketleri olarak ikiye bölünerek incelenmesi daha isabetli olacaktır.

B. Şahıs Şirketlerinde Sermaye Borcunun İfa Edilmemesi

TTK m. 128/7 hükmüne göre, şirket, her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve dava edebileceği gibi, yerine getirmede gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir³⁵. Tazminat istemi için ihtar şarttır. Sermayenin para olarak taahhüt edilmesi durumunda ise TTK m. 129'da ayrıca temerrüt faizi talep edilebileceği belirtilmiştir. Hükme göre, zamanında ifa edilmeyen sermaye para ise, 128 inci madde gereğince tazminat hakkına hanel gelmemek şartıyla, aksine şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede hüküm yoksa şirketin tescili anından itibaren temerrüt faizi de ödenir.

Sermayenin alacak olması ve zamanında yerine getirilmemesi halinde m. 130 uygulama alanı bulur. Buna göre; sermaye olarak şirkete alacaklarını devretmiş olan bir ortak, alacaklar şirketçe tahsil edilmiş olmadıkça sermaye koyma borcundan kurtulmaz. Alacak, vadesi gelmemiş ise aksi kararlaştırılmış olmadıkça, vade gününden, muaccel ise şirket sözleşmesi veya esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde şirketçe tahsil edilmelidir. Her ne sebeple olursa olsun, bu süre içinde tahsil edilemediği takdirde, gecikmeden dolayı şirketin tazminat hakkına hanel gelmemek şartıyla, ortak, sürenin bitiminden itibaren geçecek günlerin temerrüt faizini de öder. Alacak kısmen tahsil edilmişse, yukarıdaki hükümler tahsil edilmemiş olan kısım hakkında geçerlidir.

Şahıs şirketlerinde, sermaye koyma borcuna aykırı davranılması, 128 vd. maddelerinde düzenlenen yaptırımlar dışında, kollektif şirketler açısından haklı sebeple şirketin feshi (m. 246) veya ortağın şirketten haklı nedenle çıkarılması (m. 255)

³⁵ TTK m. 128 hükmüne göre, ortaklarca, sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir. Tedbir üzerine açılacak davalar için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen süre ancak şirketin tescil ve ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bkz. ÇELİK, Aytekin, "Anonim Şirketlerde Aynı Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine Yönelik İhtiyati Tedbirler", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 15, Sayı: 3, (s. 31-64).

sonuçlarını doğurabilir. TTK m. 328 gereği, aynı durum komandit şirketler için de geçerlidir. Ancak, haklı sebeple fesih ve haklı nedenle çıkarmaya ilişkin davalar, dava şartı arabuluculuk kapsamı içerisinde yer almadığından³⁶ ilgili hükümler çalışma konusu dışındadır.

1. Sermaye Borcunun İfa Edilmesine İlişkin Dava

TTK'nın 128 inci maddesinin yedinci fıkrası gereği, yukarıda bahsi geçen talep ve davalar, şahıs şirketlerinde, şirket tüzel kişiliği dışında ortaklar tarafından da ileri sürülebilir. Bu nedenle, söz konusu davaların, dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadıkları, davanın şirket veya ortaklar tarafından açılması durumlarına göre ayrı ayrı incelenecektir.

a. Şirket Tarafından Dava Edilmesi

Sermayenin getirilmemesine uygulanacak ilk yaptırım m. 128/7'de, şirketin her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve dava edebileceği şeklinde ifade edilmiştir. Hükmün birinci fıkrasında belirtildiği gibi, her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur. Taahhüt aşaması olarak niteleyebileceğimiz bu aşamadan sonra ortakların taahhüt ettikleri sermaye değerlerini şirkete devrederek tasarruf aşamasını da gerçekleştirmeleri gerekir³⁷.

Şirketin sermaye borcunun yerine getirilmemesi neticesinde dava açması halinde, getirilecek sermayenin niteliği dikkate alınarak bu davanın arabuluculuğa uygun olup olmadığı değerlendirilebilir. TTK m. 127 hükmü esas alındığında, getirilebilecek sermaye unsurları genel olarak nakdi ve gayri nakdi unsurlar olarak sınıflandırılabilir. TTK m. 5/A hükmüne göre, sermaye taahhüdünün bir miktar para olması ve bu sermaye borcunun yerine getirilmemesi halinde, şirketin, dava yoluna gitmeden dava şartı arabuluculuğa başvurması gerekir. Buna karşın, gayri nakdi sermaye unsurları açısından dava şartı olarak arabuluculuktan söz edilemez.

³⁶ EMİNOĞLU / ERDOĞAN, 2020, s. 295-296.

³⁷ BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 55; GÜNGÖR, Seda, "Ticaret Şirketlerinde Sermaye ve Sermaye Koyma Borcunun İfa Edilmesi", **Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 2, Sayı: 3, (s. 110-117), s. 110.

Nakdi sermaye unsurlarının getirilmemesi halinde açılacak davalarda, dava şartı arabuluculuğun mevcut olması durumu, TTK m. 5/A dışında, HUAK m. 1 hükmü dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu tür davaların, HUAK'ın 1 inci maddesi çerçevesinde öngörülen ' *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemler*' ölçütüne uygun olup olmadığı farklı esaslar temelinde tartışmaya açıktır. Bu esaslar aşağıda değerlendirilecektir.

Şahıs şirketlerinin temel özelliklerinden biri ferdi yönetim ilkesidir³⁸. Bu ilkeye göre, ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme hakkını ve görevini haizdir. Ancak, şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir (TTK m. 218).

Öncelikli olarak yönetim yetkisinin ortaklardan bir veya birkaçına bırakıldığı durumu değerlendirelim. Yönetim hakkına sahip olan ortakların yönetim kapsamı 223 üncü madde ile belirtilmiştir³⁹. İlgili hükme göre, yönetim yetkisi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler ile sınırlıdır. Şirketi yönetenler, şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde, olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak şartıyla, sulh, feragat ve kabul ile tahkime de yetkilidirler. Şu kadar ki, bağıшта bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır.

TTK'nın 223 üncü madde hükmünden hareketle, şahıs şirketlerinde, yönetim yetkisini haiz yöneticiler, günlük / normal / olağan işleri yürütebilir ve hatta bu işlere ilişkin olarak sulh, feragat ve kabul ile tahkime de yetkilidir⁴⁰. Günlük işlerden ne

³⁸ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, 2021, s. 163.

³⁹ TTK m. 308'de yer alan atıf temelinde, komandit şirketler açısından da 223 üncü madde hükümleri uygulanır.

⁴⁰ ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 5. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2022, s. 219.

anlaşılması gerektiği öğretide örnekler verilerek izah edilmeye çalışılmıştır⁴¹. Ortaklık defterinin tutulması, memur ve müstahdemlerin atanması ve azli, ortaklığa ait yazışmaların yürütülmesi, günlük satış işlerinin yapılması olağan işlerden sayılır⁴².

Şirketin amacını ve konusunu elde etmek amacıyla yapılacak olağan iş ve işlemler arasında, borçlular aleyhine dava açılması ve bu davalara ilişkin olarak sulh, feragat ve kabul müesseselerinin işletilmesi de sayılmaktadır⁴³. Ancak, öncelikli olarak sorulması gereken soru, sermaye borçlarının ifasının talep edilmesinin, olağan alacak işlerinden sayılıp sayılmayacağıdır. Şahıs şirketleri, *intuitu personae* – karşı tarafın kişiliği göz önüne alınarak işlem yapılması – karakterine sahiptir⁴⁴. Başka bir deyişle, az sayıda birbirine güvenen gerçek kişinin bir araya gelip kurduğu ortaklıklardır⁴⁵. Güven unsuru, özellikle, ortakların şirket borçlarından dolayı ikinci dereceden, sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmaları temelinde önem kazanmaktadır⁴⁶. Bu bağlamda, şahıs şirketi ortaklarının şahsi özelliklerinin ortaklık ve ortaklar açısından son derece önemli olduğu ileri sürülebilir. Öyle ki, ortakların mali veya hukuki yapılarında meydana gelen değişiklikler⁴⁷ veya ortakların asli görev ve borçlarını ifa etmemeleri⁴⁸ ortaklığın geleceğini tehlikeye düşürebilir. Ortaklardan birinin asli borcu olan taahhüt edilen sermaye borcunu ifa etmemesi, şirketin sona ermesine veya ortağın haklı nedenle

⁴¹ KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail, **Şirketler Hukuku Cilt I**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 243; ŞENER, **2022**, s. 219; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, **2021**, s. 163; BAHTİYAR, 2019, s. 88.

⁴² ŞENER, **2022**, s. 219.

⁴³ KENDİGELEN / KIRCA, **2021**, s. 243.

⁴⁴ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, **2021**, s. 145.

⁴⁵ Komanditer ortağın tüzel kişi olacağı göz önünde tutulmalıdır. Bununla birlikte, komandite ortaklar arasındaki güven ilişkisi gerçekliğin korumaktadır.

⁴⁶ ÇAMOĞLU, Ersin, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 4.

⁴⁷ TTK m. 243/1 gereği, kollektif ve komandit şirketler (m. 328 – atf maddesi), TBK m. 639 bağlamında, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi şirketin sona ermesine neden olabilir.

⁴⁸ TTK m. 245/1, d hükmüne göre, bir ortağın kendine düşen asli görev ve borçları yerine getirmemesi haklı sebep feshi davası açılmasına neden olabilir.

ortaklıktan çıkarılmasına⁴⁹ neden olacak bir durumken, söz konusu alacak hakkına ilişkin yapılacak hukuki işlemlerin olağan iş ve işlemler arasında kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu kanaatimiz neticesinde, sermaye borcunun ifasına yönelik talep ve davalar olağanüstü işlerden kabul edileceğinden, yönetim yetkisini haiz ortakların söz konusu sermaye borcuyla ilgili dava açma ve dava şartı arabuluculuk görüşmelerine katılma yetkileri bulunmamaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz görüş saklı kalmak koşuluyla, sermaye borcunun yerine getirilmemesi neticesinde açılacak dava, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler arasında sayılsa dahi⁵⁰; dava açılmadan önce yürütülmesi gereken dava şartı arabuluculuk müzakereleri sonucunda varılan anlaşmanın, yönetim yetkisi kapsamında olup olmadığı tartışmaya açıktır⁵¹. Zira söz konusu sermaye borcuna ilişkin olarak yapılacak arabuluculuk anlaşmasında taraflar, menfaatleri temelinde bir uzlaşmaya varacaklardır. Yönetim hakkına sahip ortağın, taahhüt edilen nakdi sermaye tutarına ilişkin olarak, borçlu lehine bir anlaşmaya varması, şahıs şirketleri hükümleri açısından geçerli hukuki bir sonuç doğurur mu? Bu sorunun sorulmasının nedeni TTK m. 213/1, e ve m. 226/2 hükümleridir⁵². TTK m. 231/1, e'ye göre, her ortağın sermaye olarak koymayı taahhüt ettiği para miktarı şirket sözleşmesinde belirtilmelidir. Ayrıca TTK m. 226/2'ye göre, şirket sözleşmesinin her ne şekilde olursa olsun değiştirilmesine ilişkin kararlar oybirliğiyle alınmalıdır. Kısaca, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda, yönetim yetkisini haiz ortak ile borçlu ortak arasında yapılan arabuluculuk anlaşması temelinde şirket sözleşmesinin değiştirilmesi

⁴⁹ TTK m. 255: Bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği durumlarda, diğer ortakların tümü o ortağın şirketten çıkarılmasına ve şirketin devamına karar verebilir. Şirket sözleşmesinde bu kararın çoğunlukla alınması öngörülebilir.

⁵⁰ KENDİGELEN / KIRCA, 2021, s. 244.

⁵¹ Yönetici ortağın, davalıyla sulh olma yetkisinin olmasından dolayı, söz konusu uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa uygun olduğu öğretide kabul görmektedir. Ancak, burada yönetici ortak sadece usuli işlem yürütme hakkına sahiptir. Bu durum doğrudan uyuşmazlık konusundan tasarruf yetkisi olduğunu göstermemektedir. Bkz. DİŞEL, Buse, "Medeni Usul Hukuku Perspektifiyle TTK m. 555 ve 556 Uyarınca Anonim Ortaklık Pay Sahipleri ve Alacaklıların Açtıkları Sorumluluk Davasında Davayı Takip Yetkisinin Gösterdiği Özellikler ve Hükümün İcrası", **Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 Sorunlar ve Çözüm Önerileri 9-12 Şubat 2021 Bildiri Kitabı**, (der. G. Zabunoğlu, vd.), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (s. 169-200), s. 174.

⁵² Atıf hükümleri gereği aynı esaslar komandit şirketler için de geçerlidir. Bkz. TTK m. 305 ve 308.

gündeme gelecektir. Bu halde, arabuluculuk müzakereleri sonucunda varılan anlaşmanın, ortaklık sözleşmesi değişikliği sonucunu doğurabilmesi için, ortakların tamamının oybirliği aranmaktadır. Oybirliğinin sağlanmaması, ortaklığı yeni bir çıkmaza götürecektir ve hatta belki de ortaklığın sona ermesine neden olacaktır⁵³. Ulaşılan bu sonuç dahi tek başına, taahhüt edilen sermaye borcunun ifa edilmemesi halinde, ortaya çıkan uyuşmazlığa ilişkin olarak arabuluculuk faaliyetlerinin yönetim yetkisini haiz ortak tarafından yürütülmemesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Yönetim hakkının tüm ortaklarda olması halinde, yönetici ortakların hep birlikte arabuluculuk görüşmelerine katılması ve bu görüşmeler esnasında oybirliğiyle, sermaye borcunda indirim yapılması veya borcun ifasının kolaylaştırılmasını sağlayan bir anlaşmaya varılması halinde, yukarıda ifade edilen problemlerin ortaya çıkmamasını sağlayacağı kanaatindeyiz. Zira burada tüm ortakların bir araya gelmesi ve oybirliği ile karar alınması söz konusu olacaktır. Böylece TTK m. 213/1, e ve m. 226/2 hükümlerinde belirtilen esaslar sağlanmış olacaktır.

b. Ortak Tarafından Dava Edilmesi

TTK m. 128/7'de sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı diğer ortaklar tarafından dava açılabilirliği ifade edilmektedir⁵⁴. Şahıs şirketlerinde *actio pro socio* olarak nitelenen bu dava, ortaklardan birinin diğer ortaklara karşı şirkete karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı açtığı bir davadır⁵⁵.

⁵³ Bu noktada ortaya çıkabilecek meseleler ve meseleler temelinde yapılacak tartışmalar çalışma konusunun kapsamını fazlasıyla genişleteceğinden, olası hukuki problemlere sadece değinilmekle yetinilecektir. Örneğin, icra edilebilirlik şerhi (HUAK m. 18) alınmış anlaşma tutanağı vasıtasıyla, borçlu ortak diğer ortakları sözleşme değişikliği konusunda zorlayabilecek mi?

Ayrıca, anlaşma ile sonuçlanmış uyuşmazlıklara ilişkin anlaşılan konularda yeniden dava açılmayacağı hükmü (HUAK m.18/5) dikkate alındığında, şirket sözleşmesinin değiştirilmesine oybirliği ile karar verilmemesi daha karmaşık bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Bu halde, aslında uyuşmazlık gerçek anlamda çözüme kavuşturulmamış olmasına rağmen, uyuşmazlıkla ilgili dava yolu kapanmış olacaktır.

⁵⁴ Şirket ortakları, kanun koyucunun kendilerine tanıdığı 'başkasının hakkını dava takip yetkisi' çerçevesinde dava açma yetkisine sahiptirler. Zira söz konusu alacak hakkı ortaklara ait bir hak değil; aksine şirket tüzel kişiliğinin sahip olduğu bir alacak hakkıdır. DİŞEL, 2021, s. 176.

⁵⁵ Bu davanın tali bir dava değil, şirketin dava hakkının yanında alternatif bir dava olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. ŞENER, Oruç Hami, **Adi Ortaklık**, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2008, s. 216; YONGALIK, Aynur, **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 115-120.

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi halinde, ortak, diğer bir ortağın şirkete karşı olan yükümlülüğünü yerine getirmesi amacıyla dava açmaktadır⁵⁶. Dolayısıyla davacı ortak, kendi adına ve rizikosu kendisine ait olmak üzere dava açıyor olmasına karşın, diğer ortaklar ve hatta şirket tüzel kişiliği menfaatine davranmakta, sermayenin şirkete ödenmesi talebinde bulunmaktadır. Bu husus dikkate alındığında, *actio pro socio* davasının arabuluculuğa uygun olmadığı açıktır. Söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmamasının temel gerekçesi, davacı ortağın, ifa edilmeyen sermaye borcu üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisinin var olmamasından ileri gelmektedir. Burada davacı ortak, usul hukuku açısından dava açma yetkisine sahip olsa bile, uyuşmazlığın konusu olan alacak hakkı üzerinde maddi hukuk açısından hak sahibi değildir⁵⁷. Ayrıca, yukarıda ifade edildiği üzere, bu halde davacı sıfatına sahip olan şirket ortağı, sermaye borçlusundan, üçüncü kişiler (diğer ortaklar ve şirket tüzel kişiliği) üzerinde de sonuç doğuracak bir edimi ifa etmesini talep ve dava etmektedir⁵⁸. Bu halde, sermaye borcunun şirkete ödenmesi talebinde bulunan ortağın diğer ortak tarafından yerine getirilmeyen sermaye üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisinin bulunmadığı çok açıktır⁵⁹. Bu nedenle, taahhüt edilen sermayenin ifası için ortak tarafından dava açılması halinde, dava, ticari dava olmasına ve alacak talebi içermesine rağmen, davacının konu üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisinin olmamasından dolayı, uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli değildir⁶⁰. Kaldı ki, davacı ortağın, ifa edilmeyen bakiye sermaye tutarı üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisinin bulunduğu

⁵⁶ Sermaye koyma borcunun ifası için dava açan ortağın sermaye koyma borcunu hali hazırda yerine getirmiş olması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak sermaye koyma borcu için farklı vadeler öngörülürse ve davalı ortak için öngörülen vade davacı ortaktan önce olduysa bu davanın açılacağı kabul edilmelidir. Bkz. ŞENER, 2008, s. 215.

⁵⁷ DİŞEL, Buse, **Dava Takip Yetkisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 27.

⁵⁸ Uyuşmazlığın çözümü neticesinde ortaya çıkan durumun, taraf olmayanlar üzerinde de etkisinin olması hali "*erga omnes*" olarak ifade edilmektedir. Bkz. AYOĞLU, 2018, s. 83 vd. *Erga omnes* etkisinin mevcut olması, söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına işaret edebilir. Zira taraf olmayanlar üzerinde etki doğuran bir sonucun, bu kişilerin menfaatlerini sağlayacak bir şekilde mahkeme tarafından hükme bağlanması gerekmektedir. Bkz. EMİNOĞLU / ERDOĞAN, 2020, s. 211.

⁵⁹ Buna karşın, iki ortaklı şahıs şirketlerinde, ortaklardan birinin, diğer ortağın getireceği sermaye üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu, dolayısıyla böyle bir durumda dava şartı arabuluculuk şartının yerine geldiği savunulabilir.

⁶⁰ Ayrıca ifade etmek gerekir ki, bu halde de sözleşme değişikliğini ve dolayısıyla oybirliği şartının sağlanması gerekliliğini doğuran bir durum ortaya çıkacaktır. Bu temelde, yukarıda yaptığımız TTK m. 213/1, e ve m. 226/2 hükümlerine ilişkin değerlendirmeler bu bölüm için de geçerlidir.

varsayılsa bile, sermaye değişikliklerinin sözleşme değişikliğine neden olması hem de varılan anlaşmanın üçüncü kişileri etkiler nitelikte olması sebebiyle, söz konusu uyumsuzluk arabuluculuğa elverişli olarak nitelendirilmemelidir.

2. İleri Sürülebilecek Talepler

a. Tazminat

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesine bağlanan yaptırımlardan ilki tazminattır. TTK m. 128/7'ye göre, şirket, her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve dava edebileceği gibi, yerine getirmede gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir⁶¹. Hükümde, sermaye koyma borcunun yerine getirilmesini talep açısından herhangi bir ön şart öngörülmemiş olmasına karşın, tazminat istemi için ihtar şart kılınmıştır. Ayrıca, sermaye koyma borcunda temerrüde düşen ortaktan tazminat talep edebilme hakkının hem şirkete hem de diğer ortaklara tanındığı anlaşılmaktadır.

Sermaye borcunun yerine getirilmesinin talep edilmesine ilişkin davadan farklı olarak, tazminat davasının dava şartı arabuluculuğa tabii olduğu kabul edilmelidir. Zira şirketin yetkili temsilcilerinin taahhüdün yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararın belirlenmesi ve zararın ödeme şekli konusunda tasarruf yetkisine sahip oldukları savunulabilir. Şüphesiz ki, zarar miktarı ve ödeme koşulları konusunda şirketin menfaatine öncelik verilip verilmediği ve şirketin arabuluculuk görüşmelerinde zarara uğratılıp uğratılmadığı hususunda, şirket adına hareket edenlerin sorumluluğu her zaman söz konusu edilebilir⁶².

Aynı şekilde, ortaklar tarafından açılacak tazminat davalarının da kural olarak arabuluculuğa konu edilebileceği düşünülse bile tazminatın şirkete verileceği hususu

⁶¹ Tazminatın, sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak düzenlendiği hükümlerden biri de TTK m. 130'dur. Buna göre, vadesi gelmiş alacak tahsil edilmediği takdirde, ortak şartları varsa tazminat ödeme yükümlülüğü altına girer. Bkz. TTK m. 130/3.

⁶² Arabuluculuk ilkelerinden biri gizlilik ilkesidir. Bu ilkeye göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür (HUAK m. 4/1). Buradaki sorumluluk davası ile gizlilik ilkesi çatışmamaktadır. Zira burada sorumluluk davası şirket adına hareket edenlere yöneliktir. Arabuluculuk esansında ortaya çıkan bilgi ve belgelere dayalı olmaksızın dava açılabilir.

gözetildiğinde, konunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Ortaklardan birinin sermaye koyma borcunu yerine getirmemesinden dolayı, şirketin işleyişinin olumsuz etkilendiği düşünüldüğünde, davacı ortağın dolaylı zararının söz konusu olduğu ve bu zarar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir⁶³. Bu doğrultuda, burcun ifasını talep eden ortağın aynı zamanda tazminat talep etmesi halinde, tazminat bedeli üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Sonuç olarak, sermaye borcunun ifası ve tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlık, taraf sıfatı şirket ortağına aitse, arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık olarak tespit edilemez.

b. Temerrüt Faizi

Sermaye koyma borcunda temerrüde düşülmesi halinde talep ve dava edilebilecek hususlardan bir diğeri temerrüt faizidir. TTK m. 129'a göre, zamanında ifa edilmeyen⁶⁴ sermaye para ise, 128 inci madde gereğince tazminat hakkına hanel gelmemek şartıyla, aksine şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede hüküm yoksa şirketin tescili anından itibaren temerrüt faizi ödenir.

Temerrüt faizinin ödenmesi, sermaye borcunun para cinsinden olması ve bu paranın taahhüt edilen süre içinde şirkete getirilmemesi şartına bağlanmıştır. Ayrıca hükümde dikkat çeken hususlardan biri, temerrüt faizinin başlangıç tarihine ilişkin yapılan düzenlemedir. Buna göre, şirket sözleşmesinde aksine bir düzenleme yapılmadıysa temerrüt faizi şirketin tescili anından itibaren ödenecektir. Temerrüt faizinin temerrüt tarihinden itibaren talep edilebileceği düşünüldüğünde⁶⁵, hükümde faizin temerrüt tarihine değil, tescil tarihine bağlanmış olması dikkat çekicidir. Hükümün

⁶³ DİŞEL, 2021, s.194.

⁶⁴ Adalet Komisyonunda, Kanunun 129 uncu maddesinde yer alan ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 141 inci maddesinden aynen alınan "vaktinde konulmayan sermaye para ise" ifadesinin amaca uygun olmadığı ve anlamı tam olarak vermediği düşünülmüş ve onun yerine "zamanında ifa edilmeyen" ibaresi konulmuştur. Zira hükümde söz konusu olan, nakdi sermayenin vaktinde konulmaması değil, konulmuş, yani taahhüt edilmiş sermayenin vaktinde ifa edilmemiş olmasıdır. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S: 96, 129 uncu madde gerekçesi.

⁶⁵ Nitekim 6762 sayılı Kanun'da, sermaye olarak konulan para borcunun getirilmesinde temerrüde düşülmesi halinde, faiz, temerrüt tarihinden itibaren talep edilebiliyordu. Buna ilişkin eski TTK m. 141 şu şekildeydi: "Vaktinde konulmayan sermaye para ise, 140 ncı madde gereğince tazminat hakkına hanel gelmemek şartıyla, sermayenin ödenmesi gereken günden itibaren kanuni faizin de verilmesi lazımdır."

gereğesinde, kollektif ve komandit şirketlerde, sınırsız sorumluluk ilkesine rağmen, sermayenin tescil ile muaccel olmamasının kredi güvenliği yönünden uygun görülmediği belirtilmiştir. Temerrüt tarihi şirketin tescil anından itibaren başlatılmasına karşın, bunun aksi bir düzenlemenin şirket sözleşmesi ile yapılabileceği hükümden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, şirket sözleşmesiyle, para ile getirilecek sermaye için öngörülen vade esas alınarak, temerrüt tarihi belirlenebilir⁶⁶. TTK m. 3 hükmü dikkate alındığında⁶⁷ talep edilecek faiz türünün avans faizi olması gerektiği kabul edilmelidir⁶⁸.

Temerrüt faizinin talep edilebileceği diğer bir durum, alacak hakkının sermaye olarak taahhüt edilmesidir. TTK m. 130'a göre, sermaye olarak şirkete alacaklarını devretmiş olan bir ortak, alacaklar şirketçe tahsil edilmiş olmadıkça sermaye koyma borcundan kurtulmaz. Alacak, vadesi gelmemiş ise aksi kararlaştırılmış olmadıkça, vade gününden, muaccel ise şirket sözleşmesi veya esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde şirketçe tahsil edilmelidir. Her ne sebeple olursa olsun, bu süre içinde tahsil edilemediği takdirde, gecikmeden dolayı şirketin tazminat hakkına hanel gelmemek şartıyla, ortak, sürenin bitiminden itibaren geçecek günlerin temerrüt faizini de öder. Alacak kısmen tahsil edilmişse, yukarıdaki hükümler tahsil edilmemiş olan kısım hakkında geçerlidir.

Hükümden, sermaye şirketlerinden farklı olarak⁶⁹ şahıs şirketlerine, henüz vadesi gelmemiş alacakların da sermaye olarak konulabileceği anlaşılmaktadır. Ancak, ortağın

⁶⁶ Sermaye şirketlerinden farklı olarak şahıs şirketlerinde nakdi sermayenin getirilmesine ilişkin katı kurallar belirlenmemiş olup şirketin inisiyatifine bırakılmıştır. Dolayısıyla, sermaye unsuru açısından önemli olanın taahhüt olduğu, bu taahhüdün ne zaman getirileceği hususunun ise serbestçe belirlenebileceği kabul edilmektedir. Buna karşın, sermaye şirketlerinde, nakdi sermayenin en geç yirmi dört ay içinde getirilmesi zorunlu tutulmuştur. Anonim şirketler açısından TTK m. 344/1'e göre, nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödenir. Limited şirketlerde ise tescilden önde nakdi sermayenin ödenmesi söz konusu değildir (m. 585).

⁶⁷ TTK m. 3'e göre, TTK'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.

⁶⁸ 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2/2 hükmüne göre; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

⁶⁹ TTK m. 342'ye göre vadesi gelmemiş alacaklar sermaye şirketlerine sermaye olarak konulamaz.

sermaye borcunu yerine getirmiş olması için, alacağın şirketçe tahsil edilmiş olması gerekir. Vadesi gelmiş alacağın bir ay içinde tahsil edilememesi halinde, bu süreden itibaren ortak temerrüt faizi ödemek zorundadır⁷⁰.

TTK 129 veya 130 uncu maddeleri çerçevesinde temerrüt faizinin talep edilmesinin arabuluculuğa uygun olup olmadığı hususunun incelenmesi gerekir. Her iki maddedeki düzenleniş tarzından da temerrüt faizinin ödenmesinin emredici şekilde belirlendiği görülmektedir. Ayrıca faizin sadece ödenecek olması değil, aynı zamanda faizin başlangıç tarihi de genel kuraldan ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir. Faizin başlangıç tarihinin, temerrüt tarihinden veya başka bir tarihten itibaren başlatılabilmesi için şirket sözleşmesinde bir düzenleme olması gerektiği anlaşılmaktadır. Temerrüt tarihi için öngörülen bu düzenleme dikkate alındığında, şirket yönetiminin tüm ortaklarda olmaması halinde yönetici ortağın tek başına arabuluculuk görüşmelerine katılıp anlaşma sağlayamaması gerektiği kabul edilmelidir. Zira şahıs şirketlerinde şirket sözleşmesinin ancak oybirliği ile değiştirilebileceği öngörüldüğünden⁷¹ yönetici ortağın arabuluculuk görüşmelerinde temerrüt faizinin başlangıç tarihi ve miktarı konusunda tek başına tasarruf yetkisine sahip olmadığı söylenebilir. Bu temelde, yukarıdaki görüşlerimize paralel bir şekilde, yönetim yetkisi ortaklardan bir veya bir kısmına bırakılmış ise, temerrüt faizinin talebine ilişkin uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık değildir. Bununla birlikte ortakların tamamı yönetim yetkisine sahip ve arabuluculuk görüşmeleri hep birlikte yürütülmekte ise, TTK tarafından aranan oybirliği koşulu tesis edileceği için söz konusu uyuşmazlık arabuluculuk müessesesi işletilmek suretiyle çözüme kavuşturulabilecektir.

C. Sermaye Şirketlerinde Sermaye Borcunun İfa Edilmemesi

1. Ödemeye Çağrı

Ticaret şirketleri açısından genel hükümler başlığı altında yer alan 128, 129 ve 130 uncu maddelerde, sermaye borcunun yerine getirilmemesi halinde ileri sürülebilecek talepler, tüm ticaret şirketleri açısından düzenlenmiş olmasına karşın, sermaye

⁷⁰ TTK m. 130/3 hükmünden alacağın tahsil edilmemesinden dolayı temerrüt faizinin her durumda, tazminatın ise ortağın kusurlu olmasına bağlı olarak ödeneceği anlaşılmaktadır.

⁷¹ Bkz. TTK m. 226/2, TBK m. 624/1.

şirketlerinin özelliği dikkate alınarak uygulanacak yaptırımlar arasında temerrüt faizi, tazminat ve cezai şart ile birlikte ıskat konusu da düzenlenmektedir. Ancak, söz konusu yaptırımların uygulanabilmesi için borcun muaccel olması gerekir. Esas sözleşmede borcun veya taksitlerin ödenme tarihleri belirtilmemişse, tarihler yönetim kurulu tarafından tespit edilir ve borçlulara çağrı ile bildirilir⁷². Böylece borç muaccel hale gelmiş olur⁷³.

Esas sözleşmede sermayenin ödenmesine veya çağrı şekline ilişkin bir düzenleme yoksa bakiye sermayenin ifası, TTK'nın 481 inci maddesi temelinde, yönetim kurulu veya müdür/müdürler⁷⁴ tarafından talep edebilir. Maddeye göre, payların bedelleri, yönetim kurulu tarafından, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, pay sahiplerinden ilan yoluyla istenir. İlanda, ödenmesi istenen sermaye borcunun oranı veya tutarı ile ödeme tarihi ve ödemenin nereye yapılacağı açıkça belirtilir. İlanın ne şekilde yapılacağı esas sözleşmede belirtilmektedir (m. 339/1, f).

Esas sözleşmede veya ilanda belirtilen şekilde bakiye sermaye tutarının ifa edilmemesi halinde doğacak yaptırımlar TTK'nın 482 ve 483 üncü maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili hükümlerde düzenlendiği şekliyle, borcun ifası gerçekleşmemişse öncelikli olarak pay sahibi temerrüde düşecek ve bunun sonucu olarak temerrüt faizi ödeme borcu altına girecektir. Ayrıca, sözleşme cezası, tazminat ve ıskat hükümlerinin uygulanması Kanunda belirtilen yaptırımlar olarak sayılabilir. Ortaya çıkabilecek bu talep ve yaptırımlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sermaye şirketlerinde, şahıs şirketlerinden farklı olarak, sermayeye ve ifasına ilişkin düzenlemeler esasında kamu düzenine ilişkin ve emredici niteliktedir. Bahsi

⁷² Çağrının hangi şekil ve vasıtalarla yapılacağı esas sözleşmede belirtilmiş ise yönetim kurulu bu şekle uymakla yükümlüdür. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, s. 91.

⁷³ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, s. 91.

⁷⁴ TTK'nın 585 inci maddesinde yer alan atıf dolayısıyla, limited şirketlerde taahhüt edilen sermaye borcunun ifa edilmemesi halinde anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır.

geçen düzenlemeler sermayenin korunması⁷⁵, eşit işlem ilkesi⁷⁶ gibi temel prensiplerle doğrudan ilgilidir. Bu nedenle, bakiye sermayenin ifasına ilişkin şirket ve borçlu pay sahibi arasında ortaya çıkacak uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı rahatlıkla ifade edilebilir.

TTK m. 392/11, b gereği, sermayenin korunması ilkesine aykırı bir şekilde bakiye sermayenin eksik ödenmesi veya hiç ödenmemesine ilişkin yönetim kurulu kararları batıl olacakken, aynı sonucu doğuran arabuluculuk görüşmelerinin geçerli kabul edilmesi hukuk sistemi açısından kabul edilebilir bir sonuç değildir. Benzer şekilde, arabuluculuk görüşmeleri neticesinde ortaya çıkma ihtimali bulunan bakiye sermayenin ödeme tarihinin değiştirilmesi, taksit miktarının arttırılması gibi unsurlar, eşit işlem ilkesine aykırılık (m. 357; m. 391/1,) doğuracağı için yönetim kurulu kararıyla sonuçlandırılacak meseleler değildir⁷⁷. Kamu düzenine ilişkin bu esasların, yönetim kurulunun tasarruf yetkisine dâhil oldukları kabul edilemez. Bu temelde, sermaye taahhüdünün yerine getirilmemesi sonucunda borcun ifasının talep edilmesi neticesinde doğan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

Ayrıca, sermaye şirketlerinde, taahhüt edilen sermayenin ifa edilmemesi, şirket alacaklıları açısından, şahıs şirketlerine kıyasla daha vahim sonuçlar ortaya çıkarabilir. Zira şahıs şirketlerinin aksine sermaye şirketlerinde, alacaklıların, şirketten alamadıkları alacakları için şirket ortaklarına başvurmaları mümkün kılınmamıştır. Şahıs şirketlerinde, ortakların sınırsız sorumluluğunun⁷⁸ kabul edilmesi şirket alacaklıları

⁷⁵ Sermayenin korunması ilkesi temelinde kaleme alınmış pek çok TTK hükmü mevcuttur. Örneğin, şirket kuruluşunda sermayenin kayıtsız taahhüt edilmesi (TTK m. 337/1), konulan aynı sermayeye mahkeme tarafından değer biçilmesi (TTK m. 343), nakdi sermayenin ödenme şekli (TTK m. 344), itibari değerden düşük şekilde pay çıkarılmaması (TTK m. 347), sermaye kaybı ve borca batıklık hallerine ilişkin düzenlemeler (TTK m. 376, 377), şirketin kendi payını iktisap etmesine ilişkin kurallar (TTK m. 379/1), sermayenin korunması ilkesine aykırı yönetim kurulu ve genel kurulu kararlarının akıbetine ilişkin kurallar (TTK m. 391/1, 447/1), sermaye için faiz istenememesi (TTK m. 509/1), kar payının dağıtılması ilişkin kurallar (TTK m. 509), yönetim kurulu üyelerine kazanç payının dağıtılmasına ilişkin kurallar (TTK m. 511).

⁷⁶ TTK'nın 357 nci maddesine göre, pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulurlar. Ayrıca, TTK m. 391/1, a gereği, eşit işlem ilkesine aykırı olan yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun tespiti mahkemeden talep edilebilir.

⁷⁷ EMİNOĞLU / ERDOĞAN, 2020, s. 329.

⁷⁸ Komandit şirketlerde, kanun koyucu komanditer ortaklar açısından farklı bir düzenleme kaleme almıştır. TTK m. 319'a göre, bir komanditerin sorumluluğu koyduğu veya taahhüt ettiği sermaye

açısından önemli bir teminat olarak görülmelidir. Buna karşın sermaye şirketlerinde, ortaklar, sadece şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye kadar şirkete karşı sorumludur. Bu bağlamda, sermaye koyma borcunun zamanında ve tam olarak ifa edilmemesi halinde, sadece diğer ortakların değil, aynı zamanda şirket alacaklılarının da zarar görebilecekleri göz önünde tutulmalıdır⁷⁹. Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda, taraf olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerinin etkilenmesi de söz konusu olacağından, bakiye sermayenin ifasına ilişkin uyuşmazlıkların, arabuluculuğa elverişli olmadıkları beyan edilmelidir.

2. İleri Sürülebilecek Talepler

a. Temerrüt Faizi

TTK m. 482/1 hükmüne göre, esas sözleşmede veya şirketçe yapılan ilanda gösterilen vadede⁸⁰ talep edilen sermaye koyma borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahibi, ihtarla gerek olmaksızın, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür⁸¹. Tüm ticaret şirketleri için geçerli olan genel hükümlerde yer alan m. 129'daki düzenlemede de, aynı şekilde, sermaye borcunun para olması halinde, temerrüt faizi ödenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu maddeye göre, zamanında ifa edilmeyen sermaye para ise, 128 inci madde gereğince tazminat hakkına halel gelmemek şartıyla, aksine şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede hüküm yoksa şirketin tescili anından itibaren temerrüt faizi ödenir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, sermaye şirketlerinde, sermayenin korunması ve eşit işlem ilkeleri temel ilkeler olduklarından ve ayrıca 482 inci madde emredici niteliğe sahip olduğundan, temerrüt faizi talebinin ihtiyari veya dava şartı arabuluculuğa elverişli

miktarını aşamaz. Dolayısıyla komandit şirketlerde, komanditer ortağın sorumluluğu, sınırlandırılmıştır.

⁷⁹ Sermaye borcunun ifa edilmemesi neticesinde şirket, pay sahipleri ve alacaklılar dolaylı veya doğrudan zarara uğrayacaklardır; fakat borcun ifası talebi sadece şirket tarafından borçlulara karşı ileri sürülebilir; çünkü anonim şirketlerde tek borç olan – istisnai durumlar hariç olmak üzere – sermaye ödeme borcu şirket tüzel kişiliğine karşı yüklenilmiş bir borçtur. Dolayısıyla, diğer pay sahipleri veya şirket alacaklıları ifa edilmemiş sermaye borcunu ifası amacıyla hukuki işlem tesis edemezler. ŞENER, 2022, s. 605

⁸⁰ Uygulamada sermaye borcunun yerine getirilmesi çağrısına apel denilmektedir. Eğer sermaye borcu taksitler halinde ödenecekse bu durumda da birinci apel, ikinci apel olarak ifade edilir.

⁸¹ Temerrüt faizinin işleyebilmesi için borçlunun mütemerrit olması gerekmektedir.

olmadığı kabul edilmelidir⁸². Bu sonuca varılmasının temelinde üç nedeni bulunmaktadır. İlk neden, uyuşmazlık tarafı olan sermaye borçlusu ile şirket dışındaki üçüncü kişilerin menfaatlerinin de söz konusu olması; ikinci neden, temerrüt faizine ilişkin hükümlerinin emredici nitelik taşıması; son neden ise, temerrüt faizinin eşitlik ilkesi gözetilmek suretiyle uygulanması gerekliliğidir.

Sermaye şirketlerinde, şirket alacaklıları, alacakların tahsili konusunda, şirket tüzel kişiliği dışında başka kimseye başvuramadıklarından dolayı, sermaye borcunun eksiksiz ifası ve sermayenin korunmasına ilişkin hüküm ve uygulamalar, alacaklıların güvencesi niteliğindedir⁸³. Bu bağlamda, arabuluculuk görüşmeleri esnasında, görüşmede yer almayan üçüncü kişilerin menfaatlerine yönelik olarak da anlaşmaya varılacağından, yönetim kurulunun temerrüt faizi üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi bulunmamaktadır.

TTK'nın 482 nci maddesinin düzenleniş tarzından anlaşıldığı üzere, taahhüt edilen nakdi sermaye borcunun ifa edilmemesi halinde, mütemerrit borçlu temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Temerrüt faizinden tamamen veya kısmen vazgeçilmesi, faizinin türünün değiştirilmesi, başlangıç tarihinin kanundan farklı şekilde belirlenmesi hususlarında, yönetim kurulunun herhangi bir tasarruf yetkisinin bulunmamaktadır⁸⁴. Bu bağlamda, temerrüt faizine ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olarak nitelendirilemeyecektir.

Ayrıca, eşit işlem ilkesi gereği, sermaye borcunu ifa etmeyen ve birbirine eşit olan tüm pay sahiplerine aynı yaptırımların uygulanması lazım gelmektedir. Oysaki doğası gereği arabuluculuk görüşmelerinde, tarafların pazarlık güçleri, kişisel ilişkileri, karşılıklı beklentileri gibi unsurlar devreye girmekte ve tarafların sonuca vardıkları anlaşmalar birbirinden farklı olmaktadır. Bu noktada, ortaya çıkan ödemeye ilişkin

⁸² EMİNOĞLU / ERDOĞAN, 2020, s. 265-266.

⁸³ Sermayenin, alacaklıların güvencesi niteliğine sahip olmasına eleştirel bir yaklaşım olarak bkz. MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, **Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 67-95.

⁸⁴ Temerrüt faizinin genel kurul tarafından dahi affedilemeyeceği öğretisi ve yargı kararlarınca kabul görmüştür. Bu bağlamda, yönetim kurulunun temerrüt faizi üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisinin olmadığı açıkça ifade edilebilir. Yargıtay HGK, E. 1996/1511, K. 1966/133.

anlaşma metni, eşit durumdaki mütemerrit pay sahipleri için farkı sonuçlar doğurabilir. Bu durum anonim şirketlerin temel prensiplerinden olan eşitlik ilkesine aykırılık doğuracağından, kanaatimizce söz konusu uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli değildir.

Özetle, şahıs şirketleri açısından tüm ortaklarının katılımının sağlanması halinde bu konuda arabuluculuk görüşmeleri yapılabileceği ifade edilmiş olmasına karşın, sermaye şirketlerinde, nakdi sermaye borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, yukarıda açıklanan gerekçelerden dolayı, söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı sonucuna varılmalıdır.

b. Cezai Şart ve Tazminat

TTK m. 482’de, pay bedelinin ödenmemesi halinde ıskat ve temerrüt faizi dışında şirketin cezai şart ve tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Hükmün üçüncü fıkrasında, esas sözleşmeyle, pay sahipleri, temerrüt hâlinde, sözleşme cezası ödemekle zorunlu tutulabilirler⁸⁵ denilmekte; dördüncü fıkrada ise şirketin tazminat haklarının saklı olduğu belirtilmektedir.

Cezai şartın talep edilebilmesi için kanun koyucu m. 483/2’de belirli bir usul öngörmüştür. Buna göre, yönetim kurulu tarafından, mütemerrit pay sahibine, 35 inci maddede yazılı gazete ile esas sözleşmenin öngördüğü şekilde ilan yoluyla şirketin internet sitesinde de yayımlanacak bir mesajla ihtarda bulunulması gerekir. Bu ihtarda, mütemerrit pay sahibinin temerrüde konu olan tutarı bir ay içinde ödemesi, aksi hâlde, ilgili paylara ilişkin haklarından yoksun bırakılacağı ve sözleşme cezasının isteneceği belirtilir.

Cezai şartın ödenmesi talebinin, arabuluculuğa uygun olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle hükmün yorumlanması gerekir. TTK m. 482/3’ün lafzından esas sözleşmede öngörmek suretiyle cezai şartın ödenmesinin zorunlu tutulabileceği anlaşılmaktadır⁸⁶. Başka bir deyişle, cezai şartın ödenip ödenmeyeceği, bu konuda esas

⁸⁵ Sözleşme cezasına ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. CANSAL, Erol / ÇAĞLAR Özel. "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu The Penal Clause in Turkish Code of Obligations", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Yıl: 2013, Cilt: 8, Sayı: Özel Sayı, (s. 0-734), s. 720.

⁸⁶ EKİNCİ, 2010, s. 147.

sözleşmede bir hüküm olmasına bağlıdır⁸⁷. Cezai şartın esas sözleşmede düzenlenmiş olmasından dolayı, cezai şarta ilişkin taleplerin yönetim kurulunun tasarruf yetkisinde olmadığı ileri sürülebilir. Zira esas sözleşme değişiklikleri, genel kurulun devredilmez yetkileri arasında sayılmıştır (TTK m. 408). Ancak, Poroy / Tekinalp / Çamoğlu tarafından, eşitlik ilkesine aykırı olmamak şartı ile yönetim kurulunun cezai şartı talep etmeyebileceği belirtilmiştir⁸⁸. Ayrıca, TTK m. 483/1’de düzenlenen ihtar usulü takip edilmezse, cezai şart talep edilemeyeceğine göre, yönetim kurulunun bilerek ya da bilmeyerek cezai şartı istememesi sonucu ortaya çıkabilir. Kanaatimizce, yönetim kurulunun tüm mütemerrit pay sahipleri için aynı cezai şart politikasını uygulaması koşuluyla, örneğin sözleşmede belirtilen cezai şart üzerinden %10 indirim yapılması gibi, cezai şarta ilişkin talepler arabuluculuğa elverişli olarak değerlendirilebilir⁸⁹.

Sermaye koyma borcunun süresi içinde yerine getirilmemesinden dolayı uğranılan zarar için, şirketin ayrıca tazminat talep etme hakkının bulunduğu, m. 482/4’te ifade edilmektedir. Hükümden, cezai şartın esas sözleşmede belirlenmiş olması halinde dahi, ayrıca tazminat talep edilebileceği anlaşılmaktadır. Cezai şartın belirlenmemesi durumlarında, temerrüt halinde ödenmesi zorunlu tutulan temerrüt faizini aşan kısım da tazminat olarak talep edilebilir⁹⁰. Her ne kadar tazminat talebi açısından ihtarın şart olduğu hususu 482/4’te ifade edilmemiş olsa bile, hükmün birinci fıkrası⁹¹ ve m. 128/7’deki düzenlemeler esas alındığında, tazminat talebi açısından önceden ihtar çekilmiş olması gerekmektedir.

TTK m. 482/4’te öngörülen tazminat talebinin dava şartı arabuluculuğa uygun olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira yönetim kurulunun, özen yükümlülüğüne uygun davranmak suretiyle, şirkete zarar verici davranışlarda bulunan üçüncü kişilerden tazminat talep edebilme hakkı olduğu gibi, şirketin

⁸⁷ Esas sözleşme ile getirilecek cezai şart oy, kâr payı alma veya diğer pay sahipliği haklarının kaldırılması ya da kısıtlanması şeklinde olamaz. Bkz. ŞENER, 2022, s. 606.

⁸⁸ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, s. 91.

⁸⁹ Benzer görüş için bkz. EMİNOĞLU / ERDOĞAN, 2020, s. 330.

⁹⁰ ŞENER, 2022, s. 606.

⁹¹ Sermaye koyma borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahibinin temerrüt faizi ödemesi için ihtarın gerekli olmadığı ifadesinden tazminat talebi için bu ihtarın şart olduğu sonucu çıkarılabilir.

ortaklarına karşı da buna ilişkin taleplerini ileri sürebilirler. Şüphesiz ki, burada yönetim kurulunun sorumluluğunun doğmaması açısından temel ölçüt, tedbirli bir yönetici gibi davranarak ve şirketin menfaatlerini koruyarak arabuluculuk görüşmelerini gerçekleştirmesidir.

c. Iskat

Sermaye borcunun ifa edilmemesi halinde doğan sonuçlardan biri olan ıskat Kanununun 842 nci maddesinin ikinci fıkrasında, ıskat usulü ise 843 üncü maddede düzenlenmiştir. Iskat⁹², mütemerrit pay sahibinin, yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklardan mahsun bırakılarak yerine başkasının alınmasıdır⁹³. Anonim şirketlerde, diğer şirketlerden farklı olarak, bir ortağın iradesi dışında şirketten çıkarılması kural olarak mümkün değildir⁹⁴. Aynı şekilde esas sözleşmeye, şirketten çıkarma sebeplerinin

⁹² Iskatın hukuki niteliğine ilişkin olarak bkz. EKİNCİ, Hüseyin, **Anonim Şirketlerde Sermaye Koyma Borcunun Yerine Getirilmemesinin Hukuki Sonuçları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 155-158.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, Kemal, **Anonim Ortaklıkta Iskat Kararının Sonuçları**, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt:11, Sayı:1-2, (s. 279-296), s. 281-286.

⁹⁴ Diğer şirketlerde olduğu gibi çıkarma açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, pay sahiplerinin, sınırlı ve istisnai bazı durumlarda, anonim şirketten çıkarılması mümkündür. Pay sahibinin şirketten çıkarılması sonucunu doğuracak hallerden biri, m. 141/2'de öngörülen, birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler, hükmüdür. Bu hüküm iki yanlı kullanılabilir: (1) arzu etmeyen ortaklar ayrılma akçesini alarak şirketten çıkabilirler. Böylece anonim şirketlerde şirketten çıkma olanağı sağlanmış olur. (2) İkinci fıkra arzu edilmeyen, devamlı sorun çıkaran azınlığı ve/veya ortağı, ayrılma akçesini ödeyerek şirketten çıkarma hakkını büyük çoğunluğa vermektedir. Zira bu karar sermayenin yüzde doksanının oylarıyla alınacaktır. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S: 96, 141 inci madde gerekçesi. Anonim şirketten çıkarmayı düzenleyen bir diğer madde ise m. 208'dir. Buna göre; hâkim şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse, azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hâkim şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa 202 nci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir. Çıkma-çıkarma sonucunu doğuracak başka bir madde de m. 202/1-b hükmüdür.

yazılması da düşünülemez⁹⁵. Bu yüzden sermayenin getirilmesinde temerrüde düşülmesi halinde, anonim şirketler açısından uygulanan en ağır yaptırım ıskattır⁹⁶.

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi, anonim şirketlerde pay sahibinin şirketten çıkarılması sonucunu doğurabilir⁹⁷; ancak, diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak, çıkarılan ortağa ayrılma akçesi⁹⁸ adı altında bir miktar ödeme yapılmamaktadır. İskat sonucu, pay sahibi, ıskat edildiği pay veya paylar bakımından ortaklık haklarını kaybeder⁹⁹. Dolayısıyla, ıskatın uygulanmadığı paylar açısından pay sahipliği devam edecektir¹⁰⁰. Bu yönüyle de ıskat, diğer şirket türlerinde düzenlenen çıkarılmadan farklılık arz eder. Ancak, pay sahibinin temerrüde düştüğü bu pay veya paylardan başka herhangi bir payının olmaması durumunda, gerçek anlamda bir çıkarma meydana gelmiş olacaktır.

⁹⁵ Anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında çıkma-çıkarılma müesseselerini düzenleyen bir madde hükmü olmadığından, TTK m. 340'ta öngörülen emredici hükümler ilkesi gereği, pay sahiplerinin çıkma veya çıkarılmasına ilişkin sözleşme hükümleri esas sözleşmeye kaydedilemeyecektir. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, 2021, s. 345. KARASU, Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Bası, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2015, s. 48-58. Başka bir deyişle, kural olarak anonim ortaklıklarda ortaklar kendi iradeleri dışında ortaklıktan çıkarılamamaktadır. Adi ortaklıkta çıkma ve çıkarılmaya ilişkin hükümler için bkz. TBK m. 633-636; kolektif şirketlerde çıkma ve çıkarılmaya ilişkin hükümler için bkz. TTK m. 255 -258; limited şirketlerde çıkma ve çıkarılmaya ilişkin hükümler için bkz. TTK m. 638-640.

⁹⁶ TTK m. 585 hükmü dikkate alındığında, ıskat yaptırımının limited şirketler için de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Hükümde, esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Bkz. ŞENER, 2017, s. 129-137.

⁹⁷ PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esasları**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 596.

⁹⁸ Ayrılma akçesinin doğmasına ilişkin Kanun hükümleri şunlardır: Birleşme (m. 140, 141), hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması (m. 202), anonim şirketlerde haklı nedenle fesih (m. 531), limited şirketlerde çıkma ve çıkarılma (m. 641, 642). Ayrılma akçesine ilişkin olarak bkz. CENKÇİ, Esra, "Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağın Ayrılma Akçesinin Ödenmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 4, Sayı: 1, (s. 1-50); DEVELİ, Bilge, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 17, Sayı: 1-2, (s. 443-489); TATLI, Burçak, "Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma Ve Ayrılma Akçesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı:1, s. (165-210).

⁹⁹ Kanun metnine 6762 sayılı Kanun'dan farklı olarak "ilgili paylar" ibaresi eklenerek uygulamada, gereksiz de olsa, tartışmalara yol açan bir konuda açıklık sağlanmıştır. Gerçekten, pay sahibinin bedelleri ödenmiş paylardan yoksun bırakılması mümkün değildir. Yoksun bırakılma sadece ıskat usulünün uygulandığı paylar için söz konusudur. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S: 96, 483 üncü madde gerekçesi.

¹⁰⁰ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, s. 98.

İskat usulü ise m. 483'te düzenlenmektedir. Buna göre, Kanunun 482 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanabilmesi için, yönetim kurulu tarafından, mütemerrit pay sahibine, 35 inci maddede yazılı gazete ile esas sözleşmenin öngördüğü şekilde ilan yoluyla şirketin internet sitesinde de yayımlanacak bir mesajla ihtarda bulunulur¹⁰¹. Bu ihtarda, mütemerrit pay sahibinin temerrüde konu olan tutarı bir ay içinde ödemesi, aksi hâlde, ilgili paylara ilişkin haklarından yoksun bırakılacağı ve sözleşme cezasının isteneceği belirtilir.

Kanunda belirtilen usule uygun bir şekilde ihtar/ilan yapılmamışsa, alınan ıskat kararı geçersizdir¹⁰². Bir aylık sürenin sonunda bakiye sermaye tutarının ödenmemesi halinde, yönetim kurulu, esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kanuni nisaplarla ıskat kararı alır. İskat neticesinde, pay sahibi, söz konusu paylarla ilgili sahip olduğu pay sahipliği sıfatını kaybeder. Ayrıca, söz konusu paylarla ilgili olarak kısmi ödemelerden doğan haklarını kaybeder. Görüldüğü gibi ıskat, yönetim kurulunun usulüne uygun olarak yürüttüğü ve kanuni nisaplarla aldığı karar neticesinde sonuca bağladığı bir müessesedir. Dolayısıyla, ıskat, alacak ve tazminat taleplerine ilişkin değildir. Bu temelde ıskat, arabuluculuk açısından değerlendirilecek bir uygulama değildir.

Sermaye şirketlerinde taahhüt edilen sermaye borcunun yerine getirilmemesi halinde ileri sürülebilecek talepler ayrı ayrı incelenmiş olsa da, bunların hepsi veya bir kısmı aynı anda talep edilebilir. Bu durumda arabuluculuğa elverişli alacak kalemleri için öncelikle arabulucuya gidilmeli, anlaşmaya varılamaması halinde ilgili tutanak dosyaya konmak suretiyle, tüm alacaklar için tek bir dava açılmalıdır. Örneğin, borcun ifası, temerrüt faizi, cezai şart ve tazminat talep ediliyorsa, öncelikle cezai şart ve tazminat talepleriyle ilgili olarak arabulucuya gidilmeli, anlaşmaya varılamaması

¹⁰¹ TTK m. 483/1 ile 483/2'de ihtar ve ihbar usulleri farklı düzenlenmiştir. TTK m. 483/2'de nama yazılı pay senetlerinin ıskatı için özel düzenleme yapılmış olması, 483/1'in hamiline yazılı pay senetlerinde ıskatına ilişkin bir düzenleme olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılmasına yol açabilir. Ancak m. 484/2 hükmü dikkate alındığında, bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetleri çıkarılamaz. Bu hükme aykırı olarak çıkarılanlar geçersizdir. Dolayısıyla hamiline yazılı paylar açısından sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi durumu ile karşılaşamayacağı düşünüldüğünde m. 483/1 hükmünün düzenlenmiş olmasının yerinde olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bkz. ŞENER, 2022, s. 609-610.

¹⁰² Yargıtay 11. HD, 03.06.1982, E. 2121/K. 2676; 17.12.1982, E. 5383/K. 5479; 13.11.1980, E. 4561/ K. 5242. Bkz. ERİŞ, Gönen, **Ticari İşletme ve Şirketler C. III**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2013, s. 3254-3255.

halinde anlaşamama tutanağıyla birlikte tüm alacak kalemleri için dava yoluna başvurulmalıdır.

SONUÇ

Arabuluculuk müessesesi, 6325 s. HUAK'ın yürürlüğe girmesiyle, gerekli unsurlara sahip özel hukuk uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulması için alternatif bir yol olarak Türk yargı sistemine dâhil edilmiştir. 2018 yılında Kanuna eklenen 18A maddesi gereği, arabuluculuk faaliyeti, ilgili kanunlarda belirtilen uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk haline dönüştürülmüştür. 6102 s. TTK'nın 5A maddesine göre, konusu alacak ve tazminat olan ticari davalarda arabulucuya başvurmak zorunludur. HAUK ve TTK'da yer alan hükümler dikkate alındığında, bir ticari uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alması için aranan koşullar şunlardır: (i) uyuşmazlığın, tarafların serbestçe üzerinde tasarruf edebilecekleri konular üzerinden doğması, (ii) uyuşmazlığın ticari dava olması ve (iii) ticari davanın konusunun bir alacak veya tazminat talebi olmasıdır. Bu unsurların sağlanması halinde, taraflar uyuşmazlıkla ilgili dava yoluna gitmeden önce arabulucuya başvurmak zorundadır.

Çalışmamızın esas inceleme konusunu oluşturan ticaret şirketlerinde sermaye koyma burcunun ifa edilmemesi halinde başvurulacak hükümler TTK'nın 128 ve devam eden maddelerinde; ayrıca sermaye şirketleri için 482 ve 483 üncü maddelerde düzenlenmiştir. TTK'nın 128 inci maddesinin yedinci fıkrasına göre, şirket, sermaye koyma burcunun ifasını ve gecikme tazminatının ödenmesini talep edebilir. Şahıs şirketlerinde bu talepler ortaklarca da ileri sürebilir. Zamanında ifa edilmeyen sermaye para ise, gecikme tazminatı saklı kalmak üzere, temerrüt faizi de talep edilebilir. Taahhüt edilip getirilmeyen sermaye nakdi sermaye ise TTK m. 5A maddesinde aranan alacak ve tazminat talebi şartı sağlanmış olmaktadır. Bununla birlikte, dava şartı arabuluculuğun ortaya çıkması için HUAK m. 1 gereği, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan bir uyuşmazlığın söz konusu olması gerekir. Bu şartların mevcut olup olmadığı, davacının şirket veya ortak olmasına göre ayrı ayrı incelenmelidir.

Kanunda yer bulmuş talepler, şirket tarafından ileri sürülmüş ise, sermayenin ifasına ilişkin bu mesele, şahıs şirketleri açısından, olağanüstü bir durum olarak değerlendirilmeli ve dava şartı arabuluculuğun doğması için tüm ortakların arabuluculuk toplantısına katılması veya ortaklarca toplantının yürütülmesi yetkisinin içlerinden birine verilmesi gerekmektedir. Talepler, ortaklardan biri tarafından ileri sürülmüş ise, ortağın şirket sermayesi üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisi olmadığından, bu halde arabuluculuğa elverişli bir ticari dava mevcut olmayacaktır.

Borcun ifası talebi dışında, mevcut zararın tazmini ve sözleşmede öngörülmüş ise cezai şartın ödenmesi de talep edilebilir. Talep, şirket veya ortak tarafından ileri sürülebilir. Her iki halde de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri uyuşmazlıklar söz konusu olduğundan dava şartı arabuluculuğun işletilmesi gerekecektir.

TTK m. 129'a göre, nakdi sermayenin ifa edilmemesi halinde, aksi şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede belirtilmediyse, şirketin tescil anından itibaren temerrüt faizi talep edilebilir. Ayrıca, alacak hakkı taahhüt edilmiş fakat alacak tahsil edilememiş ise, temerrüt faizi talep edilebilir (TTK m. 130). Bahsi geçen hükümlerin, temerrüt faizinin başlangıç tarihine ilişkin düzenlemesi genel kuraldan ayrılmakta; ayrıca, hükümlerin düzenleniş tarzından temerrüt faizine ilişkin kuralların emredici nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı tarihin değiştirilmesi ancak şirket sözleşmesinin değiştirilmesi ile mümkündür. Şahıs şirketlerinde, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi ise oybirliğine bağlıdır. Tüm bunların sonucu olarak, arabuluculuk toplantısına tüm ortaklar katılım sağlamadığı veya tek bir ortağa tüm ortaklar tarafından arabuluculuk toplantısında temsil yetkisi verilmediği sürece, dava şartı arabuluculuk için gerekli koşulların oluşmamış olduğu kabul edilmelidir.

Sermaye şirketlerinde taahhüt edilen sermaye borcunun ödenmemesi halinde başvurulmak üzere 482 ve 483 üncü hükümler düzenlenmiştir. Bu halde, anonim şirketlerde yönetim kurulu, mütemerrit pay sahibini, iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakmaya ve söz konusu payı satıp yerine başkasını almaya ve kendisine verilmiş pay senedi varsa, bunları iptal etmeye yetkilidir. Iskat prosedürü gereği, yönetim kurulu tarafından, mütemerrit pay sahibine, Ticaret Sicili

Gazetesi ile esas sözleşmenin öngördüğü şekilde ilan yoluyla şirketin internet sitesinde de yayımlanacak bir mesajla ihtarda bulunulur. Bu ihtarda, mütemerrit pay sahibinin temerrüde konu olan tutarı bir ay içinde ödemesi, aksi hâlde, ilgili paylara ilişkin haklarından yoksun bırakılacağı ve sözleşme cezasının isteneceği belirtilir. Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, yönetim kurulunun, sermaye borcunun ifası talebine yönelik olarak tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Böyle bir yetkinin mevcut olmadığı, sermayenin korunması ve eşit işlem ilkeleri gereği de savunulabilir. Zira yönetim kurulu, bahsi geçen ilkelere aykırılık doğuracak şekilde, ifa edilmeyen sermayenin indirilmesi veya taksitlerle ödenmesinin kararlaştırılması gibi tasarruflarda bulunma yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda, sermaye şirketlerinde, ödenemeyen sermaye borcunun ifa talebi dava şartı arabuluculuğu doğuran bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmemelidir.

Sermaye şirketlerinde, sermaye koyma borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahibi, ihtarla gerek olmaksızın, temerrüt faizi ödemekle yükümlü hale gelir (TTK m. 482/1). Temerrüt faizinin ifası, ortakların ve şirketin menfaati yanında şirket alacaklılarının menfaatini de doğurduğundan, şahıs şirketlerinden farklı olarak sermaye şirketlerinde, temerrüt faizine ilişkin alacak talebinin dava şartı arabuluculuğa elverişli olmadığı söylenebilir.

Esas sözleşmede sermaye koyma borcunun ifa edilememesi halinde cezai şart ödeneceği düzenlenmiş ise, TTK m. 482/3 gereği, şirket cezai şartın ifasını da talep edebilir. Ayrıca, TTK m. 482/4'e göre, şirketin tazminat hakkı saklıdır. Başka bir deyişle, şirketin karşılanmamış zararı mevcut ise bu zararın tazmin edilmesini talep edebilir. Cezai şart ve tazminat bedelleri üzerinde yönetim kurulunun tasarruf etme yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir. Ancak, arabuluculuk görüşmeleri sırasında eşitlik ilkesi temelinde şirket menfaatine hareket edilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK ÖZAL, Şebnem / YILDIRIM, Abdülkerim / ERMENEK, İbrahim / KUTLA, Selda, **Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk**, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2021.
- ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 26. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2020.
- ATALI, Murat / ERDOĞAN, Ersin, "Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu", **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 5, Sayı: 1, (s. 205-221).
- AYOĞLU, Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BAHADIR, Zeynep, "Uzman Arabuluculuk Uygulamasının Yaratacağı Usûlî Sorunlar", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi - Asoscongress Uluslararası Hukuk Sempozyumu, (27-29 Mayıs 2021)**, Asos Yayınları, Elazığ, 2021, (s. 387-398).
- BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, 7. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021.
- CENKÇİ, Esra, "Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 4, Sayı: 1, (s. 1-50).
- CANSEL, Erol / ÇAĞLAR Özel. "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu The Penal Clause in Turkish Code of Obligations", **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 8, Sayı: Özel Sayı, (s. 0-734).

ÇAMOĞLU, Ersin, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ÇELİK, Aytekin, "Anonim Şirketlerde Aynı Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine Yönelik İhtiyati Tedbirler", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 15, Sayı: 3, (s. 31-64).

DEVELİ, Bilge, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 17 Sayı: 1-2, (s. 443-489).

DİŞEL, Buse, **Dava Takip Yetkisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

DİŞEL, Buse, "Medeni Usul Hukuku Perspektifiyle TTK m. 555 ve 556 Uyarınca Anonim Ortaklık Pay Sahipleri ve Alacaklıların Açtıkları Sorumluluk Davasında Davayı Takip Yetkisinin Gösterdiği Özellikler ve Hükmün İcrası", **Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 Sorunlar ve Çözüm Önerileri 9-12 Şubat 2021 Bildiri Kitabı**, (der. G. Zabunoğlu, vd.), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (s. 169-200).

EKİNCİ, Hüseyin, **Anonim Şirketlerde Sermaye Koyma Borcunun Yerine Getirilmemesinin Hukuki Sonuçları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat / SEVEN, Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

EMİNOĞLU, Cafer / ERDOĞAN, Ersin, **Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ERMENEK, İbrahim, "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi", **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 46, Sayı: 4, (s. 1017-1062).

ERİŞ, Gönen, **Ticari İşletme ve Şirketler C. III**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2013.

GÜNGÖR, Seda, "Ticaret Şirketlerinde Sermaye ve Sermaye Koyma Borcunun İfa Edilmesi", **Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 2, Sayı: 3, (s. 110-117).

- ILDIR, Gülgün, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, (der. H. Pekcanitez), Türkiye Barolar Birliği, 2005, (s. 385-401).
- KARASU, Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Bası, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2015.
- KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail, **Şirketler Hukuku Cilt I**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, **Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- MOROĞLU Erdoğan, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, (der. N. Barlas, vd.), Beta Basım, İstanbul, 2000.
- ÖZMUMCU Seda, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, 2014, 4(4), **SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı**, (s. 146-171).
- ÖZMUMCU, Seda, “Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, (der. M. Göksu, vd.), C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (s. 1275-1300).
- PASLI, Ali, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, (der. C. Süral Efeçınar, vd.), Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, (s. 13-25).
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, “Sermayesiz” Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler’, **BATİDER**, Cilt: 34, Sayı: 2, 2018, (s. 5-19).
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esasları**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ŞENER, Oruç Hami, **Adi Ortaklık**, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2008.

ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 5. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2022.

ŞENER, Oruç Hami, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2016.

ŞENOCAK, Kemal, “Anonim Ortaklıkta Iskat Kararının Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 11, Sayı: 1-2, (s. 279-296).

TANRIVER, Süha, “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1994, Cilt: 49, Sayı: 1, (s. 333-348).

TANRIVER, Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 1997, Cilt: 17, Sayı: 1-2, (s. 467-492).

TANRIVER, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, (der. M. Ünal), Seçkin Kitabevi, Ankara, 2009, (s. 637- 656).

TANRIVER, Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 32, Sayı: 147, (s. 111-142).

TATLI, Burçak, "Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma Ve Ayrılma Akçesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı:1, (s. 165-210).

ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / ERTAN, Füsün Nomer, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

YARDIM, Mehmet Ertan, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabulucuya Başvuru”, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk** (der. C. S. Efeçinar, vd.), Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, (s. 89-112).

YILMAZ, Abdülhamit, “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 4, Sayı: 1, (s. 219-238).

YILMAZ, Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağani**, (der. H. Pekcanitez), Türkiye Barolar Birliği, 2005, (s. 842-856).

YONGALIK, Aynur, **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2010.

**TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA
SÖZLEŞME KAPSAMINDA BAĞLAYICILIĞI**

*TRAFFIC INSURANCE GENERAL CONDITIONS' BINDING IN THE SCOPE OF CONTRACT FOR
THIRD PARTY BENEFIT*

Hakemli Makale
Şaban KAYIHAN*
Atakan Âdem SELANİK**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	77
I. ARAÇ İŞLETENİNİN TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN SİGORTALANMASI GEREKSİNİMİ.....	80
II. TRAFİK ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİLER	84
III. TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI MUHTEVASI	86
IV. TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARININ HUKUKİ MAHİYETİ TÜRK BORÇLAR KANUNU GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	87
V. SİGORTA HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİNİN SINIRLANDIĞI HALLER	90
VI. SİGORTA UYUŞMAZLIKLARINDA UYGULANACAK HÜKÜMLER VE SIRASI.....	92
A. EMREDİCİ HÜKÜMLER	93
B. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ.....	93
C. EMREDİCİ OLMAYAN TİCARİ HÜKÜMLER	93

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1096356

Makalenin Geliş Tarihi: 31.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 06.06.2022

* Prof. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

E-posta: sabanmanas@hotmail.com

ORCID: 0000-0003-3778-0250

** Av. Dr., İstanbul Barosu Avukatı.

E-posta: atakanselanik@selanik.av.tr

ORCID: 0000-0002-4713-2081

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

D. TİCARİ ÖRF VE ÂDET	94
E. GENEL HÜKÜMLER	94
VII. SİGORTA PRİM MİKTARININ TESPİTİ	94
A. GENEL OLARAK	94
B. PRİM ÖDEME BORCU VE PRİM BEDELİNİN BELİRLENMESİ	96
C. TRAFİK SİGORTALARINDA PRİMİN BELİRLENMESİ BAKIMINDAN DİKKATE ALINMASI GEREKEN HUSUSLAR	97
VIII. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ BELİRLENMESİ VE ZORUNLU TRAFİK MALİ MESULİYET SİGORTASI BAKIMINDAN ÖNEMİ	98
IX. TRAFİK SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE ZARAR VE TAZMİNATIN HESAPLANMASINDA DİKKATE ALINMASI GEREKEN İLKELER VE UNSURLAR	99
X. ANAYASA MAHKEMESİNİN KTK. NUN BAZI MADDELERİNİ İPTAL KARARI VE YARGITAY KARARLARINDA RİZİKO TAZMİNATININ BELİRLENMESİ KONUSUNDA KABUL EDİLEN ESASLARA İLİŞKİN DÜŞÜNCELERİMİZ.....	103
SONUÇ	107
KAYNAKÇA.....	110

ÖZ

Trafik kazalarından kaynaklı zararların hesaplanmasında, trafik sigortası genel şartlarının bağlayıcılığı tartışılmıştır. Yargıtay, önceleri sözleşme ile belirlenen (genel) şartlarda hesaplanan tazminatlar ile sigorta şirketini sorumlu tutmuş, artan zararda ise işletenin sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmiştir. Sonralarda ise tazminat hesaplamalarında trafik sigortası genel şart hükümlerini yok saymış, sigorta şirketi, araç işleteni ve sürücü gibi tam zarardan sorumlu tutulmuştur. Trafik sigortacısının üçüncü kişiye karşı sözleşme ile sınırlı sorumluluğu görmezden gelinmiş; trafik sözleşmesi genel şartları (tazminatın hesaplanmasına ilişkin kuralları) kısmen yok sayılmıştır. Karayolları Trafik Kanunu metnine tazminat hesaplamasında genel şartlarında dikkate alınması hususunun eklenmesi (2016 değişikliği) ile Yargıtay bu defa genel şartları tanımış ve hesaplamalarda yaşam tablosu ve iskonto (1,8 teknik faiz) açısından genel şartları dikkate almıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi iptal kararı (17.07.2020 tarihli ve E.: 2019/40; K.:2020/40) ve Danıştay yürütme durdurma kararı (8. Daire 2020/6495) ile eski uygulamaya dönülmüş ve bu defa kaza tarihindeki sözleşme şartları da görmezden gelinmiş, geriye dönük olarak yine genel şartlar yok

sayılmıştır. Bu çalışma ile genel şartların zorunlu olarak sigorta poliçelerinde var olduğuna değinerek esasen haksız fiil (kaza) tarihinde geçerli olan sözleşme maddesi olarak uygulanabilirliği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zarar Sigortası, Sorumluluk Sigortası, Zorunlu Sigorta, Trafik Sigortası Genel Şartları, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme.

ABSTRACT

The bindingness of the traffic insurance general conditions has been discussed in the calculation of the damages caused by traffic accidents. The Court of Cassation held the insurance company responsible for the compensations calculated under the (general) conditions determined by the contract before, and stated that the operator could be held liable for the increased damage. Later, in the compensation calculations, the traffic insurance general condition provisions were ignored, and the insurance company was held responsible for full damages such as the vehicle operator and the driver. The contractual limited liability of the traffic insurer against the third party has been ignored; The general conditions of the traffic contract (rules for the calculation of compensation) have been partially ignored. With the addition of the issue to be taken into account in the general conditions in the calculation of compensation in the text of the Highway Traffic Law (2016 amendment), the Court of Cassation recognized the general conditions this time and took into account the general conditions in terms of life table and discount (1.8 technical interest) in the calculations. However, with the annulment decision of the Constitutional Court (dated 17.07.2020 and E.: 2019/40; K.:2020/40) and the Council of State's stay of execution decision (8th Chamber 2020/6495), the old practice was returned and this time the contract conditions on the date of the accident. Also, the general conditions were ignored retrospectively. In this study, it will be discussed that the general conditions are mandatory in insurance policies, and its applicability as a contract clause valid on the date of the tortious act (accident).

Keywords: Damage Insurance, Liability Insurance, Compulsory insurance, Traffic Insurance General Conditions, Contract for Third Party Benefit.

GİRİŞ

Motorlu araç işletenleri, KTK m. 85 ve devam maddeleri ile üzerlerine yükümlenen sorumluluğu sigorta ettirmek zorundadır (KTK m. 91). Bu zorunluluk kapsamında sigorta kuruluşları, sigorta ettiren ile akdedilen sigorta sözleşmesi kapsamında sorumluluğu sözleşme ile belirlenen kurallar çerçevesinde üzerine almaktadır. Sigorta ettiren ile sigorta

kuruluşu arasında akdedilen üçüncü kişi (aracın işletilmesinden kaynaklı zarara uğrama riski altında olan) yararına sözleşme içeriğinde yer alan genel şartlar Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilmekte ve Resmî Gazetede yayımlanmaktadır (KTK m.93). Sigorta kuruluşları, sigorta sözleşmesinin muhtevasını genel şartlara uygun olarak düzenlemek zorundadır (Sigortacılık Kanunu m.11). “Sigorta tarifeleri, sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenir. Ancak, bu Kanuna ve diğer kanunlara göre ihdas edilen zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Bakan tarafından tespit olunur ve Resmî Gazetede yayımlanır.” (Sig. K. m.12/1). Düzenlemelerden görüleceği üzere sigorta ettiren ile sigorta kuruluşu arasında yapılan zorunlu trafik sigorta sözleşmesi gerek sözleşmenin yapılmasının zorunlu olması gerekse sözleşme bedeli ve muhtevasına hukuk kuralları ile müdahalesi ile bazı alanlarda sınırlandırılmaktadır.

Sigortacı, trafik sigorta sözleşmesi ile işletenin KTK ile üstlendiği tehlike sorumluluğunu, sözleşmede belirlenen şartlar (özel ve genel şartlar) kapsamında üstlenmektedir. Bu çalışmada sırasıyla, motorlu taşıtların yarattığı tehlike sorumluluğunun sigortalanması gereksinimine, trafik sigortalarında sözleşme taraflarına, genel şartların trafik sigorta sözleşmesi içeriğindeki yerine, uyumsuzluk halinde hangi sıra ile hangi kuralların uygulanacağına değineceğiz. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu ile doğrudan ilişkisi olan unsurlardan olan tazminat hesaplama yöntemlerinin sözleşme (genel şartlar) ile belirlenmesinin üçüncü kişiler açısından bağlayıcılığı üzerinde duracağız.

I. ARAÇ İŞLETENİNİN TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN SİGORTALANMASI GEREKSİNİMİ

Sorumluluk hukukunun gelişimine genel hatlarıyla baktığımızda, bireysel yaşamın ön planda olduğu ilkel dönemlerde haksız eylemlerin doğurduğu gazap tazminatın ölçüsü olmuş; köklü bir sisteme sahip Roma Hukuku ilk dönemlerinde dahi kişinin kendi hakkını

yerine getirmesi ve öç kavramları birbirine karışmıştır.¹ Kusur kavramı, mülkiyetine sahip olunan mallara (köle, hayvan) zarar verilmesi söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkmış; sonraları sözleşme ilişkisinde de baskın hale gelmiştir.² Tek tanrılı inancın yaygınlaşması, Tanrı'nın kurduğu düzene ve iradeye karşı gelmenin de kusur olarak görülmesi 19. yy. Müşterek Hukuk dönemi, kusursuz giderim olmaz (*nulla in demnitas sine culpa*) prensibinin kabulü, sorumluluk hukukunda kusurun rolünü pekiştirmiştir. Tehlike içeren faaliyetlerin artması, Roma hukukundan beridir süregelen ve egemenliğini sürdüren kusur ilkesinin mutlak geçerliliğini etkilemiştir.³ Tesadüfi veya tehlikeli faaliyet neticesinde gerçekleşen zararlara ilişkin olarak Victor Mataja 'ya göre, herhangi bir kişinin kusurundan bağımsız, tesadüfi gerçekleşen bir olay ile ortaya çıkan zararın sorumluluğu, hiç kimseye yüklenemeyeceğinden, topluma dağıtılmalıdır. Zarar, bir tarafın kusuru ile doğsa bile yine faiz ve mağdur arasında birkaç kişiye bölüştürülmelidir. René Demogue ise zararın eşit paylaşılmasının ancak hiçbir tarafa kusur yüklenilemez bir durum söz konusu ise hakkaniyetli olacağını savunmuştur. Fail, elektrikçilik, otomobil kullanma gibi tehlikeli bir faaliyette bulunuyorsa, hiç kusuru olmasa veya çok az kusuru olsa dahi olmalıdır. Mağdur ise kazayı önlemek için dikkatli olmalıdır. Bu sebeple mağdurun üzerine de dörtte bir oranında zarar paylaşılmalıdır. Buna karşın tehlikeli olmayan bir faaliyet esnasında zarar verilmişse fail ya kusurludur ya da kusursuzdur. Kusurlu ise zararın tamamını karşılamalıdır.

¹ ULUSAN, İlhan, **Tehlike Sorumluluğu Üstüne (1970)**, Güncelleştirilmiş baskı, Aristo, İstanbul, 2021, s. 1 vd.; KASER, Max, **Römische Rechtsgeschichte**, Göttingen 1950, s. 48; Bunun yanında şehirleşme, binaların artması, ticari hayatta gelişmeler ile kusura dayanmayan sorumluluk türleri (geçilmesi adet olan bir yere binadan dökülen veya atılan şeylerden kaynaklanan zarar davası: *actio de efusis et dejectis*; deniz taşımasında telef olan mallar sonucu zararın paylaşılması; gemicilerin, hancıların, ahır sahiplerinin sorumluluğu, komşu hukuku gibi) de gelişmiştir; ayrıntılı bilgi için bkz. ESSER, Josef, **Grundlagen und Entwicklung de Gefahrdungshaftung**, Münih ve Berlin, 1941, s. 47.

² “Lex Aquilia” (yaklaşık MÖ 286) hayvan ve köle sahiplerinin mallarına gelen zararın giderilmesi hakkında bkz. ULUSAN, 2021, s. 2; DÍ MARZO, Salvatore, **Roma Hukuku**, İstanbul, 1954, s. 476.

³ ULUSAN, 2021, s. 4-7 ve s. 30.

Kusursuz ise zararın yarısını karşılaması yeterli olur. Sorumsuzluk ancak mücbir sebep ile illiyet bağı kesilmiş ise söz konusu olmalıdır⁴.

Tren kazaları ile başlayan işletme faaliyetinden kaynaklı zararlar, kimyasal ve fiziksel enerji kaynaklarının sanayiye uygulanmasıyla daha da artmıştır. 19. yy. itibariyle kusur ilkesinin benimsenmesinden kaynaklı olarak, kusursuz giderim yükümünden söz edilemeyeceği (*nulla in demnitas sine culpa*) ve rastlantı sonucu oluşan zararlara katlanma zorunluluğu (*casum santit dominus*) ilkelerden uzaklaşmıştır. Demiryolu kazalarına özgü düzenlemeler, fabrikalar ve elektrik işletmeleri gibi tehlikenin yoğun olarak görüldüğü alanlarda yaşanan kazalara ilişkin sorumluluk halleri, motorlu taşıtlar kanunu, atom enerjisinin barışçıl amaçlarla kullanılmasını öngören *özel düzenlemeler*, İsviçre ve Almanya'da yürürlüğe konulmuştur.⁵ Sovyet Rusya, Macaristan ve Çekoslovakya gibi sosyalist ülkelerde ise medeni kanuna tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm konulması yoluna gidilmiştir.⁶ Tehlike sorumluluğu, teknolojik gelişimin hız kazanımı ve tehlike yaratacak makinelerin çoğalması ile makinelere karşı ekonomik yönden güçsüz kimselerin korunması fikri gelişmeye başlamış; bu fikirlerin gelişimi tazminat hukukunda da etkisini göstermiştir. Bu nedenlerle hukuk düzeni, sosyal denge kurabilmek adına müdahaleci yasalar çıkararak, kusursuz sorumluluğa dayanan tazminat hukukunun ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁷ Makinelerin işletilmesinden kaynaklanan kazalar açısından kusurun ispatlanması hususunda yaşanan güçlükler, kazaya uğrayan dar gelirli insanların uğradığı zararın giderilmesinden mahrum bırakılması, hukuki düzenlemeler açısından, tehlike sorumluluğunun gelişmesini tetiklemiştir.⁸ Bunun yanında teknolojik gelişmelerin ekonomik

⁴ Mataja ve Demogue görüşleri için bkz. İMRE, Zahit, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, 1949, s. 1530- 1532; DEMOGUE, René, **Traité des Obligations en Général** Paris, 1923, s. 456.

⁵ ULUSAN, 2021 s. 31.

⁶ ULUSAN, 2021 s. 7.

⁷ İMRE, **1949**, s. 44; ULUSAN, **2021**, s. 12; OFTINGER, Karl, **Der soziale Gedanke im Schandenersatzrecht**, SJZ, 1943, s.546.

⁸ ULUSAN, **2021**, s. 30; ESSER, **1941**, s. 222.

alandaki etkilerinin artması, liberalizm akımının etkisi ile iktisadi hayatın serbest gelişimi ve bu gelişimin hiçbir şekilde engellenmemesi gerektiği fikri, kusursuz sorumluluk ilkesine karşı çıkmıştır. Bu görüş doğrultusunda daha da ileri gidilerek, teşebbüs ve işletmelerin varlıklarının korunup gelişmesi için kusur sorumluluğundan dahi fedakârlık edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁹ Bir kişiye isnat edilebilecek bir zarar yok ise zarara maruz kalan kişi, endüstrileşme akımının hedefine ulaşabilmesi için katlanma zorunluluğu altında bırakılabilmeli fikrinin savunulması dahi doğal karşılanmıştır.¹⁰ Liberal akıma karşı kusursuz sorumluluk savunması yapan yazarlar, kökleri Aristoteles'e dayanan dağıtıcı adalet (justitia distributiva) kavramından yola çıkarak kusur ilkesiyle kusursuzluk varsayımını uzlaştırma yolunu denemişlerdir. Bu şekilde zarar öznel olarak ele alınmayıp, iktisadi düzenin getirdiği kolektif nitelikte incelenmiştir.¹¹ Trafikte tehlike arz eden araçların işletenlerinin sorumluluğu, sorumluluğun zorunlu sigortalanması, sigorta yaptırmayanların verdiği zararların bazı fonlar aracılığıyla karşılanması, fon gelirinin de yine sigorta eden/ettirenden elde edilmesi de bu fikrin ürünüdür

Teknolojik değişikliklerin sebep olduğu tehlikelerin meydana getirdiği zararların önüne geçebilmek için topluluk halinde yaşayanlar bir araya gelerek çeşitli birlikler, yardım sandıkları, kooperatifler ve sigorta şirketleri kurmak suretiyle örgütlenmiş ve dayanışma yoluyla birbirlerine yardım ve hizmet etmeye başlamıştır¹². Sigortanın temel amacı, meydana gelecek zararlı sonuçları engellemek değil, bu zararı topluluk üyeleri arasında dağıtmak, böylelikle zararlı sonuç yükünü topluluğun her üyesi için bir miktar katılım payı ödeyerek katlanılabilir ve taşınabilir hâle getirmektir. Bir başka söyleyişle, daha az şanslı olanların karşılaştıkları zararı, aynı riziko ile karşı karşıya olmalarına rağmen

⁹ ESSER, 1941, s. 54.

¹⁰ ULUSAN, 2021, s. 14.

¹¹ ULUSAN, 2021, s. 14-15; OFTINGER, 1943, s. 550.

¹² HIRSCH, Ernst, **Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku**, Ankara, 1945, s. 134; KUBİLAY, Huriye, **Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku**, İzmir 1999, sh.29; KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Gözden geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2021, s. 4 vd; KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Âdem, **Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü**, Ankara, 2022, s. 30-32.

tesadüfen kurtulan kişiler arasında paylaşımın sigortanın amacını oluşturur. Bu beraberlik, doğacak zararlı sonucun şiddet derecesini her bir fert açısından azaltarak, belirsizliği belirli hâle dönüştürecektir¹³.

Makineleşmenin getirdiği en büyük tehlikelerden birisi de trafik kazalarıdır. Ülkemizde her yıl yaklaşık 150 bin trafik kazası meydana gelmekte, bu kazalar maddi ve bedeni zararlara sebebiyet vermekte; manevi zarara sebep olacak derin acılar yaşatmaktadır. Trafik sigortaları da bu zararların topluma paylaşılması fikri ile zorunlu hale getirilmiş; zararın bir kısmı sigorta şirketlerine devredilmiştir. Bu devir yapılırken tavan fiyat uygulanması sağlanarak sigorta yaygınlaştırılmaya çalışılmakta, toplumun her kesiminin bu tehlikeye karşı sigorta yaptırması amaçlanmaktadır. Başka bir anlatımla araçların oluşturduğu tehlikelerin giderilmesi sonucu meydana gelen maliyet topluma yayılmaktadır.

II. TRAFİK ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİLER

Sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki sigorta hukuku ilişkisi, sigorta sözleşmesinin kurulması ile oluşan bir ilişkidir. Bundan dolayı, sigorta sözleşmesinden doğan borç ve haklar akdi yani şahsi bir nitelik taşır¹⁴.

Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz) (DVVG.) § 1/f.1 hükmü ise özellikle zarar sigortaları bakımından şu hükme yer vermektedir: “Zarar sigortalarında sigortacı, sigorta rizikosunun gerçekleşmesini müteakip, sigorta ettirenin malvarlığında oluşan zararı, sigorta **sözleşmesinde yer alan ölçütlere** göre tazmin etmekle yükümlüdür”. Görüldüğü üzere DVVG.’de sigorta sözleşmesinden bahsetmekle birlikte sigorta sözleşmesinin tanımını yapmamış, sigortacının edimi açısından bir düzenlemeye

GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afıtaş Öndaş, **Sigortacılık**, 7. Baskı, Ankara, 2015, s. 25; KAYIHAN / GÜNERGÖK, 2021, s. 4.

¹⁴ ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Altıncı Kitap, C.1, İstanbul, 2016, s. 11.

yer vermiştir¹⁵, sigorta sözleşmesinde yer alan ölçütlere vurgu yapılmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nda ise “(...) sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşme (...)” olarak tanımlanmıştır (m.1401/1). Sigorta sözleşmesinin unsurlarını da içeren bu geniş tanımını müteakiben, eskilerin deyimi ile *efradını cami ağyarını mâni* olmak üzere, akılda kalıcı özlü bir tanım şu şekilde vermek mümkündür. “*Sigorta sözleşmesi; sigortacının, sigorta ettirenin ödeyeceği prim karşılığında belirli bir rizikoya karşı sigorta himayesini, sigorta teminatı süresince üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir*”¹⁶. Sigortacının üstlenmiş olduğu sigorta himayesi borcu, sigorta ettirenin prim ödeme borcuna karşılık oluşturduğu ve bu himaye sigorta sözleşmesi boyunca devam ettiği için de sigorta sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen¹⁷ sürekli sözleşmelerdendir.

Trafik mâli sorumluluk sigortaları iki ana başlığa ayrılmaktadır. Bunlar; zorunlu mâli sorumluluk sigortası ile isteğe bağlı mâli sorumluluk sigortalarıdır. Motorlu bir aracın karayollarında işletilmesi esnasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına ya da bir şeyin zarar görmesine neden olması hâlinde o aracı işleten kişinin üçüncü kişilere karşı olan hukuki sorumluluğunu belirli limitler dâhilinde tazmin etmeyi amaçlayan ve kanunen yapılması zorunlu olan sorumluluk sigortası türüne *zorunlu mâli sorumluluk sigortası* adı verilmektedir¹⁸ (KTK. m. 91, 101). İsteğe bağlı mâli sorumluluk sigortası ise, motorlu araç işleten kişinin, bu aracın işletilmesinden dolayı oluşan, zorunlu mâli sorumluluk sigortası

¹⁵ KAYIHAN, Şaban, **Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, Ankara, 2004, s. 32.

¹⁶ KENDER, Rayegan, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul, 2015, s. 169.

¹⁷ ÜNAN, 2016, C.1, s. 11.

¹⁸ TAŞYÜREK, Hayri, **Kasko Sigortası**, Ankara, 2001, s. 52; KENDER, 2015, s. 225; BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, Ankara 1981, s. 204; VURAL, Güven, **Trafik Sigortası, Motorlu Taşıt Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası**, Ankara 1981, sh.1 vd.

sınırları dışında kalan hukuki sorumluluğunu sigorta poliçesinde yazılı en yüksek hadlere kadar sigorta teminatı altına alan sigorta sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır¹⁹ (KTK. m.100). Bu sigortalarda da sigorta sözleşmesi araç sahibi ile sigortacı arasında kurulmuştur. Kanunda belirlenen araçların kullanılması nedeniyle üçüncü kişilere karşı doğması muhtemel sorumluluk sigorta edilmektedir. Burada zarara uğrayan üçüncü kişi ya da kişiler sorumluluk sigortasına taraf olmamakla birlikte, sigorta sözleşmesinden doğan hakları sigorta poliçesinde yazılı azami hadlere kadar sigortacıdan talep etme yetkisine sahiptir. Esasen TTK. 'nın 1478. maddesinde yer alan “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir” hükmü ile tüm sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişiye doğrudan dava hakkı tanınmıştır.

III. TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI MUHTEVASI

Sigorta şirketleri sigortacılığın ilk zamanlarında kendilerini ilgilendiren bütün hususları sigorta sözleşmelerine koymuştur. Böylelikle sigorta ettirmek isteyen şahıslar, daha evvel tespit edilen belirli şartları kabul etmek durumunda kalmıştır. Bu durum sözleşme serbestisini sigorta şirketleri lehine oldukça sınırlandırmıştır. Kanun koyucu, sözleşme özgürlüğü ilkesinin kötüye kullanımını engellemek amacıyla sigorta şirketlerinin genel şartlar koymak hususundaki serbestisini sigorta ettiren lehine kısıtlamıştır. Böylece sigorta şirketleri tarafından tek taraflı olarak tespit edilen ve sigorta yaptırmak isteyenlere dikte ettirilen sözleşme tipinin yerini devlet tarafından düzenlenen yeni bir sözleşme türü almıştır²⁰. Diğer bir deyişle sigorta sözleşmesinin sosyal yaşamdaki önemi nedeniyle devlet, sigorta genel şartlarının hazırlanmasını bundan böyle tabiri caiz ise sigorta şirketlerinin keyfine bırakmamıştır.

¹⁹ TAŞYÜREK, 2001, s. 56.

²⁰ HİRSCH, 1945, s. 174.

Sigorta genel şartları, sigorta poliçesine ekli ve her sigorta dalı için ayrı ayrı önceden hazırlanmış standart şartlardır²¹. Bunlar kanunun emredici hükümlerinden sonra fakat yorumlayıcı hükümlerinden önce gelir²². Bütün sigorta şirketleri bu şartlara uymakla yükümlüdür. Bunlara aykırı sözleşme şartları yapılamaz. Aksi takdirde hem geçersizlik yaptırımını ile karşılaşılır hem cezai yükümlülükler doğurabilirler²³. Bu şartların sigorta poliçesinin arkasına zahmetsizce okunacak şekilde basılması gereklidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki sigorta genel şartları, Hazine Bakanlığı'na onaylanmış olsa bile (bkz. Sig. K. m.11/c.1)²⁴, TTK. m. 1452 ile gösterilen emredici hükümlere aykırı düzenlemeler içerdiği oranda uygulamaya konulamaz²⁵ (Bkz. TBK. m.24).

IV. TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARININ HUKUKİ MAHİYETİ TÜRK BORÇLAR KANUNU GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Trafik sigortası genel şartlarının, genel işlem koşulu olarak sayılabılmesinin temel sebebi sigorta ettiren ile sigortacı tarafından müzakere edilememesidir²⁶. Buna karşın sigorta genel şartlarının, idare tarafından hazırlanması ve Resmî Gazete 'de yayımlanarak

²¹ KENDER, 2015, s. 32.

²² ARSEVEN, Haydar, **Sigorta Hukuku, Ana Prensipler, Genel hükümler**, Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul, 1991, s. 32.

²³ ARSEVEN, 1991, s. 33.

²⁴ Sig. K. m.11/1, c.1: “*Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir*”.

²⁵ “*Bizatihi emredici olarak düzenlenmiş ve kıyasen olaya uygulanması gereken kanun hükmü uyarınca, davalı sigortacının poliçe ile temin etmiş olduğu taşımadan kaynaklanan riziko ile sorumlu tutulması icabeder. Poliçeye veya kloza aksine hüküm derciyle davalı sigortacının sorumluluktan kurtulması mümkün değildir*” Y. 11.HD. T. 30.11.1984, E.1984/5893, K.1984/5944. ULAŞ, Işıl, **Uygulamaları Zarar Sigortaları Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2012. s. 67.

²⁶ KENDER, 2015, s.73 vd.; ÜNAN, Samim, **Sigorta Tüketici Hukuku**, İstanbul, 2016, s. 29 vd; GÜRGEN, Orhan, Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararının Eleştirisi, **TAAD**, Yıl:2020, Cilt: 1, Sayı: 41, s. 465.

yürürlüğe girmesi nedeniyle, idarenin düzenleyici işlemi olduğu savunulmaktadır²⁷. Genel şart ifadesi, Sig. K., TTK. ve KTK. düzenlemelerinde karşımıza çıkmaktadır.

Sigortacılık Kanunu'nda yer alan, m.11/1, *sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir*; m. 34/f, 11 inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı olarak genel şart düzenlemelerine *aykırı davranılması halinde on bin Türk lirası, idarî para cezası uygulanır*, düzenlemeleri ile müsteşarlığın onayladığı genel şartlara uygun davranılması gerektiği, aykırılık halinin cezalandırılacağı vurgulanmaktadır. KTK m.93, *zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları, (...), Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmî Gazetede yayımlanır*, şeklindedir. Kanun, açıkça Bakanlıkça tespit edilen genel şartlardan bahsetmektedir.

TTK, m.1425 ise genel şartlarda yapılacak değişikliklerin uygulanmasına ilişkindir. Genel şartlarda meydana gelecek lehe (sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine) değişikliğin doğrudan uygulanacağını düzenlemektedir. Lehe değişikliğin sağladığı menfaat karşılığı olan prim farkının istenebileceği de düzenlenmiştir. Sigorta poliçesinden menfaat sağlayan lehine ek korumanın prim karşılığının olması, sigortacı tarafından ek prim talep edilebilmesi sözleşmenin ayakta tutulması açısından da önemlidir. Burada vurgulanan diğer bir husus ise yine genel şartlarda meydana gelebilecek irade dışı değişikliklerdir.

Görüleceği üzere, Sig. K., KTK., TTK. 'da yer alan düzenlemelerin ortak noktası, genel şartların taraf iradelerinden bağımsız oluşturulduğu ve değişebileceği noktasındadır. Sigortacı, sigortalı, sigorta ettiren, lehtar her ne ad altında sözleşmeden menfaat sağlayan hiçbir tarafın genel şartlara müdahale etme olasılığı bulunmamaktadır.

²⁷ YEŞİLOVA ARAS, Ecehan, Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 80, Sayı 3, s.446 vd.; MEMİŞ, Tekin, **Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi**, İstanbul, 2016, s. 21-23 vd.; GÜRGEN, 2020, s. 466.

TBK m.20, genel işlem koşullarını, *bir sözleşme yapılırken düzenleyen*, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümler, olarak tanımlamıştır.

Sig. K. m. 11, “genel şartlara uygun olarak düzenlenir”, ifadesinden de anlaşılacağı üzere, sigortacı, düzenleyendir; dolayısıyla, her ne kadar tespiti idare tarafından yapılarak Resmî Gazete ‘de yayımlansa dahi genel şartları sözleşme içeriğine alan ve sözleşmeyi düzenleyen sigortacıdır, bu sebeple genel şartlar, her halükârda genel işlem koşulu olarak değerlendirilmeli, genel işlem koşuluna özgü kurallara uyulmalıdır. Diğer yandan sigorta şirketinin düzenleyen olarak gerekli bilgilendirmeyi yapma zorunluluğu **Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik** kapsamında da ayrıca ele alınmaktadır, bu düzenlemeye göre, sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü, sigortacı tarafından sigorta ettirene ve sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişilere sözlü ve yazılı şekilde yerine getirilir. Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması esastır. Bilgilendirme yükümlülüğü, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce başlar ve sözleşmenin geçerli olduğu süre içinde devam eder (yönetmelik m.5/1). Yönetmeliğin anılan düzenlemesi ve devam maddeleri, sigorta şirketine ayrıca bilgilendirme yükümlülüğü getirdiğinden sigorta şirketi, genel şartların içeriği, teminatı ve yönetmelikte de ayrıca vurgulanan konularda sigorta ettireni mutlaka bilgilendirmelidir (yönetmelik m.8).

KTK m. 91, işletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur, düzenlemesi, işleten açısından da sözleşme maddelerinin tartışılmasını olanaksız hale getirmektedir. Sigortacı açısından da KTK m.101, bu Kanunda öngörülen zorunlu mali sorumluluk sigortası Türkiye’de kaza sigortası dalında çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılır. Bu sigorta şirketleri zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapmakla yükümlüdürler. Bu madde hükmüne uymayan sigorta şirketleri, 108 000 000 lira hafif para cezası ile cezalandırılırlar, hükmü ile sigorta şirketleri sözleşme yapmakla yükümlendirilmiştir. Genel şartlar üzerinde müzakere yapılamaması genel işlem koşulu

olarak değerlendirilmesi açısından yeterlidir. Kender²⁸ ve Ünan²⁹ tarafından savunulan idare tarafından hazırlanmış olsa dahi, her durumda sözleşme şartı olduğu görüşüne katılmaktayız.

Trafik sigortası genel şartlarını, genel işlem koşulu olarak değerlendirsek dahi taraflara müzakere şansı tanınmamaktadır. Dolayısıyla denetimi açısından yazılmamış sayılmasına ilişkin hüküm uygulanırken problem yaşanması kaçınılmaz olup, boşluk doğmaktadır. Müzakere edilse dahi sonucunda sözleşmenin yapılması zorunluluğu, sözleşme özgürlüğü ilkesi açısından anayasal haklar kapsamında ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kapsamda idarenin düzenleyici işleminin iptaline ilişkin davalar idari davalar gündeme gelebilmektedir.

V. SİGORTA HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİNİN SINIRLANDIĞI HALLER

Nitekim, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, sigorta şirketlerinin faaliyetlerini sıkı denetim altında tutarak toplanan fonların serbest bir şekilde kullanılmasına engel olduğu gibi sigorta sözleşmesinin içeriğini belirlerken de tarafları serbest bırakmamıştır. Buna göre sigorta sözleşmeleri kanunda emredici hükümlerle belirtilen hususlara aykırı olmamalıdır. **Ayrıca sigorta ilişkisinde geçerli olan sigorta genel şartlarının Hazine Müsteşarlığı onayı ile hüküm ifade edeceği öngörülmek suretiyle de sözleşme serbestisi sınırlandırılmıştır** (Sig. K. m. 11/1). Keza, zorunlu sigortalarda sigorta şirketlerine sözleşme yapma zorunluluğu getirilerek, sigorta şirketlerinin dilediği kişiyle sözleşme yapmamaya yönelik iradesi sınırlandırılmıştır (Sig. K. m. 13; TTK. m. 1483). Buna karşılık, sigorta yaptırmak isteyen kişiler yönünden kural olarak belirli bir sigortacı ile sözleşme yapma zorunluluğu yoktur. Bir diğer deyişle zorunlu özel sigortalar yönünden sigorta ettirenler için sigortacıyı seçme özgürlükleri vardır. Nitekim Sig.K.m.32/5 gereğince, kişilerin, sigorta şirketini seçme hakkı sınırlandırılmaz. Bir sözleşmenin unsurları içinde, taraflardan birinin bu sözleşmede yer alan herhangi bir hususta sigorta

²⁸ KENDER, 2015, s.72-73; GÜRGEN, s.468.

²⁹ ÜNAN, 2016, s. 29-31; GÜRGEN, s.468.

yapmaya zorunlu tutulduğu hâllerde, söz konusu sigortanın belli bir şirkete yaptırılmasına ilişkin sözleşmeye konulmuş her türlü şart hükümsüz sayılmıştır.

Sigorta ettirenini sigortacıyı seçme özgürlüğü bakımından kanunda öngörülen yegâne sınırlama, Türkiye’de yerleşik kişiler için münhasıran Türkiye’de faaliyette bulunan sigorta şirketleriyle sözleşme yapma zorunluluğudur. Sig. K. m.15 gereğince, Türkiye’de yerleşik kişiler, Türkiye’deki sigortalanabilir menfaatlerini, Türkiye’de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine ve Türkiye’de yaptırmak zorundadır.

Türk Ticaret Kanunu sigorta sözleşmesine ilişkin olarak **koruyucu hükümler başlığı altında bir dizi emredici hükme yer vermiş** ve bu hükümleri, 1452, 1486 ve 1520. maddelerde TTK.’nın ilgili konularına deyim yerinde ise serpiştirmiştir. Kanun koyucu koruyucu hükümler başlığı altında emredici hükümler öngörürken sigorta hukuku uygulamasını yeknesak hale getirmiştir. Koruyucu hükümler, sigorta şirketleri karşısında bilgi tahsisinde asimetri sebebi (asimetrik bilgi = *asymmetry of information*)³⁰ ile zayıf konumda bulunan sigorta ettirenlerin korunması amacını taşımaktadır. Bu hükümlerin bir kısmı tam emredici niteliğe sahiptir. Tam emredici hükümlere aykırı olan sigorta sözleşmeleri bütünüyle kesin hükümsüzdür. Örneğin TTK. m. 1404, sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Madde kapsamında olan bir sigorta sözleşmesi her halükârda tamamen geçersiz kalacaktır. Buna geçerli olmayan sigorta adı verilmektedir. Sigorta sözleşmesi de iki taraflı bir hukuki işlem yani bir sözleşmedir. Dolayısıyla kanuna, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırılık oluşturmaması gerektiği gibi konusu baştan imkânsız da olmamalıdır. Sigorta sözleşmelerindeki sözleşme serbestisinin sınırı ayrıca sigorta hukukunun genel hükümlerinde TTK. m. 1404/1’de çizilmiştir. Hüküm şu

³⁰ *Asimetrik enformasyon*; sözleşen taraflardan birinin diğerinden kurumsal, sosyal ve ekonomik sebeplerle daha güçlü olması ve bunun sonucu olarak da somut sözleşme açısından diğer tarafın sahip olduğu bilgiye oranla çok daha fazla bilgili olduğunu ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Bkz. KAYIHAN, 2004, s. 219.

şekildedir: “Sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına **aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını** teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamaz”. Bu hüküm sigorta hukukun genel hükümlerinde yer almasından ötürü hem zarar sigortaları hem de can sigortalarında uygulanabilecek bir hüküm olmalıdır. Oysa zarar kavramı sadece zarar sigortalarına özgü bir kavramdır, can sigortalarında böyle bir kavram gündeme gelmez. Bu itibarla burada geçen zarar terimini bir “*risk=riziko*” olarak anlamak gerekmektedir.

Sigorta hukukunda kimi hükümler sigorta ettirenin aleyhine değiştirilemez ve fakat lehine olmak koşulu ile değiştirilebilir. İşte, sigorta ettirenler lehine değiştirilebilen ancak aleyhine değiştirildiğinde de geçersiz sayılmayıp bu durumda kanundaki hükümlerin uygulanmasını gerektiren hükümlere de yarı emredici veya nispi emredici hükümler adı verilir. Sorumluluk sigortalarına ilişkin olarak TTK. m.1486/1 ve 2 aşağıdaki hükümleri tam emredici olarak öngörmüştür: “(1) 1453 üncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi, 1458 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, 1459 ve 1461 inci maddeler, 1463 üncü maddenin birinci fıkrası, 1472 ve 1477 nci madde hükümlerine aykırı yapılan sözleşmeler geçersizdir. (2) 1456 ncı maddenin birinci fıkrası, 1465 ilâ 1468, 1479, 1480, 1482, 1484 ve 1485 inci madde hükümlerine aykırı sözleşme şartları geçersizdir”. TTK. m. 1486/3’e göre; 1471 inci maddenin ikinci fıkrası, 1474 ilâ 1476 ncı madde hükümleri sigortalı aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse ilgili konularda hükümleri uygulanır”.

VI. SİGORTA UYUŞMAZLIKLARINDA UYGULANACAK HÜKÜMLER VE SIRASI

Sigorta sözleşmesi TTK. ile düzenlenmiş bir kurum olduğu için TTK.m. 3 gereği ilke olarak her şeyden önce ticari iş teşkil eder. Ticari işten kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümünde hangi hükümlerin uygulanacağı ve bu hükümlerin hangi sıralama içerisinde yer alacağı ise TTK m.1’de “Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemede ticari hükümler emredici olan ve olmayan şeklinde ayrıma tabi tutulmamıştır³¹.

A. Emredici Hükümler

Kanundaki emredici hükümler bir olaya veya işe, adi olsun ticari olsun en önce uygulanacak olan hükümlerdir. Kişilerin iradeleri ile aksini kararlaştıramayacakları emredici hükümler, hangi kanunda olursa olsun, ticari hüküm olarak nitelendirilsin ya da nitelendirilmesin her zaman öncelikle uygulanması gereken hükümlerdir. Sigorta hukukuna evvelemede TTK.’nın 6. Kitabı ile öngörülen emredici hükümler ile TBK. m. 27 gibi sigorta sözleşmelerini ilgilendiren başkaca kanunlarda bulunan emredici hükümler uygulanacaktır.

B. Sözleşme Hükümleri

Taraflar arasındaki bir ticari anlaşmazlığa, emredici hükümlerden hemen sonra uygulanması gereken hükümlerdir. Aslında bu hükümler, tarafların, emredici olmayan hükümlerin (yedek hukuk kurallarının) aksini kendi iradeleri ile kararlaştırabildikleri hükümlerdir.

Nitekim TBK. m.26’da “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” hükmü yer almaktadır. Doğal olarak, sözleşme hükümleri emredici olmayan ticari hükümlerden önce uygulanmaktadır.

C. Emredici Olmayan Ticari Hükümler

Üçüncü sırada ticari nitelikteki ancak yedek olan, yani tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümler gelmektedir. Yedek ticari hükümler, sözleşmede bu yönde bir hüküm yok ise uyuşmazlığın çözümünde uygulanmaktadır.

³¹ * “TTK’nın 1/2. maddesi gereğince hakkında ticari bir hüküm bulunmayan konularda hâkimin ticari örf ve adete, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar vermesi gerekir”. Y. 15. HD. T. 19.03.1992, E. 1992/1272, K.1992/1408 sayılı kararı (<http://www.turkhukusitesi.com>).

D. Ticari Örf ve Âdet

Uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan yedek de olsa herhangi bir hükmün bulunmaması halinde hâkim uyuşmazlığı ticari örf ve âdete göre çözecektir. Diğer bir deyişle, uzun süredir uygulanagelen ve uygulanmasının zorunlu olduğu şekilde toplumda genel bir inanış oluşturan, yazılı olmayan ticari uygulamalar (örf ve âdet hukuku kuralları) da hüküm verilirken nazara alınır. Acenteye ödenecek ücretin miktarının sözleşme ile belirlenmemesi halinde ticari teamüle bakılacağına dair hükmü içeren TTK. m.115'i ve sigorta süresinin belirlenmesini hükme bağlayan TTK. m. 1410'u buna örnek olarak gösterebiliriz. Bildiğimiz gibi bir örf ve âdetin hukuk haline gelebilmesi için maddi ve manevi unsur yanında devlet desteği ile desteklenmesi de gerektiği fikri hâkimdir. Buna göre bu hükümlerin örf ve âdetin oluşması için gereken üçüncü unsur olan devlet desteğini sağladığını ifade edebiliriz.

E. Genel Hükümler

Taraflar arasındaki anlaşmazlığa uygulanacak hiçbir hükmün bulunmaması hâlinde anlaşmazlık, genel hükümler çerçevesinde çözümlenir. Diğer bir deyişle hâkim, sırasıyla emredici veya ticari olmayan diğer kanun hükümlerini, bunlarda dahi bir hüküm yoksa ticari olmayan genel mahiyetteki örf ve âdet kurallarını uygulayarak ve bunlarda dahi çözüm için bir kural yok ise kendisi kanun koyucu olsa idi nasıl kanun koyacak idiye ona göre hükmederek anlaşmazlığı çözüme kavuşturacaktır (TMK m.1).

VII. SİGORTA PRİM MİKTARININ TESPİTİ

A. Genel Olarak

Sigortadan faydalanabilmek ve sigorta kapsamında hak sahibi olabilmek için bir miktar külfete katlanmak gereklidir³². Diğer yandan sigortacıların ileride yapacakları ödemelere ilişkin rezervler büyük ölçüde sigorta ettirenlerin ödedikleri primler ile

³² HIRSCH, 1945, s. 139.

karşılanmaktadır. Primin gereğinden yüksek olması sigortayı oldukça ağır bir külfet haline getirir ve neticede bireyleri sigorta yaptırmaktan vazgeçirebilir. Primin rizikoya göre yüksek olması ise belki başlangıçta sigortalılara cazip gelebilir, fakat ileride bu yüzden sigortacının ödeme gücü yeterli olmayabilir ve borçlarını karşılayamayacak hale düşebilir³³. Bu nedenle sigorta ettirenin ödemekle yükümlü olduğu prim miktarın adil ve yeterli bir şekilde tespiti önem taşır.

Öncelikle sigorta ettirenlerden toplanacak primlerin hem sigorta sözleşmesi ile üstlenilen rizikoları karşılayacak miktarı, hem de sigorta şirketinin masraflarını karşılayacak şekilde hesaplanması gerekir. Sigorta şirketleri, ileride yapılacak muhtemel ödemelerin mevcut prim toplamının ne kadarına karşılık geldiğini bu konuda uzman aktüerlere hesaplatmaktadır. Böylece aktüerler, kanuni düzenlemeler ve sınırlamalar içerisinde, sigorta prim oranlarını, poliçe dönemi sırasında ortaya çıkan zararları, idari masrafları ve bir miktar yedek akçeyi içerecek şekilde hesaplamaktadır. Bu hesaplama yapılırken geçmiş tecrübelerle dayanılmaktadır ve bu tecrübeler ışığında ilgili risk kategorisine ve faaliyet gösterdiği coğrafi bölgeye bağlı olarak her bir sigorta ettiren gelecek yılın tahmini zararlarına belli bir miktar katılmakla yükümlü kılınır. Bu işleyişte yeterli verilerin bulunması aktüerin anlamlı ve doğru tespitlerde bulunması için hayati öneme sahiptir.

Sigorta şirketlerinin gelir rezervlerinin tamamı toplanan primlerden oluşmaz. Sigorta şirketleri, sigorta primlerinin büyük kısmını sorumluluk süresinden önce topladığı için, toplanmış olan primlerin büyük bir kısmını, rezervlerini daha da büyütebilmek amacıyla birtakım yatırımlarda değerlendirirler. Eğer prim hesabı yanlış yapılırsa ya da yatırımlardan beklenen kâr elde edilemezse sigorta şirketleri tazminatları ödeyemeyecek duruma gelebilir.

İşte sigortacılık alanındaki tüm bu belirsizlikler sebebiyle devletler prim miktarının tespitini serbest bırakmamakta bu konuya müdahale etmektedir. Bu müdahale genellikle

³³ KENDER, 2015, s. 237.

primlerin ya bizzat devlet tarafından belirlenmesi yani “*tanzim sistemi*” ya da sigorta şirketleri tarafından belirlenen primlerin devlet tarafından onaylanması yani “*tasdik sistemi*” şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁴.

B. Prim Ödeme Borcu ve Prim Bedelinin Belirlenmesi

Prim ödeme borcu TTK.’nın 1430. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, *sigorta ettiren, sözleşmeyle kararlaştırılan primi ödemekle yükümlüdür*. Sig. K. m.12 primlerin belirlenmesi bakımından benimsenen çözümü düzenlemektedir. Düzenlemeye göre, *sigorta tarifeleri, sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenir. Ancak bu Kanuna ve diğer kanunlara göre ihdas edilen zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Bakan tarafından tespit olunur ve Resmî Gazetede yayımlanır*. Aynı maddenin 2. fıkrası hükmüne göre ise *bakan, gerek görülen hallerde hayat, bir yıldan uzun süreli ferdî kaza, sağlık, hastalık ve ihtiyarî deprem sigortaları tarifeleri ile prim, formül ve cetvellerinin uygulamaya konulabilmesini Müsteşarlığın onayına tâbi kılabilir veya özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla gerekli görülen hallerde, tespit ve ilan ettiği aracılık komisyonlarını, tasdike tâbi kıldığı veya tespit ettiği her türlü tarifeyi serbest bırakabilir*” hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere Kanun maddesi, primlerin belirlenmesinde kural olarak serbestlik ilkesini kabul etmiş; ancak zorunlu sigortalar bakımından tanzim sistemini getirmiştir.

Prim borcu, kural olarak bölünemez nitelik taşımaktadır. Bunun anlamı, primin sözleşmede belirlenen miktarda ödenmesi ve herhangi bir kesintiye tabi olmamasıdır. Bu nedenle sorumluluk süresi ile sözleşme süresinin ayrışması halinde sigorta ettiren yine de tam primi ödemekle yükümlüdür. Örneğin bir yıllık bir sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren primi sözleşmeden üç ay sonra öderse sigortacının rizikoyu taşıma borcu sadece sonraki dokuz aya ilişkindir; buna karşılık sigortacı bir yıllık prime hak kazanmıştır³⁵.

³⁴ KENDER, 2015, s. 237.

³⁵ ARSEVEN, 1991, s. 118.

Ancak emredici nitelikte olmayan bu kuralın aksini taraflar kararlaştırabilir³⁶. TTK. m. 1433 ile de konuya ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, “*primi etkileyen sebeplerde, rizikonun hafifletilmesini gerektiren değişiklikler meydana gelmişse, prim indirilir ve gereğinde geri verilir*”.

C. Trafik Sigortalarında Primin Belirlenmesi Bakımından Dikkate Alınması Gereken Hususlar

Trafik sigortasında belirli limitler öngörülmesi, tazminat hesaplaması için bazı yöntemler geliştirilmesi sigorta primlerinin mümkün olabildiğince düşük olmasını sağlamaya yöneliktir. Ülkemizde de trafik sigortası prim uygulamasında tavan ücret uygulanmakta, sigorta şirketleri daha yüksek prim tahsil edememektedir. Diğer yandan uğranılan zarardan da belirli limit ve şartlarda sorumlu olmaktadır. Ödenen tazminatın belirli hallerde rücu edilebilmesi fikri de yine primlerin düşük miktarda tutulması amaçlıdır. Bu sayede düşük primle sigorta yaptıran sayısı artacak, tehlike toplumun tüm kesimine yayılacaktır. Trafik sigortaları da kamusal koruma amaçlı yapılan sigortalardandır. Sigorta ile toplum, belirli rizikolar karşısında birleşerek zararlı sonuçlara karşı beraber karşı koyabilmektedir. Zarar topluluğa yayılmakta ve her fert için taşınabilir, katlanılabilir hale gelmektedir. Sigorta, önceleri ekonomik bir kurum olarak bazı zararların paylaşılması fikri ile ortaya çıkmış olsa da zamanla bazı kurallar getirilerek hukuki bir kurum haline gelmiştir. Tehlike ortaklığı fikri, bazı sigortalarda özellikle tehlikenin yoğun olduğu rizikoları teminat altına alan sigortalarda, bazı sözleşme şartlarının yasa koyucu tarafından düzenlenmesini ortaya çıkarmaktadır.

³⁶ ARSEVEN, 1991, s. 118; Prime egemen olan ilkeler ve miktarının belirlenmesi hususunda fazla bilgi için bkz. KAYIHAN, 2004, s. 110 vd. ve 131 vd.

VIII. SİGORTA GENEL ŞARTLARININ BELİRLENMESİ VE ZORUNLU TRAFİK MALİ MESULİYET SİGORTASI BAKIMINDAN ÖNEMİ

Ülkemizde de *genel şartlar* olarak bilinen sözleşme kuralları yasa koyucu tarafından belirlenmektedir. Yasa koyucu, sözleşme serbestisinin kötüye kullanımını engellemek amacıyla temel yasalara bazı düzenlemeler (aydınlatma yükümlülüğü, beyan yükümlülüğü, prim ödeme yükümlülüğü, poliçe verme yükümlülüğü, muacceliyet, koruma borcunun ötelenememesi, temerrüt, prim borcunun işleme konulmaması halinde sözleşmeden cayılmış olunması gibi) getirdiği gibi diğer yandan bazı sözleşme şartlarını da belirleme yoluna gitmektedir.

Örneğin tarafların beyan ve aydınlatma yükümlülüğü, sigorta edilecek menfaatin tam olarak anlaşılmasını sağlayacağı gibi riziko gerçekleşmesinden önce ve sonrasına ilişkin bilgilendirmelerde tarafları dürüst davranmaya sevk etmektedir. Diğer yandan poliçenin zamanında verilmesi, prim ödeme borcunu muaccel hale gelmesi, poliçeye itiraz edilmemesi halinde içeriğinin kabul edilmiş sayılması, sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların ifasını belirli sırada gerçekleştirmesini sağlamakta, sözleşmenin kurulması aşamalarını netleştirmektedir. Rizikonun gerçekleşmesi halinde ödenen prime oranla yüksek miktarda tazminat ödeme borcu altına giren sigortacı açısından dürüst davranma mecburiyeti getirilmekte, sigortalının bilgilendirilmesi ve aydınlatılması hedeflenmektedir. Sigorta tazminatının ödenmesi hususunda yaşanacak gecikmelerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Sigorta ettiren açısından ise sigortalanan menfaate veya gerçekleşen rizikoya ilişkin yanıltıcı beyan vermesi engellenerek haksız kazanım sağlanması engellenmektedir.

Sözleşme şartlarının bazıları da sigorta şirketlerinin tazminatını sınırlandırmakta özellikle zorunlu sigortalarda ödenecek primlerin düşük seviyede tutulması amaçlanmaktadır. Örneğin trafik sigortası, sakatlık tazminatı limiti kişi başı ve kaza başı üst limitler getirilmiştir. Bu limitler tarife ve talimat yönetmeliği ile de genel şartlara bağlı olarak güncellenmektedir. Bu limit içerisinde bazı tazminat hesaplama kuralları (TRH 2010 yaşam tablosu kullanılması, teknik faiz uygulanması gibi) getirilmiştir. Karayolları Trafik Kanunu'nda son yapılan değişiklik ile sigorta teminatı kapsamında ödenecek sürekli sakatlık

ve destekten yoksun kalma tazminatlarına %2' ye kadar teknik faiz uygulanması kuralı getirilmiştir. Trafik sigortasının topluma yaygınlaştırılması amacıyla primlerin düşük tutulması düşünülerek getirilen düzenlemeler genel şartlar içerisinde yerini bulmaktadır. Aksi halde ödenecek tazminat tutarlarında artan miktarda prime yansıtacak, sigorta yaptırma oranı düştükçe primler daha da artacak bu seferde sigortasız araç sayısı daha da artacaktır.

Ülkemizde sigortasız araç sayısı düşük primlere göre halen yüksektir. Sigortasızlık oranının daha da artması, sigortasız araçların verdiği bedeni zararlardan kaynaklanan zararı giderilmesini üstlenen Güvence Hesabının üzerine gelen yük artacaktır. Güvence Hesabı, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri bünyesinde kurulmuştur. Güvence Hesabı, sıklıkla, sigortalının tespit edilememesi veya rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararları karşılamakla yükümlüdür. Hesabın gelirleri; sigorta şirketlerinin her yıl tahsil ettikleri kapsam dahilindeki zorunlu sigortalı primlerinin %1'i oranındaki katılma payları ile sigorta yaptıranlardan safi primlerinin %2'si oranında tahsil edilen katılma paylarından oluşmaktadır. Dolayısıyla sigorta yaptıranlardan tahsil edilen primlerden belirli oranda katkı sağladığı gelirden oluşan fon ile sigortasız araçlar tarafından verilen zararlar karşılığında ödenen tazminatlar finanse edilmektedir. Poliçe bedelleri düşük tutuldukça sigortalanma oranının artması, bu sayede fon gelirinde de artış sağlanarak koruma alanının genişletilmesi amaçlanmaktadır.

IX. TRAFİK SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE ZARAR VE TAZMİNATIN HESAPLANMASINDA DİKKATE ALINMASI GEREKEN İLKELER VE UNSURLAR

Sigortacı, tavan ücret karşılığında, işletenin KTK kapsamında sorumluluğunu, sigorta sözleşmesi ve ekleriyle belirlenen hesap yöntemleriyle hesaplanacak tazminatı, riziko gerçekleşmesi halinde ödeme borcu altındadır. Sigortacı gerek tavan ücret gerekse hesaplama yöntemlerinin belirlendiği genel şart eklerine müdahale edememektedir. Diğer

yandan sigorta ettiren de aynı şekilde sözleşme imzalanırken bu şartlara müdahale edememekte ancak ihtiyari olarak ek koruma almak istiyorsa ek bir poliçeyle ihtiyari mali sorumluluk sigortası yaptırabilmektedir. Sigortacılık Kanunu sigortacıya genel şartlara uygun sözleşme düzenleme borcu yüklemiştir (Sig. K. m.11/1, c.1). Keza, zorunlu sigortalarda sigorta şirketlerine sözleşme yapma zorunluluğu getirilerek, sigorta şirketlerinin dilediği kişiyle sözleşme yapmamaya yönelik iradesi sınırlandırılmıştır (SK m.13). Sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamazlar hükmü TTK ile düzenlenmiştir (TTK m. 1483). Trafik sigortalarında tavan ücret uygulaması ile trafikte kaza ile zarar görme tehlikesi sonrasında ödenecek tazminat bedelleri toplanacak primlerle tüm topluma yansıtıldığını belirtmiştik. Trafik sigortası yaptırmayan işletenlerin sebep olduğu kazalarda da yine sigorta yaptıranların primlerinden alınan yüzde ile gelir sağlayan Güvence Hesabı sorumludur.

KTK madde 92 yapılan son değişiklik ile aynen “*zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar KTK ile öngörülen usul ve esaslara tabidir.*” diyerek bazı zarar kalemlerinin hesaplanması konusunda yol gösterici bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeler, sıklıkla tartışma yaşanan değer kaybı, sürekli sakatlık ve ölüm halinde destekten yoksun kalma tazminatları hakkındadır. Bakiye ömür için ulusal verilere göre hazırlanmış yaşam tablosu kullanılacak ve %2’yi geçmemek üzere genel şartlarda düzenlenecek oranda teknik faiz uygulanabilecektir. Son cümlede söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin konularda bu kanunda düzenlenmeyen durumlarda TBK haksız fiil hükümlerine atıf yapılmıştır. Diğer bir düzenlemede *zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlardır* (KTK m.92). Kanun koyucu KTK m.90 ile teminatta olması gereken zarar kalemlerini belirtmiş sonrasında da teminat dışında kalması gereken hususları düzenlemiştir. **Yine başka bir önemli düzenleme de yukarıda da bahsettiğimiz prim ve tarifeler ile ilgilidir.** En az sigorta tutarları başlığında “*zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları, teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir* (KTK m.93). Sorumluluk sigortası genel şartları, teminat

tutarları ile tarife ve talimatlar Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu yani Hazine Bakanlığınca tespit edilip resmî gazetede yayımlanmaktadır. Buraya kadar trafik sigortaları neden zorunlu tutulmuş, bu zorunluluk kapsamında hangi düzenlemeler öngörülmüş onları anlatmış olduk.

Sigorta sözleşmeleri nihayetinde sözleşmedir. Taraflardan birisi sigorta himaye borcunu üzerine alan sigortacı iken diğer taraf prim ödeme borcu altında olan sigorta ettirendir. Menfaat sahibi sigorta ettiren olabileceği gibi üçüncü bir şahıs da olabilmektedir. Bu durumda üçüncü kişi lehine sigortadan bahsedilecektir. Zorunlu trafik sigortası, Türk Borçlar Kanunu ile de düzenlenmiş tipik bir üçüncü kişi yararına sözleşme türüdür. Lehine menfaat kurulan şahsın sigortacıdan doğrudan talepte bulunabilmesi tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği vermektedir. Trafik sigorta sözleşmelerinde doğrudan dava hakkı hem TTK m.1478 hem KTK m. 97 ile üçüncü kişilere sağlanmıştır. Trafik sigortaları kanundan kaynaklanan yani KTK ile işletene yüklenen sorumluluğun üstlenilmesi kapsamında hem sorumluluk hem zarar hem de pasif sigortadır.

Sorumluluk sigortalarının bir türü olan trafik sigortaları diğer bir adıyla zorunlu mali mesuliyet sigortaları da tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu hususunda tartışma yoktur. İşleten tanımı KTK tanımlar kısmında yapılmıştır. İşleten ve/veya işletenin fiillerinden sorumlu olduğu kişiler daha anlaşılır ifadeyle araç maliki ya da sürücülerin kusurlu olarak zarar verdiği kişilerin zararının giderilmesi söz konusu olmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi trafik kazaları toplum için tehlike oluşturduğundan işletenin sorumluluktan kurtuluş kanıtı ile dahi sorumluluktan kurtulmasına izin verilmemiştir. Örneğin adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi adamı seçmede talimat vermede özen gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Trafik sigortaları zorunlu olarak öngörülmüştür. Öyle ki zorunlu olmasına rağmen trafik sigortası yaptırmayan kişilerin aracının bağlanması, cezai işlem uygulanması da söz konusudur. Diğer yandan zorunlu olmasına rağmen trafik sigortası yaptırılmamış araçlar ile verilen bedeni zararlar güvence hesabının sorumluluğunda olduğunu da belirtmiştik. Güvence hesabının gelirlerinin büyük kısmı zorunlu yapılan sigorta poliçelerinin belirli bir

yüzdesinin kuruma aktarılması ile oluşmaktadır. Diğer yandan faiz gelirleri hariç gelir vergisinden muaf olunması belirli yükün yine topluma paylaştırılmasından ileri gelmektedir. Bütün bu anlatılanlar, zorunlu trafik sigortası uygulamasının başlangıçta da belirttiğimiz gibi toplumsal olarak riskin paylaşıldığını göstermektedir.

Yasa koyucu zorunluluğu hem sigorta ettiren hem de sigortacı açısından öngörmüştür. Sözleşme serbestisi ilkesinin emredici hukuk kuralları ile sınırlandırılması söz konusudur. Bir diğer sınırlamada sigorta şirketleri olarak prim bedellerinin belirlenmesi konusunda tavan ücret uygulamasının getirilmesidir. Yani sigortacı üstlenmiş olduğu risk kapsamında dilediği ücreti/prim tahsil edememektedir.

Diğer bir sınırlamada ödenecek tazminat limitleridir. Bu limitler çoğunlukla yıllık olarak hazine tarafından belirlenmektedir. *Haksız fiilin yani trafik kazasının gerçekleştiği tarihte geçerli olan limitler kadar sorumluluk söz konusudur. Genel şartlar ile trafik sigortacısına sınırlı risk yüklemek sigorta ettirene pirim avantajı sağlamaktadır. Zorunlu olan sigortada yüksek prim ödenmesi ihtimalinin önüne geçilmektedir. Hem zorunlu yapıp hem prim tavan ücret uygulanmaz ise vatandaş mağdur olacaktır.*

Ödenecek tazminat tutarlarının kendisine ve hesaplanma yöntemine belirlilik getirilerek prim hesaplanabilir hale getirilmiş ve sınırlandırılmıştır. Sigorta şirketince karşılanacak zarar da öngörülebilir hale getirilmektedir. Bu belirlilik, toplumun tamamı için menfaat oluşturmaktadır. Şöyle ki trafik sigorta primleri bu sayede belirli tavan ücrette tutulabilmektedir. Bir örnekle açıklarsak genel şartlar olmaksızın yapılacak tazminat hesaplamasında önceleri PMF-1931 (Population Masculine et Feminine) yaşam tablosu sonraları (Yargıtay içtihatları ile belirlenmiştir.) TRH 2010 tablosunun kullanılması teknik faiz uygulanmaksızın hesaplandığında %30-40 civarında fazla tazminat hesaplanmasına sebep olmaktadır.

Sigortacının sorumluluğu işletenin haksız fiilinden kaynaklanmamakta *doğrudan işletenle arasında olan üçüncü kişi yararına olan sözleşmeden doğmaktadır.* Daha anlaşılır ifadeyle araç sürücüsü trafik kazası ile üçüncü kişiye zarar vermişse sürücü işleten farklı

ise sürücünün sorumluluğu haksız fiil; işletenin sorumluluğu KTK kapsamında kanundan kaynaklı tehlike; *sigortacının sorumluluğu* da *sigortacı ile işleten yani sigorta ettiren arasında yapılan sözleşmeden kaynaklanmaktadır*

Her iki taraf için sözleşme yapmak zorunluluğu olduğunu da hatırlatalım. Trafik sigortası ile karşılanmayan tutarlar ihtiyari sigortalar ile karşılanabilmektedir. Tam koruma isteyen işletenler, manevi tazminat için ihtiyari poliçe yaptırabildiği gibi yine limiti aşan ya da sözleşmede öngörülen iskonto sistemini aşan zararlar için ek koruma satın alabilecektir. Bu sayede zorunlu olan trafik sigortası belirli bir koruma sağlayacak, poliçe bedeli yani primler için tavan ücret getirilebilecek; aşan zararlar için isteyen ek teminat satın alabilecektir. Sigorta şirketleri de bu kısım için ihtiyari olarak sigorta yapabilecek dolayısıyla aşan riskleri ayrı prime tabi tutacaktır.

X. ANAYASA MAHKEMESİNİN KTK. NUN BAZI MADDELERİNİ İPTAL KARARI VE YARGITAY KARARLARINDA RİZİKO TAZMİNATININ BELİRLENMESİ KONUSUNDA KABUL EDİLEN ESASLARA İLİŞKİN DÜŞÜNCELERİMİZ

Anayasa Mahkemesi'nin 17/7/2020 tarihli ve E.: 2019/40, K.: 2020/40 sayılı Kararı ile, bu maddenin birinci cümlesinde yer alan "...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda..." ibaresinin ve ikinci cümlesinde yer alan "...ve genel şartlarda..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmesi ile Yargıtay 17. Daire tarafından verilen kararlarda genel şartlar halen yürürlükte olmasına rağmen yok sayılmış ve gerekçe gösterilmeksizin tazminat hesaplamasında progresif rant tekniğine dönmüştür. Esasen Yargıtay, trafik sigortası genel şartlarının 2015 değişikliği ile getirilen 1,8 teknik faiz ve TRH 2010 hayat tablosu uygulamasını ancak Anayasa Mahkemesi anılan kararı ile iptal edilen "ve bu kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda" ibaresinin KTK metnine eklenmesi ile tanımıştır.

Yargıtay, sigortacı ve sigorta ettiren arasında, aynı zamanda işleten olan sigorta ettirenin KTK kapsamında, aracın işletilmesinden kaynaklı zararının giderilmesi amacıyla yapılan zorunlu sigorta sözleşmesinde var olan, uygulanması kanunen zorunlu tutulan genel şart hükümlerini görmezden gelmektedir. Genel şartlar, her ne kadar idarenin düzenleyici işlemi olsa da genel işlem koşulu denetimine tabi sözleşme maddesi olduğu görüşünde olduğumuzu belirtmiştik.

Öncelikle Anayasa Mahkemesi iptal kararının geriye yürütülmesi hususu halen tartışmalıdır. Taraflar arasında akdedilmiş sözleşmelere etkisinin söz konusu olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Her ne kadar mevcut uyuşmazlıklara doğrudan uygulandığından bahsedilse de taraflar arasında yapılmış olan sözleşme maddelerine etki edememelidir.

Trafik sigortaları netice olarak sözleşme olup yürürlüğe girmesi ile tarafları bağlayacaktır. Yapıldığı dönemde de emredici hukuk kuralına aykırılık söz konusu değildir. Sözleşme serbestisine aykırılıktan bahsedilmesi yerinde olmayıp zorunlu sigortalarda halen zorunlu sözleşme yapma zorunluluğu he iki taraf için söz konusudur. Modern hukuk sistemlerinde de özellikle tehlike sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin bu gibi zorunluluklar getirilebilmektedir.

Yargıtay *haksız fiil kaynaklı zararlarda haksız fiilin gerçekleştiği tarihteki kurallara göre konuyu* çözmektedir. *Haksız fiil gerçekleştiği tarihteki kurallar bütününe taraflar arasında akdedilmiş sözleşme kuralları da dahildir.* Taraflar arasındaki hukuk kuralları sözleşme ile de belirlenebilmektedir. Öyle ki sözleşme tarafların kanunudur. Sigorta sözleşmelerine uygulanacak hüküm sıralaması, emredici hükümler, sözleşme hükümleri; sigorta sözleşmelerinde yer alan genel şartlar ve özel şartlar, ticari örf adet, yargı kararları ve doktrin olarak belirtilmektedir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme olarak trafik sözleşmesi ile getirilen kurallar *lehine menfaat düzenlenen üçüncü kişiler içinde bağlayıcıdır. Bu sözleşme olmasaydı menfaat elde edemeyecek üçüncü kişi sözleşme ile menfaat sahibi olabilmektedir. Başka bir anlatımla sigorta şirketi ile herhangi bir ilişkisi olmamasına rağmen trafik sigortası ile*

menfaat sahibi olabilmektedir. Dolayısıyla sigorta şirketinden olan hak sahipliği sözleşmeden kaynaklanmaktadır.

Haksız fiil işlendiği tarihte geçerli olan sözleşme kurallarına göre olay çözümlenmelidir. Aksi halde belirlilik ilkesi ihlal edilmekte olup hukuki güvence tamamen ortadan kalkabilecektir. Anayasa Mahkemesi iptal kararı trafik sigortası genel şartlarını ortadan kaldırmamıştır. **Dolayısıyla Danıştay tarafından verilen yürürlük durdurma kararına kadar yapılan poliçelerde genel şartlar sözleşme maddesidir.** Ancak ve ancak Danıştay yürütmeyi durdurma kararından sonra düzenlenen poliçelerde genel şartların uygulanamayacağı söylenebilir. Bu da yürütmeyi durdurma kararı verilen genel şartların tümüyle kaldırılması halinde mümkündür.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işletenin sorumluluğunun sözleşmeden kaynaklandığına doğru bir tespitle (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2021/86 E, 2021/516 K, 20.04.2021) Tarihli kararında değinmiştir. Anılan kararın 43 numaralı paragrafi aynen **“Kanun koyucu, açıklanan düzenlemeler yanında KTK’ nın 91.maddesiyle; işletenin aynı Kanun’un 85. maddesinin 1. fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere malî sorumluluk sigortası (Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası) yaptırma zorunluluğunu getirmiştir. Hemen belirtmelidir ki, işletenin sorumluluğu hukukî nitelikçe tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunmakla birlikte, işletenin hukukî sorumluluğunu üstlenen zorunlu sigortacının 91. maddede düzenlenen sorumluluğunun ise, sözleşmeye dayalı bir sorumluluk olduğu tartışmasızdır.”**

Genel şartlarda özellikle bedensel tazminat hesaplamalarında teknik faiz ve TRH yaşam tablosu uygulamasına ilişkin değişiklikler, tazminat hesaplamalarını doğrudan etkilemektedir. Yargıtay’ın PMF yaşam tablosu ve progresif rant tekniğini benimsemesi, sigorta şirketleri üzerinde tazminat yükünü artırmış, trafik sigorta poliçe primlerinde artış meydana gelmiştir. Artışın regüle edilmesi amacıyla sigorta şirketleri için tavan prim ücret uygulamasına geçilmiş, bunun karşılığında 2015 yılı genel şartlarında yapılan değişikliklerle tazminat hesaplamalarında aktüer tekniklerin uygulanması, teknik faiz ve TRH 2010 yaşam

tablosu kriterleri getirilmiştir. Tavan ücret karşılığında ödenecek tazminatlar hesaplama kurallarına tabi tutulmuş, ödenecek tazminat sözleşme ile sınırlandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin tazminat hesaplanmasında esas alınacak kurallar bütününden genel şartlar ifadesinin çıkarılma kararı sonrası, Yargıtay bu defa PMF yaşam tablosu yerine TRH 2010 hayat tablosunu benimsemiş, trafik sigortası genel şartlarını *sözleşme maddesi olarak uygulamak yerine*, yeniden yok sayarak progresif rant tekniği ile tazminat uygulaması yöntemini benimsemiştir. Diğer bir anlatımla, genel şart ifadesinin kanun metninden çıkarılması, imzalandığı tarihte yürürlüğe girmiş olan sözleşme metninden çıkarılması anlamına gelmemelidir. Genel şartların bağlayıcılığı, sözleşme maddesi olarak her iki taraf içindir. Sigorta ettiren lehine üçüncü kişiler yararına menfaat sağlayan sigortacının, sözleşme sözleşmesinden kaynaklıdır. Sigortacının üçüncü kişilere karşı borcu, trafik sözleşmesinden doğmaktadır. Sözleşmenin yok sayılması, mevzuat değişikliklerinin geriye doğru işletilmesi sorununu ortaya çıkarmakta, sözleşmeye göre sigorta tazminatı ödeyen sigorta şirketleri aleyhine, geriye doğru, faiz ve yargı merciine başvurulmuş ise yargılama gideri ile birlikte, borç doğurmaktadır.

Yargıtay, genel şartları, rücu uygulamasında, işletene rücu kapsamında tanımakta ve genel şartları sözleşme maddesi olarak yorumlamaktadır. Bunun yanında trafik sigortacısının sorumluluğunu yukarıda da belirttiğimiz hukuk genel kurulu kararı ile sözleşmeden olduğunu belirtmektedir. Ancak buna rağmen tazminat hesaplamasında işletenin sorumluluğunu, sözleşme hükümlerine yani genel şartlara göre değil, genel esaslara göre olması gerektiğini vurgulamaktadır. Oysaki sözleşmesel sorumluluk kapsamında işletenin sigortacısı, işletenin sorumluluğunu sözleşme kapsamında üzerine almıştır. İşleten, uygulanan tavan ücret primi ile belirli şartlarda sigortalanmıştır. Aşan kısımlar için ihtiyari sorumluluk sigortası yaptırabilmektedir ki uygulamada zorunlu sigorta poliçesi limitlerini aşan kısımlar için ihtiyari mali mesuliyet sigortası yapılabilmektedir. Bu hususta Yargıtay'ın eksik ve hatalı değerlendirmesi, idareyi yeni genel şartlar düzenlemeye itmekte, problem çözülmemekte, artarak devam etmektedir. Esasen zarar görenin tazminatını uymakla zorunlu olduğu trafik genel şartlarına göre tam

olarak ödediğini düşünen sigortacı bakiye tazminat talepleri ile karşılaşmakta, bu defa da sigorta davalarında iş yükü artmaktadır.

Örneğin, 2015 genel şartlarına tabi poliçe kapsamında hesaplanan 100.000 TL lik tazminat sigortacı tarafından tam ödense dahi progresif rant tekniğinden kaynaklanan yaklaşık %30 luk fark için yani 30.000 TL'lik bakiye tazminat hesaplanmaktadır. Bu tutar üzerinden dava ve sonrasında icra vekalet ücretleri yine yaklaşık olarak %30 ek külfet getirmektedir. Bu da yine yaklaşık 9-10 bin TL civarındadır. Sigorta şirketleri uymakla zorunlu tutuldukları genel şartlar ile cezalandırılmakta, hasar başvurusunda ödemeye rağmen hukuk kaydı alan dava (sigorta tahkim) dosyası üzerinden asgari %40 fazla bedel ödemektedir. Bu rakamlara dava masrafları, mahkeme ise karar harcı, sigorta tahkim yargılamasında ise dosya başı sigorta şirketlerinin ödediği katılım payları eklendiğinde zarar daha da büyümektedir. Yapılan regülasyon değişikliği sebebiyle uyuşmazlıklar aracı kurumların çıkmasına sebep olmakta, zarar gören hak ettiği tazminattan ayrıca belirli oranda bedel ödemek zorunda kalmaktadır. Yukarıdaki örnekte 30 bin TL ek tazminat hak eden kişi, bu rakam üzerinden %10 -15 aralığında bir bedel de işi takip eden vekile veya aracı olan kişilere ödemekte, tazminatını düşük almaktadır. Bilindiği üzere Aralık 2021 genel şart değişikliği ile teknik faiz 1,65 olarak belirlenmiştir. Bu hesaplama üzerinden poliçe primleri belirlenmekte, tavan ücret uygulaması devam etmektedir. Yine genel şart doğrultusunda tazminat ödeyen şirketlerin ileride prim karşılığını almadığı tazminat ödeme riski ile karşı karşıya gelmesi kaçınılmazdır.

SONUÇ

Ülkemizde trafik sigortası prim bedellerinin artması, sigortalanma oranını düşürmektedir. Bu sebeple idare, sigorta prim bedellerinin belirli seviye tutabilmek için tavan ücret uygulaması getirmiştir. Sigorta şirketlerinin, zorunlu trafik sigortası karşılığında talep edebileceği prim bedeli sınırlandırılmıştır. Buna karşın sigorta şirketleri zorunlu trafik sigortası yapmaktan kaçınmamaktadır. İdare tarafından düzenlenen genel şartlar

kapsamında poliçe yapmakla yükümlü tutulmuşlardır. Diğer yandan sigorta ettiren işletenler de sigorta yaptırmaya zorunluluğu kapsamında idare tarafından düzenlenen genel şartlar kapsamında sigorta yaptırmakla yükümlüdürler. Her iki tarafın gerek sigorta sözleşmesinin şartları, gerekse ödenecek prim bedelini karşılıklı olarak belirlemesi belirli ölçülerde sınırlandırılmıştır.

Trafik sigortası genel şartları, sigorta şirketinin sorumluluğunu belirli azami limitler ve tazminat hesaplama yöntemleri ile de sınırlandırmıştır. Asıl sorun, bu sınırlandırmaların üçüncü kişilere karşı bir hüküm ifade edip etmediği noktasında toplanmaktadır. Yargıtay, KTK metninde tazminat hesaplamasının genel şartlar dikkate alınarak yapılacağına ilişkin düzenlemesinin yürürlüğe girdiği 2006 temmuz sonrası kararlarında, genel şartlara yer vermiş, tazminat hesaplamalarının genel şartlarda belirtilen hesaplama yöntemleri ile yapılabileceği yönünde kararlar vermiştir. Anayasa Mahkemesi anılan iptal kararı sonrası ise genel şartları yeniden yok saymış ve tazminat hesaplamalarında özellikle teknik faiz uygulanmasını geçersiz kabul etmiştir.

Oysaki idare tarafından yapılan düzenleme yani genel şartlar, sözleşme maddesi olarak trafik sigortasının parçasıdır. Bu sözleşme, üçüncü kişi yararına sözleşme olup, sigortacı sözleşmede yazılı şartlarla üçüncü kişiye karşı sorumludur. Bu doğrultuda genel şartların, KTK kapsamında tazminat hesaplanmasını öngören madde metninde yer almasından değil sözleşmenin içeriğine dahil olmasından kaynaklı olarak uygulanması gerekmektedir.

Bu maddeler üzerinde müzakere edilmemesinden bahisle yok sayılması hatalıdır. Zira genel şartlar kapsamında belirlenen esasları aşan zararlar için ihtiyari sigorta yaptırabilme imkânı, sigorta ettiren açısından mümkündür. Tehlike sorumluluğunun topluma yayılması fikrinden hareketle, tavan ücret karşılığında belirli miktarda sigorta koruması tanınmakta, sigorta bedeli düşük tutularak toplumun her kesiminin sigorta yaptırmaya hedeflenmekte bu sayede araçların sebep olduğu tehlike paylaştırılmaktadır. Araçların nimetinden yararlanan toplum külfetini de paylaşmaktadır. Her iki tarafın zorunlu tutulması, sigorta sözleşmesi yapmaktan kaçınmaması, prim bedeli ve tazminatların sınırlandırılması toplum menfaatinedir.

Nitekim, anılan Anayasa mahkemesi iptal kararı sonrası idare yeni bir düzenleme ile yeniden teknik faiz belirlemiştir. Sigorta şirketleri belirlenen teknik faiz esasları doğrultusunda yapılan aktüeryal hesaplar kapsamında tavan ücrete tabi tutulmuş, yeniden belirlenen genel şartları uygulamakla yükümlü kılınmıştır. KTK birtakım maddelerinde değişiklik yapan Anayasa Mahkemesi anılan kararı sonrası Haziran 2015 genel şartlarının uygulanmaması sonucu sigorta şirketleri yaklaşık olarak %40 fazla tazminat ve dava ferileri ödemek zorunda kalmıştır. Aynı şekilde devam eden poliçeler kapsamında olası tazminat ödemeleri için muallak (karşılık) ayırmaktadır. Bu durum sigorta şirketlerinin sermayelerine olumsuz etki yaratmaktadır. Sigortacılığın gelişmesi, sigorta şirketlerinin varlığı toplumun her kesimi için olumlu etki yaratmaktadır.

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda, genel şartları sözleşme maddesi olarak değerlendirmeksizin yok saymasının hatalı olduğu kanaatindeyiz. Belirli kararlarında, örneğin sözleşmeden kaynaklı sigortalı işletene rücu hususunda genel şartları kabul eden Yargıtay, tazminatın hesaplanması hususunda teknik faiz uygulanması düzenlemesini gerekçe göstermeksizin yok saymaktadır. Oysaki ülkemizde dönemsel olarak yüksek enflasyon söz konusudur. Sigorta şirketi, işleten adına, zarar görenin bakiye ömrü boyunca kazanacağı ücreti, erken ödemektedir. Bakiye ücretine yapılacak ortalama zam ile paranın erken ödenmesi elde edilecek gelir düşünüldüğünde teknik faiz adı verilen ıskontonun uygulanması ülke gerçekleri ile de örtüşmektedir. Bu hususta genel şartların trafik sözleşmesi maddesi olarak yok sayılması sebebiyle oluşan belirsizlik, ödenen tazminatlar için yeniden dava açılmasının yolunu açmakta mahkemelerin iş yükünü artırdığı gibi, sigorta şirketleri açısından belirsizlik yaratmaktadır. Diğer yandan ödenen tazminatların rücu edilmesi halinde bu belirsizlik sigorta yaptıran işletenlerin üzerine de yüklenmektedir. Bu bağlamda genel şartları yok sayan Yargıtay kararlarının hatalı olduğu, belirsizlik yarattığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ARSEVEN, H., **Sigorta Hukuku, Ana Prensipler, Genel Hükümler**, 2.Baskı. İstanbul, 1991.
- BOZER, A., **Sigorta Hukuku**, Ankara, 1981.
- DEMOGUE, R., **Traité des Obligations en Général**, Paris, 1923.
- Dİ MARZO, S., **Roma Hukuku**, İstanbul, 1954.
- ESSER, J., **Grundlagen und Entwicklung de Gefahrdungshaftung**, Münih ve Berlin, 1941.
- GÜRGEN, O., Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararının Eleştirisi, **TAAD**, Yıl: 2020, Cilt: 1, Sayı: 41.
- GÜVEL, E. A. / GÜVEL, A. Ö., **Sigortacılık**, 7. Baskı, Ankara, 2015.
- HİRSCH, E., **Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku**, İzmir, 1999.
- İMRE, Zahit., **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, 1949.
- KASER, M., **Römische Rechtsgeschichte**, Göttingen, 1950.
- KAYIHAN, Şaban / GÜNEROK, Ö., **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**. İstanbul, 2021.
- KAYIHAN, Şaban / SELANİK, A. A., **Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü**, Ankara, 2022.
- KENDER, R., **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, İstanbul, 2015.
- KUBİLAY, H., **Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku** İzmir, 1999.
- MEMİŞ, T., **Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi**, İstanbul 2016.
- OFTİNGER, K., **Der soziale Gedanke im Schandenersatzrecht**, SJZ, 1943.
- TAŞYÜREK, H., **Kasko Sigortası**, Ankara, 2001.

ULAŞ, I., **Uygulamaları Zarar Sigortaları Hukuku**, Ankara, 2012.

ULUSAN, İ., **Tehlike Sorumluluğu Üstüne (1970)**, İstanbul, 2021.

ÜNAN, S., **Sigorta Tüketici Hukuku**, İstanbul, 2016.

ÜNAN, S., **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, İstanbul, 2016.

VURAL, G., **Trafik Sigortası, Motorlu Taşıtlar Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası**, Ankara, 1981.

YEŞİLOVA ARAS, E., Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması, **İBD.**, Yıl: 2015, Cilt: 80, Sayı 3.

**ÇEK KANUNU'NDA YAPILAN SON DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA KARŞILIKSIZ
ÇEK SORUNUNA BİR ÇÖZÜM OLARAK KARŞILIKLI SİGORTA VE
TÜRKİYE'DEKİ UYGULAMASI**

*MUTUAL INSURANCE AS A SOLUTION TO BAD CHECK PROBLEM AND ITS APPLICATION IN TURKEY
IN THE LIGHT OF RECENT AMENDMENTS TO THE CHECK LAW*

Hakemli Makale

Eda KURT *

Ömer Adil ATASOY**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	114
I. KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDESİ SORUNUNU ÇÖZMEK İÇİN GETİRİLEN DÜZENLEMELER VE YAPILAN KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ	116
A. GENEL OLARAK.....	116
B. ETKİN İHLAL VE İÇ PİYASAYA ETKİSİ AÇISINDAN ÖNEMİ	117
C. KAMU GÜVENİNİN KORUNMASI AÇISINDAN ÖNEMİ.....	118
II. KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE EDİLMESİNİN OLASI NEDENLERİ.....	119
A. GENEL OLARAK.....	119
B. BORCA AYKIRILIK VE ETKİN İHLAL.....	120
C. BORCUN ÖDENMESİNDE OBJEKTİF VE SÜBJEKTİF İMKÂNSIZLIK HALİ.....	121

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1096530

Makalenin Geliş Tarihi: 31.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 31.10.2022

* Av. İstanbul Barosu.

E-posta: eds_kurt@hotmail.com

ORCID: 000-0001-7230-1440

** Prof. Dr. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı. Adalet Meslek Yüksek Okulu Müdürü.

E-posta: omeratasoy@aydin.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8203-050x

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

III. KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE EDİLMESİNDE BANKALARIN SORUMLULUĞU VE BU SORUMLULUĞUN DAYANAĞI.....	122
A. ÇEK ANLAŞMASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	122
B. BANKALARIN SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI.....	122
IV. KARŞILIKSIZ ÇEK SORUNUNA ALTERNATİF BİR ÇÖZÜM OLARAK SİGORTA HUKUKUNUN SUNDUĞU İMKANLAR.....	124
A. GENEL OLARAK.....	124
B. BİR ZARAR SİGORTASI OLARAK SORUMLULUK SİGORTASI.....	124
1. Ahlaki Risk Kavramı ve Önlenmesi	126
A. ÇEKİN KARŞILIKSIZ KALMASINI ÖNLEMeye YÖNELİK OLARAK UYGULANABİLECEK SİGORTA TÜRLERİ	127
1. Ticari Kredi Sigortası Uygulamaları	127
2. Katılım Sigorta Şirketleri ve Kooperatifleri	128
3. Türkiye’de Katılım Sigortası Uygulaması ile İlgili Düzenlemeler	130
4. Karşılıklı Sigorta Kavramı ve Türk Hukuku’ndaki Yeri	134
a. Genel Olarak	134
b. Karşılıklı Sigorta Kolu Olarak Katılım Sigortacılığı ve Sigorta Kooperatifçiliği Uygulamaları ..	135
SONUÇ.....	136
KAYNAKÇA.....	137

ÖZ

Dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını ülkemiz ekonomisini de olumsuz etkilemiştir. Bu olumsuz durumun *ekonomik idare hukuku* kapsamında iyileştirilmesi için pek çok düzenleme yapılmıştır. İlk olarak 7226 sayılı Torba Yasa’nın 49. Maddesi ile Çek Kanunu’na geçici 5. Madde eklenmiş ve bununla cezaların infazı öngörülen sürelerde çek bedelinin on da birinin ödenmesi şartıyla durdurulmuştur.

Nihayet 7333 sayılı Torba Kanun, 28.07.2021 tarihinde kabul edilmiş ve 31551 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Torba Yasanın 17. Maddesi ile çek bedelinin on da birinin ödenmesi için öngörülen süre 30.06.2022 tarihine kadar uzatılmıştır. Torba Kanunun 17. Maddesine göre infaz ertelenmesi, 30.04.2021 tarihine kadar işlenen suçları kapsamaktadır ki bu infaz etelemesinden yararlanacakların kapsamını önceki düzenlemeye göre genişletmiş durumdadır.

Ark arkaya yapılan bu infaz ertelemeleri ve bunların kapsamının genişletilmesi, soruna kısa vadede ve salt borçlu tarafın mağduriyetini giderir nitelikte geçici bir çözüm getirmektedir. Tüm tarafların mağduriyetlerini gideren uzun vadede kalıcı bir çözüm halihazırda sunulabilmiş değildir.

Araştırma ve yayın etiğine uyularak hazırlanan bu çalışmanın konusu alternatif bir çözüm yolu olarak Sigorta Hukuku’nun özellikle de *karşılıklı sigorta* türünün nasıl bir çözüm sunabileceği ve mevcut sigorta sistemi

içerisinde nasıl bir yöntem izlenebileceği olacaktır. Ayrıca elektronik çek sisteminin sorunun çözümünde etkili olup olmayacağı üzerinde de kısaca durulacaktır.

Çalışmada ilk olarak karşılıksız çek keşidesinin altında yatan temel etkenler araştırılmış ve güncel veriler ışığında bir değerlendirme yapılmıştır. Ardından karşılıklı sigorta kavramı ve Türkiye'deki örnekleri *Katılım Sigortacılığı* incelenmiş, çek bedelinin sigortalanmasının piyasaya olası etkileri tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çekte vade sorunu, çek anlaşması, etkin ihlal, karşılıklı sigorta, ahlaki risk.

ABSTRACT

The Covid-19 epidemic, which has taken the world under its influence, has also negatively affected our country's economy. Many regulations have been made to improve this negative situation within the scope of economic administrative law. First of all, with the 49th Article of the Omnibus Law No. 7226, a temporary Article 5 was added to the Check Law and the execution of the penalties was stopped on the condition that one tenth of the check value is paid within the stipulated periods.

Finally, the Omnibus Law No. 7333 was accepted on 28.07.2021 and entered into force after being published in the Official Gazette No. 31551. The period stipulated for the payment of one tenth of the check value by Article 17 of this Bag Law has been extended until 30.06.2022. According to Article 17 of the Omnibus Law, the postponement of execution covers the crimes committed until 30.04.2021, which has expanded the scope of those who will benefit from the execution delay compared to the previous regulation.

These successive postponements of execution and the expansion of their scope bring a solution to the problem in the short term and only in a way that eliminates the grievances of the debtor party, and it seems that a long-term solution that eliminates the grievances of all parties has not yet been presented.

The subject of the study will be how Insurance Law can offer a solution as an alternative solution and what kind of method can be followed within the current insurance system. In addition, it will be briefly discussed whether the electronic check system will be effective in solving the problem.

In the study, firstly, the main factors underlying bad check drawing were investigated and an evaluation was made in the light of current data. Then, the concept of mutual insurance and its examples in Turkey are examined, and the possible negative effects of insurance of check value on the market are discussed.

Keywords: Check maturity problem, check agreement, effective breach, mutual insurance, moral risk.

GİRİŞ

Sigorta uygulamasının ilk örneklerinin İtalya'da 14. yüzyılda, denizcilik faaliyetlerinden kaynaklanan risklerin önlenmesi için sabit prime dayalı sigorta uygulamaları olarak ortaya

çıktığı bilinmektedir¹. 17. Yüzyılın ikinci yarısında meydana gelen iki önemli olay sigorta uygulamalarının yaygınlaşmasına neden olmuştur. Bunlardan ilki, Pascal'ın “*Tesadüfün Geometrisi*” adlı çalışması ile başlayıp hız kazanan *istatistik yöntem ve tekniğin*, sigortacılık uygulamalarında kullanılmaya başlanmasıdır. İkinci ve bizce daha etkili olan olay ise 2 Eylül 1666 tarihinde Londra’da meydana gelip dört gün süren ve 13.000 ev ile hemen hemen 100 kilisenin yanmasına yol açan *Büyük Londra Yangını* olarak adlandırılan yangındır².

Osmanlı’da sigortacılığın ilk örneklerine, *Ahilik* teşkilatında, üyelerin risklere karşı korunması için oluşturulan yardım sandıkları uygulamasında rastlanmaktadır³. 1850 tarihli *Ticaret Kanunname-i Hümayun* ve 1863 tarihli *Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi*’nde sigortacılıkla ilgili hükümler yer almıştır. İlk sigorta şirketleri ise 1872 yılında İngilizler tarafından kurulan *Sun, Northern* ve *North British* şirketleri olmuştur⁴. Osmanlı’da ilk Türk Sigorta Şirketi 1893 yılında “*Osmanlı Umum Şirketi*” adıyla kurulmuştur.

Avrupa’da sigortacılık alanında kat edilen ilerlemeler Osmanlı Devleti’nde sağlanamamıştır. Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısında yaşanan yangın olaylarının yol açtığı yıkımlar sigortaya karşı takınılan önyargıyı kırmıştır. 1870 yılında İstanbul Beyoğlu’nda çıkan ve “*Pera Yangını Olayı*” olarak anılan yangında pek çok iş yeri, ev ve ibadethanenin hasara uğraması, sigorta bilincinin yaygınlaşmasında ve sektörün ilerlemesinde dönüm noktası olmuştur⁵.

Cumhuriyet’in ilanı ile birlikte sigorta uygulamalarına getirilen ilk düzenleme, sigorta poliçelerinin Türkçe yazılması zorunluluğu olmuştur⁶. Sigorta sözleşmelerinde yabancı kelimelere yer verilemeyeceği yürürlükteki 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 11/f.5 maddesinde de açıkça düzenlenmiştir. 1927 yılında “*Sigortacılığın ve Sigorta Şirketlerinin Teftiş ve Murakebesi Hakkında Kanun*” ile sigorta şirketlerinin denetlenmesi sağlanmıştır.

¹ YAZICIOĞLU, Emine / ÖĞÜZ Zehra Şeker, **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, s.1, İstanbul, Nisan 2019.

² ŞAHİN, Mervan, İstanbul Üniversitesi İslam İktisadı ve Finans Ana Bilim Dalı, “İslami Bir Sigorta Deneyimi Olarak Tekafül”, **IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi- Bildiriler Kitabı IV**, (s. 349-358).

³ DEMİRCİ, Serdar, “Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Yıl:2018, Cilt:9, Sayı: 1, (s. 389-418), s.3.

⁴ HADİN Öner M., “Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği Perspektifinde İslami Sigortacılığın Gelişimi”, **Yükselen Ekonomiler ve Politika Dergisi**, Yıl:2018, Cilt:3, Sayı:1, (s.59-71), s.62.

⁵ YILDIRIM, Ferhat, “Sigorta Tarihine Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Kısa Bir Bakış”, **III. Ulusal Meslek Yüksek Okulları Sosyal ve Teknik Bilimler Kongresi (28-30 Nisan 2016)**, (s. 210-222).

⁶ YILDIRIM, 2016, s.210-222.

Sigorta Hukuku öğretisinde *Sosyal Sigorta Hukuku* ve *Özel Sigorta Hukuku* olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır⁷. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında⁸ belirttiği üzere, çekin *kamu güvenini haiz* bir senet olmasından ötürü, kamu güveni ve ticaret hayatındaki güven kavramlarının, *Ekonomik İdare Hukuku* kapsamında devlet erkince korunması ve tesisi, zorunlu olarak sigorta işleminin kamusal ve sosyal olma karakterini ortaya çıkarmaktadır⁹. Bilindiği üzere Sosyal Sigorta Hukuku'nda *sigortalı* olmak zorunludur. Bu durum, kamu güvenini gözetmenin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda, çek karşılığının özellikle karşılıklı sigorta uygulamaları ile güvence altına alınmasını ve bunun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından düzenlenecek bir yasa ile zorunlu kılınması gerektiğini açıklamaya çalışacağız.

Sigorta uygulamalarının temelde görevi, gelecekte meydana gelmesi olası rizikolar ve bunların neden olacağı zararlara karşı korunma sağlamaktır. Dolayısıyla ticaret hayatında *zarar sigortalı* başlığı altında, alacak ve borçların sigortalanması, ticaret hayatının sürdürülebilirliği açısından oldukça önem arz etmektedir. Bir *ödeme aracı* olan ancak mevcut yasal değişikliklerle *vadeli çek uygulamaları ile kredi aracı* niteliği kazanan çekte, çek karşılığının sigorta edilmek suretiyle güvenceye alınması önemli bir gelişme olacaktır. Ayrıca geleneksel sigorta uygulamalarından farklı olarak *karşılıklılık esasının* benimsendiği *karşılıklı sigorta kooperatifçiliği yolu* ile kurulacak bir *çek teminat sisteminin* çek hukukuna daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Sorunun çözümünde alternatif bir yol olarak Sigorta Hukuku'ndan, özellikle karşılıklı sigorta kolu olarak Katılım Sigortacılığı ve Sigorta Kooperatifçiliğinden yararlanmak, üzerinde durulması gereken bir husus olarak görünmektedir.

I. KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDESİ SORUNUNU ÇÖZMEK İÇİN GETİRİLEN DÜZENLEMELER VE YAPILAN KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

A. Genel Olarak

⁷ AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Dördüncü Baskı, 2020, s.2.

⁸ AYM 2016/1941 E , 2017/131 K.

⁹ Ekonomik İdare Hukuku kavramı için bkz.; GÜVEYİ, Nazmiye, “Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI. Sayı: 1, 2017, (s.83-122), s.110.

Devletin kamu otoritesi olarak ekonomiye müdahalesi, ekonomik idare hukuku açısından mümkün ve hatta çoğu zaman kaçınılmaz olabilmektedir. Bu sebeple kamu otoritesi bir ödeme aracı olan çekle ilgili pek çok defa kanun değişikliği yapmış ve çekte duyulan güvenin korunmasını sağlamaya çalışmıştır. Hatırlanacağı üzere 09.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6728 sayılı yasa ile 5941 sayılı Çek Kanunu değiştirilmiş ve *çekle ilgili karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebep olmak* eylemi yeniden suç olarak tanımlanmış ve bu pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Yeni düzenlemeye göre, bu suça istinaden açılan davaların İcra Mahkemesi'nde görüleceği ve İİK'da düzenlenen yargılama usulünün uygulanacağına hükmedilmiştir (5942 sayılı ÇekK m. 5).

Covid-19 salgınının yarattığı mücbir sebep nedeniyle 7226 sayılı Torba Yasa'nın geçici 1. maddesi ile çeklere ilişkin ibraz süreleri 30 Nisan 2020 tarihine kadar durdurulmuş ve bu süreler içinde bankaya çekin ibrazı hukuken geçersiz kılınmıştır¹⁰. Ancak bu yasal düzenlemeye rağmen, bu süre içinde bankalara ibraz edilen ve karşılıksızdır işlemi yapılan çekler mevcuttur. Bu çeklerin hukuki durumunun tartışmalı hale geldiği doktrinde de belirtilmiştir¹¹. Ayrıca 7226 sayılı Torba Yasanın 49. Maddesi ile 30.04.2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından bir infaz ertelemesi getirilmiştir. Bu ertelemeye ilişkin düzenlemeler 7333 sayılı Torba yasanın 17. Maddesi ile 30.04.2021 tarihine kadar işlenen suçları kapsayacak şekilde genişletilmiş ve ödeme için öngörülen süre de 30.06.2022 tarihine kadar uzatılmıştır.

B. Etkin İhlal ve İç Piyasaya Etkisi Açısından Önemi

Çekin karşılıksız çıkması özellikle iç piyasada zincirleme mağduriyetlere yol açabilmektedir. Örneğin; borçlusundan aldığı çekte güvenerek üçüncü kişi ile herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesi imzalayan alacaklı, çekin vadede karşılıksız çıkması üzerine üçüncü kişi ile akdettiği sözleşmede ifadan kaçınmaya yönelebilecektir. Hukuksal ifade ile *etkin ihlal*

¹⁰ 31114 sayılı Resmî Gazete ile yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bu süre 15 Haziran 2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

¹¹ PASLI, Ali, *Covid-19 Salgınının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Sürerken Çek İbrazı Mümkün müdür?*, *Ticaret Kanunu.Net*, (Hakemsiz Dergi), 2020, Cilt:1, s.s:1, <http://www.ticaretkanunu.net/ali-pasli-covid-19-salgininin-cek-hukukuna-etkisi-guncel-kosullar-surerken-cek-ibrazi-mumkun-mudur/>, (erişim tarihi: 12.04.2020); AKKIR, Adem/ DÖNMEZ Emre, *Covid-19 Virüsünün Çekte İbraz Sürelerine İlişkin Mücbir Sebep Etkisi*, <https://www.mondaq.com/turkey/litigation-contracts-and-force-majeure/921208/covid-19-virsnn-ekte-304braz-srelerine-304li351kin-mcbir-sebep-etkisi>, (erişim tarihi: 05.06.2020).

olarak görülebilecek bu hal, iç piyasadaki ödeme dengelerini ve ticari akışı olumsuz yönde etkileyebilecektir¹².

Çekin karşılıksız çıkması, özellikle ülkemiz ticaretinin önemli bir unsuru olan, *Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler* üzerinde olumsuz etki yaratmaktadır.16.04.2020 tarihinde TOBB öncülüğünde çevrimiçi olarak yapılan *Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Bilgilendirme Semineri*'nde de açıklanan bir örneğe göre, bir ticaret şirketi %5 kar marjı ile yüz bin TL bir alacağını vadesinde tahsil edemediğinde, aynı kar marjı ile bu parayı geri kazanmak için iki milyon TL bedelli satış yapmak zorundadır¹³. Bu da piyasada ilk alışverişin yirmi katı yeni riskler alınmasını gerektirecektir. Yukarıda anılan güncel kanun değişikliği ile toplamda 13 milyar TL değerinde ve 180 bin adet çek erteleme kapsamına girmiştir. Borcu ertelenen çek borçlularının mağduriyeti geçici olarak giderilmiş (ötelenmiş) olsa da çek alacaklıları için aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir.

C. Kamu Güveninin Korunması Açısından Önemi

Yukarıda da ifade edildiği üzere karşılıksız çek sorununu çözmek için pek çok defa kanun değişikliği yapılmış ve çeke duyulan güven korunmak istenmiştir. Temel olarak çeke duyulan güven doğrudan kamu güveni ile ilgilidir ve ekonomik hayatın devamlılığı ve istikrar açısından bu güvenin korunması gerekmektedir¹⁴. 2000 ve 2001 yıllarında küresel çapta ekonomiyi etkileyen ekonomik krizin nedenleri araştırılırken en çok ortaya konan ve tartışılan kavram “güven eksikliği” olmuştur¹⁵.

Ekonomistler, makroekonominin işleyişinde ve gelişmesinde *sosyal sermaye* olarak adlandırılan ve aralarında kan bağı, etnik kimlik veya cemaat bağı bulunmayan insanlar arasındaki karmaşık, değişken ve şekilsiz güven esasına dayalı ekonomik ilişki ağlarının son derece önemli etkisi olduğunu savunmaktadırlar¹⁶.

¹² Etkin ihlal ile ilgili detaylı bilgi için bkz. SANLI, Kerem C., “Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açısından Etkin Olabilir mi? Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl:2014, Cilt:30, Sayı:3, (s.95-173).

¹³ Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), *Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Bilgilendirme Semineri*, <https://tobb.org.tr/Sayfalar/20200409-alacak-sigortasi.php>, (erişim tarihi: 16 Nisan 2020).

¹⁴ Kamu güveninin temininde ekonomi ve hukuk arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜVEYİ, Nazmiye, “Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2017, Cilt: 21, Sayı:1, (s.83-122), s.88 vd.

¹⁵ ÖZSAĞIR, Arif, “Ekonomide Güven Faktörü”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 2007, Cilt:6 Sayı:20, (s.46-62), s.47 vd.

¹⁶ ÖZSAĞIR, 2007, s.49 vd.

Yukarıda izah edilen nedenlerden ötürü, karşılıksız çek çekme sorunu, çekin kamu güvenini haiz bir belge olması sebebiyle ekonomik istikrara ve *kamu güvenine*¹⁷ zarar vermektedir. Bu sebeple kamu otoritesinin sorunu çözme noktasında *Sigorta Hukuku* öğretisinden yararlanmak suretiyle irade ortaya koyması özellikle Covid-19 salgının yarattığı salgın sürecinde de görüldüğü üzere ciddi anlamda gereklilik arz etmektedir.

Kural olarak isteğe bağlı olan sigortanın yaptırılmasında, tıpkı sosyal sigortalarda olduğu gibi toplum ve kamu yararı gereği, zorunlu tutulmasının kaçınılmaz olduğu haller mevcuttur. Çek Hukuku'nda, çek bedelinin teminat altına alınmasının, Anayasa Mahkemesi'nin de kabul ettiği üzere, çekin kamu güvenine dayalı bir kambiyo senedi olması nedeniyle, üstün bir kamu yararı taşıdığını düşünmekteyiz. Benzer şekilde; *Türk Ceza Kanunu* m.210/f.1 hükmünde, “özel belgede sahtecilik suçunun konusunun emre veya hamiline yazılı kambiyo senedi... olması halinde *resmî belgede sahtecilik* suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” Denmektedir. Bu hüküm ile kamu güvenini haiz ve resmi bir belge olarak çekin “güven fonksiyonu” açısından önemi vurgulanmaktadır.

Ticaret hayatının güvenceye alınması zorunluluğu, temelde kamu yararının bir sonucudur. Bu sebeplerle çekle ödemelerin güvence altına alınması ve çek hamillerinin korunması açısından, çek bedelinin karşılıksız kalma riskine karşı sigorta ile garanti altına alınmasının kanunen zorunlu tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.

II. KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE EDİLMESİNİN OLASI NEDENLERİ

A. Genel Olarak

Bir ödeme aracı olan çekin, üzerinde yazılı bulunan ödeme tarihinde ibrazında karşılığının bulunacağına duyulan güven, temelde çek alacaklısının taşıdığı bir rizikodur. Bu riskin temelinde ise çekin bir ödeme aracı olmasından ziyade bir vade aracı olarak kullanılması yatmaktadır. Çek her ne kadar bir ödeme aracı olsa da uzun yıllar ticari örf -adet haline geldiği üzere vade aracı olarak kullanılagelmiştir. Kanun koyucu tacirler arasındaki bu centilmenlik anlaşmasına kanuni dayanak sağlayarak, Çek Kanunu'nun geçici 3. Maddesi ile ileri tarihli bir çekin yasal olarak takibe konabilmesi için *üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre*

¹⁷ Çekin kamu güvenine haiz bir belge olduğuna dair detaylı bilgi için bkz. SOYER, Güleç S., **Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu**, Yeni Çek Kanunu Hükümlerine Göre Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.291; ayrıca bkz., AYM 21.11.2002, 2001/408 Esas, 2002/191 Karar, RG. 02.10.2003.

kanuni ibraz süresi içerisinde... şartını getirmiştir. Buna göre üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekler açısından ibraz geçersiz olacaktır. Bu düzenleme her ne kadar geçici maddeyle ve geçici olarak getirilen bir düzenleme olsa da her yıl uzatıldığı bilinmektedir. Son olarak 31.12.2020 tarihli ve 31351 sayılı (5.mükerrer) Resmi Gazetede yayımlanan, 7262 Sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlemesine İlişkin Kanun' un 26. Maddesi ile Çek Kanununun geçici 3. Maddesinin 5. Fıkrasında yer alan "31.12.2020" ibaresi "31.12.2021" olarak değiştirilmiştir. Yeni bir uzatmanın olası olduğu düşünülebilir.

B. Borca Aykırılık ve Etkin İhlal

Bilindiği üzere karşılıksız çek sorununu çözebilmek adına karşılıksız çek keşide edilmesi fiili, kanun koyucu tarafından, 15.07.2016 tarih ve 6728 sayılı Torba Kanun ile adli para cezasını gerektiren bir suç olarak tanzim edilmiş ve sorunun temeli Ceza Hukuku ile çözümlenmeye çalışılmıştır. Ancak karşılıksız çek keşidesi sorunu özellikle Covid-19 salgını sürecinin de göstermiş olduğu üzere temelinde borca aykırılık barındıran bir sorundur. Zira fiilin suç olarak tanziminden sonra karşılıksız çek keşidesinde istatistiklere bakıldığında görüleceği üzere bir azalma olmamış, hatta günden güne artış yaşanmıştır¹⁸. Bu da sorunun temelinde borca aykırılık olduğu iddiamızı desteklemektedir. Temeli borca aykırı davranışa dayanan bir sorunu Ceza Hukuku normlarıyla çözmek mümkün değildir ve görüldüğü üzere daha da büyük sorunlara ve mağduriyetlere yol açmaktadır.

Vadesinde alacağına kavuşamayan bir çek alacaklısının aynı karı yakalayabilmek için 20 kat fazla risk alması gerekeceği örneğine yukarıda değinmiştik. Ayrıca borca aykırı davranışın, bir çek alacaklısının borcu için ve vadesinde çekten doğan alacağına kavuşamaması sebebiyle gerçekleştiğini düşündüğümüzde, bu aykırılık ekonomik açıdan etkin olabilecektir ki bu da çek alacaklısı açısından ödememede haklı bir durum yaratmış olacağından iç piyasada ödeme dengelerini olumsuz şekilde etkileyebilecektir. Bu örnekte çek alacaklısının borçlusu, en başta çek lehtarının vadede çek bedelini buldurulmamasından kaynaklanan riski üstlenmiş görünmektedir. Bunun piyasada zincirleme mağduriyetlere yol açacağı düşünüldüğünde piyasa ekonomisini koruma noktasında, borca aykırılığın daha en baştan önlenmesi gerekmektedir.

¹⁸ Bkz. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Çek Bilgileri Ekim 2019, ayrıca Haziran 2019 dönemindeki durum için bkz. (<https://www.riskmerkezi.org.tr> (erişim tarihi: 19.08.2021); Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi, Şubat 2020; https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/2210/Cek_Bilgileri_-_Subat_2020.pdf , (erişim tarihi: 19.08.2021).

Eylem bir kez gerçekleştikten sonra verilen cezaların eylemin piyasadaki dengeler üzerine etkilerine bir yararı olmadığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 2001/408 Esas, 2002/161 Karar ve 21.11.2002 tarihli kararında özetle, çek ilişkisinin temelinde her zaman bir sözleşme ilişkisi bulunmak zorunda olmadığını ve temelde bir sözleşme ilişkisi bulunan durumlarda ise çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca kararda, çekin karşılıksız olduğunun bilinmesine rağmen çek keşide edilmesinin borcun yerine getirilmemesi kapsamında sayılmayacağı görüşüne yer vermiştir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çek her ne kadar bir ödeme taahhüdü olsa da temelinde bir borç ilişkisi bulunmaktadır¹⁹. Sözleşmeden doğan yükümlülükler içinde borçlar da yer almaktadır. Bilindiği üzere Çek Kanunu'nda yapılan değişikliklerle çekte, vadeye bağlı ödeme aracı vasfı verilmiştir. Dolayısıyla ödeme ancak ileri tarihli olarak yapılan düzenleme tarihinde yani, vade gününde ibrazında mümkün olacaktır. Bu halde çekin karşılığının bulunup bulunmadığının vadeden ve ibrazdan öncesi bilinmesi mümkün değildir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü gerçekçi bir temele dayanmamaktadır²⁰. Ayrıca çek her ne kadar bir ödeme aracı ve taahhüdü olsa da doktrinde de kabul edildiği üzere vadeye ilişkin değişikliklerle birlikte çek, esas olarak *kaydi para* niteliğini kazanmış görünmektedir²¹. Bu durum, çekte kabul yasağının geri planında yatan TCMB'nın banknot ihracına ilişkin inhisar hakkının korunması düşüncesiyle çelişen bir durum yaratmaktadır diyebiliriz.

C. Borcun Ödenmesinde Objektif ve Sübjektif İmkânsızlık Hali

Ülkemizde yaşanan ekonomik krizlerin geçmişi incelendiğinde borca aykırılıkta *objektif imkânsızlık* kavramı gündeme gelmektedir²². Covid-19 salgını döneminde karşılığı bulundurulamayan çekler açısından, borca aykırı davranış, çek borçlularının mücbir sebebe bağlı objektif imkânsızlık haline dayanmaktadır. Zira yukarıda anılan ve sürekli tekrarlanan

¹⁹ AYM 21.22.2002 tarih ve 2001/408 Esas, 2002/161 Karar sayılı kararında Haşim KILIÇ'ın karşı oy yazısı.

²⁰ Benzer yönde bkz., ÇETİNTİRK, Ekrem / YILDIRIM, Zeki, "İbraz edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu", **Türkiye Bankalar Birliği Dergisi**, Cilt:25 Sayı:103, (s.27-84), s.44 vd.

²¹ KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail, **Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Hukuku**, 1. Bası, İstanbul 2019, s.273 vd.

²² İfa engelleri ve imkânsızlık ile ilgili detaylı bilgi için bkz., KARA KILIÇARSLAN Seda, "Sübjektif İmkânsızlık Kavramı ve Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt:14, Sayı:150, (s.306-320).

infaz ertelemeleri de esasında bu gerçeğin kabulü noktasında bir kamusal refleks özelliği göstermektedir.

Kriz dönemleri haricinde borca aykırı davranış kural olarak, kişinin likitide riski, piyasa riski, kredi riski veyahut da yasal riskler grubunda yer alan ve sübjektif imkânsızlık diyebileceğimiz bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmektedir²³. Sübjektif imkânsızlık nedeniyle meydana gelen borca aykırı davranışın ceza normlarıyla önlenmesi bizce mümkün görünmemektedir ki aslında yukarıda alıntılanan istatistikler de bu düşüncemizi desteklemektedir. Ödemede borca aykırı davranışın önüne geçilebilmesinin tek yolu likitide teminidir ve bunun da ancak önceden ve bu riske hasredilmiş bir fon yolu ile gerçekleştirilmesi mümkündür.

III. KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE EDİLMESİNDE BANKALARIN SORUMLULUĞU VE BU SORUMLULUĞUN DAYANAĞI

A. Çek Anlaşması ve Hukuki Niteliği

Çek anlaşması muhatap banka ile çek hesabı sahibi lehtar arasında akdedilen bir akitir. TTK' da he ne kadar herhangi bir geçerlilik şartına bağlı tutulmamış ve TTK 708/1 maddesinde taraflar arasında zımni olarak da yapılabilesine cevaz verilmişse de Çek Kanunu'nun amir hükümlerinde çek hesabının açılması şartları özel olarak düzenlenmiş durumdadır²⁴

Çek anlaşmasını hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Çek anlaşması İsviçre Türk öğretisinde vekalet akdine benzemekle birlikte kanunda sayılan akit tiplerinden hiçbirine benzememekte ve atipik bir akit olarak görülmektedir²⁵.

B. Bankaların Sorumluluğunun Dayanağı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çek anlaşması çekin geçerliliğine etki etmeyen ancak bankaların lehtar ve cirantalara karşı sorumluluğunu etkileyen bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Çek anlaşmasında taraflar muhatap banka ile çek hesabı açacak olan lehtardır. Çek anlaşmasının geçerli olabilmesi ya da çekin geçerli bir senet olabilmesi için lehtarın muhatap

²³ Detaylı bilgi için bkz., ÖZBİLGİN, İzzet G., **Risk ve Risk Çeşitleri**, www.bilisimdergisi.org/s145 (erişim tarihi: 19.08.2021).

²⁴ KURT, Eda, **Karşılıksız Çek Keşide Edilmesini Önlemek için Alınabilecek Hukuki Tedbirler ve Elektronik Çek**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.75 vd.

²⁵ KENDİGELEN, Abuzer, **Çek Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve güncelleştirilmiş 5. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.82 vd.

banka nezdinde açmış olduğu hesapta provizyon bulundurma ya da belli meblağda bir provizyon bulursa dahi bunu hesapta tutma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Çek hesabı sahibinin çek hesabında belli bir provizyon bulundurma zorunluluğu olmaması ya da hesapta vadeye kadar mevcut olan provizyon üzerinde tasarruf ehliyetinin herhangi bir şekilde sınırlandırılmaması, muhatap banka ile lehtar arasında bir gayri nakdi kredi sözleşme ilişkisini gündeme getirmektedir. Zira Yargıtay 23. HD. 24.02.2015 tarih ve 2015/10833 Esas, 2015/1156 Karar sayılı bir kararında da açıkça bu husus ifade edilmiştir. Çek Kanunu 3/f.3 hükmü kapsamında bankanın ödemekle sorumlu olduğu tutar da esas olarak bu karara dayanmaktadır.

Muhatap banka ile lehtar arasındaki gayri nakdi kredi sözleşmesinin nasıl kurulduğu ya da çek ilişkisi açısından 3. Kişilere teşmil edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kredi açma sözleşmesi karşılıklı ve sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Banka krediyi kullanılabilir halde bulundurma borcu altında iken, kredi kullanıcısı da kullandığı kredinin karşılığını ödeme borcu altındadır. Borç talep ile muaccel olacağından ve çek açısından talebin ibraz olduğu düşünüldüğünde, ibrazla birlikte banka açısından borç muaccel olacaktır ve banka bu durumda yeterli provizyon olmamasına rağmen çek bedelini ödeme yükümlülüğü altındadır. Zira muhatap banka ile lehtar arasında daha çek anlaşması kurulurken gayri nakdi kredi sözleşmesi de kurulmuş ancak ibraza kadar talep edilmemiş olduğundan muaccel hale gelmemiş durumdadır. Gayri nakdi kredi sözleşmesinin kurulmasında kanundan kaynaklanan bir geçerlilik şekli bulunmadığından, delalet edici birtakım fiiller veya örtülü irade açıklamasıyla sözleşmenin kurulması mümkündür²⁶. Bu durumda çek hesabında provizyon bulunmamasına ya da mevcut provizyon üzerindeki tasarruf ehliyeti sınırlandırılmaksızın lehtara çek defteri verilmesi bu delalet edici fiil veya zımni iradeye işaret etmektedir kanısındayız.

Doktrinde yer alan bir görüşe ise vadede çekin karşılığının bulunmaması kredi sözleşmesine delalet eden bir icap niteliğindedir ve banka karşılık bulunmuyor olmasına rağmen ödeme yaparsa bu icabı kabul etmiş olmaktadır²⁷. Bu görüşe göre muhatap bankanın kredi sözleşmesini ve dolayısıyla ödemeyi kabul etme sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak yukarıda anılan Yargıtay kararında da değinilmiş olduğu üzere, çek hesabında tasarruf

²⁶ Detaylı bilgi için bkz., ÖZEN, Burak, “İradeyi Gösteren Fiillerle Kredi Açma Sözleşmesinin Kurulması”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:145-146, (s.245-263).

²⁷ REİSOĞLU, Seza, **Çek Hukuku**, Ankara, 2011, s.279.

işleminin sınırlandırılmadan çek defterinin lehtara teslim edilmesi muhatap bankanın keşideci lehine gayri nakdi kredi açma işlemi niteliğindedir ve doktrindeki bu görüş bu sebeple yerinde değildir. Kaldı ki Çek Kanunu 3/f.3 hükmünde de bankanın ibrazda ödeme yapmakta sorumluluğunun olduğuna yer verilmiştir. Ancak ödemenin tutarı sınırlandırılmıştır ki uygulamada *kâğıt bedeli* olarak ifade edilen bu sınır 2.225,00TL iken 29.01.2021 tarihinden itibaren 2.670,00TL'ye çıkartılmıştır²⁸. Bu meblağın karşılıksız kalan bedelle karşılaştırıldığında hem Yargıtay kararında hem de kanunda öngörülen sorumluluğun hakkını teslim etmediği açıkça ortadadır kanaatindeyiz.

IV. KARŞILIKSIZ ÇEK SORUNUNA ALTERNATİF BİR ÇÖZÜM OLARAK SİGORTA HUKUKUNUN SUNDUĞU İMKANLAR

A. Genel Olarak

Sigorta ile korunmak istenen yarar kural olarak isteğe bağlı ve kişisel bir menfaate işaret etmektedir. Ancak özellikle sosyal devlet ilkesinin ortaya çıkması ve gelişmesiyle birlikte sosyal sigorta kavramı gündeme gelmiş ve modern devlet yapısının vazgeçilmez bir unsuru olarak karşımıza çıkmıştır. Sosyal sigortalarda temel olarak bir kişinin bireysel menfaati değil, toplumun menfaati korunmak istenmektedir ve doktrinde de kabul edildiği üzere, korunmak istenen menfaatin kamusal niteliği sebebiyle bu tip sigortalar, yapılması isteğe bağlı değil zorunlu olan sigortalardır²⁹.

Çekin karşılıksız çıkmasının piyasada yarattığı domino etkisi ve ekonomik istikrara etkileri düşünüldüğünde, çekin karşılıksız çıkması oldukça büyük ve tek bir kişinin menfaatini değil çek ilişkisi içinde olan tüm tarafların menfaatini zedeleyen bir risktir ve bu riskin zorunlu olarak sigorta ettirilmesi gerekmektedir. Teminatın salt bireylerin iradesine bırakılması, toplumun sosyal güvenliğini ve bu kapsamda devlete duyulan güveni, ekonomiye duyulan güveni ve istikrarı olumsuz etkilemektedir.

B. Bir Zarar Sigortası Olarak Sorumluluk Sigortası

²⁸ 31375 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar ile Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ (Sayı:2010/2)’de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ (2021/1)” ile.

²⁹ KARASU, Rauf, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2016, Cilt:2, (s.683-706), s.705.

TTK'nın Sigorta Hukuku bölümünde *Zorunlu Sorumluluk Sigortaları* düzenlenmiştir. Zorunlu Sorumluluk Sigortaları başlığındaki 1484. Maddede, “*Sigortalı, sigortacıya karşı ifa borcundan tamamen ya da kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder*” denmiştir. Burada korunmak istenen menfaatin kamusal niteliği ön plana çıktığından, zarar görenin korunmasına önem atfedildiği görülmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası, “*Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının, sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur*” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Burada da yine zorunlu sorumluluk sigortaların kamusal niteliği göz önünde bulundurularak zarara uğrayanların gözetildiğini görmekteyiz.

Yukarıda ifade edildiği üzere, kanunen zorunlu sigorta kapsamında olan sigortalarda dahi sigorta eden ile sigorta ettiren arasında tıpkı isteğe bağlı sigortada olduğu gibi bir sözleşme akdedilmektedir. Buradan hareketle, her bir çek koçanının zorunlu olarak sigorta ettirilmesine rağmen sigorta sözleşmesinde asgari teminatı aşkın hususlarda, serbestçe teminat kapsamı belirlenebilir, başkaca ticari alacakların da sözleşme kapsamına alınması ile ticari faaliyet yürüten ajanların totalde bir sözleşme ile birden fazla sayıdaki risklerinin teminat altına alınması sağlanabilir. Ezcümle zorunluluğa rağmen serbest bir alan bırakılması söz konusu olacaktır. Ancak elbette niteliği gereği asgari teminatın çek karşılığının altında kalmaması gerekmektedir.

Riskin paylaşılması noktasında ise sosyal sigorta örneğinde olduğu gibi bir paylaşım modeli belirlenmesi gerekmektedir. Zira çekin muhatabı ancak BankK' da tanımlanan bankalar olduğundan ve bu konuda geniş bir yetki alanına sahip olduklarından, riskin paylaşılması ve prim ödeme sorumluluğu noktasında bankaların hakkaniyete uygun ve keşideci ile birlikte sorumluluk almaları gerekmektedir.

Küçük ve Orta Boy İşletmelere yönelik devlet destekli ticari alacak sigorta sisteminde olduğu gibi devlet desteği de sağlanmalıdır. Burada çek alacaklısının bir de bu riskin sorumluluğuna katlanmak zorunda bırakılması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. O yüzden riskin paylaşılması konusunda çek alacaklısının kendi rızası hilafına sigorta sistemine dahil edilip prim ödemesi söz konusu olmamalıdır görüşünderiz.

Genel olarak tüm zarar ve sorumluluk sigortalarının çalışma konusuna uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Özellikle sorumluluk sigortası uygulamalarının, üçüncü kişiye verilen zararların karşılanması noktasında çekin karşılıksız çıkması hali ile

oldukça benzerlik gösterdiği görülmektedir. Sorumluluk sigortalarında, çekin karşılıksız çıkması ile hem düzenleyenin malvarlığında meydana gelecek azalmanın hem de zarar görenin uğradığı zararın giderilmesi noktasında bir menfaat dengesi mevcuttur.

Primlerin belirlenmesinde sigorta değeri esas alınacağından riske dayalı prim sistemi gündeme gelecektir. Buradaki sorumluluk hakkaniyete uygun olarak riskin gerçekleşmesinde kusuru değil ama rolü olan ve vadeli satıştan yararlanan keşideci ile çek hesabı işleterek mevduat işletme kazancı sağlayan muhatap bankaların üzerinde olacaktır. Diğer çek alacaklılarının rızası mukabilinde riske katılımları sağlanabilir. Ancak bu özel sigorta sisteminde olduğu gibi sözleşme serbestisi kapsamında olmalı, zorunlu tutulmamalıdır; zira çeki kabul ederek keşideciye kredi veren çek alacaklılarının bir de sigorta primlerine katılmalarını beklemek hakkaniyete uygun düşmeyeceği gibi hayatın olağan akışına da terstir. Ancak sisteme zaten kayıtlı olan (sigortalı olarak prim ödeyen) çek alacaklıları için özel bir düzenleme yapılması mümkündür. Zira onlar da kendi çek defterleri için sigorta primi yatıracaklardır. Ama burada sigorta değerinin tespiti yani riskin efektif değeri konusunda farklılıklar yaşanabileceğinden mutad bir oran üzerinden mahsup sağlanabilir. Ayrıca devlet destekli ticari alacak sigortasında olduğu gibi bu sistemde de devletin kamu otoritesi olarak katkısı bulunmalıdır. Bu katkı teşvik edici niteliği gereği çeki duyulan güvenin artmasına ve çek kullanımının yaygınlaşmasına sebep olacaktır.

1. Ahlaki Risk Kavramı ve Önlenmesi

Sigorta sözleşmelerinde, en temel sorun *ahlaki risk* adı verilen riskin ortaya çıkması olarak ifade edilebilir³⁰. Bu kavram riskin tamamen sigortalanması durumunda gerek muhatap bankaların gerekse çek hesabı sahiplerinin ve çek borçlusu keşidecinin riske karşı duyarlılıklarının azalması anlamına gelmektedir. Ezcümle, alacağın bütünüyle sigortalanarak teminat altına alınmış olması gerek keşidecinin gerekse bankaların daha fazla risk almasına neden olabilecektir³¹. Başka bir anlatımla garanti ile *ahlaki risk* arasında korelasyon vardır ve bu sebeplerle riske göre prim belirlenmesi ve zararın tamamının karşılanmaması tarafları basiretli davranma konusunda teşvik edecektir. Peki bu uygulamada nasıl kotarılabilir? Bir

³⁰ AYZİT, Müge, **Dünyada ve Türkiye’de Mevduat Sigorta Sistemi Uygulamaları**, Yayımlanmış, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Bankacılık ve Finansal Kuruluşlar Genel Müdürlüğü Uzmanlık Yeterlilik Tezi, 2004, s.12 vd.; AKSOY, Nazım, “İhracat Sigortası Kavramı, Hukuki Niteliği ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması” **Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt:4, Sayı:1, (s.66-91).

³¹ AYZİT, **2004**, s.13 vd.

ihtimal, halefiyet ilkesi çerçevesinde, çekin karşılıksız kalan kısmının tamamı çek alacaklısına ödendikten sonra, sigorta edilen risk mukabilinde belirli bir kısmının sigorta kurumunca bankaya ve keşideciye müteselsil olarak rücu edilerek hazineye irat kaydı sağlanabilir³². Burada sigorta üçüncü kişi lehine yapıldığı için üçüncü kişi olan çek alacaklısının zararının tamamı karşılanmalı ve fakat karşılanan sigorta değerinin önceden belirlenen bir meblağı banka ve keşideciye müteselsil olarak rücu edilerek ahlaki riskin elimine edilmesi sağlanabilir.

Benzer şekilde sigorta ilişkisinde belli başlı muafiyetler öngörülerek, kötüye kullanımı azaltma noktasında sigorta yaptırmanın rizikonun bir parçası yapılması sağlanabilir³³.

A. Çekin Karşılıksız Kalmasını Önlemeye Yönelik Olarak Uygulanabilecek Sigorta Türleri

1. Ticari Kredi Sigortası Uygulamaları

Ülkemizde, ticari Kredi Sigortası 01.02.2009 tarihinde yürürlüğe giren Kredi Sigortası Genel Şartları tebliği ile düzenlenmiştir. Ayrıca 28568 sayılı Resmî Gazete ile yürürlük bulan, 2013/4286 numaralı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi (Türk Eximbank) kurulmuştur. Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim A.Ş.’nin esas sözleşmesine göre, ihracat kredi sigortası, zarar ve tazminat sigortası olmasının yanı sıra, aktif bir sigortadır ve gayri maddi varlıklar üzerindeki menfaatin sigortası olması niteliği gereği esasında bir alacak sigortasıdır.

Ülkemizde, ticari alacakların sigortalanmasına yönelik 2018/11892 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve buna istinaden 24.12.2018 tarihinde 30635 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren **“Küçük ve Orta Boy İşletmelere Yönelik Devlet Destekli Alacak Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği”** ile birlikte alacakların sigortalanması sistemine geçildiği bilinmektedir.

Ticari Kredi Sigortası bir alıcı portföyünü kapsar ve sigorta primi de bu sigorta alıcılar portföyünün kredi riski ortalamasını yansıtır³⁴.

³² YAZICI YANIK, Merve, **Sigorta Hukuku’ndaki Kanuni Halefiyet Kavramı ve Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

³³ ULUĞ CİCİM, İlknur / ALHAN, Yunus, “Avrupa Sözleşmesi Hukuku’nda Uzmanlar Grubunun Final Raporu, Bölüm V: Mali Sorumluluk Sigortası”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2016, Sayı:1, (s.253-266).

³⁴ Detaylı bilgi için bkz., KUBİLAY, Huriye / ÖZKAN, Cem, “Ticari Kredi Sigortasının Hukuki Yapısı ve Güncel Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 3, (s.317-341), s.320.

Ülkemiz ve tüm dünyada yaşanan Covid-19 salgının yarattığı mücbir sebebe istinaden, ticari alacak sigortası sistemine orta boy işletmelerin de katılımını sağlayacak bir değişiklik yapıldığını da belirtmek istiyoruz³⁵.

İhracat Kredi Sigortası doktrinde şu şekilde tanımlanmaktadır: “*İhracatçının mal veya hizmet ihraç ettiği müşterisinin, ödeme gücünü kaybetmesi veya ödemek istemesine rağmen tamamen dış nedenler sonucu, ödemedede bulunmaması nedeniyle karşılaşılan zararların teminat altına alınmasını sağlayan sigorta türüdür.*”³⁶.

Çekin karşılıksız çıkması ihtimali ile meydana gelecek olası zararın sigortalanmasında, uygun düştüğü ölçüde “*ihracat kredi sigortası*” örneği emsal alınabilir. Zira her ne kadar bir ödeme aracı olsa da çekle ilgili olarak yapılan vadeye yönelik yasal değişiklikler ve uygulanan ticari örf ve adetler, ona bir kredi vasfı yüklemiştir. Dolayısıyla kredili satıştan doğan tüm risklerin kredi amacıyla kullanılan çekler için de mevcut olduğu söylenebilir. Nitekim ihracat kredi sigortası ile vadeli satışlardan kaynaklanan risklerin azaltılması amaçlanmaktadır³⁷. Türk ticaret hayatında ödemelerin yaygın olarak vadeli çeklerle yapılması, ticaretin genel olarak vadeli satışla işlediğini göstermektedir.

2. Katılım Sigorta Şirketleri ve Kooperatifleri

Sigorta Kooperatifçiliği esas olarak sigorta, sigortalı ve sigortacı sıfatlarının birleştiği bir sigorta sözleşmesidir³⁸. Ülkemizde ilk kurulan sigorta şirketi 2007 yılında faaliyete geçen Kuru Sigorta Kooperatifidir ve bu kooperatif sonrasında anonim şirkete dönüşmüştür³⁹. Türkiye’de Sigorta Kooperatifçiliğinde toplam ortak sayısı 1 milyon civarındadır⁴⁰.

³⁵ 25.03.2020 tarih ve 31079 sayılı RG.; ayrıca ticari alacak sigortası ile ilgili detaylı bilgi için bkz., Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), **Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Bilgilendirme Semineri (17 Kasım 2020)**, (erişim tarihi:16.04.2020).

³⁶ AKSOY, 2017, s.66-91.

³⁷ DEMİRAL, Arif, “İhracat Kredi Sigortası’nın Önemi: Türkiye Örneği”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 10, Sayı: 19.

³⁸ ÖZÜDOĞRU, Haşim / TAŞDELEN, Elif, “Kooperatif Sigortacılığının Sigorta Sektöründeki Yeri”, **Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt:52, Sayı:1, (s.102-112), s.102.

³⁹ Kuru Sigorta Kooperatifleri’nin web sayfasında neden Kuru Sigorta A.Ş.’ye dönüştürüldüğüne ilişkin yer alan; “Ülkemizin sigortacılık açısından yüksek bir potansiyele sahip olmasının da etkisiyle Kuru Sigorta, çok sayıda yeni sigorta kooperatifine ilham kaynağı olmuşsa da bu alandaki mevzuat eksikliğinin bir türlü giderilememesi, kooperatif sigortacılığı modelinin sürdürülemez bir noktaya gelmesi sonucunu doğurmuştur. Bunun üzerine kooperatifin anonim şirkete dönüştürülmesi işlemine başlanmıştır.” şeklindeki kısa açıklama, aslında ülkemizde sigorta kooperatifçiliğinin içinde bulunduğu mevcut resmi ortaya koymak bakımından son derece anlamlıdır. Bkz., <https://www.korusigorta.com.tr/hakimizda/tarihce> , (erişim tarihi: 20.08.2021).

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz., <https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/bilgi-bankasi/kooperatifler-hakinda/sigorta-kooperatifleri>, (erişim tarihi: 20.08.2021).

Sigorta Kooperatifçiliğinde faaliyet mütekabiliyet esaslarına dayanmaktadır⁴¹. Sigortacılık Kanunu madde 3/f.2 ve 3; TTK'nın anonim şirketlere ilişkin bazı hükümleri Kooperatifler Kanunu uyarınca *kooperatifler* hakkında da uygulanır. Kar ve zararda ortaklık ile sigortalayan-sigortacı sıfatlarının birleşmesi TTK'nın 1402. Maddesinde tanımlanan karşılıklı sigorta uygulamasıyla örtüşmektedir. Karşılıklı sigorta şirketi poliçe sahiplerinin aynı zamanda şirket ortağı olduğu bir sigorta şirkettir. Doktrinde de ifade edildiği üzere karşılıklı sigorta bir sigorta türünden ziyade sigortanın kendine özgü bir uygulanış şeklidir⁴².

Uluslararası Kooperatifler Birliği'nin (ICA-International Cooperative Alliance) tanımına göre kooperatif; “ortak ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçları ve istekleri, müşterek sahip olunan ve demokratik olarak kontrol edilen bir işletme yoluyla karşılamak üzere, gönüllü olarak bir araya gelen insanların meydana getirdiği özerk bir teşkilattır”⁴³.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1402.maddesinde, “karşılıklı sigorta faaliyeti ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebilir” denmiştir ve Sigortacılık Kanunu madde 3/f.3 ve 4 ile kooperatif yapılanması şeklinde kurulan şirketler açısından ikili bir sistem kabul edilmiştir.

Buna göre *Katılım Kooperatif Şirketleri*, hem üyeleri hem de üyeleri dışındaki kişilerle sözleşme akdeden şirketler ve sadece üyeleri ile sözleşme akdedip üyeleri dışındaki kişilerle sözleşme akdetmeyen şirketler olarak ikili şekilde yapılabilmektedir. Adı geçen kanun hükmü ile hem kapalı ve hem de açık nitelik gösteren kooperatif yapılı şirketlerin karşılıklı sigortacılık yapabileceğine hükmedilmiştir⁴⁴. Üyeleri dışındaki kişilere de açık kooperatif şirket şeklinde kurulmuş katılım sigorta şirketleri için ise aynı maddenin 4 numaralı bendinde, kamu

⁴¹ KoopK. md. 38 kapsamında, ana sözleşmelerinde hüküm bulunmak kaydıyla, olumlu gider farkının (kârın) ortaklar arasında paylaşılmasına izin verilmiştir. Sermaye şirketlerinde yıllık faaliyet sonucunda kâr ve zarar söz konusu iken; kooperatiflerde müspet ya da menfi gelir gider farkı oluşmaktadır. Kooperatiflerin ortakları ile yaptığı muamelelerden doğan kârların, ortaklara, kooperatifle yaptıkları muameleler nispetinde dağıtımına da risturn denmektedir. Kanunun 4. maddesinde, yıllık gelir gider farklılıklarının hesaplama ve kullanım şekilleri ile ilgili hükümlerin kooperatif ana sözleşmesinde belirtilmiş olması öngörülmüştür. Sigorta kooperatiflerinde, ilgili yasal düzenlemeler gereği, kooperatif ana sözleşmesinde “kârın ortaklar arasında paylaşılacağına” ilişkin yer alan hüküm ile hesaplama ve kullanım şekillerine ilişkin düzenlemeler kapsamında, kooperatif gelir gider farkının üye poliçe sahiplerine dağıtılması hukuken imkân dâhilindedir. Ancak, kâr dağıtımından ziyade, KoopK. “Ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde ortaklarla yapılan muamelelerden bir yıllık faaliyet sonunda elde edilen hasılanın tamamı gelir gider farkı olarak kooperatifin yedek akçelerine eklenir.” hükmünü amir md. 38/f.1 gereği, elde edilen kârın yedek akçelere eklenmesi tercih edilmektedir.

⁴² DEMİRCİ, Serdar, “Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması”, *İnönü Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2018, Cilt:9, Sayı:1, (s.387-418), s.396.

⁴³ TAŞDELEN / ÖZÜDOĞRU, 2017, s.102-112.

⁴⁴ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu madde 3/f.3-a

güveni ve sigorta katılımcılarının menfaatlerinin korunması bakımından ayrıca bazı ek yükümlülükler getirilmiştir⁴⁵.

3. Türkiye’de Katılım Sigortası Uygulaması ile İlgili Düzenlemeler

Katılım Sigortaları, doktrinde de kabul edildiği üzere katılım ve karşılıklılık esasına dayanan bir sigorta uygulaması olarak *karşılıklı sigorta* niteliği taşımaktadır⁴⁶. Katılım sigortalarının temel unsuru ve özelliği, bu sigorta türünde katılımcı üyeler arasında karşılıklılık esasının benimsenmiş olmasıdır⁴⁷. Katılımcıların yükümlülüğü, katılım birliği (kulübü) çerçevesinde ortaya çıkabilecek belirlenmiş muhtemel zararların karşılıklılık esasına dayalı olarak giderilmesine tahammül etmektir.

Karşılıklı Sigorta 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1402. maddesinde, “Birden çok kişinin birleşerek, içlerinden herhangi birinin, belli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda doğacak zararlarını tazmin etmeyi borçlanmaları karşılıklı sigortadır... ” şeklinde tanımlanmış ve devamında “ ...Karşılıklı sigorta faaliyeti ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebilir. ” denmiştir. 1402. maddenin gerekçesinde ise, “...Sigortacılığın ilk temellerini oluşturan karşılıklı sigorta, sigorta sözleşmesinin özel uygulanış şeklidir. Yoksa karşılıklı sigortada yapılan sigorta sözleşmeleri ile diğer sözleşmeler arasında hukuki açıdan bir fark bulunmamaktadır” İfadesine yer verilmiştir.

Maddeye yenilik olarak, Sigorta Murakabe Kanunu’na paralel şekilde karşılıklı sigortanın, kooperatif şirket şeklinde örgütlenmelerde mümkün olabileceği eklenmiştir. Bu noktada birden çok kişinin kendi aralarında bir havuz oluşturarak riski aralarında paylaşmalarını sigorta olarak nitelendirilmeyecektir. Sigortacılık ancak organize edilmiş bir müessese bünyesinde var olabilir. Öncelikle, sigortanın risklerin transferi ve paylaşılması şeklinde iki işlevi vardır.

⁴⁵ Katılım Sigorta Şirketlerinin mevcut yapısı, işleyişi ve pencere sistemi hakkında bilgi için bkz., LAÇINBALA, Yasin / ÜNSAL, “Hilmi, Katılım Sigortacılığında (Tekafül) Pencere Sistemi’nin Değerlendirilmesi”, *Sosyoekonomi Dergisi*, Yıl:2019, Cilt:27, Sayı:42, (s.181-202).

⁴⁶ AKSOY, Mehmet A., “Katılım Sigortasının Unsurları ve TTK’nın Emredici Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, “Katılım Finansın Ekonomi Politikası”, **I. Uluslararası Sigortacılık, Bankacılık ve Finans Sempozyumu (8 Ekim 2018)**, Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, (s.3-8).

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz.; ATASOY, Ömer A. / KURT, Eda, “Bir Karşılıklı Sigorta Kolu Olarak Türkiye’de Katılım Sigortacılığı ve Çek Bedelinin Katılım Sigortası ile Güvenceye Alınması” (Hakemli Makale), **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2021, Sayı:46, (s.1-36).

Belli bir yapı içinde örgütlenmeden, diğer bir ifade ile sigorta ettirenlerin aynı zamanda sigortacı olarak riski üzerine alması durumunda, *risklerin transferi* işleminden bahsedilemez. Bu nedenle karşılıklı sigortanın, yapısı gereği kooperatif şekilde yapılanmayı gerektirdiği ifade edilmektedir.

Katılım sigortacılığının düşünsel, tinsel ve ahlaki amacı, katılımın hukuki şekli olan *kooperatif şirketin* üyeleri arasında, sosyal ve ekonomik yardımlaşma, katılım ve karşılıklılık anlayışı içinde riskin neden olduğu zararların bir kişinin üzerinden alınıp bir örgüt yapısı içinde, bir topluluğa dağıtılmasıdır. Bu yönüyle *Katılım Sigortaları*, TTK'nın 1402. maddesinde tanımlanan *Karşılıklı Sigorta* kavramının tüm unsurlarını içinde barındıran, yerleşmiş bir hukuk terimi ile mündemiç olan bir karşılıklı sigorta kolu niteliğindedir.

Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 5'te; "Likitide imkânı" başlığı altında, likitide amacıyla birikim fonundan risk fonuna aktarma yapılmak suretiyle oluşan açığın kapatılabileceği ifade edilmiştir⁴⁸. Bu esasında adı geçen yönetmeliğin *Tanımlar* kenar başlıklı 3. maddesinin (h) bendinde *geçici süreli finansman* yaratmak olarak tanımlanmıştır.

Yine aynı Yönetmeliğin *Tanımlar* kenar başlıklı 3. maddesinin (e) bendinde *Katkı primi, Katılımcıların risk fonu yararına ve ortak risk paylaşımı ve dayanışma esasları doğrultusunda riskin karşılanması için ödediği tutar*" olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımlardan yola çıkıldığında *Katılım Sigortacılığının* sabit prim karşılığı sigorta değil, mütüel (karşılıklı) sigorta⁴⁹ özelliği gösterdiği görülmektedir. Dolayısıyla katılım sigortasının, anılan Yönetmelikte vurgulanan katılım özelliklerine bakıldığında, TTK.' nun 1402. Maddesinde yer alan *Karşılıklı Sigorta* tanımıyla örtüştüğü gerçeği ortaya çıkmaktadır. Yönetmeliğin yukarıda belirttiğimiz hükümleri ayrı ayrı ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde, *Katılım Sigortasının* hukuki mahiyetinin TTK madde 1402'de tanımlanan *Karşılıklı Sigortaların* bir türü olduğu açık olarak görülmektedir.

⁴⁸ Bu yönetmelik 11.06.2021 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmış ve 19.12.2020 tarih ve 31339 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik yürürlük bulmuştur. Her iki yönetmelik karşılaştırıldığında ilga yönetmeliğin yürürlük bulan yönetmelikten daha kapsamlı olduğu tespit edilmiştir. Zira ilga edilen yönetmelikte katılım esasları, katılım sigortacılığı vb. tanımlar ile likitide imkânı, fonların ayrıştırılması gibi kavramlara genişçe yer verilirken, yürürlük bulan yeni yönetmelikte bu tanımlar yer almamaktadır.

⁴⁹ Katılım sigortacılığının yabancı hukukta bir örneği ve uygulaması olarak, İngiliz - Amerikan hukuk sisteminde gemi sahiplerinin bir üyelik bedeli ödeyerek katıldığı ve denizde meydana gelen risklere karşı oluşturduğu "Kulüp Sigortaları" hakkında detaylı bilgi için bkz., ACAR, Serdar, **Kulüp Sigortası Protection&Indemnity**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.23.

Katılım fonunda biriken primlerin uygun yatırımlara yönlendirilmesi sonucunda elde edilen ve zararlar karşılandıktan sonra yatırım fon havuzunda kalan meblağ, üyelik payları oranında katılımcılara dağıtılmaktadır. Bu durum, ticari riske katlanarak katılım havuzunun uygun alanlarda ticari maksatlarla değerlendirilmesi sonucu oluşan kardan pay alma veya ortaya çıkan zararı paylaşma özelliğinin bir sonucu olarak bir *kar-zarar ortaklığı* şeklinde değerlendirilmektedir⁵⁰.

Katılım esaslı ve karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma çerçevesinde oluşan birikim ve katılımcı üyelerin ödediği primlerin belirli ticari alanlara ve kıymetlere yatırılması suretiyle kar ve kazanç elde etmek amacı da *Katılım Sigortacılığının* temel amaçları arasında yer almaktadır.

TTK madde 1402, karşılıklı sigortanın tanımını yaptıktan sonra karşılıklı sigorta faaliyetinde bulunabilecek şirketleri *kooperatif şirket* yapısına sahip olan şirketlerle sınırlandırarak karşılıklı sigorta faaliyetine ilişkin bir kuruluş şekli belirlemiş ve bir yetki sınırı öngörmüştür.

3.6.2007 tarihli ve 5684 sayılı *Sigortacılık Kanunu*'nun 3. maddesinde, "*Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim veya kooperatif şirket şeklinde kurulmaları şarttır*" denilmektedir.

Aynı maddenin 4'üncü fıkrasında ise, "*Kooperatiflerin üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapabilmesi, bu hususun ana sözleşmelerinde açıkça yer alması şartıyla Müsteşarlığın iznine tabidir. Kooperatif üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapılabilmesi için kooperatiflerin sermayelerini, Müsteşarlıkça belirlenecek miktara yükseltmesi zorunludur*" hükmü yer almaktadır.

Sigortacılık Kanunu açıkça bize göstermektedir ki; ister kapalı şekilde karşılıklılık esasına göre çalışmak üzere kurulmuş olsun; isterse üyeleri dışındaki kişilerle de katılım sigorta sözleşmesi yapmak üzere ana sözleşmesinde hüküm yer almış olsun, *Katılım Sigortası* işletmelerinin *Kooperatif Şirket* şeklinde kurulması TTK madde 1402'den kaynaklanan bir zorunluluktur.

⁵⁰ ALTINTAŞ, Kadir M., "Katılım Bankacılığı Çerçevesinde Alternatif Bir Sigorta Sistemi: Tekafül Sigorta Sisteminin Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl: 2019, Cilt:16, Sayı:2, (s.115-142), s.125.

Geleneksel Sigortacılık faaliyeti yapan şirketlerin, kooperatif şeklinde ayrı bir katılım sigortacılığı şirketi kurmaksızın, tek bir şirket çatısı altında *pencere sistemi* ile *Katılım Sigortacılığı* faaliyeti yürütmesine bu Yönetmelikle, 2020 yılı *Aralık* ayı sonuna kadar süre tanınmış olup bu tarihten sonra ise *pencere sistemi* ile *Katılım Sigortacılığı faaliyeti* yasaklanmış olmaktadır.

Bu durumda “... karşılıklılık esasına dayalı olarak katılım sigortacılığı faaliyeti” yürütmek isteyen daha önce kurulmuş ve faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin *Türk Ticaret Kanunu, Sigortacılık Kanunu, Kooperatifler Kanunu ve Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* hükümlerine göre, *Kooperatif Şirket* şeklinde bir yapılanmaya gitmeleri ve şirketin türü, yapısı ve özellikleri bakımından bir dönüşüm gerçekleştirmeleri gerekecektir.

Türk uygulamasında, benzer şekilde, *Deniz Ticaret Hukuku Sigorta Sözleşmelerinden* olan *Kulüp Sigortası* faaliyetlerinin, faaliyete konu sözleşmenin karşılıklı sigorta olmasına⁵¹ rağmen, anonim şirket yapıda kurulmuş olan *Türk P&I Sigorta Anonim Şirketi* tarafından yürütüldüğü görülmektedir. Türk P&I Sigorta Anonim Şirketinin, kazanılmış bir hak olmasına rağmen, gerek TTK m. 1402 gerekse 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 3 gereği karşılıklı sigorta faaliyetinde bulunması için intibak süresi içinde kooperatif şirkete dönüşmesi uygun olacaktır⁵².

Türkiye uygulamasında geleneksel sigorta şirketleri, katılım sigortacılığı faaliyeti yürütebilmek için ayrı bir *Kooperatif Şirket* kurulmadan, daha önce gerçekleştirilmiş tek bir anonim şirket çatısı altında hem geleneksel hem de katılım sigortacılığı işlemleri yapabilmekte idiler. Bu durum büyük ölçüde bugün de devam etmekte olan bir uygulama olarak görülmektedir. Bu usule uygulamada *pencere sistemi* denmektedir⁵³.

Ancak aşağıda detaylıca yer verileceği üzere, mülga *Katılım Sigortacılığı Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*, *pencere sistemi* ile katılım sigortacılığı faaliyeti yürüten sigorta şirketlerinin faaliyetini, Yönetmeliğin yayım tarihinden itibaren üç yıl ile sınırlamış ve bunun iki yıl daha uzatılabileceğine hükmetmiştir. Ancak 31339 sayılı Resmî Gazete yayımlanarak

⁵¹ ALGANTÜRK, Didem S., **Kulüp Sigortası**, Yayınlanmamış, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2000, s.113.

⁵² BURUCUOĞLU, Göktuğ, **Kulüp Sigortası Çerçevesinde Eşyanın Zıyı veya Hasarı Halinde Teminatın Kapsamı**, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2019, s.26.

⁵³ LAÇINBALA / ÜNSAL, 2019, s.181-202; HADİN, Öner M., 2018, s.59-71.

anılan yönetmeliği ilga eden Yürürlükteki *Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik*' in *Tanımlar* başlıklı 3. Maddesinin (ğ) bendinde faaliyette bulunacak şirketler genel olarak 5684 sayılı Kanuna tabi sigorta, reasürans şirketi ve sigorta kooperatifi ile 4631 sayılı Kanuna tabi emeklilik şirketleri olarak sayılmıştır. Bu durumda anonim şirket yapılanması şeklinde faaliyet gösteren şirketlerin karşılıklı sigorta niteliğindeki katılım sigortası faaliyetinde bulunabilmelerine cevaz verilmiş durumdadır. Ancak TTK'nın 1402. Maddesindeki açık hükme aykırı bir yönetmeliğin hukuki durumu da büyük tartışmalara neden olacaktır kanaatindeyiz. Bu durumun önüne geçilebilmesi için katılım sigortasına ilişkin düzenlemenin kanunla yapılması bizce daha uygun olacak ve TTK bu özel kanun karşısında genel kanun niteliğinde olacağından hukuki tartışmaların da önü kesilebilecektir.

4. Karşılıklı Sigorta Kavramı ve Türk Hukuku'ndaki Yeri

a. Genel Olarak

Karşılıksız çek sorununun çözülmesi için kurulacak teminat sisteminde *karşılıklı sigorta* çeşidinin uygulanmasının daha faydalı olacağı görüşündeyiz. Zira karda ve zararda ortak olma prensibi ile sigortalanan ile sigortacı sıfatlarının birleşmesi, yukarıda ifade etmeye çalıştığımız ahlaki risk kavramının önüne geçecek ve riske karşı duyarsızlaşmayı da büyük ölçüde azaltacaktır kanaatindeyiz.

Yukarıda yer verilen sigorta türlerinden *sigorta kooperatifçiliği* ve *katılım sigortası* örnekleri TTK'da 1402. Madde ifadesini bulan karşılıklı sigorta türlerindedir ve yine aynı maddede öngörüldüğü üzere sigorta şirketleri, sadece *Kooperatif Şirket* yapılanması şeklinde faaliyet gösterebilirler.

Her ne kadar TTK madde 104, karşılıklı sigorta faaliyetinin ancak kooperatif şeklinde yapılanmış şirketlerce uygulanabileceğini emretse de Türkiye'de *pencere sistemi* denen bir yöntemle anonim şirketlerin de katılım sigortası faaliyeti yürütebildiklerini ve bunun mülga yönetmelikte süre ile sınırlandırıldığını ancak 11.06.2021 tarihi itibarıyla bütünüyle yürürlüğe giren yeni yönetmelikle anonim şirketlerin de katılım sigortacılığı faaliyeti yürütebilmelerine yasal imkan tanındığını yukarıda ifade etmeye çalışmıştık.

Yürürlükteki mevzuat gereği sadece katılım sigortası faaliyetinde bulunacak şirketler açısından kooperatif yapılanma zorunluluğu ortadan kaldırılmış, diğer karşılıklı sigorta tipleri açısından TTK 104. Madde geçerliliğini korumaktadır zira karşılıklı sigortanın bir sigorta

sözleşmesi türü olmayıp, sözleşmenin uygulanış şekli olduğunu yukarıda da ifade etmiştik. Bu durumda sadece karşılıksız çek sorunu çözmek için ve bununla sınırlı faaliyet gösterecek, kanunla kurulacak ve karşılıklı sigorta özelliği gösterecek, ancak katılım esasları çerçevesiyle sınırlandırılmamış atipik bir sigorta faaliyeti ancak ve ancak Kooperatif şirket yapılanmasınca yürütülebilecektir. Kanunla kurulma ve kanunla düzenlenme çekin kamusal niteliğinin ve yukarıda izah etmeye çalıştığımız kamu güveni ve yeknesaklığın zorunlu bir unsurudur kanaatindeyiz.

b. Karşılıklı Sigorta Kolu Olarak Katılım Sigortacılığı ve Sigorta Kooperatifçiliği Uygulamaları

Sigortacılık, Avrupa ve Amerika gibi gelişmiş ülkelerde, sermaye birikimine ve bu sermayenin başka alanlara aktarılmasını sağlayan bir sektördür⁵⁴. Geniş katılım ile yaratılan artı değer başka alanlarda kullanılması, ülke ekonomisinin büyümesine katkı sağlamaktadır⁵⁵.

Ekonomileri ayakta tutan temel unsur artı değer yaratılması ve bu artı değer kullanılacağı yeni faaliyet alanları ve pazarların geliştirilmesidir. Bu sebeplerle güçlü bir ekonominin temininde etkin bir finansman piyasa aracı olarak sigorta sistemi önemli bir role sahiptir. Bu manada, doktrinde de belirtildiği üzere, ülkemiz açısından sigorta sisteminin geliştirilmesinin devlet politikası içine alınması gerekmektedir⁵⁶.

Gelişmiş ülkelerde, sigorta şirketlerinin bankalardan daha güçlü konumda ve bankaların sahibi olduğu görülmektedir. Ülkemizde ise bu durumun tam aksine, sigorta şirketleri daha çok bir banka veya bir holdingin yan kuruluşu şeklinde faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla bu durumun haksız rekabete yol açtığı ve bankaların kredi temini işlemlerinde, hayat sigortası ve diğer sigortaları satma şartı koşmasının, sigorta şirketleri açısından haksız rekabet oluşturduğu doktrinde ifade edilmektedir⁵⁷.

Katılım sigortacılığı faaliyetini düzenleyen hali hazırda bir kanun bulunmamakla birlikte ilk yasal düzenleme 20.09.2017 tarihli *Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında*

⁵⁴ ÇETİN / ÖZÜDOĞRU, 2017, s.57-70.

⁵⁵ GÜNDOĞDU, Fatma K. / ÇETİNER, Müge / EKE, Selda, “Kredili Satışlarda Kredi Riskinin Transferi, Kredi Sigortasının Ekonomik Büyümeye Etkisinin İncelenmesi Türkiye Örneği”, **Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırma Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt:3, Sayı:4, (s.779).

⁵⁶ ÇETİN / ÖZÜDOĞRU, 2017, s.57-70

⁵⁷ ÇETİN / ÖZÜDOĞRU, 2017, s.57-70

Yönetmelik' tir. Bu yönetmelik 30186 sayısı ile Resmî Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. 19.12.2020 tarihinde *Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik* kabul edilerek 31339 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve 11.06.2021 tarihi itibarıyla tüm hükümleri ile yürürlük bularak 2017 tarihli yönetmeliği bütünüyle ilga etmiştir.

Mülga yönetmelikte katılım esaslarına ve fon yönetimine ilişkin yürürlükteki yeni yönetmelikle kıyaslandığında daha detaylı bilgiler verilmiş olduğuna ve mülga yönetmelikte anonim şekilde yapılanmış şirketlerin pencere sistemi ile katılım sigortacılığı faaliyeti yapabildiği süre ile sınırlandırılmış iken yeni yönetmelikte bu yasağın, TTK madde 104'ün emredici hükmüne rağmen kaldırılmış olduğunu tekrar hatırlatmak isteriz.

SONUÇ

Bu çalışmanın araştırma konusu karşılıksız çek sorununa Sigorta Hukuku perspektifinden nasıl bir çözüm bulunabilir sorusunu yanıtlamaya çalışmaktır.

Çalışmada ilk olarak karşılıksız çek sorununa ilişkin özellikle Covid – 19 salgınında çıkartılan torba yasalar ve ceza ertelemelerinin durumu anlatılmaya çalışılmış ve devamlı hale gelen ceza ve ödeme ertelemelerinin çek alacaklıları açısından ciddi mağduriyet yarattığına ve bu anlamda ekonomik faaliyetleri ile genel olarak ekonomiye zarar verdiği tespit edilmiştir. Çalışmamızda, İnfaz ertelemelerinin kısa vadede ve salt çek borçlusuna ödeme kolaylığı sağlayan düzenlemeler içerdiğinden ve sorunun Ceza Hukuku normlarından ziyade Özel Hukuk normları ile çözülebileceği, dolandırıcılık kastı ile meydana gelen suç görünümü hariç olmak üzere *borca aykırılık* hali olduğu ve uzun vadede Türk Hukuk Sisteminde yer alan *Karşılıklı Sigorta* türündeki sigortalama faaliyetinin, karşılıksız çek keşide edilmesi sorununu çözmeye konusunda etkili olabileceği ve dolayısıyla kanunla bu özelliği haiz bir sigorta sisteminin kurulması gerektiğini belirtmek isteriz.

Karşılıksız çek sorunun Türkiye gerçeğindeki temel nedeni, hukuki tanım bakımından kamu güvenine mazhar bir ödeme aracı olmasına rağmen; ekonomik kriz dönemlerinde objektif imkânsızlık, belli bir ekonomik kriz yaşanmayan dönemler açısından ise subjektif imkansızlığa dayanan borca aykırılık hali oluşturmasıdır. Özel olarak kastla eylemin gerçekleştirildiği münferit olaylar açısından ise Ceza Hukuku normları ve müeyyideleri TCK'nın amir

hükümlerinde mevcuttur. Bu sebeple karşılıksız çek sorununu çözebilmek için öncelikle sorunun nedenini ve hukuki çerçevesini doğru belirlemek gerekmektedir.

Sorunun, çek borçlusunun objektif ya da sübjektif bir imkansızlığından kaynaklanan borca aykırılık hali olduğu tespit etmiş bulunmaktayız. İkinci adım ise, taşıdığı risk türünün tespit edilmesidir. Esas itibarıyla bir çekin ibrazda karşılığının bulunmaması keşideci açısından bir ticari likitide riski; çek alacaklısı açısından vadede alacağı kavuşamama riskidir. Dolayısıyla bu risk de yine likitide riski veya piyasa riski niteliğindedir.

Bu durumda sorunun çözümünün, eylemin meydana gelmesinden önce zararı karşılayacak ve gerek sorumluluğu gerekse riski tek bir kişinin üzerinden alıp bir topluluğa dağıtacak bir sigorta sisteminde yattığını düşünmekteyiz.

Çalışmanın ikinci bölümünde, karşılıksız çek sorunu çözmek için hangi sigorta tipinin uygun olabileceği araştırılmış ve ahlaki risk kavramının önüne nasıl geçilebilir sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır.

Karşılıksız çek sorununu çözebilmek adına kurulacak ve sadece bu soruna hasredilecek bir sigorta sistemi nasıl işleyecek ve sigorta sözleşmeleri nasıl uygulanacak sorusu üzerinde düşünce geliştirilmeye çalışılmıştır. Çalışmada ahlaki riski önlemek ve çekte bir ödeme aracı olarak güven sağlanması için bir karşılıklı sigorta kolu olan *Karşılıklı Sigorta* faaliyetinin en uygun yöntem olduğu görüşü vurgulanmaya çalışılmıştır. Ayrıca İşleyiş ve sistemin bir yasa ile oluşturulmasını öngörmekteyiz ki bunun sebebi; yasa koyucunun, çek sistemi içerisinde yer alan bütün çek kullanıcılarının ve alacaklıların oluşturulacak sigorta sistemine, zorunlu olarak dahil etmesi ile sistemin verimlilik ve sürdürülebilirliğinin sağlanabileceğini düşünmemizdir.

KAYNAKÇA

ACAR, Serdar, **Kulüp Sigortası Protection & Indemty**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008.

ALGANTÜRK, Didem S., **Kulüp Sigortası**, Yayımlanmamış, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2000, (s.113).

AKKIR, Adem / DÖNMEZ, Emre, **Covid-19 Virüsünün Çekte İbraz Sürelerine İlişkin Mücbir Sebep Etkisi**, <https://www.mondaq.com/turkey/litigation-contracts-and-force-majeure/921208/covid-19-virsnn-ekte-304braz-srelerine-304li351kin-mcbir-sebep-etkisi> (erişim tarihi: 05.06.2020).

- AKSOY, Mehmet A., “Katılım Sigortasının Unsurları ve TTK’nın Emredici Hükümler Açısından Değerlendirilmesi”, “Katılım Finansın Ekonomi Politikası”, **I. Uluslararası Sigortacılık, Bankacılık ve Finans Sempozyumu (8 Ekim 2018)**, Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, (s.3-8).
- AKSOY, Nazım, “İhracat Kredi Sigortası Kavramı, Hukuki Niteliği ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, **Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı:1, (66-91).
- ALTINTAŞ, Kadir M., “Katılım Bankacılığı Çerçevesinde Alternatif Bir Sigorta Sistemi: Tekafül Sigorta Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği”, **Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt:16, Sayı:2, (s.115-142).
- ALHAN, Yunus / ULUĞ CİCİM, İlknur, “Avrupa Sözleşmesi Hukukunda Uzmanlar Grubunun Final Raporu, Bölüm V: Mali Sorumluluk Sigortası”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, (s.253).
- ATASOY, Ömer A. / KURT, Eda, “Bir Karşılıklı Sigorta Kolu Olarak Türkiye’de Katılım Sigortacılığı ve Çek Bedelinin Katılım Sigortası ile Güvenceye Alınması”, (Hakemli Makale), **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2021, Sayı:46, (s.1-36).
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, **Sigorta Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2020, s.2.
- AYZİT, Müge, **Dünyada ve Türkiye’de Mevduat Sigorta Sistemi Uygulamaları**, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Bankacılık ve Finansal Kuruluşlar Genel Müdürlüğü Uzmanlık Yeterlilik Tezi.
- BURUCUOĞLU, Göktuğ, **Kulüp Sigortası Çerçevesinde Eşyanın Zıya veya Hasarı Halinde Teminatın Kapsamı**, Yayımlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2019, s.26.
- ÇETİN Çiğdem / ÖZÜDOĞRU, Haşim, “Türkiye’de Sigortacılıkta Güncel Sorunlar”, **Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 50, Sayı:2, (s.57-70).
- ÇETİNTÜRK, Ekrem / YILDIRIM, Zeki, “İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, **TBB Dergisi**, Yıl: Cilt: 25, Sayı:103, (s.27-84).

- DEMİRAL, Arif, “İhracat Kredi Sigortasının Önemi: Türkiye Örneği”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 10, Sayı: 19, ISSN: 1309-1123, (s.262-276), <https://www.aydin.edu.tr/tr-tr/iau-hakkinda/yonetim/genelsekreterlik/kutuphane/Pages/Veritabanlar%C4%B1.aspx>, (erişim tarihi:16.04.2020).
- DEMİRCİ, Serdar, “Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2019, Cilt:10, Sayı:1, (s.25-39).
- DEMİRCİ, Serdar, “Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2018, Cilt:9, Sayı:1, (s.389-418).
- GÜVEYİ, Nazmiye, “Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2017, Cilt:21, Sayı:1, (s.83-122).
- KARA KILIÇARSLAN, Seda, “Sübjektif İmkânsızlık Kavramı ve Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt:14, Sayı:150, (s.306-320).
- KARASU Rauf, “6120 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, (s.683-706).
- KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail, **Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- KUBİLAY, Huriye / ÖZKAN, Cem, “Ticari Kredi Sigortasının Hukuki Yapısı ve Güncel Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 3, (s.317-345).
- KURT, Eda, **Karşılıksız Çek Keşide Edilmesini Önlemek İçin Alınabilecek Hukuki Tedbirler ve Elektronik Çek**, On İki Levha Yayınları, 2021.
- KUTLU GÜNDOĞDU, Fatma / ÇETİNER, Müge / EKE, Selda, “Kredili Satışlarda Kredi Riskinin Transferi, Kredi Sigortasının Ekonomik Büyümeye Etkisinin İncelenmesi Türkiye Örneği”, **Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırma Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt:3, Sayı:4, (s.779).
- LAÇINBALA, Yasin / ÜNSAL, Hilmi, “Katılım Sigortacılığında (Tekafül) Pencere Sistemi’nin Değerlendirilmesi”, **Sosyoekonomi Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt:27, Sayı:42, (s.181-202).
- ÖNER, Hadin M., “Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği Perspektifinde İslami Sigortacılığın Gelişimi”, **Yükselen Ekonomiler ve Politika Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt:3, Sayı:1, (s.59-71).

ÖZBİLGİN, İzzet G., “Operasyonel Risk”, www.bilisimdergisi.org/s145 (erişim tarihi: 19.08.2021).

ÖZSAĞIR, Arif, “Ekonomide Güven Faktörü”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt:6, Sayı:20, (s.46-62).

ÖZÜDOĞRU, Haşim / TAŞDELEN, Elif, “Kooperatif Sigortacılığının Sigorta Sektöründeki Yeri ”, **Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt:52, Sayı:1, (s.102-112).

ÖZEN, Burak, “İradeyi Gösteren Fiillerle Kredi Açma Sözleşmesinin Kurulması ”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt:11, Sayı:145-146 (Hakemli Makale), (s.245-263).

PASLI, Ali, **Covid-19 Salgının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Süreken Çek İbrazi Mümkün Müdür?** 31.03.2020, www.ticaretkanunu.net, (erişim tarihi: 12 Nisan 2020).

REİSOĞLU, Seza, **Çek Hukuku**, Ankara, 2011, (s.37-38).

SANLI, Kerem C., “Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açıdan Etkin Olabilir mi? Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl:2014, Cilt:30, Sayı:3, (s.95-173).

SOYER, Güleç S., **Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu**, Yeni Çek Kanunu Hükümlerine Göre Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.291.

ŞAHİN, Mervan, İstanbul Üniversitesi İslam İktisadı ve Finans Ana Bilim Dalı, **İslami Bir Sigorta Deneyimi Olarak Tekafül, IV**. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi- Bildiriler Kitabı IV, (s.349-358).

ULUĞ CİCİM, İlknur, “Sigorta Hukuku’nda Güvence Hesabı ”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt:1, Sayı:1, (s.105-117).

YAZICI YANIK, Merve, **Sigorta Hukukundaki Kanuni Halefiyet Kavramı ve Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Yayımlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

YAZICIOĞLU, Emine / ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, **Sigorta Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Kitapları Dizisi: 2, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

YILDIRIM, Ferhat, “Sigorta Tarihine Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Kısa Bir Bakış ”, **III. Ulusal Meslek Yüksek Okulları Sosyal ve Teknik Bilimler Kongresi (28-30 Nisan 2016)**, Kongre Metni, (s.210-222).

Türkiye Bankalar Birliği (TBB) Risk Merkezi Çek Bilgileri Ekim 2019; Haziran 2019; TBB Risk Merkezi İstatistikler çek bilgileri, <https://www.riskmerkezi.org.tr>, (erişim tarihi: 19.08.2021); Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Şubat 2020.

Türkiye Bankalar Birliği (TBB) Risk Merkezi Şubat 2020, https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/2210/Cek_Bilgileri_-_Subat_2020.pdf, (erişim tarihi: 19.08.2021).

31375 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar İle Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ (Sayı:2010/2)’de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ (2021/1).

<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/bilgi-bankasi/kooperatifler-hakkinda/sigorta-kooperatifleri>, (erişim tarihi: 20.08.2021).

25.03.2020 tarih ve 31079 sayılı RG.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), **Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Bilgilendirme Semineri**, 16.04.2020.

MAHKEMEYE-TAHKİME BAŞVURMADAN ÖNCE SİGORTA ŞİRKETİNE BAŞVURU ZORUNLULUĞUNDA SUNULACAK BELGELERİN (ÖZELLİKLE SAĞLIK KURULU RAPORU) DAVA ŞARTI VE TEMERRÜT İLE İLİŞKİSİ

Hakemli Makale
Vural SEVEN*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	143
I. SİGORTA ŞİRKETİNE BAŞVURU ZORUNLULUĞUNDA SUNULACAK SAĞLIK KURULU RAPORUNUN BELİRLENMESİ	146
A. Adli Tıp Kurumu ile Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dallarının Hukuki Statüleri ile Görev ve Yetkilerinin Karşılaştırılması	146
B. Tarihlerle Göre Sağlık Kurulu Raporunun Tabi Olduğu Mevzuat	149
1. Trafik Sigortası Genel Şartları EK-6'nın Yürürlüğe Girmesinden Önce	149
2. Trafik Sigortası Genel Şartları Ek-6'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonra	149
C. Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi	151
II. SİGORTA ŞİRKETİNE BAŞVURU ZORUNLULUĞUNDA SUNULACAK SAĞLIK KURULU RAPORUNUN DAVA ŞARTI VE TEMERRÜT İLE İLİŞKİSİ	153
III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 09.10.2020 TARİHLİ KARARININ ETKİLERİ VE KARARDA YER ALAN TESPİTLER	159
A. KTK m. 97 Uyarınca Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunun Hukuka Uygunluğu ve Özel Nitelikte Bir Dava Şartı Olması	161
B. KTK m. 99 Uyarınca Sigorta Şirketine Başvuruda Sunulması Gereken Belgelerin Genel Şartlar ile Belirlenmesinin Hukuka Uygunluğu	162
SONUÇ	163

ÖZ

İyiniyet ve azami güvene dayanan sigorta ilişkilerinde sigortacının, somut olayın özelliklerine göre sorumluluğunu belirleyebilmesi için gerekli olan belge ve bilgiye ihtiyacı vardır (Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 1427, 1447, 1475/3 ve 1479). Ancak, 5684 Sigortacılık Kanunu (“SK”) kapsamında sigorta kuruluşuna yapılması gereken başvurunun, hangi belge ve bilgileri içermesi gerektiğine dair ne kanunda ne de ikincil mevzuatta kesin ve açıklayıcı bir düzenleme yapılmıştır. Bu belgelerin neler

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1187129

Makalenin Geliş Tarihi: 10.10.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 25.10.2022

* Prof.Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı
E-posta: seven@tau.edu.tr

ORCID: 0000-0002-8241-3196

olduğu poliçe ile tespit edilebileceği gibi somut olay açısından değerlendirme yapılarak da belirlenebilir. Genel olarak TTK'nın 1478. maddesine göre, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazmini doğrudan sigortacıdan talep edebilir. Bu düzenleme ile zarar görene sigortacıya karşı doğrudan dava açma hakkı tanınmış olup; zarar gören, talep hakkına sahip olduğu edimi, bu edimin asıl borçlusu olan zarar verene karşı husumet yöneltmeden, onun sorumluluğunu sulh, hâkim veya hakem kararı ile tespit ettirmeksizin, doğrudan "SİGORTACIDAN" isteyebilme imkânına kavuşmuştur. Söz konusu hakkın zorunlu-ihtiyari (trafik) mali mesuliyet sigortaları açısından nasıl kullanılacağına dair esaslar ise, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ("KTK") hükümlerinde belirlenmiştir. Bu kapsamda Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesine göre, "Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyumsuzluk olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir". Zarar görenin doğrudan dava açma hakkını düzenleyen ilgili maddenin eski hâlinde, zarar görenin zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde sigortacıya başvurmadan doğrudan dava açma yetkisi öngörülmüş iken, 6704 sayılı Kanun ile değiştirilen ve 26.04.2016 tarihinde yürürlüğü giren mevcut yeni hâline göre, zarar gören sigortacıya dava açmadan önce mutlaka ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir. Sigorta kuruluşu başvuru tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaz veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyumsuzluk çıkarsa, zarar gören dava açabilir veya tahkime başvurabilir.

Anahtar Sözcükler: sigorta şirketi, temerrüt, sigorta şirketine sunulacak belgelerde sağlık raporu, sigorta şirketine başvuru zorunluluğu, dava şartı

GİRİŞ

İyiniyet ve azami güvene dayanan sigorta ilişkilerinde sigortacının, somut olayın özelliklerine göre sorumluluğunu belirleyebilmesi için gerekli olan belge ve bilgiye ihtiyacı vardır (Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") m. 1427, 1447, 1475/3 ve 1479). Ancak, 5684 Sigortacılık Kanunu ("SK") kapsamında sigorta kuruluşuna yapılması gereken başvurunun, hangi belge ve bilgileri içermesi gerektiğine dair ne kanunda ne de ikincil mevzuatta kesin ve açıklayıcı bir düzenleme yapılmıştır. Bu belgelerin neler olduğu poliçe ile tespit edilebileceği gibi somut olay açısından değerlendirme yapılarak da belirlenebilir. Genel olarak TTK'nın 1478. maddesine göre, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazmini doğrudan

sigortacıdan talep edebilir. Bu düzenleme ile zarar görene sigortacıya karşı doğrudan dava açma hakkı tanınmış olup; zarar gören, talep hakkına sahip olduğu edimi, bu edimin asıl borçlusu olan zarar verene karşı husumet yöneltmeden, onun sorumluluğunu sulh, hâkim veya hakem kararı ile tespit ettirmeksizin, doğrudan “SİGORTACIDAN” isteyebilme imkânına kavuşmuştur. Söz konusu hakkın zorunlu-ihtiyari (trafik) malî mesuliyet sigortaları açısından nasıl kullanılacağına dair esaslar ise, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (“KTK”) hükümlerinde belirlenmiştir. Bu kapsamda Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesine göre, “Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir”. Zarar görenin doğrudan dava açma hakkını düzenleyen ilgili maddenin eski hâlinde, zarar görenin zorunlu malî sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde sigortacıya başvurmadan doğrudan dava açma yetkisi öngörülmüş iken, 6704 sayılı Kanun ile değiştirilen ve 26.04.2016 tarihinde yürürlüğü giren mevcut yeni hâline göre, zarar gören sigortacıya dava açmadan önce mutlaka ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir. Sigorta kuruluşu başvuru tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaz veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık çıkarsa, zarar gören dava açabilir veya tahkime başvurabilir.

Trafik sigortasında sigortacıya sunulması gereken belgelerin neler olduğu KTK m. 90, 97 ve 99 ile tespit edilebildiğinden, yapılan başvurunun geçerli bir başvuru olabilmesi bu belgeleri içerip içermediğine bağlı olacaktır. Tazminat ve giderlerin ödenmesini düzenleyen KTK’nın 99’uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu” ibaresi “zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri” şeklinde değiştirilmiştir. 6704 sayılı Kanun ile değiştirilen ve 26.04.2016 tarihinde yürürlüğü giren mevcut yeni hâline göre, zarar gören sigortacıya dava açmadan/tahkime başvurmadan önce mutlaka ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir ve bu başvuruya zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri de eklemek zorundadır.

Bu belgeler ekli değilse, sigorta şirketi ödeme yapmak durumunda değildir. Çünkü borçlunun (sigorta kuruluşunun) temerrüdünden söz edebilmek için öncelikle borcun muaccel hale gelmiş olması gerekir (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 117). Borcun muaccel hale gelmesi, alacaklının önceden bazı hazırlık çalışmalarını gerektiriyorsa, alacaklı bunları yerine getirmedeği sürece borçlu temerrüde düşmüş olmaz.

Özel dava şartları, genel kanunî atıf kapsamında (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) m. 114/2) ve uyuşmazlığın esasının incelenmesi için gerekli bir şart olup olmadığı ile dava şartlarının genel özelliklerinden olan re’sen araştırılıp araştırılmayacağı çerçevesinde değerlendirilecek hususlardır. Bu çerçevede, inceleme konumuz olan ilgili sürelerin geçirilmiş olmasının uyuşmazlığın esasının incelenmesi için gerekli bir şart olduğu sonucuna varılabilecektir. Zira gerek SK gerekse KTK tahkime veya devlet yargılamasına başvurulmadan ilgili başvurunun yapılmış ve sürenin geçirilmiş olması gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır. On beş günlük sürelerin dava şartı olduğunun kabulünün ardından, bu şartların tamamlanabilir dava şartları olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Dava açmaktaki hukukî yararın, davanın açıldığı tarihte var olması gerekmektedir; dava sırasında bu eksikliğin tamamlattırılması mümkün değildir. Bu nedenle mahkemenin hukukî yararın tamamlanması için hüküm kurması mümkün değildir. Örneğin alacağı henüz muaccel olmadan dava açan birisi için alacağı muaccel olana kadar süre verilemez veya dava ertelenemez; mevcut davanın usûlden reddi gerekir.

Aynı şekilde hukukî yararı bulunmadığı hâlde dava yolu ile isteğinin yerine getirilmesini talep eden davacıya hâkim tarafından davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde süre verilerek hukukî yarar eksikliğinin giderilmesi talep edilemez. Bu durum mahkemenin pasifliği ilkesiyle bağdaşmaz. Ayrıca usûl ekonomisi ilkesinden yola çıkılarak mevcut dava şartı eksikliğinin giderilmesi için mahkemece işlemler yapılması, yargılamanın bu şekilde devamının sağlanması gerekliliği de kabul edilemez. Zira usûl ekonomisi ilkesi, mevcut kanun hükümlerine açıkça aykırı biçimde hareket etmeyi mümkün kılan ve diğer usûl hukuku kurallarını göz ardı etme sonucunu doğurabilen genel

bir ilke değildir. Usûl ekonomisi ancak mevcut kanun hükümleri çerçevesinde yorumlanabilir.

Karayolu Trafik Kaza İstatistikleri'ne (2021 yılı) göre; Türkiye'de toplamda 1.216.427 adet trafik kazası meydana gelmiştir. Bu kazaların 1.028.903 adedi maddi hasarlı, 244.712 adedi ise ölümlü yaralanmalı trafik kazasıdır. Trafik kazalarında 2.422 kişi hayatını kaybederken 276.935 kişi yaralanmıştır. Bu kazalardaki yaralanma adedi, aynı zamanda 276.935 ihtilaflı olay anlamına gelmekte olup, bu yaralı kişilerin sigortadan tazminat alabilmesi için sağlık kurulu raporuna ihtiyacı olacaktır. Ortaya çıkan bu rakam bir yıllık bir rakamdır ve azımsanacak bir rakam değildir.

Çalışmamızda, yukarıda kısaca açıkladığımız üzere, sigortacıya başvuru zorunluluğu, başvurunun geçerli olabilmesi için hangi belgeleri içermesi gerektiği, bu belgelerin yargılama aşamasında tamamlanıp tamamlanamayacağı üzerinde ve yüz binlerce mağdur olmuş (yaralı) kişiyi doğrudan ilgilendirdiğinden özel bir durum teşkil ettiğini düşündüğümüz yaralanmalı trafik kazalarında alınması gereken sağlık kurulu raporları üzerinde durulacaktır.

I. SİGORTA ŞİRKETİNE BAŞVURU ZORUNLULUĞUNDA SUNULACAK SAĞLIK KURULU RAPORUNUN BELİRLENMESİ

A. Adli Tıp Kurumu ile Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dallarının Hukuki Statüleri ile Görev ve Yetkilerinin Karşılaştırılması

Yargıtay'ın sağlık raporu ile ilgili kararları incelendiğinde, haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerektiğinin, bu belirlemenin ise **Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri** gibi kuruluşların çalışma gücü kaybı

olduğu iddia edilen kişide bulunan şikayetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyeti tarafından yapılması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir¹².

Bu noktada Adli Tıp Kurumu ile Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümlerinin böyle bir görev ve yetkiyi hukuken haiz olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Sayı: 4)³ (“4 Numaralı Kararname”) m. 2/1 uyarınca adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak Adli Tıp Kurumu’nun kuruluş sebeplerinden biridir. Keza m. 3/1-a uyarınca, “*Mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar ile Kurumun uygun gördüğü alanlarda kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek*” Adli Tıp Kurumu’nun görevlerindedir. Ayrıca m. 17 uyarınca bilirkişilerce veya adli tabip veya adli tıp uzmanlarınca verilir de mahkemeler, hakimlikler ve savcılıklar tarafından yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayan ve aralarında çelişki

¹ “Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşların çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikayetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.” Yargıtay 4. H.D., 2021/2790 E., 2021/2231 K., 02.06.2021 T. Lexpera, E.T.: 29.04.2022.

“Haksız fiil sonucu çalışma gücünde kayıp olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının tespiti açısından maluliyetin varlığı ve oranının doğru bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşlarının çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikayetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden **kaza tarihi 11.10.2008 tarihinden önce ise Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013-01.06.2015 tarihleri arası Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği, 01.06.2015-20.02.201 tarihleri arası Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik, 20.02.2019 tarihinden sonra Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.**” Yargıtay 4. H.D., 2021/2620 E., 2021/2238 K., 02.06.2021 T. Lexpera, E.T.: 29.04.2022.

² Zorunlu trafik sigortasında esas alınması gereken sağlık kurulu raporu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Vural SEVEN, “Zorunlu Trafik Sigortası’nda Esas Alınacak Sağlık Kurulu Raporu Hakkında Değerlendirme”, **Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre**, Ed. Av. Prof. Dr. Necdet BASA, Ed. Av. Sema UÇAKHAN GÜLEÇ, Türkiye Barolar Birliği, Yayın No: 384, Şen Matbaa, Ankara, 2019, s. 349 vd.

³ Resmî Gazete: 15.07.2018/30479.

olduğu belirlenen raporları inceleyip bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmek, İhtisas Kurullarının görevleri kapsamındadır. Bunun dışında m. 17/2-c uyarınca, Adli Tıp Üçüncü İhtisas Kurulu; **malûliyetler, meslekte kazanma gücü kaybı, beden çalışma gücü kaybı**, meslek hastalıkları, hapis cezaların infazının ertelenmesi, sürekli hastalık, engellilik ve kocama sebepleri ile belirli kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılmasınailişkin işlemler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirirler.

Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu'nun; Ortopedi ve Travmatoloji, Genel Cerrahi, Nöroloji, İç Hastalıkları, Göğüs Hastalıkları, Kardiyoloji, Üroloji, Tıbbî Onkoloji, Ruh Sağlığı ve Hastalıkları, Beyin ve Sinir Cerrahisi uzmanlarından oluşacağı düzenlenmiştir (4 Numaralı Kararname m. 8/1-c).

Ayrıca Adli Tıp Üst Kurulları ve ihtisas kurullarının, ilgili kişileri gerekli görüldüğündemuayeneye çağırmaları, bu kişileri usulüne göre dinlemeleri, her türlü tetkikatı yapmaları veyayaptırmaları da mümkündür (4 Numaralı Kararname m. 25/8).

İhtisas dairesi tarafından verilen rapora üst kurulda itiraz edilmesi de mümkün kılınmıştır (4 Numaralı Kararname m. 16).

Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dallarının çalışma gücü kaybına dair rapordüzenleme yetkisi olup olmadığını değerlendirmek için ise, öncelikle *Anabilim Dalı* kavramınınanlamının ortaya konması gerekir.

Üniversitelerde Akademik Teşkilât Yönetmeliği⁴ m. 16/1 uyarınca “*Anabilim veya Anasanat Dalı, bölümü oluşturan ve en az bir bilim veya sanat dalını kapsayan eğitim-öğretim, uygulama faaliyetlerinin yürütüldüğü akademik bir birimdir.*”. Dolayısıyla bir üniversitedeki Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Adli Tıp Anabilim Dalı aynı statüdedir.

Peki bu statü ceza ve hukuk yargılamalarında nasıl tezahür edebilir? 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun⁵ m. 31 gereği, Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre **resmi**

⁴ Resmî Gazete: 18.02.1982/17609.

⁵ Resmî Gazete: 20.04.1982/17670.

bilirkişi sayılır. Dolayısıyla Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dallarının, ceza yargılamalarında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (“CMK”) uyarınca resmi bilirkişi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dallarından alınan raporlar, hukuk yargılamalarında ise ancak HMK m. 293 anlamında uzman görüşü olarak değerlendirilebilir. Zira Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dallarının, Adli Tıp Kurulu’nun aksine, çalışma gücü kaybına dair rapor düzenleme yetkisine dair bir düzenleme mevcut değildir.

Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu’nun hangi uzmanlardan oluşacağı, gerekli görüldüğünde muayeneye çağırma ve her türlü tetkikatı yaptırma yetkileri ve ihtisas dairesi tarafından verilen rapora üst kurulda itiraz mekanizması bir bütün olarak 4 Numaralı Kararname kapsamında düzenlenmişken; Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dallarından alınacak rapordarda bu imkânlardan hiçbirinin mümkün olmadığını söylemek mümkündür.

Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dallarının ve Adli Tıp Kurumu’nun adlarının ikisinde de “*Adli Tıp*” kelimelerinin geçmesi, bu kurumların birbirleriyle aynı görev ve yetkilere sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Oysa Yargıtay kararlarında Üniversite Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dalları ile Adli Tıp Kurumu’nun hukuki statülerinin, görev ve yetkilerinin ayrımının gözetilmediği anlaşılmaktadır.

B. Tarihlere Göre Sağlık Kurulu Raporunun Tabi Olduğu Mevzuat

1. Trafik Sigortası Genel Şartları EK-6’nın Yürürlüğe Girmesinden Önce

Yargıtay’ın bu konudaki yerleşik içtihatlarına göre; sağlık kurulu raporunun, kazanın

- i. 11.10.2008 tarihinden önce gerçekleştiği olaylarda “Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü”,
- ii. 11.10.2008 ile 01.09.2013 tarihleri arasında gerçekleştiği olaylarda “Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği”,
- iii. 01.09.2013 tarihinden sonra gerçekleşen olaylar bakımından ise “Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği”ne uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

2. Trafik Sigortası Genel Şartları Ek-6'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonra

01.06.2015 tarihinde yürürlüğe girmiş olan ve an itibariyle yürürlükte Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın bazı maddeleri 02.08.2016 tarih ve 29789 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şartlar" ile değiştirilmiş, ayrıca bu genel şartlara Ek-6 düzenlemesi eklenmiştir.

Ek-6 düzenlemesinde yer alan, bedeni zararlar kapsamında olan sürekli sakatlık halinde istenilecek belgeler incelendiğinde, 30.03.2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "**Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik**" çerçevesinde düzenlenmiş sağlık kurulu raporunun ilk sırada yer aldığı görülmekteydi. Böylece trafik sigortası mevzuatında ilk defa sağlık kurulu raporlarının hazırlanmasında esas alınacak mevzuat açıkça düzenlenmiş durumdaydı.

Bununla birlikte "**Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik**", 20.02.2019 tarihli ve 30692 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve yayımı tarihinde yürürlüğe giren "**Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik**" m. 18 uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik m. 14 uyarınca, "**Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik**" ve ilgili mülga mevzuat hükümlerine erişkin açısından yapılan atıflar, "**Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik**" hükümlerine yapılmış kabul edilmektedir.

Dolayısıyla, genel şartların Ek-6 düzenlemesinin yürürlüğe girdiği 02.08.2016 ile 20.02.2019 tarihleri arasında meydana gelen kazalar (Yargıtay ise 01.06.2015 tarihinden sonra meydana gelen kazalarda Özürlülük Ölçütü Yönetmeliğinin esas alınacağına karar verdi. Hatta kararlarında poliçe tanzim tarihinden hiç bahsetmemekte ve 01.06.2015 tarihinden sonra gerçekleşen olaylarda Özürlülük Ölçütü Yönetmeliğinin esas alınacağını

belirtmektedir.) bakımından **“Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik”**, 20.02.2019 tarihinden sonra meydana gelen kazalar bakımından ise **“Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik”** hükümleri uygulama alanı bulur.

Belirtmek gerekir ki genel şartların Ek-6 düzenlemesinin 2. maddesinde yer alan *"Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik doğrultusunda hazırlanan sağlık kurulu raporu"* ibaresi, 04.12.2021 tarih ve 31679 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tebliğin 16. maddesiyle "Kurul Raporu (artan sakatlık oranına bağlı tazminat taleplerinde ilk ödemeye esas alınan Yönetmeliğe göre düzenlenen rapor)" şeklinde değiştirilmiştir. Kurul raporu, tanımlar maddesi olan genel şartların A.2 maddesinin (i) bendi uyarınca; usulüne uygun olarak tanzim edilen, 20.02.2019 tarihli ve 30692 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğe göre düzenlenen, sakatlık oranını, geçici iş göremezlik süresini ve bakıcı ihtiyacını gösterir kurul raporunu ifade eder.

Genel şartlar A.5 ile kapsama giren teminat türleri düzenlenmiştir. Bu maddenin üzerinde 04.12.2021 tarih ve 31679 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tebliğ ile bazı değişiklikler yapılmıştır. Maddenin (c) bendinde yer alan *Sürekli Sakatlık Teminatı, Sakatlanma Teminatı* adını almış ve ilgili bentte bazı değişiklikler yapılmıştır. Dolayısıyla 04.12.2021 tarih ve 31679 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tebliğ ile yapılan bazı değişiklikler öncesinde genel şartlarda sürekli sakatlık tazminatına ilişkin sakatlık oranının belirlenmesinde, **Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik** hükümlerine yapılan açık bir atıf söz konusuysa, bahse konu Tebliğ ile yapılan değişiklik ile bu cümle mülga olmuştur.

Bununla birlikte yapılan değişiklik ile sakatlık oranının ve geçici iş göremezlik süresinin belirlenmesinde Kurul Raporunun dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Kurul raporu, belirtilmiş olduğu üzere, tanımlar maddesi olan genel şartların A.2 maddesinin (i) bendi uyarınca; usulüne uygun olarak tanzim edilen, 20.02.2019 tarihli ve 30692 sayılı

Resmî Gazete’de yayımlanan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğe göre düzenlenen, sakatlık oranını, geçici iş göremezlik süresini ve bakıcı ihtiyacını gösterir kurul raporunu ifade eder. Dolayısıyla genel şartlar uyarınca sakatlık oranının ve geçici iş göremezlik süresinin belirlenmesinde **Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik** hükümlerine yapılan bir atıf, değişiklik sonrası da mevcuttur.

C. Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik (kısaca “Yönetmelik” olarak anılacaktır) m. 2/1 uyarınca bu Yönetmelik, Erişkinler İçin Engellilik Sağlık Kurulu Raporu, Erişkinler İçin Terör, Kaza ve Yaralanmaya Bağlı Durum Bildirir Sağlık Kurulu Raporu ve bu raporları verebilecek yetkili sağlık kurum ve kuruluşlarını ve engellilerle ilgili sınıflandırma ve ölçütleri kapsar.

Bahse konu Yönetmelik ile belirlenmiş olan düzenlemeyle yetkili sağlık kurum ve kuruluşlarının ve hakem hastanelerin Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenerek yayımlanması kabul edilmiştir (Yönetmelik m. 7/1). Yetkili olmayan sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık kurulunu teşkil edemeyen sağlık kurum ve kuruluşlarının verdiği raporların ise kurumlarca değerlendirmeye alınamayacağı düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 7/2).

Yönetmelik kapsamında düzenlenen raporların sürekli veya süreli olarak düzenlenmesi mümkündür. Raporun geçerlilik süresinin mutlaka belirtilmesi gerekmektedir. Süreli raporlar, engel durumunun zaman içinde azalma ihtimali olduğu ve hastalık bulgularının tam olarak görülemediği hallerde düzenlenebilmektedir. Kişinin engel durumunun sabit olduğu ya da arttığı durumlarda hastalık için sürekli rapor düzenlenmektedir (Yönetmelik m. 11).

Yönetmelik içerisinde raporlara itiraz usulü de düzenlenmiştir. Raporlara karşı, teslim tarihinden itibaren 30 gün içerisinde İl Sağlık Müdürlüğü’ne itirazda bulunulması

mümkündür. Raporu talep eden kamu ve/veya özel kurum ve kuruluşları bakımından ise itirazda süre aranmamaktadır (Yönetmelik m. 12/1).

Rapora itiraz edilmesi hâlinde birey, İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yetkili en yakın farklı bir sağlık kuruluşuna ya da önceki raporu farklı sağlık kuruluşundan alınmış ise sürekli izleminin yapıldığı sağlık kuruluşuna gönderilmektedir. Şayet itiraz edilen rapor ile itiraz üzerine verilen rapordaki kararlar aynı yönde ise rapor kesinleşmektedir. Rapor sonuçlarının farklı olması ve itirazın devam etmesi hâlinde ise, İl Sağlık Müdürlüğü en yakın hakem hastaneye yönlendirmekte ve hakem hastane tarafından verilen karar kesin olmaktadır (Yönetmelik m. 12/2).

Yönetmelik kapsamında düzenlenmiş olan rapora itiraz sistemi ile, henüz uyuşmazlık yargıya intikal etmeden önce, yargılamanın esasını oluşturan sağlık raporunun yerindeliği denetlenmektedir.

Engellilik Sağlık Kurulu (“Kurul”); erişkinlerin engellilik tespiti ile terör, kaza ve yaralanmaya bağlı durum bildirimine yönelik başvuruları değerlendirerek karar vermeye yetkilendirilmiş olan kuruldur (Yönetmelik m. 4/1-d). Birden fazla uzmanlık dalını ilgilendiren engel durumlarının tespiti gerektiğinde Kurulun; Kurul başkanı ve belirli branşlardaki uzman hekimler olmak üzere en az yedi daimi üyeden oluşması gerektiği düzenlenmiştir. Bu belirli branşlar; iç hastalıkları uzmanı, göz hastalıkları uzmanı, kulak burun boğaz hastalıkları uzmanı, genel cerrahi uzmanı, nöroloji uzmanı ve ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı şeklindedir (Yönetmelik m. 6/1).

Şayet tek bir uzmanlık dalını ilgilendiren engel durumlarının tespiti söz konusuysa, o halde Kurul ilgili uzmanlık dalından üç uzman hekimin katılımıyla oluşturulmaktadır (Yönetmelik m. 6/5).

Sigorta şirketlerinin, rapor alması için zarar göreni muayene olmaya zorlaması mümkün değildir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”) m. 23 ile kişiliğin vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı korunması düzenlenmiş durumdadır. İnsan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli için yazılı rıza gerekmektedir. Fakat biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemeyeceği gibi, maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulması da mümkün

değildir (TMK m. 23/3). Keza TTK'nın Can Sigortaları bölümünde yer alan TTK m. 1492 uyarınca, sigorta ettiren ile sigortacı, sigorta edilecek kişinin doktor incelemesinden geçmesini aralarında kararlaştırmış olsalar bile, sigortacının sigortalanacak kişiyi bu incelemeyi yaptırmaya zorlaması mümkün değildir.

II. SİGORTA ŞİRKETİNE BAŞVURU ZORUNLULUĞUNDA SUNULACAK SAĞLIK KURULU RAPORUNUN DAVA ŞARTI VE TEMERRÜT İLE İLİŞKİSİ

Yargıtay'ın görüşü uyarınca, sigorta şirketine yapılan başvuruda gerekli belgeler ve özellikle sağlık kurulu raporu ibraz edilmemişse, bu durumun sonucu ne olacaktır? Sigortacının borcu muaccel olmuş mudur? Sigortacı böyle bir başvuru ile temerrüde düşer mi? Faiz başlangıcı neye göre hesaplanmalıdır? Öncelikle bu hususlardaki Yargıtay kararlarını bir kronoloji içerisinde incelemek gerekecektir:

- “Gerekli belgeler ibraz edilmeksizin başvuruda bulunmuş ya da hiç başvurulmamışsa, sigorta şirketinin temerrüdünden söz edilemez. Bu durumda faiz başlangıcının, sigorta şirketine karşı icra takibine girilmişse **takip tarihi**, dava açılmışsa **dava tarihi** olarak kabul ve tespiti gerekir.” (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2001/3540 E., 4929 K., **25.06.2001** T.)
- “Trafik sigortacısı olan davalı sigorta şirketinin temerrüdünü 2918 sayılı Yasanın 99'uncu maddesine göre belirlemek gerekir. Yasanın 99/1 maddesinde “sigortacının, kendisine tazminat ödenmesi için gerekli ihbar yapıp, belgelerin ibrazından itibaren 8 iş günü içinde ödeme yapacağı” hükme bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, davalı sigortacı yönünden sigorta bedelini ödeme yükümlülüğü ancak bu tarihte, böyle bir başvuru olmadığı takdirde ise **dava tarihinde muaccel** hale gelmektedir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2005/5173 E., 2006/5285 K., **08.05.2006** T.)
- “Davalı ... şirketi, davacının yaralandığı kazaya karışan aracın trafik sigortacısı olup, 2918 Sayılı KTK'nun 99/1. maddesiyle ZMSS Genel Şartları'nın B.2. maddesi uyarınca, rizikonun ihbar edildiği tarihten itibaren 8 iş günü içinde

*sigortacının tazminatı ödemeyükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sürenin sonunda ödememe halinde temerrüdün gerçekleştiği ve davalının temerrüt faizinden sorumlu olduğunun kabulü gerekir. **Sigorta şirketine yapılmış bir başvurunun bulunmadığı durumda ise, davanın açılmasıyla temerrüde düşen sigortacının dava tarihinden itibaren faizden sorumlu tutulması gerekir.*** (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2021/2790 E., 2021/2231 K., **02.06.2021** T.)

Yargıtay'ın, sigortacıya başvurulmadan dava açılması veya icra takibi başlatılması halinde bu tarihlere temerrüdün gerçekleşeceği görüşünde olduğu ve bu görüşünün 20 yıldır değişmemiş olduğu görülmektedir.

Pekâlâ, Yargıtay'ın görüşünün baki kaldığı 20 yıllık bu süreç içerisinde, mevzuatta bir değişiklik olmuş mudur?

Eski ve yeni kararlar arasında geçen 20 yıl içerisinde TTK, TBK, HMK, SK yenilenmiştir; KTK, yönetmelikler ve genel şartlar değişmiş, ayrıca Anayasa Mahkemesi de konu ile ilgili bir karar vermiştir.

Sorumluluk sigortalarında zarar görenin doğrudan dava hakkı, TTK m. 1478 hükmünde düzenlenmiştir. KTK m. 97 hükmüyle de doğrudan dava hakkı düzenlenmiş olmakla birlikte, hüküm sigortacıya başvuru zorunluluğunu da ihtiva etmektedir.

KTK m. 97 hükmünün eski hali; *“Zarar gören, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıya karşı talepte bulunabileceği gibi dava da açabilir.”* şeklindeydi. 26.04.2016 tarih, 29695 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış olan 6704 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle KTK m. 97 hükmünde değişiklik yapılmıştır. Maddenin güncel hali şöyledir: *“Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili **sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması** gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç **15 gün içinde** başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.”*

Böylece KTK m. 97 hükmünde 2016 yılında yapılan değişiklikle, trafik sigortası sigortacına karşı dava yoluna gitmeden önce yazılı başvuruda bulunulması zorunluluğu

getirilmiştir⁶. Keza SK m. 30/13 uyarınca da Sigorta Tahkim Komisyonu'na gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak **sigortacıya gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması** aranmakta; sigortacının başvuru tarihinden itibaren **15 iş günü** (KTK m. 97'deki süre ise 15 gündür) içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterli sayılmaktadır.

Trafik sigortası sigortacısına karşı gerek mahkemeler nezdinde gerek Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde dava açılması için öncelikle zarar görenin sigortacıya yazılı bir başvuru yapmış olmasının gerektiği ortadadır. Bu noktada böyle bir başvurunun ne tür belgeleri kapsamı gerektiği sorusu gündeme gelmektedir.

TTK Sigorta Hukuku Kitabı'nın Genel Hükümler kısmında yer alan TTK m. 1427/2 hükmüyle muacceliyet düzenlenmiştir. Buna göre sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve **rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra** sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde 1446. maddeye göre yapılacak ihbardan 45 gün sonra muaccel olur. Ayrıca TTK m. 1427/4 uyarınca borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer. TTK m. 1479 hükmüyle sorumluluk sigortalarında sigortacıya sunulması gereken belgeler düzenlenmiştir. Buna göre zarar gören, sağlanması ihtimali bulunan ve istenilmesi haklı görülebilecek ilgili tüm belgeleri sigortacıya vermek zorundadır. KTK m. 99 ise sigortacıya sunulması gereken belgeler hakkında trafik sigortası bakımından özel hüküm teşkil etmektedir.

26.04.2016 tarih ve 29695 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olan 6704 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, KTK m. 99/1 hükmü şöyleydi: *“Sigortacılar, hak sahibinin kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar.”* 2016 yılında yapılan değişiklik sonrası ise KTK m.

⁶ Zorunlu trafik sigortasında mahkemeye-tahkime başvurmadan önce sigorta şirketine başvuru zorunluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Vural SEVEN, “Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 83, Sayı: 2, Mayıs 2018, s. 95 vd.

99/1 hükmü uyarınca; “Sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar.”. Dolayısıyla yapılan değişiklik; “**kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu**” ibarelerinin, “**zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri**” ile değiştirilmesidir.

Bu nedenle 26.04.2016 tarihi sonrasında trafik sigortası sigortacısına karşı dava açılmadan önce yapılması zorunlu olan başvurunun kapsamını “**zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeler**” oluşturur. Genel şartlarda belirlenmiş olan belgeleri içermeyen bir başvuru, sigorta şirketine karşı başvuru zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlayamaz. Trafik sigortası genel şartlarının B.2 maddesinin 2.1 paragrafı uyarınca; *Sigortacı; hak sahibinin, kaza veya zararın tespit edilebilmesi için bu Genel Şartların Ek-6’sında yer alan gerekli tüm belgeleri sigortacının merkez veya şubelerinden birine ilettiğitarihten itibaren sekiz işgünü içinde tazminatı hak sahibine öder. Sigortacının kendisine iletilenbelgelere haklı olarak itiraz etmesi veya kendisinin hak sahibinden ya da başka bir kurumdan haklı olarak yeni bir belge talep etmesi halinde söz konusu süre yeni talep edilen belgenin sigortacının merkez veya şubelerinden birine iletilmesinden sonra başlar. Sigortacı hak sahibinden münhasıran hak sahibinin tazminat hakkını etkileyen bilgi ve belgeleri talep edebilir*⁷. Genel şartlar Ek-6 uyarınca bedeni zararlardan sakatlık halinde sigortacıya sunulması gereken belgelerden biri de Kurul Raporu’dur; ki bahsedilmiş olduğu üzere Kurul Raporu genel şartların A.2 tanımlar maddesi uyarınca Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğe göre düzenlenen raporu ifade eder.

Ezcümle, zarar görenin dava yoluna gitmeden önce trafik sigortacısına başvurması zorunlu olup (KTK m. 97), bu başvurunun usulüne uygun yapılması için gerekli olan

⁷ Danıştay bu maddeye ilişkin yürütmeyi durdurma talebini reddetmiştir. Danıştay 8. Daire, 2020/6493 E., 31.03.2021 T. Karar için bkz.: https://d.barobirlik.org.tr/2021/20210921_danistaykarar.pdf. E.T.: 29.04.2022.

belgelerden biri de KTK m. 99 ile genel şartlara yapılan atıf uyarınca Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğe göre düzenlenen sağlık kurulu raporudur. Bu raporu içermeyen bir başvuru, sigortacının sorumluluğunu belirlemesi ve ödeme yapması için yeterli olmadığı gibi, KTK m. 97 hükmü ile düzenlenmiş olan zorunlu başvurunun yerine getirilememiş olması sonucunu doğurur.

Gerçekten de meydana gelen zarara ilişkin belgeler elinde olmayan sigortacının zararı hesaplaması beklenemez ve böyle bir durumda zarar belirli olmadığından borç muaccel değildir. TBK m. 50/1 gereği zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Keza TBK m. 114/2 uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.

Ayrıca SK m. 19 ile aktif azaltıcı işlem yasağı düzenlenmiştir. Buna göre şirket kaynaklarının dolaylı ya da dolaysız kullanılması ve iyiniyet kurallarına aykırı olarak aktifin değerini düşüren işlemlerde bulunulması yasaktır. Belirli olmayan zarara göre yapılan bir ödeme, aktif azaltıcı işlem yasağının ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu kuralın ihlalini yaptırımını da SK m. 32 ile düzenlenmiş durumdadır. İyiniyet ve azami güvene dayanan sigorta ilişkilerinde sigortacının, somut olayın özelliklerine göre sorumluluğunu belirleyebilmesi için gerekli olan belge ve bilgiye ihtiyacı vardır (Bkz. TTK m. 1427, 1447, 1475/3 ve 1479; KTK m. 97 ve 99). Dolayısıyla sigortacıya yapılan başvurunun, rizikonun teminat sınırları çerçevesinde gerçekleştiğini tespiti yarar belgeleri genel anlamda içermesi gerekmektedir.

Pekâlâ, sigorta şirketine usulüne uygun bir başvuru yapılmamış olmasının sonuçları nelerdir?

Bir borç ilişkisinin alacaklıya temin ettiği en önemli yetki, alacaklının borçludan alacağını talep etme yetkisidir. Bununla birlikte alacak hakkı ile talep hakkı aynı kavramlar değildir. Alacak hakkı, borç ilişkisi geçerli bir şekilde kurulduğu anda, talep hakkı ise bu ilişkiden doğan alacağın muaccel olduğu anda doğar.

TBK m. 90 uyarınca, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur. Muacceliyet

ve temerrüt farklı kavramlardır. Muaccel bir borcun borçlusunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarına ihtiyaç vardır (TBK m. 117/1). Bununla birlikte haksız fiilde fiilin işlendiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur (TBK m. 117/2).

Muaccel olmayan bir borç talep ve dava edilemeyeceğinden, KTK m. 99'da anılan belgeler, m. 97'deki başvurunun geçerliliği için gerekli belgeler olarak kabul edilmelidir. Aksine bir uygulamada, alelade yazılı bir başvurunun da kabul edilmesi durumu ortaya çıkacaktır. Bu durumda ise, takip veya dava aşamasında bu belgelerin tamamlandığı (sigortacıya tebliğ edildiği) tarihten sekiz iş gününün sonundaki tarihin temerrüt tarihi olarak kabul edilmesi gerekecektir. Bu şekilde bir uygulama ise yargılamada büyük ölçüde karışıklığa neden olacaktır.

Keza belgeler sigortacıya tebliğ edildikten sonra bu süre içinde (sekiz iş günü) sigortacı tazminatı öderse, sigortacı dava açılmasına sebebiyet vermiş olmadığından, yargılama giderlerinden ve faizden (Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez. TTK m. 1427 ve Genel Şartlar B. 2.1) kural olarak sorumlu tutulamayacaktır (HMK m. 326 ve 331).

KTK m. 97'de düzenlenen dava şartının, muacceliyet ve temerrüt konusu ile sigortacının zararı belirleme ve ödeme yapma noktasında gerekli belgelerle geçerli bir başvuruya ihtiyaç duyacağı göz önüne alındığında, tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı açık olarak ortaya çıkmaktadır. Aksi takdirde sigorta şirketine başvuru usulünün bir anlamı da kalmayacak, kanun koyucunun amacına aykırı sonuçlar doğacaktır.

Sigortacı, gerekli araştırmaları üç ay içerisinde tamamlayamamışsa, tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık halinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak öder (Ayrıca bkz. Geçici Ödemeler TBK m. 76). Tazminat avansı genel şartların B.2 maddesinin 2.5. paragrafında da düzenlenmiştir. Tazminat avansının ödenebilmesi için, bunun zarar gören tarafından talep edilmiş olması gerekir. Kanaatimizce tazminat avansının ödenmesi talebi, eda niteliğinde bir ihtiyati tedbir talebi olacaktır.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 09.10.2020 TARİHLİ KARARININ ETKİLERİ VE KARARDA YER ALAN TESPİTLER

Anayasa Mahkemesi, 09.10.2020 tarih, 31269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olan, 2019/40 E., 2020/40 K. numaralı, 17.07.2020 tarihli kararıyla KTK'nın 90. ve 92. maddelerinde yer alan bazı ibarelerin iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmiş olan ibareler ile ret kararı verilmiş olan ibarelerin, aşağıdaki tablodan görsel olarak tespiti mümkündür. Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiş olan ibareler **üzeri çizili**, Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın reddine karar verilen ibareler ise **altı çizili** şekilde gösterilmiştir.

KTK 90 – Maddi ve Manevi Tazminat

1. Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar **bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir.** Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun **ve genel şartlarda** düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.

KTK 92 - Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar:

1. Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

...

- g) **Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,**
- h) **İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,**
- i) **Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.**

KTK 93 - En az sigorta tutarları:

1. **Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları,** teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmî

Gazetede yayımlanır.

2. Tarife ve talimatların tespitinde; araç türleri; coğrafi bölge; sigorta süresi içinde herhangi bir hasar ödemesine neden olmayan işletenlerin primlerinin indirilmesi yoluyla ödüllendirilmesi, hasar ödemesine neden olan işletenlerin primlerinin yükseltilmesi yoluyla cezalandırılması ve gerekli görülen diğer hususlar dikkate alınır.

KTK 97 - Doğrudan doğruya talep ve dava hakkı:

1. **Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde davayoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir.** Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.

KTK 99 - Tazminat ve giderlerin ödenmesi:

1. Sigortacılar, hak sahibinin **zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri,** sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar.

2. Ödemeyi yapan sigortacı, ödenen miktarın sorumluluk oranlarında paylaşılmasını diğer sigortacılardan yazılı olarak talep eder. Diğer sigortacılar talep tarihinden itibaren sekiz iş günü içinde kendilerine düşen miktarı talepte bulunana öder.

3. Bu madde hükmüne uymayan sigortacılar, 9.344 TL hafif para cezası ile cezalandırılırlar.

Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu kararının bu çalışma bakımından en önemli yönleri, KTK m. 97 ve 99 hükümlerindeki ibarelerin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmış olmasıdır.

A. KTK m. 97 Uyarınca Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunun Hukuka Uygunluğu ve Özel Nitelikte Bir Dava Şartı Olması

Anayasa Mahkemesi, zarar görenin zorunlu mali sorumluluk sigortası sigortacısına karşı dava yoluna gitmeden önce başvuru zorunluluğunun Anayasa'ya aykırılık barındırmadığı görüşündedir. KTK m. 97/1 hükmünün ilk cümlesinin incelenmesinde Anayasa Mahkemesi; zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketine karşı dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta şirketine başvuruda bulunulması koşulunun, hak arama hürriyetine ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğunu kabul etmiş ve bu sınırlamanın Anayasa m. 13'e aykırı olup olmadığını incelemiştir. Netice olarak Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 141 ve 142. maddelerini de göz önünde tutarak, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunulması koşulunun öngörülmesiyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözülmesini sağlamak suretiyle hem talepte bulunanın tazminat alacağına bir an önce kavuşmasının hem de yargının iş yükünün azaltılmasının amaçlandığı, bu yönüyle sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşmıştır (Par. 71, 72, 73).

Öyle ki Anayasa Mahkemesi, dava yoluna başvurulmadan önce ilgili sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunulmuş olması koşulunun özel nitelikte dava şartı olduğunu kabul etmiş; dolayısıyla dava açılmadan önce yazılı başvuruda bulunulmuş olmasının açılacak davada mahkemenin uyuşmazlığın esası hakkında inceleme yapabilmesi için zorunlu olduğunu ve bu zorunluluğun yerine getirilmemesi hâlinde davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir (Par. 76).

B. KTK m. 99 Uyarınca Sigorta Şirketine Başvuruda Sunulması Gereken Belgelerin Genel Şartlar ile Belirlenmesinin Hukuka Uygunluğu

Sigortacıya yapılacak başvurunun içeriğinin düzenlenmiş olduğu KTK m. 99 hükmünde yer alan alan "*zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri*" ibareleri Anayasa'ya aykırı görülmemiş; dolayısıyla karayolları zorunlu mali

sorumluluk sigortası sigortacısına karşı dava öncesi yapılacak olan zorunlu başvurunun içeriğinin genel şartlarla belirlenmesi hukuka uygun görülmüştür.

Kararda; motorlu taşıt işletilmesi sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini amacıyla ödenecek tazminatın belirlenebilmesi için öncelikle zararın belirlenmesi gerektiği, gerek bedensel zararın ve destekten yoksun kalma zararının gerekse eşya zararının belirlenebilmesi, dolayısıyla tazminatın hesaplanabilmesinin tazminat talebinde bulunan kişi tarafından ileri sürülen iddia, olgu ve belgelerin değerlendirilmesine bağlı olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, sigorta şirketi tarafından yapılacak olan tazminat ödemesinin hak sahibi tarafından zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ile belirlenecek belgelerin sigorta şirketine iletilmesi koşuluna bağlanmış olması işin doğasının gereğidir (Par. 85).

Anayasa Mahkemesi sigortacıya yapılacak başvuruda sunulması gereken ilgili belgelerin genel şartlar ile belirlenmesini, belgeleri düzenlemeye yetkili kurumlar ya da düzenlenecek belgelerin niteliğinin, keza ispat için gereken belgelerin sayısının zamanla değişebilecek olması gerekçeleriyle de uygun bulmuştur (Par. 86).

Bu noktada vurgulamak gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin, trafik sigortası genel şartlarının *ikincil mevzuat* niteliğinde olduğunu açık bir şekilde kabul ettiği görülmektedir: *“Dolayısıyla bu belgelerin genel şartlar ile belirlenmesi, genel şartların öngörülme amacı kapsamında olduğu gibi genel şartların haiz olduğu ikincil mevzuat niteliğine de uygun düşmektedir.”* (Par. 86).

SONUÇ

Sigorta şirketine yapılan başvurularda, en azından rizikonun teminat sınırları çerçevesinde gerçekleştiğini tespiti yarar belgelerin yanında, ilgili mevzuat doğrultusunda alınmış olan sağlık kurulu raporu da mutlaka sigorta şirketine sunulmalıdır. Bu sağlık kurulu raporunun, Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre alınmış bir rapor olması gerekir.

Böyle bir sağlık kurulu raporunun sigorta şirketine yapılan başvuruda sunulmamış olması halinde, KTK m. 99 kapsamında zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgelerle yapılmış bir başvurudan söz edilemeyeceğinden muacceliyet/temerrüt gerçekleşmez, KTK m. 97 anlamında özel dava şartını yerine getirebilecek nitelikte bir başvuru da yapılmamış olur ve davanın usulden reddi gerekir. Zira KTK m. 99'da atıf yapılan belgeler olmadan, sigorta şirketi KTK m. 97'ye göre kendisine yapılan başvuru neticesinde zararın belirlenebilmesi ve tazminatın hesaplanabilmesi için bir değerlendirmede bulunamayacak, uyuşmazlığın yargıya başvurulmadan çözülmesi imkânı olmayacak, zarar gören tazminat alacağına kısa sürede kavuşamayacaktır. Netice itibariyle kanun koyucunun bu özel nitelikteki dava şartı ile aradığı kamu yararı da sağlanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi 09.10.2020 tarihli kararı uyarınca zarar görenin zorunlu mali sorumluluk sigortası sigortacısına karşı dava yoluna gitmeden önce başvuru zorunluluğunun Anayasa'ya uygun olduğu görüşündedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, dava yoluna başvurulmadan önce ilgili sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunulmuş olması koşulunun *özel nitelikte dava şartı* olduğunu kabul etmiştir. Bahse konu kararda, karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası sigortacısına karşı dava öncesi yapılacak olan zorunlu başvurunun içeriğinin genel şartlarla belirlenmesi de hukuka uygun bulunmuştur.

**SİGORTA ŞİRKETİNİN MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN
HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN (MÜTERAFİK) KUSURU
VE DİKKATE ALINMASI**

*CONTRIBUTORY FAULT AND ITS ASSESSMENT IN THE LIABILITY OF THE INSURANCE
COMPANY ARISING FROM THE OPERATION OF THE MOTOR VEHICLE*

Hakemli Makale
Ferhat CANBOLAT*
Günhan GÖNÜL KOŞAR**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	167
I. SİGORTA ŞİRKETİNİN MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI.....	169
A. KTK m. 85/1’de Düzenlenen Sorumluluk Rejimi.....	169
B. KTK m. 85/1’de Düzenlenen Tehlike Sorumluluğunun Şartları.....	171
C. Sigorta Şirketinin Sorumluluğu.....	171
II. SİGORTA ŞİRKETİNİN MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN (MÜTERAFİK) KUSURU VE SORUMLULUĞA ETKİSİ.....	172
A. TBK’da ve KTK’da Zarar Görenin Kusuru.....	172
B. Zarar Görenin Kusurunun Belirlenmesi ve Dereceleri.....	173
1. Zarar Görenin Kusurunun Belirlenmesinde Başvurulacak Kıstaslar.....	173
a. Genel Olarak	173

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1114338

Makalenin Geliş Tarihi: 09.05.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 02.08.2022

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: f.canbolat@hacettepe.edu.tr

ORCID:0000-0003-2894-7119

** Arş. Gör. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: gunhangonul@hacettepe.edu.tr

ORCID:0000-0002-2695-6954

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

b. Dışsal Kıstaslar	175
c. İçsel Kıstaslar	176
d. Somut Koşullar ve Trafikte Güven İlkesi	177
e. Yargı Kararlarına Konu Olmuş Zarar Görenin Kusuru Örnekleri	178
2. Zarar Görenin Kusurunun Derecelendirilmesi	179
C. Zarar Görenin Kusurunun Sigorta Şirketinin Sorumluluğuna Etkisi.....	182
III. SİGORTA ŞİRKETİNİN MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN (MÜTERAFİK) KUSURUNUN DİKKATE ALINMASI	
185	
A. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Zarar Görenin Kusurunun Dikkate Alınması	185
B. Zarar Görenin Kusurunun İspatı.....	189
C. Zarar Görenin Kusurunun Re'sen Dikkate Alınıp Alınmayacağı Sorunu	189
SONUÇ	193
KAYNAKÇA.....	195

ÖZ

İşletilme halindeki motorlu aracın sebep olduğu zarara ilişkin olarak KTK m. 85/1 hükmünde bir kusursuz sorumluluk rejimi olan tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir. Sigorta şirketi, KTK m. 85/1 kapsamında meydana gelen zarardan belli meblağa kadar sorumludur. Sigorta şirketi, araç sürücüsünün/işletenin kusurlu olmadığından/az kusurlu olduğundan bahisle tazminatta indirim talep edemez. Sigorta şirketlerinin, sürücünün kusurlu olmadığını ileri sürmesi anlamsız olduğu gibi, belirli bir oran vererek (%30-40-50) kusurlu olduğunu beyan etmesi, ek (munzam) kusurun ifşasından başka bir şey değildir. Ek kusur da tazminattan indirim sebebi değil, aksine kusurun ağırlığına göre indirimi ortadan kaldıran bir haldir. Zarar görenin kusuru ise, kusurun ağırlığına ve kanunda aranan diğer şartların varlığı halinde sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğunda tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir. Zarar görenin kusuruna dayanarak tazminattan indirim yapılmasını talep eden sigorta şirketi, zarar görenin kusurunu ispat yükü altındadır. Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere, zarar görenin kusuru, gerek nedensellik bağının kesilmesine sebep olduğu durumlar bakımından sorumluluğu (ve bu bağlamda hakkı) ortadan kaldırması hasebiyle gerekse tazminattan indirim sebebi olarak hakkı sınırlandırması yönüyle hukuk hâkimi (hakemi) tarafından re'sen (kendiliğinden) dikkate alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta şirketi, zarar gören, işleten, zarar görenin kusuru, tazminatta indirim

ABSTRACT

Highway Traffic Act Art. 85/1 stipulates dangerous liability, a strict liability regime, for the damage arising from the operation of motor vehicle. Insurance company is liable up to a certain amount for the damage

that falls within the scope of Highway Traffic Act Art. 85/1. Insurance company cannot claim for a reduction in the amount of compensation on the ground that the driver/operator of the vehicle is not at fault/mild fault. It is not only meaningless for insurance companies to claim that the driver is not at fault, but also declaring that the driver is at fault with a certain rate (30-40-50%) is nothing but the disclosure of additional fault. Additional fault is not a reason for reduction in compensation, on the contrary, it is an element that eliminates such reduction depending on the gravity of the fault. Contributory fault, on the other hand, may constitute a reason for reduction in compensation for the liability of the insurance company arising from the operation of the motor vehicle, depending on the gravity of contributory fault and other conditions sought in the law. The insurance company demanding a reduction in compensation based on contributory fault has the burden to prove it. As highlighted in the jurisprudence of the Court of Cassation, contributory fault is taken into account *ex officio* by the judge (or the arbitrator) because contributory fault may either remove the responsibility (and the right to compensation in this context) in cases where it interrupts the causal link, or may limit the right to compensation as a factor for reduction in compensation.

Keywords: Insurance company, the injured party, operator, contributory fault, discount in the compensation

GİRİŞ

Motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğa ilişkin en temel norm, motorlu aracı işletenin tehlike esasına dayanan ve kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü Karayolları Trafik Kanunu (“KTK”) m. 85/1 fıkrası olup bu fıkra uyarınca motorlu aracın işletilmesi sırasında ölüm, yaralanma veya bir şeyin zarara uğraması durumunda işletenin sorumluluğu doğar. Motorlu araçların işletilmeleri sebebiyle neden oldukları kazalardan doğan zararlardan dolayı işleten ya da teşebbüs sahibinin KTK m. 85/1’e uyarınca zarar görene karşı sorumluluklarının teminat altına almak amacıyla KTK m. 91’de Zorunlu mali sorumluluk sigortası sistemi öngörülmüştür¹. Zorunlu mali sorumluluk sigortası, motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin, zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde

¹ Karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası hakkında detaylı bilgi için bkz. KARASU, Rauf, **Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

karşılamaı amaçlayan ve kanunen zorunlu kılınan bir sorumluluk sigortası türüdür². Zorunlu mali sorumluluk sigortası sayesinde zarar gören, doğrudan doğruya sigortacıdan talepte bulunabilir³; öte yandan zorunlu mali sorumluluk sigortasında sigortacının sorumluluğu sınırsız olmayıp her yıl bir üst limit belirlenmektedir.

Sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğunun belirlenmesinde zarar görenin kusuru önemli bir yere sahiptir. Zarar görenin, zararın ortaya çıkmaması için ya da zararın artmasını önlemek için alması gereken makul önlemleri almamasına “zarar görenin kusuru” denir. Zarar görenin kusurundan söz edebilmek için, zarar görenin fiili ile kaçınılabılır zarar arasında uygun nedensellik (illiyet) bağı bulunmalıdır⁴. Yargıtay kararlarında zarar görenin kusuru ifadesi yerine “müterafik kusur” ifadesi kullanılmaktadır ve yargı kararlarında müterafik kusur ile kastedilenin zarar görenin kusuru olduğunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla beraber, müterafik kusur kelime anlamı olarak refakat eden, eşlik eden birlikte kusur anlamına geldiğinden, müterafik kusur aslında zarar görenin kusurunun iki görünümünden birini, yani zarar görenin zararın doğmasına etkisini, zararın ortaya çıkmaması için gerekli önlemleri almamasını ifade eder. Bu nedenle zarar görenin, zararın ortaya çıkmaması için (birlikte, müterafik kusur) ya da zararın artmasını önlemek için (zararı azaltma külfeti) alması gereken makul önlemleri almamasını ifade etmek üzere “zarar görenin kusuru” ifadesine başvurmak daha isabetlidir⁵.

Zarar görenin kusuru, sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğunun belirlenmesinde büyük önemi haizdir.

² Yargıtay 17. HD, E. 2016/16940 K. 2019/7126 T. 10.6.2019.

³ Detaylı bilgi için bkz. KENDER, Rayegân, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 15. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 225 vd.

⁴ BREHM, Roland, **Berner Kommentar**, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, Art. 44, N. 19a; OFTINGER, Karl / STARK, Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd., Allgemeiner Teil**, Zürih, 1995, §5 N. 137; KURT, Leyla Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 64, Sayı:3, s. 800; TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, (1961 Tıpkı Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 322.

⁵ Aynı yönde bkz. BAYSAL, Başak, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 39.

“Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.” biçimindeki Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 51/1 ve “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” biçimindeki TBK m. 52/1 uyarınca hukuk sistemimiz tazminat sorumluluğunda zarar görenin kusurunun tazminattan indirim sebebi teşkil ettiğini kabul etmiştir. İşte bu hükümlerin özel bir görünümünü oluşturan “Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.” biçimindeki KTK m. 86/2’de de motorlu aracın işletilmesinden doğan zararlarda, zarar görenin kusurunun tazminattan indirim sebebi teşkil ettiği kabul edilmektedir. Zarar görenin kusuru, (1) zararın ortaya çıkmasına etki etmesiyle veya (2) zararın artmasına etki etmek suretiyle gerçekleşebilir.

Bu çalışmada, öncelikle, sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan hukuki sorumluluğunun şartlarına kısaca yer verilecek, ardından sigorta şirketinin sorumluluğunda zarar görenin kusurunun belirlenmesi ve etkisi açıklanacak, son olarak zarar görenin kusurunun dikkate alınmasında önem arz eden hususlar Yargıtay kararlarının eleştiri ve değerlendirmesiyle ele alınacaktır.

I. SİGORTA ŞİRKETİNİN MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A. KTK m. 85/1’de Düzenlenen Sorumluluk Rejimi

Motorlu aracın işletilmesi sırasında doğan zararlardan sorumluluğa ilişkin en temel norm, motorlu aracı işletenin tehlike esasına dayanan ve kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü Karayolları Trafik Kanunu m. 85/1 hükmüdür. KTK m. 85/1 hükmü şu şekildedir: “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı

veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.” Bu fıkra uyarınca, motorlu aracın işletilmesi sırasında ölüm, yaralanma veya bir şeyin zarara uğraması halinde işletenin -tehlike- sorumluluğu doğacaktır. Bu hükümle, işletilme halindeki motorlu aracın sebep olduğu zarara ilişkin olarak bir kusursuz sorumluluk rejimi olan tehlike sorumluluğu yönünde hukuk politikası tercihinde bulunulmuştur⁶. Motorlu aracın işletilmesi sırasında meydana gelen bu zararlara ilişkin olarak tehlike sorumluluğunun kabul edilmesinin altında yatan düşünce –sorumluluğun temeli- işletme tehlikesi olup işletme tehlikesi, motorlu aracın kütlesi, hızı, yazılım ve donanımı gibi parametrelerle belirlenecek olan zarar verme potansiyeli ve kaza anında tecessüm eden tehlike anlamına gelir.

KTK m. 85/1 hükmünde motorlu aracın işletilmesinden doğan zararlar bakımından bir kusursuz sorumluluk rejimi olan tehlike sorumluluğu öngörülmüştür. Tehlike sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk rejimi olduğundan, işletenin/teşebbüs sahibinin kusuru aranmaz. İşleten/teşebbüs sahibi kusursuz olsa bile zararın tamamını tazmin

⁶ AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 527; ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 479; BAYSAL, Başak, **Haksız Fiil Hukuku**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 337; BOLATOĞLU, Bolat, **Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları)**, Ankara, 1988, s. 19; ÇEKİN, Mesut Serdar, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 56; ÇELİKTAŞ, Demet, **2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu**, İzmir, 1987, s. 19; HAVUTÇU, Ayşe / GÖKYAYLA, K. Emre, **Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukuki Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s. 29; KARACAN ÇETİN, Hatice, **Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 58; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 197; KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 485; NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 204; NOMER, Haluk Nami, “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 1992, Cilt:66, Sayı:1-2-3, s. 28; TUNÇ, Ramazan, “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (I)”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: Ekim 1991, Cilt:17, Sayı: 4, s. 530; ZORLUOĞLU YILMAZ, Ayça, **Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

yükümlülüğü altında olup işleyen/teşebbüs sahibi, kusurunun bulunmadığını ya da kusurunun hafif olduğunu ileri sürerek tazminatta indirim talebinde bulunamaz⁷.

B. KTK m. 85/1’de Düzenlenen Tehlike Sorumluluğunun Şartları

KTK m. 85/1’de düzenlenen işleyen/teşebbüs sahibinin tehlike sorumluluğunun doğumu için genel şartların ve özel şartların mevcudiyeti aranır. Bu fıkra uyarınca sorumluluğun doğumu için aranan genel şartlar, motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasının gerçekleşmesi, zararın doğması ve motorlu aracın sebep olduğu trafik kazası ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. KTK m. 85/1 uyarınca tehlike sorumluluğunun doğumu için aranan özel şartlar ise işleyen veya teşebbüs sahipliği sıfatı, trafik kazasından doğan zararın aracın işletilmesinden doğması ve de işleyen sorumluluğunu ortadan kaldıracak tarzda nedensellik bağının kesildiğinin ispatlanamamış olmasıdır⁸.

C. Sigorta Şirketinin Sorumluluğu

KTK m. 91’de, KTK m. 85/1 fıkrası uyarınca doğacak sorumluluğun karşılanmasını temin etmek üzere zorunlu mali sorumluluk sigortası sistemi öngörülmüştür. Bu sayede zarar gören belirtilen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıdan talepte bulunabilir. Zaten bu sigorta, motorlu araçların işletilmesi sebebiyle neden oldukları kazalardan doğan zararlarda KTK m. 85/1’e göre olan sorumlulukların karşılanması amacıyla öngörülmüştür.

KTK m. 91’de düzenlenen zorunlu mali sorumluluk sigortası, işleyen/teşebbüs sahibinin KTK m. 85/1 uyarınca doğan tehlike sorumluluğunu –belli bir meblağa kadar temin etmek üzere öngörüldüğünden, sigorta şirketi sorumlu olduğu üst limite kadar zarar görenin zararını tazmin etmelidir. Sigorta şirketi, işleyen/teşebbüs sahibinin kusurunun

⁷ Detaylı açıklama için bkz. CANBOLAT, Ferhat / GÖNÜL KOŞAR, Günhan, “Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta “Kusur”un Önemi ve Sorumluluğa Etkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 23, Sayı: 2, s. 847.

⁸ ALTUNKAYA, Mehmet, “Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1999, Cilt: 7, Sayı: 1-2, s. 182; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 772; BAYSAL, **2019**, s. 337; BOLATOĞLU, **1988**, s. 129; CANBOLAT / GÖNÜL KOŞAR, **2021**, s. 848; ÇELİKTAŞ, **1987**, s. 31; HAVUTÇU / GÖKYAYLA, **1999**, s. 31; TUNÇ, **1991**, s. 533.

bulunmadığını ya da kusurunun hafifliğini ileri sürerek tazminat yükümlülüğünden kaçınmadığı gibi tazminattan indirim talebinde de bulunamaz. Sigorta şirketlerinin, sürücünün kusurlu olmadığını ileri sürmesi anlamsız olduğu gibi, belirli bir oran vererek (%30-40-50) kusurlu olduğunu beyan etmesi, ek (munzam) kusurun ifşasından başka bir şey değildir. Özetle, KTK m. 85/1 uyarınca sorumluluğun doğması için araç sürücüsünün/işletenin/teşebbüs sahibinin kusurlu olması aranmaz. Araç sürücüsünün/işletenin/teşebbüs sahibinin kusurunun bulunmadığından ya da hafifliğinden (az kusurlu olduğundan) bahisle tazminatta indirim yapılamaz. Sigorta şirketi, sorumlu olduğu üst meblağa kadar zarar görenin zararını tazmin etmelidir.

II. SİGORTA ŞİRKETİNİN MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN (MÜTERAFİK) KUSURU VE SORUMLULUĞA ETKİSİ

A. TBK’da ve KTK’da Zarar Görenin Kusuru

KTK m. 85/1’de motorlu aracın işletilmesinden doğan hukuki sorumluluğun bir tehlike sorumluluğu olduğu öngörülmüş, KTK m. 91’de de KTK m. 85/1’den düzenlenen tehlike sorumluluğunun doğumu halinde zarar görenin zararının tazmin edilmesini temin edebilmek amacıyla zorunlu mali sorumluluk sigortası kabul edilmiştir. Sigorta şirketi, belli bir üst limite kadar zarar görenin KTK m. 85/1’den doğan zararını tazminle yükümlüdür. Ancak gerek işleten gerekse sigorta şirketi, kanunda belirtilen bazı sebepleri ileri sürerek tazminat yükümlülüklerinin bulunmadığını ya da tazminattan indirim yapılması gerektiğini ileri sürebilirler. İşte işletenin ve dolayısıyla sigorta şirketinin tazminat yükümlülüğüne itiraz ya da tazminattan indirim sebebi olarak ileri sürebileceği sebeplerden birisi de zarar görenin kusurudur.

Türk Borçlar Kanunu uyarınca tazminat miktarının belirlenmesi ve zarar görenin kusuru incelendiği takdirde iki hüküm öne çıkar: TBK m. 51/1 uyarınca “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” TBK m. 52/1 uyarınca, “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut*

tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”

Zarar görenin kusuru KTK’da özel olarak düzenlenmiştir. KTK m. 85/1 uyarınca sorumlu olan işletenin ödemekle yükümlü olduğu tazminattan indirim yapılmasına ilişkin olarak KTK m. 86/2’de özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca; “Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir”. Zarar görenin kusurunun düzenlendiği iki hüküm olan KTK m. 86 ile TBK m. 52/1 arasındaki ilişki şu şekildedir: KTK m. 86, TBK m. 52/1’in özel uygulama alanıdır. Ancak iki hüküm arasında şu şekilde bir fark bulunmaktadır: KTK m. 86/2, TBK m. 52’yi daraltan bir hüküm olup KTK m. 86/2’de hâkime sadece indirim yapma yetkisi tanınmış; TBK m. 52’den farklı olarak sırf zarar görenin kusuruna binaen tazminata hükmetmeme yetkisi tanınmamıştır⁹.

Görüldüğü üzere KTK m. 85/1 ve KTK m. 91 hükümleri çerçevesinde sigorta şirketinin sorumluluğunun belirlenmesinde zarar görenin kusuru etki doğurur. Bu etkinin tespiti bağlamında önce zarar görenin kusurunun belirlenmesinde başvurulacak kıstaslar, ardından zarar görenin kusurunun derecelendirilmesi ve son olarak, zarar görenin kusurunun sigorta şirketinin sorumluluğuna etkisi açıklanmalıdır.

B. Zarar Görenin Kusurunun Belirlenmesi ve Dereceleri

1. Zarar Görenin Kusurunun Belirlenmesinde Başvurulacak Kıstaslar

a. Genel Olarak

Kusur, bilerek ve istenerek (kasten) ya da gerekli özenin gösterilmemesi suretiyle (ihmalen) zarara sebebiyet verilmesidir¹⁰. Zarar görenin, zararın ortaya çıkmaması ya da zararın artmasını önlemek için alması gereken makul önlemleri almamasına zarar görenin

⁹ Nedensellik bağının bulunmadığına ilişkin değerlendirmeler saklıdır.

¹⁰ GÖNÜL KOŞAR, Günhan, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 298.

kusuru denir¹¹. Zarar görenin kusurundan söz edebilmek için, zarar görenin fiili ile kaçınılabilir zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır¹².

Türk/İsviçre hukukunda kusur, hâkim teori olan objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca belirlenir¹³. Buna göre, kusurdan söz edebilmek için zarar verenin (failin) ayırt etme gücüne sahip olması (kusurun sübjektif yönü) ve zarar verenin davranışının soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapması (kusurun objektif yönü) aranır. Zarar görenin kusuru da, hâkim görüş uyarınca, zarar verenin kusurunda olduğu üzere objektif ölçüye göre belirlenir¹⁴. Yargıtay da bu görüştedir¹⁵: “Zarar görenin müterafik (ortak) kusuru tespit edilirken, aynen zarar verenin kusurunda olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalı, yani objektifleştirilmiş kusur kavramı esas alınmalıdır.” Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde, zarar verenin kusuruna ilişkin kıstaslar bünyesine

¹¹ Yargıtay müterafik kusuru şu şekilde tanımlamaktadır: “Müterafik (ortak) kusur, makul bir kimsenin kendi yararına sakınmak zorunda olduğu düşüncesiz, dikkatsiz bir hareket tarzıdır.” Yargıtay HGK, E. 2017/1502 K. 2020/753 T. 13.10.2020.

¹² BREHM, 2013, Art. 44, N. 19a; OFTİNGER / STARK, 1995, §5 N. 137; KURT, 2015, s. 800, TANDOĞAN, 2010, s. 322.

¹³ SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, N. 22.15; BREHM, 2013, Art. 41, N. 169 vd.; OFTİNGER / STARK, 1995, §5, N. 63 vd.; WERRO, Franz, **Commentaire romand**, Code des obligations I Art. 1-529 CO, 2. édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2012, art. 41, n. 59 vd.; İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 397; ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 89; ANTALYA, 2018, s. 31; BAYSAL, 2012, s. 107-110; BAYSAL, 2019, s. 62; ERDOĞAN, 1990, s. 130 vd.; EREN, 2021, s. 644; GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 93; OĞUZMAN / ÖZ, 2018, s. 58; TANDOĞAN, 2010, s. 50-54. Yargıtay HGK, E. 2017/1502 K. 2020/753 T. 13.10.2020.

¹⁴ Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde başvurulacak ölçü zarar verenin kusuruna nazaran daha tartışmalıdır zira zarar verenin kusurunun belirlenmesinde objektif ölçüye başvurulması gerektiğini kabul eden bazı yazarlar zarar görenin kusurunun belirlenmesinde objektif ölçüden ayrılarak sübjektif ölçünün kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu yönde bkz. PICHONNAZ, Pascal, “Le devoir du lésé de diminuer son dommage”, **La fixation de l’indemnité**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2003 - Université de Fribourg, Bern, 2004, s. 123; WEBER, Stephan, “Die Schadenminderungspflicht- eine metamorphe Rechtsfigur”, **Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung**, St. Gallen, 1999, s. 160. Öte yandan Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş, zarar verenin kusurunda olduğu üzere zarar görenin kusurunun da objektif ölçüye göre belirlenmesi gerektiği yönündedir. ROBERTO, Vito, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess, Zürich, 2002, N. 882; BREHM, 2013, Art. 44, N. 18; OFTİNGER/STARK, 1995, §5, N. 146; TANDOĞAN, 2010, s. 320; ÖZSUNAY, Ergun, “Türk Hukukunda İşleten’in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusur’un Etkisi ve Önemi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını** 1980, s. 102; TİFTİK, Mustafa, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1994, s. 109-110; ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 78; BAYSAL, 2012, s. 114; EREN, 2021, s. 655; GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 240; KURT, 2015, s. 799-800.

¹⁵ Yargıtay HGK, E. 2017/1502 K. 2020/753 T. 13.10.2020.

uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır¹⁶. Buna göre, zarar görenin kusurundan söz edebilmek için zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olması ve zarar görenin davranışının zarar görenle aynı dışsal koşullar altında bulunan soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapması gerekir. Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde zarar görenin içinde bulunduğu dışsal kıstaslar, içsel kıstaslar, somut koşullar ve trafikte güven ilkesi dikkate alınır¹⁷. Zarar görenin kusurunu tespitite hâkim, bu kıstasların hiçbirini tek başına esas almamalı; tüm kıstasları ve koşulları bir arada ve her birinin bir diğeri ile olan etkileşimini dikkate almak suretiyle bir karara varmalıdır.

b. Dışsal Kıstaslar

Kişinin kusurlu olup olmadığını tespitite esas alınacak örnek davranışın belirlenmesinde öncelikle dışsal kıstaslar göz önünde bulundurulur. Başlıca dışsal kıstaslar; olayın gerçekleştiği yer ve zaman (zamansal ve mekânsal koşullar), faaliyetin türü ve özellikle faaliyetin tehlikeliliği, faaliyette bulunan kişinin sahip olması gereken uzmanlık, ilgililer arasındaki ilişkinin yakınlığı ya da aralarındaki özel güven ve de zararın meydana gelmemesi için önleyici ya da alternatif yöntemlerin mevcut olup olmadığı ve bu yöntemlerin maliyetidir.

Motorlu araç işletilmesi bağlamında, olayın gerçekleştiği yer ve zaman (zamansal ve mekânsal koşullar) kıstasına, aracın geniş bir yolda mı yoksa dar bir sokakta mı kullanıldığı; ya da aracın gece mi yoksa gündüz mü kullanıldığı veya aracın kullanıldığı yoldaki aydınlatma örnek olarak verilebilir. Buna göre, gerek araç sürücüsünün kusurlu

¹⁶ Zarar görenin kusurunun teknik anlamda kusur teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Kanaatimizce, gerçek ve teknik anlamda bir kusur olmayıp, mecazi anlamda bir kusurdur. Zarar görenin kusuru esasında bir külfettir ancak zarar verenin kusuruna ilişkin kurallar, bünyesine uygun düştüğü ölçüde zarar görenin kusuruna kıyasen uygulanır. Aynı yönde bkz. HONSELL, Heinrich / ISENRING, Bernhard / KESSLER, Martin A., **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 2013, §9, N. 13; BREHM, 2013, Art. 44, N. 48; PICHONNAZ, 2004, s. 117; N. 30; WEBER, 1999, s. 160; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021; s. 571; NOMER, Haluk Nami, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996, s. 85-86; AYDIN ÖZDEMİR, Elif, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 105; ÖZSUNAY, 1980, s. 102; Yargıtay da bu görüştedir: Yargıtay HGK, E. 2017/3150 K. 2021/870 T. 29.6.2021 Aksi görüş için bkz. ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 91; BAYSAL, 2012, s. 105; KURT, 2015, s. 797-798.

¹⁷ Kusurun belirlenmesinde başvurulacak kıstaslar hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 156 vd.

olup olmadığının gerekse zarar görenin kusurlu olup olmadığının ya da kusurlarının derecelerinin belirlenmesinde zamansal ve mekânsal koşullar göz önünde bulundurulur.

Benzer şekilde, motorlu aracın kullanılması tehlikeli faaliyet teşkil ettiğinden kusurun tespitinde göz önünde bulundurulur. Motorlu araç sürücüsünün, motorlu aracın türüne göre belirli bir uzmanlığa sahip olması aranabilir. İşte faaliyette bulunan kişinin sahip olması gereken uzmanlık da kusurun tespitinde göz önünde bulundurulur. Buna göre, trafikte bir otobüsü kullanan kişinin, bu aracı trafiğin gerektirdiği şekilde kullanabilmesi için gerekli niteliklere, özellikle de buna ilişkin sınıfa ait ehliyete sahip olması aranır. Aksi durumda, aranan niteliklere sahip olmadığı halde bu aracı kullanan kişi bizzat bu davranışı nedeniyle kusurlu addedilecektir. Buna göre, birden fazla aracın karıştığı bir kazada araçlardan birini kullanan kişinin zarar gören olması durumunda gerekli niteliklere sahip olmaksızın bu aracı kullanması zarar görenin kusuru olarak nazara alınır.

c. İçsel Kıstaslar

Kusurun belirlenmesinde dışsal kıstaslar yukarıda açıklandığı üzere dikkate alınır. Kişisel özellikler -içsel kıstaslar- ise belli bir dereceye kadar dikkate alınır. Öncelikle, örnek davranışa esas teşkil eden soyut ve ortalama tip belirlenirken failin yaşı dikkate alınır. Çocuklar kendi yaş gruplarındaki çocuklardan beklenen davranışı sergilemedikleri takdirde kusurlu addedileceklerdir. Motorlu aracın işletilmesinden doğan zarar bakımından da zarar gören küçüğün davranışı aynı yaş grubundaki çocukların sergileyeceği örnek davranışla kıyaslanır. Okul çağındaki çocuklar bazı tehlikelerin ve trafik kurallarına uymanın önemine ilişkin olarak ayırt etme gücüne sahiptir. Bu sebeple trafiğin yoğun olduğu bir bölgede yaya geçidini, üst geçidi veya trafik ışıklarının bulunduğu yerleri kullanmaksızın yoldan geçmeye çalışan ayırt etme gücüne sahip bir küçük açısından zarar görenin kusurunun bulunduğu kabul edilebilecektir.

Yaşlılık da insan yaşamının olağan akışının bir parçası olup kusurun belirlenmesinde bir içsel kıstas olarak göz önünde bulundurulur. Bununla beraber, yaşı nedeniyle becerileri azalan bir kimse, bir fiil gerçekleştirirken bu durumu dikkate almak zorundadır, aksi takdirde kusurlu olarak nitelendirilir. Örneğin, yaşlılık nedeniyle görme becerileri azalan ya da trafik akışının gerektirdiği reaksiyon verme hızı düşen bir kişinin

bu özelliklerini dikkate alarak trafiğe çıkması gerekir; bu kişinin zarar gören konumunda olması durumunda zarar görenin kusuru söz konusu olabilecek ve sigorta şirketinin sorumluluğunda indirimle gidilebilecektir.

İçsel kıstaslara ilişkin olarak, yaş bu şekilde dikkate alınmakla beraber, zarar görenin yaş dışında fiziksel ya da zihinsel engelli olması gibi kişisel özelliklerini de nazara alarak hareket etmesi gerekmektedir. Bununla beraber, bu kimselerin toplum hayatından soyutlanmaları beklenemez. Trafikte karşıdan karşıya geçerken araç sürücülerinin bu kimselerin ihtiyaçlarını dikkate alarak hareket etmeleri gerekir. Öte yandan karanlıkta görme yetisi azalan bir kişinin de geceleyin trafiğe çıkması zarar görenin kusuru teşkil eder.

İçsel kıstaslara ilişkin son olarak, zarar verenin kusurunda olduğu üzere zarar görenin kusurunun belirlenmesinde, alışkanlıklar, bilgisizlik, deneyimsizlik, karakter farklılığı, yorgunluk, dalgınlık, stres, eksik bilgi, unutkanlık gibi salt subjektif sebeplerin dikkate alınmayacağını vurgulamak gerekir.

d. Somut Koşullar ve Trafikte Güven İlkesi

Zarar görenin kusurlu olup olmadığının belirlenmesinde, yukarıda açıklanan dışsal ve içsel kıstasların yanı sıra, zarar görenin içinde bulunduğu somut koşullar da dikkate alınır. Zarar gören, hiç beklenmedik bir şekilde ve herhangi bir hatası bulunmaksızın kendisini trafikte göz açıp kapayıncaya kadar tepki vermesi gereken tehlikeli bir durum içerisinde bulabilir. Zarar görenin bu gibi ani karar vermesini gerektiren durumlarda, olaydan sonra incelendiğinde yanlış olarak değerlendirilen bir tepki somut koşullar altında kusurlu olarak addedilmeyebilir¹⁸. Ancak bunun için zarar gören hiç beklemediği, sürpriz bir durumla karşılaşmış olmalı, zarar görenin verdiği tepki tümüyle mantıksız olmamalı ve son olarak, zarar gören aniden ortaya çıkan bu tehlikeli duruma kendi hatasıyla düşmemiş olmalıdır¹⁹.

Motorlu araç işletilmesinden doğan zararlarda zarar görenin kusurunun tespitinde somut koşulların dikkate alınmasında önem arz eden bir diğer nokta, “trafikte güven

¹⁸ BREHM, 2013, Art. 41, N. 175a.

¹⁹ GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 166.

ilkesi²⁰”dir. Trafikte güven ilkesi, trafik kurallarına uygun hareket eden kişilerin, diğer kişilerin de trafik kurallarına uygun hareket edeceğine ve trafikte gereken ve alışılmış davranışı sergileyeceğine ilişkin haklı ve meşru güveninin korunması anlamına gelir²¹. Örneğin, ana yola girmek üzere dönecek olan araçlar, yolda düz bir şekilde seyrine devam eden araçlara yol vermek durumundadır. Bu şekilde trafikte geçiş üstünlüğü bulunan sürücünün, diğer sürücülerin kendisinin geçiş üstünlüğüne riayet edeceğine dair güveni korunur. Ancak trafikte güven ilkesi mutlak olarak uygulanabilecek bir ilke olmayıp bu güvenin ne kadar korunacağı somut olayın koşullarına göre değişkenlik gösterebilecektir. Örneğin, sürücü kendisinin geçiş üstünlüğüne riayet edilmeyeceğini anladığı an kazanın meydana gelmesini önlemek için somut koşullar içerisinde en uygun makul davranışı sergilemelidir, aksi takdirde sürücü kusurlu addedilebilecektir. Bu örnekte sürücünün zarar gören konumunda olması halinde, sürücünün zarar gören olarak kusuru tazminattan indirim sebebi teşkil edecektir. Trafiğe katılan kişinin çocuk, yaşlı ya da engelli olması da göz önünde bulundurulacak, bu kişilerin trafik güvenliğini temin edecek şekilde davranması kendilerinden beklenemeyeceği hallerde trafikte güven ilkesi bu kimseler bakımından uygulanmayabilecektir²². Özetle, trafikte güven ilkesi zarar görenin kusurunun tespitinde değerlendirilecek olup, kural olarak zarar görenin trafikte güven ilkesine riayet etmesi korunacak ve zarar göre kusurlu addedilmeyecekken; somut olayın koşullarında zarar görenin bu ilkeye riayet etmesi korunmayacak ve zarar gören kusurlu addedilebilecektir.

e. Yargı Kararlarına Konu Olmuş Zarar Görenin Kusuru Örnekleri

Yargı kararlarına motorlu araç işletenin sorumluluğu bağlamında konu olmuş zarar görenin kusuru örneklerinden bazıları şunlardır:

²⁰ “Trafikte güven kuralı” ibaresiyle trafikte güven ilkesine atıfta bulunan bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 4. HD., E. 1987/2027 K. 1987/3265 T. 28.04.1987.

²¹ OFTİNGER/STARK, 1995, §5, N. 71-72; ADAL, Erhan, “Trafikteki Tavır ve Hareketlerde Yeni Bir Temel Kaide, “İtimat Prensibi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1964, Cilt: 30, Sayı: 1-2, s. 234-243; KANGAL, Zeynep T., **Yapay Zeka ve Ceza Hukuku**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 114; KARACAN ÇETİN, 2016, s. 45.

²² GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 172; KARACAN ÇETİN, 2016, s. 45.

- Motosiklet sürücüsünün gerekli koruyucu ekipmanı kullanmaması²³
- Motosiklette kurallara aykırı ve kendi can güvenliğini tehlikeye atacak şekilde kask takmayarak yolculuk yapmak²⁴
- Sürücünün alkollü olduğunu bilerek araca binmek²⁵.
- Emniyet kemeri takmamak²⁶
- Kamyonet kasasında yolculuk yapmak²⁷
- Motorlu araç sürücüsünün aşırı hızla giderken sinyal vermeden öndeki iki aracı sollamaya çalışması²⁸
- Bisiklet sürücüsünün geceyin lambasız bisiklet sürmesi²⁹

2. Zarar Görenin Kusurunun Derecelendirilmesi

Zarar görenin kusurunun derecesi, sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğunda büyük önem arz eder. Zira zarar görenin ağır kusurlu olup olmamasına Karayolları Trafik Kanunu'nda farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu nedenle bu başlık altında zarar görenin kusurunun dereceleri ve önemi izah edilecektir.

a. Kusurun derecelendirmesi

Türk hukukunda doktrin ve yargı kararlarında yerleşmiş kusur derecelendirmesi kasıt-ihmal biçimindedir.

Kasıt, zararlı sonucun fail tarafından bilinmesi ve istenmesi anlamına gelir³⁰. Zararlı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için durum ve

²³ Gaziantep BAM, 17. HD., E. 2019/2904 K. 2021/1970 T. 14.12.2021

²⁴ Yargıtay 17. HD., E. 2016/5186 K. 2019/1526 K. T. 14.02.2019.

²⁵ Yargıtay 17. HD., E. 2014/8674 K. 2016/6076 T. 18.5.2016; Yargıtay 17. HD., E. 2014/8645 K. 2016/6072 T. 18.5.2016; Yargıtay 17. HD., E. 2016/3787 K. 2016/8438 T. 3.10.2016.

²⁶ Yargıtay 17. HD., E. 2016/9809 K. 2019/3946 T. 2.4.2019.

²⁷ Yargıtay HGK., E. 2017/3150 K. 2021/870 T. 29.6.2021

²⁸ BGE 4A_479/2009, 23.12.2009

²⁹ BGE 4A_499/2009, 11.01.2010.

³⁰ HONSELL / ISENİRİNG / KESSLER, 2013, §6, N. 30; ROBERTO, 2002, N. 235; SCHWENZER, 2016, N. 22.12; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 155; REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Beta Yayınevi, Ankara, 2014, s. 172; TEKİNAY, Selahatin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 493; ANTALYA, 2018, s. 28; BAYSAL, 2012, s. 131; ERDOĞAN, 1990,

koşulların gerekli kıldığı tedbirlerin alınmamasına ve özenin gösterilmemesine ise ihmal denir³¹. Aynı koşullar altında bulunan her makul kişi tarafından gösterilecek özen gösterilmeyerek en temel tedbir kurallarının ihlal edilmesine ağır ihmal; aynı şartlar altında bulunan herkesin değil; dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesine hafif ihmal; en temel tedbir kuralları ihlal edilmemekle beraber aynı koşullar altında bulunan kişiden somut olarak beklenen özen ölçüsüne riayet edilmemesine orta ihmal denir³².

Doktrin ve uygulamada yerleşmiş olan ve alışlagelmiş kusur derecelendirmesi kasıt-ihmal biçiminde olmakla beraber, kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nda kusurun ağırlığına göre uygulanacak hükümler bakımından ağır kusur-hafif kusur ayrımı yapmıştır³³. Ağır kusur, kasıt ve ağır ihmali ifade eder. Bu nedenle ağır kusuru sadece ağır ihmal anlamında kullanmak isabetli değildir. Hafif kusur ise, ağır olmayan kusur anlamına gelir ve hafif ihmal ile orta ihmali kapsar.

Bununla beraber, kusurun derecesinin tam olarak belirlenmesinde, failin sergilediği davranış ile soyut ve ortalama tipin örnek davranışı kıyaslanır; failin davranışı soyut ve ortalama tipin örnek davranışından ne ölçüde sapıyorsa fail o derecede kusurludur.

125; EREN, 2021, s. 647; GÜMÜŞ, 2021, s. 449; İNAN / YÜCEL, 2014, s. 394; KILIÇOĞLU, 2021, s. 409; NOMER, 2017, s. 167; OĞUZMAN / ÖZ, 2018, s. 56; ÖZSUNAY, 1980, s. 71; TANDOĞAN, 2010, s. 46.

³¹ ARBEK, Ömer, **Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 51; YAN, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 274; BAYSAL, 2012, s. 131; ERDOĞAN, 1990, s. 126; EREN, 2021, s. 649; GÜMÜŞ, 2021, s. 450; HATEMİ / GÖKYAYLA, 2021, s. 155; İNAN / YÜCEL, 2014, KILIÇOĞLU, 2021, s. 409; NOMER, 2017, s. 167; OĞUZMAN / ÖZ, 2018, s. 58; ÖZSUNAY, 1980, s. 71; s. 395; REİSOĞLU, 2014, s. 172.

³² İhmal ayrımları hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 194 vd.

³³ Türk Borçlar Kanunu'nda ağır kusur-hafif kusur ayrımına yöneltilen eleştiriler için bkz. ATAMER, Yeşim, "Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2006, N. 6, N.6, s. 10; BAŞPINAR, Veysel, "Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, Ankara, 2009, s. 227.

b. Zarar Görenin Kusurunun Derecelendirilmesi

Sigorta şirketinin motorlu araç işletilmesinden doğan sorumluluğunun belirlenmesinde tazminatta yapılacak indirim miktarını etkileyeceğinden zarar görenin kusurunun tam olarak hangi dereceye tekabül ettiğinin tespiti büyük önem arz eder.

Kusurun derecelerine ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar, zarar görenin kusuru için de geçerli olup ortalama tipin davranışından sapma derecesi, zarar görenin kusur derecesini ifade edecektir. Zarar görenin kusuru da, kasıt ya da ihmal biçiminde olabilir³⁴. Zarar gören, zararlı sonucun meydana geleceğini ya da zararın artacağını biliyor ve istiyorsa bu durumda kasıtlıdır³⁵. Örneğin, otoyolda arabaların önüne atlayan kişi kasıtlıdır. Zarar gören, zararlı sonucu – zararın meydana gelmesini ya da zararın artmasını- istememekle beraber, bu durumu engellemek için durumun gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemişse zarar görenin ihmali söz konusudur. Zarar görenin kusuru ağır ihmal, orta ihmal ya da hafif ihmal biçiminde de olabilir. Zarar görenin, kaçınılabilir zararı önlemek için, aynı şartlar altında bulunan her makul kişinin göstereceği özeni göstermemesi, alması gereken en basit tedbirleri almaması, ağır ihmal ancak dikkatli kişilerin göstereceği özeni göstermemesi, alması gereken tedbirleri almaması hafif ihmal teşkil eder.

Zarar görenin kusurunun derecelendirilmesine ilişkin olarak bahse değer bir husus, İsviçre hukukundaki zarar görenin çok hafif ihmal derecesinde kusur derecelendirmesidir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, zarar görenin %10'dan daha düşük olan kusuru hâkim tarafından nazara alınmayabilir³⁶. Federal Mahkeme'ye göre, zarar görenin kusurunun %10'dan daha düşük olarak ve dolayısıyla çok hafif olarak nitelendirildiği durumlarda, zarar görenin kusuru zararın meydana gelmesinde çok tali nitelikte olduğundan dikkate alınmayabilir. Motorcunun kask takmaması, zarar görenin

³⁴ OFTİNGER / STARK, **1995**, §5, N. 153; BAYSAL, **2012**, s. 134; EREN, **2021**, s. 655; OĞUZMAN / ÖZ, **2018**, s. 121; TANDOĞAN, **2010**, s. 320; TİFTİK, **1994**, s. 110. “Müterafik (ortak) kusur kasti olabileceği gibi ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir.” Yargıtay HGK, E. 2017/1502 K. 2020/753 T. 13.10.2020.

³⁵ OFTİNGER / STARK, **1995**, §5, N. 153; EREN, **2021**, s. 655; KURT, **2015**, s. 798; TİFTİK, **1994**, s. 110.

³⁶ BGE 132 II 249, 256. HONSELL / ISENİRING / KESSLER, **2013**, §9, N. 11; ROBERTO, **2002**, N. 883; WERRO, **2012**, art. 44, n. 18.

emniyet kemeri takmaması ve zarar görenin yol çalışması nedeniyle kapalı yolu kullanması somut olay özelinde zarar görenin çok hafif kusuru olarak nitelendirilmiştir. Kanaatimizce bu noktada kusurun ağırlığını dikkate alacak olan hâkim, takdir hakkını kullanmak suretiyle tazminattan indirim uygulamayabilir. Özellikle motorlu aracın sürücüsünün ek kusurunun da bulunduğu durumlarda bu şekilde hareket edilmesi evleviyetle gereklidir.

C. Zarar Görenin Kusurunun Sigorta Şirketinin Sorumluluğuna Etkisi

Zarar görenin kusurunun sigorta şirketinin sorumluluğuna etkisi iki şekilde olabilir:

Bunlardan birincisi zarar görenin kusurunun nedensellik bağına kesmesidir. KTK m. 86/1 uyarınca “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”

Zarar görenin ağır kusuru ile beraber diğer şartlar da (araç işletenin kusurunun bulunmaması ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememesi) mevcutsa sorumluluk ortadan kalkar. Araç işletenin kusuru varsa veya araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemişse, bu durumda zarar gören ağır kusurlu olsa bile, işleten sorumluluktan kurtulamaz ve sigorta şirketinin sorumluluğu doğar. Zira işletenin ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin herhangi bir derecedeki kusuru-ağır ya da hafif kusur olması fark etmez en az kusur bile işletenin ek kusuru teşkil eder- ya da aracın bozuk olması tehlikeyi artırır ve bunun sonuçlarına işleten katlanmalıdır³⁷. Bu sebeple sigorta şirketinin de sorumluluğu doğar.

Zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda zarar görenin fiilini nedensellik bağına kesip kesemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda her ne kadar nedensellik bağı kesilemeyecekse

³⁷ OFTİNGER, Karl / STARK, Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band, Besonderer Teil** - Zweiter Teilband, Gefährdungshaftungen, Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung, Zürich, 1995, §25 N. 438; NOMER, **1992**, s. 39.

de TBK m. 65 hükmü kıyasen uygulanabilir ve tazminat miktarında indirimde gidilebilir³⁸; bir başka görüşe göre ise, ayırt etme gücünden yoksun zarar görenin ağır kusurundan söz edilemeyeceği için bu kimselerin davranışlarının nedensellik bağına kesmesi ve işletenin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir³⁹.

Kanaatimizce, nedensellik bağı değerlendirilmesi objektif bir değerlendirme olup nedensellik bağının kesilmesi için zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olması aranmaz; kusurlu olsun olmasın zarar görenin fiili nitelik ve yoğunluğu itibarıyla zararın tek sebebinin oluşturuyorsa nedensellik bağı kesilebilir⁴⁰. İşletenin sorumluluktan kurtulması için zarar görenin *fiilinin*, motorlu aracın işletme tehlikesini arka plana atacak ve dolayısı ile aracın işletilmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağına kesecek derecede ağır olması yeterlidir⁴¹. Nedensellik bağının kesilmesi için zarar görenin fiilinin mutlaka kusurlu olması ve dolayısı ile zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olması aranmaz. Karayolunda seyir halindeki bir aracın önüne kendini atan bir akıl hastasının kazaya sebep olarak yaralanması ihtimalinde, nedensellik bağının kesilmesine ilişkin diğer şartların da bulunması halinde işletenin ve bu çerçevede sigorta şirketinin de sorumluluğu sona erebilecektir. Bununla beraber, tehlike sorumluluğu zaten işletme tehlikesi ve ağır zarar meydana getirme olasılığı nedeniyle öngörülen bir sorumluluk tipi olduğundan ayırt etme gücünden yoksun zarar görenin fiilinin motorlu aracın işletme tehlikesini arka plana atma olasılığı çok düşüktür. Bu nedenle, zarar görenin işletme tehlikesini arka plana atarak nedensellik bağına kesecek fiili hemen hemen her durumda zarar görenin ağır kusurlu fiiline tekabül edecektir.

Zarar görenin kusurunun sigorta şirketinin sorumluluğuna ikinci etkisi ise indirim sebebi teşkil edebilecek olması biçimindedir. Zarar görenin kusuru ağır kusur derecesinde değilse, bu durumda zarar görenin kusuru somut olayın özelliklerine göre indirim sebebi

³⁸ OFTİNGER / STARK, **1995 II**, §25 N. 571; AŞÇIOĞLU, Çetin, **Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları**, Ankara, 2012, s. 122; TUNÇ, Ramazan, “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (II)”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: Ocak 1992, Cilt: 18, Sayı, 1-2, s. 184; NOMER, **1992**, s. 40.

³⁹ KARACAN ÇETİN, **2016**, s. 278.

⁴⁰ GÖNÜL KOŞAR, **2020**, s. 238.

⁴¹ BAYSAL, **2012**, s. 275-276; GÖNÜL KOŞAR, **2020**, s. 142.

teşkil edebilir. Nitekim KTK m.85/1 uyarınca sorumlu olan işletenin ödemekle yükümlü olduğu tazminattan indirim yapılmasına ilişkin olarak KTK m.86/2’de bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca; “*Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir*”. Bu hüküm esas itibariyle tazminatın belirlenmesine ve indirilmesine ilişkin olarak TBK m.51/1’de yer alan; “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*” ve ayrıca TBK m.52/1’de yer alan, “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*” hükmünün KTK bakımından özel bir uygulamasını oluşturmaktadır. KTK m. 86/2, TBK m. 52’yi daraltan bir hüküm olup KTK m. 86/2’de hâkime sadece indirim yapma yetkisi tanınmış; TBK m. 52’den farklı olarak sırf zarar görenin kusuruna binaen hükmetmeme yetkisi tanınmamıştır⁴².

Zarar görenin, zararın ortaya çıkması ya da zararın artması bakımından kusurlu bir davranışının bulunduğu durumlarda bu kusurun varlığı, tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır ve belirlenen tazminattan indirim yapılır. Zarar görenin kusuru, (1) zararın ortaya çıkmasına etki etmesi ile veya (2) zararın artmasına etkisi ile gerçekleşebilir. Her iki husus birbirinden farklı olup, şartlara göre ayrı ayrı indirim uygulanabilir. Bir motorlu aracın işletilmesi sırasında bir motosiklete çarparak sürücüsünün yaralanmasına sebep olması halinde motosiklet sürücüsünün aracı kullanırken trafik kurallarını ihlal etmesi durumunda kazanın gerçekleşmesine etki etmesi şeklinde kusur ve sürüş esnasında kask takmaması sebebiyle yaralanmanın daha şiddetli olduğu bir durumda zararın artmasına etkisi şeklinde kusur sebebiyle tazminattan ayrı ayrı indirim uygulanması gerekir. Özetle, sigorta şirketinin, KTK m. 85/1 ve dolayısıyla KTK m. 91 kapsamında sorumluluğunun belirlenmesinde zarar görenin kusurunun etkisi iki şekilde olabilir: Birincisi, zarar görenin fiili nedensellik bağına keşebilir ve böylece işletenin ve dolayısıyla sigorta şirketinin sorumluluğu doğmayabilir. Ancak bunun için kanunda öngörülen ek şartlar (araç işletenin kusuru bulunmaması ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememesi)

⁴² BREHM, Roland, **Motorfahrzeughauptpflicht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008, N. 363.

aranır. İkincisi, zarar görenin kusuru ağır kusur derecesinde değilse, bu durumda zarar görenin kusuru somut olayın özelliklerine göre indirim sebebi teşkil edebilir.

III. SİGORTA ŞİRKETİNİN MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN (MÜTERAFİK) KUSURUNUN DİKKATE ALINMASI

A. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Zarar Görenin Kusurunun Dikkate Alınması

Zarar görenin kusurundan söz edebilmek için, zarar görenin fiili ile kaçınılabılır zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Zarar görenin kusuru esasen iki şekilde ortaya çıkabilir: Birincisi, zarar görenin zararın meydana gelmesinden önceki kusurlu davranışı, zararın ortaya çıkmasına katkı –ortak sebep- teşkil edebilir; ikincisi, zararın meydana gelmesinden sonraki zarar görenin kusurlu davranışı, zararı azaltma külfetinin ihlalini teşkil edebilir. Zarar görenin fiili nedensellik bağını kesecek yoğunlukta değilse, kaçınılabılır zarar bakımından ortak sebep teşkil eder. Bu durumda zarara hem sorumlu kişinin hem de zarar görenin katlanması gerekmektedir⁴³. Böylece, zarar görenin kusuru esasen tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak ve zarar görenin kusuru tazminattan indirim sebebi teşkil edecektir.

Yargıtay da bu görüştedir:

“Zararın meydana gelmesinde veya artmasında mağdurun da kusurunun bulunması halinde sözkonusu olan müterafik kusur 6098 sayılı TBK md. 52 de düzenlenmiştir. Mağdurun kusurunun zararın meydana gelmesinde başlıca etken olması halinde zarar verenin sorumluluğunun kalkması sözkonusu olabileceği gibi belirlenen kusura göre zarar ve ziyandan indirim yapılmasını da gerektirebilir. Müterafik kusur indiriminde her somut olayın özelliğine göre olayın meydana geliş tarzı ve zararın artmasında zarar görenin kusurlu

⁴³ SCHWENZER, 2016, N. 16.14-16.20; WERRO, 2012, art. 44, n. 26; ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 125; BAYSAL, 2012, s. 175-178; GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 244; KURT, 2015, s. 804.

davranışının sonuca etkisi değerlendirilerek uygun oranda bir indirim yapılması gerekir.” Yargıtay 4. HD., E. 2021/3197 K. 2021/2610 T. 8.6.2021.

“Müterafik kusur indiriminde hâkim tarafından her somut olayın özelliğine göre olayın meydana geliş tarzı ve zararın artmasında zarar görenin kusurlu davranışının sonuca etkisi değerlendirilmeli ve değerlendirmeye uygun oranda bir indirim yapılmalıdır.” Yargıtay HGK., E. 2017/3150 K. 2021/870 T. 29.6.2021.

“...zarar görenin davranışının illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olup olmadığı tespit edildikten sonra zarar görenin müterafik (ortak) kusuru belirlenerek sorumluluk paylaşılır tazminattan indirim yapılacaktır.” Yargıtay HGK, E. 2017/1502 K. 2020/753 T. 13.10.2020.

Sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğunda zarar görenin kusuru sebebiyle yapılacak indirimin nasıl belirleneceğine gelince; borçlar hukukuna hâkim olan ilkeler bakımından tehlike sorumluluğunda zarar görenin kusurunun etkisi zarar görenin kusuru ile tehlikenin büyüklüğü karşılaştırılmak suretiyle belirlenir⁴⁴.

Öte yandan, Yargıtay, kararlarında zarar görenin kusuru (Yargıtay “müterafik kusur” ifadesini kullanmaktadır) nedeniyle yapılacak indirime ilişkin olarak kategorik bir yaklaşım belirlemiş ve zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim oranını %20 olarak kabul etmiştir. Yargıtay, kararlarında %10 ve %5 indirim oranlarını az; %30 indirim oranını ise fazla bulmuştur. Bu yönde şu kararlara örnek verilebilir:

- *“...desteğin motosiklette nizamla aykırı ve kendi can emniyetini tehlikeye atacak şekilde kask takmayarak yolculuk yapmasının sürüş kusurlarından olmayıp, hâkim tarafından tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilecektir. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre de, hesaplanan tazminattan Mahkemece %20 oranında müterafik kusur indirimi yapılması gerekirken, ATK raporunda destek için tespit edilen ve **Daire uygulaması olan %20'den az olan %10 müterafik kusur oranı üzerinden indirim yapılmak suretiyle tazminat***

⁴⁴ GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 249.

hesabı yapılan aktüer raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 17. HD., E. 2016/5186, K. 2019/1526, T. 14.02.2019.

- “**Bu durumda, davacının kazalı motosiklete koruyucu ekipman olan dizlik kullanmaksızın bindiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Müterafik kusur indiriminde, her somut olayın özelliğine göre olayın meydana geliş tarzı ve zararın artmasında zarar görenin kusurlu davranışının sonuca etkisi değerlendirilerek uygun oranda bir indirim yapılması gerekmektedir. Buna göre hesaplanan tazminattan Dairemiz uygulamalarına göre 6098 sayılı TBK md. 52. maddesi gereğince %20 oranında müterafik kusur indirimi yapılması gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi da doğru görülmemiştir.”** Yargıtay 17. HD., E. 2021/2763 K. 2021/2762 T. 16.3.2021

- “**Dosya kapsamı itibariyle kazada ölen davacılar murisi yolcu ...'ın araç sürücüsünün alkollü olduğunu bilerek araca binmiş olduğu anlaşılmakta olup, buna göre, zarara uğrayanın zarar doğuran eyleme razı olmuş veya kendisinin yol açtığı durum ve koşullar zararın meydana gelmesine etki yapmış ise; tazminat miktarından Borçlar Yasa'nın 44. maddesi (6098 S.BK.mad.52) uyarınca, olayda ölenin müterafik kusuru bulunduğundan uygun tutarlarda indirim yapılması gerektiği açıktır. Mahkemece bu doğrultuda %30 oranında indirim yapılması Dairemiz uygulamasına göre fazladır. Yine aynı şekilde mahkemece bilirkişinin belirlediği maddi tazminattan hatır taşınması nedeniyle %40 oranında indirim yapılmış olması da fazla olup, Dairemizin yerleşik uygulamasına göre bilirkişi tarafından belirlenen tazminattan %20 oranında hatır taşınması nedeni ile indirim, %20 oranında müterafik kusur sebebi ile indirim yapılarak sonucuna göre karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.”** Yargıtay 17. HD., E. 2016/4100 K. 2016/5898 T. 12.5.2016

Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu kategorik ve belirli bir yüzdeyi dayatan yaklaşımı isabetli değildir. Hukuk güvenliği açısından yargı kararlarında tutarlılık, şeffaflık ve

tarafklar açısından öngörülebilirlik olması istenen bir durumdur; bununla beraber, kategorik yaklaşımlar somut olay adaletine ket vurabilecek niteliktedir. Zarar görenin kusuru nedeniyle tazminattan yapılacak indirim her somut olay özelinde, sorumluluğu doğuran olayın bütün şartları dikkate alınmak suretiyle ve zarar görenin kusurunun derecesine göre yapılmalıdır. Bu kategorik yaklaşım somut olayın bütün özelliklerini dikkate almadığı gibi, zarar görenin kusurunun derecesini de dikkate almamaktadır. Zarar görenin kusuru sebebiyle tazminattan indirim yapılması ve indirim oranının belirlenmesi, Türk Medeni Kanunu m. 4 bağlamında hâkimin takdir yetkisindedir. Hâkimin, gerekçelerini ortaya koymak suretiyle somut olay adaletini sağlamak adına daha yüksek veya daha düşük bir miktarda tazminattan indirim yapılması mümkün olmalıdır. Bu sebeple %20 gibi bir zorunlu indirim oranının dayatılması isabetli değildir.

Sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğunda zarar görenin kusurunun tazminat miktarına etkisi belirlenirken ele alınacak bir diğer husus ise, araç sürücüsünün/işletenin/teşebbüs sahibinin ek (munzam) kusurunun etkisidir. Motorlu araç işletenin sorumluluğunda zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim belirlenirken; araç sürücüsünün/işletenin/teşebbüs sahibinin (ek/munzam) kusurunun bulunması durumunda bu ek kusurun zarar görenin kusurunu nötralize edip etmeyeceği (etkisizleştireceği) incelenmelidir. Kanaatimizce, ek kusurun varlığı zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirimi elbette azaltacaktır ancak ek kusurun zarar görenin kusurunu nötralize edeceği ve zararın tamamına sorumlu kişinin katlanacağı gibi genellemelerden kaçınılmalıdır⁴⁵.

Son olarak, sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğunda zarar görenin kusurunun tazminat miktarına etkisi belirlenirken şu hususa dikkat çekmek gerekir: Zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim, zararın tamamı üzerinden yapılır; sigorta şirketinin sorumlu olduğu üst meblağ üzerinden yapılmaz. Zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapıldıktan sonra hesaplanan tazminat miktarı sigortacının sorumlu olduğu üst limiti aşarsa, sigortacı tam ödeme yapmalıdır.

⁴⁵ GÖNÜL KOŞAR, 2020, s. 261. Aynı görüşte bkz. OFTINGER / STARK, 1995, §9, N. 17. Aksi görüşte bkz. HONSELL / ISENRING / KESSLER, 2013, §9, N. 26; GÜMÜŞ, 2021, s. 572; ÖZSUNAY, 1980, s. 70; TANDOĞAN, 2010, s. 318; TİFTİK, 1994, s. 139.

Açıklamalarımızı bir örnekle somutlaştıracak olursak;

Motorlu aracın işletilmesinden doğan zarar 1.000.000 TL olsun.

Sigortacının sorumlu olduğu üst sınır 400.000 TL olsun.

Somut olayın koşullarında zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim de %25 nedeniyle: 250.000 TL olsun.

Bu durumda işletenin sorumluluğu $1.000.000 - 250.000 = 750.000$ TL'dir.

Bu açıklamalar çerçevesinde sigorta şirketi, zarar görenin kusuru sebebiyle tazminattan indirim uygulanmış hali ile teminat limitinin tamamından sorumlu olup, zarar görene teminat limitinin tamamı olan 400.000 TL tutarında ödeme yapmalıdır.

B. Zarar Görenin Kusurunun İspatı

Zarar görenin kusurunun ispatına ilişkin olarak şu hususlara dikkat edilmelidir. Öncelikle ispat yükü; bir hakkın varlığının ileri sürülmesi durumunda bu hakkın dayandığı olguların kimin tarafından ispatlanacağını belirlemesidir. Türk Medeni Kanunu m. 6 uyarınca, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" Buna göre, zarar görenin kusurlu olduğunu ve bu nedenle tazminattan indirim yapılması gerektiğini savunan işleten/teşebbüs sahibi/sigorta şirketi zarar görenin kusurunu ispat yükü altındadır.

C. Zarar Görenin Kusurunun Re'sen Dikkate Alınıp Alınmayacağı Sorunu

Sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğunda zarar görenin kusurunun değerlendirilmesinde önem arz eden bir husus, zarar görenin kusurunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp alınmayacağıdır. Zarar görenin ağır kusuru, nedensellik bağına kesmiş ve sorumluluğu ortadan kaldırmışsa bu durum itiraz teşkil eder ve re'sen dikkate alınır. Yargıtay, ağırlığı daha az olan müterafik kusuru da aynı bağlamda değerlendirmek suretiyle, zarar görenin kusurunun TBK m. 52'de yer alan diğer etkenler ile birlikte hâkim (hakem) tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Zarar görenin kusurunun re'sen dikkate alınması gerektiğine Yargıtay kararlarında def'aten yer vermiştir:

“Haksız fiile dayanan tazminat istemlerinde; haksız fiilin unsurlarından olan zarara ilişkin tüm tespitlerin doğru biçimde yapılması ile zarara etki eden tüm hususların dikkate alınması gerekir. Yukarıda anılan yasal düzenlemeler gereği, tazminatı belirleme konusunda tek yetkili olan mahkemece, **zararı doğuran ya da ağırlaştırılan durumların (müterafik kusurun) re’sen dikkate alınması zorunlu olduğundan, bu hususta bir itiraz olup olmadığına bakılmaksızın gerekli incelemelerin yapılması şarttır.**” Yargıtay 17. HD., 2015/9251 E., 2018/3894 K.; 17. HD., 2016/7818 E., 2019/393 K.; 17. HD., 2015/4610 E., 2018/307 K.

“Ayrıca, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesine (818 sayılı BK'nun 44. md.) göre zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. **Bu durum, mahkemece re'sen göz önüne alınması gereken bir durumdur.**” Yargıtay 17. HD., 2015/2916 E., 2017/8709 K.

“Dava, zorunlu mali sorumluluk sigorta ilişkisinden kaynaklanan rücu davasıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesine (818 sayılı BK 44) göre zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. **Mahkemece, bu durum re'sen gözönüne alınması gereken bir durumdur.**” Yargıtay 17. HD., 2015/18377 E., 2016/4364 K.

“Müterafik kusur indiriminde her somut olayın özelliğine göre olayın meydana geliş tarzı ve zararın artmasında zarar görenin kusurlu davranışının sonuca etkisi değerlendirilerek karar verilmesi gerekir ve zarar görenin müterafik kusurunun tespiti halinde BK.nun 44.maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında benimsenmiş ve

yerleşmiş bulunmaktadır. **Bu husus re'sen tazminat belirlenirken irdelenmelidir.**" Yargıtay 17. HD, 2019/2168 E. 2020/4627 K.

"Zararın meydana gelmesinde veya artmasında mağdurun da kusurunun bulunması halinde söz konusu olan müterafik kusur 6098 sayılı TBK'nın 52.maddesinde düzenlenmiştir. Mağdurun kusurunun zararın meydana gelmesinde başlıca etken olması halinde zarar verenin sorumluluğunun kalkması söz konusu olabileceği gibi belirlenen kusura göre zarar ve ziyandan indirim yapılmasını da gerektirebilir. Müterafik kusura ilişkin savunma bir def'i olmadığından mahkemece bu yönde bir savunma olmasa dahi resen araştırılması ve tartışılması gerekmektedir." Yargıtay 4. HD., E. 2021/5622 K. 2021/7246 T. 20.10.2021.

Kararların değerlendirilebilmesi bakımından zarar görenin kusurunun re'sen dikkate alınmasının hukuk sistematigindeki yerini tespit etmek gerekir.

Bu hususun değerlendirilmesi borçlar hukuku bağlamında borçlunun savunma imkanlarını oluşturan itiraz ve (dar anlamda) def'i kavramlarında saklıdır. Bu bağlamda itiraz; bir hakkın doğmadığı veya doğmuş olan bir hakkın sonradan ortadan kalktığına ilişkin bir olayın ileri sürülmesidir. Def'i (dar anlamda) ise, özel bir sebebe dayanarak borcun ifasından kaçınma yetkisi veren bir (karşı) hakkın ileri sürülmesidir⁴⁶.

Bu iki kavram arasındaki farklılık kendini, bir hususun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması noktasında gösterir. Zira itiraz oluşturan husus, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur. Bu çerçevede ileri sürülme bile dava malzemesinden, tarafların ileri sürdükleri olaylardan, dosyadaki belgelerden bunu görür, tespit ederse hâkim bu hususu dikkate almak zorundadır. Def'i, niteliği itibariyle bir hak olduğu için, her hak gibi bunu ileri sürme yetkisi borçluya aittir.

⁴⁶ Def'i ve itiraza ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT, Ferhat, "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: Haziran 2008, Cilt: 3, Sayı: 1, (s. 255-270).

Yargıtay kararlarındaki ortak nokta, TBK m. 51 ve 52 hükümlerine atıfta bulunulmak suretiyle ortaya konulan “...*tazminatı belirleme konusunda tek yetkili olan mahkemece, zararı doğuran ya da ağırlaştırılan durumların (müterafik kusurun) re’sen dikkate alınması zorunlu olduğundan, bu hususta bir itiraz olup olmadığına bakılmaksızın gerekli incelemelerin yapılması şarttır...*” şeklindeki cümlelerdir.

Yargıtay, -ispat yükünün kimde olduğundan bağımsız olarak- tazminat hakkının doğup doğmadığı ve miktarının ne olacağı hususunu, bir hakkın doğumu ile ilişkili görmekte ve bu bağlamda belirtilen hususu, borçlunun savunma imkanları açısından “itiraz” olarak nitelendirmektedir.

İşletenin ve bu bağlamda sigorta şirketinin sorumluluğunun doğmasına ilişkin şartlar, KTK m. 85/1’de düzenlenmiştir.

Kusur, KTK m. 85/1 anlamında sorumluluğun bir unsuru değildir. Bu sebeple işletenin veya (eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin) kusurunun bulunup bulunmaması sorumluluğun doğması bakımından önem taşımaz. Bu sebeple de sürücünün kusurunun ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. İşletenin kusuru, KTK m. 85/1 anlamında sorumluluğun bir unsuru olmamakla birlikte, zarar görenin kusuru, kusurun ağır olması halinde (diğer şartlar da varsa) nedensellik bağının kesilmesine sebep olmakta ve böylece KTK m.85/1’de aranılan unsurlardan birinin varlığını ortadan kaldırmakla sorumluluğun (ve bu şekliyle de hakkın) doğumuna engel olmaktadır. Bu sebeple de “itiraz” olarak nitelendirilmekte ve bunun sonucu olarak da hâkim (hakem) tarafından re’sen dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay, ağırlığı daha az olan müterafik kusuru da aynı bağlamda değerlendirmek suretiyle, TBK m. 52’de yer alan diğer etkenler ile birlikte zarar görenin kusurunun hâkim (hakem) tarafından re’sen dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

Açıklamalar çerçevesinde zarar görenin kusurunun varlığı, Yargıtay yaklaşımı ile, gerek nedensellik bağının kesilmesine sebep olduğu durumlar bakımından sorumluluğu (ve bu bağlamda hakkı) ortadan kaldırması hasebiyle gerekse tazminattan indirim sebebi olarak hakkı sınırlandırması yönüyle hukuk hâkimi (hakemi) tarafından -ispat yükünün kimde olduğundan bağımsız olarak- dosya içeriğinden anlaşıldığı takdirde re’sen (kendiliğinden) dikkate alınmalıdır.

SONUÇ

Sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan hukuki sorumluluğunda zarar görenin (müterafik) kusuru ve dikkate alınmasına ilişkin olarak şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

Motorlu araçların işletilmeleri sebebiyle neden oldukları kazalardan doğan zararlardan dolayı işleten ya da teşebbüs sahibinin KTK m. 85/1 uyarınca zarar görene karşı sorumluluklarının teminat altına almak amacıyla KTK m. 91'de zorunlu mali sorumluluk sigortası sistemi öngörülmüştür. Zorunlu mali sorumluluk sigortası, motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin, zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve kanunen zorunlu kılınan bir sorumluluk sigortası türüdür. Sigorta şirketi, KTK m. 91 gereğince KTK m. 85/1 çerçevesinde işletenin verdiği zararları belli bir meblağa kadar karşılamak zorundadır

KTK m. 85/1 bir kusursuz sorumluluk rejimi olan tehlike sorumluluğunu öngörmektedir. İşleten/teşebbüs sahibi kusursuz olsa bile zararın tamamını tazminle yükümlüdür; kusurunun bulunmaması ya da hafifliğinden (az kusurlu olduğundan) bahisle tazminattan indirim talebinde bulunamaz. Sigorta şirketlerinin, sürücünün kusurlu olmadığını ileri sürmesi anlamsız olduğu gibi, belirli bir oran vererek (%30-40-50) kusurlu olduğunu beyan etmesi, ek (munzam) kusurun ifşasından başka bir şey değildir. Sigorta şirketleri, tazminattan indirim için sigortalı araç sürücüsünün kusur durumunu değil, zarar görenin kusurunun varlığını ileri sürmelidir. Zira zarar görenin kusuru tazminattan indirim sebebi teşkil edebilecek veya kusurun ağırlığına göre nedensellik bağıını kesmek suretiyle sorumluluğu ortadan kaldıracaktır.

Zarar görenin kusuru, zarar görenin, zararın ortaya çıkmaması ya da zararın artmasını önlemek için makul önlemler almaması anlamına gelir. Zarar görenin kusurundan söz edebilmek için zarar görenin davranışı ile kaçınılabılır zarar arasında

uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde objektifleştirilmiş kusur ölçüsüne başvurulur.

Zarar görenin kusurunun sigorta şirketinin sorumluluğuna etkisi iki şekilde olabilir: Birincisi, zarar görenin fiili nedensellik bağını kesebilir ve böylece işletenin ve dolayısıyla sigorta şirketinin sorumluluğu doğmayabilir. Ancak bunun için kanunda öngörülen ek şartlar (araç işletenin kusuru bulunmaması ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememesi) aranır. İkincisi, zarar görenin kusuru ağır kusur derecesinde değilse, bu durumda zarar görenin kusuru somut olayın özelliklerine göre indirim sebebi teşkil edebilir. Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde zarar görenin içinde bulunduğu dışsal kıstaslar, içsel kıstaslar, somut koşullar ve trafikte güven ilkesi dikkate alınır. Zarar görenin kusurunu tespitite hâkim, bu kıstasların hiçbirini tek başına esas almamalı; tüm kıstasları ve koşulları bir arada ve her birinin bir diğeri ile olan etkileşimini dikkate almak suretiyle bir karara varmalıdır.

Sigorta şirketinin motorlu aracın işletilmesinden doğan hukuki sorumluluğunda zarar görenin (müterafik) kusurunun dikkate alınmasında şu hususlara dikkat çekmek gerekir: Yargıtay zarar görenin kusuru (Yargıtay “müterafik kusur” ifadesini kullanmaktadır.) nedeniyle yapılacak indirim ilişkin olarak kategorik bir yaklaşım belirlemiş ve zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim oranını %20 olarak kabul etmiştir. Kanaatimizce, Yargıtay’ın bu kategorik ve belirli bir yüzdeyi dayatan yaklaşımı isabetli olmayıp zarar görenin kusuru nedeniyle tazminattan yapılacak indirim her somut olay özelinde sorumluluğu doğuran olayın bütün şartları dikkate alınmak suretiyle ve zarar görenin kusurunun derecesine göre yapılmalıdır. Ayrıca ek kusurun varlığı zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirimi elbette azaltacak olmakla beraber, ek kusurun zarar görenin kusurunu nötralize edeceği ve zararın tamamına sorumlu kişinin katlanacağı gibi genellemelerden kaçınılmalıdır.

Zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim, zararın tamamı üzerinden yapılır; sigorta şirketinin sorumlu olduğu üst meblağ üzerinden yapılmaz. Zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapıldıktan sonra hesaplanan tazminat miktarı sigortacının sorumlu olduğu üst limiti aşarsa, sigortacı tam ödeme yapmalıdır.

Son olarak, zarar görenin kusurunu ispat yükü, işleyen/teşebbüs sahibi/sigortacıda olup zarar görenin (müterafik) kusurun varlığı, Yargıtay Yaklaşımı ile, gerek nedensellik bağının kesilmesine sebep olduğu durumlar bakımından sorumluluğu (ve bu bağlamda hakkı) ortadan kaldırması hasebiyle gerekse tazminattan indirim sebebi olarak hakkı sınırlandırması yönüyle hukuk hâkimi (hakemi) tarafından - ispat yükünün kimde olduğundan bağımsız olarak- dosya içeriğinden anlaşıldığı takdirde re'sen (kendiliğinden) dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- ADAL, Erhan, “Trafikteki Tavır ve Hareketlerde Yeni Bir Temel Kaide, “İtimat Prensibi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1964, Cilt: 30, Sayı: 1-2, (s. 234-243).
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, (s. 511-539).
- ALTINOK ORMANCI, Pınar, **Zararı Azaltma Külfeti**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ALTUNKAYA, Mehmet, “Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1999, Cilt: 7, Sayı: 1-2, (s. 171-196).
- ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ARBEEK, Ömer, **Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- AŞÇIOĞLU, Çetin, **Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları**, Ankara, 2012.
- ATAMER, Yeşim, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2006, N. 6, (s. 8-37).

AYAN, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

AYDIN ÖZDEMİR, Elif, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, 2. Baskı, Ankara, 2017.

BAŞPINAR, Veysel, “Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Ankara, 2009, (s. 215-237).

BAYSAL, Başak, **Haksız Fiil Hukuku**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

BAYSAL, Başak, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

BOLATOĞLU, Bolat, **Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları)**, Ankara, 1988.

BREHM, Roland, **Berner Kommentar**, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2013.

BREHM, Roland, **Motorfahrzeughaftpflicht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008.

CANBOLAT, Ferhat, “Defi ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: Haziran 2008, Cilt: 3, Sayı: 1, (s. 255-270).

CANBOLAT, Ferhat / GÖNÜL KOŞAR, Günhan, “Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta “Kusur”un Önemi ve Sorumluluğa Etkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 23, Sayı: 2, (s. 839-872).

ÇEKİN, Mesut Serdar, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ÇELİKTAŞ, Demet, **2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu**, İzmir, 1987.

- ERDOĞAN, İhsan, “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1990, Cilt: 3, Sayı: 1, (s. 109-134).
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- GÖNÜL KOŞAR, Günhan, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- HAVUTÇU, Ayşe / GÖKYAYLA, K. Emre, **Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukuki Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- HONSELL, Heinrich / ISENRING, Bernhard / KESSLER, Martin A., **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 5.Auflage, Schulthess, Zürich, 2013.
- İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- KANGAL, Zeynep T., **Yapay Zeka ve Ceza Hukuku**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KARACAN ÇETİN, Hatice, **Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KARASU, Rauf, **Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- KENDER, Rayegân, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 15. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

- KURT, Leyla Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 64, Sayı: 3, (s. 775-814).
- NOMER, Haluk Nami, “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 1992, Cilt:66, Sayı:1-2-3, (s. 1-54).
- NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- NOMER, Haluk Nami, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996.
- OFTİNGER, Karl / STARK, Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd., Allgemeiner Teil**, Zürich, 1995.
- OFTİNGER, Karl / STARK, Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band, Besonderer Teil - Zweiter Teilband**, Gefährdungshaftungen, Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung, Zürich, 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖZSUNAY, Ergun, “Türk Hukukunda İşleten’in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusur’un Etkisi ve Önemi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını**, 1980, (s. 67-128).
- PICHONNAZ, Pascal, “Le devoir du lésé de diminuer son dommage”, **La fixation de l’indemnité**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2003 - Université de Fribourg, Bern, 2004, (s. 109-134).
- REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Beta Yayınevi, Ankara, 2014.
- ROBERTO, Vito, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess, Zürich, 2002.
- SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016.

TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, (1961 Tıpkı Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TEKİNAY, Selahatin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TİFTİK, Mustafa, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1994.

TUNÇ, Ramazan, “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (I)”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: Ekim 1991, Cilt: 17, Sayı: 4, (s. 525-539).

TUNÇ, Ramazan, “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (II)”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: Ocak 1992, Cilt: 18, Sayı: 1-2, (s. 169-187).

WEBER, Stephan, “Die Schadenminderungspflicht- eine metamorphe Rechtsfigur”, **Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung**, St. Gallen, 1999, (s. 133-177).

WERRO, Franz, **Commentaire romand**, Code des obligations I Art. 1-529 CO, 2. édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2012.

ZORLUOĞLU YILMAZ, Ayça, **Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

TÜRK TİCARET KANUNU VE SERMAYE PİYASASI KANUNU HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE TANINAN MALİ HAKLAR

*FINANCIAL RIGHTS GRANTED TO MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS IN ACCORDANCE
WITH THE PROVISIONS OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE AND THE CAPITAL MARKETS
CODE*

Hakemli Makale
Ash E. GÜRBÜZ USLUEL*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	201
I. Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Hakları.....	203
A. Genel Olarak	203
B. TTK’da Düzenlenen Mali Haklar.....	205
1. Huzur Hakkı.....	205
2. Ücret	205
3. İkramiye/Prim	205
4. Kazanç Payı	206
C. Kurumsal Yönetim Tebliği’nde Düzenlenen Mali Haklar	208
II. Mali Hakların Tutarının Belirlenmesi.....	209
A. Eşit İşlem İlkesinin Uygulanabilirliği	209
B. Mali Hakların Tutarının Genel Kurul Kararları ile Belirlenmesinde Gündeme Gelebilecek Sorunlar.....	210
C. İkinci Bir Görev Nedeniyle Sağlanacak Mali Hakkın Belirlenmesi	212
SONUÇ	215
KAYNAKÇA.....	216

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1108704

Makalenin Geliş Tarihi: 25.04.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 06.09.2022

* Doç. Dr., İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

E-posta: aslielif@bilkent.edu.tr

ORCID: 0000-0002-5873-3157

ÖZ

Türk Ticaret Kanunu m. 394 hükmüne göre yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilir. Hükmün gerekçesinde de, esas sözleşme ya da genel kurul kararıyla belirlenecek mali hakların sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde tespit edildiği ifade edilmektedir.

Gerek Türk Ticaret Kanunu gerek Sermaye Piyasası Kanunu ve buna bağlı olarak çıkarılan ikincil düzenlemeler göz önüne alındığında, konuyla ilgili cevaplanması gereken üç temel soru olduğu görülmektedir. Yönetim kurulu üyelerine herhangi bir mali hak tanınması zorunlu mudur? Ödeme yapıldığı takdirde, söz konusu ödeme tüm üyeler arasında eşit olarak mı yapılmalıdır? Mali hakkın miktarı nasıl tespit edilir? Bu çalışmada belirtilen soruların cevapları araştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim kurulu üyelerinin mali hakları, huzur hakkı, ikramiye, prim, ücret, kazanç payı

ABSTRACT

According to the Turkish Commercial Code article 394, the members of the board of directors may be paid attendance fees, wages, bonuses, premiums and a share of the annual profit, provided that the amount is determined by the articles of association or the decision of the general assembly. In the preamble of the article, it is stated that the financial rights to be determined by the articles of association or the decision of the general assembly are determined within the framework of the limited number principle.

Considering both the Turkish Commercial Code and the Capital Markets Code and the secondary regulations enacted accordingly, it is seen that there are three basic questions that need to be answered on the subject. Is it obligatory to grant any financial rights to the members of the board of directors? If payment is made, should it be made equally among all members? How is the amount of the financial right determined? In this study, the answers to the questions that stated are examined.

Keywords: Financial rights of the members of the board of directors, attendance fees, bonuses, premiums, wages, dividend share

GİRİŞ

Yönetim kurulu üyelerine tanınan mali haklar önemini özellikle küresel çapta gerçekleşen krizlerle göstermiş, gerek Amerika Birleşik Devletleri'nde¹ (ABD) gerek

¹ ABD'de özellikle 2001 senesinde büyüyen ekonomik durgunluk ve ortaya çıkan şirket skandalları (Enron, Worldcom, Tyco International gibi önemli şirketlerin iflası), yönetim kurulu üyelerinin mali

Avrupa Birliği'nde (AB)² yapılan düzenlemelerde konu ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Türk hukukunda da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) ve ikincil düzenlemelerinde anılan konu yer almış, yönetim kurulu üyelerine sağlanabilecek mali hakların neler olduğu, mali hakların nasıl belirlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, özellikle yönetim kurulu üyelerinin mali haklarını düzenleyen TTK m. 394 hükmü uyarınca bazı soruların cevapsız kaldığı ve daha detaylı incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Zira yönetim kurulunun ve şirket yöneticilerinin mali haklarına ilişkin tutara karar verecek organın hangisi olması gerektiği, yönetim kurulu üyesi açısından öngörülebilir kazanç payının ne şekilde ödeneceği, yönetim kurulu üyesinin birden fazla görevi olduğu takdirde her bir görev için ayrı bir mali hakkı olup olmayacağı, bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde anılan ikinci görev konusundaki tutara hangi organın karar vereceği ve her bir yönetim kurulu üyesine tanınacak mali hakkın eşit olarak belirlenmesinin zorunlu olup olmadığı cevaplanması gereken sorular arasında yer almaktadır.

Bu çerçevede, çalışmanın ilk bölümünde yönetim kurulu üyelerinin mali hakları gerek TTK gerekse SerPK ve ikincil düzenlemeleri kapsamında açıklanacak, ikinci bölümde ise mali hakların tespitinin nasıl yapılacağı ayrıntılarıyla ele alınacaktır. Dolayısıyla, söz

haklarının belirlenmesinin ve denetiminin önemini ortaya koymuştur. Bu çerçevede ABD'de 2002 tarihli Sarbones-Oxley Act yürürlüğe girmiştir. Bkz. HILL, Jennifer, **Regulating Executive Remuneration: International Developments in The Post-Scandal Era**, September 2006, s. 11 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=922299 (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

² Bu kapsamda AB Komisyonu 30 Nisan 2009'da yöneticilerin mali haklarına ilişkin 2009/385/EC sayılı bir tavsiye yayınlamış, bunun ardından 2007/36/EC numaralı Yönerge ile bu Yönerge'yi yürürlükten kaldıran 17 Mayıs 2017 tarihli EU 2017/828 Yönergesi yürürlüğe girmiş ve bu Yönerge'nin 9b maddesi uyarınca merkezi AB'ye üye ülkelerden birinde bulunan ya da payları üye ülkelerden birinin borsalarına kote edilmiş olan şirketlerin yöneticilerine verilen mali haklara ilişkin ayrıntılı bir rapor hazırlama yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı zamanda Yönerge m. 9b(6)'da Komisyon'a raporun hazırlanışına ilişkin bir rehber hazırlama görevi verilmiş, Komisyon da bu konuya ilişkin bağlayıcı olmayan, ancak şirketlerin yöneticilerin mali hakları ile ilgili, Yönerge ile uyumlu, açık, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir bilgileri kamuya açıklamalarına yardım edecek rehberi hazırlamıştır. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, **Guidelines on the standardised presentation of the remuneration report under Directive 2007/36/EC, as amended by Directive (EU) 2017/828 as regards the encouragement of long-term shareholder engagement**, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/rrg_draft_21012019.pdf, (Erişim Tarihi: 24.03.2022). Ayrıca bkz. KUMPAN, Christoph, "Performance and Remuneration of Company Directors - Legal Approaches in Germany, the EU, and the U.S. - 85." **Strani Pravni Zivot (Foreign Legal Life)**, vol. 2008, no. 1, 2008, s. 90 vd.; FERRARİNİ, Guido/MOLONEY, Niamh/VESPRO, Cristina, **Executive Remuneration in the EU: Comparative Law and Practice** (June 2003). ECGI - Law Working Paper No. 09/2003, s. 16 vd. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=419120> (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

konusu çalışma özellikle yukarıda ifade edilen soruların cevaplarını aramaktadır. Bu nedenle kapsamının genişliği ile başka bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek mali hakların iadesine ilişkin hükümler inceleme kapsamı dışında tutulmuştur.

I. Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Hakları

A. Genel Olarak

Yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin TTK m. 394 önem taşımaktadır. Zira hüküm, yönetim kurulu üyelerine tutarı esas sözleşme ile ya da genel kurul kararıyla belirlenmek şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebileceğini düzenlemektedir. Anılan hükmün gerekçesinde ise TTK m. 394 kapsamında belirlenen mali hakların sınırlı sayıda düzenlendiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hükmün gerekçesinden yönetim kurulu üyelerine bu kapsam dışında bir mali hakkın tanınamayacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, esas sözleşmede düzenlenmek ya da genel kurul kararıyla belirlenmek şartıyla başka bazı mali hakların da yöneticilere verilmesi önünde bir engel olmamalıdır³. Zira mali hakların sınırlı sayıda düzenlenmesi, şirketin malvarlığını korunmaya yönelik bir önlem olup bu önlemin şirket içerisinde farklı yollarla da alınması mümkündür⁴. Bunun yanında, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporuna ilişkin TTK 516. maddenin faaliyet raporunda yer alması gereken unsurları arasında sayılan ve ikinci fıkranın (c) bendinde düzenlenen, yönetim kurulu üyelerine ve üst düzey yöneticilere sağlanacak mali haklar “*ücret, prim, ikramiye gibi mali menfaatler, ödenekler, yolculuk, konaklama ve temsil giderleri, ayni ve nakdî imkânlar, sigortalar ve benzeri teminatlar*” olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere TTK m. 516, sağlanacak mali hakları daha geniş kapsamlı olarak düzenlemiştir. Kanun içindeki uyumun da sağlanması açısından TTK m. 394 hükmünde düzenlenen mali hakların sınırlı sayıda olmadığı kabulü gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, yine

³ TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 2020, N. 12-115.

⁴ MANAVGAT, Çağlar/KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 731; Yazar, yöneticilere, TTK m. 394’te sayılan mali hakların dışında bir menfaatin sağlanması halinde, bunlardan hangisinin mali hak olduğunun tespiti bakımından ayırt edici unsurun, sağlanan menfaatin yöneticinin malvarlığında bir artış sağlaması ya da azalmanın önlenmesi yönünde bir etki yapması olduğunu belirtmektedir.

hükmün gerekçesinde yollukların, temsil ödeneklerinin, sigorta primlerinin, varsa özel emekliliklerin ve avansların hükmün kapsamı dışında yer aldığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, bu ödemelerin yapılması bakımından esas sözleşme ile düzenlenme ya da genel kurul tarafından bir karar alınması gerekliliği bulunmamaktadır⁵.

Burada TTK m. 394'te öngörülen mali hakların tek tek incelemesine geçmeden önce tartışılması gereken konulardan bir tanesi de bu mali hakların dağıtılmasının zorunlu olup olmadığıdır. 6762 sayılı TTK (eTTK) m. 333'te "*Aksine esas mukavele hüküm olmadığı takdirde idare meclisi azalarına her toplantı günü için bir ücret verilir.*" hükmü yer almaktaydı. Dolayısıyla, aksi sözleşme ile düzenlenmediği sürece, yönetim kurulu üyelerine her toplantı için ücret verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, TTK m. 394'ün lafzı gayet açık bir biçimde yönetim kurulu üyelerinin mali hakları bakımından "ödenebilir" kelimesini tercih etmektedir. Bu nedenle, TTK'ya tabi şirketler bakımından yönetim kurulu üyelerine bir ödeme yapılmasının zorunlu olmadığı sonucuna varılmalıdır⁶. Öte yandan, SerPK ve ikincil düzenlemeleri incelendiğinde, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan Kurumsal Yönetim Tebliği⁷ Ek 1'de yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri 4.6.3'e göre: "*Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin ücretlendirmesinde kâr payı, pay opsiyonları veya şirketin performansına dayalı ödeme planları kullanılamaz. Şu kadar ki, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin ücretlerinin bağımsızlıklarını koruyacak düzeyde olması gerekir.*" Anılan ilkede, açıkça bağımsız yönetim kurulu üyesine ödenecek ücretin bağımsızlıklarını koruyacak derece olması gerektiğinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla, bağımsız yönetim kurulu üyelerine belli bir miktarda ücret ödenecektir.

TTK m. 394 hükmünde mali haklar düzenlenirken, mali haklar tek tek sayılma suretiyle belirtilmiş ancak tanımlanmamıştır. Bu nedenle, söz konusu hakların anlam ve içeriklerine değinmekte fayda vardır.

⁵ KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Bası, İstanbul, 2016, s. 282.

⁶ Aynı yönde YANLI, Veliye, **Yönetim Kuruluna Sağlanacak Mali Haklar İle İlgili Bazı Değerlendirmeler**, BATİDER, Yıl: 2017, Cilt: XXXIII, Sayı: 4, s. 42, 43. Aksi yönde ÖZER, Işık, **Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 224; PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, 4. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, N. 615.

⁷ RG., 03.01.2014, S: 28871.

B. TTK'da Düzenlenen Mali Haklar

1. Huzur Hakkı

Huzur hakkı, yönetim kurulu üyelerine her toplantı başına ödenen bir mali haktır. Huzur hakkının ödenmesindeki temel amaç, yönetim kurulu üyesinin toplantılara katılımını sağlamaktır.

TTK m. 1527 uyarınca, yönetim kurulu toplantılarının, esas sözleşmeyle düzenlenmiş olmak şartıyla elektronik ortamda yapılması mümkündür. Huzur hakkı şüphesiz, elektronik ortamda yapılan toplantılar açısından da geçerlidir. Buna ek olarak, TTK m. 390/4'te üyelerden hiçbirinin toplantı yapılmasını istemediği takdirde, toplantı yapılmaksızın, kurul üyelerinden birinin karar şeklinde yazdığı önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Anılan karar kalma yöntemi bakımında da yönetim kurulu üyesinin belirli bir zaman ve emek harcadığı göz önünde bulundurulduğunda, yönetim kurulu kararlarının TTK m. 390/4 hükmüne göre alındığında da huzur hakkı ödenmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır⁸.

2. Ücret

Ücret, çalışma karşılığında tanınan bir mali haktır. Ücret ödenmesi, yönetim kurulunun toplanıp toplanmamasına ya da toplanmasa bile karar almasına bağlı değildir. Belirlenen çeşitli dönemler için (örneğin; bir ay, üç ay, altı ay gibi) ücret ödenmesi kararlaştırılabilir.

3. İkramiye/Prim

TTK m. 394'te mali haklar, prim ve ikramiye olarak iki ayrı başlık olarak sayılsa da her iki mali hak türü benzerlik göstermektedir⁹. İkramiye, yönetim kurulu üyelerine şirkette gösterdikleri başarı karşılığında verilen bir mali haktır¹⁰. İkramiyenin içeriğinin

⁸ ÖZER, 2013, s. 250.

⁹ KENDİGELEN, 2016, s. 282.

¹⁰ İMREGÜN, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 238; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku**, C. I, Vedat Kitapçılık, 15. Basım., İstanbul, 2021, N. 562.

belirlenmesi bakımından kanunda bir sınırlama öngörölmüş olmamakla birlikte, yönetim kurulu üyesine yıl içinde sağlanan diğler mali hakların tutarı göz önüne alınarak ikramiyenin hesaplanması daha uygun olacaktır¹¹. Prim de genel itibariyle yönetim kurulu üyelerinin başarılarına karşılık olarak verilen bir mali hak olup, prim ile ikramiye arasındaki temel farkın, primin hesaplanmasında esas alınan unsurlar olduğu söylenebilecektir¹².

4. Kazanç Payı

Kazanç payı, anonim şirketin kârlılığının artmasında, genel itibariyle piyasadaki işlemlerinde başarılı sonuçlar elde etmesinde büyük katkıları olan yönetim kurulu üyelerinin, şirketteki çalışmalarını daha verimli hale getirmelerini sağlamak ve şirkete olumlu katkıları artırmak amacıyla verilir¹³. Bu nedenle TTK m. 394 hükmünde yönetim kurulu üyelerine tanınabilecek mali haklar arasında kazanç payı¹⁴ da sayılmıştır. TTK m. 394'te düzenlenen mali haklardan biri olan huzur hakkı, yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları faaliyetler ve tabi oldukları sorumluluk rejimi düşünöldüğünde kimi zaman yetersiz kalmaktadır¹⁵. Bu nedenle kazanç payı, menfaat dengelerinin sağlanması amacıyla verilmektedir.

Yönetim kurulu üyesinin söz konusu kazanç payının tamamına hak kazanabilmesi için, kârın dağıtılacağı bilanço yılının tamamında görevde olması gerekmektedir. Aksi

¹¹ MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), 2013, s. 730.

¹² MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), 2013, s. 730; Farka ilişkin ayrıca bkz. ÖZER, 2013, s. 258.

¹³ KARAYALÇIN, Yaşar, **Muhasebe Hukuku**, Ankara, 1988, s. 138; PULAŞLI, Şerh, § 30, N. 485. Ayrıca bkz. ÖZER, 2013, s. 227; GÜRBÜZ USLUUEL, Aslı Elif, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016, s. 139; İsviçre hukukunda benzer tanım için bkz. LOCHER, Ernst Robert, **Die Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft**, Diessenhofen Rüegger, Bern, 1983, s. 171; KURER, Christian/KURER, Peter, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht. II**, Helbing & Lichtenhahn; 4. Basım, Basel, 2011, § 677, N. 2.

¹⁴ TTK'da bu hakka ilişkin olarak çeşitli ifadeler kullanıldığı görölmektedir. Örnek olarak, TTK m. 394'te "kâr payı", TTK m. 339/2-f'de "şirket kârından tanınan menfaat", TTK m. 511'de ise "kazanç payları" ifadesi kullanılmıştır.

¹⁵ KARAYALÇIN, 1983, s. 138.

takdirde, ya hiç kazanç payı almamalı ya da kazanç payını çalıştığı süre ile orantılı olarak almalıdır¹⁶.

Bu konuya ilişkin değinilmesi gereken hususlardan bir tanesi de TTK m. 394 hükmü ile esas sözleşmenin zorunlu unsurlarının düzenlendiği TTK m. 339 hükmü arasındaki farklılıktır. TTK m. 394'te yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla düzenlenebileceği ifade edilirken, TTK m. 339/2-f'de, yönetim kurulu üyelerine şirket kârından sağlanacak menfaatin esas sözleşmede yazılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. İki hüküm arasındaki bu farklılık nedeniyle esas sözleşmede hüküm bulunmaması halinde genel kurul tarafından alınacak bir kararla yönetim kurulu üyelerine kazanç payı ödenmesinin mümkün olup olmayacağına cevaplanması gerekir. TTK m. 339 hükmünün esas sözleşmede bulunması gereken unsurları emredici şekilde düzenlemesi sebebiyle, TTK m. 394 hükmü mali haklar bakımından, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olma şartını getirmiş olsa bile, bunun kazanç payı dışında kalan mali haklar bakımından geçerli olduğu kabul edilmelidir¹⁷.

Bunun yanında, şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dağıtılmasına ilişkin hüküm bulunması, bu üyelere her sene için kazanç payı ödeneceği anlamına gelmemelidir. Zira anonim şirketin kâr elde etmediği ya da yönetim kurulu üyelerinin düşük performans gösterdiği senelerde kazanç payının dağıtılmayacağı kabul edilmelidir¹⁸.

Benzer şekilde, yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dağıtılması için öncelikle pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payının dağıtılması gerekir. Aksi takdirde pay sahibinin kâr payı alma hakkı ihlal edilmiş olur. Zira TTK m. 511 hükmü, yönetim kurulu üyelerine kazanç paylarının net dönem kârından ve ancak kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan sonra ve pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında veya esas

¹⁶ TEOMAN, Ömer, Toplantılara Katılmayan Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Kazanç Payı Alabilip Alamayacağı Sorunu, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, 13-14 Mayıs 1994, s. 93.

¹⁷ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), N. 561; AKDAĞ GÜNEY, Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 125; GÜRBÜZ USLUUEL, **2016**, s. 141.

¹⁸ GÜRBÜZ USLUUEL, **2016**, s. 141.

sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebileceğini hükme bağlamaktadır. Benzer düzenleme, SerPK m. 19/2 ve Kâr Payı Tebliği m. 5/3'te de getirilmiştir¹⁹. Başka bir ifadeyle, esas sözleşmede veya kâr dağıtım politikasında pay sahipleri için dağıtılmak üzere bir kâr payı belirlenmiş ise, önce pay sahiplerine bu pay ödenmelidir ve ondan sonra yönetim kurulu üyelerine dağıtımda bulunulmalıdır. Gerçekten de, Tebliğ m. 5/4 hükmü uyarınca, “...yönetim kurulu üyelerine, ortaklık çalışanlarına ve pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay verilebilmesi için ortaklık esas sözleşmesinde hüküm bulunması zorunludur. Esas sözleşmede söz konusu kişilere kâr payı dağıtılması hususunda hüküm bulunmasına rağmen, kâr payına ilişkin olarak herhangi bir oran belirlenmemişse; **bu kişilere dağıtılacak kâr payı tutarı, imtiyazdan kaynaklananlar hariç her durumda pay sahiplerine dağıtılan kâr payının dörtte birini aşamaz.**” Görüldüğü üzere hükümde, pay sahibi dışındaki kişilere kârdan verilecek payın, pay sahiplerine dağıtılan miktarın dörtte birini aşamayacağı belirtilerek, öncelikle pay sahiplerine kâr paylarının dağıtılacağı açıkça ifade edilmiştir²⁰.

C. Kurumsal Yönetim Tebliği'nde Düzenlenen Mali Haklar

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan Kurumsal Yönetim Tebliği'nde yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak öncelikle söz konusu Tebliğ'in payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketlere uygulanacağını belirtmekte fayda vardır (Tebliğ m. 1/2-a). Tebliğ'in ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri 4.6.5'te mali hakların kapsamı ücretler ile sağlanan diğer tüm menfaatler olarak ifade edilmiş, bu maddeye verilen dipnotta ise tüm menfaatlerin “yapılan ödemeler; maaş, ikramiye, diğer düzenli ve arızı ödemeler gibi nakdi, pay, paya dayalı türev ürünler, çalışanlara pay edindirme planları kapsamında verilen pay alım opsiyonları, mülkiyeti verilen ve/veya kullanım için tahsis edilen ev, otomobil gibi gayri nakdi olarak yapılan ödemeler”i kapsadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, Kurumsal

¹⁹ Hemen belirtelim, halka açık anonim şirketler kâr payı dağıtım zorunluluğuna tabiyken, payları borsada işlem gören şirketler kâr dağıtım politikalarında gerekli açıklamaları yapmak kaydıyla, belli seneler için kâr dağıtımını yapmayabilirler (Tebliğ m. 4, 7). Bunun yanında, dağıtılacak kâr payı ve kâra katılan diğer kişilere dağıtılacak kâr payı oranlarının kâr dağıtım politikasında belirlenmesi gerekir (Tebliğ m. 4/2-a).

²⁰ YANLI, 2017, s. 48.

Yönetim İlkeleri'nde yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının daha geniş kapsamlı olarak düzenlediği görülmektedir.

Mali hakların belirlenmesinde performansa bağlılık, şeffaflık ve tarafsızlık ilkeleri temel alınmıştır (İlkeler 4.6). *“Yönetim kurulu, hem kurul hem üye hem de idari sorumluluğu bulunan yöneticiler bazında öz eleştirisini ve performans değerlendirmesini yapar. Yönetim kurulu üyeleri ve idari sorumluluğu bulunan yöneticiler bu değerlendirmeler dikkate alınarak ödüllendirilir veya azledilir”* (İlkeler 4.6.1).

Bunun yanında, söz konusu ilkeler bakımından yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin mali haklarının belirlenmesinde şeffaflık ilkesi ön plandadır. Gerçekten de, 4.6.2 ilkesinde ücretlendirmenin yazılı esaslara bağlanması, genel kurulda pay sahiplerinin bilgisine sunulması ve belirlenen ücret politikasının internet sitesinde açıklanması yer almaktadır. Hemen belirtelim, anılan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin bir kısmına payları borsada işlem gören şirketlerin uyması zorunlu olmakla birlikte, bazı ilkelerin uygulanması ihtiyaridir. Bu bakımdan 4.6.2 ilkesi de payları borsada işlem gören halka açık şirketler bakımından uyulması zorunlu ilkeler arasındadır (Tebliğ m. 5/1).

II. Mali Hakların Tutarının Belirlenmesi

A. Eşit İşlem İlkesinin Uygulanabilirliği

TTK m. 394 hükmü açıkça yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının tutarının esas sözleşme veya genel kurul kararıyla belirleneceğini düzenlemektedir. Burada gündeme gelecek önemli sorulardan bir tanesi, yönetim kurulu üyelerinin mali hakları belirlenirken her üyeye aynı tutarda mali hak tanınıp tanınmaması gerektiğidir. Başka bir ifade ile acaba eşit işlem ilkesi yönetim kurulu üyelerinin mali haklarını belirlerken uygulanabilir mi? Eşit işlem ilkesini düzenleyen TTK m. 357 hükmü incelendiğinde bu hükmün yalnızca pay sahipleri için düzenlenmiş bir ilke olduğu görülmektedir. Gerçekten de, “pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur” hükmüyle eşit işlem ilkesinin, pay sahiplerine uygulanan bir ilke olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının belirlenmesinde TTK m. 357 uygulanamaz²¹. Kanaatimizce,

²¹ İş hukukundaki eşit işlem ilkesinin yönetim kurulu üyeleri açısından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin değerlendirme için bkz. YANLI, 2017, s. 54.

yönetim kurulu üyelerinin mali hakları belirlenirken üyeler arasında farklı oranlar öngörülebilir ya da bazı üyelere mali hak tanınması, bazı üyelere ise bu hakkın tanınmaması gündeme gelebilir²². Zira yönetim kurulu üyeleri arasında, kişisel özellikler ve yetkinlikler, uzmanlık ya da yetki devri nedeniyle farklılıklar bulunabilir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri (yöneticiler de dahil olmak üzere) arasında farklı belirlemeler yapılabilir. Bununla birlikte, anılan farklılaşmanın haklı bir gerekçesi bulunmalıdır²³. Aksi takdirde dürüstlük kuralına aykırılık gündeme gelebilir. Bu noktada mali hakların belirlenmesinin şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmesel ilişkiye bağlandığını, şartları uygun görmeyen yönetim kurulu üyesinin bu görevi kabul etmemesi gerektiği belirtilmelidir²⁴. Öte yandan, esas sözleşmede belirlenen mali hak politikasına aykırı olarak üyeler arasında farklılaşmaya neden olan bir genel kurul kararı alındığı takdirde, bunun iptalinin söz konusu olacağı açıkça ifade edilmelidir.

B. Mali Hakların Tutarının Genel Kurul Kararları ile Belirlenmesinde Gündeme Gelebilecek Sorunlar

Mali hakların esas sözleşme ile değil genel kurul kararıyla belirlenmesi halinde, genel kurul toplantı ve karar nisabı açısından TTK m. 418 hükmü uygulanacaktır. Genel kurul, aksine daha ağır bir nisap öngörülmediği takdirde, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanacak ve toplantıda hazır bulunanların çoğunluğu ile karar verilecektir.

Burada önemli olan nokta, genel kurulda alınacak bir karar sırasında pay sahibinin, TTK m. 436 kapsamında oydan yoksun olup olamayacağıdır. Zira TTK m. 436 hükmüne göre: “*Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz.*” Buradaki önemli husus, pay sahibi açısından genel kurulda yönetim kurulu üyelerine sağlanacak mali hakkın miktarının oylandığı bir kararın kişisel nitelikte bir iş ya da işlem olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. İşlem

²² YANLI, 2017, s. 55.

²³ MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), 2013, s. 742.

²⁴ YANLI, 2017, s. 56

kişisel olarak nitelendirildiği takdirde, bahsi geçen konuda oy kullanılmaması gerekirken; işlemin kişisel olarak nitelendirilmemesi halinde, TTK m. 436 hükmü de uygulama alanı bulmayacaktır.

Yönetim kurulu üyelerinin kendilerinin ya da TTK m. 436'da yer alan yakınlarının mali haklarının görüşüldüğü bir genel kurul toplantısında kullanılan oyun kişisel nitelikte bir işleme ilişkin olduğu açıkça ifade edilebilir. Zira burada dikkate alınması gereken ölçüt, pay sahipliği sıfatına bağlı bir menfaat karşısındaki özel menfaattir²⁵. Bir yönetim kurulu üyesi de kendisinin ya da hükümde anılan yakınlarının mali haklarının oylandığı bir genel kurulda, pay sahipliği sıfatıyla ilgili değil, özel menfaatlere ilişkin oy kullanmaktadır²⁶. Başka bir ifade ile kendisine ya da hükümde anılan yakınlarına ilişkin oy kullanması halinde, şirket çıkarlarından çok kendisinin ya da yakınlarının özel menfaatlerini dikkate alarak oy kullanabilecektir. Dolayısıyla TTK m. 436 kapsamında oydan yoksun olduğu kabul edilmelidir²⁷.

Bu noktada ortaya çıkabilecek sorunlardan bir tanesi de tek kişilik anonim şirketler bakımındandır²⁸. Yönetim kurulu üyesinin kendisini ya da bir yakınını genel kurul kararıyla yönetim kurulu üyeliğine seçmesi mümkündür. Burada TTK m. 436 hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zira burada kişisel nitelikte bir işleme ilişkin değil, pay sahipliği sıfatıyla bir oy kullanma söz konusu olacaktır. Bununla birlikte tek pay sahibi, kendisi ve TTK m. 436'da düzenlenen yakınlarının mali haklarının belirlendiği bir genel kurulda oy kullanamayacaktır. Söz konusu durumda tek pay sahipli anonim şirketlerde karar alınamayacaktır²⁹. Buna rağmen genel kurulda TTK m. 436'ya aykırı bir karar alındığı takdirde, bu karar kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilebilir bir karardır (TTK m. 445). İptal davasını açabilecek kişiler ise TTK m. 446'da sayılan pay sahipleri, yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyeleridir. Anılan kişilerce karar tarihinden itibaren üç ay içerisinde dava açılması halinde, dava süresince, başka bir ifade

²⁵ TEOMAN, Ömer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1993, s. 102 vd.

²⁶ YANLI, 2017, s. 51.

²⁷ ÖZER, 2013, s. 397; YANLI, 2017, s. 52.

²⁸ YANLI, 2017, s. 53.

²⁹ TEKİNALP, 2020, N. 13-04.

ile iptal kararı kesinleşinceye kadar genel kurul kararı yürürlüktedir³⁰. Bununla birlikte, tek kişilik şirkette, TTK m. 436 hükmüne aykırı olarak alınan yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin bir kararın, tek pay sahibinin kendisi ya da yönetim kurulu veya yönetim kurulu üyeleri tarafından dava edilme ihtimali düşüktür. Dolayısıyla da, geçersiz oyla alınan genel kurul kararı geçerliliğini sürdürecektir³¹.

C. İkinci Bir Görev Nedeniyle Sağlanacak Mali Hakkın Belirlenmesi

Yönetim kurulu üyesine, bu görevi nedeniyle sağlanacak mali haklar, TTK m. 394'te düzenlenmekte ve açıkça bu mali hakların tutarının esas sözleşmeyle ya da genel kurul kararıyla belirleneceği hükme bağlanmaktadır. Bu noktada, yönetim kurulu üyelerinin mali hak tutarının esas sözleşme ile belirlenmesi halinde, söz konusu sözleşmelerde yapılacak bir değişikliğin daha ağır bir usule bağlanmış ve bu nedenle daha zor olması sebebiyle, anılan tutarın yoğunlukla genel kurul kararı ile belirlendiğini belirtmekte fayda vardır³². Bununla birlikte, acaba yönetim kurulu üyesine bu görevi dışında yönetime ilişkin başka bir görev verildiğinde, bu görev için de TTK m. 394 hükmü mü uygulanacak (yani ücret, esas sözleşme ya da genel kurul kararıyla mı belirlenecek) yoksa bu ikinci görev için mali hak tutarına yönetim kurulu mu karar verecektir?

Bu konuya ilişkin olarak öğretide Özer³³, konuyu üst düzey yöneticilere sağlanacak mali hakların belirlenmesi açısından değerlendirmekte ve üst düzey yöneticilerin³⁴ mali haklarının da yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenmesi gerektiğini, aksi takdirde menfaatler dengesine aykırı davranılmış olacağını, üst düzey yöneticilerin mali hak tutarının yönetim kurulu tarafından belirlenmesinin adil sonuçlar yaratmayacağını, yönetim kurulu üyeleri ile iyi ilişkiler içinde olan yöneticilerin fahiş miktarda haklar almasına yol açabileceğini ileri

³⁰ KIRCA, İsmail, **Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 206.

³¹ YANLI, 2017, s. 53.

³² YANLI, 2017, s. 48

³³ ÖZER, 2013, s. 221.

³⁴ “Üst yönetim kadrosu, şirketin tüm yönetiminden sorumlu olan, şirket amaç, politika ve stratejilerini belirleyen, sadece bireysel olarak değil, kurullar halinde çalışarak karar alabilen yöneticilerdir.” Tanım için bkz. ÖZER, 2013, s. 33.

sürmektedir. Yazar ayrıca, TTK m. 394 hükmünde üst düzey yönetim kadrosunun da yer alması gerektiğini belirtmektedir.

Bununla birlikte Yanlı ise, TTK m. 394 ve genel kurulun devredilemez yetkilerinin düzenlendiği TTK m. 408/2-b’de sadece yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının belirlenmesinden söz edildiğini, bu nedenle genel kurul tarafından karara bağlanacak mali hakların sadece yönetim kurulu üyelerine bu sıfatla verilmesi gerekenler olduğunu, bir kişiyi göreve atama ile ona bu görevi için ödenecek ücreti belirlemenin birbiri ile bağlantılı bulunduğunu, bu nedenle yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinin düzenlendiği TTK m. 375/2-b’de yönetim teşkilatının belirlenmesi görevinin yönetim kuruluna verildiğini ve mali hak tutarını belirleyecek olanın da anılan nedenle yönetim kurulu olduğunu, verilecek tutarın kişilerin nitelikleri kadar yapılacak görev ve piyasa koşullarına bağlandığını bunu da en iyi değerlendirecek organın yönetim kurulu olduğunu, bu nedenle yönetim kurulu üyesinin ek görevi nedeniyle belirlenecek tutarın yönetim kurulu tarafından tespit edilebileceğini ve Kurumsal Yönetim İlkesi 4.6.2’nin de bu görüşü destekler nitelikte olduğunu vurgulamaktadır³⁵.

Kanaatimizce yönetim kurulu üyelerine, bu görevleri dışında verilecek ek görevler için tanınacak mali hakların belirlenmesinde TTK m. 394’ün uygulanması, yani söz konusu göreve ilişkin ödenecek tutarın da esas sözleşme ya da genel kurul kararıyla belirlenmesi gerekmektedir. TTK m. 394 hükmünün lafzı açıktır. Hükümde yönetim kurulu üyelerine tanınacak mali haklar düzenlenmiş ancak bunun mutlaka anılan görevden kaynaklanması gerektiğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu görüşü destekleyen başka bir hüküm ise genel kurulun devredilemez yetkilerinin düzenlendiği TTK m. 408/2-b’dir. Zira anılan hükümde “yönetim kurulu üyelerinin ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi” ifadesi ile yönetim kurulu üyesine sağlanacak her türlü mali hakkın genel kurul tarafından belirlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kuşkusuz ki yönetim kurulu üyesine ikinci görev için verilecek tutarı, piyasa koşullarını, yapılacak görevin niteliğini daha iyi değerlendirecek olan yönetim kuruludur. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyesine verilecek tutarın yönetim kurulu tarafından belirlenmesi menfaat çatışmasına neden olabilecektir. Böylece, yönetim kurulu

³⁵ YANLI, 2017, s. 60-62.

üyelerine ek görevler verilmesi yoluyla, bu görevlere karşılık fahiş tutarda mali hakların belirlenmesi gündeme gelebilecektir. Bu nedenle olması gereken, ödenecek tutara ilişkin belirlenimin yönetim organı tarafından yapılması, bu teklifin genel kurula sunulması, aynen kâr payının belirlenmesinde olduğu gibi nihai kararı genel kurulun vermesidir. Bununla birlikte, yönetim kurulu tarafından atanan üst düzey yöneticiye (TTK m. 375/1-b) ödenecek tutarın belirlenmesi yönetim kurulu tarafından yapılacaktır. Bu belirlemeye aykırı herhangi bir hüküm TTK'da yer almamaktadır.

Bu noktada değinilmesi gereken başka bir husus ise, Kurumsal Yönetim Tebliği m. 5'te payları borsada işlem gören halka açık şirketler bakımından uygulanması zorunlu olan Kurumsal Yönetim İlkeleri 4.6.2'dir. Anılan ilke uyarınca *“Yönetim kurulu üyelerinin ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilerin ücretlendirme esasları yazılı hale getirilmeli ve genel kurul toplantısı gündeminde ayrı bir madde olarak pay sahiplerinin bilgisine sunulularak ortaklara bu konuda görüş bildirme imkânı tanınmalıdır. Bu amaçla hazırlanan ücret politikasına şirketin kurumsal internet sitesinde yer verilir.”* Bu ilkede payları borsada işlem gören şirketler bakımından yönetim kurulu üyelerinin ek görevleri nedeniyle kendilerine ödenecek tutara karar vermeye hangi organın yetkili olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Zira ücretlendirmenin yazılı hale getirilerek pay sahiplerinin bilgisine sunulacağı düzenlemiştir. Kanaatimce bu ilke, yönetim kurulu üyelerinin her türlü görevine ilişkin belirlenecek mali hakları bakımından, bu haklara ilişkin tutarı belirleme yetkisinin genel kurulda olduğu görüşüne aykırı düşmemektedir. İlkeye göre pay sahiplerinin genel kurulda bu konuya ilişkin görüş sunmalarının ve oylamalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır³⁶.

Bu konuya ilişkin son olarak yine Kurumsal Yönetim Tebliği m. 5 uyarınca payları borsada işlem gören şirketlerin uygulamakla yükümlü olduğu 4.5.1'e göre oluşturulması gereken ücret komitesine değinmek gerekir. 4.5.13'te ücret komitesinin görevleri; yönetim kurulu üyelerinin ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilerin ücretlendirilmesinde kullanılacak ilkeleri, kriterleri ve uygulamaları şirketin uzun vadeli hedeflerini dikkate alarak belirlemek ve bunların gözetimini yaparak, ücretlendirmede kullanılan kriterlere ulaşma derecesi dikkate

³⁶ Aksi görüş için bkz. YANLI, 2017, s. 62.

alınmak suretiyle, yönetim kurulu üyelerine ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilere verilecek ücretlere ilişkin önerilerin yönetim kuruluna sunulması olarak düzenlenmiştir. Ücret komitesi, verilecek tutarın belirlenmesi açısından yönetim kuruluna yardım amacını gütmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ya da ikinci bir görev nedeniyle kendilerine ödenecek tutara ilişkin teklif verme yetkisi yönetim kurulunda olmakla birlikte, karar yetkisi genel kurulda olacaktır. Bu noktada, yönetim kuruluna ilişkin mali hakların tutarı bakımından genel kurulun karar vermede yetkili olmasının bu ilke karşında da geçerli olduğunu belirtmekte fayda vardır³⁷.

SONUÇ

Yönetim kurulu üyelerinin mali hakları bakımından bu çalışma kapsamında varılan sonuçlara gelindiğinde, mali haklar bakımından özellikle TTK m. 394 düzenlemesi önem taşımaktadır. Anılan hükmün gerekçesinde TTK m. 394 kapsamında belirlenen mali hakların sınırlı sayıda düzenlendiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hükmün gerekçesinden bu kapsam dışında bir mali hakkın yöneticilere verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, esas sözleşmede düzenlenmek ya da genel kurul kararıyla belirlenmek şartıyla, başka bazı mali hakların da yöneticilere verilmesinin önünde bir engel olmamalıdır. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporuna ilişkin TTK 516. madde hükmü de bu görüşü destekler niteliktedir.

Bunun yanında, TTK m. 394 hükmü kapsamında yönetim kurulu üyelerine mali hak dağıtılması zorunlu değildir. Öte yandan, payları borsada işlem gören halka açık şirketler bakımından Kurumsal Yönetim İlkeleri 4.6.3 kapsamında bağımsız yönetim kurulu üyelerine belli bir miktarda ücret ödenecektir.

Yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının belirlenmesinde TTK m. 357'de düzenlenen eşit işlem ilkesi uygulanamaz. Esasen yönetim kurulu üyeleri arasında, kişisel özellikler ve yetkinlikler, uzmanlık ya da yetki devri nedeniyle farklılıklar bulunabileceğinden, yönetim kurulu üyelerinin mali hakları belirlenirken üyeler arasında farklı oranlar öngörülebilir ya da bazı üyelere mali hak tanınması, bazı üyelere ise bu hakkın tanınmaması gündeme gelebilir.

³⁷ ÖZER, 2013, s. 333.

Belirtilmesi gereken başka bir husus ise yönetim kurulu üyelerinin kendilerinin ya da TTK m. 436'da yer alan yakınlarının mali haklarının görüşüldüğü bir genel kurul toplantısında kullanılan oyun kişisel nitelikte bir işleme ilişkin olduğudur. Anılan nedenle, TTK m. 436 kapsamında yönetim kurulu üyesinin kendisinin ya da TTK m. 436'da yer alan yakınlarının mali haklarının görüşüldüğü bir genel kurul toplantısında oydan yoksun olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, tek kişilik şirkette, TTK m. 436 hükmüne aykırı olarak alınan yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin bir kararın, tek pay sahibinin kendisi ya da yönetim kurulu veya üyeler tarafından dava edilme ihtimali düşüktür. Dolayısıyla da, geçersiz oyla alınan genel kurul kararı geçerliliğini sürdürecektir.

Yönetim kurulu üyelerine ek görevler verilmesi halinde ödenecek tutara ilişkin belirlemenin nasıl yapılacağı hususunda kanaatimizce olması gereken, söz konusu belirlemenin yönetim organı tarafından yapılması, bu belirlemenin yönetim kurulu tarafından genel kurula sunulması ve nihai kararı genel kurulun vermesidir.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

FERRARİNİ, Guido/MOLONEY, Niamh/VESPRO, Cristina, **Executive Remuneration in the EU: Comparative Law and Practice** (June 2003). ECGI - Law Working Paper No. 09/2003, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=419120> (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

GÜRBÜZ USLUEL, Aslı Elif, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016.

HILL, Jennifer, **Regulating Executive Remuneration: International Developments in The Post-Scandal Era**, September 2006, s. 11
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=922299 (Erişim Tarihi: 24.03.2022).

İMREGÜN, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.

KARAYALÇIN, Yaşar, **Muhasebe Hukuku**, Ankara, 1988.

KIRCA, İsmail, **Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/ MANAVGAT, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.

KUMPAN, Christoph, "Performance and Remuneration of Company Directors-Legal Approaches in Germany, the EU, and the U.S. - 85." Strani Pravni Zivot (Foreign Legal Life), vol. 2008, no. 1, 2008, pp. 85-105.

KURER, Christian/KURER, Peter, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht. II**, Helbing & Lichtenhahn; 4. Basım, Basel, 2011.

LOCHER, Ernst Robert, **Die Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft**, Diessenhofen Rügger, Bern, 1983.

ÖZER, Işık, **Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku**, C. I, Vedat Kitapçılık, 15. Basım., İstanbul, 2021.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, 4. Basım, Ankara, 2022.

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 5. Basım, İstanbul 2020.

TEOMAN, Ömer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1993.

TEOMAN, Ömer, **Toplantılara Katılmayan Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Kazanç Payı Alabilip Alamayacağı Sorunu**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 13-14 Mayıs 1994, s. 93-115.

YANLI, Veliye, **Yönetim Kuruluna Sağlanacak Mali Haklar ile İlgili Bazı Değerlendirmeler**, BATİDER, Yıl: 2017, Cilt: XXXIII, Sayı: 4, s. 41-69.

**YAŞAMA İHTİMALİNE KARŞI YAPILAN HAYAT SİGORTASINDAN
AYRILMADA SİGORTALININ SAĞLIKLI OLDUĞUNU İSPAT ŞARTI (TTK
1500/2)**

*THE CONDITION OF PROVING THE INSURED BEING HEALTHY TO SURRENDER THE LIFE
INSURANCE CONTRACT IN THE ENDOWMENT ASSURANCE (TCC 1500/2)*

Hakemli Makale
Hüsnü TURANLI*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	220
I. HAYAT SİGORTALARI VE AYRILMA HAKKI (LIFE INSURANCES AND THE RIGHT OF SURRENDER).....	222
A. Genel Olarak	222
B. Yaşama İhtimaline Karşı Hayat Sigortası	223
C. Yaşama İhtimaline Karşı Hayat Sigortası ve Bireysel Emeklilik Sistemi	224
D. Ayrılma Hakkı ve Kullanımı	226
1. Genel Olarak Ayrılma Hakkı	226
a. Hayat Sigortası Genel Şartlarında Ayrılma Hakkına İlişkin Düzenleme	226
b. Ayrılma Hakkının Hukuki Niteliği	227
2. Ayrılma Hakkının Cayma ve Fesih Haklarından Farkları.....	227
a. Taraflar Bakımından.....	227
b. Kullanım Süreleri bakımından.....	228
c. Nitelikleri Bakımından	228
d. Sonuçları Bakımından	228
3. Sigorta Ettirenin Tüketici Vasfı Bağlamında Ayrılma Hakkı	228
4. 2008 Tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda Ayrılma Hakkı	230

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1086201

Makalenin Geliş Tarihi: 11 Mart 2022

Makalenin Kabul Tarihi: 20 Mayıs 2022

* Doç.Dr., Uluslararası Final Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku A.B.D.
E-posta: husnu.turanli@final.edu.tr

ORCID: 0000-0002-6907-5049

II. SİGORTALININ SAĞLIKLI OLDUĞUNU İSPAT ŞARTI.....	230
A. “Sigortalının Öleceğinin Anlaşılması” İbaresinin Belirsizliği.....	231
B. “Hakkın Kötüye Kullanılması” Yaklaşımının Yersizliği	231
C. Sigorta Ettirenin Sigortalının Sağlıklı Olduğunu İspat Şartı ve TTK m.1492 Hükmü	235
SONUÇ	236
KAYNAKÇA	237

ÖZ

Hayat sigortaları genellikle uzun vadeli sigortalardır. Hayat sigortaları hukukumuzda ölüm ve hayatta kalma ihtimaline bağlı olarak iki şekilde düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1500. maddesinde “hayat sigortasından ayrılma hakkı” düzenlenmiştir. Düzenlemenin birinci fıkrasında sigorta ettirenin, en az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, istediği zaman sözleşmeyi sona erdirerek sigortadan ayrılabilceği, ayrılma değerinin, ayrılmanın istenildiği andaki genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun bir biçimde hesaplanan değer olduğu, ikinci fıkrasında ise yaşama ihtimaline karşı yapılan sigortalarda, sigortacıdan ayrılma değerinin istenilebilmesi için sigortalının sağlıklı olduğunu ispat etmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Mülga TTK 1327.maddesi esas alınarak hazırlanan yeni metinde, eskiden öngörülen en az üç yıllık sigortalılık süresi bir yıla indirilmiş, ayrıca hem ölüm rizikolu hem de yaşama ihtimaline karşı yapılan sigortada, sigorta ettirene ayrılma hakkı tanınmıştır. Ancak yaşama ihtimaline karşı sigortada bu hakkın kullanılabilmesi sigorta ettirenin, sigortalının sağlıklı olduğunu ispatı koşuluna bağlanmıştır. Burada “sağlıklı olmak” kavramının neyi ifade ettiği belirsizdir. Öte yandan yaşama ihtimaline karşı sigortaya çok benzeyen bireysel emeklilik sistemini yasal zemine taşıyan ve 2001 tarihinde yürürlüğe giren 4632 sayılı Bireysel Emeklilik ve Tasarruf Yatırım Sistemi Kanunu'nun 6.maddesinin 3.fıkrasında “katılımcının emekliliğe hak kazanmadan sistemden ayrılma talebinde bulunması halinde şirketin katılımcının birikimlerini tamamen ödeyeceği” öngörülmüştür. Bu düzenlemede katılımcının sistemden ayrılabilmesi için sağlıklı olma şartı aranmamıştır. TTK m.1500'de düzenlenen ayrılma hakkı, sigorta ettirene sağlanan bir haktır. Sigorta şirketleri, ayrılma halinde sadece “ayrılma değeri” ödemektedir. Bu miktar, ödenen primlerin toplamından rizikoya karşılık gelen prim ve masrafların düşürülmesi sonucu kalan bakiyedir. Ayrıca TTK m.1492 hükmü kıyasen TTK m.1500/2'ye de uygulanabilir ve sigortalı, doktor (sağlık) incelemesinden geçmeye zorlanamaz. Bu durumda sigorta ettiren açısından ispat şartının gerçekleşmesi imkansızlaşmaktadır. Sonuç olarak, yaşama ihtimaline karşı yapılan sigortada, sigorta ettirenin sigortalının sağlıklı değil sağ olması yeterli sayılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Hayat sigortası, sigortalı, sigortacı, yaşama ihtimaline karşı hayat sigortası, ayrılma hakkı.

ABSTRACT

Life insurances are usually long-term insurances. Life insurances are regulated in our law in two ways, first one based on death and the other one based on survival of the insured (endowment insurance). In art.1500 of the Turkish Commercial Code (TCC) the right of surrender from life insurance is laid down. In the first paragraph it is stated that the insured is entitled to surrender the contract any time provided that it is paid for a minimum one-year period and the surrender value is calculated according to the actuary rules, in the second paragraph, it is stated that in the case of surrender from endowment assurance the insured is supposed to prove that he is healthy. In the new text based on the repealed TCC 1327, the period is reduced to one year from three years, and the insured is entitled to surrender the insurance in both life and endowment assurance. However, the insured is supposed to prove that he is healthy in order to surrender from endowment insurance. Here it is unclear what the term of “being healthy” expresses. On the other hand, article 6 of the Personal Retirement and Saving Investment System Act no.4632, which carried the personal retirement system, which is very similar to endowment insurance, into a legal base and entered into force in 2001 states that “the participant shall be paid all accumulations so far if a surrender is asked by himself before the due time”. The condition of being healthy is not sought in this provision. The right of surrender is a right provided by the art.1500 in TCC to the insured. The insurance companies pay only the “surrender value” in the case of surrender. This amount is the balance right after the premiums and expenses are deducted. Additionally, art.1492 can be implemented to art.1500/2 by analogy, which states that the insured may not be enforced to be examined by doctor (for health) In this case the condition of proving healthy becomes impossible. As a conclusion, in endowment assurance, the condition of being alive should be deemed as sufficient to surrender the contract.

Keywords: Life insurance, insured, insurer, endowment assurance, right of surrender.

GİRİŞ

Günümüzde hayat sigortaları gittikçe artan biçimde talep gören bir can sigortası türüdür¹. Yaşam ve ölüm olmak üzere iki farklı riski teminat altına alan hayat sigortaları hem bir güvence hem de bir tasarruf işlevine sahiptir². Hayat sigortalarının bir başka işlevi

¹ KENDER, Rayegan, 2013, Türkiye’de **Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi**, Onikilevha Yayınları, İstanbul, s.25, Hayat sigortaları literatürde aynı zamanda “meblağ sigortaları” kapsamı içindedir. Bkz. BOZKURT, Tamer (2021), **Sigorta Hukuku**, Onikilevha Yayınları, 12.Bası, İstanbul, s.19, KAYIHAN, Şaban/BAGCI, Ömer, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2022, s.55.

² KILIÇKAPLAN, Serdar/KARPAT, Gaye, “Türkiye Hayat Sigortası sektöründe Etkinliği İncelenmesi” **D.E.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi** Cilt:19 Sayı:1, Yıl:2004, ss:1-14, s.1, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/595555> (Erişim:01.09.2021), CANOL, Sinem, “Türk Sigorta Sektöründe Hayat Sigortası Branşında Müşteri Memnuniyetini Arttırmak için Stratejik

de “devlet tarafından bireylere sağlanan sosyal güvenlik şemsiyesini tamamlayıcı bir rol üstlenmiş olmalarıdır”³. Literatürde hayat sigortaları için “sabırlı sermaye” terimi de kullanılmaktadır⁴.

Hayat sigortaları gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde artan biçimde talep görmesine rağmen ülkemizde bu talep oldukça düşük seviyelerde kalmaktadır⁵. Bunun birçok sebebi vardır. Gelir azalması, döviz kurlarındaki olumsuz değişim, faiz artışları, finansal sistemin zayıflığı ve enflasyon gibi etkenler hayat sigortasına talebi olumsuz etkilemektedir⁶.

Hayat sigortalarında sigorta ettiren kişinin birtakım hakları vardır. Bunlar iştirah, ikraz ve tenzil hakları olarak başlıca üç başlık altında toplanabilir⁷.

Ayrılma hakkı hem hayat hem de yaşama ihtimaline karşı sigortada sigorta ettirene tanınan bir haktır. Buna göre, sigorta ettiren, en az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, istediği zaman sözleşmeyi sona erdirerek sigortadan ayrılabilir (m.1500/1, 1.cümle). Eski düzenlemede üç yıl olarak öngörülen bu süre bir yıla indirilmiştir. Dolayısıyla, sigorta ettiren en az bir yıldır prim ödemiş olması kaydıyla sözleşmeyi sona erdirip sigortadan ayrılabilir. Bu

Öneriler”, **Ekonomi, İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, 2018, s.40, YILMAZ, Pınar, “Birlikli Hayat Sigortası ile Bireysel Emeklilik Sigortasının Karşılaştırılması ve Aktüeryal Yapıları”, **Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü**, YL Tezi, İstanbul, 2004. (s.39-55), s.48, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/211299> (Erişim: 01.09.2021).

³ POLAT, Alp/AKIN, Faruk, “Hayat Sigortası Talebinin Belirleyicileri: Türkiye Örneği”, **Atatürk Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Dergisi**, C.35, S.2, Yıl:2021, (s.407-427), s.409. <https://doi.org/10.16951/atauniiib.729438> (Erişim:01.09.2021)

⁴ POLAT/AKIN, 2021, s. 409. Kanaatimizce çok yerinde bir terimdir. Gerçekten de uzun vadeli yatırım gibi, yatırımcısına sabır telkin eden ve karşılığında da cazip bir tazminatı öngören yönü vardır.

⁵ POLAT/AKIN, 2021, s.411.

⁶ POLAT/AKIN, 2021, s. 417.

⁷ ÇEKER, Mustafa, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku**, 19. Bası, Adana, 2018, s.306. İştirah hakkı, hayat sigortası yaptıran ve en az bir yıllık (daha önceki Kanun’da bu süre üç yıl idi) prim ödeyen sigorta ettirenin poliçeyi sigorta şirketine geri satması ve ödediği primleri geri almasıdır. İştirah hakkı, TTK m.1500’de “Sigortadan Ayrılma” başlığı altında düzenlenmiştir. İkraz (ödünç verme) adından da anlaşılacağı gibi; bir yıl düzenli prim ödeyen sigorta ettirenin sigorta şirketinden borç para isteyebilmesidir. İkraz hakkı (ödünç verme), TTK m.1501’de düzenlenmiştir. Tenzil ise; üç yıl düzenli şekilde prim ödeyen prim sahibinin primleri ödeyemeyecek duruma geldiğinde poliçe sahibinin sözleşmeyi feshedememesi ve dondurmasıdır. Tenzil hakkı ise TTK m.1502’de “Prim ödenmesinden muaf sigorta” başlığı altında düzenlenmiştir. BOZKURT, 2021, s.276.

olanak hayat rizikolu sigortada herhangi bir koşula bağlanmamıştır. Ancak yaşama ihtimaline karşı yapılan hayat sigortasında, sigorta ettirenin ayrılabilmesi için en az bir yıldır prim ödemiş olmasının yanında sigortalının sağlıklı olduğunu ispat koşulu da getirilmiştir (m.1500/2). İncelememizin konusu bu “sigortalının sağlıklı olduğunu ispat” şartıdır.

İncelememiz iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak hayat sigortaları, ayrılma hakkı ve hukuki niteliği ile ayrılma değeri kavramları ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, yaşama ihtimaline karşı sigortada “sigortalının sağlıklı olduğunu ispat şartı” incelenmiştir. Hayat sigortasının halihazır şartlarda oldukça düşük talep gördüğü ülkemizde, yıllarca prim ödeyip herhangi bir nedenle ayrılmak isteyen sigorta ettirenin, ayrılma hakkını kullanabilmek için sigortalının sağlıklı olduğunu ispat etmesi, “sağlıklı olmak” gibi muğlak bir kavramın ayrılma koşulu olarak öngörülmesi ve hükmün gerekçesinde, ayrılma hakkının kötüye kullanılmaması için böyle bir koşulun konulduğu kanaatimizce tartışılması gereken bir husustur. İncelememizin sonuç bölümünde birtakım öneriler getirilmiştir.

I. HAYAT SİGORTALARI VE AYRILMA HAKKI (LIFE INSURANCES AND THE RIGHT OF SURRENDER)

A. Genel Olarak

Giriş kısmında da belirtildiği gibi hayat sigortalarının iki temel işlevi vardır. İlki güvence olması ikincisi ise bir tasarruf vasıtası olmasıdır. Gerçekten de ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortasında sigortada sigortalının ölümü halinde sözleşmede lehtar olarak gösterilen kişi ya da kişilere, toplu bir ödeme yapılması ve böylece söz konusu kişilerin özellikle destekten yoksun kalan kişilerin aldıkları toplu para ile hayat standartlarını sürdürebilmeleri amaçlanmaktadır. Yaşama ihtimaline karşı hayat sigortalarında ise sigortalının sözleşmede öngörülen süre sonunda hayatta kalması durumunda kendisine ya toplu bir ödeme yapılması ya da tıpkı bir emekli maaşı gibi ölünceye kadar bir güvence ve tasarruf olanağı amaçlanmaktadır. Bu iki sigorta

çeşidinden genel olarak ölüm ihtimaline bağlı hayat sigortaları tercih edilmektedir⁸. Bununla birlikte ülkemizde hayat sigortasına olan talep diğer sigorta çeşitlerine göre oldukça düşük düzeydedir⁹. Bu konu araştırmamız dışındadır.

B. Yaşama İhtimaline Karşı Hayat Sigortası

Hayat sigortasının bir türü olan yaşama ihtimaline karşı sigorta, birikimli hayat sigortası kategorisinde yer almaktadır. Nitekim 2004 yılında yayımlanan Emeklilik Şirketlerindeki Birikimli Hayat Sigortalarından Bireysel Emeklilik sistemine Aktarımlara İlişkin 2004/2 No.lu Tebliğ'in 2f. Maddesinde de¹⁰ yaşama ihtimaline bağlı hayat sigortaları "birikimli hayat sigortası" olarak tanımlanmıştır. Bu sigorta türü aynı zamanda "özel emeklilik sigortası" olarak da adlandırılmaktadır¹¹. Yaşama ihtimaline karşı sigorta türünde, sigortalının belirli bir süre hayatta kalma rizikosunun gerçekleşmesi ya da bir başka deyişle sigorta sözleşmesinde öngörülen sürenin sonunda hayatta kalması durumunda kendisine sigortacı tarafından;

- a) Toplu para ödemesi yapılarak sigorta sonlandırılabilir.
- b) Ödenecek tutarın yarısı alınarak kalan tutar hayat boyu maaş olarak ödenebilir,
- c) Toplu para ödenmeden hayat boyu maaş olarak ödenebilir,
- d) Toplu para ödenmeksizin sigortalı tarafından belirlenen bir süre için ödeme yapılır. Vefatı durumunda kalan miktar ya lehtar olarak gösterilen kişiye ya da yasal mirasçılara ödenir.
- e) Toplu para ödenmeksizin yüksek tutarlı bir maaş ödenir. Sigortalının vefatı halinde yasal mirasçılara bir ödeme yapılmaz. Lehtar gösterilemez¹².

⁸ CANOL, 2018, s.49.

⁹ CANOL, 2018, s.50.

¹⁰ 12.07.2004 tarih ve 25520 sayılı RG.

¹¹ ERTURAN, Yusuf, "Hayat Sigortacılığı ve Hayat Sigortacılığında Müşteri Memnuniyeti", **Anadolu Kültürel Araştırmalar Dergisi**, 2020, (s.102-115), s.111, <http://www.ankad.org/index.php/Ankad/article/view/90/81> (Erişim:06.09.2021).

¹² ÖZCAN, Hakan, **Hayat Sigortası Ürünleri ve Fiyatlandırma, Hayat Sigortaları ve Bireysel Emeklilik Sistemi**, Eskişehir 2012, s.4.

Yaşama ihtimaline bağlı hayat sigortası genellikle ölüm rizikolu hayat sigortası ile birlikte sunulmaktadır.

C. Yaşama İhtimaline Karşı Hayat Sigortası ve Bireysel Emeklilik Sistemi

Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde sosyal güvenlik sistemlerinin güvenilirliği konusunda ciddi endişeler vardır¹³. Sosyal sigorta güvencesinde olan bireyler yetersiz aylık ve sosyal güvenlik hizmetlerindeki kalite düşüklüğünden muzdariptir¹⁴. Bu nedenle kişiler mevcut sosyal güvenlik sisteminin sağladığı emeklilik haklarının yanısıra ileride, yaşlılık yıllarında kendilerine ek bir emeklilik güvencesi arayışındadırlar.

Yaşam ihtimaline karşı hayat sigortası (özel emeklilik sigortası) ve bireysel emeklilik sisteminin her ikisi de ülkemizde mevcut sosyal güvenlik sisteminin sağladığı emeklilik olanağına ek olarak, belirli bir süre prim ödemesi yaptıktan sonra ya toplu olarak ya da aylık ödemeler biçiminde alacakları meblağlar ile yaşlılık döneminde refah düzeylerini artırmalarını amaçlayan hukuki enstrümanlardır.

Bireysel emeklilik sistemi, 2001 yılında yürürlüğe giren 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım sistemi Kanunu¹⁵ ile yasal bir zemine kavuşmuştur. Sistemin fiilen yürürlüğe girişi 2003 yılında gerçekleşmiştir¹⁶.

Bireysel emeklilik sistemi, çalışanlar bakımından başlangıçta isteğe bağlı bir sistem iken günümüzde çalışanlar için zorunlu bireysel emekliliğe dönüşmüştür¹⁷. Devlet kişilerin bireysel emekliliğe katılımı için zaman içinde önemli teşviklerde bulunmuştur.

¹³ SEZGİN, Selami/YILDIRIM, Tuba, "Türkiye'de Bireysel Emeklilik Sisteminin Etkinliği", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, Ağustos 2015, 10(2), (s.123- 140), s. 123. https://www.researchgate.net/profile/Selami-Sezgin/publication/289506411_Turkiye'_de_Bireysel_Emeklilik_Sisteminin_Etkinligi/links/568d691f08aead3f42ed9f49/Tuerkiye-de-Bireysel-Emeklilik-Sisteminin-Etkinligi.pdf (Erişim: 08.09.2021)

¹⁴ SEZGİN/YILDIRIM, 2015, s.126.

¹⁵ 07.04.2001 tarih ve 24366 sayılı RG.

¹⁶ SELÇUK, M. Rıdvan, "Bireysel Emeklilik Sistemi Neler Getiriyor", **Vergi Dünyası**, Sayı: 260, Nisan 2003, (s.4-14) s.6.

¹⁷ AKPINAR, Sema /DEMİRCİ, Merve Güneş, "Zorunlu Bireysel Emeklilik Sistemine Geçiş ve Yapılacak Kesintilerin Muhasebeleştirilmesi", **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, ss.137-146, s. 137. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/434908> (Erişim: 13.09.2021)

Örneğin 2013 yılında itibaren sisteme katılanlara katılım paylarının ilkin %25'i oranında bir tutarı devlet tarafından bireysel emeklilik hesabına katkı payı adı altında yatırılmaktaydı¹⁸. Bu oran 2022 yılında %30'a çıkarılmıştır¹⁹.

Yaşama ihtimaline karşı hayat sigortası ile bireysel emeklilik sigortasının birçok benzer yönü olduğu daha önce de belirtilmişti. Bu iki faaliyet alanının farklı yönleri de mevcuttur²⁰. Bu farklar esasen bireysel emeklilik sistemine avantaj, sigorta sistemine ise dezavantaj getirmektedir. Örneğin, bireysel emeklilik sisteminde katkı payı portföy yatırım şirketleri, sigorta da ise sigorta şirketi tarafından yönetilmektedir. Kişiler, bireysel emeklilik sisteminde yatırım fonları belirli aralıklarla değiştirebilmektedir ancak sigorta sisteminde böyle bir hakları mevcut değildir. Bireysel emeklilik sisteminde birikimler başka bir bireysel emeklilik şirketine aktarılabilen ancak sigortada böyle bir hak bulunmamaktadır. Bireysel emeklilik sisteminde katılımcının sözleşme süresi içinde ölmesi halinde birikimleri ve devlet katkısı ve getirilerinin tümü, varsa emeklilik sözleşmesinde belirtilen lehtarlar ya da yasal mirasçılara ödenmektedir²¹. Yaşama ihtimaline bağlı hayat sigortasında risk, sigortalının belirli bir süre hayatta kalması olduğu için elbette ölüm halinde tazminatın lehtar ya da yasal mirasçılara ödenmesi beklenemez ama ayrılma hakkında olduğu gibi lehtara ya da yasal mirasçılara ödenmek üzere matematiksel bir karşılık söz konusu olabilmelidir. Son olarak ve belki de en önemli fark, sigorta ettirenlerin sigorta süresi içinde yeterince bilgilendirilmemeleri ve birikimlerini istedikleri zaman şeffaf biçimde görememeleridir. Aslında bir tüketici olarak sözleşmenin her aşamasında sigorta ettiren veya sigortalının en doğal hakkı olan bilgi alma hakkı, beş yıl vb. sürelerle bağlanmaktadır. Oysaki tıpkı bireysel emeklilikte olduğu gibi sigorta sisteminde de sigorta ettirenin/sigortalının bu tip hakları olmalıdır.

¹⁸ KARA, Sümeyra/YILDIZ, Yılmaz, "Türkiye'de Bireysel Emeklilik Sistemi: 2012 Sonrası Yapılan Reformlar ve Beklentiler", **İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi** Cilt 4, Sayı 1, 2016, ss.23-45, s.28. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/355419> (Erişim:13.09.2021)

¹⁹ 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun "Devlet Katkısı" başlıklı ek madde 1'e, 19.01.2022 tarih ve 7351 sayılı Kanun'un 6 md. ile getirilen değişiklikle bu oran %30'a çıkarıldı.

²⁰ Bu farklar için bkz. SÖNMEZ, Deniz, "Bireysel Emeklilik Sistemi ve Beklentiler, **Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**", İşletme A.B.D., Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 60 vd.

²¹ KARA/YILDIZ, **2016**, s.30.

D. Ayrılma Hakkı ve Kullanımı

1. Genel Olarak Ayrılma Hakkı

Hayat sigortalarında sigorta ettirenin üç temel hakkından söz edilmiştir. TTK m.1500 ila 1502 arasında düzenlenen ayrılma, ödünç verme ve prim ödenmesinden muafiyet hakları, sigorta ettiren bakımından cazip haklardır. Özellikle ayrılma hakkı, sigorta ettirenin ileride çeşitli nedenlerle sigortadan ayrılması durumunda ayrılma değerini alarak fazla bir kayıp yaşamaksızın muhtemel bir pişmanlığı da ortadan kaldıran önemli bir haktır. Ayrılma hakkının hukuki dayanağı TTK m.1500 hükmüdür.

a. Hayat Sigortası Genel Şartlarında Ayrılma Hakkına İlişkin Düzenleme

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun²² 11.maddesinin birinci fıkrasında sigorta sözleşmelerinin ana muhtevasının, Müsteşarlıkça²³ onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 5684 sayılı Kanun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre özel kanun niteliğinde olmakla birlikte daha eski tarihli olmasına rağmen yeni Kanun ile çelişki halinde değildir. Dolayısıyla hayat sigortaları genel şartları, yeni TTK hükmüne uyarlanarak uygulama alanı bulacaktır. Mevcut "Hayat Sigortaları Genel Şartları"²⁴, 6102 sayılı TTK 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen aradan geçen yaklaşık dokuz yıllık süre zarfında yeni TTK hükümlerine uygun olarak güncellenmemiştir. Ayrılma hakkı, Hayat Sigortaları Genel Şartlar C.6 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "*Satın Alma (İştirâ) Sigortacı, aksine bir sözleşmeyle kısaltılmış olmadıkça en az üç yıllık primi ödenmiş olan bir sigortayı, sigorta ettirenin talebi üzerine ve sigorta poliçesinin geri verilmesi karşılığında poliçede belirtilen şekilde satın almak zorundadır*"

²² 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı RG.

²³ Müsteşarlık makamı, değişen mevzuat çerçevesinde kaldırılmış ve sigortacılık alanı ile ilgili olarak T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesinde Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu teşkil edilmiştir. Bkz. <https://www.hmb.gov.tr/sigortacilik-genel-mudurlugu-hakkinda> (Erişim:13.09.2021).

²⁴ Bkz. "Hayat Sigortaları Genel Şartları" https://tsb.org.tr/media/attachments/Hayat_Sigortalar%C4%B1_Genel_Sartlar%C4%B1.pdf (Erişim:07.09.2021).

şeklindeki düzenleme yerini muhafaza etmektedir. TTK m.1500/2 hükmü ile çelişen iki nokta vardır. İlk olarak, TTK m.1500/2 hükmünde “en az bir yıl prim ödenmiş olması” şartı getirilmiş, ikinci olarak ise taraflara “sözleşme ile süreyi kısaltma” olanağı tanınmamıştır. Dolayısıyla 01.07.2012 tarihinden sonra yapılacak sözleşmelerde “bir yıllık süre” geçerli olmalı ve sözleşmeyle sürenin kısaltılması söz konusu olmamalıdır.

b. Ayrılma Hakkının Hukuki Niteliği

Ayrılma hakkı, hukuki niteliği itibariyle tıpkı cayma ve fesih hakları gibi yenilik doğuran (bozucu) bir hak olup²⁵ sadece sigorta ettirene tanınmıştır. Ayrılma hakkı, cayma ve fesih haklarından farklı olarak geleceğe yöneliktir. Ayrılma hakkının kullanımı hak düşürücü süreye tabi değildir. Bir başka deyişle ayrılma hakkı riziko gerçekleşinceye kadar kullanılabilir. Bununla birlikte TTK m.1500/1 uyarınca bu hakkın kullanımı için en az bir yıl süreyle prim ödemiş olması gerekir.

2. Ayrılma Hakkının Cayma ve Fesih Haklarından Farkları

Ayrılma hakkı ile cayma ve fesih hakları arasındaki farklar şöyle sıralanabilir:

a. Taraflar Bakımından

Cayma ve fesih hakları sigorta sözleşmesinin her iki tarafına da tanınan haklardır. Buna karşılık ayrılma hakkı sadece sigorta ettirene tanınmıştır. Bir başka deyişle sigortacının sözleşmeden ayrılması söz konusu değildir. Cayma hakkı esasen “sözleşmeden dönme” anlamına gelir ve sigorta sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar²⁶. Fesih hakkı ise taraflardan birinin, haklı sebeplerin varlığı halinde tek taraflı ya da karşılıklı olarak sözleşmeyi sona erdirmesidir. Cayma ve fesih hakkı Türk Ticaret Kanunu’nun hem sigorta hukuku genel hükümlerinde hem de can sigortasına ilişkin hükümlerde yer almıştır.

²⁵ Bkz. 1440.madde Gerekeçesi.

²⁶ ÜNAN, Samim, **Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Beta Basım Yayın, İstanbul 1998, s. 160.

b. Kullanım Süreleri bakımından

Ayrılma hakkı, en az bir yıllık primin ödenmiş olması koşulu ile sözleşme süresi içinde riziko gerçekleşinceye kadar kullanılabilir bir haktır. Oysa ki cayma ve fesih hakları için Kanun'da öngörülen hak düşürücü süreler vardır.

c. Nitelikleri Bakımından

Ayrılma hakkı, kanun koyucunun sadece sigorta ettiren için sağladığı bir haktır. Sigorta sözleşmelerinde taraflar arasında denge mevcut değildir. Sigortacı, sigorta ettirene nazaran gerek ekonomik gerekse sosyal bakımdan çok daha güçlüdür. Sigorta ettiren esasen bir tüketici konumundadır ve özellikle hayat sigortalarında uzun vadeli bir ilişki kurulduğu için sigorta ettirenin çeşitli nedenlerle sigorta sözleşmesinden ayrılması söz konusu olabilmektedir. Uzun vadeli bir sözleşme ilişkisi içinde sigorta ettirenin ödeme sorunları yaşaması, tercihini değiştirmesi, sigortalı ile ilişkilerinin değişmesi vb. birçok nedenle sözleşmeden ayrılması gündeme gelebilir. Uzun vadeli sözleşmelerin genel karakteristiği de böyledir. Dolayısıyla sigorta ettirenin uzun yıllara sâri bir sözleşme ilişkisinden ayrılması hakkaniyetin de bir gereğidir.

d. Sonuçları Bakımından

Ayrılma hakkının kullanılması ile birlikte sigortacı "ayrılma değeri" adı verilen ve nakdi olarak ifade edilen tutarı sigorta ettirene ödemekle yükümlüdür. Ayrılma değeri, TTK m.1500/1'de "ayrılmanın istenildiği andaki genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun bir biçimde hesaplanan değerdir" şeklinde tanımlanmıştır. Eski TTK m.1327'de bu husus "Sigortacı, en az ilk üç yıllık primi ödenmiş olan sigortayı, sigorta ettiren kimsenin talebi üzerine ve sigorta poliçesinin iadesi karşılığında poliçede yazılı cetvele göre satın almaya..." şeklinde ifade edilmişti. Yeni düzenlemede, ayrılma değeri açık biçimde ifade edilmiştir. Cayma ve fesih durumlarında ise koşullara bağlı olarak tazminat ödenmesi söz konusu olabilir.

3. Sigorta Ettirenin Tüketici Vasfı Bağlamında Ayrılma Hakkı

Yaşam ihtimaline karşı sigorta sözleşmesi, diğer tüm sigorta sözleşmeleri gibi iki tarafa da hak ve borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Burada da sigorta ettiren prim ödeme borcu altına girmekte ve buna karşılık belirlenen süre içinde sigortalının hayatta kalması

durumunda riziko gerçekleştiği için sigortalıya çeşitli seçenekler altında toplu para ya da maaş ödenmektedir.

Sigorta sözleşmesinin aynı zamanda bir tüketici olup olmadığını değerlendirirken ilk bakılması gereken düzenleme 6502 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun”dur²⁷. Gerçekten de bahse konu Kanun’un 3/1 bendinde “Tüketici İşlemleri” arasında “sigorta sözleşmeleri” de yer almaktadır. Dolayısıyla sigorta ettirenin, tüketici tanımına dair tüm diğer koşullar oluştuğunda tüketici vasfı tartışmasıdır²⁸.

Genel olarak sigorta sözleşmelerinin “tüketici sözleşmesi” olarak kabul edildiği hukukumuzda sigorta ettirenin, diğer tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, tüm tüketici haklarından yararlanacağı da kabul edilmelidir. Taraflarından birinin tüketici vasfını taşıdığı sözleşmelerde tüketicinin korunması düşüncesinin altında yatan temel gerekçe tüketicinin sözleşmenin diğer tarafına nazaran göre zayıf konumda olmasıdır²⁹. Bu bağlamda, sigorta ettirenin, üstün konumda olan sigortacı karşısında korunması da bir gerekliliktir³⁰. Bu koruma, gerek sözleşmesi öncesi görüşmelerde gerekse sigorta sözleşmesi süresinde sigorta ettirenin bilgilendirilmesi, haklarının anlaşılır biçimde açıklanması, poliçedeki değişikliklerin zamanında bildirilmesi ve sigorta ettirenin onayına tabi olması gibi birçok konuda öngörülmesi gereken bir husustur. Hayat sigortasında sigorta ettiren gerek sözleşme sonunda gerekse ayrılma durumunda haklarının neler olduğu konusunda sigortacı tarafından tam olarak bilgilendirilmelidir. Sigorta ettirenin tüketici vasfı ona aynı zamanda iyiniyet karinesini de bahşeder.

²⁷ 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı RG.

²⁸ CANER, Oğuz, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Sigorta Sözleşmelerine Etkileri”, **Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY'e Armağan C.II**, Beta Yayın ve Basımevi, 2014, (s.2503-2534), s.2503. https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37655745/Sigorta_Hukukunda_Tuketici-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1630655371&Signature=eUpEBr8eGcaVoHqKq~PSICRm-2L-UT-YUo2rZfV1j4cdDJnCezphUNkWWFo2eMcevGTdmYIUNapQA-3MihNwHrCzGurpmNVFG-ebNmJms-k-17hrzd9CD5y8NAvk-vROlc2YTt-9Yye7YdJMyaKjjwPxzdVvzgypCBHF7JO7VzbQJcFb09kGuyuwXZwSeverlrk5ZGmmP66zfnD-cQBW0MKPGROunfKiODp2Df27H5-4-XO-d6YKBXGpdz32csmaFVFqrrJ1pm30sJ1mXLVPz7P-p4naTqcEU1vgCjpDvCAxi7~WGwtKcrFv424oo-7LDjSafAILsb-CFm3AWea5Q__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA (Erişim: 03.09.2021)

²⁹ ÖZEL, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 5.Baskı, 2019, s.32.

³⁰ CANER, **2014**, s.2532.

4. Kaynak 2008 Tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda Ayrılma Hakkı

2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz), hem Türk Ticaret Kanunu'nun Altıncı Kitabı olan Sigorta Hukuku'nun başlıca kaynaklarından biri hem de Kıta Avrupa Hukukunda başat bir Kanun olması dolayısıyla ayrı bir önem taşımaktadır. Alman Sigorta Kanunu'nun 168.maddesinde sigortalının ayrılma hakkı, 169.maddesinde ise ayrılma değeri (Rückkaufswert) düzenlenmiştir. Sigortalının ayrılma hakkını düzenleyen 168.maddede, ayrılma hakkının kullanımı sigortalının sağlıklı olduğunu ispat gibi bir şarta bağlanmamıştır. 169.maddede ise, ayrılma değerinin sigorta tazminatını aşamayacağı, aktüerya matematik kurallarına göre hesaplanacağı, ayrılma değeri ve bu tutarın ne ölçüde garanti edildiğinin sigorta ettirene bildirilmesi gerektiği gibi hususlar düzenlenmiştir.

II. SİGORTALININ SAĞLIKLI OLDUĞUNU İSPAT ŞARTI

Sigorta ettirenin yaşama ihtimaline karşı hayat sigortasından bir yıllık primi ödemesi şartıyla sözleşmeden ayrılması, sigortalının sağlıklı olduğunu ispat şartına bağlanmıştır (TTK m.1500/2). Hükmün gerekçesinde “*Diğer taraftan yaşama ihtimaline karşı yapılmış sigortalarda, süre sonuna doğru rizikonun gerçekleşme ihtimaline karşı sigortacının ayıracağı karşılık artacağından öleceğini anlayan sigorta ettiren sözleşmeyi iştira edebilir. Bu nedenle, yaşama ihtimaline karşı yapılan sigortalarda sigorta ettirenin iştira hakkını kullanabilmesi sigortalının sağlıklı olduğunun ispatına bağlanmıştır. Böylelikle, sigorta ettirenin kötü niyetli olarak iştira hakkının kullanmasının önüne geçilmek istenmiştir*” denilmektedir³¹.

Yaşama ihtimaline karşı sigortada süre sonuna doğru rizikonun gerçekleşme ihtimaline karşı sigortacının ayıracağı karşılığın artması bu sigorta türünde olağan bir durumdur. Dolayısıyla burada asıl üzerinde durulması gereken husus “**sigortalının öleceğinin anlaşılması**” ve “**hakkın kötüye kullanılması**” kavramlarıdır.

³¹ ÇEKER, 2018, s.324.

A. “Sigortalının Öleceğinin Anlaşılması” İbaresinin Belirsizliği

Gereğede yer alan ve sigorta ettirenin “**Sigortalının öleceğinin anlaşılması** üzerine ayrılmak istemesinin hakkın kötüye kullanımının önlenmesi için ayrılmak için sigortalının sağlıklı olduğunun ispatı” ibaresinden neyin kast edildiği belirsizdir. Bir örnek vermek gerekirse, 20 yıllık sigorta süresi içinde 15 yıl ödeme yapan sigorta ettiren, sigortalı eşinin bir rahatsızlığı dolayısıyla hastaneye başvurduğunda eşinin “kanser hastası” olduğunu öğrenmiştir. Kanser teşhisi koyan hekim, hastanın iki yıl daha yaşama ihtimalinin olduğunu söylemiştir. Bu örnekte sigortalının öleceği anlaşılıp mı olmaktadır? Bir başka örnek daha verebiliriz. Sigorta ettiren aynı zamanda sigortalı olup genel bir sağlık kontrolü esnasında kalp rahatsızlığı taşıdığı anlaşılmıştır. Teşhis koyan hekim, verilen ilaçları alması durumunda bir sorun olmayacağını iletmiştir. Sigorta ettiren/sigortalı böyle bir durumda sigortacıya, yaşama ihtimaline karşı hayat sigortasından ayrılmak istediğini bildirdiğinde ve sigortacı da TTK m.1500/2 hükmüne istinaden sağlıklı olduğuna dair bir rapor istediğinde hastane bu kişiye “sağlıklı olduğuna dair rapor” verebilir mi? Bu soruların cevabı olumsuz olacaktır. Bununla birlikte mevcut hükme istinaden her iki örnekte de sigorta ettirenin ayrılma talebi sigortacı tarafından reddedilecektir. Sonuç olarak “sigortalının öleceğinin anlaşılması” gibi belirsiz ve hukuki normlara uymayan bir gerekçe ile ayrılma hakkının kısıtlanması haksız ve taraflı bir yaklaşımdır.

B. “Hakkın Kötüye Kullanılması” Yaklaşımının Yersizliği

Yukarıda verilen örneklere bakıldığından sigorta ettiren açısından sigortadan ayrılmak dışında ne gibi bir seçenek kalacaktır? Bu durumda ayrılma hakkının kullanılması “hakkın kötüye kullanılması” olarak değerlendirilebilir mi? Böyle bir yaklaşım gerek tüketici hakları gerekse hakkaniyet bakımından kabul edilebilir mi?

“Hakkın kötüye kullanımı yasağı” hukukumuzda “objektif iyiniyet” yani “dürüstlük kuralları” ile birlikte ele alınmaktadır³². 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun

³² ATEŞ, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **TBB Dergisi**, Sayı 72, 2007, s. 75-73, s. 82. http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2007-72-352.pdf (Erişim:07.09.2021).

2.maddesinde düzenlenen “dürüstlük” ilkesine göre “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hiçbir hukuk düzeni korumaz. Hakkın kötüye kullanımı ile kastedilen şey; bir hakkın amacı dışında kullanılması³³, bu kullanımdan hak sahibinin hiç menfaatinin bulunmaması ya da çok az menfaatinin bulunması³⁴ olarak tanımlanmıştır. Hakkın kötüye kullanılmasına örnek vermek gerekirse; hakkın sosyal amaçları dışında yararlanılmak istenmesi, güven ilkesine aykırı kullanımı, yararlar arasında aşırı oransızlık olması, hakkın karşı tarafı koruyucu biçimde kullanılmaması, kötü kazanılmış durumun veya hakkın ileri sürülmesi, hakkın kullanılmasında çelişkili davranılması gibi hususlar ileri sürülebilir³⁵.

Hakkın kötüye kullanılması genel bir ilke olmakla birlikte emredici bir kural mıdır? Öğretide genel olarak kabul gören görüşe göre hakkın kötüye kullanımı emredici değildir³⁶. Bir başka deyişle her somut olayda ele alınması gereken bir husustur³⁷. Yukarıda sayılan durumlarda somut olayın özelliklerine bakmak gerekecektir³⁸. Yoksa 1500/2'nin gerekçesinde olduğu gibi sigorta ettirenin ayrılma talebini, sigortalının öleceğini anlayan sigorta ettirenin kötü niyetine bağlayıp bunu önlemek için “sağlıklı olma” şartı öngörmek hakkın kötüye kullanımını engelleyici değil hakkın kullanımını kısıtlayıcı bir yaklaşımdır.

Yüksek Mahkeme'nin hakkın kötüye kullanımına dair kararları incelendiğinde, hakkın kötüye kullanımında bir zarar doğması sonucu arandığını görüyoruz. Örneğin; YHGK'nun 13.07.2011 T. ve E:2011-4-410, K:2011/511 sayılı Kararında “... Hakkın

³³ ATEŞ, 2007, s.83, ÇELİKTAŞ, Demet, “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanımı” (s.593-641), 1987, s.611. <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/ayiter/ayiter/celiktas15.pdf> (Erişim:07.09.2021), KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, Turhan Kitapevi, 6.Bası, Ankara, 2017, s.113,

³⁴ ATEŞ, 2007, s. 83.

³⁵ ÇELİKTAŞ, 1987, s.616.

³⁶ EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993, s. 290 vd.

³⁷ HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, **Medeni Hukuk**, Legal Yayınevi, 5.Bası, İstanbul, 2018, s. 45.

³⁸ KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri**, Seçkin Yayınevi, 4.Bası, Ankara, 2019, s. 424.

kötüye kullanımı ölçütünü Medeni Kanun'a göre dürüstlük kuralları verir. Bunun yanında ayrıca hak sahibinin başkasını izar kastıyla hareket etmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Önemli olan başkasına zarar vermek kastı değil; hakkın dürüstlük kurallarına aykırı kullanımı sonucunda başkasının zarar görmüş olmasıdır". Yüksek Mahkemenin 28.01.2004 T. ve E:2004-6-50 K: 2004/38 sayılı bir başka kararında "Medeni Kanun'un 2.maddesi hukuk sistemimiz bakımından çok önemli iki prensibi açıklar. Bunlardan birinci her somut olayda hakların kullanılmasının kapsam ve içeriğini sınırlayan "objektif iyiniyet", ikincisi ise hakların kötüye kullanılmasının sonucunu gösteren ve bunun hukuk tarafından korunmayacağını bildiren "hakkın kötüye kullanımı yasağıdır" ... Bir hakkın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılması suretiyle başkasına bir zarar verilmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturur". Daha birçok örnek karardan çıkan sonuç; hakkın kötüye kullanılması ile karşı tarafın bir zarar görmesidir.

Kanun koyucunun TTK m.1500/2 hükmünün gerekçesinde yer alan "*öleceğini anlayan sigorta ettirenin ayrılma hakkını kullanabilmek için sigortalının sağlıklı olduğunu ispat etme*" yükümlülüğünün "hakkın kötüye kullanımını engellemek için öngörüldüğü" yönündeki argüman, hangi hakkın kötüye kullanıldığı hususunda bir açıklığa sahip değildir. Kanun koyucu acaba şöyle bir endişeye istinaden mi hakkın kötüye kullanımını engellemeyi amaçlamaktadır? Sigorta ettiren, sigortalının öleceğine dair kuvvetli bir ihtimal ortaya çıkınca hiç olmazsa ölmeden önce sigortada biriken parayı alabilme kaygısı ile hareket ederek, en kısa süre içinde sigorta şirketine başvurup aslında hak etmediği bir tazminatı topluca almaya çalışacaktır. Bunu engellemek için de önce sigortalının sağlıklı olduğunu ispatlamalıdır. Böyle bir yaklaşım hukuki olmadığı kadar insani de değildir. Şöyle ki; her şeyden önce ayrılma hakkı sigorta ettirene Kanun ile tanınan bir haktır. Ayrılma hakkının kullanımı için çeşitli nedenler olabilir. Gerekcede yer alan sigortalının yakın zamanda öleceğini anlaması da bunlardan biridir. Sigorta ettirenin böyle bir durumda ayrılma ile hiç olmazsa birikiminin bir bölümünü geri alabilmesi söz konusu olacaktır. Sigorta ettirenin amacı, birikiminin tamamını nemalarıyla birlikte geri almak değildir. Ayrılma değeri, matematiksel bir karşılık olup, sigortacı tarafından yapılan çeşitli masraflar kesildikten sonra belirlenen bir değer olup sigorta bedelinin altındadır. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılıktan ya da hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemez. Burada gerçek anlamda hakkaniyete uygunluktan

söz edilebilir. Çünkü, öleceğini bilse bile böyle bir durumda sigorta ettirenin ayrılma talebinin altında yatan etken, hakkın kötüye kullanımı değil hakkaniyet kuralı çerçevesinde hiç olmazsa bir kısım birikimin geri alabilmektir. Bu amacı hakkın kötüye kullanımı ile açıklamak olanaksızdır. Çünkü burada sigortacı açısından bir zarar söz konusu değildir. Sigortacı sadece birikmiş tutarın matematiksel karşılığını ödemek durumundadır. Ayrıca Yüksek mahkemenin öngördüğü gibi her somut olayda incelenmesi gereken bir hususu apriori hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirmek ve bunu yasal düzenleme ile önlemeye çalışmak kanaatimizce hukuka uygun bir yaklaşım değildir.

Kanun metninde eleştirilmesi gereken bir diğer husus “sağlıklı olma” terimidir. Bu terim belirsizlik taşıyan, kişiden kişiye farklı yorumlanabilen bir terimdir. Örneğin Dünya Sağlık Örgütü’nün Anayasasına baktığımızda “sağlıklı” olmak” “*sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik halidir.*” şeklinde tanımlandığını görebiliriz³⁹. Türk Dil Kurumu sözlüğünde sağlık terimi, “*Bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet*” olarak tanımlanmıştır⁴⁰. Bu tanımlardan yola çıkıldığında, “sağlıklı olmak” kavramı, “bireyin herhangi bir hastalığının olmaması, fizik ve ruh sağlığının temel bir muayene ile yerinde olmasıdır” şeklinde bir sonuca ulaşılabilir. Oysa ki TTK 1500/2’nin gerekçesinde bu konu, sigortalının “yakın zamanda öleceğini anlaması” seviyesine indirgenmiş ve “sağlıklı olmak” gibi bir ispat şartına bağlanmıştır. Bu durumda “sağlıklı olmak” yakın zamanda ölmemeyi mi, akut bir hastalık sahibi olmamayı mı, ruh sağlığının yerinde olmasını mı yoksa bedeni bütünlüğünü muhafazasını mı gerektirir? Böyle bir belirsizlik, sigortacıya geniş bir itiraz hakkı sunmaktadır. Her somut olayda sigortacı, basit bir rahatsızlığı bile “sağlıklı olma” şartının karşılanmadığı gerekçesiyle ödeme yapmayı reddedebilir. “Sağlıklı olma” şartı, hâkimin takdir hakkını da tümüyle kısıtlamaktadır çünkü sigortalının “sağlıklı olmadığına” ilişkin bir rapor, hâkimin somut olayda sigorta ettiren lehine karar verme olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla TTK m.1500/2 düzenlemesi, sigorta sözleşmesinde baştan itibaren kuvvetli konumda

³⁹ Bkz. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Erişim:07.09.2021)

⁴⁰ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim:07.09.2021)

olan sigortacının lehine olan ve olması gereken dengeyi tam anlamı ile bozan bir düzenlemedir.

C. Sigorta Ettirenin Sigortalının Sağlıklı Olduğunu İspat Şartı ve TTK m.1492 Hükümü

Sigorta ettiren ve sigortalının farklı kişiler olması durumunda ayrılma hakkının kullanılabilmesi için sigorta ettiren tarafından sigortalının sağlıklı olduğunu ispat şartını TTK m.1492 hükmü çerçevesinde de incelemek gerekir. TTK m.1492'ye göre “*Sigorta ettiren ile sigortacı arasında, sigorta edilecek kişinin doktor incelemesinden geçmesi kararlaştırılmış olsa bile, sigortacı sigortalananacak kişiyi bu incelemeyi yaptırmaya zorlayamaz*”. Her ne kadar bu hüküm sigorta sözleşmesinden önceki aşamada yapılacak bir sağlık kontrolüne şamil ise de TTK m.1500/2 gereği de sigortalının sağlık kontrolünden geçmesi söz konusu olacaktır. Sigortalının doktor incelemesini (tıbbi muayene olarak da anlaşılabilir⁴¹) reddetme hakkı vardır. Sigortalının böyle bir incelemeyi reddetmesi durumunda sigorta ettirenin ayrılma hakkını kullanması da bir nevi imkansızlaşacaktır. Söz konusu hükmün gerekçesinde de “*...sigorta ettiren ile hayatı sigorta sözleşmesine konu teşkil eden sigortalının aynı kişi olmaması halinde, sigortacı ve sigorta ettirenin sözleşmenin tarafı olmayan sigortalının cismani varlığı üzerinde anlaşma yapmaları doğal olarak sigortalıyı bağlamayacaktır*” ifadesi haklı bir gerekçeyi ortaya koymaktadır. TTK m.1492 hükmü, TTK m.1500/2'de yer alan “sigortalının sağlıklı olduğunu ispat” bakımından da tümüyle engelleyicidir. Gerçekten de sigorta ettiren, ayrılma talebini sigortacıya bildirip ardından işlemlere başladığında kendisinden talep edilecek “sigortalının sağlıklı olduğuna ilişkin raporu” sigortalı muayeneyi reddettiği takdirde ve üstelik de m.1492'ye göre kanunen de bu hakka sahip olduğuna göre sigorta ettirene başka bir hal tarzı sunulabilir mi? Dolayısıyla TTK m.1500/2'de düzenlenen “sağlıklı olduğunu ispat” şartı esasen başka bir hüküm tarafından uygulaması olanaksız bir noktaya getirilmiştir.

⁴¹ SAYIN, Hediye Bahar, “Hayat Sigortalarında Doktor İncelemesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İNÜHFD** 10(2): (s.677-693), 2019, s.678.

SONUÇ

6102 sayılı TTK'nun 1500.maddesinde hayat sigortalarından ayrılma hakkı düzenlenmiştir. Ölüm ihtimaline karşı hayat sigortasında, sigorta ettirene, bir yıllık primin ödenmesi kaydıyla başka bir koşula bağlanmaksızın ayrılma hakkı tanınır iken yaşama ihtimaline karşı hayat sigortasında bu hakkın kullanımı, bir yıllık primin ödenmesinin yanısıra sigorta ettiren tarafından sigortalının “sağlıklı olduğunu” ispat koşuluna bağlanmıştır. Hükmün gerekçesinde, “öleceğini anlayan sigorta ettirenin sözleşmeyi iştira edebileceği, bu şekilde kötüye kullanımın önlenmesi için bu hükmün konulduğu” ifade edilmiştir. Ayrılma hakkının kullanılabilmesi için sigortalının sağlıklı olduğunu ispat şartı, gerek sigorta ettirenin tüketici vasfına uygun olarak haklarını kullanmasında herhangi bir kısıtlılık olmaması kuralı, gerek “sağlıklı olma” şartının belirsizliği, gerekse hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin koşulların oluşmaması nedeniyle kanaatimizce gereksiz ve kanun yapma tekniği bakımından da doğru olmayan bir tercihtir. Son yıllarda bireysel emeklilik sisteminin de çalışanlar için zorunlu kılınması ve yaşama ihtimaline karşı hayat sigortasının bireysel emeklilik sistemine aktarılabilmesi nedeniyle zaten talep azalması yaşayan bu sigorta türünde, sigorta ettirenin en temel hakkı olan ayrılma kararının uygulanabilmesi için Kanun metninde “sağlıklı olmayı ispat” yerine “sigortalının sağ olması yeterlidir” şeklinde bir ibare kanaatimizce düzenlemenin amacına daha uygundur. Böyle bir düzenleme, TMK m.1’de yer alan “Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır” ilkesinin de tam karşılığıdır. Gerçekten de bu değişiklik ile Kanun, “ayrılma hakkının” özünü ortaya koymuş olacaktır. Böylece sigorta sözleşmesinin tarafları arasında baştan itibaren sigortacı lehine olan sözleşme hükümlerinde bir denge de gözetilmiş olacaktır. Öte yandan düzenlemenin gerekçesinde yer alan “öleceğini anlayan sigortalının hakkı kötüye kullanması” gibi ibareler anlamını yitirerek tüketici konumundaki sigorta ettiren açısından daha avantajlı ve hakkaniyete uygun bir düzenleme sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKPINAR, Sema /DEMİRCİ, Merve Güneş, “Zorunlu Bireysel Emeklilik Sistemine Geçiş ve Yapılacak Kesintilerin Muhasebeleştirilmesi”, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, (s.137-146). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/434908> (Erişim:13.09.2021).
- ATEŞ, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **TBB Dergisi**, Sayı 72, 2007, (s. 75-73). http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2007-72-352.pdf (Erişim:07.09.2021).
- BOZKURT, Tamer, **Sigorta Hukuku**, Onikilevha Yayınları, 12.Bası, İstanbul, 2021.
- CANER, Oğuz, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Sigorta Sözleşmelerine Etkileri”, **Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY'e Armağan C.II**, Beta Yayın ve Basımevi, 2014, (s.2503-2534).
https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37655745/Sigorta_Hukukunda_Tuketici-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1630655371&Signature=eUpEBr8eGcaVoHqKq~PSICRm-2L-UT-YUo2rZfV1j4cdDJnCezphUNkWWFo2eMcevGTdmYIUNapQA-3MihNwHrCzGurpmNVFG-ebNmJms-k-l7hrzd9CD5y8NAvk-vROlc2YTt-9Yye7YdJMyaKjjwPxzdVvzgypCBHF7JO7VzbQJCb09kGuyuwXZwSeverlrk5ZGmmP66znfD-cQBW0MKPGROunfKiODp2Df27H5-4-XO-d6YKbXGpdz32csmaFVFqrrJ1pm30sJ1mXLVPz7P-p4naTqcEU1vgCjpDvCAxi7~WGWtKcrFv424oo-7LDjSafAILsb-CFm3AWea5Q__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA (Erişim: 03.09.2021)
- CANOL, Sinem, “Türk Sigorta Sektöründe Hayat Sigortası Branşında Müşteri Memnuniyetini Arttırmak için Stratejik Öneriler”, **Ekonomi, İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, 2018, (s. 39-55). <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/595555> (Erişim:01.09.2021)
- ÇEKER, Mustafa, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku**, 19. Bası, Adana, 2018.
- ÇELİKTAŞ, Demet, “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanımı”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1987, (s.593-641).

<https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/ayiter/ayiter/celiktas15.pdf>
(Erişim:07.09.2021)

EDİS, Seyfullah: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.

ERTURAN, Yusuf, “Hayat Sigortacılığı ve Hayat Sigortacılığında Müşteri Memnuniyeti”, **Anadolu Kültürel Araştırmalar Dergisi**, 2020, (s. 102-115).
<http://www.ankad.org/index.php/Ankad/article/view/90/81> (Erişim:06.09.2021).

HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, **Medeni Hukuk**, Legal Yayınevi, 5.Bası, İstanbul, 2018.

KARA, Sümevra/YILDIZ, Yılmaz, “Türkiye’de Bireysel Emeklilik Sistemi: 2012 Sonrası Yapılan Reformlar ve Beklentiler”, **İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi** Cilt 4, Sayı 1, 2016, (s.23-45). <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/355419>
(Erişim:13.09.2021).

KAYIHAN, Şaban/BAĞCI, Ömer, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2022.

KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri**, Seçkin Yayınevi, 4.Bası, Ankara, 2019.

KENDER, Rayegan, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi**, Onikilevha Yayınları, 12.Bası, İstanbul 2013.

KILIÇKAPLAN, Serdar/KARPAT, Gaye,” Türkiye Hayat Sigortası sektöründe Etkinliği İncelenmesi” **D.E.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi** Cilt:19 Sayı:1, Yıl:2004, (s.1-14).
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/595555> (Erişim:01.09.2021).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, Turhan Kitapevi, 6.Bası, Ankara, 2017.

ÖZEL, Çağlar: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 5.Baskı, 2019.

POLAT, Alp/AKIN, Faruk, “Hayat Sigortası Talebinin Belirleyicileri: Türkiye Örneği”, **Atatürk Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Dergisi**, C.35, S.2, (s.407-427).
<https://doi.org/10.16951/atauniiibd.729438> (Erişim:01.09.2021).

SAYIN, Hediye Bahar, “Hayat Sigortalarında Doktor İncelemesi, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İNÜHFD 10(2) 2019, (s.677-693).

SELÇUK, M. Rıdvan, "Bireysel Emeklilik Sistemi Neler Getiriyor", **Vergi Dünyası**, Sayı: 260, Nisan 2003, (s.4-14).

SEZGİN, Selami/YILDIRIM, Tuba, “Türkiye’de Bireysel Emeklilik Sisteminin Etkinliği”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, Ağustos 2015, 10(2), (s.123-140).
https://www.researchgate.net/profile/Selami-Sezgin/publication/289506411_Turkiye'_de_Bireysel_Emeklilik_Sisteminin_Etkinligi/links/568d691f08aead3f42ed9f49/Tuerkiye-de-Bireysel-Emeklilik-Sisteminin-Etkinligi.pdf
(Erişim: 08.09.2021).

SÖNMEZ, Deniz, “Bireysel Emeklilik Sistemi ve Beklentiler”, **Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme A.B.D.**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

ÜNAN, Samim, **Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1998.

YILMAZ, Pınar, “Birikimli Hayat Sigortası ile Bireysel Emeklilik Sigortasının Karşılaştırılması ve Aktüeryal Yapıları”, **Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, YL Tezi**, İstanbul, 2004.

İnternet Kaynakları:

https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Erişim:07.09.2021)

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim:07.09.2021)

“Hayat Sigortaları Genel Şartları”

https://tsb.org.tr/media/attachments/Hayat_Sigortalar%C4%B1_Genel_Sartlar%C4%B1.pdf (Erişim:07.09.2021).

<https://www.hmb.gov.tr/sigortacilik-genel-mudurlugu-hakkinda> (Erişim:13.09.2021).

YENİ KATILIM SİGORTACILIĞI MEVZUATININ SİGORTA ŞİRKETLERİ İÇİN GETİRDİĞİ DÜZENLEMELER VE YENİLİKLER

REGULATIONS AND CHANGES FOR INSURANCE COMPANIES BY THE NEW PARTICIPATION
INSURANCE LEGISLATION

Hakemli Makale

Muharrem UMUT*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	242
I. 2020 YILI ÖNCESİ KATILIM SİGORTACILIĞI MEVZUATI.....	243
II. YENİ KATILIM SİGORTACILIĞI MEVZUATI	245
III. SİGORTA ŞİRKETLERİ İÇİN GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER.....	247
A. Bireysel Emeklilik Faaliyetleri.....	247
B. Kuruluşlar.....	249
C. Danışma Kurulu ve Müessese	250
D. Katılım Uyum Birimi	252
E. Katılım İç Denetim Raporu.....	253
F. Eğitim, Sınav ve Sertifikasyon	254
G. Pencere Usulü.....	255
SONUÇ	256
KAYNAKÇA	258

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1086001

Makalenin Geliş Tarihi: 10.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 30.05.2022

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu, Sigortacılık Bölümü

E-posta: muharrem.umut@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-00002-9213-1440

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

ÖZ

Türk sigortacılık sektöründe son yıllarda çokça konuşulan ve düzenlemeler yapılan konulardan biri katılım sigortacılığıdır. Katılım sigortacılığı, en basit haliyle katılımcıların katkı adı altında bir tutarı ortak fona ödediği ve hasarların bu fondan tazmin edildiği, risk paylaşım ilkesine dayanan alternatif bir sigortacılık sistemidir. Dini ve bilhassa faiz hassasiyetlerinden dolayı, geleneksel sigorta ürünlerine talebi düşük olan veya uzak duran kişilerin de sigorta ihtiyaçlarının karşılanması bakımından, sigorta sektöründe katılım sigorta şirketleri faaliyet göstermeye başlamıştır. Katılım sigorta şirketlerinin faaliyetlerine ilişkin ilkelerin belirlenmesi ve bu şirketlerin katılım esasları çerçevesinde faaliyette bulunabilmelerini teminen ilk defa 2017 yılında kamu otoritesince mevzuat düzenlemeleri yapılmış olup, 2020 yılı sonunda ise köklü değişikliklere gidilerek sigorta şirketleri açısından önemli düzenlemeler yapılmış ve şirketlere bazı yükümlülükler getirilmiştir. Bu çalışmada, yeni katılım sigortacılığı düzenlemesi ile getirilen yenilikler ve katılım sigorta şirketlerince yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerden bahsedilecek ve söz konusu düzenlemelerin katılım sigortacılığı sektörü açısından önemine değinilecektir.

Anahtar kelimeler: Türk sigortacılık sektörü, Katılım sigortacılığı, Katkı, Sigorta şirketleri, Kamu otoritesi.

ABSTRACT

Recently, participation insurance is one of the most talked about and regulated issues in the Turkish insurance sector. Participation insurance, simply is an alternative insurance system based on the risk sharing principle, in which participants contribute an amount called the contribution to the joint fund and the claims are compensated from this same fund. Participation insurance companies have emerged in the insurance sector to meet the insurance needs of people who are reactive to or stay away from traditional insurance policies due to their religious sensitivities particularly due to interest rate inherent in traditional products. Legislation for participation insurance companies was made for the first time in 2017 by the public authority to set the principles for the operations of these companies. In the study, the innovations brought via the recent legislation amendment for the participation insurance companies will be mentioned and its importance for the participation insurance sector will be discussed.

Key words: Turkish insurance sector, Participation insurance, Contribution, Insurance companies, Public authority.

GİRİŞ

Dünya sigortacılığında ve literatürde; faizsiz sigortacılık, tekafül, teavün, İslami sigorta gibi kavramlarla ifade edilen “katılım sigortacılığı” yakın zamanda sigortacılık alanında en çok ivme kazanan alanlardan birisi olmuştur. İslam dünyasında sigorta kavramı, ilk defa İbni Abidin döneminde konuşulmaya başlanmıştır.¹ Daha sonra Selçuklular döneminde esnaf birliklerinin oluşturduğu ahilik sistemi ve Osmanlı döneminde ise teavün sandıkları şeklinde sigortacılık benzeri yapıların ortaya çıktığı görülmektedir.²

Her ne kadar geleneksel sigortacılık sistemi Türkiye uygulamalarında eski olsa da katılım sigortacılığı oldukça yeni bir sistemdir. Temelde yardımlaşma, dayanışma, risk paylaşımı ve faiz bulunmaması esasına dayanmaktadır.³ Dünyada katılım sigortacılığı, özellikle 1970’li yıllarda İslam Konferansı Teşkilatının yaptığı çalışmalar sonucu İslam ülkeleri nezdinde yoğun olarak tartışılmıştır.⁴ Genel olarak bakıldığında, katılım sigortacılığının dünya genelinde 50 yıllık bir geçmişi bulunmaktadır. Ülkemizde katılım sigortacılığının 2009 yılında özel bir sigorta şirketi olan ve katılım sigortacılığı yaptığı iddiasında bulunan Neova Sigorta A.Ş. ile başladığını ifade etmek mümkündür.⁵ Daha sonra Bereket Sigorta, Doğa Sigorta, HDI Sigorta, Katılım Emeklilik, Groupama Hayat şirketleri gibi şirketler sektörde katılım sigortacılığı alanında faaliyet göstermeye başlamıştır.⁶

¹ ABİDİN, İbni, **Reddül Muhtar**, (Çev. A. Davudoğlu / M. Taşkesenlioğlu / M. Savaş), Cilt:IV, Şamil Yayınları, İstanbul, 2012.

² GÜRBÜZ, Yunus Emre, **İslam Ekonomisi ve Sigortacılık (Tekafül / Katılım Sigortacılığı)**, 1. Basım, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2016.

³ ÖZÜOĞRU, Haşim, “Katılım Sigortacılığı ve Türkiye’deki Durumu”, **Third Sector Social Economic Review**, Yıl: 2018, Cilt: 53, Sayı: 1, (s. 1-16).

⁴ GÜRBÜZ, **2016**, s. 335.

⁵ Neova Sigorta A.Ş., 19.12.2020 tarihli ve 31339 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan “Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik” kapsamında ismini Ticaret Sicili Gazetesinde Neova Katılım Sigorta A.Ş. olarak değiştirmiştir. Diğer bir deyişle katılım ibaresini unvanına eklemiştir.

⁶ Şirket isimlerinde herhangi bir tarih sırası gözetilmemiştir. 2021 yılı sonu itibariyle sektörde 6 adet tam katılım ve 6 adet pencere usulüyle faaliyet gösteren sigorta şirketi bulunmuştur. Türkiye Sigorta Birliği, <https://tsb.org.tr/tr/uye-sirketler>, (erişim tarihi: 10.02.2022).

Katılım sigortacılığı alanında ilk mevzuat düzenlemesi 2015 yılında çıkan torba kanuna madde eklenmesi şeklinde yapılmaya çalışılmıştır. Ne var ki katılım sigortacılığının tanımlandığı kanun taslağı maddesi alt komisyon görüşmeleri esnasında torba kanundan çıkarılmıştır. Daha sonra 2017 yılında katılım sigortacılığı mevzuatı yönetmelik olarak düzenlenmiş ve akabinde bir genelge yayınlanmıştır. 2020 yılı sonunda ise söz konusu katılım sigortacılığı mevzuatında köklü değişiklikler yapılmıştır.

Çalışmada, söz konusu mevzuat düzenlemesinin katılım sigorta şirketleri için önemine; bu düzenlemedeki danışma komitesi, müesses, katılım uyum birimi gibi unsurların şirketler için mahiyeti ve işlevi; bireysel emeklilik faaliyetleri ve Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK), Tarım Sigortaları Havuzu (TARSİM) gibi kuruluşların kapsama alınması; personel için eğitim, sınav ve sertifikasyon şartları; katılım iç denetim raporu ve pencere usulünün kaldırılması hususlarına değinilecek ve bu başlıklar altında değerlendirmeler yapılacaktır.

I. 2020 YILI ÖNCESİ KATILIM SİGORTACILIĞI MEVZUATI

2017 yılına kadar sigortacılık sektöründe katılım sigortacılığına yönelik münhasır bir mevzuat düzenlemesi yapılmamıştır. Ancak 2010-2015 yılları arasında gerek sektörde katılım sigortacılığı yaptığını iddia eden şirketlerin varlığı, gerekse yurtiçi ve yurtdışı yatırımcıların mevzuat boşluğunun giderilmesi yönündeki talepleri karşısında; mülga Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü tarafından katılım sigortacılığının tanımlandığı bir kanun maddesi hazırlanarak ilgili torba kanun tasarisına eklenmiştir. Zira yurtdışından sigortacılık sektörüne gelen yatırımcılar katılım sigortacılığı alanında faaliyet göstermek için ülke kurallarını önceden bilmek, bunun için katılım sigortacılığına ilişkin yasal

düzenlemelerin olmasını istemişlerdir.⁷ Ne var ki torba yasaya konulan katılım sigortacılığı maddesi yasalaşmamıştır.⁸

Kanun çalışmalarının sonuçsuz kalması üzerine 5684 sayılı Sigortacılık Kanunundaki yetkiye dayanılarak katılım sigortacılığı alanında düzenleme ikincil mevzuat şeklinde yapılmak istenmiştir. Bu kapsamda katılım sigortacılığına ilişkin yönetmelik şeklindeki düzenleme 2017 yılının Eylül ayında yapılmış ve 3 ay sonra yürürlüğe girmiştir.⁹ Katılım sigortacılık sektöründe yapılan ilk düzenleme, mevzuat boşluğunun giderilmesi suretiyle yurt dışından ve ülke içinden kaynaklanan taleplerin karşılanması bakımından Türk sigortacılık sektörü için çok önemli bir gelişme olmuştur. Akabinde ise 20/12/2017 tarihinde ikinci bir düzenleme olarak Katılım Sigortacılığının Uygulanmasına İlişkin Genelge yayımlanmıştır.¹⁰ Söz konusu Yönetmelik ve Genelge, katılım sigortacılık sektöründe 3 yıl süreyle uygulanmış ve 2020 yılının son ayında yapılan köklü değişikliklerle yürürlükten kaldırılmıştır.

2017-2020 yılları arasında uygulanan eski katılım mevzuatında, Malezya esaslı tekafül sistemine dayanan tek bir modelin bulunması; bireysel emeklilik faaliyetlerine ilişkin kapsamlı düzenlemeler içermemesi; DASK, TARSİM ve diğer sigorta havuzlarına ilişkin hükümler bulunmaması; ayrıca faizli ve faizsiz ürünlerin anılan faaliyetler ve kuruluşlar bakımından ayrıştırılmasına ilişkin hükümlerin bulunmaması nedeniyle eksiklikler olduğu anlaşılmıştır. Nitekim yeni mevzuatta bu hususlarda düzenlemeler getirilerek eksiklikler giderilmiştir.

⁷ KARAMAN, Hayrettin, **Katılım Sigortacılığı**, <https://www.iktisad.org.tr/katilim-sigortasi/>, (erişim tarihi: 09.02.2022).

⁸ İlgili torba kanun taslak maddeleri için bkz: https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=132243 ve <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2736.pdf>.

⁹ 20.09.2017 tarihli ve 30186 Sayılı Resmî Gazete, Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

¹⁰ Söz konusu genelge Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Türkiye Sigorta Birliği resmi internet adreslerinde kaldırıldığı anlaşılmakla birlikte <https://sigortacigazetesi.com.tr/katilim-sigortaciligi-genelgesi-yayimlandi/> adresinden yayımlanma bilgisi edinilebilir.

Bu itibarla katılım sigortacılık mevzuatı yeniden düzenlenmesi sonucunda 19/12/2020 tarihli Resmî Gazetede Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik (Yönetmelik)¹¹ ve akabinde 01/04/2021 tarihinde Katılım Esaslı Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin 2021/3 nolu Genelge (Genelge)¹² istihlal edilmiştir.

II. YENİ KATILIM SİGORTACILIĞI MEVZUATI

Yeni mevzuatın (Yönetmelik ve Genelge) incelenmesinden köklü ve radikal değişiklikler yapıldığı müşahade edilmektedir. Zira katılım sigortacılığında faaliyet gösteren veya göstermek isteyen sigorta şirketleri için önemli düzenlemeler getirilmiştir. Örneğin eski mevzuatta Malezya kaynaklı bağış ve fonların ayırımına dayalı tekafül modelinin sektörde uygulanması öngörülmüş iken, yeni mevzuatta belirli kriterler dahilinde ve danışma komitesinden onay alınması suretiyle herhangi bir modele göre çalışabilme imkânı getirilmiştir. Yeni katılım sigortacılığı modelinin¹³ üç temel kriter altında özetlenmesi mümkündür.¹⁴

1. Dinen meşru görülmeyen alanları sigorta teminatı altına almamak
2. Faizsiz yatırım ilkelerini uygulamak
3. Danışma komitesi, katılım uyum birimi gibi şirket yapılarını kurmuş olmak.

¹¹ 19.12.2020 tarihli ve 31339 Sayılı Resmî Gazete, Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık Ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik.

¹² 2021/3 Sayılı Genelge, Katılım Esaslı Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Genelge. <https://seddk.gov.tr/katilim-esasli-sigortacilik-ve-bireysel-emeklilik-faaliyetlerine-iliskin-genelge-yayinlandi.html>, (erişim tarihi: 10.02.2022).

¹³ SEDDK tarafından yayınlanan 2021/6 sayılı Sektör Duyurusunda “Türkiye Modeli” ibaresi kullanıldığı için çalışmada aynı isimle kullanılmıştır.

¹⁴ 2021/6 nolu Katılım Sigortacılığı Türkiye Modeli Sektör Duyurusu, <https://www.seddk.gov.tr/files/doc/duyurular/katilim-esasli-sigortacilik-faaliyetleri-cercevesinde-t%C3%BCrkiye-modelinin-tanimlanmasina-iliskin-sekt%C3%B6r-duyurusu.pdf>, (erişim tarihi: 13.02.2022).

Bununla birlikte SEDDK tarafından çıkarılan 2022/4 sayılı Sektör Duyurusu ile söz konusu Türkiye Modeline isimlendirme yapılarak “Teysir” (kolaylaştırma) modeli denilmiştir.¹⁵ Bu itibarla güncellenen mevzuat gereği, Türkiye’de sigorta şirketlerinin katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunabilmeleri için anılan kriterlere riayet etmesi elzemdir. Bununla birlikte eski yönetmelikte danışma komitesi uygulaması bulunmakla birlikte, yeni Yönetmelikte danışma komitesi uygulamasının kapsamı, görev ve sorumlulukları oldukça genişletilmiş ve şirket faaliyetlerinin her alanında daha aktif bir rol üstlenmesi öngörülmüştür. İlaveten, Bireysel Emeklilik sektörüyle birlikte Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK), Tarım Sigortaları Havuzu A.Ş. (TARSİM) gibi sigorta havuzlarının katılım sigortacılığı mevzuatına dahil edildiği, tam katılım sigorta şirketleri için Katılım Uyum Biriminin oluşturulması zorunluluğunun getirildiği, tüm şirket türleri için Katılım İç Denetim Raporunun hazırlanması zorunluluğu, ayrıca şirketlerde çalışacak personel için belirli eğitim şartı gibi birçok hususun düzenlendiği görülmüştür. Son olarak eski Yönetmelikte öngörülen katılım sigortalığında pencere usulü, yeni Yönetmelikle 2021 yılı sonu itibariyle kaldırılmıştır. Görüleceği üzere yeni mevzuatla katılım sigortacılığında sigorta şirketlerine yönelik olarak birçok alanda köklü değişiklikler yapılmış ve yeni bir aşamaya geçilmiştir.

Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun (SEDDK) yayınladığı 2021/6 sayılı sektör duyurusu da dikkate alındığında; Türkiye’de yeni mevzuatla oluşturulan katılım sigortacılığı modelinin, nispeten uygulaması kolay, operasyonel yükü az ve kolay anlaşılabilir ve anlatılabilir, ilkeleriyle tutarlı ve kendi kendini denetleyen bir mekanizma olduğunu söylemek mümkündür. Ancak düzenlemeler yeni olduğu için katılım sigorta şirketlerindeki uygulamaların anılan minvalde olup olmadığı henüz tespit edilmiş değildir. Yeni katılım sigortacılığı kriterlerine göre tekafül modelinde; mudarebe, vekalet veya hibrit gibi bir yöntemle çalışma zorunluluğunun yanı sıra, fonların ayrıştırılması veya

¹⁵ 2022/4 nolu Teysir Modeline ve Katılım Esaslı Diğer Faaliyetlere İlişkin Sektör Duyurusu, <https://seddk.gov.tr/files/doc/2022-4-sektor-duyurusu.pdf>, (erişim tarihi: 25.04.2022).

karz-ı hasen (karşılıksız borç) gibi uygulamalar da bulunmamakta, ayrıca bakiye iadesinin yapılması da gerekmemektedir.¹⁶

III. SİGORTA ŞİRKETLERİ İÇİN GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

Yeni katılım sigortacılığı mevzuatı ile sigorta şirketleri için esasen birçok önemli düzenlemeler ve bu düzenlemelere dayanan yükümlülükler getirilmiştir. Ancak bu çalışmada, temel olarak önceki mevzuatta olmayıp yeni mevzuatla katılım sigorta şirketlerinin yükümlü tutulduğu değişikliklerden, belli başlı yedi tane faaliyet alanı veya düzenleme ile sınırlı olarak bahsedilecektir. Zira yeni katılım sigortacılığı mevzuatında birçok değişiklik bulunmakla birlikte tüm düzenlemelerden bahsedilmesi çalışmanın temel amacını aşacaktır.

A. Bireysel Emeklilik Faaliyetleri

2017 yılında yapılan ilk katılım sigortacılığı mevzuatına getirilen eleştiriler temelde bireysel emeklilik faaliyetlerinin katılım sigortacılığı kapsamına alınmamasına ilişkindir. 2020 yılında getirilen yeni mevzuat düzenlemesi ile katılım sigortacılığına bireysel emeklilik sistemi (BES) de dahil edilmiş ve kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır.¹⁷ Özellikle emeklilik planları ve fonları katılım sigortacılığı için ayrı tutulmuştur. Emeklilik şirketlerinin katılım alanında çalışabilmesi için unvanlarında “katılım” ibaresi bulunan katılım emeklilik planları kurması ve bu planlara mutlak surette katılım fonlarının dahil edilmesi öngörülmüştür. Bir ya da daha fazla katılım emeklilik fonu bulunan emeklilik şirketleri yeni katılım sigortacılık mevzuatında yer alan şirket tanımı kapsamına girmekte ve tüm yükümlülüklerle tâbi olmaktadır.

¹⁶ SEDDK, 2021/6 nolu sektör duyurusu.

¹⁷ Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik, 6. madde, 6. fıkra ve Katılım Esaslı Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin 2021/3 nolu Genelge, 6. bölüm, 1. madde.

Emeklilik şirketlerinin en az bir adet katılım emeklilik planı kurması yeterli görülmüş ve bu plana katılım fonu dışında başka bir fonun dahil edilmemesi şart koşulmuştur.¹⁸ Ancak bunun tersi geçerli değildir. Örneğin katılım içermeyen geleneksel emeklilik planlarına faizli emeklilik fonlarının yanı sıra katılım emeklilik fonlarının eklenmesi mümkündür. Ancak katılım tabanlı ürün veya hizmet isteyen katılımcılara, katılım emeklilik planı dışında başka bir emeklilik planı sunulamayacaktır. Hali hazırda bulunan veya yeni kurulacak tüm katılım emeklilik fonlarının danışma komitesinin onayından geçmesi ve ancak danışma komitesince onaylanan fonların unvanlarında “katılım” ibaresine yer verilmesi öngörülmüştür.¹⁹

BES tarafından yapılan önemli düzenlemelerden biri de oto-katılım sistemiyle ilgilidir. Nitekim fonlarının tamamı katılım emeklilik fonundan oluşmayan bir şirketin (kısmi emeklilik şirketi) ihdas edeceği katılım emeklilik planları, ilgili mevzuat çerçevesinde öngörülmüş olan plan sayısı (40 adedi aşmama) sınırlamasında dikkate alınmayacaktır. Zira BES Kanunu²⁰ ve ilgili genelgesi kapsamında emeklilik şirketleri en fazla 40 adet emeklilik planına sahip olabilmektedir.²¹ Ayrıca oto-katılım sisteminde sunulan katılım emeklilik planları için de sayı sınırının olmadığı, zira emeklilik şirketlerince bir kurum ve kuruluşa yönelik farklı ve çok sayıda planlar sunulabildiği, dolayısıyla bu alanda emeklilik şirketlerine muafiyet tanınarak esneklik getirildiği anlaşılmaktadır.²²

Bir başka önemli husus ise, katılım emeklilik şirketlerinden plan satın alan bireysel emeklilik katılımcılarının, kendi emeklilik planlarına diğer katılım emeklilik şirketlerinin katılım fonlarını dahil etmek istemesi durumunda her bir katılım emeklilik fonu için danışma

¹⁸ 2021/3 nolu Genelge, 6. bölüm, 1. madde, 6. ve 7. fıkralar.

¹⁹ 2021/3 nolu Genelge, 6. bölüm, 1. madde, 8., 9. ve 11. fıkralar.

²⁰ 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, <https://www.tsb.org.tr/tr/mevzuat>, (erişim tarihi: 13.02.2022).

²¹ 2019/3 nolu Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Genelgede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Genelge, 10. madde, https://www.egm.org.tr/Sites/1/upload/files/2019-3_Sayili_Genelge_PDF-946.pdf, (erişim tarihi: 13.02.2022).

²² 2021/3 nolu Genelge, 6. bölüm, 1. madde, 12. fıkra.

komitelerinin onayının alınması öngörülmüştür.²³ Örneğin X katılım emeklilik şirketinden bir katılım emeklilik planı satın alan kişi, Y katılım emeklilik şirketine ait olan ve Y şirketinin danışma komitesince onaylanmış bir katılım fonunu kendi planına dahil etmek istediğinde, keyfiyetin ayrıca X katılım emeklilik şirketinin danışma komitesince de değerlendirilmesi ve onaylanması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, X katılım emeklilik şirketinin danışma komitesinin, Y şirketinin danışma komitesinin onayladığı bir emeklilik fonunu şeri kurallara uygun görmemesi veya icazet vermemesi mümkündür. Böyle bir durumun söz konusu olması halinde, katılım emeklilik şirketi tarafından durumun katılımcıya bildirilmesi ve söz konusu fonun katılım emek planına dahil edilip edilmemesi hususunun nihai olarak katılımcının takdirine bırakılması öngörülmüştür.²⁴

Bununla beraber katılım mevzuatında oto-katılım sisteminde faizli ve faizsiz fonların bir arada sunulduğu planlar aynı faydalarla birlikte bir tanesi otomatik olarak katılım emeklilik planı olarak ikiye ayrılması şart koşulmuştur.²⁵

B. Kuruluşlar

Sigorta şirketleri için yeni mevzuat ile getirilen en önemli düzenlemelerden biri de sektör kuruluşlarına ilişkindir. Sigortacılık sektöründe ve katılım sigortacılığı mevzuatında kuruluşlar; DASK, TARSİM, Güvence Hesabı (GH), Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu (TMTB) ve diğer sigorta fon ve havuzlardır (örneğin Türk Reasürans A.Ş. bünyesinde yer alan sigorta havuzları). Eski katılım mevzuatında kuruluşlar hakkında bir düzenleme yer almaz iken yeni katılım sigortacılığı mevzuatı ile kuruluşlar kapsama dahil edilmiştir.²⁶ Yeni mevzuat öncesi uygulamada; sigorta havuzlarında (kuruluşlarında) poliçe primleri ortak bir havuzda toplanmakta ve hasarlar yine aynı havuzdan ödenmekte idi. Diğer bir ifadeyle katılım sigorta

²³ 2021/9 nolu 2016/39 nolu Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Genelgede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Genelge, 12. madde, https://www.egm.org.tr/Sites/1/upload/files/Genelge_2021_9-1348.pdf, (erişim tarihi: 15.04.2022).

²⁴ 2021/9 nolu Genelge, 12. madde, 2. Fıkra.

²⁵ 2021/3 nolu Genelge, 8. bölüm, Geçiş Hükümleri, Geçici Madde 3.

²⁶ Yönetmelik, 6. madde, 5. fıkra.

şirketleri ile geleneksel sigorta şirketlerinin poliçe prim ve hasar ödemeleri bakımından herhangi bir ayrı fon yönetimi ve hesap ayrıştırması (faizli ve faizsiz ürün ayrımı) söz konusu değildi. Dolayısıyla 2017-2020 yılları arasında katılım sigortacılığına veya daha özelde katılım mevzuatına getirilen eleştirilerden birisi bu hususta olmuştur.²⁷

Yeni katılım sigortacılığı mevzuatında, katılım alanında faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin finansal varlıklarını ayrı fon, havuz ve hesaplar üzerinden katılım ilkelerine göre yönetmesi esas alınmıştır. İlâveten söz konusu havuz ve hesaplara ilişkin giriş ve çıkışların diğer geleneksel şirketlere ait hesaplarla karışmaması için gerekli tedbirlerin kuruluşlar²⁸ tarafından alınması öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, katılım alanında çalışan sigorta şirketlerince sunulacak ürün ve hizmetlerin yönetiminde; yatırıma yönlendirilecek varlıkların tercihinde, değerlendirilmesinde ve nakit akışında; kuruluşlarca söz konusu ürün ve hizmetlere ait ödemelerde, ayrıca kuruluşların bu çerçevedeki mali konulardaki diğer uygulamalarında katılım ilkeleri doğrultusunda hareket edilmesi gerekmektedir.²⁹

Ayrıca kuruluşlarda bir danışma komitesinin kurulması veya bu hizmetin dışarıdan satın alınması, kuruluşların bünyesinde katılım sigortacılığı uyum biriminin kurulması veya bu birimin faaliyetlerini yerine getirecek uygun şartları haiz personel istihdam edilmesi ve nihayet kuruluşlarca katılım iç denetim raporlarının hazırlanması gerekmektedir.³⁰

C. Danışma Kurulu ve Müessese

Danışma komitesi, sigorta ve emeklilik şirketlerinin faaliyetlerinin katılım sigortacılığı esaslarına uygun olup olmadığı hususunda görevli olup, bu faaliyetleri onaylayan, katkı ve

²⁷ LAÇINBALA, Yasin / ÜNSAL, Hilmi, “Katılım Sigortacılığında (Tekafülde) Pencere Sisteminin Değerlendirilmesi”, *Sosyoekonomi*, Yıl: 2019, (s. 195-196).

²⁸ DASK, TARSİM, Güvence Hesabı gibi kuruluşlar yönetim kurulları veya komiteleri tarafından yönetilmekte olup gerekli tedbirleri alma görevi ilgili kurullara veya komitelere aittir. Örneğin bkz: Güvence Hesabı Yönetmeliği, 4. ve 5. maddeler, <https://www.guvencehesabi.org.tr/source/GHYonetmelik.html>.

²⁹ Yönetmelik, 6. madde, 5. fıkra.

³⁰ Yönetmelik, 6. madde, 5. fıkra.

destek veren komiteyi ifade etmektedir.³¹ Esasında eski katılım sigortacılığı mevzuatında da danışma kuruluna ilişkin düzenlemeler mevcuttu. Ancak yeni mevzuatta, danışma kurulunun görevlerinin genişletildiği, üstlendiği yükümlülük ve rollerin daha somut ve detaylı olarak düzenlendiği görülmektedir. Diğer bir deyişle yeni mevzuat itibariyle danışma komitesi, şirkete ara sıra uğrayan ve sadece belirli zamanlarda çalışan ve imza atan bir komite olmayıp; şirket bünyesinde devamlılık arzedecek şekilde görevli bulunan (normal bir personel gibi mesai yapan), üstelik şirketin her türlü iş ve işlemlerinde katkıda bulunabilen bir role sahip olmuştur. Danışma komiteleri, katılım sigorta şirketleri faaliyetlerinin katılım ilkelerine uygun olup olmadığı hususunda yılda en az bir defa uygunluk görüşü vermek zorundadır.³² Söz konusu uygunluk görüşüne ilişkin raporlamalar doğrudan şirket yönetim kuruluna yapılmaktadır. Danışma komitelerinin yapısı; hangi şirketlerin danışma komitesi ile çalışmak zorunda olduğu; danışma komitelerinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı; danışma komiteleri için aranan öğrenim ve tecrübe şartları; danışma komitelerinin görevlendirilmesi ve görevlerine son verilmesi, görev ve sorumlulukları; danışma komitelerince yapılacak toplantıların ve alınacak kararların şekli, usulü ve devamı işlemler; danışma komitesiyle yapılacak sözleşmelerin içeriği; ayrıca danışma komitelerinin yapacağı raporlamanın usulü ve içeriği, vereceği eğitimler; komite üyelerinin yapamayacağı iş ve işlemler gibi pek çok alanda ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.³³ Bu anlamda danışma komitesi, katılım uyum birimiyle birlikte katılım sigorta şirketlerinin bel kemiğini oluşturmaktadır.

Yeni dönemde tam katılım³⁴ sigorta ve emeklilik şirketlerinin danışma komitesi kurma zorunluluğu varken, fonlarının tamamı emeklilik fonlarından oluşmayan şirketler (kısmi emeklilik şirketleri) ile kuruluşlar için danışma komitesi kurma zorunluluğu yoktur (isterlerse bu hizmeti dışarıdan satın alabilirler). Kısmi emeklilik şirketleri ile kuruluşlar dışarıdan bu

³¹ ÖNER, Muhammed Hadin, “Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği Perspektifinde İslami Sigortacılığın Gelişimi”. **JOEEP: Journal of Emerging Economies and Policy**, Yıl: 2018, Cilt: 3, Sayı: 1, (s.59-71).

³² Yönetmelik, 8. madde, 1. fıkra.

³³ Yönetmelik, Üçüncü Bölüm, 7. – 10. maddeler. ile 2021/3 nolu Genelge, Birinci Bölüm tamamı.

³⁴ Tam katılım ibaresi İngilizce sigortacılık literatüründe “full-fledged” ya da “pure” olarak ifade edilmektedir.

bu hizmeti satın alması; ilgili “müessese” ile çalışmak şeklinde gerçekleşmektedir. Dışarıdan hizmet sunacak olan “müesseseler”; vakıf, araştırma merkezi, dernek ve eğitim merkezi, gerçek veya tüzel kişi gibi yapıları ifade etmektedir.³⁵ Müesseselerin başvuruları, değerlendirilmeleri, kabul edilmeleri ve ilgili listeye eklenmesi hususlarında görevli otorite SEDDK olup ³⁶ sigorta şirketlerine, yayımlanacak olan “müessese listesi”nde yer alan bir kişiyi seçerek bu kişiyle çalışabilme imkânı getirilmiştir.³⁷ Danışma komitesi için aranacak şartlar, “müessese” bünyesinde faaliyet gösteren üyeler için de aranmakta olup, “müessese”ler danışma komiteleri için katılım sigorta şirketleri bünyesindeki öngörülen faaliyetleri yürütmektedir.

D. Katılım Uyum Birimi

Katılım uyum birimi (KUB) yeni mevzuat ile getirilen önemli bir yapıdır. Yeni dönemde, tam katılım sigorta ve emeklilik şirketleri danışma komitesinin yanı sıra katılım uyum birimi (fonksiyonu) de kurmak zorundadır. Kısmi emeklilik şirketleri ve kuruluşlar için katılım uyum biriminin teşkili ihtiyari olup, bu fonksiyonu yerine getirecek uygun şartları haiz (katılım sertifikalı) personel istihdam edilmesi mümkündür.³⁸ “Danışma Kurulu ve Müessese” alt başlığı altında, danışma komitesinin doğrudan yönetim kuruluna bağlı olarak çalıştığı ve raporlamalarını şirket yönetim kuruluna yaptığı belirtilmişti. Katılım uyum birimi ise farklı olarak, hiyerarşik anlamda genel müdüre bağlı çalışmakta ancak raporlamayı yönetim kuruluna yapmaktadır.³⁹ Uyum birimi, temel olarak danışma komitesinin sekreteryaya görevini yerine getirmekle birlikte, şirket ve katılımcılarla danışma komitesi arasında bir köprü vazifesi görecektir şekilde konumlandırılmıştır. Dolayısıyla katılım uyum birimi, şirket süreçlerinin neredeyse tamamında görev yapacak ve aktif katılım sağlayacak bir yapı olarak

³⁵ 2021/3 nolu Genelge, 2. madde.

³⁶ 2021/3 nolu Genelge, 7. Bölüm, 1., 2., 3. ve 4. maddeler.

³⁷ Söz konusu listeye <https://seddk.gov.tr/kurumumuzca-disaridan-danisma-komitesi-hizmeti-sunmasi-uygun-gorulen-muessese-listesi.html> adresinden ulaşılması mümkündür.

³⁸ 2021/3 nolu Genelge, İkinci Bölüm, 3. madde.

³⁹ Yönetmelik, Dördüncü Bölüm, 11. madde.

öngörölmüş olup, görev ve sorumlulukları itibariyle danışma komitesiyle birlikte hayati önemde olacaktır.

Katılım sigorta şirketlerinin katılım uyum biriminde, biri sorumlu olmak üzere en az üç kişinin istihdam edilmesi gerekmektedir. Uyum sorumlusunun, belirli şartları haiz bir personel olması zorunludur. Uyum birimi için risk yönetimi, gözetim, araştırma ve gelişme fonksiyonu olmak üzere üç rol belirlenmiştir.⁴⁰ Şirket yönetimine ve danışma komitesine asgari olarak üç ayda bir raporlama yapmaları gerekmektedir. Kısmi emeklilik şirketlerinde ise raporlamalar altı ayda bir yapılacaktır.⁴¹

E. Katılım İç Denetim Raporu

Katılım uyum birimiyle birlikte yeni dönemde ve mevzuatta sigorta şirketleri için getirilen yeniliklerden biri katılım iç denetim raporudur. Danışma komitesi ve KUB kurulması şirket türlerine bağılı olarak zorunlu veya ihtiyari olabilirken, kuruluşlar dahil tüm katılım faaliyeti yürüten şirketler için katılım iç denetim raporu düzenlenmesi zorunlu tutulmuş ve herhangi bir istisna getirilmemiştir. Söz konusu rapor, yılda en az bir defa hazırlanacak olup, bu raporun önce danışma komitesine daha sonra en geç 30 gün içinde yönetim kuruluna sunulması zorunludur. Raporu düzenleyecek personelin katılım uyum birimi sorumlusunda aranan şartları haiz olması ve raporların şirketçe düzenlenecek diğer iç denetim raporlarında farklılık arzetmesi gerekmektedir.⁴² Şirkette raporu düzenleyecek yeterli niteliğe sahip personelin bulunmaması durumunda, söz konusu rapor bağımsız denetim firmaları tarafından da hazırlanabilecektir. Ancak bu durumda katılım şirketinin, raporu düzenleyecek bağımsız denetim firması ve personeli hakkında SEDDK'yı bilgilendirmesi gerekmektedir. Katılım iç denetim raporunun SEDDK tarafından yayınlanacak "denetim rehberi"nde yer alan hususları da içermesi gerekmektedir.⁴³ Zira,

⁴⁰ 2021/3 nolu Genelge, İkinci Bölüm, 2. madde.

⁴¹ 2021/3 nolu Genelge, İkinci Bölüm, 1. madde.

⁴² 2021/3 nolu Genelge, Üçüncü Bölüm, 1. madde.

⁴³ 2021/3 nolu Genelge, İkinci Bölüm, 2. madde.

SEDDK katılım sektörüne yönelik uzaktan denetim ve gözetim faaliyetlerini, söz konusu iç denetim raporunu da dikkate alarak gerçekleştirecektir.

F. Eğitim, Sınav ve Sertifikasyon

Yeni dönemde getirilen en büyük yeniliklerden biri de katılım şirketlerinde çalışacak personelin niteliklerine ilişkin düzenlemedir. Bu düzenlemede, katılım şirketinde çalışacak kişilerin, gerekli eğitim ve sertifikasyon koşullarını haiz olması şartı getirilmiştir. Diğer bir deyişle katılım şirketi çalışanlarının, SEDDK tarafından uygun görülen ulusal veya uluslararası nitelikte bir belgeye sahip olması yahut katılım finansı alanında lisans veya lisans üstü programlarından mezun olması zorunludur. Katılım şirketleri bu nitelikleri haiz olmayan personeli çalıştıramayacaktır. Söz konusu hususlar çoğunlukla bir genelgede düzenlenmiştir.⁴⁴ Hali hazırda katılım sektöründe çalışmakta olan personelin, SEDDK tarafından uygun görülecek ve Türk Sigorta Enstitüsü Vakfı'nca (TSEV)⁴⁵ düzenlenecek 36 saatlik eğitim (ulusal) programına katılması ve eğitim sonunda yapılacak sınavı geçerek sertifika alması gerekmektedir. Söz konusu eğitim programına katılıp sertifika alma koşulu; şirket genel müdürleri ve genel müdür yardımcıları ile birlikte ürün, satış, aktüerya, pazarlama, mali işler ve hasar birimlerinin yanı sıra teknik birimler ile doğrudan ve dolaylı birimlerde çalışan tüm personel için getirilmiştir.⁴⁶ Söz konusu eğitim programına katılıp sertifika alma şartı, kuruluşlarda istihdam edilecek katılım uyum personeli için de geçerlidir. Eğitim programı "ulusal sertifika programı" olarak adlandırılmaktadır. Katılım şirketlerine, söz konusu eğitimlerin tamamlanması ve sertifika alınması için SEDDK tarafından 1 yıllık bir geçiş süresi tanınmıştır.

Diğer taraftan katılım sektörü çalışanlarından söz konusu sertifikaya sahip olanlar için farklı eğitimler de öngörülmüştür. Örneğin danışma komitesince verilecek eğitimler, her yıl yapılacak bir günlük yenileme eğitimleri, aracılık faaliyetlerine ilişkin Sigorta Eğitim ve

⁴⁴ 2021/3 nolu Genelge, Dördüncü Bölüm, 1. madde.

⁴⁵ Türk Sigorta Enstitüsü Vakfı, sigorta sektöründe çalışanlara yönelik eğitim veren Türkiye Sigorta Birliği nezdinde kurulmuş bir eğitim kurumudur. <https://www.tsev.org.tr/>.

⁴⁶ 2021/3 nolu Genelge, Dördüncü Bölüm, 2. madde.

Gözetim Merkezi (SEGEM) ile Emeklilik Gözetim Merkezi (EGM) nezdinde verilecek eğitimler, şirketlerin kendi acentelerine yönelik vereceği eğitimler ve danışma komitesi üyeleri için öngörülen sektör eğitim programları gibi çok çeşitli eğitimler söz konusudur.⁴⁷

G. Pencere Usulü

Geleneksel sigorta şirketleri (katılım şirketi olmayanlar) tarafından aynı zamanda katılım sigortacılık ürünlerinin de sunulması usulü, “pencere usulü katılım sigortacılığı” olarak ifade edilmektedir.⁴⁸ Yeni katılım mevzuatındaki en büyük değişikliklerden biri söz konusu pencere usulüyle çalışan şirketlere yönelik olmuştur. Buna göre, 31.12.2021 tarihi itibarıyla pencere usulü katılım sigortacılığı son bulmuştur. Yeni dönemde katılım sigortacılığı yapan sigorta şirketleri sadece tam katılım şirketi olarak çalışabilecektir. Bu itibarla, yeni mevzuat öncesi pencere usulüyle çalışan şirketlerin ayrı bir tam katılım sigorta şirketi kurması yahut katılım portföylerini diğer katılım şirketlerine devretmesi gerekecektir.⁴⁹

2021 yılı sonu itibarıyla 6 adet tam katılım sigorta ve emeklilik şirketi ve 6 adet pencere usulüyle çalışan şirket olmak üzere toplam 12 katılım şirket sektöründe faaliyette bulunmakta idi. Pencere usulüyle çalışmakta olan şirketlerin tam katılım şirketi kurmaya ilişkin ruhsat başvurularına yahut portföy devirlerine ilişkin sonuçlar SEDDK tarafından henüz açıklanmadığından hali hazırda katılım şirketi sayısı bilinmemektedir. Ancak yeni dönemde pencere usulüyle çalışma son bulduğundan, katılım sektöründeki şirket sayısında ilk aşamada bir düşüş yaşanacağı ancak ilerleyen yıllarda söz konusu sayının artacağı düşünülmektedir.

Dünya uygulamalarında, bazı ülkelerde gerek bankacılık gerek sigortacılık sektöründe hem tam katılım hem de pencere usulüyle çalışan şirketler ve bankalar bulunur iken, diğer bazı ülkelerde ise yalnızca tam katılım şirketleri bulunmaktadır (pencere usulü bulunmamaktadır). Bunun yanı sıra, bazı ülkelerde pencere usulü katılım bankacılığında

⁴⁷ 2021/3 nolu Genelge, Dördüncü Bölüm, 2., 3., 4., 5., 6. ve 7. maddeler.

⁴⁸ LAÇINBALA / ÜNSAL, 2019, s. 182 ve 183.

⁴⁹ Yönetmelik, Geçici Madde 1.

uygulanırken katılım sigortacılığında uygulanmamaktadır. Örneğin Malezya’da katılım bankacılığı sektöründe pencere usulü uygulanırken katılım sigortacılığında pencere usulü kaldırılmıştır. Pakistan’da ise katılım sigortacılığında önce pencere usulüne izin verilmiş, belirli bir süre sonra uygulama kaldırılmış, ancak daha sonra pencere usulüne tekrar izin verilmiştir.⁵⁰ Ülkemizde ise bir politika tercihi olarak yeni mevzuat ile pencere usulü tamamen kaldırılmıştır.

SONUÇ

Katılım sigortacılığı öz itibarıyla geleneksel sigortacılık uygulamalarına olan tepki sonucu ortaya çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle, geleneksel sigorta ürünlerinde belirsizlik, kumar, şüphe ve faiz gibi unsurların var olduğu iddiasıyla, çeşitli kesimlerce sigortaya mesafeli durulmakta yahut sigorta ürünü satın alınmamaktadır. Katılım sigortacılığı, risk transferi sistemi esasına dayanan geleneksel sigortacılıktan ayrılmakta ve temelde faizin olmaması esasıyla çalışmaktadır. Bu yönüyle katılım sigortacılığı son yıllarda sıklıkla tartışılmaya ve konuşulmaya başlanmıştır. Ülkeler de mevzuat düzenlemesi yaparak bu sektöre önem verdiklerini göstermektedir. Böylece dünyada katılım sigortacılığı hızla gelişmektedir. Buna paralel olarak kamu otoriteleri katılım sigortacılık mevzuatlarını güncellemekte ve dünya ülkelerindeki uygulama örneklerini takip etmektedir.

2020 yılı sonunda Türkiye’de katılım sigortacılığı mevzuatında köklü değişikliklerin yapılması suretiyle, kendine özgü kriterleriyle ve ilgili kamu otoritesinin tarifiyle bir “Türkiye modeli” oluşturulmuştur. Söz konusu modelin özünde üç esas bulunmaktadır. Katkıların faizsiz yatırım araçlarında değerlendirilmesi, yalnızca dinen helal kılınan alanlarda faaliyette bulunulması, ayrıca danışma komitesi ve katılım uyumu birimi gibi zorunlu yapıların kurulmasıdır.

⁵⁰ LAÇINBALA / ÜNSAL, 2019, s. 191 ve 192.

Yeni katılım mevzuatı ile, eski mevzuattaki boşlukların ve eski mevzuata getirilen değişikliklerin giderilmesi bakımından önemli bir aşama kaydedilmiştir. Bu bağlamda, yeni katılım mevzuatında, bireysel emeklilik faaliyetleri ile DASK, TARSİM gibi kuruluşlara yönelik düzenlemelerin getirilmesi önemli bir adım olmuştur. Ayrıca kazuistik (kuralcı) bir yapıya sahip olan yeni katılım mevzuatında, sigorta şirketleri için çok önemli değişiklikler ve yükümlülükler getirilmiştir. Öncelikle tam katılım şirketleri, kısmi emeklilik şirketleri ve kuruluşlar gibi ayrımlar yapılarak, bu şirketlerin tabi olduğu esaslar düzenlenmiştir. Şirket türüne bağlı olarak danışma komitesi ve katılım uyum birimi gibi yapıların kurulma zorunluluğu getirilmiştir (Kısmi emeklilik şirketleri ile kuruluşlar için esneklik söz konusudur). Katılım sektöründe çalışacak tüm personelin geçerli bir sertifikaya sahip olması zorunlu tutulmuştur. Yeni mevzuatta oldukça detaylı ve çok sayıda eğitim programları ihdas edilmiştir. Danışma komitesinin görev ve sorumluluklarının artırılması sonucunda, danışma komiteleri katılım uyum birimiyle birlikte katılım şirketlerinin faaliyetlerinde hayati öneme kavuşturulmuştur. Şirket süreçlerinin, politikalarının, ürün ve hizmetlerinin söz konusu iki yapının onayından geçirilmesi gerekmektedir. Ayrıca yeni mevzuatta, danışma komitesi raporu, katılım uyum birimi raporu ve katılım iç denetim raporları gibi çok sayıda düzenli raporlamalar mevcuttur. Söz konusu düzenli raporlamaların yanı sıra herhangi bir süreye tabi olmaksızın şirket içinde bir uyumsuzluk tespit edildiğinde buna yönelik müstakil raporlamaların yapılması da gerekecektir. Öte yandan, 2021 yılı sonu itibariyle katılım sigortacılığında “pencere usulü” uygulamasına son verilmiştir.

Türkiye’de katılım sigortacılığının yeni yasal düzenlemeler ile nasıl bir seyir izleyeceğinde, elbette ki katılım sigorta şirketleri, kamu otoritesi ve katılımcıların bundan sonraki davranışları, alacakları aksiyonları ve haliyle pandemi (covid-19) süreci belirleyici olacaktır. Hali hazırda ülkemizde katılım sigortacılığının gelişmesi yönünde herhangi bir engel kalmadığı gibi çalışılacak katılım sigortacılığı modelleri bakımından esneklik de getirilmiş durumdadır. Zira katılım sigorta şirketlerine mevzuatta öngörülen kriterlere uygun olmak ve danışma komitesinden uygunluk almak şartıyla diledikleri modele göre çalışabilme imkanı getirilmiş olup, kamu otoritesi tarafından bu hususu vurgulayan ayrı bir sektör

duyurusu da yayımlanmıştır. Söz konusu uygulama esnekliğini katılım sigorta şirketleri ve katılımcılar açısından olumlu olup olmadığı veya geleneksel sigortaya getirilen eleştiriler dikkate alınarak katılım sigortası açısından söz konusu esnekliğin nasıl değerlendirileceği ayrı bir inceleme konusu olabilecektir.

Sonuç olarak yeni katılım mevzuatıyla ve kendine özgü uygulama kriterleriyle Türkiye; tekafül yönteminin ağırlıkla uygulandığı Malezya modeli, vakıf yöntemine öncülük eden Pakistan modeli, kooperatif usulüyle çalışılan Suudi Arabistan modeli, toplanan fonların sadece faizsiz ürünlerinde değerlendirildiği İran modeli gibi farklı katılım modelleri arasında dünya katılım sigortacılık sektöründe yerini tayin etmiştir.

KAYNAKÇA

- GÜRBÜZ, Yunus Emre, **İslam Ekonomisi ve Sigortacılık (Tekafül / Katılım Sigortacılığı)**, S. Erdoğan, A. Gedikli, / D. Ç. Yıldırım içinde İslam Ekonomisi ve Finansı, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2016, (s. 331 – 334).
- İBNİ, Abidin, **Reddül Muhtar**, (çev: A. Davudoğlu / M. Taşkesenlioğlu / M. Dsavaş), Cilt:IV, İstanbul: Şamil Yayınları, 2012.
- KARAMAN, Hayrettin, **Katılım Sigortacılığı**, <https://www.iktisad.org.tr/katilim-sigortasi/> (erişim tarihi: 08.02.2022).
- LAÇINBALA, Yasin / ÜNSAL, Hilmi, "Katılım Sigortacılığında (Tekafülde) Pencere Sisteminin Değerlendirilmesi", **Sosyoekonomi**, Yıl: 2019, (s. 181 - 202).
- ÖNER, Muhammed Hadin, "Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği Perspektifinde İslami Sigortacılığın Gelişimi", **JOEEP: Journal of Emerging Economies and Policy**, Yıl: 2018, Cilt: 3, Sayı, 1, (s. 59-71).
- ÖZÜDOĞRU, Haşim, "Katılım Sigortacılığı ve Türkiye'deki Durumu", **Third Sector Social Economic Review**, Yıl: 2018, Cilt: 53, Sayı: 1, (s. 1 - 16).

İnternet Kaynakları:

19.12.2020 Tarihli ve 31339 Sayılı Resmî Gazete, Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık Ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik.

20.09.2017 Tarihli ve 30186 Sayılı Resmî Gazete, Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

2021/3 nolu Genelge, Katılım Esaslı Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Genelge.

2021/9 nolu 2016/39 nolu Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Genelgede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Genelge. 12. madde, https://www.egm.org.tr/Sites/1/upload/files/Genelge_2021_9-1348.pdf, (erişim tarihi: 15.04.2022).

4632 sayılı Bireysel Emeklilik ve Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://www.tsb.org.tr/tr/mevzuat> (erişim tarihi: 10.02.2022).

<https://seddk.gov.tr/katilim-esasli-sigortacilik-ve-bireysel-emeklilik-faaliyetlerine-iliskin-genelge-yayinlandi.html> (erişim tarihi: 10.02.2022).

SEDDK, 2021/6 sayılı Sektör duyurusu, <https://www.seddk.gov.tr/files/doc/duyurular/katilim-esasli-sigortacilik-faaliyetleri-cercevesinde-t%C3%BCrkiye-modelinin-tanimlanmasina-iliskin-sekt%C3%B6r-duyurusu.pdf>, (erişim tarihi: 13.02.2022).

SEDDK, 2022/4 sayılı Sektör duyurusu, <https://seddk.gov.tr/files/doc/2022-4-sektor-duyurusu.pdf>, (erişim tarihi: 25.04.2022).

SEDDK, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu:

<https://www.seddk.gov.tr/katilim-easasli-faaliyetler-icin-sigorta-ve-bireysel-emeklilik-aracilari-egitim-kitabi-yayimlandi.html> (erişim tarihi: 09.02.2022).

TSB, Türkiye Sigorta Birliği, Üye Sigorta Kuruluşları, <https://www.tsb.org.tr/tr/uye-sirketler> (erişim tarihi: 10.02.2022).

TSEV, Türk Sigorta Enstitüsü Vakfı, <https://www.tsev.org.tr/> (erişim tarihi: 13.02.2022).

**“REASÜRANS SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN İLKELER” (PRINCIPLES OF
REINSURANCE CONTRACTS – (PRICL)) ÇERÇEVESİNDE SİGORTA
ŞİRKETİNİN (REINSURED) SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN
YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*EVALUATION OF THE PRE-CONTRACTUAL DECLARATION OBLIGATION OF THE INSURANCE
COMPANY (REINSURED) WITHIN THE CONTEXT OF “THE PRINCIPLES OF REINSURANCE
CONTRACT LAW – (PRICL)”*

Hakemli Makale

Semih Sırrı ÖZDEMİR*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	263
I. TÜRK HUKUKUNDA REASÜRANS KAVRAMI VE SİGORTA SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	264
A. Reasürans Kavramı.....	264
B. Sigorta Sözleşmesi ve Reasürans İlişkisi.....	266
II. “REASÜRANS SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN İLKELER” VE OLUŞTURULMA GEREKÇELERİ	
A. Hazırlanma Süreci.....	268
B. Dayandığı Gerekçeler ve Uygulama Açısından Olası Etkileri.....	269
III. “REASÜRANS SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN İLKELER” AÇISINDAN SİGORTA ŞİRKETİNİN SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAM VE SINIRLARI...	271
A. Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Dair Kurallar	271
B. Beyan Yükümlülüğü Çerçevesinde “Üstlenilen Risklere İlişkin Bilgi” ve “Bilgi Sahibi Olma” Kavramlarının Kapsamı.....	272
C. Düzenlemenin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi	274

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1083429

Makalenin Geliş Tarihi: 07.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 02.08.2022

* Dr. Öğretim Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: semihozdemir@hacettepe.edu.tr

ORCID: 0000-0003-0467-1517

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

SONUÇ	276
KAYNAKÇA.....	278

ÖZ

Reasürans sözleşmesini akdeden tarafların genellikle farklı ülkelerden olması, bu sözleşmelere ilişkin uyumsuzlukların çözümünde ulusal hukuk sistemlerinden kaynaklanan belirsizliklere neden olabilmektedir. “Reasürans Sözleşmelerine İlişkin İlkeler” (PRICL), ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız ve uygulama açısından öngörülebilirlik taşıyıcı nitelikte bir kurallar dizini oluşturmayı amaçlamaktadır. Uluslararası bir anlaşma vasfında olmayan bu kuralların belirli bir sözleşmeye uygulanabilmesi için sözleşme taraflarının bu konuda ortak iradesinin bulunması zaruridir.

Sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü sigorta sözleşmesi yönünden olduğu kadar, reasürans sözleşmeleri açısından da önem taşımaktadır. Uygulamada, her iki sözleşme arasında karşılaşılabilecek farklılıkların önüne geçilmesi için belirli sözleşme şartları (klozlar) kullanılmakla birlikte, bunların ulusal hukuk sistemleri açısından yorumlanmasında belirsizliklerle karşılaşılabilmektedir. Çalışmanın amacı, anılan kuralların hazırlanma gerekçelerinin, niteliğinin, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü açısından yer verdiği hükümlerin ve bunların 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile arasındaki farkların değerlendirilmesidir.

Anahtar Sözcükler: Reasürans, Reasürans Sözleşmelerine İlişkin İlkeler, Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğü, Sigorta, Reasürans.

ABSTRACT

The fact that the parties concluding reinsurance contracts are generally from different countries might cause uncertainties arising from national legal systems in the process of dispute resolution. “The Principles of Reinsurance Contract Law” (PRICL) aims to establish a set of rules that are independent of national legal systems and predictable in terms of application. For the application of this set of rules, that are not an international agreement, parties’ common will is required.

The pre-contractual declaration obligation is substantial for reinsurance contracts as it is for insurance contracts. In practice, although certain clauses are used to avoid the dissimilarities that might be encountered between these two contracts, uncertainties might be experienced in their interpretation per national legal systems. The aim of this study is to evaluate the reasons for the preparation of the aforementioned rules, their nature, concerning provisions in terms of pre-contractual declaration obligation and the differences between them and the Turkish Commercial Code No. 6102.

Keywords: Reinsurance, The Principles of Reinsurance Contract Law, Pre-Contractual Declaration Obligation, Insurance, Reinsurance.

GİRİŞ

Sigorta şirketlerinin taşıdıkları riskleri paylaştırmak amacıyla, diğer ülkelerde yerleşik reasürans şirketleriyle sözleşme akdetmeleri uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Anılan durum, olası uyuşmazlıkların çözümünde farklı ülke hukuk kurallarının tatbikine neden olabilmektedir. Bu ihtimalden kaynaklanabilecek sorunların önüne geçilmesi amacıyla, uygulanacak hukukun önceden kararlaştırılması ve uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceğinin belirlenmesi mümkündür. Ancak, reasürans uygulamasına yönelik detaylı düzenleme barındırmayan ve yeterli yargı tecrübesi bulunmayan hukuk sistemleri açısından, sözleşme hükümlerinin ve tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ne şekilde yorumlanacağı belirsizlik taşımaktadır.

Reasürans Sözleşmelerine İlişkin İlkeler (İlkeler), anılan belirsizliğin mümkün olduğu ölçüde önüne geçilebilmesi ve reasürans sözleşmelerine ilişkin olarak, kapsamlı bir kurallar bütünü oluşturulması gayesi ile hareket eden bir çalışma grubu tarafından hazırlanmaktadır. İlkeler'in beş başlığı hâlihazırda tamamlanmış olup, kalan dört başlığının ise 2023 yılına kadar sonuçlandırılması hedeflenmektedir. İlkeler uluslararası bir anlaşma niteliğinde değildir ve bu nedenle de, ilkelerin uygulanması için sözleşme taraflarının bu yöndeki ortak iradesi aranmaktadır.

Reasürans sözleşmeleri, sigortacı ve reasürans şirketi arasında akdedilmekle birlikte; sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün değerlendirilmesinde, sigorta ettiren tarafından sigortacıya sunulan bilgiler de önem taşımaktadır. Uygulamada, anılan durumdan kaynaklanabilecek sorunların önüne, sözleşmede belirli klozlara yer verilmesi ile geçilmeye çalışılsa da, tatbik edilecek hukuk açısından bunun kesin bir çözüm sağlamaması ihtimali her zaman için mevcuttur. İlkeler'de sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne dair yer verilen hükümler, bu yöndeki belirsizliğin azaltılmasına katkı sağlayabilir.

Çalışmada, ilk bölüm Türk hukukunda reasürans kavramının ve sigorta sözleşmeleri açısından etkilerinin değerlendirilmesine; ikinci bölüm, İlkeler'in hazırlanma sürecinin, dayandığı gerekçelerin ve uygulama açısından olası etkilerinin incelenmesine; üçüncü bölüm ise, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne dair İlkeler'deki kuralların, "ilgili bilgi" ve "bilgi sahibi olma" kavramlarının ve Türk Ticaret

Kanunu'nun (TTK) ilgili hükümlerinin karşılaştırmalı olarak tetkik edilmesine ayrılmıştır.

I. TÜRK HUKUKUNDA REASÜRANS KAVRAMI VE SİGORTA SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Reasürans Kavramı

Reasürans, sigorta şirketlerinin¹ taşıdıkları risklerin ulusal ya da uluslararası reasürans şirketlerine devredilmesi, bu sayede üstlenebilecekleri toplam risk kapasitesinin yükseltilmesi, şirket mali dengesinin korunması ve finansal gücünün artırılması amacını taşımaktadır². Türk Ticaret Kanunu m. 1403'te reasürans, sigortacının sigorta ettiği menfaati tekrar sigorta ettirmesi olarak açıklanmaktadır. Reasürans işlemi ile sigortacı, tarafı olduğu sigorta sözleşmelerinden doğabilecek tazminat ödeme yükümlülüğüne ilişkin risklerin belirli bir kısmını, reasürans şirketleri ile yaptığı sözleşmeler vasıtasıyla devretmektedir³.

Belirtilen yapısı ile reasürans, sigorta şirketlerinin belirli bir riskliliği aşan sigorta sözleşmelerine taraf olmaktan kaçınmalarının ve bu nedenle primleri yükseltmelerinin önüne geçerek, üstlendikleri riskleri yönetmelerine katkı sağlamaktadır⁴. Bu sayede sigorta şirketleri, aynı anda çok sayıda tazmin talebine neden olabilecek deprem ve benzeri rizikoların gerçekleşmesinden kaynaklanabilecek mali yüklere karşı finansal

¹ Reasürans sözleşmesinin işlemine taraf olan sigorta şirketi, riski reasürans şirketi üzerinde bırakması ile bağlantılı olarak, uygulamada sedan şirket (*ceding company*) olarak da anılmaktadır, (ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap – Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 170; CORCORAN, Charles, “Reinsurance Litigation: A Primer”, **Western New England Law Review**, Yıl: 1994, Cilt: 16, Sayı: 1, s. 41).

² Bu konuda bkz. WANG, Wallace, **Reinsurance Regulation: A Contemporary and Comparative Study**, Kluwer Law International, Birleşik Krallık, 2003, s. 1-2. Tarihi gelişimi hakkında bkz. BOLAND, Carol, **Reinsurance: London Market Practice**, Taylor & Francis, Milton, 1996, s. 2.

³ Bunun bir risk transferi işlemi olarak değerlendirilmesi mümkündür, (ABROMOVSKY, Aviva, “Reinsurance: The Silent Regulator”, **Connecticut Insurance Law Journal**, Yıl: 2008-2009, Cilt: 15, Sayı: 2, s. 350).

⁴ SCHEVCHENKO, Lyubov / IVANOVA, Svetlana / GRUDTSINA, Ludmila, “The Legal Nature of the Reinsurance Contract”, **International Journal of Civil Engineering and Technology**, Yıl: 2019, Cilt: 10, Sayı: 2, s. 1605.

dayanıklılıklarını koruyabilmektedir⁵. Risk devir imkânının, bazı sigorta şirketlerinin, risk unsurlarını tetkik için yeterli uzmanlıklarının bulunmadığı rizikoları da kapsayan sözleşmeler yapmasına sebep olduğu eleştirisi getirilmekte; belirtilen rizikoların gerçekleşmesi durumunda, reasürans ve sigorta şirketleri arasında tazmin talebinin değerlendirilmesine ilişkin uyuşmazlıkların meydana gelebileceği belirtilmektedir⁶.

Reasürans sözleşmeleri, ihtiyari (*facultative*) ve trete (*treaty*) olmak üzere iki ana başlıkta incelenmektedir⁷. İhtiyari reasüransta, sigorta şirketinin bu işlemi belirli bir riski esas alarak gerçekleştirmek istemesi söz konusudur ve reasürans şirketinin bu işleme taraf olmayı kabul etmemesi mümkündür⁸. Trete reasürans ise, sigorta şirketinin taraf olduğu çok sayıda sigorta sözleşmesi için yapılmaktadır⁹. Sözleşme, sigorta bedelinin yalnızca bir kısmını karşılamak üzere de yapılabilir¹⁰. Sözleşme taraflarının somut olay özelinde değişebilen gereksinimleri nedeniyle, reasürans sözleşmelerinde taraflara ilişkin menfaatlerin karşılıklı olarak değerlendirilmesi ile sıklıkla karşılaşıldığı belirtilmektedir¹¹. Bu nedenle, uygulamadaki sözleşmeler arasında yükümlülükler, himaye kapsamı ve azami himaye bedeli gibi başlıklar yönünden farklılıkların gözlemlenmesi mümkündür.

⁵ CARTER, Robert, **Reinsurance**, Springer, Birleşik Krallık, 1983, s. 7.

⁶ JERICH0, Eugene, “Insurance and Reinsurance Disputes”, **Defense Counsel Journal**, Yıl: 1988, Cilt: 55, Sayı: 3, s. 289.

⁷ HOFFMAN, William, “Facultative Reinsurance Contract Formation, Documentation and Integration”, **Tort Trial & Insurance Practice Law Journal**, Yıl: 2003, Cilt: 38, Sayı: 3, s. 768. Reasürans sözleşmelerine ilişkin genel tasnif esasları hakkında bkz. NOUSSIA, Kyriaki, **Reinsurance Arbitrations**, Springer, Heidelberg, 2013, s. 3-5.

⁸ MASON, Richard / PFEIFER, James, “A Closer Look at Facultative Insurance”, **Tort & Insurance Law Journal**, Yıl: 1996, Cilt: 31, Sayı: 3, s. 641.

⁹ STEMPEL, Jeffrey / KNUTSEN, Swisher/PETER, Erik, **Principles of Insurance Law**, Carolina Academic Press, San Francisco, 2011, s. 1180.

¹⁰ ABRAHAM, Kenneth / SCHWARCZ, Daniel, **Insurance Law and Regulation**, Foundation Press, St. Paul, 2015, s. 728.

¹¹ Bu konuda bkz. THOMAS, Steven, “Utmost Good Faith in Reinsurance: A Tradition in Need of Adjustment”, **Duke Law Journal**, Yıl: 1992, Cilt: 41, Sayı: 6, s. 1550.

B. Sigorta Sözleşmesi ve Reasürans İlişkisi

Türk hukuku açısından reasürans işlemi, sigortacının sigorta ettirene karşı borç ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır (TTK m. 1403). Sigorta ettiren açısından ise, reasürans şirketine başvuruda bulunma imkânı sağlamamaktadır¹². Anılan yönleri ile reasürans sözleşmesi, sigortacı ve reasürans şirketi arasında sonuç doğuran bir nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte, reasürans işlemine konu edilen sigorta sözleşmeleri, taraflar arasındaki reasürans sözleşmesinden doğan talepler ve buna ilişkin yükümlülükler açısından önemini korumaya devam etmektedir. Sigorta ettiren tarafından sağlanan bilgiler çerçevesinde sigorta sözleşmesine taraf olan ve sonrasında da, buna ilişkin reasürans işlemi gerçekleştirilen sigorta şirketinin durumu, buna örnek olarak verilebilir.

Türk hukukunda Milli Reasürans Türk Anonim Şirketi'ne sağlanan reasürans tekeli, 2001/3480 sayılı Bakanlar Kurulu kararında yer verilen, Sigortacılıkta Yurt İçi Reasürans Havuzu Sistemine İlişkin Karar m. 6'daki 1.1.2001 ile 31.12.2006 tarihleri arasındaki beş yıllık tekel süresinin dolması ve bu hususta başka düzenleme yapılmaması nedeniyle kaldırılmıştır¹³. Bu düzenleme sonrasında, Türkiye'de yerleşik sigorta şirketlerinin yabancı ülkelerdeki şirketlerle de yoğun bir şekilde reasürans işlemi yaptıkları tespit edilebilmektedir¹⁴.

Reasürans sözleşmesi ile temin edilen, sigortacının tarafı olduğu sigorta sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşen riziko nedeniyle, sigorta ettirene ödeyeceği tazminattır¹⁵. Sigorta sözleşmesinden bağımsız bir nitelik taşıyan reasürans sözleşmesinde, taraflar

¹² “...İstinaf mahkemesince yapılan yargılama neticesinde, davalının sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığı, sigortacının dava dışı Ak Sigorta A.Ş. olduğu, davacının reasüröre doğrudan başvuru hakkı bulunmadığı, bu durumda davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddi gerektiği...”, Yargıtay 11. HD., E. 2018/1055 K. 2019/2463 T. 1.4.2019, (Lexpera).

¹³ Türkiye’de reasürans tekelinin tarihsel gelişimi hakkında bkz. AYAN, Ebubekir, “Türkiye Sigortacılık Tarihinde Kamusal Bir Pranga: Reasürans Tekelini Eleştirel Analizi”, **Bahkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 23, Sayı: 44, s. 1012-1015.

¹⁴ Örnek olarak Türkiye Sigorta A.Ş. 14 ayrı ülkede yerleşik farklı şirketlerle reasürans işlemi gerçekleştirmiştir, (<https://www.turkiyesigorta.com.tr/katilim-sigortaciligi/sirket-uygulamalari/reasurans-uygulamalari-ve-calisilan-reasurans-sirketleri>, (erişim tarihi 04.11.2021)).

¹⁵ Bu konuda bkz. ÜNAN, 2016, s. 45-46.

sözleşme esaslarını ve sözleşmeye uygulanacak hukuku birlikte kararlaştırırlar¹⁶. Türk sigorta şirketleri açısından reasürans tekelinin kaldırılmış olması nedeniyle, reasürans sözleşmesinin yabancı bir ülke hukukuna tabi olması ihtimali artmıştır.

Reasürans sözleşmesinin sigorta sözleşmesinden bağımsız olması nedeniyle, her iki sözleşmede yer verilen riziko başlıkları ile tarafların hak ve yükümlülüklerinin farklılık taşıması mümkündür. Sigorta ve reasürans şirketlerinin genellikle farklı ülkelerde bulunması sebebiyle, reasürans şirketi (sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki sözleşme çerçevesinde) risklerin tespiti ve gerçekleşen rizikoya dair maddi inceleme yürütülmesi hususunda, birçok durumda sigorta şirketi tarafından kendisine aktarılan bilgilerle yetinmek zorunda kalmaktadır¹⁷. Bazı hallerde, gerçekleşen zararın sözleşme kapsamında olup olmadığı veya sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği gibi konularda reasürans şirketinin somut olaya, sigorta şirketinden farklı sonuçlar bağlaması ihtimal dahilindedir. Bu durumda, sigorta sözleşmesi nedeniyle tazminat ödeme borcu doğan sigortacının, reasürans sözleşmesi hükümleri çerçevesinde, reasürans şirketinden tazminat bedelini tahsil edememesi ihtimali meydana gelebilecektir¹⁸. Uygulamada, anılan olasılığın önüne, sözleşmeye konulan klozlar vasıtasıyla geçilmeye çalışılmaktadır. Örneğin, *follow the fortunes* klozu, reasürans şirketinin tazminat ödemesini, (sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki) sigorta sözleşmesi hükümleri doğrultusunda yapmasını gerektirmektedir¹⁹. Bu sayede, reasürans şirketinin sigortacının iyi niyet içinde gerçekleştireceği tazminat ödeme kararlarını sorgulamasının önüne geçilebilmekte ve ödemelerde görece bir kesinlik temin edilmektedir²⁰.

¹⁶ LANGHEID, Theo / WANDT, Manfred, **Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz**, C.H.Beck, Münih, 2017, 110 Rn. 2.

¹⁷ THOMAS, 1992, s. 1556-1557.

¹⁸ A (sigorta ettiren) ile B (sigortacı) arasındaki sigorta sözleşmesinde yer verilen hükümler doğrultusunda A'nın tazminata hak kazanması; ancak, B ile C (reasürans şirketi) arasındaki reasürans sözleşmesi hükümleri açısından, C'nin bedel ödeme yükümlülüğünün doğmadığını iddia etmesi, buna örnek olarak verilebilir.

¹⁹ Anılan kloz hakkında bkz. FEARNHEADF, Ralph, "Follow the Fortunes Clauses in Reinsurance Law – Practical Problems in Ensuring their Effectiveness", **Insurance Law Review**, Yıl: 2012, Cilt: 71, (s. 71 vd).

²⁰ ABRAHAM / SCHWARCZ, 2015, s. 734.

Bununla birlikte, reasürans sözleşmesinin anılan klozları içermemesi veya içermesine rağmen, uygulanacak hukuk itibarıyla kloz ve sözleşme hükümlerinin yorumlanması açısından birbirinden farklılaşan görüşlerle karşılaşılması muhtemeldir. Sigorta ettiren tarafından sözleşme öncesinde gerçekleştirilen beyan yükümlülüğünün, sigortacı tarafından yeterli olarak kabulü ve bunun neticesinde tazminatın ödenmesi; fakat, reasürans şirketinin, sigortacı tarafından kendisine aktarılan bilgileri, beyan yükümlülüğüne aykırı kabul etmesi ve ilgili sözleşme uyarınca tazminat ödemesini gerçekleştirmemesi, bu kapsamda değerlendirilebilecek bir örnektir. Bu ve benzeri ihtimaller açısından, reasürans sözleşmesine uygulanacak kuralların kapsamlı ve kesin bir şekilde önceden belirlenmesi önem taşımaktadır.

II. “REASÜRANS SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN İLKELER” VE OLUŞTURULMA GEREKÇELERİ

A. Hazırlanma Süreci

Reasürans Sözleşmelerine İlişkin İlkeler (*Principles of Reinsurance Law*) Zürih, Viyana ve Frankfurt Üniversite’lerinden akademisyenler tarafından 2015 yılında başlatılan bir projedir²¹. Mevcut çalışma ve danışma gruplarında, çok sayıda ülkeden akademisyenler ve uzmanlar da yer almaktadır²². 2019 yılı itibarıyla, anılan İlkeler’in “Genel Hükümler”, “Reasürans Şirketi ve Sigorta Şirketinin Yükümlülükleri”, “Yasal Yollar”, “Zarar Tahsisi”, “Zararların Bir Araya Getirilmesi” başlıkları tamamlanmıştır. 2019-2023 yılları arasında ise, kalan dört başlığın tamamlanması amaçlanmaktadır²³. Bu nedenle, İlkeler’in başlıklarının yarısının tamamlandığı, ancak nihai halinin oluşturulmadığı tespit edilebilmektedir.

²¹ https://www.jura.uni-frankfurt.de/93164152/Principles_of_Reinsurance_Contract_Law_PRICL_English_Version, (erişim tarihi 04.11.2021).

²² Bu konuda bkz. Principles of Reinsurance Law (PRICL), https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:c5e36159-2cbc-4686-83ce-1067bc4704a3/PRICL_1.0_2019.pdf, (erişim tarihi 04.11.2021), s. VI-IX.

²³ PRICL, s. 7.

İlkeler, UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*²⁴) tarafından da desteklenmekte ve Enstitü'nün kurumsal web sayfasında ilan edilmektedir²⁵. İlkeler'de, reasürans ilişkisinin temelinde yer alan sözleşme ile bağlantılı olarak, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Kuralları'ndan (UPICC)²⁶ da yararlanılmaktadır²⁷.

B. Dayandığı Gerekçeler ve Uygulama Açısından Olası Etkileri

Reasürans işlemlerinin çoğunlukla farklı ülkelerden taraflar arasında gerçekleştirilmesine rağmen, bu alanı düzenleyen uluslararası bir anlaşma bulunmamakta ve ulusal hukuk sistemleri, konuya ilişkin düzenlemeler yönünden genellikle eksiklikler içermektedir²⁸. Reasürans sözleşmelerinde, ulusal hukuk sistemlerinin sigorta alanındaki düzenlemelerine dayanılması²⁹, alana yönelik belirsizliği arttırmaktadır³⁰. Ulusal hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ve bunlara dair yargı kararları arasındaki farklılık da³¹, bu doğrultudadır. Hatta anılan hukuk sistemleri arasında, reasürans sözleşmelerinde sıklıkla kullanılan klozların hukuki sonuçları açısından dahi ayrımlar gözlemlenebilmektedir³². Reasürans sözleşmesinden kaynaklı uyumsuzluklara dair geniş bir içtihat birikimi bulunan ulusal hukuk sistemlerinde, belirsizlik nispeten az olsa da; reasürans sözleşmelerinde genellikle sigorta şirketinin yerleşik bulunduğu ülkenin hukuk sisteminin

²⁴ Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına Yönelik Uluslararası Enstitü. Enstitü hakkında bilgi için bkz. ÇALIŞKAN, Yusuf, "UNIDROIT'nin Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış", **Public and Private Law Bulletin**, Yıl: 2021, Cilt: 41, Sayı: 2, s. 466-467.

²⁵ Reinsurance Contracts Study L- Formulation of the Principles of Reinsurance Contracts, <https://www.unidroit.org/instruments/reinsurance-contracts/>, (erişim tarihi 04.11.2021).

²⁶ Kurallar için bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses/>, (erişim tarihi: 04.11.2021).

²⁷ <https://www.unidroit.org/instruments/reinsurance-contracts/>, (erişim tarihi 04.11.2021).

²⁸ BORK, Kevin / WANDT, Manfred: "Der moderne Guidon de la Mer: die Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)", **VersR**, Yıl: 2019, Sayı: 26, s. 1469.

²⁹ PRICL, s. 2.

³⁰ Bu hususta bkz. WILLIAM, Oliver, "Schadensaggregation in der Rückversicherung – die Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL) als Mittel zur Schaffung höherer Rechtssicherheit?", **Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft**, Yıl: 2020, Cilt: 109, s. 430-431.

³¹ PRICL, s. 3-4.

³² ÜNAN, Samim, "Reasürans Sözleşmesi Hukuku İlkeleri", **Reasürör**, Temmuz, 2020, s. 5; HEISS, Helmut, "The Principles of Reinsurance Contract Law: An Optional Instrument of Transnational Reinsurance Law", **Uniform Law Review**, Yıl: 2020, Cilt: 25, s. 8-9.

uygulanacağına kararlaştırılması nedeniyle, bu hukuk sisteminin uygulama tecrübesi ile bağlantılı olarak, belirsizlik ihtimali devam etmektedir³³.

Reasürans piyasasında uyuşmazlıkların taraflar arasındaki karşılıklı iletişimle çözülmesi eğiliminin³⁴ giderek azaldığı; bunun yerine, dava yoluna daha sıklıkla başvurulduğu belirtilmektedir³⁵. Bu durumun, uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılabilecek ulusal hukuk sistemleri kaynaklı belirsizliklerin önüne geçilmesi gereksinimini arttırdığı açıktır.

Anılan projenin amacı, daha çok uluslararası anlamda yerleşik örf ve âdete dayanan bu yöndeki uygulama esaslarının, yeniden şekillendirilmesi ve bunların, bütünlük taşıyan bir metne dönüştürülmesidir³⁶. İlkeler an itibarıyla, mutabık ülkelerce imzalanan ve bu ülkelerde yerleşik reasürans ya da sigorta şirketlerinin uymasının zorunlu kılındığı bir uluslararası anlaşma metni değildir. Tarafların sözleşmelerinde bu ilkeleri esas alması ve/veya sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların bu İlkeler çerçevesinde çözüleceğini ayrıca kararlaştırması gerekmektedir. Sözleşmede bir tahkim şartına³⁷ yer verilmesi ya da uyuşmazlık meydana geldikten sonra, tarafların bu yönde anlaşmaları, buna örnek verilebilir. Belirtilen nedenlerle, İlkeler bu yönde iradesi bulunmayan taraflar açısından bağlayıcılığı bulunmayan, ihtiyari bir kurallar bütünüdür. İlkeler'in sigorta hukuku uygulaması ve öğretisi açısından önem taşımasının öncelikli nedeni, bu yönde bir kurallar bütünü mevcut olmayan, genellikle farklı uluslardan şirketlerin taraf olduğu, alana ilişkin örf ve âdet uygulamasında bölgesel/ülkesel farklılıklara dayalı belirsizliklerin meydana gelebileceği reasürans sözleşmeleri açısından, kendisine başvurulması ihtimalidir. İlkeler'in tüm başlıklarının tamamlanması ve kendisine dayalı olarak çözülen uyuşmazlık örnekleriyle karşılaştırılmasının, buna dayanan sözleşmelerin sayısının artmasına ve hatta,

³³ WITTHOFF, Eberhard, "Principles of Reinsurance Contract Law: The Reinsurer's Perspective", **Uniform Law Review**, Yıl: 2020, Cilt: 25, s. 65.

³⁴ MONIN, Lawrence/ BRADY, Micheal, "Updating Reinsurance Law Developments: The Gloves are Beginning to Come Off", **Defense Counsel Journal**, Yıl: 1996, Cilt: 63, Sayı: 2, s. 219.

³⁵ STEMPEL / SWISHER/KNUTSEN, **2011**, s. 1181-1182.

³⁶ HEISS, **2020**, s. 12-13.

³⁷ Tahkim ve reasürans anlaşması ilişkisi hakkında bkz. MCDONALD, John, "Reinsurance Arbitration 2001: Will the New Ways Cripple Arbitration Clause", **Defense Counsel Journal**, Yıl: 2001, Cilt: 68, s. 330-332.

uzun vadede uygulamacılar arasında İlkeler'in alana yönelik temel bir düzenleme olarak kabulüne imkân tanıyacağı öngörülebilir.

III. “REASÜRANS SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN İLKELER” AÇISINDAN SİGORTA ŞİRKETİNİN SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAM VE SINIRLARI

A. Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Dair Kurallar

Reasürans Sözleşmelerine İlişkin İlkeler'de, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne, reasürans ve sigorta şirketlerinin yükümlülüklerinin düzenlendiği ikinci başlık altında yer verilmiştir. Burada yalnızca yükümlülükler açıklanmış, bunların ihlaline bağlanan yaptırımlara ise üçüncü başlıkta yer verilmiştir. Yükümlülükler açısından belirtilen esaslar, sözleşmelerinde İlkeler'e yollamada bulunan taraflar açısından varsayılan olarak uygulanacak olup; tarafların karşılıklı ve ortak iradesi ile bunları değiştirmeleri veya yerine tamamen başka bir hükmü kabul etmeleri de mümkündür³⁸. Bununla birlikte, bu değişikliğin tarafların serbest iradesine dayanması, yanılma veya zorlama gibi sebeplerden kaynaklanmaması gerekmektedir³⁹. Değişiklik veya ekleme yapan tarafların, önceden hazırlanmış kurallar bütününe dışına çıkmaları nedeniyle, yer verdikleri metnin hukuki açıdan boşluk veya belirsizlik içermemesine dikkat etmeleri gerektiği açıktır. Metnin geneli ile örtüşmeyen kavram kullanımları ve yükümlülüklerin ihlaline bağlanan açıklık taşımayan yaptırımlar, kaçınılması gereken ihtimaller arasındadır.

Sigorta şirketi açısından getirilen anılan yükümlülük, İlkeler'de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Reasürans çerçevesinde ödeme yapılmasını talep eden sigorta şirketi, sahip olduğu veya sahip olması kendisinden makul bir şekilde beklenebilecek ve reasürans şirketi tarafından üstlenilen risklerle ilgili olan bütün bilgileri reasürans şirketine sunacaktır. Makul ve tedbirli bir reasürans şirketinin riski üstlenme kararını,*

³⁸ PRICL, m. 2.2.1, par. 1.

³⁹ PRICL, m. 2.2.1, par. 1.

buna ilişkin hüküm ve koşullar ile prim miktarını etkileyebilecek bilgilerin, riskle ilgili olduğu kabul edilir”, (m. 2.2.1).

Bu yükümlülük, geçmiş tazmin taleplerine ilişkin kayıtların, reasürans şirketi tarafından, riskin ana hatlarının anlaşılmasına imkan tanıyacak ölçüde açıklanmasını, maruz kalınan belirgin risklerin belirtilmesini, reasürans şirketinin sorularına dürüstçe cevap verilmesini, reasürans şirketi tarafından sorulmasa dahi, ilgili hususlarda bilgi sunulmasını, bu riskleri kapsayan başka bir reasürans sözleşmesi yapılmışsa açıklanmasını, sunulmuş olan bilgilerde görüşme süreci içinde meydana gelen değişikliklerin beyan edilmesini kapsar⁴⁰. İlkeler’de yer verilen açıklamalar doğrultusunda, sigorta şirketinin ihmale dayalı sorumluluğu ortadan kaldırılmamakta ve beyan yükümlülüğü, sözleşmenin yenilenmesi veya sözleşmenin farklı koşullarla değiştirilmesi için yapılan görüşmeler açısından da devam ettirilmektedir.

B. Beyan Yükümlülüğü Çerçevesinde “Üstlenilen Risklere İlişkin Bilgi” ve “Bilgi Sahibi Olma” Kavramlarının Kapsamı⁴¹

Reasürans şirketi tarafından üstlenilen risklere ilişkin ve reasürans şirketinin sözleşmeye dair kararlarını etkileme ihtimali bulunan bilgilerin, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü çerçevesinde açıklanması gerekmektedir. Bu hususta sınır, kişinin bildiği ve bilmesinin kendisinden beklenebileceği bilgilerdir. İhmal, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Anılan yükümlülük, sözleşmenin yenilenmesi veya tadili için yapılan görüşmeler açısından da devam etmektedir.

Reasürans şirketi açısından, bilginin ilgili olma vasfının değerlendirilmesinde objektif standart uygulanmakta; tedbirli ve makul bir reasürans şirketi esas alınmaktadır. Nadir karşılaşılan ya da yeni ortaya çıkan riskleri kapsayan sigorta sözleşmelerinin reasürans işlemine tabi tutulması halinde, reasürans şirketi açısından ilgili olma vasfının tespiti güçleşebilecek olup; bunlar açısından, reasürans şirketinin sözleşme öncesi süreçteki açıklamalarının da irdelenmesi önem taşımaktadır. Örneğin, farklı ülkelerden

⁴⁰ PRICL, s. 37-38.

⁴¹ Bu başlık altındaki cümlelerin tamamı, *Reasürans Sözleşmelerine İlişkin İlkeler*’in kamuya ilan edilen metninde, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin yer verilen bilgi, örnek ve açıklamaların aktarılmasından ibarettir. Bu bilgi, örnek ve açıklamalar için bkz. PRICL, s. 37-46.

şirketlerin taraf olduğu sözleşmeler açısından, birden fazla anlama gelen yabancı kelimelerin, sözleşme açısından tam karşılıklarının bildirilmemesi, aykırılık olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin geneli açısından, tazmin ihtimali veya ödenecek tazminat miktarı üzerinde ihmal edilebilir düzeyde az etki meydana getirebilecek değişkenlerin beyan edilmemesi ise, aykırılık oluşturmamaktadır.

Bildiği ya da kendisinden bilmesi beklenebilecek hususlar hakkında, sigorta şirketi bir bütün olarak değerlendirilir. İlgili çalışan veya temsilcilerin sahip olduğu bilgiler, şirketin de bilgi sahibi olması sonucunu doğurur. Bilgisayar sistemlerinde veya belgelerde kaydedilmiş olan bilgilerin de, şirket tarafından bilinmekte olduğu kabul edilir. Reasürans şirketinin zaten bilmekte olduğu veya taraflar arasındaki görüşme sürecinde araştırması kendisinden beklenebilecek hususların, sigorta şirketi tarafından açıklanması, anılan yükümlülük kapsamında yer almamaktadır. Reasürans şirketi, sigorta şirketi tarafından sunulan genel/yetersiz bilgilere rağmen, bunları aydınlatmaya yönelik araştırma yapmadan ve başkaca soru sormadan reasürans sözleşmesine taraf olmuşsa, artık beyan yükümlülüğünün ihlaline dayanılamayacaktır.

Reasürans şirketi tarafından yöneltilen soruların ilgili olduğu, aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul edilmektedir. Bu karinenin uygulanması için, sorulan sorunun makul/ilgili nitelikte olması aranır. “*Bunun dışında bilmemiz gereken başka bir husus var mıdır?*” sorusu, yalnızca genel bir hatırlatma niteliği taşıması ve belirli olmaması nedeniyle, ilgili olma vasfı taşımamaktadır. Yöneltilen sorulara dürüst ve tam şekilde cevap verilmesi gerekmektedir. Teknik olarak doğru, ancak muhatapta meydana getirdiği anlam itibarıyla yanıltıcı nitelikteki açıklamalar, yükümlülüğün karşılanması için yeterli değildir. Bu hususta yapılacak değerlendirme açısından, yöneltilen sorunun ölçücülük niteliği de önemlidir. Örneğin, hırsızlık rizikosuna karşılık sigortalanan bir işletmenin güvenlik önlemlerinin iyi olup olmadığı sorusu, buna yönelik genel bir değerlendirme ile cevaplanabilir. Ancak, bu güvenlik sisteminin gece de etkin bir şekilde çalışmasını sağlayacak niteliklere sahip olup olmadığı sorusu, daha açık ve detaylı bir cevabı gerekli kılmaktadır.

C. Düzenlemenin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi

Türk Ticaret Kanunu'nda sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü 1435 ilâ 1442 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İlkeler ve Türk Ticaret Kanunu'nda konuya ilişkin kullanılan ifadeler farklı olmakla birlikte, düzenlemenin ana esasları hususunda genel bir örtüşme bulunmaktadır. Reasürans sözleşmesine İlkeler'in uygulanmasını kabul eden Türkiye'de yerleşik bir sigorta şirketi açısından, asıl önem taşıyan husus Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre mevcut bulunan farklılıklardır.

İlkeler'in doğrudan belirli bir hukuk sistemine dayanmadığı, farklı hukuk sistemlerinden tarafların uyuşmazlık süreçleri açısından kesinlik ve öngörülebilirlik taşıyan bir kurallar bütünü sunma amacı taşıdığı vurgulanmalıdır. Ancak, olası bir uyuşmazlıkta İlkeler'in ne şekilde yorumlanacağı konusunda, yargının⁴² ya da tahkim heyetinin konuya ilişkin değerlendirmelerinin önemini koruduğu açıktır. Somut uyuşmazlık açısından, üstlenilen risklere ilişkin bilgi kavramının hangi sınırlar içinde uygulanması gerektiği veya kimlerin şirket çalışanı olarak kabul edilebileceği, buna örnek olarak verilebilir. Ayrıca, sigorta ve reasürans sözleşmelerine uygulanacak hukukun farklılık taşıması da, sürecin belirsizlikle sonuçlanma olasılığını arttırmaktadır⁴³.

Türk Ticaret Kanunu'nda bilginin “önemli olmasına”⁴⁴, İlkeler'de ise “üstlenilecek riske ilişkin olmasına” sonuç bağlanmaktadır. Her iki kavramın genel bir örtüşme gösterdiği tespit edilebilmektedir. Bu kavramla ilgili olarak değerlendirilebilecek, sigorta şirketinin bilgi sahibi olmasına (TTK m. 1438/1) ve yazılı sorusuna bağlanan sonuçlar da (TTK m. 1436/1) İlkeler'de benzeri şekilde düzenlenmiştir. Düzenlemeler arasındaki öne çıkan fark, İlkeler'in olası uygulama belirsizliklerini ortadan kaldırma gayesi ile de bağlantılı olarak, anılan konulardaki tatbika ilişkin yer verdiği detaylarda ve bunları açıklamak için sunduğu örnek olaylarda gözlemlenebilmektedir.

⁴² Yabancı unsurlu sigorta sözleşmelerinde, hukuk seçimi hakkında bkz. KAYA, Selehattin, **Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 95-101.

⁴³ NOUSSIA, **2013**, s. 55.

⁴⁴ “Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.”, (TTK m. 1435/1).

Belirtilen durum, çalışmanın konusu açısından iki ayrı açıdan değerlendirilebilir. İlk olarak İlkeler’de, hükümlerin ne şekilde yorumlanması gerektiğine dair daha detaylı açıklamalara yer verilmiş olması, uygulamada bu başlıklara ilişkin belirsizliklerle karşılaşılması ihtimalini azaltmaktadır. İkinci olarak, günümüz itibariyle tüm bölümlerinin tamamlanmamış olması ve uygulamada sıklıkla yollamada bulunulduğunun henüz tespit edilememesi ile de bağlantılı olarak, İlkeler’in tatbikine dair yeterli içtihat birikiminin mevcut olmadığı görülmektedir. Bu durum, her ne kadar hükümlerin nasıl yorumlanacağına dair açıklamalara yer verse de, İlkeler’in metninde öngörülme ihtimallerle karşılaşılması durumunda, dayanılabilecek içtihat kaynağından önemli düzeyde yoksun olunacağı sonucuna ulaştırmaktadır. Bugünün koşulları altında, farklı bir ülkeden reasürans şirketi ile sözleşmeye taraf olacak bir sigorta şirketinin, sözleşmede anılan İlkeler’e yollamada bulunma kararı almadan önce belirtilen olasılıkları somut olay açısından irdelemesi yerinde olacaktır. Sonuç olarak, İlkeler detaylı açıklamaya yer verdiği başlıklarda önemli düzeyde bir belirlilik sunmakta; bunların dışında uygulamada karşılaşılabilecek ihtimaller açısından ise, içtihat eksikliği kaynaklı bir belirsizlik olasılığı barındırmaktadır.

Çalışma konusu özelinde, Türk Ticaret Kanunu ve İlkeler maddeler ekseninde karşılaştırıldığında öne çıkan beş fark tespit edilebilmektedir. İlki, bilginin reasürans şirketinin kararlarını etkilemesi açısından hangi standardın uygulanacağına ilişkindir. Türk öğretisinde konuya ilişkin görüş birliği bulunmamakta⁴⁵; İlkeler’de ise açıkça objektif standardın uygulanacağı belirtilmektedir⁴⁶. İkinci olarak, İlkeler Türk Ticaret Kanunu m. 1438’de sigortacının bilgi sahibi olmasına bağlanan sonuçlardan, sigorta şirketi çalışanlarının ya da temsilcilerinin sahip olduğu bilgilerin de şirketin bilgisi kapsamında olduğunu açıkça belirterek ayrılmaktadır⁴⁷. Üçüncü olarak, şirket bilgi sisteminde veya kayıtlarında bulunan bir veri ilgili bilgiye erişilmesini sağlıyorsa ve şirket çalışanlarından da bu bilgiye erişmeleri beklenebiliyorsa, şirket çalışanları bunlara

⁴⁵ Bu konuda öğretideki farklı görüşler hakkında bkz. DOĞAN, Burak, **İngiliz ve Türk Hukukunda Deniz Sigortalarında Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 77-81.

⁴⁶ PRICL, s. 39.

⁴⁷ PRICL, s. 44.

vakıf olmasa dahi, şirketin bu bilgiye erişmiş olduğu kabul edilmektedir⁴⁸. Dördüncü olarak, sigortacı tarafından yöneltilen sorulara verilen yanıtın ne ölçüde detaylı olması gerektiğinin ve teknik açıdan doğru olmakla birlikte, içerik olarak yanıltıcı olan yanıtlara bağlanan hukuki sonuçların ayrıca düzenlenmiş olması da⁴⁹, İlkeler'in Türk hukukuna göre farklılık taşıdığı hususlar arasındadır. Beşinci olarak, sigortacının bilgi edinmek için sorduğu sorulara verilmesi beklenen cevaplar yönünden, İlkeler'de yöneltilen sorunun gerektirdiği açıklayıcılık kıstası üzerinden ayrıma gidilmiş ve genel ya da belirsiz soruların cevapsız kalmasının birçok ihtimalde ihlale sebebiyet vermeyeceğine işaret edilmiştir. Bu karşılaştırma açısından ulaşılan sonucun, yalnızca maddeler arasındaki incelemeye dayandığı; ülkemizdeki yargı kararlarında, benzeri doğrultudaki yorumlarla karşılaştırılmasının mümkün olduğu özellikle vurgulanmalıdır⁵⁰.

İlkeler'in anılan başlıklar açısından, Türk Ticaret Kanunu'nun ana çerçevesi ile genel bir örtüşme gösterdiği; hükümlerin tatbikine ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıracı detaylara yer verilmesi yönünden ise farklılaştığı tespit edilmektedir. Anılan farkın temel nedeni, İlkeler'in bir kanun niteliği taşıması ve kurallarla birlikte, bu kuralların uygulanmasına dair örnekleri de içeren bir rehber vasfında olmasıdır. İlkeler'deki hükümler, sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün sınırlarının tespit edilmesi ve sigorta şirketinin bu aşamada sorduğu sorulara ve bilgisine bağlanacak sonuçların belirlenmesini sağlarken; bir yandan da, reasürans şirketinin bu yöndeki ihlal iddialarını sınırlayabilecek esaslara yer vermektedir. Belirtilen eğilimin reasürans sözleşmeleri açısından, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali iddiasına dayalı uyuşmazlıkların en aza indirilmesine katkı sağlayacağı savunulabilir.

SONUÇ

Reasürans uygulamasında, taşıdıkları riskleri paylaşmak ve uygun prim/risk dengesini sağlamak gibi amaçlarla, sigorta şirketlerinin farklı ülkelerde yerleşik birden

⁴⁸ PRICL, s. 44.

⁴⁹ PRICL, s. 43-46.

⁵⁰ Örneğin, sigortalının fiziki durumuna dair sigorta şirketi çalışanlarının bilgisine de sonuç bağlanacağı yönünde bkz. Yargıtay 17. HD, E. 2016/19983, K. 2019/7782, 19.06.2019 (Lexpera).

çok reasürans şirketi ile sözleşmelere taraf olması sık karşılaşılan bir durumdur. Temel sigorta ilişkisinin tabi olduğu hukuk sisteminden, genellikle farklı bir ülke hukukunu esas alan bu sözleşmeler; sözleşme hükümlerinin uygulanacak hukuk çerçevesinde yorumlanması ile teknik terimlere ve klozlara yüklenen anlamlar gibi konularda belirsizliklere neden olabilmektedir.

Reasürans Sözleşmelerine İlişkin İlkeler, anılan belirsizliğin önüne geçilebilmesi amacını taşıyan bir kurallar bütünüdür. İlkeler, mümkün olduğu ölçüde belirli bir ülke hukukuna öncelik vermemeyi ve sözleşme taraflarına öngörülebilirlik sağlamayı hedeflemektedir. Uluslararası bir anlaşma niteliği taşımayan İlkeler, ancak bunu ortak iradeleriyle kabul eden sözleşme taraflarına uygulanabilecektir. İlkeler'in tüm başlıklarının henüz tamamlanmamış olması, tamamlanmış ve ilan edilen başlıklarına yollamada bulunulmasına engel teşkil etmemektedir.

Reasürans sözleşmeleri, sözleşmede bunun aksine bir hüküm bulunmadıkça, sigorta sözleşmelerinden bağımsızdır. Bu durum, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün, konu açısından iki boyutlu bir yapı taşımasına sebep olmaktadır. Sigorta sözleşmesinde, sigorta ettiren; reasürans sözleşmesinde ise, sigorta şirketi anılan beyan yükümlülüğüne tabidir. Bununla birlikte genel olarak, sigorta şirketinin reasürans şirketine sunabileceği bilgiler, sigorta ettirenin beyanlarına dayanmaktadır. Anılan durum özellikle, sigorta sözleşmesine uygulanan hukukun sigorta ettirenin beyanını somut olay açısından yeterli görmesi ve tazminatın ödenmesi gerekliliğini doğurması; reasürans sözleşmesine uygulanan hukukun ise, bunu yeterli görmemesi ve tazminatın ödenmesinin önüne geçmesi ihtimali açısından önemlidir. Belirtilen olasılığın önüne geçilebilmesi için uygulamada sıklıkla *follow the fortunes* gibi klozlardan yararlanılmakta; ancak bu durum dahi, anılan klozların yorumunda, uygulanacak hukukun ve bunu uygulayacak yargı makamının veya tahkim heyetinin sebebiyet verebileceği belirsizliğin önüne geçmemektedir.

İlkeler'in yer verdiği hükümlerle, reasürans sözleşmesine taraf olacak sigorta şirketlerine belirli bir öngörülebilirlik sağlayacağı ileri sürülebilir. İlkeler'de sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin olarak yer verilen hükümlerin, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri ile genel bir örtüşme gösterdiği tespit edilmektedir. İlkeler'in öne çıkan farkı, şirket çalışan ve temsilcilerinin sahip olduğu bilgilerin, şirketin

sahip olduğu bilgiler arasında kabul edilip edilemeyeceği; teknik olarak doğru olmakla birlikte, içerik olarak yanıltıcı yanıtların hukuki sonuçlarının ne olacağı; yanıtın ne ölçüde detaylı olması gerektiği; önemli olma vasfının tespitinde, reasürans şirketi açısından hangi standardın (objektif/sübjektif) uygulanacağı hususlarında, kesin ve önceden belirlenmiş bir çözüm sağlamasıdır. Sağlayabileceği katkılar nedeniyle İlkeler'in, Türkiye'de yerleşik sigorta ve reasürans şirketlerince ilgiyle karşılanacağı ve müstakbel uyuşmazlıklar çerçevesinde konunun, Türk hukuku açısından önem taşımaya devam edeceği öngörülebilir.

KAYNAKÇA

- ABRAHAM, Kenneth / SCHWARCZ, Daniel, **Insurance Law and Regulation**, Foundation Press, St. Paul, 2015.
- ABROMOVSKY, Aviva, "Reinsurance: The Silent Regulator", **Connecticut Insurance Law Journal**, Yıl: 2008-2009, Cilt: 15, Sayı: 2.
- AYAN, Ebubekir, "Türkiye Sigortacılık Tarihinde Kamusal Bir Pranga: Reasürans Tekelini Eleştirel Analizi", **Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 23, Sayı: 44.
- BOLAND, Carol, **Reinsurance: London Market Practice**, Taylor & Francis, Milton, 1996.
- BORK, Kevin / WANDT, Manfred: "Der moderne Guidon de la Mer: die Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)", **VersR**, Yıl: 2019, Sayı 26.
- CARTER, Robert, **Reinsurance**, Springer, Birleşik Krallık, 1983.
- CORCORAN, Charles, "Reinsurance Litigation: A Primer", **Western New England Law Review**, Yıl: 1994, Cilt: 16, Sayı: 1.
- ÇALIŞKAN, Yusuf, "UNIDROIT'nin Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış", **Public and Private Law Bulletin**, Yıl: 2021, Cilt: 41, Sayı: 2.

DOĞAN, Burak, **İngiliz ve Türk Hukukunda Deniz Sigortalarında Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

FEARNHEADF, Ralph, “Follow the Fortunes Clauses in Reinsurance Law – Practical Problems in Ensuring their Effectiveness”, **Insurance Law Review**, Yıl: 2012, Cilt: 71.

HEISS, Helmut, “The Principles of Reinsurance Contract Law: An Optional Instrument of Transnational Reinsurance Law”, **Uniform Law Review**, Yıl: 2020, Cilt: 25.

HOFFMAN, William, “Facultative Reinsurance Contract Formation, Documentation and Integration”, **Tort Trial & Insurance Practice Law Journal**, Yıl: 2003, Cilt: 38, Sayı: 3.

JERICO, Eugene, “Insurance and Reinsurance Disputes”, **Defense Counsel Journal**, Yıl: 1988, Cilt: 55, Sayı: 3.

KAYA, Selhattin, **Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

LANGHEID, Theo / WANDT, Manfred, **Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz**, C.H.Beck, Münih, 2017.

MCDONALD, John, “Reinsurance Arbitration 2001: Will the New Ways Cripple Arbitration Clause”, **Defense Counsel Journal**, Yıl: 2001, Cilt: 68.

MASON, Richard / PFEIFER, James, “A Closer Look at Facultative Insurance”, **Tort & Insurance Law Journal**, Yıl: 1996, Cilt: 31, Sayı: 3.

MONIN, Lawrence / BRADY, Micheal, “Updating Reinsurance Law Developments: The Gloves are Beginning to Come Off”, **Defense Counsel Journal**, Yıl: 1996, Cilt: 63, Sayı: 2.

NOUSSIA, Kyriaki, **Reinsurance Arbitrations**, Springer, Heidelberg, 2013.

SCHEVCHENKO, Lyubov / IVANOVA, Svetlana / GRUDTSINA, Ludmila, “The Legal Nature of the Reinsurance Contract”, **International Journal of Civil Engineering and Technology**, Yıl: 2019, Cilt: 10, Sayı: 2.

STEMPEL, Jeffrey / KNUTSEN, Swisher / PETER, Erik, **Principles of Insurance Law**, Carolina Academic Press, San Francisco, 2011.

THOMAS, Steven, “Utmost Good Faith in Reinsurance: A Tradition in Need of Adjustment”, **Duke Law Journal**, Yıl: 1992, Cilt: 41, Sayı: 6.

ÜNAN, Samim, “Reasürans Sözleşmesi Hukuku İlkeleri”, **Reasürör**, Temmuz, 2020.

ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Altıncı Kitap – Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

WANG, Wallace, **Reinsurance Regulation: A Contemporary and Comparative Study**, Kluwer Law International, Birleşik Krallık, 2003.

WILLIAM, Oliver, “Schadensaggregation in der Rückversicherung – die Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL) als Mittel zur Schaffung höherer Rechtssicherheit?”, **Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft**, Yıl: 2020, Cilt: 109.

WITTHOFF, Eberhard, “Principles of Reinsurance Contract Law: The Reinsurer’s Perspective”, **Uniform Law Review**, Yıl: 2020, Cilt: 25.

KARŞILIKSIZ ÇEKLERE İLİŞKİN SİGORTA FONUNUN OLUŞTURULMASI KONUSUNDA ÖNERİLER

*SUGGESTIONS FOR THE ESTABLISHMENT OF THE INSURANCE FUND FOR
DISHONORED CHECKS*

Hakemli Makale
Nazım AKSOY*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	282
I. ASIL SORUNUN TESPİTİ VE ÇÖZÜMSEL YAKLAŞIM.....	283
II. ÇEKLERİN GARANTİ EDİLMESİ SİSTEMİNİN OLUŞTURULMASI.....	285
III. KARŞILIKSIZ ÇEKLERDE SİGORTA FONU'NUN KURULMASI	289
SONUÇ	292

ÖZ

Karşılıksız çek konusu uzun yıllardır ticari hayatın gündemini meşgul etmesiyle birlikte, pandemi ile bu durum daha da çıkmaz hale gelmiştir. Kanun koyucu tarafından yapılan çözümler hep geçici mahiyette olduğundan, söz konusu sorunun kökten çözülmesine katkı sağlanamamıştır. Konuyla ilgili kalıcı ve sorunları önleyici tedbirlerin alınması daha doğru bir yaklaşım olabilecektir. Bu bağlamda 2012 yılında ileri sürülen ancak yeterince üzerinde durulmayan “*Karşılıksız Çeklerde Sigorta Fonu*”nun kurulması fikri karşılıksız çek sorununa bir çıkış yolu olabilecektir. Bu fonun ilk başta devlet destekli programlar ile kurulması gerekir. Belirli bir süre sonrasında ise devlet desteğinin rolünün azaltılarak çekin düzenlenmesi aşamasında zorunlu olarak sigorta primi getirilmeli. Bu sigorta primleriyle de elde edilen gelirlerin belirli yüzdelerinin bir havuzda toplanarak söz konusu fonun finansmanının sağlanması gerekecektir. Karşılıksız

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1087500

Makalenin Geliş Tarihi: 14.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 23.07.2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-Posta: naksoy@mehmetakif.edu.tr

ORCID: 0000-0002-1835-7476

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

çek sigorta fonunun kurulup sağlıklı bir şekilde işlemesi sigorta mevzuatının güncellenmesi ile mümkün olabilecektir.

Anahtar sözcükler: Karşılıksız çek, sigorta fonu, tacir, keşideci, mücbir neden.

ABSTRACT

With the issue of dishonored checks occupying the agenda of commercial life for many years, this situation has become even more unbearable with the pandemic. Since the solutions made by the legislator are always of a temporary nature, no contribution could be made to the solution of the problem in question. It would be a more correct approach to take permanent and preventive measures related to the issue. In this context, the idea of establishing an “Insurance Fund for Bad Checks”, which was put forward in 2012 but not emphasized enough, may be a way out of the problem of dishonored checks. This fund should initially be established through state-sponsored programs. After a certain period of time, the role of state support should be reduced and an insurance premium should be introduced at the stage of issuing the check. It will be necessary to collect certain percentages of the incomes obtained from these insurance premiums in a pool to finance the said fund. The establishment and healthy functioning of the dishonored checks insurance fund will be possible by updating the insurance legislation.

Keywords: Dishonored check, insurance fund, merchant, drawer, force majeure

GİRİŞ

Karşılıksız çek konusu uzun yıllardır kanun koyucunun gündemini meşgul etmektedir. Son zamanlarda konuyla ilgili hazırlanan kanunlarla, karşılıksız çek düzenleme suçundan mahkûm olanların cezalarının infazının durdurularak, çek bedelinin karşılanmayan kısmının yüzde 10’unun ödenmesine, kalanının ise ikişer ay arayla 15 eşit taksitte bölünmesine müsaade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu düzenlemenin esasında, her ne kadar çek keşidecisine ödeme kolaylığı amaçlansa da, çek alacaklısı olan lehtarların alacağına kavuşması daha uzun bir süreye yayılmıştır. Dolayısıyla bu tarz çözümler objektif bir çözüm olarak nitelendirilmemelidir.

Çalışma ile şu anki mevcut düzenlemeler çerçevesinde ortaya çıkan sorunun sebeplerinin tespitine çalışılmış, çalışmanın sonunda ise sorunun çözümüne ilişkin önerilere değinilmiştir.

I. ASIL SORUNUN TESPİTİ VE ÇÖZÜMSSEL YAKLAŞIM

Yılladır ülkemizde karşılıksız çekler sonucunda iflasa kadar sürüklenen ticari girişimlerin esas sebebini aslında sistemsel bozukluk olduğunu ileri sürmek mümkündür. Zira ticari döngüde önemli yeri olan KOBİ'lerin genellikle peşin ödemeler yerine kredili ödemeleri veya çek senetle yapılan ödemeleri tercih edildiği bilinmektedir. Durum bu şekilde olmakla birlikte, Gayrı Safi Yurt İçi Hasıla'nın (GSYİH) yüzde 37'sine tekabül eden çek ödemelerinde karşılıksız çıkmaları nedenleri ile, özellikle de KOBİ piyasasını olumsuz yönde etkilediği ve bu durumun her geçen yıl daha da kötüye gittiği görülmektedir¹. Karşılıksız çekerle ilişkin mevcut yaptırımlara bakıldığında, kanun koyucu tarafından getirilen maddi külfetlerin yanı sıra hapis cezalarının dahi bir çözüm sunmadığı da anlaşılmaktadır. Bunun gibi çeklerin artık ödeme aracı yerine vadeli bir senet haline gelerek asıl fonksiyonu terk ettiği de anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu sorunların çözümü olarak, özellikle de karşılıksız çekerle ilişkin yaptırım usulü ile yaklaşılmasının doğru olmadığı, konuyla ilgili sistemsel değişikliğin gerekliliği ön planda tutulmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Çek ilişkisinde bankalar (muhatap), çeki düzenleyen banka müşterisi (keşideci) ve çek alacaklısı (lehtar) olmak üzere üçlü bir ilişki söz konusudur. Her ne kadar keşideci ile lehtar arasındaki temel ilişki sonucunda çekler düzenlenmiş olsa da, bunların ödenmemesi durumunda, kambiyo senetlerinin mücerretliliği ilkesi gereği, sonraki hamillerin karşılıksız çek sebebi ile karşılaşacak zararlardan dolayı çekerle olan güven zedelenmektedir. Ayrıca sözleşmesel ilişki olmasına karşın, söz konusu durumda keşidecinin mevcut mevzuat hükümleri gereği hapsi de gündeme gelmektedir. Asıl fonksiyonunun ödeme olması göz önünde bulundurulduğunda, çeklerin karşılıksız çıkması durumunda güncel mevzuattaki yaptırım ile ne çek hamili vaktinde alacağına kavuşmuş olmakta, ne de keşideci, hapis tehdidi ile karşı karşıya gelmekten memnun kalmaktadır. Kaldı ki, banka nezdinde oluşan bu olumsuz durum karşısında bankanın da müşterisi olan çek keşidecisini kaybetmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla çek ilişkisinde sorun oluştuğunda mevcut çözüm ile hiç kimsenin yararı olmadığı gibi,

¹ Karşılıksız çekerle sigortalı önlem önerisi https://www.itohaber.com/haber/guncel/202242/karsiliksiz_cke_sigortalı_onlem_önerisi.html (erişim tarihi 14.10.2021)

sorumluluğun tümünün her koşulda bir tek keşideciye yüklenmesi objektif bir değerlendirme teşkil etmeyecektir.

Bu bağlamda bu üçlü ilişkideki herkesin yararına hizmet edecek ortak bir çözüme odaklanmak kaçınılmaz olmaktadır. Sigortacılık mantığında yatan ana fikir risklerin toplanarak mümkün derecede geniş bir alana yayılması, diğer bir ifade ile paylaşılmasıdır². Karşılıksız çek konusunda da tacirlerin basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünden hareket edildiğinde, subjektif ve objektif nitelikteki (mücbir sebep vs.) ekonomik risklerden kaynaklı zararları önleyici tedbirlerin olması gerekir. Böylelikle ticari ilişkiler ayakta tutularak iyiniyetli tacirlerin (özellikle lehtar veya keşidecinin) mağduriyetleri önlenmiş olur.

Konuyla ilgili karşımıza şimdilik iki ayrı tedbir mekanizması çıkmaktadır. Birincisi Dönmezer'in ileri sürdüğü bankanın sorumluluğuna dayalı "*Çeklerin Garanti Edilmesi*" sisteminin oluşturulmasıdır. Söz konusu sistem Fransa başta olmak üzere Avrupa'nın bazı ülkelerinde uygulanmıştır. İkincisi ise, ilk başta devlet destekli "*Karşılıksız Çeklerde Sigorta Fonu*"nun kurulması fikridir. Bu fikir Türk sigortacılık tarihinde 2012 yılında ileri sürülmüşse de üzerinde durulmamış ve nihayetinde başarıya ulaşamamıştır. Oysa bu konunun akademik düzeyde işlenerek gelişmiş ülke uygulamaları ya da yeni bir başlık altındaki görüşler doğrultusunda konuyla ilgili mevzuatın güncellenmesi yapılmış olsaydı, günümüzde yaşanan karşılıksız çeklere ilişkin sorun çözülmüş olabilirdi. Bu bağlamda ilgili birimlerin bir araya gelerek karşılıksız çek konusunda kalıcı bir çözüm üretmeleri gerekir. Bunun için ise öncelikle akademik çevrelerin görüş ve bildirimleri gündeme alınmalı bunlardan çıkan sonuçlar etrafında gerekli mevzuat değişikliğinin yapılması gerekecektir. Bu konunun garanti sisteminden ziyade sigorta sistemi ile çözülmesi ideal hukuk normlarına daha yakın bir öneri olabileceği kanaatindeyiz.

² Sigorta tanımı için bkz. AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hüseyin, **Sigorta Hukuku Ders Kitabı**, Cilt I, Ankara, 2018, s. 50; YAZICIOĞLU, Zehra / ŞEKER ÖĞÜZ, Emine, **Sigorta Hukuku**, İstanbul, 2019, s. 1; Sigorta kelimesinin diğer bir anlamı da "güvence" olarak anılmaktadır. Bkz. UYGUN, Dilara, **Sigortacılık, Özel Sigorta ve Sosyal Sigorta**, Umut Dağıtım Yayınları, İstanbul, 2018, s. 10.

II. ÇEKLERİN GARANTİ EDİLMESİ SİSTEMİNİN OLUŞTURULMASI

Çeklerin garanti edilmesi denildiğinde akla ilk önce teyitli veya garanti edilmiş çekler gelmektedir. Bilindiği gibi, bankalar, kambiyo ilişkisine girmeden, borçlar hukuku kapsamında çeklerin ödenmesini üzerine alabilmektedirler. Zira ile bunu yasaklayan herhangi bir kanun hükmü yoktur³. Dolayısıyla bankalar, borcun nakli, garanti veya kefalet sözleşmeleri⁴ gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüt yollarından biriyle çek bedelinin ödenmesini üstlenerek taahhüt edebilirler⁵. Bu taahhütler kambiyo ilişkisinden bağımsız olarak tamamen borçlar hukuku hükümlerine tabi tutulmaktadır⁶.

Teyitli çeklerde, tıpkı teminat mektuplarında olduğu gibi⁷, banka tarafından çekin lehtarına çek karşılığının bloke edilerek çekin ödenmesi garanti altına alınmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus bankanın bir çeki kabul etmesi ile çekin teyit edilmesinin aynı anlamı taşımadığıdır. Ayrıca banka tarafından verilen taahhüdün kabulün sonuçlarını doğurmaması ve az önce de ifade edildiği gibi, kambiyo taahhüdü niteliğini taşıması gerekir⁸. Bankanın bir çeki kabul etmesiyle banka çekin sadece kambiyo ilişkisi gereği muhatabı olmaktadır (TTK m. 782/1). Bununla birlikte, kabul edilmiş çekin teyit edilmesinde ise, keşidecinin ilgili bankadaki çek hesabı nezdinde çek

³ ÖZTAN, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 1997, s. 1127; BOZKURT, Tamer, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 146; KINACIOĞLU, Naci, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 1999, s. 275.

⁴ Her iki sözleşme şahsi teminat sözleşmelerinden olmakla birlikte, aralarında belirgin farklılıklar vardır. Konuyla ilgili detaylı bilgiler için bkz. TURAN, Gamze, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 66, s. 29 vd.

⁵ ÖZTAN, 1997, s. 1127; REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek**, 3. Baskı, Ankara 2003, s. 138 (Türk Hukukunda); KINACIOĞLU, 1999, s. 275.

⁶ ÖZTAN, 1997, s. 1127; KINACIOĞLU, 1999, s. 275.

⁷ Doktrinde temin mektuplarına yönelik çeşitli tanımlar yer almaktadır. Tekinalp'e göre: “banka teminat mektupları ile bankanın, müşterisinin istemi üzerine müşterisiyle herhangi bir hukuki ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye, müşterisinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya herhangi bir edimin ifa edilmemesi ile alakası olmadan, sadece korkulan bir olayın vuku halinde belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı garanti ettiği sözleşmedir” TEKİNALP, Ünal, **Banka Hukukunun Esasları** (Yeniden Yazılmış İkinci Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 51; BARLAS, Nami, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986. s. 8; REİSOĞLU, Seza, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2003. s. 36 (Banka Teminat Mektupları); BAŞARA, İzzet, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği”, **TBB Dergisi**, Sayı: 83, 2009, s. 305 vd.

⁸ DURGUT, Ramazan, “Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi” **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 80, Sayı: 3, s. 991.

ibrazında karşılığının olmaması durumunda dahi, bankanın, gerekirse keşideciye kredi tesis ederek çekin lehtarına her halükarda ödeme yapılacağı teminat altına almaktadır. Bu durumda çek karşılığının, keşidecinin hesabında çekin keşidesi anında değil, çekin ibrazında bulunması gerektiğinden, çekin teyidinin talep edildiği anda çekin karşılığının olmaması sorun teşkil etmeyecektir⁹.

Bunun yanı sıra, yine benzer kavram olan garantili çekler de tıpkı teyitli çekler gibi bir çekin ödeneceğine yönelik oluşan güven ve inancın artırılması konusunda olumlu etkisi olan bir kurumdur. Hem teyitli hem de garantili çek banka tarafından taahhüde girildiğinden ve her iki kurumun aynı amaca hizmet etmelerinden dolayı bu kurumlar birbirlerine benzerlik göstermekte ve karıştırılmaktadır. Gerek teyitli çekin, gerekse de garantili çekin banka tarafından yapılması hususu 6102 sayılı TTK m. 696 hükmünde öngörülen kabul yasağı kapsamında mütalaa edilmediğinden ve bankanın söz konusu durumlarda her iki beyanın da kabul olarak nitelendirilmediğinden muhatabı kambiyo ilişkisine sokma kabiliyetini kesinlikle haiz olmamaktadır. Dolayısıyla hem teyitli hem de garantili çeklerde bankanın garantör olması kambiyo ilişkisi dışında genel hükümlerden kaynaklı bir durum olduğu da öğretide vurgulanmıştır¹⁰.

Çek karşılığının ödenmesi hususu teyitli çekle aynı mahiyette olduğundan garantili çek de zaten mevcut uygulamalarda kullanılmaktadır. Bu bağlamda, mevzuatta yer alan teyitli çek veya garantili çeklerde görüldüğü üzere tüm sorumluk çek keşidecinin borcunu üstelenen bankaya yüklemektedir. Oysa çalışma ile hedeflenen çek ilişkisinde her bir taraftan farklı olarak objektif bir zeminde karşılıksız çek riskinin paylaşılarak bertaraf edilmesidir. Tabii riskin paylaşılması durumunun yanı sıra çeklerin ödeme fonksiyonunun devam etmesine hanel de getirilmemesi hususu da gözetilmelidir. Bu bakımından garanti sisteminden ziyade, çek ilişkisinde hiçbir tarafa sorumluluk yüklenmeden bu ilişkiden bağımsız sigorta prensipleri ile, risk paylaşımını yine kendi primlerle oluşan fondan karşılanarak soruna bir çözüm yolu olabileceği düşüncesindeyiz.

⁹ AKAY, Hasan Onur, **Teyitli Çek**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 58-59.

¹⁰ TAMER Ahmet, "Teyitli (Karşılıklı, Bloke) Çek", **Bankacılar**, Yıl: 2013, Cilt: 24, Sayı: 87, s. 3 vd.

Bununla birlikte, Avrupa ülkelerinde, karşılıksız çek keşidesi fiillerini önlemek bakımından uygulanan “çeklerin garanti edilmesi sistemi” tedbir mahiyetinde bir sistem oluşturmuş, keşideciye çek defterini kullanması için tevdi etmiş bulunan banka, çekin bedelini, karşılığı olmasa da, Fransa, Danimarka ve İsveç’te belirli bir sınıra kadar, Avusturya, Federal Almanya, Hollanda gibi ülkelerde ise sınırın dışında kalan tutarları da ödemeyi taahhüt etmiştir¹¹.

Dönmezer tarafından ileri sürülen çeklerin garanti edilmesi sistemi ile, karşılıksız çek keşidesi suçlarını önlemek bakımından çok esaslı bir tedbir niteliğinde, bankaların her önüne gelene çek defteri vermelerini önleyerek uygun bir istihbarat sistemiyle kendilerine çek defteri verilecek olanların daha titiz bir incelemeden geçirilmesi gerektiği, ellerindeki çekleri kötüye kullanabilecek kişilerin eylemlerinin belirli bir ölçüde önlenmiş olacağı belirtilmiştir¹². Dönmezer’in fikirlerine elbette ki biz de katılmaktayız. Çek karnelerinin verilmesinde en çok sorumluluğun bankada olmasından dolayıdır ki, gereken araştırma aşamasında en çok hassasiyetin banka tarafından gözetilmesi doğal bir beklentidir. Gelişmiş toplumlarda da karşılıksız çek keşidesi suçları karşısında, cezaları arttırarak mücadele etmek yerine suçların işlenmesini sağlayan imkânları kontrol altına almaya çalışmak, bunun gibi, özellikle de çek hesabı açan, defterleri veren bankaların sorumluluklarını arttırıcı, kontrol mekanizması içinde onların etkin rol almalarını sağlayıcı yöntem geliştirmenin önemli tedbir olarak nitelendirilmesi konusuna da katılmaktayız¹³. Zira asıl amacın karşılıksız çek düzenleyenlerin cezalandırılma yöntemleri ile mahkemeleri işgal etmek olmadığı, tam aksine çek bedellerinin tahsilinin mümkün olduğunca sağlanmasına yönelik teşvik edici mekanizmaları tespit ederek uygulamaya geçirmek olduğundan, en önemli tedbir, bizim de katıldığımız görüşe göre, bankaların ilk adımı atarken titiz davranmalarını sağlamaktır¹⁴.

¹¹ DÖNMEZER, Sulhi, “Karşılıksız Çek”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2011, Cilt: 43, Sayı: 1-4, s. 307.

¹² DÖNMEZER, 2011, s. 307.

¹³ DÖNMEZER, 2011, s. 313.

¹⁴ DÖNMEZER, 2011, s. 323. Bankaların bu incelemeleri yeterli düzeyde olmadığından dolayı örneğin Avrupa ülkelerinde bankaya ağır sorumluluklar yüklenmektedir. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. SEVİĞ Veysi, “*Karşılıksız çekte sigortalı önlem önerisi*” İstanbul Ticaret Odası,

Çeklerin garanti edilmesi sisteminde görülüşü üzere bankalar her hâlükârda yine büyük sorumluluk altına girmektedirler. Bankalar çek keşideci müşterisine çek defterlerini (karneleri) teslim ederken belirli araştırmalardan geçirmekle birlikte bu kişilerden teminat talep etmektedirler. Ayrıca bankalar yasal bir zorunluluk sonucunda keşideci tarafından banka nezdindeki çek hesabında yatırılan tutara bloke koyarak çek lehtarına ödeme konusunda garanti sağlamış olmaktadır. Zira Dönmezer'in ileri sürdüğü ve karşılıksız çek keşidesi suçlarını önlemek bakımından çok esaslı bir tedbir olarak nitelendirdiğı söz konusu sistem Fransa'da uzun yıllar uygulanan sistemdi. Bu sisteme göre öncelikle bankalar her çek hesabı talep eden müşterisine çek karnesini vermeden önce kendisi olası risklerde çekin bedelinin tamamını ödeme ihtimalini düşünerek iyice araştırmadan geçirmesi gerekecekti. Bununla keşideciye çek defterini veren banka, kendi üzerine çekilmiş bulunan çekin bedelini, karşılığı olmamış dahi olsa, ödemeyi taahhüt etmiş olacaktı. Bu sistemin kanımızca eleştiriye maruz kalacak tarafı tüm sorumluluğun bu sefer banka üzerinde bırakılması olduğundan yine objektiflikten uzak olmasıdır. Titiz davranmaları gereğı bankalar tarafından gerekli araştırmaları yapılarak her çek talep edene çek karnesinin verilmemesi, bunun yanı sıra diğeri önleyici tedbirlerin alınması gerekliliğı görüşüne tamamen katılmakla birlikte, yukarıdaki açıklamalarla da açıklamaya çalıştığımız gibi, tüm sorumluluğı bankalara yüklemekle sorunun hallolmayacağıının bir kez daha belirtilmesinde yarar vardır. Bu bakımından garanti sisteminden ziyade, çek ilişkisinde her bir tarafın gerekli hassasiyetinin aranmasının yanı sıra, bu duruma ek olarak karşılıksız çıkan çekin tüm külfetinin hiçbir tarafa tek başına katlanma sorumluluğı yüklenmeden bu ilişkiden bağımsız, sigorta prensipleri ile, risk paylaşımını yine kendi primlerle oluşan fondan karşılanarak soruna çözüm yolunun üretilebileceğı fikrindeyiz. Tabii ki kötü niyetli davranışların bu durumda da önlenmesi adına yine bankaların fizibilite çalışmalarının elzem olacağını unutmamak gerekir.

https://www.itohaber.com/haber/guncel/202242/karsiliksiz_ceke_sigortali_onlem_onerisi.html (erişim tarihi 13.10.2021)

III. KARŞILIKSIZ ÇEKLERDE SİGORTA FONU'NUN KURULMASI

Çeklerin garanti edilmesi sisteminin oluşturulması fikri günümüz imkânları ile net bir şekilde soruna çözüm olabileceğini düşünmüyoruz. Zira riskin objektif anlamda tam paylaşılması bu sistemde görülmemektedir. Karşılıksız çeklerde muhtemel risk faktörü, keşidecinin ilgili bankadaki çek hesabı nezdinde karşılıksız kalan meblağın ödenmemesidir. Bu riskin meydana gelmesini en aza indirmek için Dönmezer'in belirttiği gibi çek karnesi verilmeden ilgili banka tarafından titiz çalışılarak istihbarat çalışmalarının yürütülmesi gerekir. Ayrıca günümüzdeki uygulamalar gereği Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi (TBBRM) tarafından karşılıksız çek düzenleyenlerin güncel dönem ile geriye dönük son 10 yıl içindeki döneme ait kredi limiti ve kredi riskine yönelik bilgileri doğrultusunda takibi sağlanmalıdır. Bu takip sayesinde, henüz kambiyo ilişkisine girmeden, önleyici mahiyette alınacak bir tedbir olarak ileride muhtemel yaşanabilecek risklerin gerçekleşmesinin önüne bir nebze geçilebilir.

Bununla birlikte, önleyici tedbirler alınsa dahi, yine de sübjektif risklerin yanı sıra piyasa koşullarından kaynaklı objektif risklerin (pandemi, doğal afetler vs.) de yaşanması muhtemeldir. Dolayısıyla çekin oluşturduğu üçlü ilişkide hiçbir tarafa ağır sorumluluk yüklenmemesi ve birer basiretli tacir gibi daha tedbirli davranma adına riskin paylaşılarak olası zararların giderilmesi yoluna başvurulmalıdır. Konuyla ilgili asıl çözüm yolunun Garanti Sigorta Fonu¹⁵, Ücret Garanti Fonu¹⁶ veya diğer fonlar gibi Karşılıksız Çek/Ticari Alacak Fonu şeklinde Karşılıksız Çeklerde Sigorta Fonu'nun

¹⁵ Söz konusu fon ile: Plakası tespit edilemeyen araçların vermiş olduğu bedeni zararlar, zorunlu mali mesuliyet (trafik) sigortası olmayan araçların vermiş olduğu bedeni zararlar, zorunlu mali mesuliyet (trafik) sigorta poliçesindeki teminat tutarlarına ilişkin artış zeyilnamesi olmayan araçların vermiş olduğu bedeni zararlar, çalınmış veya gasbedilmiş motorlu bir aracın kazaya neden olması halinde meydana gelen bedeni zararlar ile mali bünye zafiyeti nedeni ile bütün dallarda ruhsatı iptal edilmiş veya iflas etmiş sigorta şirketlerinin zorunlu mali mesuliyet (trafik) sigortası kapsamında ödemekle yükümlü olduğu maddi ve bedensel zararların Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı'nın kaza tarihinde geçerli zorunlu mali mesuliyet (trafik) sigorta poliçesinin teminat limitleri ve zarar verenin kusur orandaki sorumluluğu sınırlı olmak üzere başvurabilen bir fondur. http://www.ozgursigorta.com.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=51:garanti (erişim tarihi 14.10.2021)

¹⁶ Sigortalıların işverenin iflas ve benzer nedenlerle ödeme aczine düştüğü durumlarda geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarının ödenmesi amacı ile oluşturulan fondur. Bu fon, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin yıllık toplamının yüzde birinden elde edilen gelirlerden oluşmaktadır. Bkz. <https://www.iskur.gov.tr/is-arayan/issizlik-sigortasi/ucret-garanti-fonu/> (erişim tarihi 14.10.2021)

oluşturulması yoluna da gidilebilir. Bu fon ile tıpkı ihracat kredi sigortası programlarında¹⁷ olduğu gibi ticaret erbabının karşılıksız çekten doğacak alacaklarını, ticari risklerin yanı sıra, politik ve doğal afetten kaynaklanan risklere karşı da teminat altına alma hedeflenmelidir¹⁸. Primlerin tahsili usulü de yine yukarıda bahsedilen öneriler doğrultusunda yapılması uygun olur. Bu bağlamda gerekirse başlangıçta devletin doğrudan ve dolaylı destekleri (çekle yapılan ticarete belirli vergi muafiyetlerin tanınması, işçi maaşlarındaki destekler vs.) ile nakit para yerine çekle ödeme konusunda teşvikler düşünülebilir. Daha detaylı açıklayacak olursak, olağan üstü sebeplerden olan örneğin pandemi vs. gibi durumlarda aslında ödeme güçlüğüne düşen ve çeklerin karşılıksız olmasına sebep olan durum hükümetlerin almış olduğu (sokağa çıkma yasağı, saat sınırlamaları vs. sebepler sonucunda ticari faaliyetler tam gerçekleştirilememektedir) kısıtlama kararlarıdır. Bu durum da taraflara yüklenemeyen politik riskleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla politik riskler açısından duruma bakıldığında, burada karşılıksız çek sigortası bir sosyal sigorta olduğu yönünde bir algı uyandırabilir. Zira devletin sosyal devlet kuramı¹⁹ gereği ekonominin ayakta tutulabilmesini teşvik etme ve kamu yararı amacına uygun olması adına ticaret erbabına destek çıkması gerekir. Bununla birlikte, ilk başta her ne kadar devlet tarafından destek çıkılsa da, sadece bu yönüyle politik risklerin ve dolayısıyla karşılıksız çek sigortasının bir sosyal sigorta oluşu anlamı çıkarılmamalıdır. Buradaki amaç karşılıksız çek sigortasının hem ticarî hem de politik riskler bakımından bir bütün olarak ele alınması ve özel bir sigorta olarak algılanması gerekir. Burada politik riskler dolayısıyla uğranılan zararların ilk başta devlet tarafından desteklenmesi karşılıksız çek sigortası fonunun kurulmasının ilk yılında konuyla ilgili yetkilendirilecek kurum ve kuruluşun malî yapılarının bir önlem olarak desteklenmesi kastedilmektedir. Zira karşılıksız

¹⁷ <https://www.eximbank.gov.tr/tr/urun-ve-hizmetlerimiz/alacak-sigortasi/orta-ve-uzun-vadeli-alacak-sigortasi/spesifik-ihracat-kredi-sigortasi> (erişim tarihi 14.10.2021)

¹⁸ İhracatçılara sadece 2020 yılı için sağlanan sigorta desteği 17,1 milyar Dolar tutarında gerçekleşmiştir. Bkz. <https://www.eximbank.gov.tr/tr/rakamlarla-biz> (erişim tarihi 14.10.2021)

¹⁹ AYDIN, M. Kemal/ ÇAKMAK, Eyüp Ensar, “Sosyal Devletin Temelleri”, **Bilgi** (34), Yıl: 2017, s. 4 vd. (s. 1- 19); BULUT, Nihat, “Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Yıl: 2001, s. 324 vd.

çeklerde meydana gelecek zarar kurulacak fonda ilk dönemde bütçe bakımından külfet getirebilecektir²⁰.

Bu bağlamda fonun sermayesinin sağlanması konusunda başlangıçta devlet destek programlarının yanı sıra her bir çek ilişkisinde, risk faktörünün olup olmadığına bakılmaksızın, çek karnesi konusunda yapılacak tüm başvurularda belirli oranda prim tahsiline gidilmesi gerekir. Ayrıca bu primin tahsilinde birkaç kıstasa dikkat edilmesi de gerekecektir. Bu kıstasları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Prim oranının belirlenmesinde risk faktörünün doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Zira yüksek risk faktörü taşıyan kişilerin standart primin yanı sıra yüksek riskli primin de ilaveten eklenmesi yoluna gidilmelidir.

- Primlerin maktu bir prim olmasından ziyade çek tutarının belirli oranında olması da önem arz etmektedir. Dolayısıyla tıpkı kasko sigortasında olduğu gibi araçların bedelleri oranında primlerin belirlenmesine gidildiği gibi, burada da çek tutarlarının yazıldığı oranda çek keşidecilerinin prim oranları düzenlenmelidir. Zira sigorta değeri ile doğru orantıda primlerin belirlenmiş olmasına yönelik uygulama sigortacılık mantığı ile de bağdaşacaktır. Bunun yanı sıra, yine kasko sigortalarında olduğu gibi kazaya karışan sigorta ettirenlerin prim oranlarının daha yüksek dilimden hesaplanması gerektiği kuralı, çek düzenleyenler (keşideciler) için de çok yüksek riskli veya çek düzenlemeden yasaklı olarak nitelendirilmesi gerekeceğinden dolayı, karşılıksız çekler için de benimsenmelidir. Gerekirse de bu kişilere çek karnesinin hiç verilmemelidir.

- Prim tahsilinin, her ne surette olursa olsun, ilk defa başvuran kişiler bakımından da gerçekleştirilmesi gerekir. Dolayısı ile bu kişilerden de, hiçbir risk faktörü oluşturmaları bile, TBBRM tarafından kayda alınarak belirli kredi limitleri ve çek tutarları oranında, başlangıç primi yatırılmasının zorunlu olarak tahsili sağlanmalıdır.

²⁰ Örneğin 15.02.1999 tarihli Bağımsız Deneticiler Raporu'nda, Türk Eximbank'ın üstlendiği politik risklerden doğacak zararların ödenmesi amacıyla, 1997 yılı içerisinde Hazine'den 15.038.841,00 TL'sını özel görev hesapları aracılığı ile Türk Eximbank'a aktarılmıştır (1 ABD Doları=119,580 TL). Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. AKSOY, Nazım: **İhracat Kredi Sigortasının Azerbaycan Hukukuna Uygulanabilirliği (Türk Eximbank Modeli)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 62, 73 dn. 258.

Bunların yanı sıra yine çekle yapılan ödemelere ilişkin şu öneriler ileri sürülebilir:

- Karşılıksız çıkan çeklerde hapis cezası her çek için olmamakla birlikte, kötü niyetli kişilerin keşide ettikleri çeklerde çeklerin karşılıksız çıkması ile bu durum dolandırıcılık suçu kapsamında nitelendirilerek hapis cezasına mahkûmiyetine ilişkin düzenlemeler yapılmalı. Organize işlenmesi halinde ise suçun ağır şekli ile cezalandırılması ve ayrıca ticaretten menedilmesine yönelik hükümler kanunlara ilave edilmelidir. Bu konuda esas amaç yaptırımın caydırıcılığına odaklanmalı ve karşılıksız çeki ödeme potansiyeli olan birinin ödenmesini teşvik edecek düzenlemeler getirilmelidir.

- Çeklerde yapılacak ödemelerde, çeklerin asıl fonksiyonu da dikkate alınarak, vadelere belli sınırlamalar getirilmeli. Bilindiği üzere yakında yürürlüğe girmesi planlanan elektronik çek kanunu ile çekteki ibraz süreli coğrafi konumuna bağlı olmadan tek bir süre ile sınırlandırılacaktır. Konuyla ilgili yapılacak düzenlemenin TTK ve ÇekK'daki hükümlerle de paralellik arz etmesi için güncellenmesi gerekir.

- Bankalar çek karnesi verirken Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi (TBBRM) tarafından güncel dönem ile geriye dönük son 10 yıl içindeki döneme ait kredi limiti ve kredi riskine yönelik bilgilere ilaveten, işletmenin yanı sıra, keşidecinin şahsi mallarının da sorumluluk kapsamında daha geniş platformda araştırması yapılarak çek karnelerini vermeli. Buna yönelik raporlar daha detaylı olmalıdır.

- Bankaların karşılıksız çekler için bankalarca ödenen belirlen maktu rakamlara yönelik düzenleme güncellenerek çek tutarları oranında her bir çek yaprağı için ödediği miktar tekrar gözden geçirilmeli²¹.

SONUÇ

Sonuç olarak Hazine Müsteşarlığı, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Sigorta Birliği (TSB), Bankalar Birliği (TBB) ve Kredi Kayıt Bürosu karşılıksız çek

²¹ Benzer yönde görüşleri için bkz. https://www.itohaber.com/haber/guncel/202242/karsiliksiz_cke_sigortali_onlem_onerisi.html (erişim tarihi 14.10.2021)

sorununa sigorta sisteminin işleyebilmesi için bir fon oluşturmalı. Bu fon, öncelikle devlet tarafından olağanüstü sebeplerle meydana gelebilecek çalkantılı dönemlerde alınacak kısıtlama kararlarına, diğer bir ifade ile, politik riskler kapsamında nitelendirilmeli ve karşılıksız çeklerin belirli tutarları (%70-80) oranında devlet tarafından destek verilmelidir. Dolayısıyla sistemin işleyişi bakımından tıpkı ihracat kredi sigortası gibi başlangıçta devlet destekli bir fon oluşturulmalı, bu fonun kendini finanse edecek hale geldiğinde ise artık devlet desteğine ihtiyaç duyulmadan ilerlemesi sağlanmalıdır. Bununla birlikte, çek ilişkilerinde belirli prim tüm çeklerde zorunlu hale getirilmelidir. Çek karnesi verilmeden önce titiz araştırmalardan geçirilmeli ve keşidecileri belirli risk gruplarına ayırmalı, gerekirse çek karnesinden yasaklılık kararları tüm bankacılık ağında ticari sır ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri kapsamında hassasiyetler gözetilmek kaydı ile bilgilere ulaşılmalıdır. Bunun gibi, hapis cezasının organize veya kötü niyetli durumlar için öngörülmesi ile birlikte, ticaretten menedilmesi yaptırımının da gündeme getirilmesi gerekir. Son olarak çekle olan ödemelerde işletmelerin ve gerçek kişilerin çekle gerçekleştirecek ödemelerinde ilgili teşviklerin olmasıyla birlikte, bu kişilerin sorumluluklarının sınırsız sorumluluk gereği şahsi sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerebilir. Bu kapsamda yukarıda bahsedilen tüm değişiklikler sigorta mevzuatının güncellenmesi ile mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

AKAY, Hasan Onur, **Teyitli Çek**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.

AKSOY, Nazım, **İhracat Kredi Sigortasının Azerbaycan Hukukuna Uygulanabilirliği (Türk Eximbank Modeli)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.

AYDIN, M. Kemal / ÇAKMAK, Eyüp Ensar, “Sosyal Devletin Temelleri”, **Bilgi** (34), Yıl: 2017, (s. 1- 19).

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hüseyin, **Sigorta Hukuku Ders Kitabı**, Cilt I, Ankara, 2018.

- BARLAS, Nami, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986.
- BAŞARA, İzzet, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği”, **TBB Dergisi**, Sayı: 83, 2009, (s. 302-317).
- BOZKURT, Tamer, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, 2017.
- BULUT, Nihat, “Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Yıl: 2001, (s. 321-335).
- DÖNMEZER, Sulhi, “Karşılıksız Çek”, **Journal of Istanbul University Law Faculty**, 2011, Cilt: 43, Sayı: 1-4, (s. 302-324), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9090/113601>, (erişim tarihi 14.10.2021).
- DURGUT, Ramazan, “Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi” **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 80, Sayı: 3, (s. 985-1004).
- KINACIOĞLU, Naci, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 1999.
- ÖZTAN, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 1997.
- REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek**, 3. Baskı, Ankara, 2003. (Türk Hukukunda)
- REİSOĞLU, Seza, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2003. (Banka Teminat Mektupları)
- SEVİĞ Veysi, “*Karşılıksız çeke sigortalı önlem önerisi*” İstanbul Ticaret Odası, https://www.itohaber.com/haber/guncel/202242/karsiliksiz_ceke_sigortalı_onlem_önerisi.html, (erişim tarihi 13.10.2021).
- TAMER Ahmet, "Teyitli (Karşılıklı, Bloke) Çek", **Bankacılar**, Yıl: 2013, Cilt: 24, Sayı: 87, (s. 3 – 17).
- TEKİNALP, Ünal, **Banka Hukukunun Esasları** (Yeniden Yazılmış İkinci Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

TURAN, Gamze, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 66, (s. 27-50).

UYGUN, Dilara, Sigortacılık, **Özel Sigorta ve Sosyal Sigorta**, Umut Dağıtım Yayınları, İstanbul, 2018.

YAZICIOĞLU, Zehra / ŞEKER ÖĞÜZ, Emine, **Sigorta Hukuku**, İstanbul, 2019.

http://www.ozgursigorta.com.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=51:garanti,
(erişim tarihi 14.10.2021)

<https://www.iskur.gov.tr/is-arayan/issizlik-sigortasi/ucret-garanti-fonu/>
(erişim tarihi 14.10.2021)

<https://www.eximbank.gov.tr/tr/urun-ve-hizmetlerimiz/alacak-sigortasi/orta-ve-uzun-vadeli-alacak-sigortasi/spesifik-ihracat-kredi-sigortasi> (erişim tarihi 14.10.2021)

https://www.itohaber.com/haber/guncel/202242/karsiliksiz_cke_sigortali_onlem_onerisi.html
(erişim tarihi 14.10.2021)

https://www.itohaber.com/haber/guncel/202242/karsiliksiz_cke_sigortali_onlem_onerisi.html
(erişim tarihi 14.10.2021)

**LİMİTED ŞİRKETTE MÜDÜRLERİN YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNİN
MAHKEME TARAFINDAN KALDIRILMASI VE SINIRLANDIRILMASI
HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME**

*AN ASSESSMENT ON THE REMOVAL AND LIMITATION OF THE MANAGEMENT AND
REPRESENTATION AUTHORITY OF DIRECTORS IN A LIMITED LIABILITY COMPANY BY THE
COURT*

Hakemli Makale
Raziye AKSU ÖZKAN*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	298
I. LİMİTED ŞİRKETTE MÜDÜRLERİN YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNİN MAHKEME TARAFINDAN KALDIRILMASI VE SINIRLANDIRILMASI.....	299
A. Genel Olarak.....	299
B. Hükümün Amacı.....	300
C. Koşulları.....	302
1. Dava Açılması.....	302
a. Genel Olarak.....	302
b. Davanın Tarafları.....	303
aa. Davacı.....	303
bb. Davalı	309
c. Görevli ve Yetkili Mahkeme	313
2. Haklı Sebebin Varlığı.....	314
a. Haklı Sebep Kavramı	314
b. Haklı Sebep Örnekleri.....	320
aa. Genel Olarak	320

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1093885

Makalenin Geliş Tarihi: 26.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 27.04.2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: raziyeozkan@sdu.edu.tr

ORCID: 0000-0003-2245-863X

Bu çalışma Araştırma ve Yayın Etiği'ne uygun olarak hazırlanmıştır.

bb. Yükümlülüklerin Ağır Şekilde İhlali	320
cc. Şirketin İyi Yönetimi İçin Gerekli Yeteneğin Kaybı.....	324
D. Mahkemenin Kararı	325
II. MÜDÜRLERİN YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNİN MAHKEME TARAFINDAN KALDIRILMASI KARARININ MÜDÜRÜN TAZMİNAT HAKKINA ETKİSİ.....	327
SONUÇ	330
KAYNAKÇA.....	333

ÖZ

Bu çalışmada, limited şirkette müdürlerin yönetim ve temsil yetkisinin mahkeme tarafından kaldırılması ve sınırlandırılması durumu incelenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 630/2 uyarınca her ortak, haklı sebeplerin varlığında, yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilir. Buna göre, çalışmada öncelikle hükmün amacı belirlenmiş ve TTK m. 630/2'nin bu amaç açısından yerindeliği incelenmiştir. Ardından TTK m. 630/2'ye başvurmanın ilk koşulu olarak belirlenen “dava açılması” kısmında davanın tarafları ile görevli ve yetkili mahkeme ele alınmıştır. Mahkeme tarafından, müdürün yönetim veya temsil yetkisini kaldırmasının veya sınırlandırılmasının koşulu, haklı sebebin bulunmasıdır. Bu sebeple, ikinci koşul “haklı sebebin varlığı” olarak tespit edilmiştir. Bu kısımda, haklı sebep kavramı ve haklı sebep örnekleri irdelenmiştir. Son olarak, mahkeme tarafından görevden alınan müdürün tazminat haklarının saklı olduğunu düzenleyen TTK m. 630/4'e değinilmiştir. Bu değerlendirmeler esnasında konuyla ilgili Yargıtay kararlarından ve İsviçre öğretisinde yer alan görüşlerden de yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Limited şirket, ortak, müdür, görevden alma, haklı sebep

ABSTRACT

In this study, the situation of abolishing and limiting the management and representation authority of the managers in a limited liability company by the court has been examined. Pursuant to article 630/2 of the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102, each partner may request from the court to abolish or limit the management right and representation powers of the managers in the presence of justified reasons. Accordingly, in the study, first of all, the purpose of the provision was determined and the appropriateness of Article 630/2 of the TCC was examined in terms of this purpose. Then, the first condition of applying to Article 630/2 of the TCC was determined as "to file a lawsuit" and the parties to the case and the competent and authorized court were discussed. The condition for abolishing or limiting the manager's management or representation power by the court is the existence of a just cause. For this reason, the second condition has been determined as "existence of just cause". In this section, the concept of just cause and examples of just cause are examined. Finally, Article 630/4 of the TCC, which regulates that the compensation rights of

the manager who has been dismissed by the court, are reserved. During these evaluations, the Supreme Court decisions on the subject and the views in the Swiss doctrine were used.

Keywords: Limited liability company, partner, director, dismissal, just cause

GİRİŞ

Limited şirkette yönetim ve temsil organı müdürlerdir [6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 623/1]. Müdürler şirket ortaklarından veya üçüncü kişilerden seçilebilir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (ETK) döneminde müdürün yönetim ve temsil yetkisinin kaldırılması açısından ortak olan ve olmayan müdür şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir: Buna göre ortaklara ait yönetim ve temsil yetkilerinin kaldırılması hakkında, kollektif şirkete dair 161¹ ve 162² nci maddeleri uygulanmıştır (ETK m. 543/1); ortak olmayan müdürün ise, genel kurul kararıyla her zaman azlolunabileceği düzenlenmiştir (ETK m. 543/2). TTK’de ise, bu şekilde bir ayrıma gidilmeksizin müdürlerin görevden alınması tek bir maddede düzenlenmiştir³. TTK m. 630 bağlamında

¹ Ortak olan müdür, şirket sözleşmesi ile atanmışsa onun idare, hak ve vazifesi diğer ortaklar tarafından tahdit olunamayacağı gibi kendisi azil dahi olunamaz (ETK m. 161). İdareci ortakların veya diğerlerinin muhalefeti sebebiyle şirket sözleşmesinin değiştirilmesi mümkün olmamışsa, muhik sebepler mevcutsa, ortaklardan birinin talebi üzerine mahkeme kararı ile idare hak ve vazifesi tahdit veya nez’olunabilir (ETK m. 161/2). İnceleme için bkz. ARSLANLI, Halil / DOMANIÇ, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler (TTK m. 475-484) Limited Şirketler (TTK m. 503-556)**, Temel Yayınları, İstanbul, 1989, s. 687; YILDIZ, Şükrü, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 248.

² ETK m. 162 uyarınca, “İdare işleri, şirket mukavelesi yapıldıktan sonra ittihaz edilen bir kararla bir ortağa verilmişse o ortak, ortakların ekseriyeti ile azledilebilir.”. Hükmün incelenmesi için bkz. Bkz. ARSLANLI / DOMANIÇ, 1989, s. 687.

³ İsviçre Borçlar Kanunu [Obligationenrecht (OR)] Art. 815/1 uyarınca, genel kurul seçmiş olduğu üyeleri, ortak veya üçüncü kişi olmasına bakılmaksızın, her zaman geri alabilir. Buna karşılık, kanun ya da şirket sözleşmesi kapsamında göreve gelen müdürler genel kurulu kararıyla görevden alınamazlar. Bkz. SIFFERT, Rino / FISCHER, Marc Pascal / PETRIN, Martin, **GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008, Art. 815 N. 1; GASSER, Urs / EGGENBERGER, Christian / STÄUBER, Richard, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (der. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), Orell Füssli Verlag, 3. Basım, Zürich, 2016, Art. 815 N. 3; FEUZ, Christoph, **Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH**, (der. Peter Forstmoser), Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2017, § 16 N. 505; WATTER, Rolf, **Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR**, (der. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/WATTER, 2016, Rolf), 5. Basım, Helbing Lichtenhahn, Zürich, 2016, Art. 815 N. 5; KRATZ, Brigitta, **GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR und BEG**, (der. Riberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf), 3. Basım, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2016, Art. 815 N. 1.

müdürlerin yönetim ve temsil yetkisi, genel kurul kararıyla veya haklı sebeplerin varlığında ortağın başvurusu üzerine mahkeme kararıyla kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir⁴. Bu bağlamda bu çalışmada, ortaklara tanınan bu dava hakkı incelenecektir.

I. LİMİTED ŞİRKETTE MÜDÜRLERİN YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNİN MAHKEME TARAFINDAN KALDIRILMASI VE SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

TTK m. 630/2 uyarınca her ortak, haklı sebeplerin varlığında, yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilir. Hükümde açıkça “görevden alınma” kavramına yer verilmeyişi müdürün görevden alınmasında bu hükmün uygulanmayacağı anlamına gelmez⁵. Nitekim hükmün kenar başlığı “Görevden alma, yönetim ve temsil yetkisinin geri alınması ve sınırlandırılması”dır⁶. Uygulamada da TTK m. 630/2’ye genellikle müdürün görevden alınması amacıyla başvurulmaktadır.

⁴ Hükmün kolektif şirketlere ilişkin TTK m. 219 ile paralellik arz ettiği hususunda bkz. BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 15. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 428; söz konusu imkânın limited şirketi, şahıs şirketine yaklaştıran bir özellik olduğu hususunda bkz. KAYA, Ali, “Limited Şirket Müdürünün Haklı Sebeple Mahkeme Kararıyla Azli ve Azlin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 16, Sayı: 191, s. 5097; AKDENİZ, Umut, **Limited Şirketlerde Müdürün Görevden Alınması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 43.

⁵ YILDIZ, 2007, s. 249; YILDIRIM, Ali Haydar, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s. 210 dpn. 751; KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Temsili**, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 111; KAYA, 2018, s. 5098; SEVİ, Ali Murat, “Limited Şirkette Müdürün ve Diğer Yöneticilerin Yönetim ve Temsil Yetkilerinin Mahkemece Kaldırılması veya Sınırlandırılması”, (der. Aışkan, Murat/Mersin, Bilge Utkan/Sarıkaya, Sinan), **Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu** (Tebliğler-Tartışmalar, 19 Haziran 2019), On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 424; AKDENİZ, 2021, s. 41.

⁶ Madde kenar başlığında geçen “görevden alma” ile “yönetim ve temsil yetkisinin geri alınması” aynı anlama gelmektedir. Bu açıdan sadece “görevden alma” kavramının kullanılması gerekir. Aynı yönde bkz. YAVUZ, Mustafa, “Limited Şirketlerde Müdürlerin Mahkeme Kararıyla Azli”, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 282, s. 72; KAYA, 2018, s. 5098; SEVİ, 2020, s. 424; AKDENİZ, 2021, s. 41.

TTK m. 630/2, emredici bir düzenlemedir⁷. Bu sebeple, ortağın bu haktan önceden vazgeçmesi mümkün olmadığı gibi, ortaklık genel kurulu kararıyla bu hakkın ortağın elinden alınması mümkün değildir. Aksi takdirde böyle bir genel kurul kararı batıl olur⁸ (TTK m. 622; TTK m. 447). Keza bu hak, şirket sözleşmesiyle de kaldırılamaz.

B. Hükmün Amacı

Hükmün mehzarını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu⁹ [*Obligationenrecht* (OR)] Art. 815/2'nin gerekçesinde, düzenlemenin sorunlu durumlar için bir “güvenlik maddesi” (*Sicherheitsklausel für Problemfälle*) olarak tasarlandığı belirtilmiştir¹⁰. Bu sayede genel müdürler de genel kurulun rızası olmadan görevden alınabilecektir¹¹. Yönetim ve temsil yetkilerinin geri alınması veya sınırlandırılması davası, şirket organlarının işlevselliğini korumaya ve şirketin devamlılığını sağlamaya hizmet eder¹². Bu sebeple, haklı sebeple müdürlerin görevden alınması davasında şirket menfaati belirleyicidir. Başka bir deyişle, TTK m. 630/2 genel müdürlerin veya ortakların bireysel menfaatlerini korumak için tasarlanmamıştır¹³. Bu bağlamda, bu davada incelenmesi gereken, ilgili müdürün yönetim

⁷ ÇAMOĞLU, Ersin, “Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Emredici Niteliği”, **Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1978, s. 290; ŞENER, Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 777; SEVİ, 2020, s. 426; hükmün mehzarı açısından aynı yönde bkz. KRATZ, 2016, Art. 815 N. 5a; HANDSCHIN, Lukas / TRUNIGER, Christof, **Die GmbH**, 3. Basım, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2019, § 10 N. 94; WATTER, 2016, Art. 815 N. 3.

⁸ ŞENER, 2017, s. 777; YILDIRIM, 2008, s. 210; KAYA, 2018, s. 5107; AKINCI, Elif, **Limited Şirketlerde Müdürün Azli**, Sayram Yayınları, Konya, 2019, s. 105; AKDENİZ, 2021, s. 85.

⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht), <https://www.parlament.ch/de>, (erişim tarihi 28.09.2021).

¹⁰ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Handelsregister- und Firmenrecht) BBL 2002, s. 3217, Genossenschafts-, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/3148.pdf>, (erişim tarihi 28.09.2021).

¹¹ GASSER / EGGENBERGER / STÄUBER, 2016, Art. 815 N. 1.

¹² Botschaft, s. 3217; HANDSCHIN / TRUNIGER, 2019, § 10 N. 91; aynı yönde bkz. Urteil 4A_8/2014 des Bundesgerichts vom 06. Juli 2014; Urteil 4A_693/2015 des Bundesgerichts vom 11. Juli 2016. Kararlar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/recherche/search/new>, (erişim tarihi 26.09.2021).

¹³ HANDSCHIN / TRUNIGER, 2019, § 10 N. 91; FEUZ, 2017, § 16 N. 506; KRATZ, 2016, Art. 815 N. 2; PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi, C. IV**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, § 67 N. 83; KANDIRALIOĞLU CUYLAN, Pınar Çağla, “Müdürlerin Haklı Sebeplerin Varlığı Halinde Azli veya Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 16, Sayı: 2, s. 74.

ve temsil yetkisinin korunmasının şirketin amacına ulaşmasını sağlamayı hala mümkün kılıp kılmadığıdır¹⁴.

Ortaklara tanınan bu hak sayesinde çoğunluk gücü de sınırlandırılmaktadır¹⁵. Zira TTK m. 630/2'ye başvurulmaksızın müdürlerin görevden alınabilmesi için ortaklar genel kurulunun kararı gereklidir (TTK m. 630/1). Bu karar açısından karar yetersayısı toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğudur (TTK m. 620). Dolayısıyla müdürün görevden alınmasını isteyen ortak, TTK m. 630/2 olmasaydı, çoğunluk paya sahip ortakların iradesine tâbi olacaktı¹⁶. Oysa TTK m. 630/2'de ortağın başvurusu üzerine mahkeme, haklı sebepler varsa, çoğunluk istemese bile, ortaklık iç ilişkilerine kanundan dolayı müdahale etmektedir. Bu sebeple hüküm, çoğunluğun hâkimiyetini sınırlayan, çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasını engelleyen bir fonksiyona sahiptir. Bu özelliği nedeniyle bu düzenlemenin, belirli durumlarda limited şirketin varlığının devamı için çok önemli olabileceği açıktır¹⁷. Özellikle ortaklardan birinin müdür vasfını taşıdığı iki kişilik limited şirketlerde olduğu gibi münferiden her ortağa sağlanan bu hakkın kullanılması ile yönetim krizinin aşılması mümkün hâle gelir¹⁸.

Kanaatimizce TTK m. 630/2, şirketin devamlılığını sağlamak ve çoğunluk gücünün sınırlandırılması açısından işlevsel bir düzenleme değildir. Zira haklı sebeplerin varlığında mahkeme müdürü görevden alacaktır; ancak mahkemenin görevden alınan müdür yerine yenisini atama yetkisi yoktur. Keza hükümde dava açan ortağa da müdür atama yetkisi verilmemiştir. Müdürü atama görevi yine genel kurul tarafından yerine getirilir (TTK m. 616/1-b). Dolayısıyla çoğunluk paya sahip ortakların istediği kişi müdür olacaktır. Bu durumda, daha önce TTK m. 630/1'e dayanarak müdürü görevden almayı tercih etmeyen genel kurul, doğaldır ki kendi menfaatlerine uygun bir müdür atar.

¹⁴ Kararlar için bkz. yuk. dpn. 12.

¹⁵ ŞENER, 2017, s. 777; ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 4. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 756; YILDIRIM, 2008, s. 210; TTK'deki hüküm, azınlığı koruyan bir düzenleme özelliği göstermektedir. Bkz. YILDIRIM, Ali Haydar, **6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 115.

¹⁶ ŞENER, 2017, s. 777; ŞENER, 2019, s. 756; YILDIRIM, 2008, s. 210.

¹⁷ SIFFERT / FISCHER / PETRIN, 2008, Art. 815 N. 5.

¹⁸ KAYA, 2018, s. 5108.

Böylece TTK m. 630/2'ye başvuran ortak açısından şirketin yönetim ve temsiline ilişkin aynı sorunlar devam edecektir. Genel kurulun daha önceki müdürle benzer niteliklere sahip bir müdür ataması durumu, ortağın haklı sebeple şirketin feshini istemesi yoluna başvurmasını sağlayabilir (TTK m. 636/3). Bu durumda mahkemenin duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüme karar verme yetkisi kapsamında mahkeme şirkete müdür de atayabilir. Bu bağlamda, kanaatimizce ortak açısından TTK m. 630/2'ye başvurmak yerine TTK m. 636/3 uyarınca şirketin haklı sebeple feshini istemek daha işlevsel olacaktır. Bunun yanı sıra, aynı sorun pay oranları eşit olan iki ortaklı ve ortaklardan birinin müdür olduğu limited şirketler açısından da geçerlidir¹⁹. Buna göre, müdür mahkeme tarafından görevinden alınsa bile, genel kurul yine müdür atayamaz. Dolayısıyla hükmün şirketin devamlılığını sağlamada bir çözüm üretmediği ortadadır.

C. Koşulları

1. Dava Açılması

a. Genel Olarak

TTK m. 630/2, her bir limited şirket ortağına dava açma hakkı tanımıştır. Mahkemeden istenen hukuki korumaya göre²⁰ dava çeşitleri kapsamında değerlendirildiğinde, TTK m. 630/2 uyarınca ortak tarafından açılacak dava bir inşâi yahut yenilik doğuran dava niteliğindedir²¹. Zira inşâi dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir²² [6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

¹⁹ PULAŞLI, 2022, § 67 N. 831.

²⁰ Mahkemeden istenen hukuki korunmaya göre dava çeşitleri “eda davası, tespit davası ve inşâi dava” şeklinde üçe ayrılır. Ayrıntılı inceleme için bkz. KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 315; KURU, Baki/AYDIN, Burak, **İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 139 vd; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema vd., **Medenî Usul Hukuku**, 7. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 292 vd; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler**, 15. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 159-16.

²¹ YILDIRIM, 2008, s. 210; POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 1718n; SEVİ, 2020, s. 436.

²² İnşâi davada dava konusu ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. ÖNEN, Ergun, **İnşâi Dava (İnşâi Hak-İnşâi Dâva-İnşâi Hüküm İnşâi Tesir)**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, 56 vd.

(HMK) m. 108/1]. Müdürün yetkilerinin sınırlandırılması talebi, mevcut hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesine; görevden alınması talebi mevcut hukuki durumu ortadan kaldırmaya yöneliktir. Keza TTK m. 630/2’de davacının (ortağın) tek taraflı iradesi ile müdürün görevden alınmasına izin verilmemiştir. Görevden alınma, ancak bir mahkeme kararıyla sağlanabilmektedir.

b. Davanın Tarafları

aa. Davacı

TTK m. 630/2’de haklı sebeplerin varlığı durumunda yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteme hakkı ortaklara verilmiştir. Bu hak herhangi bir oran şartı aranmaksızın, bireysel hak olarak tüm ortaklara tanınmıştır²³. Bu sebeple, haklı sebeplerin varlığı durumunda müdürün görevden alınması ve yetkilerinin sınırlandırılması davası açmak vazgeçilmez, sınırlanamaz ve ortağın elinden alınamaz, mutlak nitelikte bir ortaksal haktır²⁴. Bu dava, şirkette ortak sıfatını haiz herhangi bir kişi tarafından açılabilir. Ortak gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir²⁵. Dolayısıyla ortak sıfatına sahip müdür de haklı sebeplerin bulunması hâlinde diğer müdür veya müdürlerin görevden alınmasını mahkemeden isteyebilir. Buna karşılık ortak sıfatına sahip olmayan şirket alacaklıları veya şirket müdürü davayı açamaz²⁶.

Davacının, ortak sıfatına sahip olduğunu ispat etmesi gerekir. Bu açıdan şirketin tescil edildiği ticaret sicil memurluğundan ortaklık durumunu gösterir yazı, şirketin

²³ ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n; ÇAMOĞLU, Ersin, **Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 319; ŞENER, 2017, s. 777; YILDIRIM, 2008, s. 210.

²⁴ ŞENER, 2017, s. 777; ŞENER, 2019, s. 756; YILDIRIM, 2008, s. 210; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 111; KAYA, 2018, s. 5102; KANDIRALIOĞLU CUYLAN, 2017, s. 93; AKDENİZ, 2021, s. 85; AKINCI, 2019, s. 104-105.

²⁵ KAYA, 2018, s. 5107; “Limited şirketlerde her ortak haklı sebeplerin varlığı hâlinde yöneticilerin yöneticilik hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını mahkemeden isteyebilir. Bu anlamda davanın ortaklık sıfatına dayanılarak, gerçek kişi tarafından açılmasında usulsüzlük yoktur.” Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2014/1349, K. 2014/10635, T. 05.06.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

²⁶ ŞENER, 2017, s. 780; ŞENER, 2019, s. 756; YILDIRIM, 2008, s. 211; SEVİ, 2020, s. 436; AKINCI, 2019, s. 105; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 94; AKDENİZ, 2021, s. 119.

kuruluşunun veya pay devrinin tescilinin ilan edilmiş olduğu Ticaret Sicil Gazetesi sureti, şirketin pay defteri kayıtları²⁷ veya nama yazılı pay senetleri veya adi senet niteliğindeki pay senetleri önemli belgelerdir²⁸.

Ortak sıfatına sahip olma, bu davanın dinlenme şartı olup, davanın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar bu sıfatın korunması gerekir²⁹. Bu sebeple, dava esnasında davacının limited şirket ortağı sıfatını kaybetmesi durumunda davanın reddi gerekir³⁰. Zira burada dava paya bağlı olmayıp, ortak sıfatından doğmaktadır. Ayrıca ortak sıfatını yitiren bir kişinin, müdürün görevden alınması veya yetkilerinin sınırlandırılması davasına devam etmekte herhangi bir hukuki yararı bulunmaz³¹. Öğretide esas sermaye payının devri durumunda, payı devralanın bu davaya devam edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüş³² payı devralanın davaya devam edebilmesi gerektiği yönündedir. Zira kanun koyucu TTK m. 630/2'de müdürlerin görevden alınması veya yetkilerinin sınırlandırılması için, sadece ortaklarca haklı sebeple dava açılmasını istemektedir. Davanın açılması başka herhangi bir şarta bağlanmamıştır. Keza aksi varsayımda payı devralan kimse yeni bir görevden alma davasını yeniden ve derhal açabilir. Yeniden dava açmak yerine, eski ortak tarafından açılan davaya yeni ortağın devam edebileceğini kabul etmek HMK m. 30'da düzenlenen usul ekonomisi ilkesine uygundur³³. Aksi çözümün kabulü, şirketin de zararınadır. Çünkü haklı sebeple görevden alınabilecek bir müdür, ortağın payını devretmesi yüzünden daha uzun bir süre görevde kalabilecektir³⁴. Diğer görüş³⁵, esas sermaye payının devri hâlinde yeni ortağın davaya devam edemeyeceği

²⁷ SEVİ, 2020, s. 437.

²⁸ ŞENER, 2017, s. 780; ŞENER, 2019, s. 756; YILDIRIM, 2008, s. 211.

²⁹ YILDIRIM, 2008, s. 211.

³⁰ ŞENER, 2017, s. 781; YILDIRIM, 2008, s. 211; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 682; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 111; KAYA, 2018, s. 5109; AKINCI, 2019, s. 105; SEVİ, 2020, s. 437.

³¹ ŞENER, 2017, s. 781.

³² ŞENER, 2017, s. 781; ŞENER, 2019, s. 756; YILDIRIM, 2008, s. 211; KAYA, 2018, s. 5109; AKDENİZ, 2021, s. 122; AKINCI, 2019, s. 105.

³³ ŞENER, 2017, s. 781.

³⁴ YILDIRIM, 2008, s. 211.

³⁵ BİLGİLİ / DEMİRKAPI, 2013, s. 682; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 111; SEVİ, 2020, s. 438-439.

yönündedir. Zira aksini kabul limited şirket ortağı sıfatından kaynaklanan bir davanın sermaye payına bağlı kılınması gibi bir sonuç ortaya çıkarır³⁶. Bunun yanı sıra, sermaye payını devralan yeni ortağın, kendisinin şirkete girmesinden önce gerçekleşmiş olan haklı sebebe dayanarak yöneticinin yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılması talebi ile vakit geçirmeden mahkemeye başvurması mümkündür. Nitekim TTK m. 630/2'nin açık ve zaman yönünden herhangi bir sınırlama içermeyen hükmü aksi yönde bir sonuca varılmasına engeldir. Son olarak payın dava sırasında devri davacının hukuki yararının payı devralana geçmesine sebebiyet vermeyeceği için pay sahipliğine bağlanan bu dava hakkının payı devralan açısından sona ermesi gerekir³⁷. Kanaatimizce esas sermaye payının devri hâlinde yeni ortak davaya devam edebilmelidir. Zira ilk olarak TTK m. 630/2'de davanın açılması için aranan tek koşul ortak sıfatına sahip olunmasıdır. Payı devralan kişi de ortak sıfatını haiz olacaktır. Bunun yanı sıra hükmün şirket menfaatini koruma amacı da bunu gerektirir. Buna göre, dava açma hakkı ortağa tanınsa bile, TTK m. 630/2 genel müdürlerin veya ortakların bireysel menfaatlerini korumak için tasarlanmamıştır. Bu sebeple, payı devralan ortağın davayı açamayacağını kabul etmek, görevini iyi bir şekilde yerine getirmeyen müdürün görevde kalma süresini uzatacağından hükmün amacı ile bağdaşmaz³⁸.

Yargılama esnasında ortağın şirketten çıkarılmasına karar verilmesinin, TTK m. 630/2 bağlamında açılan davaya etkisi ayrıca ele alınmalıdır. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta³⁹ davacılar ZŞ'nin haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması için dava açılmıştır. Yargıtay açılan davanın sonucunun, özellikle anılan davacının aktif dava ehliyeti ile hukuki yararı bakımından müdürün görevden alınması davasının sonucunu etkileyebilecek nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Bu durum karşısında, temyiz incelemesi öncesinde müdürün görevden alınması davasının konusuz kalıp kalmadığının incelenmesi ve davacı hakkında açılan ortaklıktan çıkarma davasının işbu davaya etkisinin tartışılması için kararın bozulmasına karar vermiştir. Kanaatimizce Yargıtay

³⁶ SEVİ, 2020, s. 438-439.

³⁷ KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 111 dpn. 633.

³⁸ Hükmün acil durum önlemi olarak tasarlandığı hususunda bkz. WATTER, 2016, Art. 815 N. 10.

³⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2012/9915, K. 2014/1889, T. 04.02.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 16.09.2021).

kararının gerekçesi yerinde değildir. Zira haklı sebeple çıkarma davası sonucu ortaklık sıfatının kaybedilmesi, TTK m. 630/2’yi doğrudan etkiler ve bu madde bağlamında açılan davanın reddedilmesi gerekir. Dolayısıyla kararda belirtildiğinin aksine haklı sebeple çıkarma davasının etkisinin tartışılmasına gerek yoktur. Bunun yanı sıra, genel kurul ortaklıktan çıkarma kararı vermişse, ortağın, şirketten çıkarılma kararına karşı iptal davası açmaması durumunda, müdüre karşı açtığı görevden alma davası sona erecektir. Buna karşılık ortak, şirketten çıkarılma kararına karşı iptal davası açarsa, görevden alma davasını inceleyen mahkemenin, çıkarma kararına karşı açılan iptal davasını bekletici mesele yapması gerekir. Zira bu durumda ortağın davaya devam etme açısından hukuki yararı varlığını koruyor olacaktır⁴⁰.

Ortakların müdürün görevden alınması ve yetkilerinin sınırlandırılması davasını açabilmeleri için, öncelikle ortaklar kurulundan talepte bulunmaları gerekli değildir⁴¹. Zira TTK m. 630/2’de böyle bir koşul aranmamıştır. Bunun yanı sıra, TTK m. 630/2 bağlamında açılan dava bir inşaî davadır. İnşaî davalar, ancak kanunun öngördüğü durumlarda açılabilir⁴². Bu sebeple, kanunun dava açılmasını öngördüğü hâllerde kural olarak davacının hukuki yararı olduğu kabul edilir⁴³. Dolayısıyla TTK m. 630/2’de kanun koyucu davayı açma yetkisini açıkça limited şirketin her bir ortağına tanımış olduğundan, artık hukuki yararın da var olduğu kabul edilmelidir⁴⁴. Ayrıca TTK m. 630/1 ile m. 630/2 arasında öncelik sonralık ilişkisi yoktur. Son olarak TTK m. 630/1 ile m. 630/2’de müdürün görevden alınmasının koşulları da farklıdır. Aksinin kabulü kanunda yer almayan bir koşulla ortağın mutlak hakkının kullanılmasının zorlaştırılması anlamına

⁴⁰ AKDENİZ, 2021, s. 122; SEVİ, 2020, s. 438.

⁴¹ ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; ŞENER, 2017, s. 779; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, 2013, s. 682; KAYA, 2018, s. 5108; AKINCI, 2019, s. 105; AKDENİZ, 2021, s. 121; ANDERMATT, Adrian, “Beschränkung Der Geschäftsführung auf Einen Einzelnen Gesellschafter bei der GmbH Unter besonderer Berücksichtigung der Abberufung des geschäftsführenden Gesellschafters”, *Der Schweizer Treuhänder*, Yıl: 2009, Sayı: 6-7, s. 472; SEVİ, 2020, s. 444-445.

⁴² KURU / AYDIN, 2021, s. 135; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, 2021, s. 161; ERCAN, İsmail, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, 6. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 470.

⁴³ ÖNEN, 1981, s. 53-56; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ vd., 2021, s. 323; KURU / AYDIN, 2021, s. 135; HANAĞASI, Emel, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 131-132.

⁴⁴ SEVİ, 2020, s. 445.

gelir⁴⁵. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁴⁶ azınlık paya sahip ortak, limited şirket müdürünün görevden alınmasına ilişkin dava açmıştır. Yerel mahkeme, azınlık pay sahibi davacının önce genel kurula başvurup genel kuruldan karar alındıktan sonra dava yoluyla mahkemeden talepte bulunabileceği, ayrıca davacının bildirdiği sebeplerin şirket müdürünün azli için yeterli neden sayılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, TTK m. 630/2 bağlamında davacı tarafından ileri sürülen sebeplerin tek tek tartışılıp azil için haklı sebep sayılıp sayılmayacağı gerekçelendirilmeden davanın reddine karar vermesini doğru görmemiş, kararı davacı yararına bozmuştur. Bunun yanı sıra, bu sonucu, davacının müdürü genel kurulda tek başına görevden alabilecek esas sermaye payına sahip olması da değiştirmez⁴⁷. Nitekim somut uyuşmazlıkta⁴⁸ davacılar, davalı şirkette % 66,67 oranında paya sahiptir. Yerel mahkeme, davacıların genel kurulu toplayarak genel kurul kararı ile davalı şirketin müdürünün görevini sona erdirmesinin mümkün olduğu, bu yola başvurmaksızın işbu davanın açılmasında hukuki menfaati bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, mahkemece TTK m. 630/2'de düzenlenen dava hakkının her ortağa tanınmış kanundan kaynaklanan bir hak olduğu gözetilmeden yazılı gerekçeyle davanın reddini doğru görmemiş ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bununla birlikte, bu karardan kısa bir süre sonra Yargıtay farklı yönde karar vermiştir. Bu uyuşmazlıkta⁴⁹ limited şirkette % 51 esas sermaye payına sahip ortak, müdürün görevden alınması talebiyle dava açmıştır. Yerel mahkeme TTK m. 630/1 uyarınca, davacının pay oranı

⁴⁵ ŞENER, 2017, s. 779.

⁴⁶ Yargıtay 11. HD, E. 2016/5809, K. 2018/67, T. 08.01.2018. Yargıtay benzer bir uyuşmazlıkta, davanın açılabilmesi için genel kuruldan talepte bulunma yolunun tüketilmesinin gerekmediğini belirterek haklı sebep olarak ileri sürülen olguları incelemiştir. Yargıtay yerel mahkemenin kararını bu yönde doğru bulmakla birlikte, haklı neden oluşturmaya yeterli görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi sebebiyle kararı davalılar yararına bozmuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2014/4638, K. 2015/2667, T. 26.02.2015. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 16.08.2021).

⁴⁷ ANDERMATT, 2009, s. 472; ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; SEVİ, 2020, s. 444-445; aksi yönde Pulaşlı, açıkça görüşünü ifade etmemekle birlikte, genel kurul yöneticisi görevden almazsa, her ortağın TTK m. 630/2'ye başvurabileceğini ifade etmiştir. Bkz. PULAŞLI, 2022, § 67 N. 81.

⁴⁸ Yargıtay 11. HD, E. 2015/3070, K. 2015/9972, T. 06.10.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 16.08.2021).

⁴⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2015/2097, K. 2016/274, T. 14.01.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 16.08.2021).

nazara alındığında, genel kurulu toplayarak genel kurul kararı ile davalı şirket müdürünün görevini sona erdirmesinin mümkün olduğu, bu itibarla anılan yola başvurmaksızın müdürlük görevinin kaldırılmasına ilişkin davanın açılmasında hukuki yararın bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yargıtay, mahkemenin kararını onamıştır. Kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Zira TTK'de bulunmayan bir koşulla, davacının dava açma hakkı sınırlandırılmıştır. Bunun yanı sıra, müdürün haklı sebeple görevine son verildiğinin kesin hüküm niteliğindeki bir mahkeme kararına bağlanmasında hem şirketin hem de davacı ortağın hukuki yararı vardır. Zira yukarıda değindiğimiz üzere inşai davalarda hukuki yarar kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Ayrıca Yargıtay aynı konuya ilişkin birbirinden farklı karar vererek, kendiyle çelişmiştir. Bu sebeple, bu konuda içtihatların birleştirilmesi gereklidir. Bununla birlikte, tek kişilik limited şirketlerde birden fazla müdür olması halinde, tek ortağın haklı sebebe dayanarak dava açması hukuki yarar yokluğundan mümkün olmamalıdır⁵⁰.

Mahkemenin haklı sebeple görevden alma ve yetkilerin sınırlandırılması davasını reddetmesi, diğer ortakların dava açma haklarını etkilemez. Bu karara rağmen diğer ortaklar haklı sebebe dayanarak dava açabilirler. Davayı açan ortak davadan feragat edebilir. Bu durumda, söz konusu ortak, aynı sebebe dayanarak ikinci kez dava açamaz. Bununla birlikte başka bir sebebe dayanarak dava açabilme hakkı devam eder⁵¹.

Genel kurallara göre, haklı sebebin varlığını ispat yükü, haklı sebebi veya eksikliğini ileri süren kişiye aittir [4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 6; HMK m. 190]. Bu sebeple, haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini, müdürün görevden alınması veya yetkilerin sınırlandırılması talebinde bulunan ortaklar ispat edecektir⁵².

⁵⁰ AKDENİZ, 2021, s. 121.

⁵¹ AKDENİZ, 2021, s. 123.

⁵² STEPHAN, Klaus Dieter / TIEVES, Johannes, **Münchener Kommentar zum GmbHG**, (der. Fleischer, Holger/Goette, Wulf), 3. Basım, C. H. Beck, München, 2019, § 38 N. 73; ŞENER, 2017, s. 784.

bb. Davalı

TTK m. 630/2’de davanın kime karşı açılacağı düzenlenmemiştir. Öğretide bir görüş⁵³ husumetin müdüre yöneltileceği yönündedir. Diğer görüşe göre⁵⁴, davanın şirket aleyhine açılması gerekir. Zira görevden alınması veya yetkilerinin sınırlandırılması istenilen müdürler, şirketin organı konumundadırlar. Haklı sebeple azil davasında ise, müdürle şirket arasındaki hukuki ilişkinin sonlandırılması amaçlanmaktadır⁵⁵. Bu görüşte bulunan yazarlardan biri⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesinin kararından yola çıkmıştır. Buna göre, bu kararda da altı çizildiği üzere, OR Art. 815/2 (TTK m. 630/2) uyarınca açılan davada esas olan ilgili yöneticinin kendi menfaati değil, şirketin amacını gerçekleştirmesine imkân verecek bir yönetim yapısının varlığına yönelik menfaattir. Bu sebeple, söz konusu davada şirket davalı sıfatına sahiptir. Bu görüşte bulunan yazarlardan diğerine göre⁵⁷ davalının şirket olarak gösterilmesi yeterli olup ayrıca müdürün davalı olarak yer almasına gerek yoktur. Zira bu davada şirketi, görevden alınmak istenen müdür temsil edeceğinden; müdür hem kendini savunmuş olacak hem de görevden alınmasına ilişkin verilebilecek bir kararı gerekirse temyiz edebilecektir. Ayrıca haklı sebebin bulunmasına rağmen, başka bir ifadeyle, müdürü görevden alması gerekirken bu yönde hareketsiz kalan, esasen genel kuruldur ve söz konusu dava, genel kurulun, müdürün görevden alınmaması yönündeki bu farazi iradesine karşı açılmaktadır. Bununla birlikte, davanın şirkete karşı açılması gerektiğini savunan yazarlar iki kişilik limited şirket açısından farklı sonuçlara varmıştır. Bir görüşe göre⁵⁸, aynı gerekçeler iki ortağa sahip limited şirketler için de geçerli olduğundan, bu durumda

⁵³ ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 22-50; ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n; AKINCI, 2019, s. 106, 121.

⁵⁴ ŞENER, 2017, s. 781; ŞENER, 2019, s. 756; YILDIRIM, 2008, s. 212; YAVUZ, 2016, s. 72; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 113; KANDIRALIOĞLU CUYLAN, 2017, s. 92; SEVİ, 2020, s. 440; AKDENİZ, 2021, s. 124; HANDSCHIN / TRUNIGER, 2019, § 10 N. 91; WATTER, 2016, Art. 815 N. 15.

⁵⁵ ŞENER, 2017, s. 781.

⁵⁶ SEVİ, 2020, s. 440.

⁵⁷ AKDENİZ, 2021, s. 124.

⁵⁸ SEVİ, 2020, s. 440; AKDENİZ, 2021, s. 124.

da dava yine limited şirkete karşı açılmalıdır. Diğer görüşe göre⁵⁹, iki kişilik limited şirket söz konusu olduğunda şayet bir ortak diğer ortak müdürün azli için dava açarsa, bu halde diğer ortak müdüre karşı azil davası açılabilmesi olanaklıdır. Son olarak bir görüş⁶⁰ davanın şirketle birlikte müdüre karşı açılması gerektiği yönündedir. Zira azli istenen müdür, şirketin yönetim ve temsil organı statüsündedir. Bunun yanı sıra, şirketle müdür arasında yerine göre, hizmet veya vekalet sözleşmesi şeklinde bir sözleşme ilişkisi bulunması da davalılardan birinin şirket olmasını gerektirir. Bunun yanı sıra, şirketle beraber azli istenen müdür de dava edilmelidir. Bu sayede, şahsında bir haklı sebep doğduğu söylenen müdüre, savunma hakkı tanınmış olacaktır. Aksi takdirde, müdürün aleyhine çıkan azil kararını temyiz etme olanağı da bulunmayacaktır. Keza davaya bakan mahkeme de yargılama sona erinceye kadar, müdürün fer'i müdahil sıfatıyla davada yer almasına izin verebilir (HMK m. 66). Böylece davalı şirket ile müdür arasında ihtiyari dava arkadaşlığı (HMK m. 57) kurulmuş olacaktır⁶¹.

Yargıtay uygulaması davanın müdüre karşı açılması gerektiği yönündedir⁶². Örneğin bu konuda Yargıtay'ın önüne davacı limited şirketin ortaklarına ait yönetim ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını talep ettiği bir uyuşmazlık gelmiştir⁶³. Yerel mahkeme, bu davada husumetin görevden alınmak istenen ortağa yöneltilmesinin gerekli ve yeterli olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple, ayrıca limited şirkete husumet yöneltilmeyeceği ve bu davalı yönünden davanın reddinin gerektiği gerekçesiyle, davalı limited şirket hakkında açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar vermiştir. Yargıtay bu kararı

⁵⁹ ŞENER, 2017, s. 782; YILDIRIM, 2008, s. 212; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 113.

⁶⁰ KAYA, 2018, s. 5111.

⁶¹ KAYA, 2018, s. 5112.

⁶² Yargıtay 11. HD, E. 2016/8014, K. 2018/1246, T. 20.02.2018; Yargıtay 11. HD, E. 2018/3681, K. 2019/5099, T. 09.09.2019; Yargıtay 11. HD, E. 2018/3184, K. 2019/7750, T. 03.12.2019; Yargıtay 11. HD, E. 2017/3474, K. 2019/2805, T. 10.04.2019; Yargıtay 11. HD, E. 2016/6365, K. 2018/236, T. 15.01.2018; Yargıtay 11. HD, E. 2018/365, K. 2019/3074, T. 17.04.2019; Yargıtay 11. HD, E. 2018/3184, K. 2019/7750, T. 03.12.2019; Yargıtay 11. HD, E. 2016/12858, K. 2018/4217, T. 04.06.2018. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 15.09.2021).

⁶³ Yargıtay 11. HD, E. 2020/5947, K. 2021/3810, T. 19.04.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 15.09.2021).

onamıştır. Benzer şekilde, aynı yönde verilen bir Yargıtay kararı⁶⁴ aleyhine karar düzeltme isteminde bulunulmuş, Yargıtay bu istemi reddetmiştir. Buna karşılık, bu karara karşı oy yazılmış ve husumetin şirket ile müdüre birlikte yöneltilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁵. Karşı oyda, TTK m. 630/2'ye dayanılarak mahkemenin müdahale ettiği ilişkinin, şirketle müdür arasındaki TTK m. 623'te düzenlenen vekâlet akdi ilişkisi olduğu belirtilmiştir. Bu ilişkiyi sonlandıran bir davada verilecek karar şirketin de menfaatini ilgilendirecek olmakla, davalı müdürün dışında, şirketin de davada bağımsız bir şekilde temsil edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce de TTK m. 630/2 bağlamında dava limited şirkete karşı açılmalıdır. Zira burada görevden alınmak istenen müdür, limited şirketin organı konumundadır. Verilecek karar sonrasında limited şirketle müdür arasındaki organ ilişkisi sona erecektir. Başka bir deyişle, ortağın TTK m. 630/2 yoluna başvurmasıyla şirketin organsız kalmasına bile yol açılabilir. Bu sebeple, burada limited şirketin davalı olmasında doğrudan bir menfaati bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, hükmün amacı da davalının limited şirket olmasını gerektirir. Zira hükümlerle şirketin iyi bir şekilde yönetilmeye olan menfaati korunmak istenmektedir. Dolayısıyla şirketin kendi menfaatine ilişkin bir davada kendisi davalı olmalıdır. Nitekim bu amaçtan yola çıkan İsviçre Federal Mahkemesi aynı yönde karar vermiştir⁶⁶. Bu karara göre, OR Art. 815/2 şirketin devamı açısından tüzel kişilerin işlevsel kapasitesini güvence altına almayı amaçlar. Bu davada şirket menfaati belirleyicidir ve incelenmesi gereken müdürün yönetim ve temsil yetkisinin korunmasının şirketin amacına ulaşmasını sağlamayı hâlâ mümkün kılıp kılmadığıdır. Bu sebeple, davalı limited şirkettir. Ayrıca bu dava sonucunda alınan

⁶⁴ Bu uyuşmazlıkta yerel mahkeme müdürlükten azli istenen şirketin davalı olarak gösterilmediğinden, davanın usulden reddine karar vermiştir. Yargıtay şirket müdürünün azli davalarında husumetin, azli istenen müdüre yöneltilmesi gerekli ve yeterli olup, ayrıca limited şirketin dava edilmesinin zorunlu olmadığı gerekçesiyle kararı davacı yararına bozmuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2018/1597, K. 2019/3235, T. 29.04.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 15.09.2021).

⁶⁵ Yargıtay 11. HD, E. 2019/3478, K. 2021/1072, T. 10.02.2021; aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2016/12601, K. 2018/4153, T. 30.05.2018. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 15.09.2021).

⁶⁶ Urteil 4A_8/2014 des Bundesgerichts vom 06. Juli 2014; aynı yönde Urteil 4A_693/2015 des Bundesgerichts vom 11. Juli 2016. Kararlar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/recherche/search/new>, (erişim tarihi 26.09.2021).

kararın uygulayıcısının müdür değil limited şirket olması da bu savımızı desteklemektedir. Kanaatimizce aynı gerekçelerle iki kişilik limited şirkette de davalı limited şirket olmalıdır⁶⁷. Bununla birlikte, yetkilerinin kaldırılması yahut sınırlandırılması talep olunan müdürün, HMK m. 66 bağlamında davaya davalı limited şirket yanında fer'i müdâhil olarak katılmak için hukuki yararının bulunduğu kabul edilmelidir⁶⁸. Zira müdürlerin hukuki durumu görevden alınma davasının kaybedilmesi durumunda verilen hükümden olumsuz şekilde etkilenir. Bu anlamda öğretilde savunulan davanın şirketle birlikte müdüre karşı açılması gerektiği yönündeki görüşün gerekçesine de katılmamaktayız⁶⁹. Bu görüşe göre müdürün de dava edilmesinin gerekçesi, müdüre, savunma hakkı tanınmış olmasıdır. Oysa bu hak, müdüre fer'i müdahil olarak katılma imkânı sağlanarak da tanınabilir.

Görevden alınması istenen müdürün veya müdürlerin görevleri dava sırasında herhangi bir şekilde sona erecek olursa dava konusuz kalacaktır. Öğretilde bir görüş bu durumda hâkimin davayı usulden reddetmesi gerektiği yönündedir⁷⁰. Kanaatimizce burada davanın karar verilmesine yer olmadığı kararı ile sonlandırılması gerekir (HMK m. 331). Nitekim Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir⁷¹. Buna karşılık, şirket tasfiye aşamasına girmişse, TTK m. 630/2'de öngörülen dava açılabilir. Zira müdürün organ sıfatı devam etmektedir⁷². Sadece organların yetki ve görevleri, tasfiyenin yürütülebilmesi için zorunlu olan ve niteliği itibarıyla tasfiye memurlarınca yapılamayan işlere inhisar etmektedir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları bulunmaktadır. Örneğin bu konuda açılan bir davada, yerel mahkeme şirkete tasfiye

⁶⁷ WATTER, 2016, Art. 815 N. 15.

⁶⁸ ŞENER, 2017, s. 782; SEVİ, 2020, s. 440.

⁶⁹ KAYA, 2018, s. 5111.

⁷⁰ KAYA, 2018, s. 5119.

⁷¹ Yerel mahkeme müdürün dava esnasında bu sıfatını kaybetmesi durumunda, işbu davanın devamı sırasında sonlanması nedeniyle azil isteminin bu davalı bakımından konusuz kaldığı gerekçesi ile diğer davalının müdürlükten azil istemi bakımından karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Yargıtay bu kararı onamıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2019/3096, K. 2020/2962, T. 17.06.2020; azil istenen kişinin davalının vefat etmiş olması nedeniyle davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2020/663, K. 2021/355, T. 25.01.2021. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 17.09.2021).

⁷² AKDENİZ, 2021, s. 128; AKINCI, 2019, s. 119-120.

memuru atanmış olmakla görevden azli istenen müdürlerin müdürlük görevi sona ererek yönetim yetkisinin tasfiye memuruna geçtiği gerekçesi ile dava konusuz kaldığından davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Yargıtay bu kararı onamıştır⁷³. Buna karşılık Yargıtay başka bir uyuşmazlıkta⁷⁴, bir şirketin tasfiye hâline girmesinin müdürün görevinin sona erdiği anlamına gelmediğini ve şirket organlarının görevinin tasfiye hâlinde dahi devam ettiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Müdürün görevden alınmasına ilişkin davada şirketin temsili çeşitli ihtimaller dâhilinde değerlendirilmelidir. İlk olarak görevden alınmak istenen müdür dışında limited şirkette başka müdürler varsa, şirketi bu müdürler temsil edecektir. Buna karşılık, şirkette başka müdür bulunmuyorsa ya da görevden alınma istemi müdürlerin hepsini kapsıyorsa, şirketin davada temsili için TMK m. 426/1-3 uyarınca bir temsil kayyımı atanması gereklidir⁷⁵. Bununla birlikte öğretide bir görüş⁷⁶, şirkette gerek tek müdür gerekse birden fazla müdür olsun - şirketi diğer müdürlerin temsiline ya da şirkete kayyım atanmasına gerek olmaksızın - azli istenen müdürün hem şirketi hem de dolayısıyla kendisini temsil edebileceğinin kabulü gerektiğini savunmaktadır. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira TTK m. 630/2 ile korunmak istenen şirketin menfaatidir. Oysa görevden alınmak istenen müdür burada kendi menfaatini savunacağından, şirketi temsil edemez.

c. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Müdürün yönetim ve temsil yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılması davasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Zira TTK'de öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır (TTK m. 4/1-a). Kanunda aksine

⁷³ Yargıtay 11. HD, E. 2014/16810, K. 2015/1562, T. 09.02.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 17.09.2021).

⁷⁴ Yargıtay 11. HD, E. 2012/9121, K. 2014/728, T. 14.01.2014; aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2013/9692, K. 2013/23240, T. 19.12.2013. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 17.09.2021).

⁷⁵ ŞENER, 2017, s. 782; SEVİ, 2020, s. 440; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 113-114; KAYA, 2018, s. 5112; *Yıldırım* da aynı görüşte olmakla birlikte TMK m. 427/4 hükmüne atıf yapmaktadır. Bkz. YILDIRIM, 2008, s. 212.

⁷⁶ AKDENİZ, 2021, s. 126.

hüküm bulunmadıkça, asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalarda görevlidir (TTK m. 5/1).

TTK m. 630/2’de yetkili mahkeme açısından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, HMK’nin yetkiye ilişkin genel kuralları uygulanacaktır. Buna göre dava, davalı şirketin merkezinde açılacaktır⁷⁷ (HMK m. 6). Yargılama usulü olarak ise davada basit yargılama usulü uygulanacaktır (TTK m. 1521).

2. Haklı Sebebin Varlığı

a. Haklı Sebep Kavramı

Öğretide bir görüş hükümde yer alan “haklı sebep” ifadesinin kullanılmasının yerinde olmadığı yönündedir⁷⁸. Zira haklı sebep kavramı, içerisinde, aleyhine haklı sebebe dayanılan kişinin haksız olduğu yönünde bir yargıyı içerir. Bu durum da müdürün tazminat isteme hakkının olmayacağı sonucuna varılmasına sebep olduğu için yerinde değildir. Keza bu yazara göre, limited şirkette müdürün görevden alınmasının düzenlenmiş olduğu Alman Limited Şirketler Kanunu’nun (GmbHG) § 38. paragrafında “*wichtige Gründe*”, İsviçre hukukunda OR Art. 815/2’de ise “*wichtiger Grund*”, yani “önemli sebep” ifadesinin kullanılması da tezini desteklemektedir. Kanaatimizce bu görüş TTK’nin bütünü ele alındığında yerinde değildir. Zira TTK’de yöneticilerin görevden alınmasına ilişkin hükümlerde “haklı sebep” kavramı kullanılmıştır⁷⁹. Bunun yanı sıra, müdürün tazminat hakkı açısından, TTK m. 630/4 tazminat hakkının saklı olduğunu açıkça düzenlemiştir. Bu düzenleme yapılırken de haklı sebeple bir bağlantı kurulmamıştır. Dolayısıyla TTK’de bu yönde düzenleme olmamasına rağmen, öğreti tarafından savunulan bir görüş ile hükümde yer alan “haklı sebep” kavramının yerinde olmadığı ileri sürülmemelidir. Son olarak Alman hukukunda haklı sebep yerine önemli sebep (*Wichtiger Grund*) kavramı kullanılsa da Alman hukukundan yapılan çevirilerde

⁷⁷ HANDSCHIN / TRUNIGER, 2019, § 10 N. 91; ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n; YILDIRIM, 2008, s. 214; AKINCI, 2019, s. 122; SEVİ, 2020, s. 441; AKDENİZ, 2021, s. 125; KAYA, 2018, s. 5113.

⁷⁸ AKDENİZ, 2021, s. 85-86.

⁷⁹ Kollektif şirkette yöneticilerin görevden alınması ve temsil yetkilerinin kaldırılması için bkz. TTK m. 219, m. 220, m. 235; TTK’de tasfiye memurlarının görevden alınması için bkz. TTK m. 274-276; m. 537.

“*Wichtiger Grund*” teriminin lafzi değil, kavrama yönelik bir çeviri ile “haklı sebep” şeklinde tercüme edilmesi daha uygun olur. Zira önemli sebebin ancak haklı sebebin unsurlarını gerçekleştirecek düzeye yükselmiş bir grubu haklı sebep kavramının içine girer⁸⁰.

Haklı sebep kavramı müdürlerin görevlerinin sona ermesi açısından TTK’de tanımlanmamış⁸¹; ancak TTK m. 630/3’te örnekleri gösterilmiştir. Hüküm uyarınca yöneticinin, özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi veya şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesi haklı sebep olarak kabul olunur. Bu şekildeki sayım sınırlayıcı değildir⁸². Bunlara benzer başka sebepler de haklı sebep olarak kabul edilebilir. Bu sebeple, haklı sebebin tayininde haklı sebep kavramından yararlanılmalıdır.

Haklı sebep, hukuki ilişkinin sürdürülmesini çekilmez hâle getiren ve (bozucu) yenilik doğuran bir bildirim veya değiştirmek yetkisinin kullanılmasını adil gösteren olgudur⁸³. Müdürün görevden alınması açısından haklı sebep, müdürün görevde kalmasının şirket için çekilmez bir hâl almasına neden olan her türlü sebeptir⁸⁴. Başka bir deyişle TTK m. 630/2 açısından hukuki ilişki, şirket ile müdür arasında olduğu için, bu ilişkinin sonlandırılması açısından haklı sebep, şirket bakımından müdürün organ

⁸⁰ ÇAMOĞLU, Ersin, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 21.

⁸¹ Kollektif şirketin sona ermesi açısından haklı sebep TTK m. 245’te düzenlenmektedir. Donatma iştirakine ilişkin TTK m. 1083/2 uyarınca dürüstlük kuralına göre paydaş donatanın iştirakte kalmasını ondan beklenilemeyecek derecede zorlaştıran olaylar haklı sebep sayılır.

⁸² TEKİNALP, 2020, N. 22-50; ŞENER, 2017, s. 782; YILDIZ, 2007, s. 249; KAYA, 2018, s. 5103; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, 2013, s. 59; AKDENİZ, 2021, s. 86; KANDIRALIOĞLU CUYLAN, 2017, s. 74; OETKER, Hartmut, **Gesellschaftsrecht**, (der. Henssler, Martin/Strohn, Lutz), 5. Basım, C. H. Beck, 2021, § 38 N. 27.

⁸³ ÇAMOĞLU, 2008, s. 23; SELİÇİ, Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 192.

⁸⁴ YILDIRIM, 2008, s. 213; TTK m. 630/2 kapsamında haklı sebep, dürüstlük kurallarına göre müdürün bu görevi sürdürmesinin beklenemeyeceği ve görevden alınmasını âdil gösteren nedenlerdir. Bkz. ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; müdürün göreve devamını şirket yararı bakımından tehlikeli hâle sokan sebeplerin, haklı sebep olduğu hususunda bkz. CERRAHOĞLU, M. Fadlullah, **Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Limited Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, İstanbul, 1976, s. 216.

pozisyonunda kalması mantıksız olduğunda ortaya çıkar⁸⁵. Dolayısıyla haklı sebebin varlığı, dava açma hakkının tanındığı ortak açısından değil şirket açısından incelenecektir⁸⁶. Haklı sebep olarak ileri sürülen olgular dikkate alındığında, artık müdürün görevini doğru bir şekilde gerçekleştirmesi kendisinden beklenemiyorsa, müdürün görevden alınması veya yetkisinin sınırlandırılması için haklı sebep mevcut demektir⁸⁷. Buna karşılık, müdürün davranışlarının sadece davacı ortak veya ortakların menfaatine aykırı olması TTK m. 630/2 açısından haklı sebep oluşturmaz⁸⁸. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir davada⁸⁹, şirket ortakları arasında salt hukuki ihtilaf bulunmasını müdürün yetkilerinin kaldırılması için haklı sebep sayan yerel mahkeme kararını bozmuştur. Keza müdürlük görevinin gereği gibi yerine getirilmesi, pay sahipleri ile fikir ayrılıklarına yol açsa dahi, bu durum, görevden alınma için haklı bir sebep oluşturmaz⁹⁰.

Haklı sebep değişken içerikli ve nisbî bir kavramdır. Bu nedenle haklı sebebin takdiri somut olay bağlamında hâkime aittir⁹¹. Hâkim, ilgili davanın tüm koşullarını dikkate alarak tarafların menfaatlerini kapsamlı bir şekilde tartmalıdır⁹². Bu bakımdan, somut olayın değerlendirilmesinde şirketin durumu, işletme konusu, ortaklar arası

⁸⁵ BEURSKENS, Michael, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG**, (der. Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred), 22. Basım, C. H. Beck, München, 2019, § 38 N. 6; ALTMIPPEN, Holger, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar**, 10. Basım, C. H. Beck, München, 2021, § 38 N. 34; HEILMEIER, Matthias, **BeckOK GmbHG**, (der. Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten/Pöschke, Moritz), 49. Basım, C. H. Beck, München, 2021, § 38 N. 21; WICKE, Hartmut, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)**, 4. Basım, C. H. Beck, München, 2020, § 38 N. 9; STEPHAN / TIEVES, 2019, § 38 N. 82.

⁸⁶ Şirket menfaatinin haklı sebebin tespitinde yol gösterici olduğu hususunda bkz. KANDIRALIOĞLU CUYLAN, 2017, s. 74.

⁸⁷ ŞENER, 2017, s. 782.

⁸⁸ Hükmün, ortaklar arası çekişme ve menfaat çatışmalarında kullanılabilir bir enstrüman olarak yorumlanmaması gerektiği hususunda bkz. SEVİ, 2020, s. 430.

⁸⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2015/4165, K. 2015/5265, T. 15.04.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 20.09.2021).

⁹⁰ STEPHAN / TIEVES, 2019, § 38 N. 90.

⁹¹ ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n; HEILMEIER, 2021, § 38 N. 21; BEURSKENS, 2019, § 38 N. 6; SEVİ, 2020, s. 429; AKDENİZ, 2021, s. 88; Yargıtay 11. HD, E. 2014/560, K. 2014/19583, T. 11.12.2014.

⁹² ALTMIPPEN, 2021, § 38 N. 34; HEILMEIER, 2021, § 38 N. 21; STEPHAN / TIEVES, 2019, § 38 N. 82.

ilişkileri, sermaye ve ortaklık yapısı ve hatta ortak sayısı dahi göz önünde tutulmalıdır. Zira bir limited şirket için haklı sebep sayılan bir durum, diğer bir şirket açısından haklı sebep olarak kabul edilmeyebilir⁹³. Buna karşılık, müdürün şirket içindeki faaliyetinin süresi, önceki kusursuz davranışları ve şirkete sunduğu özel hizmetleri haklı sebebin belirlenmesinde dikkate alınmaz⁹⁴. Bunun yanı sıra, tek başına haklı sebep oluşturmayan olguların, birikerek haklı sebep oluşturması da mümkündür⁹⁵.

TTK m. 630/2 açısından haklı sebep esasen görevden alınması veya yetkilerinin sınırlandırılması istenen müdürün şahsında ortaya çıkar⁹⁶. Bununla birlikte, bu bir zorunluluk değildir. Haklı sebep şirket içindeki veya dışındaki durumlardan da kaynaklanabilir⁹⁷. Önemli olan haklı sebep olarak ileri sürülen olgunun, şirket açısından müdürün görevde kalmasını çekilmez hâle getirmesidir.

Haklı sebeplerin ortaya çıkmasında müdürlerin kusuru şart değildir⁹⁸. Örneğin müdürün ehliyet kaybı (yaşlılık ya da akıl hastalığı gibi) veya geçirdiği bir kaza sonucu iş göremez hâle gelmesi gibi kusura dayanmayan haklı sebepler de görevden alınması için yeterli sayılır. Buna karşılık, somut olayda haklı sebebin niteliğine bağlı olarak farklılaşmak gerekir. Örneğin yükümlülüklerin ağır bir şekilde ihlalinde, müdürün de bir kusur suçlamasıyla karşı karşıya olup olmadığı haklı sebebin tespitinde önemli bir rol oynar⁹⁹. Bununla birlikte, haklı sebebin yaratılmasında müdürün kusurunun bulunması, hâkimin haklı sebep sonucuna ulaşmasını kolaylaştıran bir etmendir. Müdürün görevini

⁹³ KANDIRALIOĞLU CUYLAN, 2017, s. 89-90.

⁹⁴ HEILMEIER, 2021, § 38 N. 22.

⁹⁵ BEURSKENS, 2019, § 38 N. 6; HEILMEIER, 2021, § 38 N. 22; ALTMPEPEN, 2021, § 38 N. 35.

⁹⁶ ŞENER, 2017, s. 783.

⁹⁷ ALTMPEPEN, 2021, § 38 N. 35; mücbir sebep gibi dış koşullar da önemli bir sebep teşkil edebilir. Bkz. GASSER / EGGENBERGER / STÄUBER, 2016, Art. 815 N. 4; AKDENİZ, 2021, s. 89.

⁹⁸ ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; ŞENER, 2017, s. 784; ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n; CERRAHOĞLU, 1976, s. 216; YILDIRIM, 2008, s. 214; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 113; KAYA, 2018, s. 5106; KANDIRALIOĞLU CUYLAN, 2017, s. 74; AKDENİZ, 2021, s. 89; ALTMPEPEN, 2021, § 38 N. 37; WICKE, 2020, § 38 N. 9.

⁹⁹ STEPHAN / TIEVES, 2019, § 38 N. 89.

kötüye kullanması, ortaklara eşit işlem ilkesini, sadakat ve rekabet yasağı yükümlerini ihlâl etmesi kusurlu haklı sebep örnekleridir¹⁰⁰.

Öğretide baskın görüş¹⁰¹ müdürün haklı sebeple mahkemece görevden alınması için şirketin zarar görmesinin gerek olmadığı yönündedir. Diğer görüş¹⁰², müdürün görevden alınabilmesi için haklı sebeple birlikte şirketin zararının da olması gerektiğini savunmuştur. Kanaatimizce de TTK m. 630/2 açısından şirketin zarara uğramış olması gerekmez. İlk olarak TTK m. 630/2’de bu yönde bir koşul aranmamıştır. Bunun yanı sıra, haklı sebep kavramı zarara bağlı olan bir kavram değildir. Haklı sebep açısından müdürün görevde kalmasının şirket için çekilmez bir hâl alması yeterlidir. Son olarak, TTK m. 630/3’te haklı sebep örneği olarak şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneğin kaybının gösterilmesi de bu tezimizi destekler. Zira müdürün uzun süreli hastalığı sebebiyle işe gelememesi durumunda, şirket zarara uğramamış olsa bile, müdürün görevden alınması için yeterli sebep oluşmuş olacaktır. Bu bağlamda, kanaatimizce şirketin zarar etmiş olması tek başına müdürün görevden alınması için haklı sebep oluşturmaz. Bunun için zarar ile müdürün davranışı arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başka bir deyişle şirket, müdürün eylem veya işleminden dolayı zarara uğramış olsa da şayet bu işlem iş adamı kararı ilkesine uygun olarak verilmişse müdürün görevden alınması için haklı sebep oluşturmaz¹⁰³. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁰⁴, şirketin zararının kötü yönetimle ilgili olup olmadığının ve bu zararın müdürden kaynaklanıp kaynaklanmadığının açık bir şekilde ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık, müdürün bir davranışı sebebiyle şirketin zarar görmemiş olması da o sebebi haklı

¹⁰⁰ ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n.

¹⁰¹ YILDIRIM, 2008, s. 213; KAYA, 2018, s. 5106; KARAAHMETOĞLU, 2018, s. 113; YAVUZ, 2016, s. 72; AKINCI, 2019, s. 113; AKDENİZ, 2021, s. 89; HEILMEIER, 2021, § 38 N. 22; STEPHAN / TIEVES, 2019, § 38 N. 84; ALTMEEPEN, 2021, § 38 N. 37; BEURSKENS, 2019, § 38 N. 6-16.

¹⁰² KANDIRALIOĞLU CUYLAN, 2017, s. 90.

¹⁰³ SEVİ, 2020, s. 434-435; AKDENİZ, 2021, s. 89.

¹⁰⁴ Yargıtay 11. HD, E. 2015/4165, K. 2015/5265, T. 15.04.2015; “Şirketin borca batık durumda olması ve öz sermayesini yitirmesi durumlarının müdürün azli açısından haklı sebep olarak kabul edilebilmesi için müdürün şirket yönetimindeki basiretsizliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılması gerekir.” Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2018/3681, K. 2019/5099, T. 09.09.2019. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 17.09.2021).

sebepten çıkarmaz¹⁰⁵. Buna karşılık Yargıtay başka bir davada¹⁰⁶ aksi yönde karar vermiştir. Somut olayda müdür, şirket adına 2.300.000,00 TL kredi çekmiş ve daha sonra bu krediyi kendi şirketlerine aktarmıştır. Yargıtay ortaklar kuruluna konu kredinin ödenerek borcun kapatılmış olması ve şirket zararına bir sonucun doğmamış olması sebebiyle, bu durumu haklı sebep olarak görmemiştir. Kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Zira TTK m. 630/2 bağlamında müdürlerin görevden alınması için aranan koşul haklı sebebin varlığıdır. Haklı sebep ise, şirketin menfaatlerini korumayı gerektirir. Oysa somut olayda müdürler, kendi menfaatlerini düşünmüş ve şirketi bir araç olarak kullanmıştır. Bu ise, müdürlerin görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde gözetmekle yükümlü olduklarını düzenleyen TTK m. 626/1'e aykırıdır¹⁰⁷. Bununla beraber müdür, haklı sebebin meydana gelmesine kusuruyla neden olmuş ve şirket bundan dolayı bir zarara uğramışsa, ispat yükü davacı ortağa ait olmak üzere, müdürün şirkete karşı hukuki sorumluluğu söz konusu olur (TTK m. 644; TTK m. 553)¹⁰⁸.

Bir sebebin haklı sebep sayılmayacağına ilişkin şirket sözleşmesine hüküm konulamaz¹⁰⁹. Zira TTK m. 630/2 emredicidir. Böyle kayıt ve şartlar varsa, hâkim haklı sebep incelemesi yaparken bu hükümlerle bağlı olmayacaktır. Bu şartlar batıl sayılmalıdır. Bununla birlikte, sınırlandırıcı nitelik taşımamak kaydıyla, şirket sözleşmesi ile bazı hâllerin haklı sebep sayılacağına ilişkin düzenlemeler yapmak mümkündür¹¹⁰.

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. AKDENİZ, 2021, s. 90.

¹⁰⁶ Yargıtay 11. HD, E. 2014/5873, K. 2014/12974, T. 08.07.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 17.09.2021).

¹⁰⁷ Karşioy yazısı; aynı yönde bkz. AKDENİZ, 2021, s. 90.

¹⁰⁸ ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n; KAYA, 2018, s. 5106.

¹⁰⁹ STEPHAN / TIEVES, 2019, § 38 N. 103; AKDENİZ, 2021, s. 90; ALTMEPPEN, 2021, § 38 N. 36; FEUZ, 2017, § 16 N. 509; SIFFERT / FISCHER / PETRIN, 2008, Art. 815 N. 4.

¹¹⁰ SIFFERT / FISCHER / PETRIN, 2008, Art. 815 N. 4; SEVİ, 2020, s. 426; ALTMEPPEN, 2021, § 38 N. 36; KAYA, 2018, s. 5103; YILDIRIM, 2008, s. 213.

b. Haklı Sebep Örnekleri

aa. Genel Olarak

TTK m. 630/2’de müdürün yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi ve şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesi haklı sebep örnekleri olarak gösterilmiştir. Bu sayım sınırlayıcı olmadığı için, müdürün şirket menfaati açısından görevde kalmasının şirket için çekilmez bir hâl almasına neden olan her türlü durumlar da haklı sebep sayılabilir¹¹¹.

bb. Yükümlülüklerin Ağır Şekilde İhlali

TTK m. 630/2 uyarınca müdürün, özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi haklı sebep olarak sayılmıştır. Buna göre, haklı sebebin oluşumu için öncelikle müdürün yükümlülüklerini ihlal etmesi gerekir. Bu yükümlülükler kanundan veya şirket sözleşmesinden doğabilir. Öğretide bir görüşe göre, “özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini” ifadesi yerinde değildir¹¹². Zira bu kullanımdan, hükümde geçen özen ve bağlılık yükümlülüğü dışında TTK’de müdürler için öngörülen diğer yükümlülüklerin haklı sebebin tespitinde göz önünde tutulmayacağı gibi bir sonuca ulaşılması mümkündür. Kanaatimizce hükümde önemi dolayısıyla özen ve bağlılık yükümlülüğü özellikle zikredilmek istenmiştir. Nitekim Yargıtay’ın önüne gelen uyuşmazlıklarda en fazla haklı sebep olduğu iddia edilen olgular bunlara dayanmaktadır¹¹³. Bununla birlikte, bu kavramlar kullanılırken hükmün devamı ile olan uyumuna dikkat edilmemiştir. Başka bir deyişle, burada kanundan kaynaklanan yükümlülükler sadece “özen ve bağlılık yükümlülüğüne” hasredilmek istenmemiştir. Zira hüküm sınırlayıcı değildir. Buradan anlaşılması gereken

¹¹¹ Haklı sebep açısından, müdüre duyulan güvenin kaybının ve müdürler arasındaki anlaşmazlığın incelenmesi için bkz. WATTER, 2016, Art. 815 N. 11ç.

¹¹² AKDENİZ, 2021, s. 90-91.

¹¹³ Örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2020/1552, K. 2021/1980, T. 03.03.2021; Yargıtay 11. HD, E. 2020/457, K. 2020/4823, T. 09.11.2020; Yargıtay 11. HD, E. 2020/2027, K. 2021/4394, T. 25.05.2021; Yargıtay 11. HD, E. 2019/3748, K. 2021/2897, T. 25.03.2021; Yargıtay 11. HD, E. 2016/1875, K. 2017/426, T. 19.09.2017; Yargıtay 11. HD, E. 2017/3464, K. 2019/4799, T. 25.06.2019; Yargıtay 11. HD, E. 2017/3885, K. 2019/1756, T. 04.03.2019. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

kanundan doğan yükümlülüklerdir. Nitekim hükmün mehzazında bu yönde bir ayrıma gidilmeksizin, müdürün yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi haklı sebep olarak düzenlenmiştir¹¹⁴.

Hükümde kullanılan ağır şekilde ibaresinin ne anlama geldiği gerekçede açıklanmamıştır. Öğretide bir görüşe göre ağır şekilde ibaresi güveni sarsacak veya limited şirkete önemli zarar verecek şekilde anlaşılmalı, yoksa bu kavramdan müdürün ihlalinin ağır kusur teşkil etmesinin gerekli olduğu sonucuna varılmamalıdır¹¹⁵. Ağır kusur şeklinde anlamlandırma, anılan maddeye dayanılarak açılan davaların pek nadir istisnalarda kabul edilmesine neden olabilir. Kanaatimizce ağır şekilde ibaresi kusura yapılan bir atıf değildir. Zira haklı sebebin oluşumu için kusur şart değildir. Bununla birlikte, müdürün belirli yükümlülüklerinin ihlalinin tespiti açısından kusur araştırması yapılması gerekebilir. Örneğin müdürün özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması hâlinde kusurun varlığı her hâlükârda söz konusu olacaktır. Zira yöneticinin kusurlu olup olmadığının belirlenmesinde olayda özen yükümlülüğünün gereğince yerine getirilip getirilmediği esas alınır¹¹⁶. Buna karşılık, özen yükümlülüğünün ihlalinin haklı sebep oluşturduğunun saptanması için müdürün ağır kusurlu olması aranmayacaktır. Kanaatimizce hüküm bağlamında “ağır bir şekilde” kelimesinin kullanılmasıyla, görevden alınma nedeninin ne zaman “haklı” olarak kabul edilmesi gerektiğinin bir ölçüsü verilmek istenmiştir. Buna göre yükümlülük ihlalinin, şirketin, müdürü müdürler kurulundaki konumunda tutmasının makul olmayacağı kadar ağır olması talep edilmelidir¹¹⁷. Kanaatimizce burada ihlalin ağırlığı açısından şirket menfaati ön plandadır. Buna göre müdür, özen borcunun da gereği olarak, şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde gözetmekle yükümlüdürler (TTK m. 626). Şirket menfaati ile kendisinin veya üçüncü bir kişinin menfaati çatıştığında şirketin menfaatini seçmelidir. Şayet şirket menfaati yerine bir başkasının menfaatini tercih ediyorsa ihlalin

¹¹⁴ OR Art. 815/2 “Jeder Gesellschafter kann dem Gericht beantragen, einem Geschäftsführer die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen oder zu beschränken, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, namentlich wenn *die betreffende Person ihre Pflichten grob verletzt* oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat.”

¹¹⁵ TEKİNALP, 2020, N. 22-50.

¹¹⁶ SEVİ, 2020, s. 433.

¹¹⁷ OETKER, 2021, § 38 N. 27; ALTMPEPPEN, 2021, § 38 N. 37; HEILMEIER, 2021, § 38 N. 23.

ağır olduğu kabul edilmelidir¹¹⁸. Nitekim Yargıtay şirketin öz varlığının önemli kısmını oluşturan marka isimlerin davalı müdürün kendi adına tescil edilmesini, davalının şirket müdürü olarak şirket menfaatlerine uygun hareket etme zorunluluğunu zedeleyen ve ayrı bir kişiliği bulunan limited şirketin öz varlığına zarar veren bir durum olması sebebiyle haklı sebep saymıştır¹¹⁹. Keza Yargıtay'ın önüne gelen başka bir davada¹²⁰ müdür, şirketi kendi şahsi borçları ve ortağı olduğu dava dışı şirketin borçları için kefil göstermiştir. Bu sebeple şirket borca batık hale gelmiştir. Yargıtay bu durumu haklı sebep olarak görmüştür. Bunun yanı sıra, daha çok aile yapılanması şeklinde kurulan limited şirket, güven duygusunun hâkim olduğu bir şirket tipidir. Şayet bu güvene aykırı bir davranış varsa, bu da ihlalin ağırlığını gösterir. Özellikle de müdürün şirketin malvarlığını kendi malvarlığı gibi kullanması yükümlülük ihlalinin ağırlaştırıcaktır. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta¹²¹ müdür, şirket hesabına gelen bedeli kendisinin ve eşinin hesabına aktarmış ve çekilen paranın aktarılma sebebini hukuki ve inandırıcı deliller ile kanıtlayamamıştır. Yargıtay, bu durumu müdürün şirkete karşı olan özen ve bağlılık yükümlülüğünün ağır şekilde ihlali olarak görmüştür. Keza kanun koyucu müdürün ve genel kurulun vazgeçilemez görevlerini belirlemiştir (TTK m. 616; m. 625). Şayet müdür, bu hükme uymaksızın, genel kurulun yerine geçerek kendisi karar vermiş ve şirket menfaatine aykırı bir karar almışsa ihlalin ağır olduğu kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, müdürün genel kurulun görev alanına girerek karar alması, kendisinde olmayan bir yetkiyi kullanması sebebiyle ihlalin ağırlaştığını gösterebilir. Örneğin somut bir

¹¹⁸ Haklı sebebin özellikle, müdürün şirketin çıkarlarını olumsuz yönde etkilemesi ve dolayısıyla müdür olarak görevlerini ihlal etmesi olduğu hususunda bkz. OETKER, **2021**, § 38 N. 29. Somut uyuşmazlıkta davalı müdür şirket kayıtlarını usulüne uygun tutmamış, şirketi herhangi bir mal ve hizmet almaksızın karşılıksız borçlandırmış, şirket paralarına kendine ait hesaptan işlem gördürmüş ve şirketin içini boşaltmıştır. Yerel mahkeme, davalı müdürün müdürlük yetki ve görevini gereği gibi ve usulüne uygun yerine getirmediği, görevini ihmal edip kötüye kullandığı, *kendi menfaatlerini şirket menfaatlerinin üzerinde tuttuğu* gerekçesiyle azil ile davalının Manavgat Sevgi Özel Sağlık Hizmetleri Turz. İnş. ve Tic. Ltd. Şirketi müdürlüğünden azline karar vermiştir. Yargıtay hükmün onanmasına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2018/365, K. 2019/3074, T. 17.04.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

¹¹⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2017/1736, K. 2019/972, T. 07.02.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

¹²⁰ Yargıtay 11. HD, E. 2015/15545, K. 2017/2667, T. 08.05.2017, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

¹²¹ Yargıtay 11. HD, E. 2020/1552, K. 2021/1980, T. 03.03.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

uyuşmazlıkta¹²² limited şirkette müdür, herhangi bir ortaklar kurulu kararı olmaksızın 3.500 TL olan brüt müdürlük ücretini 5.000 TL brüt ücret olarak arttırmıştır. Yerel mahkeme, şirketin faaliyet hacmi ve özvarlığı nazara alınarak ortaklar kurulu kararı olmaksızın şirket müdürünün maaşını arttırmasının kanun, sözleşme ve iyiniyet kurallarına aykırılık taşımadığı gerekçesiyle, bu durumu görevden alma açısından haklı sebep olarak görmemiştir. Yargıtay bu kararı bozmuştur. Öğretide bir görüş, mahkemenin müdürün azli yerine ücret zammını geri almasının çözüm olabileceğini, bu durumun haklı sebep sayılmayabileceğini ifade etmiştir¹²³. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira olayda müdür öncelikle genel kurulun yetkisinde olan bir karar olarak kanuna aykırı davranmıştır. İkinci olarak müdürlük görevini, şirket menfaatlerine aykırı olarak kendi lehine kullanmıştır. Dolayısıyla artık şirketin menfaati yerine kendi menfaatini düşündüğü için, görevden alınması açısından haklı sebep oluşmuştur.

İhlalin ağırlığı açısından kural olarak ihlalin süreklilik arz etmesi gerekmez. Tek bir görev ihlali bile ciddiye haklı bir sebep oluşturabilir¹²⁴. Örneğin Yargıtay müdürün, şirket kâr etmesine rağmen bir kerelik de olsa vergi borcunu ödememesini haklı sebep saymıştır¹²⁵. Buna karşılık, tek başına ele alındığında ağır ihlal oluşturmayan durumlar bir araya geldiğinde veya aynı ihlal tekrarlandığında, yükümlülüklerin ağır ihlalini oluşturabilir. Yargıtay da bazı yükümlülüklerin bir kere ihlalini haklı sebep olarak görmemiş; ancak aynı ihlalin tekrarlanmasını haklı sebep olarak görmüştür. Örneğin Yargıtay ortaklar kurulu toplantılarının TTK m. 617’de düzenlenen çağrı usulüne uygun olarak yapılmamasını müdürlükten azil bakımından tek başına haklı ve yeterli bir sebep olarak kabul etmemiştir¹²⁶. Buna karşılık Yargıtay yedi yıldır genel kurul toplantı

¹²² Yargıtay 11. HD, E. 2015/10727, K. 2016/5563, T. 23.05.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

¹²³ TEKİNALP, 2020, N. 22-50.

¹²⁴ STEPHAN / TIEVES, 2019, § 38 N. 86.

¹²⁵ Yargıtay 11. HD, E. 2017/1583, K. 2018/7374, T. 26.11.2018; Yargıtay 11. HD, E. 2015/15545, K. 2017/2667, T. 08.05.2017. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

¹²⁶ Yargıtay 11. HD, E. 2018/3681, K. 2019/5099, T. 09.09.2019. Yargıtay önüne gelen benzer bir uyuşmazlıkta 2013 ve 2014 yılı genel kurul toplantılarının yapılmamış olmasını tek başına müdürün azli gerekçesi olamayacağını belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2020/2027, K. 2021/4394, T. 25.05.2021. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 19.09.2021).

çağrısının yapılmamasını özen yükümlülüğünün ağır şekilde ihlali görmüş ve haklı sebep saymıştır¹²⁷. Kanaatimizce de Yargıtay'ın burada vermiş olduğu karar yerindedir. Zira genel kurulun bir kerelik toplantıya çağrılmaması, müdür ile şirket arasındaki ilişkinin çekilmez hâle geldiğini göstermez. Buna karşılık, ikinci karardaki gibi müdürün eyleme geçmesi gerekirken bunu ısrarla yerine getirmemesi yükümlülük ihlalini ağırlaştırır.

Müdürün görevden alınması açısından haklı sebep şirket menfaati açısından değerlendirileceğinden müdürler ile ortaklar arasındaki anlaşmazlıklar müdürün görevden alınması açısından yeterli değildir. Buna karşılık, müdür pay sahiplerinin kanun veya esas sözleşmeye dayanarak verdiği bir görevi ısrarla yerine getirmiyorsa, bu durum haklı sebep oluşturabilecektir¹²⁸.

cc. Şirketin İyi Yönetimi İçin Gerekli Yeteneğin Kaybı

TTK m. 630/2 uyarınca müdürün şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesi de haklı sebep sayılır. Şirketin yönetimi için yetersizliğin, objektif bir durumundan kaynaklanması yeterlidir. Müdürün kusurlu olup olmasının bu durumda bir önemi yoktur¹²⁹. Kanaatimizce şirketin iyi yönetimi için öncelikle müdürün şirketin işleyişini takip edebilecek durumda olması gerekir. Nitekim şirketin üst düzeyde yönetilmesi ve gerekli talimatların verilmesi, müdürlerin devredilemez görev ve yetkilerindedir [TTK m. 625/1(a)]. Başka bir deyişle müdürün, uzun süre şirketten uzak kalacak ve bu sebeple şirketin temsil ve yönetimini sürüncemede bırakacak olması görevden alma için haklı sebep oluşturur¹³⁰. Örneğin müdür, uzun süreli hastalığı, yeterli iletişim olanakları olmadan uzun süre devamsızlığı veya diğer önemli kişisel durumlarla

¹²⁷ “Şu hâlde, görevde bulunduğu 7 yıllık süreçte en temel vazifelerinden olan genel kurulun toplantıya çağrılması şeklindeki görevini yerine getirmeyen, bu husustaki özensizliği ve ihmali sürekli hale gelmiş davalı müdürün azline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2020/457, K. 2020/4823, T. 09.11.2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 18.09.2021).

¹²⁸ OETKER, 2021, § 38 N. 30.

¹²⁹ JORG, S. Florian, **Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR)**, (der. Schütz, Jürg G.), Stämpfli Verlag, Bern, 2015, Art. 539 N. 12, s. 79; HEILMEIER, 2021, § 38 N. 24; FELLMANN, Walter / MULLER, Karin, **Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/8**, (der. Heinz Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag, Bern, 2006, Art. 539 N. 55.

¹³⁰ ŞENER, 2017, s. 783.

daha çok ilgilenmesi sebebiyle şirketle ilgilenemiyorsa, haklı sebep oluşmuştur¹³¹. Bu açıdan şirket işleri yerine diğer konularda daha fazla vakit ayırmasının objektif gerekçesi olsa da bu objektif gerekçeye rağmen söz konusu durum haklı sebep oluşturabilir. Örneğin müdüre yakın bir kişinin hastalıkla ilgili bakımı gibi¹³². Bununla birlikte, müdür -kusurlu olarak veya kendi hatası olmaksızın- gerekli eğitimi alamazsa ve bu nedenle artık şirket yönetimiyle ilgili gereksinimlerle baş edemezse, işi düzgün bir şekilde yönetme yeteneğini de kaybeder¹³³. Bunun yanı sıra, yaşlılık¹³⁴, uzun süreli hapis cezası ve müdürün askere alınması da haklı sebep sayılır¹³⁵.

D. Mahkemenin Kararı

TTK m. 630/2 uyarınca müdürün görevden alınması için mahkemeye başvurulması zorunludur. Bu dava sürerken, görevden alınması istenen müdür görevini sürdürmeye devam eder. Buna karşılık, müdürün görevden alınması için haklı sebepler varsa - daha büyük hasarı önlemek için - genellikle birkaç saat veya en az birkaç gün içinde harekete geçmek gerekir¹³⁶. Yargılamanın genellikle uzun sürdüğü de göz önüne alındığında, bu durum TTK m. 630/2'nin işlevsiz hâle gelmesine sebep olmaktadır. Zira davayı sonuçlandırınca kadar şirket işlerine devam eden müdürün, şirket için geri dönüşü mümkün olmayan işlemlerde bulunması mümkündür. Örneğin bankadan kredi çekmesi, üçüncü kişilerden mal sipariş etmesi gibi. Bu sebeple, öğretilen davanın açılmasından önce ya da davayla birlikte, görevden alınması istenen müdür hakkında ihtiyati tedbir (geçici hukuki koruma) kararı istenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu sayede,

¹³¹ JORG, 2015, Art. 539 N. 13; JUNG, Peter, **Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR – VegüV**, (der. Roberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf), 3. Basım, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2016, Art. 539 N. 2; HANDSCHIN, Lukas / VONZUN, Reto, **Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften**, 4. Basım, Schulthess Verlag, Zürich- Basel - Genf 2009, Art. 539 N. 25; FELLMANN / MULLER, 2006, Art. 539 N. 55; BEURSKENS, 2019, § 38 N. 9; OETKER, 2021, § 38 N. 33; hastalık açısından aynı yönde bkz. ŞENER, 2017, s. 783.

¹³² HANDSCHIN / VONZUN, 2009, Art. 539 N. 25.

¹³³ FELLMANN / MULLER, 2006, Art. 539 N. 56; JUNG, 2016, Art. 539 N. 2; HANDSCHIN / VONZUN, 2009, Art. 539 N. 25; BEURSKENS, 2019, § 38 N. 9; OETKER, 2021, § 38 N. 33.

¹³⁴ FELLMANN / MULLER, 2006, Art. 539 N. 55.

¹³⁵ ŞENER, 2017, s. 783; tutuklanma açısından bkz. HEILMEIER, 2021, § 38 N. 24.

¹³⁶ SIFFERT / FISCHER / PETRIN, 2008, Art. 815 N. 5; KAYA, 2018, s. 5114.

muhtemel tehlikelerin önüne geçilmiş olunur¹³⁷. Bu bağlamda şirkete kayyım atanması veya şirket birden fazla müdüre sahipse, görevden alınması istenen müdürün yönetim ve temsil yetkilerinin dondurulması, bazı yetkilerinin sınırlandırılması gibi ihtiyati tedbir uygulamalarına gidilebilmesi mümkündür¹³⁸ (HMK m. 389 vd.). Mahkeme de şirketi zarara uğratabilecek ve telafisi mümkün olmayacak sonuçlardan kaçınmak adına, TMK m. 427/4 uyarınca, tüzel kişinin yönetim organından yoksun kalması ve yönetimi başka yoldan sağlayamaması halinde şirket yönetimi için kayyım atar. O halde, şirketin yönetim organının görevini gerektiği gibi yerine getirmemesinden hareketle açılan azil davasının yanı sıra, şirkette var olan bu boşluğun doldurulması için kayyım atanması talebinde de bulunulabilir¹³⁹.

Bunun yanı sıra, kayyım atanması talebinde bulunulmuşsa mahkemeler tarafından bu talebin zamanına da dikkat edilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁴⁰ davacı işbu davadaki talepleri karara bağlanana kadar davalının müdürlük görevinden tedbiren el çektirilmesini ve bu süreçte şirkete kayyım atanmasına karar verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme, davacı vekilinin tedbiren kayyım atanmasına ilişkin talebi yanılığılı değerlendirerek kararın kesinleşmesinden sonraki dönem için kayyım atanmasına karar vermiştir. Yargıtay somut olayda kayyım atanması talebinin, geçici olarak davanın devamı sırasında talep edilmiş olup hükümden sonra kayyım atanmasına ilişkin bir talep bulunmaması sebebiyle mahkemenin kararını davalı yararına bozmuştur.

Mahkeme davacının talebiyle bağlantılı olarak müdürün görevden alınmasına veya yetkilerinin sınırlandırılmasına karar verecektir. Mahkeme temsil yetkisini birlikte temsil yahut merkez veya şube işleri ile sınırlandırabilir (TTK m. 629/1; m. 371/3). Birlikte temsil ile temsil yetkisinin sınırlandırılması, yetkileri sınırlandırılan müdür ile diğer bir

¹³⁷ SIFFERT / FISCHER / PETRIN, 2008, Art. 815 N. 5; KRATZ, 2016, Art. 815 N. 2; WATTER, 2016, Art. 815 N. 12; ŞENER, 2017, s. 779; SEVİ, 2020, s. 446; KAYA, 2018, s. 5114; AKDENİZ, 2021, s. 127.

¹³⁸ KAYA, 2018, s. 5115.

¹³⁹ AKINCI, 2019, s. 123; SEVİ, 2020, s. 446.

¹⁴⁰ Yargıtay 11. HD, E. 2019/3736, K. 2020/1929, T. 24.02.2020. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2017/1736, K. 2019/972, T. 07.02.2019. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (erişim tarihi 17.09.2021).

ortağın yahut bir kayyımın birlikte imzaya yetkili kılınması şeklinde gerçekleşebilir¹⁴¹. Müdürün görevden alınması yönünde verilecek karar neticesinde, başka bir müdür bulunmaması sebebiyle şirketin organsız kalması durumu ile karşı karşıya kalınması hâlinde, eğer daha önceden şirkete bir yönetim kayyımı atanmamışsa, hükmün açıklanması ile birlikte bir kayyımın ataması şirketin menfaatleri bakımından gerekli olabilir¹⁴².

Mahkemenin müdürlük sıfatını kaldıran veya müdürün yetkilerini sınırlandıran hükmü, bozucu yenilik doğuran bir karardır¹⁴³. Etkilerini iç ilişkide hükmün kesinleştiği tarihte doğurur ve müdürün görevi bu tarihte sona erer. Dış ilişkide iyi niyetli üçüncü kişilere karşı etkisi ise tescil ve ilân tarihinden itibaren başlar¹⁴⁴. Mahkemenin davayı reddetmesi ise bir tespit sonucu doğurur.

II. MÜDÜRLERİN YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNİN MAHKEME TARAFINDAN KALDIRILMASI KARARININ MÜDÜRÜN TAZMİNAT HAKKINA ETKİSİ

TTK m. 630/4 uyarınca görevden alınan müdürün tazminat hakları saklıdır. İsviçre öğretisinde hükmün amacının OR Art. 815/1-2 (TTK m. 630/1-2)¹⁴⁵ bağlamında şirketler hukuku kapsamında herhangi bir zamanda görevden alınma olasılığının müdürün tazminat hakkı üzerinde hiçbir etkisinin olmadığını açıklığa kavuşturmak olduğu ifade

¹⁴¹ SEVİ, 2020, s. 447.

¹⁴² SEVİ, 2020, s. 447.

¹⁴³ ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n; SEVİ, 2020, s. 447.

¹⁴⁴ ÇAMOĞLU, 2020, N. 319; ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, 2019, N. 1718n; WATTER, 2016, Art. 815 N. 7.

¹⁴⁵ Şener, TTK m. 630/4'ün yerinin isabetli seçilmediğini ifade etmektedir. Yazara göre, bu düzenlemenin daha ziyade TTK m. 630/1 kuralıyla doğrudan bağlantısı olduğundan, onun TTK m. 630/2 olarak veya 630/1'de son cümle olarak düzenlenmesi kanun yapma tekniği bakımından daha isabetli olurdu (Bkz. ŞENER, 2017, s. 776; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 488). Biz haklı sebeple müdürün görevden alınması durumunda, haklı sebebin müdüre isnat edilememesi hâlinde müdürün tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağımızı savunduğumuz için bu görüşe katılmamaktayız.

edilmektedir¹⁴⁶. Buna göre, müdürle şirket arasındaki ilişki açısından bir yanda şirketler hukukuna tâbi bir organ olarak bir pozisyon varken, diğer yanda sözleşmeden doğan bir yükümlülük bulunmaktadır. Bu iki hukuki ilişki, birbirleriyle yakından ilişkili olsalar bile, köken, etki ve çözümlenme bakımından açıkça ayrı tutulmaktadır¹⁴⁷. Bu ayrıma bağlı olarak, TTK m. 630/4'te tazminat hakkının saklı tutulmasıyla müdürün görevinin geri alınmasının sözleşme ilişkisini değil; organ ilişkisini etkilediği anlatılmak istenmiştir¹⁴⁸. Bu bağlamda hükümde kastedilen, özellikle, üzerinde anlaşmaya varılmış bir ücret, kâr paylaşımı veya niteliği ne olursa olsun aralarındaki temel ilişkiden kaynaklanan tazminat taleplerinin saklı olduğudur¹⁴⁹. Başka bir deyişle, bu tür iddialar, somut olayın koşullara bağlı olarak, esas sözleşmenin bir hükmünden ve/veya bir iş sözleşmesi veya sözleşme ilişkisinden kaynaklanabilir¹⁵⁰.

TTK m. 630/4 bağlamında, haklı sebeple görevden alınan müdürün şirketten tazminat isteme hakkı olup olmadığı öğretilmelidir. Bir görüş¹⁵¹ müdürlerin mahkeme tarafından görevden alınması haklı bir sebebe dayandığı için görevden alınan müdürlerin tazminat hakkının olmayacağı yönündedir. Zira TTK m. 630/4 bağlamında tazminat istenebilmesinin ilk koşulu, müdürlerin görevden alınmasını gerektirecek objektif ve haklı bir sebebin bulunmamasıdır. Buna karşılık genel kurul haklı sebeplerle müdürü azletmişse, müdürün böyle bir tazminat talebi söz konusu olamaz¹⁵². Diğer

¹⁴⁶ ANDERMATT, 2009, s. 472; KRATZ, 2016, Art. 815 N. 4a; SIFFERT / FISCHER / PETRIN, 2008, Art. 815 N. 8; GASSER / EGGENBERGER / STÄUBER, 2016, Art. 815 N. 7.

¹⁴⁷ Urteil 130 III 213 des Bundesgerichts vom 09. Januar 2004. Bkz. <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/51199e13-998d-4199-be01-6493e3959e8c> (erişim tarihi 09.09.2021).

¹⁴⁸ ANDERMATT, 2009, s. 472; SIFFERT / FISCHER / PETRIN, 2008, Art. 815 N. 8; GASSER / EGGENBERGER / STÄUBER, 2016, Art. 815 N. 7; KRATZ, 2016, Art. 815 N. 4a.

¹⁴⁹ GASSER / EGGENBERGER / STÄUBER, 2016, Art. 815 N. 7; KRATZ, 2016, Art. 815 N. 4.

¹⁵⁰ KRATZ, 2016, Art. 815 N. 4.

¹⁵¹ BİLGİLİ / DEMİRKAPI, 2013, s. 682; ŞENER, 2017, s. 776; ŞENER, 2019, s. 707; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, 2022, s. 488; YILDIRIM, 2008, s. 195; KAYA, 2018, s. 5125; SEVİ, 2020, s. 449.

¹⁵² ŞENER, 2017, s. 776.

görüş¹⁵³ müdürün mahkeme tarafından görevden alındığı her durumda haklı sebebin varlığı dolayısıyla tazminat isteyemeyeceğini söylemenin doğru olmayacağı yönündedir. Bu görüşe göre, tazminatın söz konusu olup olmayacağına ölçüt, haklı sebebin ortaya çıkmasında müdürün kusurlu olup olmadığıdır. Dolayısıyla haklı sebebin doğmasında kusuru olmadığı hâllerde, müdürün tazminat alma hakkına sahip olabileceğinin kabulü gerekir. Yine bu görüşe göre, böyle bir kabulü doğuran neden, kanunda kullanılan “haklı sebep” ifadesinin, karşı tarafın her zaman haksız olacağı yönünde bir kanı uyandırmasıdır. Kanaatimizce TTK m. 630/4 bağlamında müdürün şirketten tazminat istemesi açısından ikili bir ayrıma gidilmelidir. Şayet müdürün görevden alınmasını gerektiren haklı sebep, müdürün şirketle arasındaki sözleşme ilişkisinin sona erme sebebinin müdüre isnat edilebilmesine neden oluyorsa, müdürün tazminat hakkının olmadığına karar verilmelidir. Başka bir deyişle, müdürün kusuru aranmalıdır. Aksi takdirde, müdür tazminata hak kazanır. Kanaatimizce öğretide savunulduğu¹⁵⁴ gibi, TTK m. 630/2 uyarınca müdürün görevden alınması hukuken vekilin uygun olmayan zamanda azli olarak nitelendirilse bile bu sonuca varılamaz. Zira haklı sebep olgusunun varlığı tek başına tazminat ödeme yükümlülüğünü kaldırmaya yetmez. Buna göre, haklı sebep oluşturan olgunun muhataba isnat edilebildiği hâllerde uygun olmayan zamanda sona erme ileri sürülememekte ancak bunun dışındaki sebepler söz konusu olduğunda tazminat ödeme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Böyle bir durumda hâkim takdir yetkisini kullanarak ödenecek tazminat miktarında indirimde gidebilir¹⁵⁵. Bu görüşümüzü TTK m. 630/3’te haklı sebep örnekleri arasında müdürün şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneğinin kaybına yer verilmesi de desteklemektedir. Zira bu yeteneğin kaybı önceden öngörülemeyen uzun süreli bir hastalık suretiyle de gerçekleşebilir. Bu durumda, müdürün görevden alınması için haklı sebep oluşsa bile, bu durumun onun kusurundan kaynaklandığı ileri sürülemez.

¹⁵³ AKDENİZ, 2021, s. 141; uygulamada görevden alma, işten çıkarılan kişiyle ilgili haklı sebeplerden kaynaklanıyorsa tazminat talebini ortadan kaldıracağından, bu tür bir tazminatın kural olarak uygulanmaması gerekir. Bkz. SIFFERT / FISCHER / PETRIN, 2008, Art. 815 N. 8.

¹⁵⁴ TTK m. 630/4 kuralı vekâlet sözleşmelerine ilişkin TBK m. 512 kuralının müdürler bakımından bir yansıması niteliğindedir. Bkz. ŞENER, 2017, s. 776; SEVİ, 2020, s. 449.

¹⁵⁵ SARI, Suat, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 178-182.

Şirket ile müdür arasındaki ilişki hizmet veya daha çok vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu nitelendirmeye göre, tazminata ilişkin kurallar belirlenecektir. Burada müdürler tarafından istenecek olan menfi zarardır¹⁵⁶.

SONUÇ

Limited şirkette yönetim ve temsil organı müdürlerdir (TTK m. 623/1). TTK m. 630'da ortak veya üçüncü kişi müdür ayrımı yapılmaksızın, müdürlerin görevden alınması veya yönetim ve temsil yetkilerinin sınırlandırılması düzenlenmiştir. Buna göre, müdürler genel kurul kararıyla veya haklı sebeplerin varlığı halinde her ortağın talebiyle mahkeme kararıyla görevden alınabilir. Bu çalışmada da ortağa tanınan bu dava hakkı incelenmiştir (TTK m. 630/2).

Ortağa tanınan bu dava hakkı ile şirket organlarının işlevselliğinin korunması ve şirketin devamlılığının sağlanması amaçlanmıştır. Bunun yanı sıra, öğretide bu dava hakkı ile çoğunluk gücünün de sınırlandırıldığı ifade edilmektedir. Kanaatimizce TTK m. 630/2, şirketin devamlılığını sağlamak ve çoğunluk gücünün sınırlandırılması açısından işlevsel bir düzenleme değildir. Zira haklı sebeplerin varlığında mahkeme müdürü görevden alacaktır; ancak mahkemenin görevden alınan müdür yerine yenisini atama yetkisi yoktur. Keza hükümde dava açan ortağa da müdür atama yetkisi verilmemiştir. Böylece TTK m. 630/2'ye başvuran ortak açısından şirketin yönetim ve temsiline ilişkin aynı sorunlar devam edecektir. Genel kurulun daha önceki müdürle benzer niteliklere sahip bir müdür ataması durumu, ortağın haklı sebeple şirketin feshini istemesi yoluna başvurmasını sağlayabilir (TTK m. 636/3). Bu durumda mahkemenin duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüme karar verme yetkisi kapsamında mahkeme şirkete müdür de atayabilir. Bu bağlamda, kanaatimizce ortak açısından TTK m. 630/2'ye başvurmak yerine TTK m. 636/3 uyarınca şirketin haklı sebeple feshini istemek daha işlevsel olacaktır.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde dava açma hakkı ortaklara verilmiştir (TTK m. 630/2). Ortak sıfatına sahip olma, bu davanın dinlenme şartı olup, davanın sonuna kadar,

¹⁵⁶ ŞENER, 2017, s. 776.

yani davanın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar bu sıfatın korunması gerekir. Bu sebeple, dava esnasında davacının limited şirket ortağı sıfatını kaybetmesi durumunda davanın reddi gerekir. Kanaatimizce payın devri hâlinde de yeni ortak davaya devam edebilmelidir. Zira ilk olarak TTK m. 630/2’de davanın açılması için aranan tek koşul ortak sıfatına sahip olunmasıdır. Payını devralan kişi de, ortak sıfatını haiz olacaktır. Bunun yanı sıra hükmün şirket menfaatini koruma amacı ve usul ekonomisi ilkesi de bunu gerektirir. Ayrıca ortakların müdürün mahkeme tarafından yönetim ve temsil yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılması davasını açabilmeleri için, öncelikle ortaklar kurulundan talepte bulunmaları gerekli değildir. Bununla birlikte, Yargıtay’ın bu konuda farklı görüşleri bulunmaktadır. Bu sebeple, bu konuda içtihatların birleştirilmesi gereklidir.

TTK m. 630/2 bağlamında davalı limited şirket olmalıdır. Yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılması talep olunan müdür davaya davalı limited şirket yanında fer’i müdâhil olarak katılmalıdır (HMK m. 66). Zira müdürlerin hukuki durumu görevden alınma davasının kaybedilmesinden olumsuz şekilde etkilenecektir. Bu sebeple, müdürlerin davaya fer’i müdâhil olarak katılmalarında hukuki yararları olduğunu kabul etmek gerekir.

Haklı sebep kavramı müdürlerin görevlerinin sona ermesi açısından TTK’de tanımlanmamış; ancak TTK m. 630/3’te örnekleri gösterilmiştir. Bu sebeple, haklı sebebin tayininde haklı sebep kavramından yararlanılmalıdır. Müdürün görevden alınması açısından haklı sebep, müdürün görevde kalmasının şirket için çekilmez bir hâl almasına neden olan her türlü sebeptir. Haklı sebebin tespitinde şirket menfaati belirleyicidir. Haklı sebeplerin ortaya çıkmasında müdürlerin kusuru veya şirketin zarar görmesi şart değildir.

TTK m. 630/2’de ilk olarak müdürün, özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi haklı sebep olarak sayılmıştır. Buna göre, haklı sebebin oluşumu için öncelikle müdürün yükümlülüklerini ihlal etmesi gerekir. Bu yükümlülükler kanundan veya şirket sözleşmesinden doğabilir. “Ağır bir şekilde” ifadesinin kullanılmasıyla, görevden alınma nedeninin ne zaman “haklı” olarak kabul edileceğinin bir ölçüsü verilmek istenmiştir. Buna göre durumun, şirketin müdürü, müdürler kurulundaki konumunda tutmasının

makul olmayacağı kadar ağır olması talep edilmelidir. Kanaatimizce burada ihlalin ağırlığı açısından şirket menfaati ön plandadır. Şayet şirket menfaati yerine bir başkasının menfaatini tercih ediyorsa ihlalin ağır olduğu kabul edilmelidir.

TTK m. 630/2 uyarınca müdürün şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneğin kaybetmesi haklı sebep sayılır. Şirketin yönetimi için yetersizliğin, objektif bir durumundan kaynaklanması yeterlidir. Kanaatimizce şirketin iyi yönetimi için, öncelikle müdürün şirketin işleyişini takip edebilecek durumda olması gerekir.

TTK m. 630/2 uyarınca müdürün görevden alınması için mahkemeye başvurulması zorunludur. Bu dava sürerken, görevden alınmak istenen müdür/müdürler görevlerini sürdürmeye devam eder. Bu sebeple, öğretilen davanın açılmasından önce ya da davayla birlikte, görevden alınması istenen müdürler hakkında ihtiyati tedbir (geçici hukuki koruma) kararı istenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce bu durum, hükmün zayıf noktalarından birini oluşturmaktadır. Zira müdürün görevde kalması şirket için çekilmez bir hâl almasına rağmen müdür derhal görevden alınamamaktadır. Bunun yerine çözüm, kayyım atanmasına karar verecek hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu bağlamda, hükmün işlevsel hâle gelebilmesi hâkimlerin uygulamasına bağlı olacaktır.

TTK m. 630/4 uyarınca görevden alınan müdürün tazminat hakları saklıdır. Hükümde tazminat hakkının saklı tutulmasıyla müdürün görevinin geri alınmasının sözleşme ilişkisini değil; organ ilişkisini etkilediği anlatılmak istenmiştir. Bu bağlamda hükümde kastedilen, özellikle, üzerinde anlaşmaya varılmış ücret, kâr paylaşımı veya niteliği ne olursa olsun aralarındaki temel ilişkiden kaynaklanan tazminat taleplerinin varlığını sürdüreceğidir. Bu sebeple, müdürün görevden alınması açısından haklı sebebin varlığı, aynı zamanda müdürün tazminat hakkının da ortadan kalkmasına sebep olmaz. Bu durumda incelenmesi gereken, haklı sebebin, müdürün kusuru sebebiyle oluşup oluşmadığıdır.

KAYNAKÇA

- AKDENİZ, Umut, **Limited Şirketlerde Müdürün Görevden Alınması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AKINCI, Elif, **Limited Şirketlerde Müdürün Azli**, Sayram Yayınları, Konya, 2019.
- ALTMPEPEN, Holger, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar**, 10. Basım, C. H. Beck, München, 2021.
- ANDERMATT, Adrian, “Beschränkung Der Geschäftsführung auf Einen Einzelnen Gesellschafter bei der GmbH Unter besonderer Berücksichtigung der Abberufung des geschäftsführenden Gesellschafters”, **Der Schweizer Treuhänder**, Yıl: 2009, Sayı: 6-7, (s. 470-473).
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema vd., **Medenî Usul Hukuku**, 7. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ARSLANLI, Halil / DOMANIÇ, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler (TTK m. 475-484) Limited Şirketler (TTK m. 503-556)**, Temel Yayınları, İstanbul, 1989.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 15. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- BEURSKENS, Michael, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG**, (der. Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred), 22. Basım, C. H. Beck, München, 2019.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.
- CERRAHOĞLU, M. Fadlullah, **Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Limited Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, İstanbul, 1976.

- ÇAMOĞLU, Ersin, “Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Emredici Niteliği”, **Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1978, (s. 289-307).
- ÇAMOĞLU, Ersin, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ÇAMOĞLU, Ersin, **Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ERCAN, İsmail, **Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, 6. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- FELLMANN, Walter / MULLER, Karin, **Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/8**, (der. Heinz Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag, Bern, 2006.
- FEUZ, Christoph, **Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH**, (der. Peter Forstmoser) Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2017.
- GASSER, Urs / EGGENBERGER, Christian / STÄUBER, Richard, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (der. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), Orell Füssli Verlag, 3. Basım, Zürich, 2016.
- HANAĞASI, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- HANDSCHIN, Lukas / TRUNIGER, Christof, **Die GmbH**, 3. Basım, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2019.
- HANDSCHIN, Lukas / VONZUN, Reto, **Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften**, 4. Basım, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2009.
- HEILMEIER, Matthias, **BeckOK GmbHG**, (der. Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten/Pöschke, Moritz), 49. Basım, C. H. Beck, München, 2021.

- JORG, S. Florian, **Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR)**, (der. Schütz, Jürg G.), Stämpfli Verlag, Bern, 2015.
- JUNG, Peter, **Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR – VegüV**, (der. Roberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf), 3. Basım, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2016.
- KANDIRALIOĞLU CUYLAN, Pınar Çağla, “Müdürlerin Haklı Sebeplerin Varlığı Halinde Azli veya Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 16, Sayı: 2, (s. 71-95).
- KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Temsili**, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- KAYA, Ali, “Limited Şirket Müdürünün Haklı Sebeple Mahkeme Kararıyla Azli ve Azlin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 16, Sayı: 191, (s. 5087-5140).
- KRATZ, Brigitta, **GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR und BEG**, (der. Riberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf), 3. Basım, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2016.
- KURU, Baki/AYDIN, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- OETKER, Hartmut, **Gesellschaftsrecht**, (der. Henssler, Martin/Strohn, Lutz), 5. Basım, C. H. Beck, 2021.
- ÖNEN, Ergun, **İnşai Dava (İnşai Hak-İnşai Dâva-İnşai Hüküm İnşai Tesir)**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler**, 15. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi, C. IV**, 4. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- SARI, Suat, **Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.
- SELİÇİ, Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- SEVİ, Ali Murat, “Limited Şirkette Müdürün ve Diğer Yöneticilerin Yönetim ve Temsil Yetkilerinin Mahkemece Kaldırılması veya Sınırlandırılması”, (der. Alışkan, Murat/Mersin, Bilge Utkan/Sarıkaya, Sinan), **Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu** (Tebliğler-Tartışmalar, 19 Haziran 2019), On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, (s. 421-454).
- SIFFERT, Rino / FISCHER, Marc Pascal / PETRIN, Martin, **GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008.
- STEPHAN, Klaus Dieter / TIEVES, Johannes, **Münchener Kommentar zum GmbHG**, (der. Fleischer, Holger/Goette, Wulf), 3. Basım, C. H. Beck, München, 2019.
- ŞENER, Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 4. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- WATTER, Rolf, **Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR**, (der. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf), 5. Basım, Helbing Lichtenhahn, Zürich, 2016.
- WICKE, Hartmut, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)**, 4. Basım, C. H. Beck, München, 2020.
- YAVUZ, Mustafa, “Limited Şirketlerde Müdürlerin Mahkeme Kararıyla Azli”, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 282, (s. 72-79).

YILDIRIM, Ali Haydar, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008.

YILDIRIM, Ali Haydar, **6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.

YILDIZ, Şükrü, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007.

SİGORTACININ BİLGİLENDİRME VE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

INSURER'S INFORMATION AND ENLIGHTMENT OBLIGATION

Hakemli Makale
Adem ASLAN*

İÇİNDEKİLER

I. GENEL OLARAK BİLGİLENDİRME VE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	340
A. Terminoloji.....	340
B. Bilgilendirme İhtiyacı	341
C. Mevzuat ve Konuya İlişkin Uluslararası Mevzuat	342
D. Konuya İlişkin Mevzuat	343
II. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜSÜ	344
III. BİLGİLENDİRİLMESİ GEREKEN KİŞİLER.....	344
IV. BİLGİLENDİRME ŞEKLİ VE ZAMANI	345
A. Bilgilendirmenin Şekli	345
B. Bilgilendirilme Zamanı	346
C. Bilgilendirmenin Kapsamı	347
D. Bilgilendirmenin İçeriği	348
V. BİLGİLENDİRME VE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ	349
A. İtiraz Süresi	349
1. Sözleşme Öncesi Dönemde İtiraz.....	349
2. Sözleşme Sonrası Dönemde İtiraz.....	351
3. Sözleşmeye İtiraz Etmenin Sonucu	351
4. Sözleşmeye İtirazın Süresinden Sonra Yapılması	353
B. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları.....	353
SONUÇ.....	357
KAYNAKÇA.....	358

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1107224

Makalenin Geliş Tarihi: 22.04.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 30.07.2022

* Dr., Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi.

ÖZ

6102 sayılı TTK'nın 1423. Maddesinde düzenlenen bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü sigortacıların en önemli yükümlülüklerinden birisidir. Bir önceki düzenleme olan 6762 sayılı TTK'da sigortacıların bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüklerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmuyordu. Ancak, 6102 sayılı TTK zamanında ise sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü "aydınlatma" terminolojisi kullanılarak Kanunun 1423. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Ancak konu yeni Kanun'da özel olarak düzenlenmiş ise de, bu yükümlülüğün ihlali halinde yapılabilecek olan itiraz hakkının 14 günle sınırlandırılmış olması önemli bazı yeni sorunları gündeme taşımıştır. Bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu da söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatma, bilgilendirme, itiraz süresi, kanun boşluğu.

ABSTRACT

Insurer's information and enlightenment obligation, regulated in Article 1423 of the Turkish Commercial Code, is one of the most important obligations. There was no special rule related to "Information and enlightenment obligation" in the previous Turkish Commercial Act (TCA) Nr. 6762. But, another act so to say Insurance Act Nr. 5684, enforced 03rd June of 2007 has regulated the topic in the article of 11 and Information Directive. The purpose article 1423 of TCA are to highlight the problems of the insured which may arise in practice with respect to this provision and to suggest solutions. *Nevertheless, new Act has created new problems limiting objection right within fourteen days incase of the breach of obligation. It can be said a legal gap in the article.*

Keywords: Information and enlightenment obligation, objection period, legal gap.

I. GENEL OLARAK BİLGİLENDİRME VE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Terminoloji

6102 sayılı TTK'nın 1423. Maddesinde sigortacının borç ve yükümlülükleri arasında, sigorta ettirene karşı “Aydınlatma Yükümlülüğü” de sayılmıştır. TTK'nın 1423/1. Maddesinde, önemli hususlarda sigortacının “yazılı bilgilendirme” yapma yükümünden, 1423/2. Maddesinde ise “aydınlatma açıklaması” verme yükümünden bahsedilmiştir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11/3. Maddesinde ise sigortacının “bilgilendirme” yükümünden bahsedilerek konunun yönetmelikle düzenleneceğinden belirtilmiştir. SK'ya dayalı olarak çıkartılan Sigorta Sözleşmeleri Bilgilendirme Yönetmeliği (SSBY 2007 T.), Mesafeli Sigorta Sözleşmeleri Yönetmeliği (MSSY 2014), Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği (ÖSSY 2013), Bireysel Emeklilik Sistemi Yönetmeliği (BESY 2012) ve Finansal Hizmetler Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (FHMSY 2015) “sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü” terminolojisini kullanmıştır.

Her ne kadar “aydınlatma” ve “bilgilendirme” tabirleri aynı kavramlar gibi durmakta ise de esasen aralarında önemli bir anlam farkı bulunmaktadır. Bu bağlamda “bilgilendirme” tabiri, *herhangi bir yorum katmaksızın belirli bir hususta bilginin başkalarına aktarılması*, “aydınlatma” tabirini ise *herhangi bir yönlendirme içermeksizin, bilginin, anlaşılmayı sağlayacak şekilde açıklanarak başkalarına aktarılması* olarak tanımlamak mümkündür¹.

“Aydınlatma” kavramı, “bilgilendirme” kavramını da içeren üst kavramdır. Esasen bilgilendirme yükümlüsünün sigorta ettirene veya sigortalıya danışmanlık yapma borcu yoktur. Gerekli ve doğru bilgileri vermekle birlikte borç sona erer. Ancak aydınlatma yükümlüsü, sadece doğru bilgileri vermekle borcu bitmez, ayrıca açık ve anlaşılır olmayan konulara açıklık getirme ve kendisine danışıldığına doğru ve anlaşılır şekilde bilgi verme borcu bulunmaktadır. Aydınlatma borcu, “tavsiyede bulunma” veya “doğru hedefe yöneltme” borcu anlamına gelmez². Fiiliyatta TTK'daki “aydınlatma” terimi, Sigortacılık Kanunu ile Yönetmelikler deki “bilgilendirme” terimi ile aynı anlamda kullanılmıştır.

¹ YAZICIOĞLU, Emine, “Sigortacının Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku ile Sigorta Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (19-20 Haziran 2014)**, İnönü Üniversitesi Yayınları, Malatya, 2014, s.198-199. Alman Sigorta Denetim Kanunu'nda (VAG-Versicherungsaufsichtsgesetz) da sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü “aufklärung – açıklama/aydınlatma” ve “Beratung- tavsiyede bulunma” şeklinde ifade edilmiştir.

² ULUĞ CİCİM, İlknur, Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, **Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu (8-10 Kasım 2017)**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2018,

B. Bilgilendirme İhtiyacı

Sadece sigorta sözleşmelerinde değil, diğer tüm sözleşmelerde de âkit tarafların, sözleşme ile ilgili önemli hususlarda akdin yapılmasından önce birbirlerini doğru şekilde bilgilendirmeleri, hatta gerekli bilgileri verme yükümlülüğü dürüstlük kuralının bir gereğidir. Bu bilgiler, şayet âkidin sözleşme öncesinde bilmesi halinde akdi hiç yapmayacağı veya farklı koşullarda yapacağı, onu zarara sokabilecek nitelikte önemli bilgiler olmalıdır. Tarafların bu sorumluluğu öğreti ve uygulamada “Culpa In Contrahendo” sorumluluk olarak da nitelendirilmektedir.

Sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin ya da sigortalının bilgilendirilmesi özel önem arz etmektedir. Bu önemin ekonomik, sosyal ve hukuki sebepleri bulunmaktadır.

Öncelikle sigorta sözleşmelerinde ürün çeşitliliği çok fazla olup, temelde aynı sigorta konusu değeri teminat altına alan ve sigortalısına göre değişen farklı sigorta türleri bulunmaktadır. Sigorta sözleşmeleri gerek tüketici sigortalarında, gerekse ticari sigortalarda kişinin ya da ticari işletmenin ekonomik geleceği açısından çok önemli sonuçlar doğuran birçok önemli değerleri teminat altına almaktadır. İleride doğabilecek sürpriz zararların kompanse edilmesi ve gerek mikro gerekse makro ekonomik dengeleri sarsmaması açısından sigorta sözleşmelerinin hak ve menfaatler dengesine uygun koşullarda yapılması gerekir. Önemli ekonomik sonuçları olan bu tür sözleşme tekliflerinin ciddi surette incelenebilmesi ve değerlendirilebilmesi sigorta ettirenlerin uygun bir şekilde bilgilendirilmeleri ve aydınlatılmalarını gerektirir. Basiretli tacir ilkesinden hareketle, sigorta ettirenin tacir olması, yeteri kadar bilgilendirilmemesini haklı ve meşru kılmaz. Zira pek çok kendine has kavramı bünyesinde barındıran sigortacılık faaliyetleri özel uzmanlığı gerektiren bir alandır.

Sigorta ettirenin bilgilendirilmesi bazen sosyal bir amacın gereğidir. Özellikle tüketici sigortalarında durum böyledir. Sigorta hukukunda zayıfı koruma ilkesinin bir gereği olarak tüketiciler sigortaya ilişkin hususlarda çok açık bir şekilde bilgilendirilmelidir. Her bir sigorta dalında çok farklı kanun maddeleri ve sigorta genel şartları bulunabilmektedir. Farklı dallarda birçok değişik hüküm barındıran sigorta hukukunda, imzalanan sigorta sözleşmelerinin hangi

s.652. Yazar, aydınlatma yükümlülüğünün “tavsiyede bulunma” yı da kapsadığını savunmaktadır. Aynı yönde bkz. ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.215.

teminatları hangi koşullarda sağlayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması ve bu amaçla sigorta ettirenlerin ve sigortalıların yeteri kadar bilgilendirilmelerini gerekli kılar³.

Hukuki açıdan ise, sigorta sözleşmelerinin pek çok önemli ve kendine has kuralları bulunmakta, bazen muafiyetler, bazen istisnalar ve çoğu zaman da yoruma dayalı kurallar içermektedir. Bu kurallardan bazıları Kanun'da, bazıları sigorta genel şartlarında, diğer bazıları ise poliçe özel şartlarında yer alabilmektedir. Özellikle sigorta genel şartları genel ve soyut niteliği itibarıyla her bir sigorta türünde farklı kavram ve koşullar içermektedir⁴. Sigorta sözleşmelerinde, bilgi ve tecrübe eksikliği sebebiyle sigorta ettirenler bazı durumlarda hiç arzu etmedikleri gereksiz riskleri teminat altına alabildikleri gibi, bazen de gerçekten arzuladıkları ve küçük bir prim farkıyla mümkün olan riskleri teminat altına aldırma güçlüğü yaşayabilmektedirler. Bu açıdan sözleşmenin her iki tarafında önemli ölçüde bilgi eşitsizliği bulunmaktadır. O nedenle ki, sigorta sözleşmelerinde "bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü" kanunla ve yönetmelikle özel olarak düzenlenmiştir. Bu yükümlülük, alanında uzman, bilgili ve güçlü taraf olarak sigortacıya yüklenilmiştir. Sigortacıya sigorta ettirene bir nevi danışmanlık yapma görevi verilmiştir⁵.

Bilgilendirme ihtiyacı bazen sigorta sözleşmesinin devamı sırasında, bazen de riziko gerçekleştikten sonra da ortaya çıkabilmektedir.

C. Mevaz ve Konuya İlişkin Uluslararası Mevzuat

Sigorta hukukunun diğer birçok müessesesi gibi "aydınlatma yükümlülüğü" de AB Direktiflerine dayanmaktadır. TTK'nın 1423. Maddesinin gerekçesinde, Alman Sigorta Denetim Kanunu⁶ mevaz alınmış ise de, buradaki yasal düzenlemelerin TTK'daki düzenlemeden farklı olduğuna vurgu yapılmıştır⁷.

03.06.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu da AB'nin konuya ilişkin müktesebatı dikkate alınarak düzenlenmiştir. Keza Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik de 2002/92 sayılı AB Yönergesi dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bunun

³ ULUĞ CİCİM, 2018, s.655.

⁴ YAZICIOĞLU, 2014, s.200.

⁵ ÜNAN, 2016, s.186.

⁶ <https://dejure.org/gesetze/VAG>

⁷ YAZICIOĞLU, 2014, s.194-198.

yanında, AB'nin 73/239, 88/357 ve 92/49 sayılı yönergeleri de bilgilendirmeye ilişkin hükümler ihtiva etmektedir.

1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu, AB yönergeleri doğrultusunda 2008 yılında yeniden düzenlenmiş ve konuya ilişkin olarak, sigortacıların sadece bilgilendirme değil, sigorta ettirenlere karşı “danışmanlık –Beratung” yapma görevinin de bulunduğu ifade edilmiştir⁸.

D. Konuya İlişkin Mevzuat

Türk hukukunda sigortacıların bilgilendirme yükümlülüğü ilk defa mülga 21.12.1959 tarih ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'na 11.06.1987 tarih ve 3379 s. K. ile eklenen Ek. 2. Maddesine istinaden çıkartılan yönetmelikle düzenlenmiştir⁹.

Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin ilk kanuni düzenleme 03.06.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11/3. Maddesi olmuştur. Bu kanuna dayalı olarak çıkartılan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye Dair Yönetmelik (Bilgilendirme Yönetmeliği) yürürlüğe konulmuştur¹⁰. Yönetmelik daha sonra 2020 yılında yenilenmiştir¹¹. Konuya ilişkin ayrıca Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetler ve Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik (SKDFMSSY 2021), Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği (ÖSSY 2013) ve Bireysel Emeklilik Sistemi Yönetmeliği (BESY 2012) yönetmelikleri de yürürlüğe konulmuştur.

Bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünün düzenlendiği diğer bir yasal düzenleme ise 6102 sayılı TTK'nın 1423. Maddesidir. Bu madde, TTK'nın 1452/3. Maddesi uyarınca, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyen, nispi emredici bir düzenlemedir¹².

Uygulamada, tüm yasal birincil ve ikincil mevzuatların hep birlikte dikkate alınması gerekmektedir. TTK 1423 bir kanun hükmü olmakla birlikte uygulanacak müeyyide SK 11'e dayalı olarak çıkartılan Bilgilendirme Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

⁸ <https://dejure.org/gesetze/VVG/8.html>

⁹ R.G.- 26.06.2006 tarih ve 26360 s.

¹⁰ R.G. – 28.10.2007 tarih ve 26684 s.

¹¹ R.G. – 14.02.2020 tarih ve 31039 s.

¹² YETİŞ ŞAMLI, Kübra, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Cevdet Yavuz'a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 2982,

II.BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜSÜ

Hem 6102 sayılı TTK'nın 1423 ve hem de SK'nın 11/3 maddesinde sigorta sözleşmelerinde bilgilendirme yükümlüsü “sigortacı ve acentesi” olarak gösterilmiştir. Bilgilendirme yükümlüsü Bilgilendirme Yönetmeliğinde de aynı şekilde düzenlenmiştir.

Sigortacılar adına sözleşme yapma yetkisi bulunan acenteler yönünden bilgilendirme yükümlüsü hem sigortacılar hem de acenteleridir¹³. Her acente değil, ancak sözleşme görüşmesi yapma yetkisi olan veya en azından böyle bir yetkisi olmasa da sözleşme görüşmelerinde bulunan acenteler bilgi verme yükümlüsü olarak görülmelidir. Bununla birlikte sözleşme yapma yetkisi bulunmayan acenteler sadece sözleşme görüşmelerinde bulunmamişsa bilgilendirme yükümlüsü olarak kabul edilemez¹⁴.

Tevali eden sigorta sözleşmelerinde teminat ve rizikonun kapsamı hakkında bir değişiklik yapılmıyorsa, her yeni sözleşmede sigortacının tekrar bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünden söz edilemez. Diğer bir anlatımla önceki sözleşme ilişkisi bilgilendirme yükümünü ortadan kaldırır¹⁵.

Öğretide, sigorta sözleşmesinin bir broker aracılığı ile yapılması halinde brokerların da sigorta ettirene karşı bilgilendirme yükümlülüğü altında olduğu savunulmuştur¹⁶.

III.BİLGİLENDİRİLMESİ GEREKEN KİŞİLER

6102 sayılı TTK'NIN 1423. Maddesinde sigortacının bilgilendirme yapacağı kişi “sigorta ettiren” olarak gösterilmiştir. Bilgilendirme Yönetmeliğinde de konu bu şekilde düzenlenmiştir. Sözleşme görüşmelerini yapan kişinin sigorta ettiren olması nedeniyle sözleşme öncesi bilgilendirme ve aydınlatmanın da bu kişiye yapılması doğal ve normal olanıdır. Ancak sigorta ettiren bu konuda sigortalının da bilgilendirilmesini istemiş ise bu kişinin de mutlaka bilgilendirilmesi gerekir.

¹³ Sigorta acentelerinin TTK 1423 m. uyarınca bilgilendirme yükümlüsü yapılmasına yönelik eleştiri hakkında bkz. YAZICIOĞLU, 2014, s. 204-205.

¹⁴ YAZICIOĞLU, Emine, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Sigorta Hukuku Sempozyumları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.400.

¹⁵ ÜNAN, 2016, s.224 vd.

¹⁶ ULUĞ CİCİM, 2018, s.659.

Sözleşmenin devamı sırasında veya riziko gerçekleşikten sonra bilgi ihtiyacı olan kişilerin sigortalılar olması nedeniyle, bilgilendirmenin muhatabının da bu kişiler olarak görülmesi gerekir¹⁷. Öte yandan bazı durumlarda ipotek alacaklıları ile daimi mürtehin sahiplerinin de bilgilendirilmesi gerekir.

IV.BİLGİLENDİRMENİN ŞEKLİ VE ZAMANI

A. Bilgilendirmenin Şekli

Kural olarak bir hususta bilgilendirme 6102 sayılı TTK'nın 1423. Maddesinde sigortacının yapacağı bildirim "yazılı" olarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸. SK'da sigortacının yapacağı bilgilendirmenin şekli ve içeriği konusunda doğrudan bir düzenleme getirilmemiş, bu hususun yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu hususta Bilgilendirme Yönetmeliğinin 5. Maddesi uyarınca, bilgilendirmenin sözlü ve yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Ancak aslolan yazılı bilgilendirmedir¹⁹ ve ispat açısından yazılı olarak yapılmasında fayda bulunmaktadır.

Bilgilendirme konusunda önemli hususlardan birisi de, elektronik ortamda yapılacak bildirimlerdir. Diğer bir anlatımla yazılı olarak yapılacak bildirimlerin e-mail ya da sosyal medya hesapları (whatsapp, facebook, vs.) üzerinden yapılıp yapılamayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunun için her şeyden önce tarafların fiziken karşı karşıya gelmelerinin söz konusu olmaması veya işin mahiyetinin bunu gerektirmesi gerekir. Ayrıca, yapılacak bilgilendirmenin bilgisayar, laptop, cep telefon gibi donanımlarda "kalıcı veri saklayıcısı" vasıtalar veya programlar (CD, hard disk, e-posta vs.) ile olması gerekir. Öte yandan, manyetik veya dijital ortamlarda kayıt altına alınmış olmak koşuluyla sesli sistemlerle de bilgilendirme yapılması mümkündür.

Öğretide, Yönetmelikle mümkün hale getirilen sözlü bilgilendirmenin TTK 1423'e aykırı olduğu, ayrıca bilgilendirme formunun da poliçeyle birlikte sigorta ettirene verilmesinin son derece sakıncalı olduğu savunulmuştur²⁰.

¹⁷ ULUĞ CİCİM, 2018, s.662.

¹⁸ ÜNAN, 2016, s.188. Yazar, sigorta hukukunda Türkiye'de dahil bir çok ülkede yazılı bildirim kuralının (verba volant, scripta manent – söz uçar, yazı kalır) benimsendiğini ifade etmektedir.

¹⁹ BOZKURT, Tamer, **Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 111.

²⁰ ŞAMLI, 2016, s.2984-2985.

Fiziken karşı karşıya gelinmeden yapılan bilgilendirmelerde sigortacının dürüstlük kuralına uygun davranması ve her türlü yanıltıcı söz, tavır ve davranışlardan kaçınması gerekir.

Son olarak elektronik ortamlarda yapılacak bilgilendirmelerin sigorta ettirene yapılması ve mutlaka onayının alınması gerekir. Yazılı bilgilendirme yapıldığı ve sigorta ettirenin onayının alındığını ispat borcu sigortacıya aittir.

Sözleşmenin devamı sırasında veya riziko gerçekleştiğinde bilgilendirmenin muhatabı sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden yarar sağlayacak kişiler (sigortalı, lehtar, rehin veya ipotek sahibi vs.) olması gerekir.

B. Bilgilendirilme Zamanı

Sigortacıların bilgilendirme yükümlülüğü ilk sözleşme görüşmeleri anında başlar. Bu aşamada verilecek bilgiler daha çok sözleşmenin kurulmasına hizmet eden, sigorta poliçesiyle koruma altına alınan sigorta değerleri, sağlanacak teminatların kapsamı, şartları, başlayacağı ve biteceği zaman dilimi, prim borcu, varsa ödeme planı gibi hususlara ilişkindir.

Sigortacıların sözleşme süresince de sözleşme kapsamında gerçekleşen önemli olayları ve gelişmeleri, bu konuda kendisinden bir talep olmasa bile yazılı şekilde sözleşmede menfaat sahibi olanlara bildirmesi gerekir. Hangi tür olay ve gelişmelerin bildirilmesi gerektiği hususunda Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Bilgilendirme Yönetmeliğinde bu hususta; mevzuat değişiklikleri, iflas ve tasfiye, ilgili branşlarda yapılan ruhsat iptalleri, sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması halleri önemli olaylar kapsamında zikredilmiş ise de, önemli olay ve gelişmeler sadece bu hallerle sınırlı olmayıp, sigortanın türüne göre, sigorta sözleşmesindeki kişilerin hak ve borçlarını etkileyebilecek her türlü gelişmeleri bu kapsamda görmek gerekir.

Sigortacıların bilgilendirme yükümlülüğü duruma göre riziko gerçekleştikten ve hatta sözleşme sona erdikten sonra da devam edebilir. Özellikle riziko gerçekleştiğinde sigortalının teminat bedelinin ödenmesi konusunda menfaat sahiplerinin her türlü şikayet ve bilgi taleplerini yazılı veya elektronik haberleşme vasıtalarıyla karşılaması gerekir. Sözleşme sona erdikten sonra da sigortacının sözleşme dönemi içerisinde gerçekleşen olaylarla ilgili poliçe sureti, eksper raporu, ödeme belgeleri vs. her türlü bilgi talebini karşılaması gerekir.

Öte yandan sigortacıya yöneltilen bilgi talebinin en geç hangi sürede karşılanması gerektiğine ilişkin olarak yasalarda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Bilgilendirme Yönetmeliği'nin 12. Maddesinde bu süre on beş iş günü olarak belirlenmiştir. Keza sigortacıların herhangi bir bilgi talebi olmasa bile, sözleşmenin yapılmasından sonra başta

mevzuat değişikliği olmak üzere önemli gelişmeleri sigorta ettirenlere veya sözleşmede menfaati bulunanları *en geç on iş günü* içerisinde bilgilendirmesi gerekmektedir.

C. Bilgilendirmenin Kapsamı

Sigortacılar, sözleşmeden önce sigorta ettirenlere ve sözleşmeden sonra ise ayrıca sigorta sözleşmesinde menfaatleri olanlara tüm haklarını, özellikle dikkate almaları gereken hususları, önemli gelişmeleri ve olayları bildirmelidir. Bu bağlamda sözleşmenin nasıl kurulacağı, sigorta genel şartları ve poliçedeki özel şartların neler olduğu, neleri teminat altına alacağı ve rizikonun gerçekleşmesi halinde nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda bilgi vermelidir.

Sigortacıların sözleşme öncesi bilgilendirme yükümü kapsamındaki ilk görevi sözleşme konusu sigorta dalına ilişkin gerekli belgeleri sigorta ettirenlere vermektir. Bu belgelerin başında “Ürün Bilgi Belgesi” gelmektedir²¹.

Sigortacının danışmanlık görevi kapsamındaki diğer bir görevi de, teminat altına alınmak istenilen rizikoları kapsayan bir sigorta türünü önermesi, poliçede ek teminat klozu gerekiyorsa bu konuda sigorta ettirenleri uyarmalıdır. Sigortacı, kendisinden talep edilmeyen sigorta türlerini ve primi yükselten gereksiz ek teminat klozlarını önermemelidir.

Sigortacının aşırı bilgi vermesi, verdiği bilginin okunaklı olmayan küçük puntolarla yazılması halinde bilgilendirme yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmediği de ileri sürülebilir²². Bilgilendirme metni net ve önemli bilgileri içermelidir. Ayrıntılı bilginin ise ancak talep edilmesi halinde verilmesi gerekir.

Öte yandan, söz konusu sigorta sözleşmesini yapabilmek için ek şartlar aranıyorsa, örneğin bitkisel ürün destek sigortası için Çiftçi Kayıt Sistemine kaydolmayı gerektiriyorsa bu konuda sigorta ettiren uyarılmalıdır.

Sigortacı, teminatın ne zaman ve hangi hallerde geçerli olacağı konusunda da gerekli bilgilendirmeyi yapmalıdır. Özellikle prim ödemesinin taksitlere bağlandığı sigortalarda, ya hemen geçici teminatı sağlamaya başlamalı ya da kural olarak teminatın ilk prim taksitinin ödenmesiyle başlayacağını sigorta ettirene bildirmelidir.

²¹ ÜNAN, 2016, s.191.

²² ŞAMLI, 2016, s. 2986 – 2987.

D. Bilgilendirmenin İçeriği

TTK'da sigortacının yapacağı bilgilendirmede hangi bilgilerin yer alması gerektiği genel bir ifadeyle “sigortalının hakları, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümler” ile poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince “sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olaylar ve gelişmeler” olarak ifade edilmiştir.

SK'da ise bu hususun yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bilgilendirme Yönetmeliğinde ise sigortacı tarafından yazılı olarak yapılacak bildirimde mutlaka; sigortacı ile acenteye ilişkin unvan ve iletişim bilgileri, sözleşmeye ilişkin genel uyarıları, verilecek teminatları, sigorta teminatının istisnaları ile ek sözleşme ile teminat kapsamına alınabilecek kıymetleri, rizikoları, sözleşmeye eklenebilecek özel hükümler ve klozlara ilişkin bilgileri, tazminata ilişkin genel bilgiler ile tazminat ödeme kurallarını, şikayet ve bilgi talepleri ile tahkim üyeliğine ilişkin bilgileri içermek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bu bilgiler asgari nitelikte zorunlu bilgiler olup, Bakanlık bu konuda başka bilgi ve belgelerin de sigorta ettirene bildirilmesini gerekli kılacaktır.

Hazine Müsteşarlığı, çeşitli sigorta branşları yönünden standart ve asgari nitelikte Bilgilendirme Formları hazırlamış ve genelge ekinde kamuoyuna sunmuştur²³. Genelgede sigortacıların sözleşme öncesi dönemde doğru ve objektif hüsünüyet kurallarına uygun bilgilendirme yönünden borçlar hukuku kuralları kapsamında “culpa in contrahendo” sorumluluğunun bulunduğu vurgu yapılmıştır. Genelgede, Bilgilendirme Formlarında sigorta tazminatının belirlenme usulüne, varsa takseye ve muafiyete ilişkin bilgilerin olması gerektiği ifade edilmiştir.

Bilgilendirme Yönetmeliğinin Uygulanmasına ilişkin 2008/12 sayılı Hazine Müsteşarlığı Genelgesinde, sigortacıların müşterilerine teklifname ve bilgilendirme formlarını birlikte vermeleri, bilgilendirme formlarının TMK'nın 2. Maddesindeki objektif iyi niyet kurallarına uygun olması gerektiği, bu formda yer alan bazı şartların müzakereye açık olduğu ve bağlayıcı olmadığı, mümkünse bilgilendirme formlarının müşterilere imzalatılması, bu mümkün olmazsa faks, teyitli mektup ve kargo ile internet ortamlarında da gönderilebileceği düzenlenmiştir²⁴. Bu bağlamda aydınlatma açıklamasının anlaşılır ve net olması gerekir.

²³ Hazine Müsteşarlığının “Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında 19.02.2008 Tarihli ve 2008/7 Genelgesi I”

²⁴ Hazine Müsteşarlığının “Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında 01.05.2008 Tarihli ve 2008/12 Genelgesi I”

Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkartılan 2012/8 sayılı genelge ile TTK'nın 1423. Maddesindeki düzenleme karşısında, sigortacıların bilgilendirme yükümlülüğünün isteğe bağlı veya zorunlu olsun olmasın, devlet destekli sigortalar dahil tüm sigorta branşlarında geçerli olduğu ifade edilmiştir. Keza Bilgilendirme Yönetmeliğinin 8. Maddesindeki bilgilerin asgari bilgiler olduğu ve tüm branşlar yönünden Bilgilendirme Formu kullanılması zorunluluğu getirilmiştir²⁵.

V.BİLGİLENDİRME VE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALI

A. İtiraz Süresi

Sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinde menfaati bulunanlar tarafından herhangi bir itirazda bulunulmadığı takdirde, bir an için eksik bilgilendirilmiş olsalar bile bu eksiklik bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

1. Sözleşme Öncesi Dönemde İtiraz

Sigorta ettirenler, TTK'nın 1423/2. Maddesi uyarınca, sözleşme öncesi dönem yönünden bilgilendirme ve aydınlatma açıklamasının *verilmemesine*, sözleşmenin yapılmasından itibaren 14 gün içerisinde itiraz etmemeleri halinde sözleşme mevcut koşullarda yapılmış sayılır. Bu düzenleme SK'nın 11/3. Maddesi ve Bilgilendirme Yönetmeliği ile birlikte değerlendirildiğinde, TTK'da geçen "aydınlatma açıklaması" kavramını, daha ziyade "Bilgilendirme Formu" olarak yorumlamak mümkündür. Bununla birlikte, sigorta ettirenin talebi üzerine veya sigortacının kendiliğinden sunduğu asgari bilgilerin üzerindeki tüm açıklamaları da bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

Öğretide, sürenin kısalığı ve başlangıç zamanının belirsizliği şiddetle eleştirilmektedir²⁶.

Kanun'da aydınlatma açıklamasının *hiç verilmemesi* hali düzenlenmiş olup, bilgilendirme yapılmış ancak, bilginin eksik veya yanlış olarak verildiği hallerde itirazın bir süreye tabi olup olmadığı düzenlenmemiştir. Bu noktada, sigorta ettirenin ancak hiç bilgi verilmemesine rağmen 14 günde itirazda bulunmaması hali düzenlendiği, oysa karmaşık

²⁵ Hazine Müsteşarlığının "Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünün Kapsamına İlişkin 2007/18 Sayılı Genelgenin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin 2012/8 Sayılı Genelgesi"

²⁶ ÖZDAMAR, Mehmet, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu", Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2013, Cilt: LXXI Sayı: 2, s. 356; ŞAMLI, 2016, s.2991.

bilgiler içerisinde eksik ve yanlış verilen bilgiler yönünden, uzmanlık gerektiren sigorta branşına özgü bilgi ve kuralların anlaşılması daha uzun zaman alacağı için kanun koyucunun bir süre öngörmemiş olduğu düşünülebileceği gibi, eksik ve yanlış bilgilere itirazın da hiç bilgi verilmemesi hali gibi 14 günlük itiraz süresine tabi olduğu da düşünülebilir. Bu konu öğretilerde tartışmalı olup, bu konuda henüz bir yargı uygulamasına rastlanılmamıştır²⁷. Kanımızca, eksik ya da yanlış bilgilendirmeye itirazın belirli bir süreyle sınırlandırılmadığının kabulü gerekir²⁸. Ancak her halükârda bu hususun Kanun'da düzenlenmemiş olması önemli bir eksiklik olmuştur.

Sözleşmenin başlangıcı için geçerli 14 günlük itiraz süresinin hangi tarihte başlayacağı hususu mehz Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun (VVG) 8/2. Maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen TTK'da açıkça düzenlenmemiş olup, bu husus tartışmaya açıktır. Kanun'da bu konuda "... sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse ..." tabirini kullanmaktadır. Bu konuda ilk akla gelen "sözleşme ne zaman yapılmış sayılır" sorusudur. TBK'nın 1. Maddesinde sözleşmenin kurulması "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur" şeklinde ifade edilmiştir. Sigorta sözleşmelerinin kurulması herhangi bir şekil unsuruna tabi değildir²⁹. O nedenle 14 günlük süre, sözleşmenin kurulduğu tarihte başlamalıdır³⁰. Bununla birlikte, düzenleme oldukça hatalı olmuştur. Sigorta ettirenlerin, özel uzmanlık gerektiren bir konuda 14 gün içerisinde poliçeyi ve genel şartları okuyup bundan bir anlam ve sonuç çıkarması ve sigorta sözleşmesine itiraz edebilmesi hemen hemen hiç mümkün değildir. Gerçek hayatta, sigorta sözleşmesinin bilgilendirici ve aydınlatıcı nitelikte olmadığı ancak riziko gerçekleşikten ve tazminat talepleri reddedildikten sonra sigortacının yazılı beyanlarıyla ortaya çıkmaktadır. 14 günlük sürenin tarafların anlaşması ile uzatılması mümkündür.

TTK'nın 1424. Maddesi uyarınca sigortacı, sigorta sözleşmesinin yapılmasına müteakip 24 saat içinde sigorta ettirene poliçenin imzalı bir suretini verme zorunluluğu altında ise de,

²⁷ ULUĞ CİCİM, **2018**, s.665. Yazar, TTK 1423. Maddesi uyarınca, sigorta ettirenin sadece aydınlatma açıklaması verilmemesi halinde sözleşmeye itiraz edebileceğini, verilen bilginin eksik veya yanlış olması hali yönünden bir itiraz hakkı verilmediğini savunmaktadır.

²⁸ ÜNAN, **2016**, s.239. Yazar, eksik ve yanlış bilgi verilmesinin hiç bilgi verilmemesi gibi değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.

²⁹ ÇEKER, Mustafa, **Sigorta Hukuku**, Karahan Kitabevi, Adana, 2015 s.57.

³⁰ ÜNAN, **2016**, s.239; Yargıtay 17 HD'nin 01.11.2017 T. ve 2016/18373 E. - 2017/9923 K. sayılı kararı. Özel Daire kararına konu olayda, yerel mahkeme kararı "... davacının hırsızlık klozunun kapsam ve şartlarına poliçe tanziminden sonraki 14 gün içinde itiraz ettiğine dair iddia ve delil de getirmediği gözetildiğinde, davacının hasar talebinin reddi gerekirken..." gerekçesiyle bozulmuştur.

poliçe sigorta sözleşmesinin yapıldığına delalet eden, sigortalının haklarını, teminat çeşitlerini ve limitlerini gösteren bir belgedir. Poliçe verilmemiş ise sigorta sözleşmesinin yapıldığını ispat genel hükümlere tabidir. O nedenle, 14 günlük itiraz süresinin poliçenin verilmesinden itibaren başlayacağına ilişkin görüş isabetli görünmemektedir³¹. Bir başka görüşte ise, öğrenilmeyen bir hususta itiraz etmenin mümkün olmadığı ve bu sebeple 14 günlük sürenin, sigorta ettirenin “aydınlatılmadığını öğrendiği tarihten” itibaren başlaması gerektiği savunulmuştur³².

2. Sözleşme Sonrası Dönemde İtiraz

Sigorta ettirenler ve sigorta sözleşmesinde menfaati bulunanlar, sözleşmeden sonraki dönemde de bilgilendirme talebinde bulunabileceklerdir.

Yönetmeliğin 12. Maddesi uyarınca, sigortacının kendisinden istenilen bilgilendirmeyi en geç onbeş iş günü içerisinde yazılı olarak karşılaması gerekir.

İşte böylesi bir durumda kendisine hiç bilgi verilmemesi veya eksik ya da yanlış bilgi verilmesine yapılacak itirazlar belirli bir süreyle sınırlandırılmış değildir.

3. Sözleşmeye İtiraz Etmenin Sonucu

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi, sigorta sözleşmelerinde de sözleşme öncesi bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin temelini “culpa in contrahendo” sorumluluğu oluşturur.

Sigortacılık hukukunda, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesine 14 gün içerisinde itiraz etmesi, sigorta sözleşmesinin mevcut koşullarda geçerli olmasını engelleme girişimidir³³. Sigortacının Bilgilendirme Formunu hiç vermemesi ve süresinde itiraz olmaması halinde, sigorta ettiren sözleşmenin poliçedeki koşullarda yapılmış olduğunu kabul etmiş sayılacaktır.

TTK 1423. Maddesinde, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesine “itiraz” edebileceğinden bahsetmiş ise de, itirazın haklı/haksız sonucunun ne olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bu konuda bir boşluk bulunduğu ifade edilmiştir³⁴. Oysa VVG'nin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun (VVG) 8/2. Maddesinden doğrudan sigorta

³¹ YAZICIOĞLU, 2018, s.412; Yargıtay 17. HD'nin 19.02.2020 T. ve 2018/1213 E.- 2020/1723 K.; 31.01.2018 T. ve 2015/9400 E. - 2018/470 K. sayılı kararlarında, “Yukarıda açıklanan madde hükmüne göre; poliçenin sigortalıya tesliminden sonra sigortalı tarafından 14 gün içinde itiraz edilmemişse geçerli hale geleceği düzenlenmiştir...” şeklinde bir gerekçe kullanmış ise de, diğer kararlarında böyle bir yaklaşım sergilememiştir.

³² ŞAMLI, 2016, s. 2996.

³³ ÜNAN, 2016, s.239.

³⁴ ŞAMLI, 2016, s.2995.

sözleşmesinden dönme hakkı (Widerrufsrecht), 9. Maddesinde ise bunun sonuçları açıkça düzenlenmiştir. Her ne kadar bu konuda Öğretide, TTK'nın 1425/2. Maddesinin "Poliçenin ve zeyilnamenin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir" hükmünün uygulanabileceği savunulmuş³⁵ ise de, kanımızca bu hükmün doğrudan uygulanabilir bir hüküm olduğu söylenemez.

Öte yandan Bilgilendirme Yönetmeliğinin 7. Maddesinde bilgilendirmenin yükümünün ihlaliyle ilgili olarak "Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında; bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş veya Bilgilendirme Metninde yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir" şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Sözleşmeye süresinde itiraz edilmesi halinde, itirazın hangi sonucu doğuracağı hususunda öncelikle sigorta ettirenin beyan ve talebine bakmak gerekir. Sigorta ettiren itiraz başvurusunda; hangi hususta bilgilendirilmediği ve bu hususun sözleşme yapma iradesinin oluşumunu etkilediği, şayet bu hususu bilseydi sözleşmeyi hiç veya mevcut kapsam ve koşullarla yapmayacağını belirtmelidir. Sigorta ettiren itiraz başvurusu sırasında veya makul bir süre sonra fesih beyanında bulunabilir. Sigorta ettiren ayrıca bu yüzden uğradığı zararların tazminini de talep edebilir³⁶. Bununla birlikte itirazın sigortacı tarafından kabulü halinde, taraflar sözleşme değişikliği hususunda da anlaşabilirler.

Öğretideki bir başka görüşe göre sigorta ettirenin sözleşmenin feshini talep edebileceği gibi, sözleşmeye kısmen itiraz edip, aleyhine konulan hükmün sözleşmeden çıkartılmasını da talep edebilir³⁷. Bir başka görüşe göre ise, sigorta ettirenin tek hakkı sözleşmenin iptalini talep etmek olup, TTK'nın 1439. Maddesindeki "cayma" müessesesi bu konuya uymaz³⁸. Zira, iptal ileriye etkili sonuç doğuracak olup, bu esnada gerçekleşen rizikolara karşı sigorta ettireni ve sigortalıyı korumak gerekir. Oysa cayma söz konusu olduğunda geriye etkili olarak sigorta sözleşmesi ortadan kalkar.

³⁵ ÜNAN, 2016, s.240.

³⁶ YAZICIOĞLU, Emine / ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, **Sigorta Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s.115-117.

³⁷ ÖZDAMAR, 2013, s. 355; ŞAMLI, 2016, s. 2997.

³⁸ ŞAMLI, 2016, s. 2994.

Sigortacının hangi tür bilgileri vermemiş ve sigorta ettireni aydınlatmamış sayılacağı hususunun her bir somut olayda ayrı ayrı tartışılması gerekmektedir.

4. Sözleşmeye İtirazın Süresinden Sonra Yapılması

Sözleşme öncesi döneme ilişkin olarak, sigorta ettiren tarafından aydınlatma açıklamasının verilmediği ve bu sebeple teminatlar konusunda aydınlatılmadığı itirazını 14 günlük süreden sonra, söz gelimi riziko gerçekleştikten sonra dava sırasında ileri sürmesi halinde itirazın 14 günlük süre dolduktan sonra yapılması olgusunun mahkeme önünde davalı sigortacı tarafından ileri sürülmesi bile, bu hususun mahkemece re'sen nazara alınması gerekir. Zira 14 günlük süre hak düşürücü süre niteliğinde olup, bu savunmanın def'i değil itiraz mahiyetinde olması nedeniyle mahkemelerce bu hususun re'sen nazara alınması gerekir.

Öte yandan, aydınlatma açıklaması verilmiş olup da, sigortacının teminatların kapsamı konusunda yazılı yeterli düzeyde aydınlatmada bulunulmaması hali yönünden Kanun'da açık bir süre şartı getirilmediğinden bu hususun riziko gerçekleştikten sonra bile ileri sürülmesi mümkündür³⁹.

14 günlük itiraz süresinin kaçırılmış olması, sözleşmenin uygulanması konusunda ortaya çıkan tereddütler halinde "sigortalı lehine yorum" ilkesini ortadan kaldırmaz. Söz gelimi, sadece "fırtına" koruması veren bir sigorta sözleşmesinde, fırtına, kuvvetli rüzgâr, kar fırtınası gibi kavramlara açıklık getirilmemiş, yani sözleşme bu konuda yeteri kadar aydınlatma içermiyorsa, bu durumda sigortalı lehine yorum ilkesi⁴⁰ uygulanmalıdır.

B. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları

Yargıtay, sigortacının "Kredi Kartı Güvence Sigortası" kapsamında "istem dışı işsiz kalma" riski yönünden, sigortalıyı teminatın geçerli sayılabilmesi için sigorta sözleşmesinin başlangıç tarihinden itibaren en az "120 gün çalışmış olma şartı" konusunda sigorta ettireni aydınlatmamış olması nedeniyle sigorta tazminatının ödenmesine dair ilk derece mahkemesi kararını, sözleşmenin internet üzerinden kurulduğu ve gerekli bilgilerin buradan sigortalıya bildirildiği halde, sigortalının riziko gerçekleştikten ve sigorta sözleşmesinin üzerinden 2 ay geçtikten sonra itirazda bulunmasının TMK'nın 2. Maddesine aykırı bularak mahkeme kararını bozmuştur⁴¹.

³⁹ Bkz. Aşağıda Yargıtay 11 HD'nin 20.12.2017 T. ve 2016/5230 E - 2017/7423 K. sayılı kararı.

⁴⁰ Yargıtay 11. HD'nin 15.09.2011 T. ve 2009/11092 E. - 2011/10375 K. sayılı kararı.

⁴¹ Yargıtay 11. HD'nin 05.02.2013 T. ve 2012/873 E. - 2013/11916 K. sayılı kararı.

Yargıtay, davacı sigorta ettirenin itiraz olarak ileri sürmediği aydınlatma bilginin STK İtiraz Hakem Heyeti tarafından re'sen dikkate alınamayacağı gerekçesiyle hakem kararının bozulmasına karar verilmiştir⁴².

Yargıtay, makine kırılması sigortası sözleşmesinde, 10 yaşından büyük olduğu halde daha küçükmiş gibi sigortalanan makinenin 10 yaşından büyük olduğunun muayene sonucu anlaşılacak olmasına rağmen bu muayeneyi yapmaksızın makineyi sigortalamasını *bilgilendirme ve aydınlatma* yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir⁴³.

Yargıtay, emtia nakliyat sigortasına konu canlı fidelerin uygun sıcaklıkta taşınmaması nedeniyle uğranılan zararın tazmini davasında davalı da taşınan emtianın canlı fide olduğu konusunda taşıtanın kendilerini uyardığını savunduğu davada, poliçede emtia belirtildiği halde, davalı sigorta şirketince yeterli koruma sunmayan poliçe tanzim etmek suretiyle TTK 1423. Maddesinde yer alan aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranıldığı gerekçesiyle ST Heyetinin taraflar arasında kusur paylaşımı yaparak karar verdiği kararın bozulmasına karar verilmiştir⁴⁴.

Devlet destekli bitkisel koruma sigortası (Tarsim) kapsamında 12.12.2013 tarihinde hasar gören sera nedeniyle uğranılan zararın tazimini talepli davada, davacı yanca poliçe düzenlenirken teminatlar konusunda *teminata dahil olan ve olmayan hasarlar* konusunda yeterince bilgilendirme yapılmadığı ileri sürülmüş, davalı Tarsim ise poliçedeki teminatların davacı tarafça bilindiği, hasarın iddia edildiği gibi *hortumdan* değil, teminat dışı olan *fırtınadan* kaynaklanması nedeniyle davanın reddini talep ettiği davada Mahkemece; hasarın teminat kapsamında olmayan *kuvvetli rüzgardan kaynaklanması* nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay konuya ilişkin olarak; Mahkemece, mevzuat hükümleri dikkate alınarak poliçe kapsamının ve teminat dışı hallerin tereddütte mahal vermeyecek şekilde değerlendirilmesi ve ayrıca davacının teminata dahil haller konusunda yeterince aydınlatılmadığı itirazının da değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴⁵. Gerçekten de somut olayda, davalı itirazın 14 günlük yasal süre içerisinde

⁴² Yargıtay 11. HD'nin 29.02.2016 T. ve 2015/14231 E. - 2016/2151 K. sayılı kararı.

⁴³ Yargıtay 11 HD'nin 14.02.2017 T. ve 2016/14860 E. - 2017/649 K. sayılı kararı.

⁴⁴ Yargıtay 11 HD.'nin 17.10.2016 T. ve 2016/8210 E. – 2016/8157 K. sayılı kararı.

⁴⁵ Yargıtay 11 HD'nin 20.12.2017 T. ve 2016/5230 E. - 2017/7423 K. sayılı kararı. Özel Daire kararına konu olayda yerel mahkemenin ret kararını, “Somut uyuşmazlıkta, davacı hortum hasarından söz ederken, davalı fırtınanın sebep olduğunu hasarın teminat dışı olduğunu savunmuş, hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise hasara kuvvetli rüzgârın sebep olduğu ifade edilmiştir. Dosyada mevcut sigorta poliçesi incelendiğinde, hortumun teminat kapsamına dahil olduğu, ayrıca poliçenin son sayfasında fırtına ve hortum hasarına ilişkin

yapılmadığı savunmasında bulunmuş ise de, aydınlatma açıklamasının davacı sigortacıya verilir vermediği, verilmiş ise 14 günlük süreyle bağlı olmaksızın bu açıklamada teminatların kapsamı hakkında (hortum/fırtına/kuvvetli rüzgar/kar fırtınası) yeteri kadar aydınlatılıp aydınlatılmadığı hususunun değerlendirilmesi, şayet hiç verilmemiş ise 14 günlük süre içerisinde itiraz olmaması nedeniyle yapılan itirazların dikkate alınmaması önem arz etmektedir.

Bir başka Tarsim Sigortasına dayalı uyuşmazlıkta, sigortaya konu ineğin damızlık vasfını kaybetmesi nedeniyle kesime gönderilmesinden dolayı uğranılan zararın tazmini talepli davada, davalı; davacının sigortalattığı ineğin daha önce de hiç buzağılanmadığı, gerçek dışı beyanla sigorta yapıldığı savunmasında bulunmuş, Mahkemece; sigortaya konu ineğin damızlık vasfının yitirilmesinin zorunlu kesim olarak nitelenemeyeceği, ineğin sigorta sözleşmesinden sonra kısırlaştığının davacı yanca ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay konuya ilişkin ilamında, TTK 1423 uyarınca, sigortacı ve acentesinin *sigortalıyı aydınlatma yükümünün bulunduğu*, meydana gelen rizikonun teminat dışı olduğunu ispat yükünün sigortacıya ait olduğu, ayrıca ölen sigortalı hayvana ait kayıtlar getirilmeden davanın reddinin doğru olmadığı gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur⁴⁶.

Acente tarafından açılan prim tahsil davasında, davalı sigorta sözleşmesi yapıldığından ve poliçe düzenlendiğinden haberdar olmadığını savunmuş, mahkemece dosyaya sunulan poliçede davalının imzasının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay, sözleşmenin yapıldığını ispat yükünün davacı sigortacıya ait olduğunu, poliçelerin

kloz bulunduğu anlaşılmıştır. Buna göre, yağmur, kar, dolu ile beraber olsun olmasın münhasıran fırtına (10mt. yükseklikte 62 km/saatten daha yüksek hızla esen rüzgarlar) veya fırtına sırasında rüzgarın sürüklediği ve attığı şeylerin çarpması ve hortum etkisiyle sigortalı serada ve içindeki üründe doğrudan meydana gelecek zararlar teminat kapsamına alınmıştır. Meteoroloji verilerine göre ise, 12.12.2013 tarihinde bölgede ölçülen maximum rüzgâr hızının 12.7 m/s olduğu, saniyedeki hızı 10.8-17.1 mt arasındaki rüzgarlar kuvvetli rüzgar, 17,2mt ve daha fazla olan rüzgarlar ise fırtına olarak değerlendirilmiştir. Mahkemece, poliçede yer alan fırtına ve hortum klozu incelenmemiştir. Oysa, bu klozun meteoroloji verileri ile birlikte değerlendirilerek hasara sebep olan rüzgârın kuvvetli rüzgar mı fırtına mı olduğunun tespiti gereklidir. Ayrıca, poliçede ve genel şartlarda teminata dahil hasarlar ve teminat dışı hasarlar sayılmış, ancak fırtına ve kuvvetli rüzgâr hasarı açıkça iki başlık altında da yer almamıştır. *Davacı, teminata dahil olan ve olmayan hasarlar konusundan sigortacı tarafından yeterince aydınlatılmadığını da ileri sürmektedir.* Bu durumda, mahkemece yukarıda ifade edilen mevzuat hükümleri de dikkate alınarak, poliçe kapsamı ile birlikte fırtına ve hortum klozunun değerlendirilmesi, ayrıca, poliçenin kapsamına alınmayan teminat dışı hallerin tek tek, açıkça ve tereddüte mahal vermeyecek şekilde genel ya da özel şartlar altında sayılmasının gerekli olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılması ve 1409. madde uyarınca ispat yükünün davalı sigortacı üzerinde olduğunun gözetilmesi gerekirken, poliçe hükümleri, ilgili kloz ve genel şartlar yeterince değerlendirilmeksizin eksik incelemeye dayalı olarak davanın reddi yönünde hüküm kurulması doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir” gerekçesiyle bozmuştur.

⁴⁶ Yargıtay 11. HD'nin 17.01.2018 T. ve 2016/13913 E. - 2018/373 K. sayılı kararı.

davalıya teslim edilip edilmediği ve TTK 1423. Maddesi ile Sigorta Bilgilendirme Yönetmeliği uyarınca sigorta sözleşmesinden bilgilendirilip bilgilendirilmediği ve geçerli sigorta sözleşmesinin kurulup kurulmadığı değerlendirilmeksizin davanın reddinin doğru olmadığı gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur⁴⁷.

Yargıtay 17. HD'ne konu bir uyuşmazlıkta, davacı, işyerinde 14.05.2012 tarihinde meydana gelen dahili su baskını nedeniyle meydana gelen hasarın tazimini talebinin davalı tarafından reddedildiğini ileri sürerek tazmin talebinde bulunmuş, Mahkemece; davalı sigortacının 5684 S. Sig. K. m. 11 ve SSBİY uyarınca davacı sigorta ettirene *Bilgilendirme Formu* vermesi gerektiği halde bunu verdiğini ispat edemediği, ayrıca teminat harici kalan risklerin açıkça belirtilmesi gerektiği, aksi halde hasarın teminat kapsamında kalmış sayılacağı gerekçesiyle davanın kabulüne dair kararı, Özel Daire tarafından, TTK 1423/2 uyarınca, davacı sigorta ettiren 14 gün içinde sigorta sözleşmesine itiraz ettiğine dair bir iddia, bilgi ve belge olmadığından, poliçede yer almayan dış cephe, kapı ve pencereden su sızması rizikosu poliçe kapsamında bulunmadığından davanın reddi gerekirken, kabulüne karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle mahkeme kararı bozulmuştur⁴⁸. Ancak, sigorta sözleşmesinin yapıldığı ve hatta hasarın gerçekleştiği tarih itibarıyla 6102 S. TTK 1423 yürürlükte olmadığı halde (01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girdi), sırf dava tarihinde bu sürenin dolmuş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır.

Buna karşılık benzer bir olayda isabetli şekilde mahkeme kararı bozulmuştur⁴⁹.

Makine Kırılması Sigortasıyla ilgili olarak sözleşmesinin devamı sırasında eksik ve yanlış bilgilendirme olayı hakkında Yargıtay'a konu bir uyuşmazlıkta, Özel Daire; sigorta sözleşmesinin kurulması esnasında cihazın kullanımı yönünden aranmayan resmi ehliyet belgesinin sözleşmenin devamı sırasında zorunlu hale gelmesi, bu hususun sigortalıya bildirilmemesi, hatta sigortalının bilgi talebi üzerine, cihazın satın alındığı satıcı tarafından verilen eğitim sertifikasının yeterli olduğu cevabı karşısında, davacı sigortalının yeterince aydınlatılmaması nedeniyle hasarın teminat kapsamında olduğunun kabulü yerine davanın reddinin doğru olmadığı gerekçesiyle STK İtiraz Hakem Heyetinin kararını bozmuştur⁵⁰.

⁴⁷ Yargıtay 11 HD'nin 06.04.2016 T. ve 2015/15458 E. - 2016/3753 K. sayılı kararı.

⁴⁸ Yargıtay 17 HD'nin 21.09.2017 T.ve 2016/10580 E. - 2017/8051 K. sayılı kararı.

⁴⁹ Yargıtay 17 HD'nin 27.09.2017 T. ve 2016/16351 E. - 2017/8265 K. sayılı kararı.

⁵⁰ Yargıtay 11. HD'nin 30.11.2021 tarih ve 2021/5515 E. - 2021/6713 K. sayılı kararı. Özel Daire kararına konu olayda, STK Hakem Heyeti Kararı "6102 sayılı TTK'nın 1423/1. maddesi hükmü uyarınca sigortacının sigorta

Sigorta acentesinin bilgilendirme ve aydınlatma eksikliği nedeniyle davacı sigorta ettirenin (ekimi bizzat yapan çiftçi) kendi lehine Bitkisel Ürün Sigortası yapılması yerine, bir başka kişiyi (arazinin sahibi) sigortalı gösterilmesi olayı yönünden sigortacı aleyhine açılan davanın reddine dair karar Yargıtay tarafından oyçokluğu ile onanmıştır⁵¹.

SONUÇ

Sigortacının akit öncesi sigorta ettireni aydınlatma yükümlülüğü “culpa in contrahendo” sorumluluğuna dayalıdır. 6762 eTTK döneminde konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, TMK’nın 2. Maddesi gerekçe kılınarak sigorta şirketleri sigortacıların yeteri kadar, özellikle teminatın kapsamı konusunda aydınlatılmaması halinde, poliçede açıkça teminat altına alınmayan hasarlarda da sigortacının sorumluluğuna karar verilmekteydi. 6102 sayılı TTK’nın 1423. Maddesi ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü ilk defa TTK’da düzenlenmiş olmakla birlikte, sigorta sözleşmesi öncesi dönemde aydınlatma açıklamasının sigorta ettirene verilmemesi haline münhasır olarak, sigorta sözleşmesinin yapılmasından itibaren 14 günlük süre içerisinde itiraz edilmemesi halinde sigortacının bir daha sözleşme öncesi dönem yönünden itirazda bulunamayacağı düzenlenmek suretiyle, sigorta hukukunda geçerli olan “sigortalı lehine” yorum ve düşünme ilkesinin aksine bir düzenlemeye gidilmiştir.

sözleşmesinin kurulmasından önce sigortalıyı aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu gibi sözleşmenin devamı sırasında da önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklamak durumundadır. Bu durumda sigortacının sigorta sözleşmesinin devamı sırasındaki aydınlatma yükümünü yerine getirdiği sigortacı tarafından ispatlanmaksızın, mevcut kullanım koşullarında araçta meydana gelen hasarın sigorta sözleşmesi kapsamında olduğunun kabulü gerekirken hasardan kısa bir süre önce davaya konu araçlar yönünden resmi sertifikasyon programı başlatıldığı ve hasara yol açan operatörün bu tür bir sertifikasının bulunmadığı gerekçesiyle ve hatalı değerlendirmeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış” gerekçesiyle bozulmuştur.

⁵¹ Yargıtay 11. HD’nin 23.02.2022 T. ve 2020/2110 E. - 2022/1207 K. sayılı kararı. Özel Daire kararına karşı oyda; “Somut olayda davacı, arazi sahibi olan davalı Tunçsan A.Ş.’den bu yeri 2011 yılı için kiraladığı, daha sonra Çiftçi Kayıt Sistemine girdiği ve bu araziyi bildirdiği, akabinde TARSİM sigortası yaptırmak için, TARSİM adına sigorta sözleşmesini yapan davalı Zürich Sigorta’nın acentesi olan davalı TEB A.Ş.’ye başvurduğu, acentenin, sistemin izin vermediği iddiasıyla, önceki yıllarda bu arazi için ÇKS’ye bildirimde bulunan Tunçsan A.Ş.’yi sigortalı göstererek sigorta sözleşmesini tanzim ettiği, primlerin de davacı tarafından ödendiği, esasen Tunçsan’ın araziyi işleyen/işleten çiftçi niteliğinde olması nedeniyle poliçenin hükümsüz olduğu, sigorta acentesi TEB’in, SGS’nin A.6.2. Maddesi uyarınca davacıyı, Tunçsan’a başvurup, onun İlçe Tarım Müdürlüğüne müracaatla ÇKS’den bu arazi için bilgi güncellemesini sağlaması halinde kendisinin sigortalı olabileceği hususunda aydınlatması ve uyarması gerektiği halde, araziyi bizzat işletmediğini bildiği Tunçsan A.Ş.’yi sigortalı göstermek suretiyle davacıyı yanılttığı, davalı sigorta acentesi TEB’in, onun kusuru nedeniyle *Zürich Sigortanın aydınlatma yükümlülüğünün ihlali TMK’nın 2. maddesi uyarınca sorumlu olduğunun kabulünün gerektiği*, Dairemizin daha önce emsal 30.09.2019 T. ve 2018/4747 E. – 2019/5989 K. sayılı kararının da bu meyanda olduğu” gerekçesiyle davanın kabulünün gerektiği savunulmuştur.

Mehazda yeri bulunmayan söz konusu düzenlemenin yasal düzenlemeyle düzeltilmesi veya kaldırılmasında isabet olacaktır.

Öte yandan, aydınlatma açıklaması (bilgilendirme formu) verilmiş, ancak verilen bilgiler eksik veya yanlış ise bu durumda sigorta ettirenlerin itirazlarının 14 gün ile sınırlandırılması doğru olmayacaktır.

Keza sigorta sözleşmesinin devamı sırasındaki eksik ve yanlış bilgilendirme veya hiç bilgilendirilmeme hallerinde de 14 günlük itiraz süresinden söz edilemez.

Sigortacının aydınlatma ve bilgilendirme yükümünü ihlali halinde bunun müeyyidesi sigorta ettirenin talebine göre sözleşmenin feshi olabileceği gibi, sözleşmeyi ayakta tutma ilkesi uyarınca, bazı kısıtlayıcı hükümlerin yok sayılmasını da gerektirebilir. Öte yandan tarafların anlaşmasıyla her zaman için önceki sigorta sözleşmesinin hükümleri düzeltilebilecektir.

Sigortacılık Kanunu'nun 11/3. Maddesi ise sigorta ettirenlerin bilgilendirilmesini ilk defa düzenleyen yasa maddesi olmakla birlikte, bilgilendirme yükümünün ihlaline bir anlam ve sonuç yüklememesi açısından eksik olmuştur. Öte yandan konuya ilişkin olarak çıkartılan başta Bilgilendirme Yönetmeliği olmak üzere değişik alt düzenlemelerde sigorta ettirenlerin bilgilendirilmesinin hangi şekil ve surette yapılacağı tafsilatlı şekilde düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

BOZKURT, Tamer, **Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

ÇEKER, Mustafa, **Sigorta Hukuku**, Karahan Kitabevi, Adana, 2015.

ÖZDAMAR, Mehmet, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, (s. 347 - 360).

ULUĞ CİCİM, İlknur, "Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", **Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2018.

ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

YAZICIOĞLU, Emine, Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü, **Sigorta Hukuku Sempozyumları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

YAZICIOĞLU, Emine, “Sigortacının Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku ile Sigorta Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İnönü Üniversitesi Yayınları, Malatya, 2014.

YAZICIOĞLU, Emine Yazıcıoğlu / ŞEKER ÖĞÜZ Zehra, **Sigorta Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3 (s. 2977 - 3004)

**ANONİM ORTAKLIKLARDA RÜÇHAN HAKKININ KULLANILMAMASI
SONUCU ARTAN PAYLARIN AKİBETİ**

*THE SITUATION OF INCREASED SHARES IN JOINT STOCK COMPANIES AS A RESULT OF NON-
USING THE PREEMPTIVE RIGHT*

Hakemli Makale

Nihan DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	362
I. KANUNİ RÜÇHAN HAKKININ KULLANILMAMASI SONUCU ARTAN PAYLARIN AKİBETİ.....	366
A. Öğretideki Görüşler	366
B. Karşılaştırmalı Hukuk Düzenlemeleri	368
C. Artan Payların Akıbetinin Esas Sözleşmeyle Düzenlenmesi.....	370
D. Artan Payların Akıbetinin Genel Kurul Kararıyla Düzenlenmesi	370
E. Artan Payların Akıbetinin Yönetim Kurulu Kararıyla Düzenlenmesi	371
II. ESAS SÖZLEŞMESEL RÜÇHAN HAKKININKULLANILMAMASI SONUCU ARTAN PAYLARIN AKİBETİ.....	373
III. GENEL KURUL KARARINA DAYANAN RÜÇHAN HAKKININKULLANILMAMASI SONUCU ARTAN PAYLARIN AKİBETİ.....	375
SONUÇ	377

ÖZ

Anonim ortaklıklarda dış kaynaklardan sermaye artırımını sonucu çıkarılan yeni payları her pay sahibinin mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkı vardır. Rüçhan hakkı olarak tanımlanan bu hak TTK

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1094245

Makalenin Geliş Tarihi: 28 Mart 2022

Makalenin Kabul Tarihi: 20 Haziran 2022

* Öğr. Gör. Dr., Sakarya Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

Hukuk Bölümü.E-posta: ndegirmenciogluaydin@gmail.com

ORCID: 0000-0002-4973-4174

m. 461'de özel olarak düzenlenmiştir. Rüşhan hakkının kaynağı kanuna (TTK m. 461/1) veya esas sözleşme ve genel kurul gibi bir hukuki işlem temeline dayanabilir. Kanuni rüşhan hakkının kanunda ve ikincil mevzuatta sayılan istisnai hallerde esas sözleşmeyle kısıtlanması sonucu rüşhan hakkına sahip olan kişilerin hakları esas sözleşmeye dayanmaktadır. Kanuni rüşhan hakkının genel kurul kararıyla kısıtlanması sonucu rüşhan hakkına sahip olan kişilerin rüşhan hakları ise genel kurul kararına dayanmaktadır. Rüşhan hakkının kullanılma zorunluluğı olmadığından hak sahiplerinin haklarını süresinde kullanmamaları sonucu birtakım artan paylar ortaya çıkabilir. Bu çalışmanın konusunu kanuna, esas sözleşmeye ve genel kurul kararına dayanan rüşhan hakkının kullanılmaması sebebiyle artan payların nasıl bir işleme tabi olacağı, diğer bir anlatımla akıbeti oluşturmaktadır. Çalışmada öncelikle kanuni rüşhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbetiyle ilgili öğretileri ileri sürülen görüşler ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerine değinilmektedir. Ardından bu konudaki görüşümüz gerekçeleriyle açıklanmaktadır. Son olarak esas sözleşmesel ve genel kurul kararına dayanan rüşhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbeti incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Rüşhan Hakkı, Yeni Pay Alma Hakkı, Kanuni Rüşhan Hakkı, Rüşhan Hakkının Kullanılmaması, Artan Paylar.

ABSTRACT

In joint-stock companies, each shareholder has the right to purchase new shares issued due to capital increase from external sources, according to the ratio of their existing shares to the capital. This right, defined as the pre-emptive right, is stated specially arranged in article 461 of the TCC. The source of the pre-emptive right may be based on the law (Article 461/1 of the TCC) or the basis of a legal act such as the articles of association and the general assembly resolution. As a result of the limitation of the legal pre-emptive right by the articles of association in exceptional cases listed in the law and secondary legislation, the rights of the persons who have the pre-emptive right are based on the articles of association. As a result of the restriction of the legal pre-emptive right by the general assembly's decision, the pre-emptive right of the persons who have the pre-emptive right is based on the decision of the general assembly. Since there is no obligation to use the pre-emptive right, some remaining behind shares may arise due to the right holders not using their rights in due time. The subject of this study is the fate of the remaining behind shares due to the non-exercise of the pre-emptive right based on the law, the articles of association, and the decision of the general assembly. In the study, first of all, the opinions in the doctrine and the comparative legal regulations about the fate of the remaining behind shares resulting from not exercising the legal pre-emptive right are mentioned. Then, our opinion on this issue is explained with its justifications. Finally, the fate of the remaining behind shares due to the non-exercise of the pre-emptive right based on the articles of association and the general assembly's decision is examined.

Keywords: Pre-emptive Right, Right of Pre-emption, Not Exercising the Pre-emptive right, Remaining Behind Shares.

GİRİŞ

Rüçhan hakkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 461’de özel olarak düzenlenmiştir. Rüçhan hakkının kaynağı kanuna veya esas sözleşme ve genel kurul kararı gibi bir hukuki işlem temeline dayanabilir¹. TTK m. 461/1’de her pay sahibinin yeni çıkarılan payları mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkına haiz olduğu düzenlenerek hakkın kaynağı kanuna dayanmaktadır. Kanuna dayanan rüçhan hakkına kanuni rüçhan hakkı denilmektedir². Kanuni rüçhan hakkı, dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımını sırasında şirkette her pay sahibinin mevcut paylarının sermayeye oranına göre -genel kurul kararı veya esas sözleşme hükmüne gerek olmaksızın- sahip olduğu bir haktır. TTK m. 461/2 gereği genel kurul sermaye artırım kararıyla beraber kanuni rüçhan hakkını şekli ve maddi şartların varlığı halinde kısıtlayabilir. Genel kurul kanuni rüçhan hakkını kısıtlayarak hakkı mevcut pay sahiplerinin bir kısmına veya pay sahibi olmayan üçüncü kişilere tanınması durumunda bu kişilerin sahip olduğu hakkın

¹ Çalışmamızda rüçhan hakkı kavramı geniş şekilde ele alınmıştır. Şöyle ki sadece kanuni ve esas sözleşmesel rüçhan hakkının değil, bunların dışında hakkın genel kurul kararıyla kısıtlandığı hallerde ihraç edilen payların rüçhan hakkı temelinde satın alınacağı görüşündeyiz. Bu çerçevede rüçhan hakkı kanun ve esas sözleşme dışında ayrıca genel kurul kararına da dayanabilir. İsviçre öğretisinde *Zindel* de rüçhan hakkının kısıtlanması üzerine ihraç edilen payların rüçhan hakkı temelinde satın alınacağı görüşündedir (ZINDEL, Gaudenz, **Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft**, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, Zürich, 1984, s. 6). Rüçhan hakkını geniş anlamda yorumlamakla beraber kanuni ve esas sözleşmesel rüçhan hakkının gerçek anlamda bir öncelik hakkı barındırdığını, bunların dışında kalan hakların yeni payları alma hakkı vermekle beraber kendiliğinden bir öncelik hakkı sağlamadığı aksi görüşü için bkz. GÖRMEZ, Onur, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 6.

² Kanuni rüçhan hakkı tanımlaması için bkz. MOROĞLU, Erdoğan, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 150; YILDIZ, Şükrü, **Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 90. Alman Hukukunda AktG § 186/1’de her pay sahibine talebi üzerine yeni payların o ana kadar esas sermayede sahip olduğu paylarına tekabül eden bir kısmının tahsis edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Öğretide bu düzenlemenin kanuni rüçhan hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. ZINDEL, **1984**, s. 15; SERVATIUS, Wolfgang, **Kommentar zum Aktiengesetz**, Band 2, §§ 150-410, Ed. Gerald Spindler/Eberhard Stitz, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019, AktG § 186, N. 3.

kaynağı genel kurul kararına dayanmakta olup, bu rüçhan hakkına genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkı denilmektedir^{3 4}.

TTK m. 461/2'nin lafzından kanuni rüçhan hakkının sadece genel kurul kararıyla kısıtlanabileceği hususu anlaşılmasına rağmen, TTK ve ikincil mevzuatta sayılan istisnai hallerde hakkın esas sözleşmeyle kısıtlanması imkânı mevcuttur⁵. TTK m. 478/2'de imtiyazlı paylara, TTK m. 503'te intifa senedi sahiplerine ve Pay Teb. m. 38/2'de halka açık olmayan şirketlerde halka arz etmek suretiyle ihraç ettikleri katılma intifa senedi (KİS) sahiplerine rüçhan hakkı tanınabileceği düzenlenmiştir. Bu kişilerin rüçhan hakları esas sözleşmeye dayanmakta olup, bu hakka esas sözleşmeye dayanan rüçhan hakkı denilmektedir⁶.

Rüçhan hakkı niteliği itibariyle sadece sermaye artırımını kararı alan şirkete karşı ileri sürebilen nisbi⁷ ve sübjektif/öznel⁸ bir haktır. Rüçhan hakkı pay sahiplerinin hem şahsi (oy hakkı gibi) hem de mali nitelikteki (kâr payı, tasfiye bakiyesine katılma payı

³ Genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkı ifadesi için bkz. YILDIZ, 1996, s. 99. Ayrıca bkz. ZINDEL, 1984, s. 23 vd.

⁴ Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş şirketlerde esas sözleşmeyle yönetim kurulunun yetkilendirilmesi şartıyla (TTK m. 460/4) kanuni rüçhan hakkı yönetim kurulu tarafından kısıtlanabilir. Bu durumda yönetim kurulunun rüçhan hakkını kısıtlayarak hakkı pay sahiplerinin bir kısmına veya pay sahibi olmayan üçüncü kişilere tanınması durumunda bu kişilerin sahip olduğu rüçhan hakkının kaynağını yönetim kurulu kararı oluşturmaktadır (YILDIZ, 1996, s. 103; DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, Nihan, **Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 53). Genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkının akıbetine ilişkin açıklamalar yönetim kurulu kararıyla oluşturulan rüçhan hakkı için de uygulama alanı bulacaktır.

⁵ Rüçhan hakkının esas sözleşmeyle kısıtlanmasının mümkün olup olmadığı hususu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, 2021, s. 226-236. Ayrıca bkz. BEKTAŞ, İbrahim, "Anonim ve Limited Ortaklıklarda Yeni Pay Alma Hakkının Şirket Sözleşmesiyle Kısıtlanması Sorunu", **BATİDER**, Yıl: 2021, Cilt: XXXVII, Sayı: 2, s. 147-176.

⁶ SIEGWART, Alfred, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band V, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Schulthess & Co. A. G., Zürich, 1945, Art. 652, N. 7; ZINDEL, 1984, s. 20; YILDIZ, 1996, s. 93.

⁷ AKÜNAL, Teoman, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı", **İÜMHAD**, Yıl: 1969, Cilt: 3, Sayı: 5, s. 261; YILDIZ, 1996, s. 133; DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, 2021, s. 65.

⁸ ZINDEL, 1984, s. 70.

gibi) pay sahipliği haklarını koruyup bu haklara yönelik kayıpları önlendiğinden⁹ karma nitelikte bir haktır¹⁰. Öte yandan müktesep hak niteliğinde değildir¹¹.

Genel kurulun sermaye artırımı kararının ardından yönetim kurulu bir kararla rüçhan hakkının kullanılabilmesinin esaslarını belirler. Yönetim kurulu bu kararda rüçhan hakkının kullanımını için en az on beş günlük bir süre tanır (TTK m. 461/3). Bu süre hak düşürücü süre niteliğinde olduğu için¹², süresinde kullanılmayan rüçhan hakları sona erecektir¹³. Hak, kişiye hukuk düzeni tarafından tanınmış ve kullanılması kişinin

⁹ MOROĞLU, 2018, s. 145.

¹⁰ YILDIZ, 1996, s. 135; EPÇELİ, Sevgi, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Yeni Pay Alma Hakkı ile İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 84, Sayı: 6, s. 3592-3593. “Karma” terimini kullanmadan hem mali hem de şahsi nitelikte olduğuna yönelik İsviçre Hukuku için bkz. ZINDEL, Gaudenz G./ISLER, R. Peter, **Basler Kommentar Obligationenrecht II**, Art. 530-964 OR, Ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, 5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Art. 652b, N. 3; BÖCKLI, Peter, **Schweizer Aktienrecht**, Dritte Auflage, Schulthess, Zurich, 2004, § 2, N. 272; LAMBERT, Claude/GERICKE, Dieter, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, Art. 652b, N. 1. Türk Hukuku için bkz. DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, 1. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s.1021. Benzer şekilde hem malvarlıksal hem de katılma yetkilerini içerdiği yönünde bkz. PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 2504. Rüçhan hakkının mali nitelikte bir hak olduğu yönünde aksi görüş için bkz. ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 586; SARAÇ, Tahir, “Esas Sözleşme Değişiklikleri”, Ed. Sami Karahan, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 168. Sermaye artırımı nedeniyle payın değerinin aşınması tehlikesine karşı rüçhan hakkının pay sahibini koruması nedeniyle mali yönünün daha ağır bastığı yönünde bkz. MOROĞLU, 2018, s. 168; GÖRMEZ, 2017, s. 25.

¹¹ PULAŞLI, 2022, s. 2505; MOROĞLU, 2018, s. 148; KARAHAN/SARAÇ, 2015, s. 583; EPÇELİ, 2010, s. 3594; GÖRMEZ, 2017, s. 34.

¹² “TTK.nun 394’üncü maddesindeki on beş günlük rüçhan hakkını kullanma süresi, hak düşürücü süredir”, Yarg. 11. HD, T. 24.10.1989, E. 7832, K. 5656 (ERİŞ, Gönen, **Anonim Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 562); ARSLANLI, Halil, **Anonim Şirketler, I Umumi Hükümler**, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 112; MOROĞLU, 2018, s. 158; ŞENER, 2019, s. 588. AktG § 186/1’de de benzer şekilde hakkın kullanımı için en az iki haftalık bir süre öngörülmüştür. Bu sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz. SCHÜRNBRAND, Jan, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Band 4, §§ 179- 277, Ed. Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2016, AktG § 186, N. 62; HÜFFER, Uwe/KOCH, Jens, **Aktiengesetz**, Beck’sche Kurz-Kommentare Band 53, 13. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München, 2018, AktG § 186, N. 16.

¹³ WIEDEMANN, Herbert, **Aktiengesetz Großkommentar**, Sechster Band, §§ 150-220, Ed. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, 4. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, AktG § 186, N. 97; HÜFFER/KOCH, 2018, AktG § 186, N. 16; SCHÜRNBRAND, 2016, AktG § 186, N. 62; SERVATIUS, 2019, AktG § 186, N. 15; FRODERMANN, Jürgen/BECKER, Sebastian, **Handbuch des Aktienrechts**, Ed. Jürgen Frodermann/Dirk Jannott, 9. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2017, § 5, N. 95; PLÜCKELMANN, Katja, **Gesellschaftsrecht Kommentar**, Ed. Armin Schwerdtfeger, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2015, AktG § 186, N. 10.

iradesine bağlanmış olan yetki olduğundan, hakkın kullanım zorunluluğu bulunmamaktadır. Rüçhan hakkı sahiplerinin de haklarını kullanma zorunlulukları yoktur¹⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki rüçhan hakkı pay sahiplerine bu sıfatları sebebiyle verilmiş bir hak olup, yükümlülük değildir¹⁵. Bu çerçevede rüçhan hakkının kullanım süresinde kullanılmaması sonucu artan paylar ortaya çıkabilir¹⁶. Bu çalışmanın konusu rüçhan haklarının kullanılmaması sebebiyle ortaya çıkan artan payların akıbetine özgülenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbetine ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri incelenmektedir. İkinci olarak öğretide ileri sürülen görüşler ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri ışığında artan payların akıbeti hakkında esas sözleşme, genel kurul kararı ve yönetim kurulu kararıyla düzenleme yapıp yapılamayacağı gerekçeleriyle açıklanmaktadır. Ardından esas sözleşmesel rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbeti ve son olarak genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbeti incelenmektedir.

¹⁴ Alman öğretisi için bkz. MARSCH-BARNER, Reinhard, **Aktiengesetz**, Ed. Tobias Bürgers/Torsten Körber, 4. Neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2017, AktG § 186, N. 4; RIEDER, Markus S./HOLZMANN, Daniel, **Aktiengesetz Kommentar**, Ed. Hans Christoph Grigoleit, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2013, AktG § 186, N. 8; FRODERMANN/BECKER, 2017, § 5, N. 78. İsviçre öğretisi için bkz. ZINDEL, 1984, s. 70; SIEGWART, 1945, Art. 652, N. 1; LAMBERT/ GERICKE, 2016, Art. 652b, N. 2. Türk öğretisi için bkz. AKÜNAL, 1969, s. 261; AYTAÇ, Zühtü, “Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II Bildiriler- Tartışmalar**, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985, s. 307; YILDIZ, 1996, s. 131; ŞENER, 2019, s. 587; MOROĞLU, 2018, s. 89, 155; DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, 2021, s. 146-149. “Artırılan sermayeye katılmada öncelik (rüçhan) hakkı ise, mevcut hisseleri ile orantılı olmak kaydı ile hisse sahiplerine ait olup, bu hakkın kullanımını kural olarak isteğe bağlı olması nedeniyle iradeleri dışında ortaklar rüçhan hakkını kullanmaya ve ek taahhüt altına girmeye zorlanamazlar”, Yarg. 11. HD, T. 23.06.2014, E 2014/5614, K. 2014/11887 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>), (03.01.2022).

¹⁵ AYTAÇ, 1985, s. 307; YILDIZ, 1996, s. 131; TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ ÇAMOĞLU, Ersin), **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 1337.

¹⁶ Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki rüçhan hakkının kullanılmaması kapsamına sadece hakkın kullanım süresi içerisinde rüçhan beyanı ve iştirak taahhütnamesinin imzalanmaması değil, hakkın kullanım süresi içerisinde üçüncü kişiye devredilmemesi de girmektedir (DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, 2021, s. 194).

I. KANUNİ RÜÇHAN HAKKININ KULLANILMAMASI SONUCU ARTAN PAYLARIN AKİBETİ

Kanuni rüçhan hakkının süresi içerisinde kullanılmaması sebebiyle ortaya çıkan artan payların akıbetiyle ilgili ne eTTK'da ne de TTK'da düzenleme mevcuttur. Öte yandan gerek eTTK¹⁷ döneminde gerekse TTK¹⁸ döneminde öğretide oybirliğiyle benimsenen görüş; artan paylar üzerinde mevcut pay sahiplerinin kanundan doğan bir rüçhan hakkı olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle mevcut pay sahiplerinin ikinci bir rüçhan hakları söz konusu değildir¹⁹. Bu husus Yargıtay kararlarında da benimsenmiştir²⁰.

A. Öğretideki Görüşler

eTTK döneminde öğretide kanuni rüçhan hakkının süresinde kullanılmaması sonucu artan paylar hakkında esas sözleşmede bir düzenleme öngörülmemiş veya genel kurul bu hususta bir karar almamışsa yönetim kurulunun tasarruf yetkisinin olduğu kabul edilmekteydi²¹. Yönetim kurulu bu payları üçüncü kişilere satabileceği²² gibi halka arz edebilir veya rüçhan haklarını kullanan veya hakları düşen pay sahiplerine verebilirdi²³.

TTK döneminde ise kanuni rüçhan hakkının süresinde kullanılmaması sonucu artan payların akıbeti hakkında çeşitli görüşler vardır: *Tekinalp*'e göre artan payların akıbetiyle

¹⁷ AYTAÇ, 1985, s. 308, 322; YILDIZ, 1996, s. 24.

¹⁸ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), 2019, N. 1378h; MOROĞLU, 2018, s. 90; ŞENER, 2019, s. 588; GÖRMEZ, 2017, s. 71. Kullanılmayan rüçhan hakları üzerinde pay sahiplerinin kanundan doğan bir ön alım haklarının bulunmadığı hususunda ayrıca bkz. EPÇELİ, 2010, s. 3600.

¹⁹ AYTAÇ, 1985, s. 308-309, 322.

²⁰ “Rüçhan hakkı, süresi içerisinde kullanılmaması nedeniyle artan paylar üzerinden, artık ortakların rüçhan hakkı söz konusu olamaz. Yasa ayrıca, birden fazla rüçhan hakkı öngörmemiştir.”, Yarg. 11. HD, T. 21.10.1994, E. 3494, K. 8202 (ERİŞ, 1995, s. 567-570).

²¹ YILDIZ, 1996, s. 243; AYTAÇ, 1985, s. 309. Artan payların akıbeti hakkında esas sözleşmede düzenleme yapılabileceği veya genel kurul kararında karar alınabileceği hususuna değinmeden hakkın süresi içerisinde kullanılmaması sonucu yönetim kurulunun bu paylar üzerinde tasarruf hakkını iktisap ettiği hususunda bkz. ARSLANLI, 1960, s. 112.

²² ARSLANLI, 1960, s. 112.

²³ AYTAÇ, 1985, s. 322. “Kaldı ki, rüçhan hakkı süresi sonunda artan payların elden çıkarılması şekli hususunda eğer anasözleşmede özel bir düzenleme yapılmamışsa veya genel kurulda karar alınmamışsa, şirket yönetim kurulu bu payların dağıtımını ve satışını serbesttir. Yönetim kurulu bunları rüçhan haklarını kullanan veya rüçhan hakları düşen pay sahiplerine satabilir”, (ERİŞ, 1995, s. 570); Yarg. 11. HD, T. 14.12.1982, E. 1982/4988, K. 1982/5387 (<http://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari>), (03.01.2022).

ilgili genel kurul karar almaya yetkilidir. Ancak kural olarak genel kurul yönetim kurulunu yetkilendirmesi halinde yönetim kurulu da bu konuda karar alabilir. Ancak genel kurul yönetim kuruluna bu konuda yetki vermemişse yönetim kurulu sermaye artırımını yürütme hakkına sahip olduğundan, artırımın yarıda kalmaması amacıyla ve artırımını sonuçlandırmak için istisnai olarak bu konuda düzenleme yapabilir²⁴.

Moroğlu ise artan payların akıbetiyle ilgili genel kurul kararıyla karar alınması hususuna değinmeksizin artan payların yönetim kurulunca kullanılacağını ifade etmiştir. Bununla beraber esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe artan paylar hususunda diğer pay sahiplerinin rüçhan hakkı yoktur. Yazarın bu ifadesinden, artan payların akıbetiyle ilgili esas sözleşmede düzenleme yapılabileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır²⁵.

Soykan'a göre rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbetine yönelik esas sözleşmede düzenleme yapılabileceği gibi zorunlu olmamakla beraber genel kurul sermaye artırım kararında da karar alınabilir. Ancak bu konuda düzenleme yoksa yönetim kurulu bu payların dağıtımını hususunda serbesttir²⁶.

Benzer şekilde *Saraç'a* göre artan paylar hakkında esas sözleşmeyle düzenleme yapılabileceği gibi genel kurul kararıyla da karar alınabilir. Bununla beraber genel kurul bu hususta karar alma yetkisini bizzat kullanabileceği gibi, yönetim kurulunu da yetkilendirebilir²⁷. Yazar'ın bu ifadesinden yönetim kurulunun sadece genel kurul tarafından yetkilendirilmesi halinde artan paylar hakkında karar verebileceği anlamı çıkmaktadır.

Görmez'de artan payların akıbetiyle ilgili esas sözleşmede düzenleme yapılabileceğini, genel kurulun ise bu hususta karar alabilmesi için ancak esas sözleşmede genel kurula yetki veren bir düzenlemenin gerektiğini, yoksa genel kurulun sermayenin arttırılması ve rüçhan hakkının kısıtlanması konularında yetkili olması sebebiyle

²⁴ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), 2019, N. 1378h.

²⁵ MOROĞLU, 2018, s. 90-91.

²⁶ SOYKAN, İsmail Cem, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 415, dn. 179.

²⁷ KARAHAN/SARAÇ, 2015, s. 591.

doğrudan bağlantılı olarak artan payların akıbeti hakkında da yetkili olacağı sonucuna gitmenin TTK m. 408 ve m. 375 hükümleri karşısında zor olduğunu belirtmiştir. Yazar, esas sözleşmede ve genel kurul kararında bir açıklık yoksa yetkinin yönetim kuruluna ait olacağını ifade etmiştir²⁸.

B. Karşılaştırmalı Hukuk Düzenlemeleri

İsviçre hukukunda OR Art. 650/2’de genel kurulun sermaye artırımı kararında yer alması gereken hususlar dokuz bent şeklinde sayılmıştır. Hükmün ilk dört bendinde sermaye artırımı kararında mutlaka bulunması gereken zorunlu hususlar (OR Art. 650/2-b.1-4), son beş bendinde ise öngörülükleri takdirde zorunlu hususlar (OR Art. 650/2-b.5-9) düzenlenmiştir²⁹. OR Art. 650/2- b. 8’de öngörülükleri takdirde zorunlu hususlar arasında “*rüçhan hakkının herhangi bir şekilde kısıtlanması veya kaldırılması ve kullanılmayan veya geri alınmayan rüçhan haklarının tahsisi*” düzenlenmiştir. Şeffaflığı sağlayan bu düzenlemeyle³⁰ somut olaydaki sermaye artırımı kararının gerektirmesi halinde kullanılmayan rüçhan hakkının nasıl tahsis edileceği genel kurulun artırımı kararında yer alması gerekmektedir³¹. Kayıtlı sermaye sisteminde ise yetkilendirme kararında öngörülmesi şartıyla genel kurul kullanılmayan rüçhan hakkının akıbeti hakkında karar alma yetkisini yönetim kuruluna devredebilir³².

Alman hukukunda tespit edebildiğimiz kadarıyla İsviçre hukukundakine benzer bir düzenleme mevcut değildir. Öte yandan Alman öğretisinde rüçhan hakkının kullanılmaması sebebiyle artan paylar üzerinde mevcut pay sahiplerinin rüçhan hakkının

²⁸ GÖRMEZ, 2017, s. 73-74.

²⁹ LAMBERT/GERICKE, 2016, Art. 650, N. 4.

³⁰ MÜLLER, Roland/LIPP, Lorenz/PLÜSS, Adrian, “Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht”, *AJP/PJA* 5/2011, s. 592.

³¹ ZINDEL /ISLER, 2016, Art. 652b, N. 19; BÖCKLI, 2004, § 2, N. 270.

³² ZINDEL /ISLER, 2016, Art. 652b, N. 19; LAMBERT/GERICKE, 2016, Art. 652b, N. 5.

olmadığı kabul edilmektedir³³. Bununla beraber öğretide artan payların dağıtımıyla ilgili yönetim kurulunun yetkili olduğu benimsenmektedir³⁴.

ABD’de eyaletlerin kendi şirketler hukuku kanunlarının olması sebebiyle bu eyaletler arasında yeknesaklığı sağlamak için Amerikan Barolar Birliği Ticaret Hukuku Komitesi ihtiyari nitelikte Model Business Corporation Act (MBCA) isimli bir model yasa hazırlamıştır³⁵. Bu yasanın MBCA § 6.30 (b) (6) hükmünde artan paylar hususunda özel bir düzenleme yapılmıştır. Hükme göre pay sahiplerince kullanılmayan rüçhan hakkına tabi paylar, diğer bir ifadeyle artan paylar rüçhan hakkının kullanılması için belirlenen bedelden aşağı olmamak şartıyla yönetim kurulunca belirlenecek bir bedelle pay sahiplerine sunulmasının ardından bir yıl içerisinde herhangi bir kimseye verilebilir.

Son olarak ABD MBCA’dan esinlenerek yirmi iki üye devletin şirketler hukuku uzmanlarından oluşan The European Model Act Group (EMCA)’ya bakmakta fayda vardır³⁶. EMCA 6.07/5-a’ya göre rüçhan hakkını kullanması için verilen sürede mevcut pay sahipleri rüçhan haklarını kullanmazlarsa, yönetim kurulu bu sefer artan paylara ilişkin rüçhan haklarını tüm pay sahiplerinin kullanmaları için ikinci defa en az 15 günlük bir süre verir. Görüldüğü üzere kanuni rüçhan hakkı sahipleri haklarını kullanmamaları üzerine tüm pay sahiplerine artan paylar üzerinde rüçhan hakkı tanınmış ve ikinci bir süre öngörülmüştür. Tanınan bu ikinci sürenin sonunda kullanılmayan rüçhan hakkı sebebiyle artan payların akıbetiyle ilgili yönetim kurulu karar almaya yetkilidir. Öte yandan EMCA

³³ SCHÜRNBAND, 2016, AktG § 186, N. 62; WIEDEMANN, 2006, AktG § 186, N. 97; FRODERMANN/BECKER, 2017, § 5, N. 95.

³⁴ SCHÜRNBAND, 2016, AktG § 186, N. 64; WIEDEMANN, 2006, AktG § 186, N. 97; MARSCHBARNER, 2017, AktG § 186, N. 16; HÜFFER/KOCH, 2018, AktG § 186, N. 16; PLÜCKELMANN, 2015, AktG § 186, N. 10.

³⁵ GOLDSTEIN, Elliott, “Revision of the Model Business Corporation Act”, *Texas Law Review*, N. 64, (1984-1985), s. 1471.

³⁶ Belirtmek gerekir ki üye devletler, bu Model Yasaya uymak zorunda değildir. Bu sebeple EMCA zorunlu bir uyumlaştırma aracı değildir (ANDERSEN, Paul Krüger/ANDERSSON, Jan Bertil/BARTKUS, Gintautas vd., **European Model Company Act (EMCA)**, Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, LSN Research Paper Series N. 16-26, First Edition, 2017, s. 1 (Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2929348>)). Ayrıca bkz. ANDERSEN, Paul Krüger, “The European Model Company Act (EMCA)- A New Way Forward”, **Company Law and Economic Protectionism**, Ed. Ulf Bernitz/Wolf-Georg Ring, First Edition, New York, 2010, s. 303- 325.

6.07/5-b'ye göre sermaye artırımı kararında artan payların şirket aracılığıyla satılacağına karar verilebilir.

C. Artan Payların Akıbetinin Esas Sözleşmeyle Düzenlenmesi

Kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sebebiyle artan payların akıbeti hakkında esas sözleşmeyle düzenleme getirilmesi hususu TTK m. 340 hükmü çerçevesinde incelenmelidir. Hükümde esas sözleşmenin, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapılabileceği düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle esas sözleşmede kanundan ayrı bir düzenleme getirilmesi sadece kanunun buna açıkça izin vermesi şartına bağlıdır. Artan payların akıbetinin esas sözleşmeyle düzenlenebileceğine yönelik TTK'da açık bir hüküm yoktur. TTK'da bu hususta bir düzenleme öngörülmemişse bilinçli olarak mı öngörülmediği yoksa ortada kanun boşluğu mu olduğunun tespit edilmesi gerekir. Çünkü bu konuda bilinçli olarak düzenleme öngörülmemişse esas sözleşmeyle bu hususta getirilen hüküm geçersiz olacaktır. Unutulması veya bilinçsiz şekilde düzenleme yapılmaması üzerine konunun esas sözleşme hükümleriyle düzenlenmesi mümkündür³⁷.

Kanımızca burada artan payların akıbetiyle ilgili kanun boşluğu olduğundan esas sözleşmeyle düzenleme getirilebilir. Esas sözleşmeye örneğin, artan payların mevcut pay sahiplerine sermayedeki payları oranında satım yapılması veya artan payların akıbeti hakkında yönetim kurulunun serbestçe yetkisi olduğu şeklinde düzenleme getirmek mümkündür.

D. Artan Payların Akıbetinin Genel Kurul Kararıyla Düzenlenmesi

Esas sözleşmede artan payların akıbeti hakkında bir düzenleme öngörülmemesi üzerine genel kurulun bu konuda karar alıp alamayacağı hususu üzerinde durmakta fayda vardır. TTK m. 408/1 gereği genel kurul kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülen hallerde karar alabilir. TTK'da artan payların akıbeti hakkında karar alabileceğine yönelik düzenleme olmadığında genel kurulunda bu konuda karar alamayacağı hususu

³⁷ KARASU, Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 57; KARASU, Rauf, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi" (Emredici Hükümler), **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken Marmara Üniversitesi, MÜHFHAD Özel Sayı**, Yıl: 2012, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 318-319.

akla gelebilir. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki TTK m. 461/2’de genel kurula kanuni rüçhan hakkını sınırlaması ve hatta kaldırması yetkisi verilmiştir. Kanımızca genel kurul kanuni rüçhan hakkını kısıtlama yetkisinin doğal sonucu olarak artan payların akıbeti hususunda da karar almaya yetkilidir. Şöyle ki genel kurul kanuni rüçhan hakkını kısıtlama ve kısıtladığı rüçhan haklarını mevcut pay sahiplerine veya üçüncü kişilere tahsisi hakkında karar almaya yetkiliyken, hakkın kullanılmaması sonucu artan payların tahsisi hakkında karar alamaması çelişkiye sebep olacaktır. Diğer bir ifadeyle kanuni rüçhan hakkını kısıtlayıp, kısıtladığı rüçhan hakkının tahsisi hakkında karar almaya yetkiliyse, kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sebebiyle artan payların tahsisi hakkında da evleviyetle yetkilidir. Bunun için genel kurulun esas sözleşmeyle yetkilendirilmesine gerek yoktur³⁸.

Son olarak genel kurulun artan payların akıbeti hakkında hangi yetersayılarla karar alacağı konusu önem arz etmektedir. Bu hususta TTK’da özel bir yetersayı düzenlenmemiştir. Bu sebeple genel kurul TTK m. 418/1’de yer alan adi yetersayılarla karar alabilir.

E. Artan Payların Akıbetinin Yönetim Kurulu Kararıyla Düzenlenmesi

Kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbeti hakkında yönetim kurulu karar verebilir. Ancak bunun için artan paylar hususunda esas sözleşmede düzenleme yapılmamış olması ve genel kurulun sermaye artırım kararında herhangi bir karar almamış olması gerekir. Yönetim kurulunun bu konuda karar alabilmesi için genel kurul tarafından yetkilendirilmesine gerek yoktur. TTK m. 461/3 gereği yönetim kurulu sermaye artırım kararının ardından rüçhan hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir kararla belirler. Kanımızca rüçhan hakkının kullanım esasları içinde kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sebebiyle artan payların akıbeti de mevcuttur³⁹.

³⁸ Karş. GÖRMEZ, 2017, s. 73-74.

³⁹ Bu bakımdan özellikle belirtmek gerekmektedir ki esas sözleşmede ve genel kurulun sermaye artırım kararında artan payların akıbeti düzenlenmişse zorunlu olmamakla beraber yönetim kurulu bu verilen karar doğrultusunda artan payların akıbeti hakkında rüçhan hakkının kullanım esaslarında karar vermelidir. Diğer bir ifadeyle bu durumda yönetim kurulu rüçhan hakkının kullanım esaslarında ayrıca artan payların akıbeti hakkında karar almak zorunlu değildir. Ancak esas sözleşmede ve genel kurulun sermaye artırım kararında öngörülen düzenleme doğrultusunda karar almasında hak sahiplerinin bilgilendirilmesi açısından fayda vardır (DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, 2021, s. 165).

Bu bilgiler ışığında yönetim kurulunun bu yetkiyi nasıl kullanacağını cevaplanması gerekmektedir. Bu hususta iki farklı düzenleme söz konusudur. İlk düzenleme Polonya, Fransız ve İtalyan hukuklarında benimsenen artan payların diğer pay sahipleri tarafından kullanılması için ikinci bir süre verilmesidir. Diğer düzenleme ise İsveç Şirketler Yasasında benimsenen diğer pay sahiplerine ikinci bir süre verilmeksizin, şirketin artan payları satmasına izin vermesidir⁴⁰.

Türk öğretisinde de bu iki farklı düzenlemeye benzer şekilde iki farklı görüş ifade edilmiştir. Bir görüşe göre yönetim kurulunun artan payları ilk olarak bunları satın almak isteyen mevcut pay sahiplerine önermesi ve bu pay sahiplerine sermayedeki payları oranında satım yapması gerekir. Bunun ardından artan paylar olursa yönetim kurulu bunları üçüncü kişilere satabilir⁴¹.

Diğer görüşe göre artan payların dağıtımında yönetim kurulu serbestiye sahiptir. Diğer bir ifadeyle yönetim kurulu artan payları pay sahibi olmayan üçüncü kişilere satabileceği gibi, rüçhan hakkı düşen pay sahipleri de dâhil olmak üzere mevcut pay sahiplerine verebilir⁴².

Kanımızca artan payların akıbetiyle ilgili karar verme hususunda yönetim kurulu tamamen serbesttir. TTK m. 461'de artan paylar üzerinde mevcut pay sahiplerinin ikinci bir rüçhan hakları düzenlenmemiştir⁴³. Bu sebeple artan payların öncelikle mevcut pay sahiplerine önerilmesi zorunlu değildir. Aksi halde en az onbeş gün olmak üzere rüçhan hakkının kullanılması için verilen sürenin (TTK m. 461/3) hak düşürücü süre olma özelliği anlamını yitireceği gibi, hakkını kullanmayan pay sahiplerine yeni bir kullanım süresi verilmesine sebep olacaktır. Nihayet bu durum sermaye artırımının da sebepsiz yere uzamasına neden olacaktır⁴⁴. Bu sebeplerle yönetim kurulu artan payları tüm pay

⁴⁰ ANDERSEN/ANDERSSON/BARTKUS, vd., 2010, s. 118.

⁴¹ KARAHAN/SARAÇ, 2015, s. 591.

⁴² MOROĞLU, 2018, s. 159; AYTAÇ, 1985, s. 309; YILDIZ, 1996, s. 243; YILDIZ, Şükrü, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, 1. Baskı, Beta, Ankara, 2004, s. 81-82; SOYKAN, 2019, s. 511.

⁴³ WIEDEMANN, 2006, AktG § 186, N. 97; ZINDEL, 1984, s. 153; SCHÜRNBRAND, 2016, AktG § 186, N. 62; FRODERMANN/BECKER, 2017, § 5, N. 95.

⁴⁴ YILDIZ, 2004, s. 82.

sahiplerinin menfaatlerini göz önüne alarak mevcut pay sahipleri de dahil olmak üzere tüm pay sahiplerine satabileceği gibi üçüncü kişilere de satma hususunda serbesttir. Ancak yönetim kurulu artan paylarla ilgili serbestçe karar verirken bazı ilkeleri göz önünde bulundurması gerekir. İlk olarak yönetim kurulu artan payların satımında eşit işlem ilkesini (TTK m. 357) göz önünde bulundurmalıdır⁴⁵. Ayrıca anonim şirketin temel yapısına uymalı ve sermayenin korunması ilkesini gözetmelidir (TTK m. 391/1-b). Yönetim kurulu özen ve bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde (TTK m. 369/1) bu payları mümkün olan en iyi fiyattan satmakla yükümlüdür⁴⁶. Aksi halde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna (TTK m. 553) gidilebilecektir. Şüphesiz yönetim kurulu artan paylar için en iyi fiyatı belirlerken, sermaye artırımı kararında belirlenen ihraç fiyatının altına da düşmemesi gerekir⁴⁷.

II. ESAS SÖZLEŞMESEL RÜÇHAN HAKKININ KULLANILMAMASI SONUCU ARTAN PAYLARIN AKİBETİ

Esas sözleşmesel rüçhan hakkının yönetim kurulu tarafından belirlenen (TTK m. 461/3) süre içinde kullanılmaması sebebiyle artan paylar ortaya çıkabilir. TTK'da kanuni rüçhan hakkında olduğu gibi esas sözleşmesel rüçhan hakkında da hakkın kullanılmaması sonucu artan payların akıbetiyle ilgili özel bir düzenleme söz konusu değildir. Öğretide ise esas sözleşmesel rüçhan hakkının türüne göre farklı görüşler mevcuttur.

İntifa senedi sahiplerinin rüçhan haklarını kullanmamaları halinde artan paylar üzerinde mevcut pay sahiplerinin rüçhan haklarının kendiliğinden doğacağı yönünde öğretide görüş birliği mevcuttur⁴⁸.

⁴⁵ FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1996, § 39, N. 50; ZINDEL, **1984**, s. 240-241; ZINDEL /ISLER, **2016**, Art. 652b, N. 23.

⁴⁶ WIEDEMANN, **2006**, AktG § 186, N. 97; MARSCH-BARNER, **2017**, AktG § 186, N. 16; HÜFFER/KOCH, **2018**, AktG § 186, N. 16; PLÜCKELMANN, **2015**, AktG § 186, N. 10; ZINDEL, **1984**, s. 154.

⁴⁷ SCHÜRNBRAND, **2016**, AktG § 186, N. 64; WIEDEMANN, **2006**, AktG § 186, N. 97. Ayrıca bkz. MBCA § 6.30 (b) (6).

⁴⁸ AYTAÇ, **1985**, s. 310, dn. 24; MOROĞLU, **2018**, s. 168; GÖRMEZ, **2017**, s. 19. *Aytaç*, bu görüşünü intifa senedi sahiplerinin pay sahibi statüsünde olmaması sebebiyle artan paylar üzerinde mevcut pay

Öte yandan rüçhan hakkına sahip imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kullanmaması üzerine artan payların akıbetiyle ilgili öğretilerde iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre artan paylar hakkında esas sözleşmede ve genel kurul kararında bir düzenleme olmadıkça artan paylar üzerinde yönetim kurulunun tahsis yetkisi vardır. Zira özel bir düzenleme olmaksızın pay sahipleri daha önceden haklarından feragat ettikleri için ikinci bir rüçhan hakları yoktur⁴⁹.

Öğretilerde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre imtiyazlı pay sahipleri rüçhan haklarını kullanmamaları durumunda hak kanuni rüçhan hakkı sahiplerine özel bir düzenlemeye gerek olmadan kendiliğinden dönecektir⁵⁰. Zira pay sahipleri kanuni rüçhan haklarından herkes için değil, sadece imtiyazlı paylar için feragat etmişlerdir⁵¹.

Kanunîca esas sözleşmesel rüçhan hakkı sahipleri haklarını kullanmamaları sonucu artan paylar kendiliğinden kanuni rüçhan hakkı sahiplerine geri dönecektir. Kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan paylarda olduğu gibi yönetim kurulunun bu hususta karar alma serbestisi yoktur. Çünkü kanuni rüçhan hakkında hak sahiplerinin hakkı mevcut olup, iradi olarak haklarını kullanmamışlardır. Oysaki esas sözleşmesel rüçhan hakkında mevcut pay sahiplerinin rüçhan hakları mevcut olmayıp, bu haklarından sadece esas sözleşmesel rüçhan hakkı sahiplerinin hakkı kullanmaları için feragat etmişlerdir. Bu sebeple rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan paylar kanuni rüçhan hakkı sahiplerine geri dönecektir.

Kanuni rüçhan hakkının genel kurul veya esas sözleşmeyle kısıtlanması hükümleri arasında farklar mevcuttur. Kanuni rüçhan hakkı bazı ağır şekli ve maddi şartların varlığı halinde kısıtlanabilmektedir (TTK m. 461/2)⁵². Örneğin kanuni rüçhan hakkı genel kurul kararıyla sermaye artırımı kararında haklı sebeplerin varlığı halinde

sahiplerinin rüçhan haklarının kendiliğinden doğacağı kanaatine dayandırmaktadır (AYTAÇ, 1985, s. 310, dn. 24).

⁴⁹ AYTAÇ, 1985, s. 310, dn. 24.

⁵⁰ YILDIZ, 1996, s. 183; GÖRMEZ, 2017, s. 19.

⁵¹ YILDIZ, 1996, s. 183. Görmez, bu görüşün benimsenmesiyle TTK m. 461 hükmünde kanuni rüçhan hakkının yalnızca haklı sebeplerin varlığında genel kurul kararı ile kısıtlanabilmesinin öngörülmesi karşısında, TTK m. 478 hükmüyle yaşanan çelişkinin bir nebze TTK m. 461 lehine giderilmiş olacağını ifade etmiştir (GÖRMEZ, 2017, s. 19).

⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, 2021, s. 250-335.

sermayenin en az yüzde altmışının olumlu oyuyla kısıtlanabilir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki genel kurul kararıyla kanuni rüçhan hakkının kısıtlanması sadece ilgili sermaye artırımıyla sınırlıdır. Öte yandan esas sözleşmesel rüçhan hakkı aksi esas sözleşmede öngörülmediği müddetçe ileriye dönük olarak her sermaye artırımını için geçerli olup, kanuni rüçhan hakkının sürekli olarak kısıtlanması söz konusudur. Ayrıca rüçhan hakkına sahip imtiyazlı pay dışında⁵³ intifa senedi ve KİS sahiplerine rüçhan hakkı tanınmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği TTK m. 421/1'deki yetersayılarla alınmaktadır. Esas sözleşmesel rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu rüçhan haklarının mevcut pay sahiplerine geri döneceğinin kabulü kanuni rüçhan hakkının genel kurul kararıyla ve esas sözleşmeyle kısıtlanması arasındaki farkın bir nebze de olsa giderilmesini sağlayacaktır. Buna ek olarak bu görüşün kabulü TTK m. 461 hükmünün konuluş amacı olan pay sahiplerinin korunmasına ve menfaatler dengesine de hizmet edecektir⁵⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki rüçhan hakkına sahip intifa senedi, KİS sahipleri ile rüçhan hakkında imtiyazlı paya sahip pay sahipleri arasında artan payların akıbeti hakkında ayırım yapılmasını gerektiren haklı bir neden söz konusu deđildir⁵⁵. Şöyle ki intifa senedi ve KİS sahiplerine rüçhan hakkının tanınmasında olduğu gibi rüçhan hakkında imtiyaz tanınmasında da kanuni rüçhan hakkı sahipleri bu kişiler için rüçhan haklarından feragat etmektedirler. Tüm bu nedenlerle esas sözleşmesel rüçhan hakkı sahiplerinin haklarını kullanmamaları sonucu artan payların kendiliğinden kanuni rüçhan hakkı sahiplerine geri döneceği kanaatindeyiz.

III. GENEL KURUL KARARINA DAYANAN RÜÇHAN HAKKININ KULLANILMAMASI SONUCU ARTAN PAYLARIN AKİBETİ

Genel kurul sermaye artırımını kararıyla beraber TTK m. 461/2'de yer alan şekli ve maddi şartların varlığında kanuni rüçhan hakkının kısıtlanması kararı alabilir. Genel kurul mevcut pay sahiplerinin kanuni rüçhan haklarını kısıtlayarak bu hakkı mevcut pay

⁵³ İmtiyazlı pay sahiplerine rüçhan hakkı tanınmasına yönelik esas sözleşme değişikliği kararı TTK m. 421/3'teki ağırlaştırılmış yetersayılarla alınmaktadır.

⁵⁴ YILDIZ, 1996, s. 183.

⁵⁵ Bu hususta ayırım için bkz. AYTAÇ, 1985, s. 310, dn. 24.

sahiplerinin bir kısmına veya üçüncü bir kişiye tanyabilir. Örneğin, işçilerin şirkete katılımı haklı sebebiyle (TTK m. 461/2) kanuni rüçhan hakkı kısıtlanabilir. Ancak işçilerin şirkete katılımlarına ilişkin beklenen talebin gerçekleşmemesi üzerine artan paylar söz konusu olabilir. Bu durumda ilk olarak belirtmek gerekirse kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbeti burada uygulama alanı bulmaz. Zira kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbetinde mevcut pay sahipleri haklarını iradi olarak kullanmamışlardır. Oysaki genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkında mevcut pay sahiplerinin rüçhan hakları genel kurul kararıyla kısıtlanmıştır. Diğer bir anlatımla mevcut pay sahipleri kanuni rüçhan haklarından kısıtlamaya konu olan sermaye artırımını için haklı sebeplerin yöneldiği amacın gerçekleşmesi amacıyla feragat etmektedir⁵⁶. Bu nedenle genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkında esas sözleşmesel rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbeti uygulanmalıdır. Böylelikle genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkında artan paylar kanuni rüçhan hakkı sahiplerine geri dönecektir. Şüphesiz bu görüşün kabulü pay sahiplerinin korumasını amaçlayan TTK m. 461 hükmünün ruhunu da uygun olacaktır⁵⁷.

Kanun koyucu TTK m. 461/4 hükmüyle yeni bir düzenleme getirerek⁵⁸ rüçhan hakkının devredilebileceğini öngörmüştür. Genel kurulun sermaye artırımıyla somut hale gelen rüçhan hakkı⁵⁹ paydan bağımsız olarak devredilebilir⁶⁰. Böylelikle rüçhan hakkı satım, bağış, rehin veya başka bir hukuki işleme konu olabilir⁶¹. Rüçhan hakkı, hakkın kullanım süresi içerisinde devredilebilir⁶². Rüçhan hakkının satılması ve devralanın hakkı

⁵⁶ GÖRMEZ, 2017, s. 169.

⁵⁷ Aynı doğrultuda GÖRMEZ, 2017, s. 169-170.

⁵⁸ eTTK'da rüçhan hakkının devredilebileceğine yönelik açık bir kanuni düzenleme mevcut değildi. Öte yandan hem öğretide hem de yargı kararlarında hakkın devredilebileceği kabul edilmekteydi (Bkz. AYTAÇ, 1985, s. 322, ARSLANLI, 1960, s. 112; Yarg. TD, T. 06.01.1966, E. 1965/2583, K. 66/57 (TÜRK, Hikmet Sami, "Yargıtay Kararları", BATİDER, Yıl: 1967, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 353-357). İsviçre öğretisi için bkz. SIEGWART, 1945, Art. 652, N. 13; ZINDEL, 1984, s. 286.

⁵⁹ Soyut-somut rüçhan hakkı ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, 2021, s. 55 vd.

⁶⁰ WIEDEMANN, 2006, AktG § 186, N. 61; SCHÜRNBRAND, 2016, AktG § 186, N. 26; HÜFFER/KOCH, 2018, AktG § 186, N. 6; MARSCH-BARNER, 2017, AktG § 186, N. 6.

⁶¹ HÜFFER/KOCH, 2018, AktG § 186, N. 6; WIEDEMANN, 2006, AktG § 186, N. 61; SCHÜRNBRAND, 2016, AktG § 186, N. 26.

⁶² DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, 2021, s. 208.

kullanım süresi içerisinde kullanmaması varsayımında artan paylar ortaya çıkacaktır. Son olarak bu artan payların akıbeti üzerinde durmakta fayda vardır. Kanımızca bu halde artan payların akıbeti satıma konu olan rüçhan hakkının kaynağına göre belirlenecektir. Şöyle ki kanuni rüçhan hakkı sahibi hakkını kullanım süresi içerisinde üçüncü kişiye satması üzerine üçüncü kişi hakkını kullanmazsa artan paylar kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması üzerine artan payların akıbetine tabi olacaktır. Diğer bir ifadeyle artan payların akıbeti esas sözleşmede düzenlenmişse esas sözleşme hükmü, genel kurul kararıyla düzenlenmişse genel kurul kararı, her ikisinde de düzenleme alanı bulmaması ihtimalinde yönetim kurulu kararı uygulama alanı bulacaktır. Esas sözleşmesel veya genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkı sahibi hakkını kullanım süresi içerisinde üçüncü bir kişiye satması üzerine üçüncü kişi devraldığı hakkını kullanmazsa rüçhan hakkı kanuni rüçhan hakkı sahiplerine geri dönecektir.

SONUÇ

Kanuni rüçhan hakkının kullanılmaması sonucu artan payların akıbetiyle ilgili ilk olarak esas sözleşmeyle düzenleme getirilebilir. Esas sözleşmede bu konuda açık düzenleme olmaması üzerine genel kurul sermaye artırımı kararında artan payların akıbetiyle ilgili karar alabilir. Zira genel kurul kanuni rüçhan hakkının kısıtlanması ve kısıtlanan rüçhan haklarının pay sahiplerine veya üçüncü kişilere tahsisi konularında yetkiliyken, hakkın kullanılmaması sonucu artan payların tahsisi hususunda evleviyetle yetkili olacaktır. Esas sözleşmede bir düzenleme mevcut değilse ve genel kurulda da bu konuda herhangi bir karar verilmemişse artan payların akıbetiyle ilgili karar vermeye yönetim kurulu yetkili olacaktır. Yönetim kurulu TTK m. 461/3 kapsamında rüçhan hakkının kullanım esasları çerçevesinde artan payların akıbetini belirleyebilir. Yönetim kurulu bu hususta eşit işlem ve sermayenin korunması ilkelerini gözetmek ve anonim ortaklığın temel yapısını korumak şartıyla bir serbestiye sahiptir. Ancak yönetim kurulu özen ve bağlılık yükümlülüğü kapsamında bu payları mümkün olan en iyi fiyattan satmakla yükümlüdür. Aksi halde sorumluluğuna gidilebilir (TTK m. 553).

Esas sözleşmeye dayanan rüçhan hakkında hak sahipleri haklarını kullanım süresi içerisinde kullanmamaları üzerine artan paylar kanuni rüçhan hakkı sahiplerine

kendiliğinden geri dönecektir. Zira esas sözleşmeye dayanan rüçhan hakkında mevcut pay sahiplerinin rüçhan hakları mevcut olmayıp, bu haklarından sadece esas sözleşmeye dayanan rüçhan hakkı sahiplerinin hakkı kullanmaları için feragat etmişlerdir. Genel kurul kararına dayanan rüçhan hakkında da hak sahipleri haklarını kullanmazlarsa rüçhan hakkı kanuni rüçhan hakkı sahiplerine geri dönecektir. Zira mevcut pay sahipleri kısıtlamaya konu olan sermaye artırımını için haklı sebeplerin yöneldiği amacın gerçekleşmesi amacıyla rüçhan haklarından feragat etmişlerdir. Son olarak rüçhan hakkının satılması ve devralanın hakkı kullanım süresi içerisinde kullanmaması üzerine artan payların akıbeti satıma konu olan rüçhan hakkının kaynağına göre belirlenecektir.

KAYNAKÇA

AKÜNAL, Teoman “Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı”, **İÜMHAD**, Yıl: 1969, Cilt: 3, Sayı: 5, (s. 257- 278).

ANDERSEN, Paul Krüger, “The European Model Company Act (EMCA)- A New Way Forward”, **Company Law and Economic Protectionism**, Ed. Ulf Bernitz/Wolf-Georg Ringe, First Edition, New York, 2010, (s. 303- 325).

ANDERSEN, Paul Krüger/ANDERSSON, Jan Bertil/BARTKUS, Gintautas vd., **European Model Company Act (EMCA)**, Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, LSN Research Paper Series N. 16-26, First Edition, 2017.

ARSLANLI, Halil, **Anonim Şirketler, I Umumi Hükümler**, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.

AYTAÇ, Zühtü, “Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II Bildiriler- Tartışmalar**, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985, (s. 297- 357).

BEKTAŞ, İbrahim, “Anonim ve Limited Ortaklıklarda Yeni Pay Alma Hakkının Şirket Sözleşmesiyle Kısıtlanması Sorunu”, **BATİDER**, Yıl: 2021, Cilt: XXXVII, Sayı: 2, (s. 147-176).

BÖCKLI, Peter, **Schweizer Aktienrecht**, Dritte Auflage, Schulthess, Zurich, 2004.

DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, Nihan, **Anonim Şirketlerde Rüşhan Hakkı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

DOMANİÇ, Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, TTK Şerhi II, 1. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.

EPÇELİ, Sevgi, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Yeni Pay Alma Hakkı ile İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 84, Sayı: 6, (s. 3589- 3625).

ERİŞ, Gönen, **Anonim Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995.

FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter, **Schweizerisches Aktienrecht**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1996.

FRODERMANN, Jürgen/BECKER, Sebastian, **Handbuch des Aktienrechts**, Ed. Jürgen Frodermann/Dirk Jannott, 9. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2017.

GOLDSTEIN, Elliott, “Revision of the Model Business Corporation Act”, **Texas Law Review**, N. 64, (1984-1985).

GÖRMEZ, Onur, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüşhan Hakkının Kısıtlanması**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2017.

HÜFFER, Uwe/KOCH, Jens, **Aktiengesetz**, Beck’sche Kurz-Kommentare Band 53, 13. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München, 2018.

KARAHAN, Sami, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

KARASU, Rauf, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi” (Emredici Hükümler), **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken Marmara Üniversitesi, MÜHFHAD Özel Sayı**, Yıl: 2012, Cilt: 18, Sayı: 2, (s. 311-331).

KARASU, Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.

- LAMBERT, Claude/ GERICKE, Dieter, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.
- MARSCH-BARNER, Reinhard, **Aktiengesetz**, Ed. Tobias Bürgers/Torsten Körber, 4. Neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2017.
- MOROĞLU, Erdoğan, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- MÜLLER, Roland/LIPP, Lorenz/PLÜSS, Adrian “Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht”, **AJP/PJA 5/2011**, (s. 587-598).
- PLÜCKELMANN, Katja, **Gesellschaftsrecht Kommentar**, Ed. Armin Schwerdtfeger, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2015.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2022.
- RIEDER, Markus S./HOLZMANN, Daniel, **Aktiengesetz Kommentar**, Ed. Hans Christoph Grigoleit, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2013.
- SCHÜRNBAND, Jan, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Band 4, §§ 179- 277, Ed. Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2016.
- SERVATIUS, Wolfgang, **Kommentar zum Aktiengesetz**, Band 2, §§ 150-410, Ed. Gerald Spindler/Eberhard Stolz, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019.
- SIEGWART, Alfred, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band V, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Schulthess &Co. A. G., Zürich, 1945.
- SOYKAN, İsmail Cem, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

- ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- TÜRK, Hikmet Sami, “Yargıtay Kararları”, **BATİDER**, Yıl: 1967, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 328- 384.
- TÜRK, Hikmet Sami, “Yargıtay Kararları”, **BATİDER**, Yıl: 1967, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 328- 384.
- WIEDEMANN, Herbert, **Aktiengesetz Großkommentar**, Sechster Band, §§ 150-220, Ed. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, 4. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006.
- YILDIZ, Şükrü, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, 1. Baskı, Beta, Ankara, 2004.
- YILDIZ, Şükrü, **Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- ZINDEL, Gaudenz G./ISLER, R. Peter, **Basler Kommentar Obligationenrecht II**, Art. 530-964 OR, Ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, 5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.
- ZINDEL, Gaudenz, **Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft**, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, Zürich, 1984.

BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI YAPTIRILMAMASININ ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

*EFFECT OF NON-BUILDING COMPLEMENTARY INSURANCE ON PREPAID HOUSING SALES
AGREEMENT*

Hakemli Makale
Mehmet DOĞAR*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	384
I. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	386
II. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	388
A. Tüketicinin Konut Satış Bedelini Önceden Ödemeyi Üstlenmesi	388
B. Satış Konusunun Konut veya Tatil Amaçlı Bir Taşınmaz Olması	389
C. Satıcının, Satış Bedelinin Tamamen veya Kısmen Ödenmesinden Sonra Taşınmazı Tüketicie Devir ve Teslim Etmeyi Üstlenmiş Olması.....	391
III. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	392
A. Tüketici (Lehdar)	392
B. Satıcı (Sigorta Ettiren)	393
IV. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE SATICININ TEMİNAT SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI	395
A. Satıcının Teminat Sağlama Yükümlülüğü	395
B. Genel Olarak Teminat Türleri	396
1. Hakediş Sistemi	396
2. Banka Teminat Mektubu.....	398
3. Bağlı Kredi ile Teminat.....	399
4. Bina Tamamlama Sigortası.....	401
a. Bina Tamamlama Sigortasının Konusu ve Kapsamı	401
b. Bina Tamamlaması Sigortasında Uygulanan Kriterler.....	403
c. Bina Tamamlama Sigortası İçin Getirilen Ayrıcalıklar.....	405
V. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI YAPTIRILMAMASININ ÖNÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ	406
SONUÇ	409
KAYNAKÇA	411

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1090798

Makalenin Geliş Tarihi: 21.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 08.08.2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Harran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.

Eposta: mdogar@harran.edu.tr

ORCID: 0000-0003-0730-7366

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi araştırma ve yayın etiği ilkelerine uyularak hazırlanmıştır.

ÖZ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) 40-46. maddeleri arasında düzenlenmiş olan ön ödemeli konut satışlarındaki en önemli sorun, konutu satan müteahhit veya aracılardan onlarca tüketici ile sözleşme yaparak piyasadan yüksek meblağları toplamalarıdır. Tüketicilerin konut sahibi olmak için ödemiş olduğu bu meblağların yine tüketicileri korumak adına güvence altına alınması gerekir. Bilindiği üzere ön ödemeli konut satışlarında tüketici, satış bedelini kısmen de olsa, satın aldığı konutu teslim almadan önce ödemeye başlamaktadır. Satış bedelinin bir kısmını tahsil etmeye başlayan satıcı ise konutu ilerideki bir zamanda teslim etmektedir. Satıcının tahsil ettiği satış bedellerine rağmen inşaata hiç başlamaması (bırakıp kaçması) veya başlamış olduğu inşaatı bazı sebeplerden dolayı (iflas vs.) tamamlayamaması çok sayıda tüketicinin mağduriyetine yol açmaktadır.

İşte bu tür mağduriyetlerin önlenmesi amacıyla kanun koyucu TKHK md. 42/1 ile teminat müessesesini düzenlemiş ve ön ödemeli konut satışlarında bina tamamlama sigortası yaptırılmasını hüküm altına almıştır. Ancak ne yazık ki, uygulamada tüketicilere ön ödemeli konut satışı yapılırken bina tamamlama sigortası veya diğer teminat türlerinden biri sağlanmamaktadır. Esasen büyük meblağlar toplayan konut satıcılarının tüketiciye teminat sağlamaları gerekirken, bu güvenceyi vermek istememelerinin sebebi maliyetlerin artması ve piyasa dinamiklerinin bozulacağı endişesidir. Maalesef tüketiciler de satın alacakları konutlarda teminat şartının yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmeden sözleşme imzalamakta ve bu durum yeni mağduriyetleri ortaya çıkarmaktadır. Bu çalışmada, ön ödemeli konut satışları için teminat türlerinden biri olan bina tamamlama sigortası yaptırılmadan imzalanan ön ödemeli konut satış sözleşmesinin geçerli olup olmadığı tartışılarak, tüketicinin sahip olduğu haklar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bina tamamlama sigortası, ön ödeme, tüketici, konut, satış

ABSTRACT

The most important problem in prepaid house sales, which is regulated between articles 40-46 of the Law on the Protection of the Consumer (TKHK), is that the contractors or estate agents selling the house and collect high amounts from the market by making contracts with dozens of consumers. It is obligatory to secure these amounts, which the consumers have paid to own a house, in order to protect them. As it is known, in prepaid housing sales, the consumer starts to pay the sales price (may be partly) before pick up the purchased house. The seller, who starts to collect a part of the sale price, delivers the house at a later time. The fact that the seller never started the construction (dropped out) or could not complete the construction that he started due to some reasons (bankruptcy, etc.) despite the sales prices collected by the seller leads to the grievances of many consumers.

In order to prevent such damages, the legislator regulated a kind of guarantee with Consumer Protection Law Art. 42/1 and stipulated that building completion insurance be taken out in prepaid housing sales. Unfortunately, in daily life, when prepaid housing is sold to consumers, building completion insurance or one of the other types of assurance is not provided. House sellers who collect large sums should provide collateral to the consumer, the reason why they do not want to give this assurance is the concern that costs will increase and market dynamics will deteriorate. Unfortunately, consumers are sign the contracts without checking the insurance policy or other guarantees the houses they will buy and this creates new damages for them. In this study, the rights of the consumer will be discussed whether a prepaid housing sales contract signed without the building completion insurance and the validity of the contract will be examined.

Keywords: Building complementary insurance, prepaid, consumer, residence, sales

GİRİŞ

İnsanların günümüzde en hayati ihtiyaçlarından biri olan barınma ihtiyacını karşılayabilmesi için uzun yıllar çalışması ve biriktirilen tasarrufların bu yönde harcandığı bilinen bir gerçektir. Covid-19 pandemisi ve ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik koşullar da dikkate alındığında ev sahibi olabilmek için çok ciddi meblağlar ödenmesi gerekmekte ve bu durum çekirdek bir aile için hayati önem taşımaktadır. Ödenen maddi değer yanında, konut edinilmesine bağlı manevi beklentiler de Türk toplumunda ayrı bir önem arz eder.

Halk arasında “maketten satış”, “sat-yap” veya “inşaata temelden girme” olarak adlandırılan ve henüz ortada olmayan, hatta yapımına dahi başlanmayan konutlar, örnek dairelerin lüks ve abartılı şekilde tefriş edilmesi, saldırgan pazarlama yöntemleri ve vaat

edilen kâr oranlarına inanan tüketiciler tarafından satın alınarak ödemelerine başlanmaktadır. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile tüketicilerden satış bedelini kısmen tahsil etmeye başlayan satıcı (müteahhit/emlakçı/komisyoncu), teslim etmekle yükümlü olduğu konutu ise daha sonraki bir zamanda teslim etmektedir. Satıcının tahsil ettiği satış bedellerine rağmen inşaaatı hiç başlamaması (bırakıp kaçması) veya başlamış olduğu inşaaatı bazı sebeplerden dolayı (iflas vs.) tamamlayamaması tüketici mağduriyetlerine yol açmakta ve çok sayıda insanın hem maddi hem de manevi olarak zarara uğramasına neden olmaktadır¹.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin en önemli sorunlardan birisi, satıcıların konut yapımı için yüzlerce tüketici ile sözleşme akdetmeleri ve çok yüksek tutarda meblağları piyasadan toplamalarıdır. Aslında sadece bankalara verilmiş olan bu yetkinin, ön ödemeli sözleşme yapısı içinde dolaylı olarak satıcılara verilmesi, ya tüketicilerin ödemelerini yaptıkları konutları edinmelerini ya da ödedikleri meblağı güvence altına alacak bir koruma sağlamayı zorunlu kılmaktadır².

Toplum için bu kadar önem arz eden bir konuda kanun koyucu ilk olarak 4077 sy. eTKHK md. 7 ile kampanyalı satışları düzenlemiş ve tüketicilere belirli bir koruma getirmeyi hedeflemiştir. Ancak, bahsedilen kanun kapsamında yapılan kampanyalı satışlarda konut satışı çoğunlukla adi yazılı şekilde yapılmakta, tek taraflı olarak satıcı/sağlayıcının hazırladığı matbu evraklara imza atan tüketici, kendilerine nazaran güçlü konumda olan satıcıya karşı zayıf durumda ve ortaya çıkan zararını karşılamak için uzun yıllar devam edecek bir dava süreci ile karşı karşıya kalmaktaydı. Sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması, eksik bilgilendirme, teslim edilen konutun vaat edilen nitelik ve niceliklere sahip olmaması, eksik ifa, ayıplı ifa ve konutun geç teslimi gibi sorunlar 4077 sy. eTKHK md. 7'nin yetersiz kaldığını göstermiştir³.

¹ DOĞAR, Mehmet, **Ön Ödemeli Konut Satışı**, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 157 vd.

² TKHK md. 42/1 gerekçesi.

³ Kaldı ki, ilgili madde düzenlemesinin kampanyalı konut satışlarına uygulanıp uygulanmayacağı veya hangi kıstaslara göre uygulanacağına dair tartışmalar da vardı. Bkz. ÖZ, Turgut, "6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler", **6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu**, (edt. Tokbaş, Hakan/ Döner, İsa) 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, (s. 83-114), s. 102.

28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 40-46 düzenlemesi, yürürlükten kalkan 4077 sayılı yasada mevcut olmayan ön ödemeli konut satışını düzenlemektedir. İlgili düzenleme “maketten satış”, “sat-yap” veya “inşaata temelden girme” olarak tabir edilen ve birçok kişinin mağduriyet yaşadığı konut satışlarında tüketiciyi daha fazla koruyan sıkı tedbirler getirmeyi amaçlamaktadır. TKHK md. 42 ve Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (ÖÖKSHY) md. 12 ile tüketicilerin ödemiş oldukları meblağları koruma altına alan teminat müessesesini getiren Kanun Koyucu, mağduriyetlerin giderilmesi konusunda teorik olarak doğru bir düzenleme getirmiş olsa da uygulamada halen tüketicilerin korunmasına yönelik adımlar atılmamıştır. Bu çalışmada TKHK md. 42 ile düzenlenen ve satıcı tarafından yaptırılması zorunlu teminat türlerinden biri olan bina tamamlama sigortası ve diğer teminat türleri kısaca açıklanacak, satıcının bina tamamlama sigortası veya diğer teminat türlerinden birini yaptırmamış olması halinde tüketici ile imzalamış olduğu bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin akıbeti genel olarak incelenmeye çalışılacaktır.

I. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi TKHK md. 40’da tanımlanmıştır. Buna göre, “Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir”. İlgili düzenleme incelendiğinde, bu sözleşmenin tüketici ile konutu üreten ve/veya satışını üstlenen arasında yapılan, satış konusunu barınma amaçlı konutun oluşturduğu ve satış bedelinin de tüketici tarafından konutun tesliminden önce ödenmeye başlayan, satıcının da konutu satış bedelinin tamamen ya da kısmen ödenmesine müteakip tüketiciye devir ve teslimle yükümlü olduğu bir sözleşme olduğu görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, barınma amaçlı bir taşınmazın satış bedelinin peşin ya da taksitler halinde, konutun devir ve tesliminden önce ödendiği bir

sözleşmedir⁴. Başka bir tanıma göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden satıcı ile tüketici arasında kurulan, kanunda düzenlenmiş (isimli), satıcıya konutun mülkiyetini tüketiciye devretme borcu yükleyen, tüketicinin ise satış bedelinin bir kısmını konutun devrinden önce ödemekle yükümlü olduğu, real sözleşme niteliğinde, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bir sözleşmedir⁵.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi tüketicinin ödeme edimini önce, satıcının ise edimini daha sonra ifa ettiği bir sözleşmedir. Bu nitelendirmede belirleyici olan, para edimine ilişkin öncelikli olarak ifa borcunun var olmasıdır⁶. Sonuç olarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için, tüketici satılan konutun satış bedelini önceden kısım kısım veya peşin olarak ödemeyi üstlenmeli ve bu konut barınma

⁴ Tanımlar için bkz. ÇABRİ, Sezer, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, (edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, (s. 205-240), s. 206; ASLAN, İ.Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 526; GÜMÜŞ, M. Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 250; ÖZ, **2015**, s. 102; ÖZMEN, E.Saba/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s. 3-4; ATAMER, Yeşim M., **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s. 221 vd; AYDOĞDU, Murat, “Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Ankara, (s. 87-94), s. 88; ACAR, Hakan, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi”, **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 3, Sayı: 1, (s. 11-40), s. 13; TUTUMLU, M.Akif, “6502 Sayılı Kanuna Göre Maketten Konut Satış Sözleşmeleri”, **6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu**, (Edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, (s. 125-152), s. 125; KARA, İlhan, **Tüketici Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 883; MAKARACI, Aslı, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, (der. İnceoğlu, Murat), Oniki Levha, İstanbul, 2015, (s. 241-259), s. 241; KARAKOCALI, Ahmet/KURŞUN, Ali Suphi, **Tüketici Hukuku**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 128; ÖZEL, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 187; DOĞAR, **2018**, s. 55 vd.; İNAL, Tamer, “Ön Ödemeli Konut Satışı”, **Milli Şerh** (edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (s. 621-738), s. 624; DALKILIÇ DEMİR, Müge, **Bağlı Kredi ile Ön Ödemeli Konut Satışı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 10-12; TAMER, Şaban, “Bina Tamamlama Sigortası”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: VI, Sayı: 11, (s. 155-199), s. 159 vd; GÖKTEPE, Elif, **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Bina Tamamlama Sigortası**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 23 vd.; SUNA, İffet Didem, **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2021, s. 16.

⁵ YENİOCAK, Umut, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt:10, Sayı: 102, (s. 42-53), s. 45.

⁶ ATAMER, **2016**, s. 222; ÇABRİ, **2015**, s. 206.

amaçlı bir taşınmaz olmalıdır. Satıcı ise, satış bedelinin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı kullanılmaya hazır olarak alıcıya devir ve teslim etme yükümlülüğü altına girmiş olmalıdır⁷.

Satış bedelinin peşin veya taksitler halinde ödenmesi mümkündür, ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, konut tesliminin sonradan (satış bedelinin ödenmesine başlanılmasının ardından) gerçekleşmesi gerekir. Satış bedelinin peşin ya da taksitle ödenmesi fark etmeksizin, TKHK md. 40-46 hükümleri uygulanması için konutun devir ve teslimi ileri bir tarihte söz konusu olmalıdır⁸. Bir görüşe göre, tüketicinin satış bedelini tamamen ödemesi ile aynı anda konut teslim ediliyorsa, ön ödemeli konut satışından söz edilemez⁹. Eğer satıcı öncelikli bir ifa borcu altındaysa ve tüketici satış bedelini konutun teslimi sonrasında ödemekteyse burada ön ödemeli bir satış değil, taksitli bir satıştan bahsedilmelidir¹⁰.

II. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin unsurları; satış bedeli, satış konusunun barınma amaçlı bir konut olması ve satış bedelinin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazın tüketiciye devir ve teslim edileceğinin kararlaştırılmış olmasıdır.

A. Tüketicinin Konut Satış Bedelini Önceden Ödemeyi Üstlenmesi

TKHK md. 40/1'deki tanıma göre ödemeli konut satış sözleşmesi tüketicinin satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir. İlgili hükümden anlaşılacağı üzere kanun koyucu, satış bedelinin tümünün değil, belirli bir kısmının konutun devir ve tesliminden önce ödenmiş olmasını ön ödemeli

⁷ DOĞAR, 2018, s. 60 vd.; SUNA, 2021, s. 17-18 vd.

⁸ GÜMÜŞ, 2014, s. 250; ÖZ, 2015, s. 102; ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 3-4; AYDOĞDU, 2014, s. 88; ATAMER, 2016, s. 222; KARA, 2015, s. 883; MAKARACI, 2015, s. 241; İNAL, 2016, s. 624 vd.

⁹ KARAKOCALI/KURŞUN, 2015, s. 128.

¹⁰ ATAMER, 2016, s. 217-218.

satış bakımından yeterli görmüştür¹¹. Konutun tesliminden sonra bir kısım ödemenin kalması halinde bu satışın ön ödemeli satış olarak değerlendirilmeyeceğini ifade eden görüşler olsa da TKHK md. 40 ile kanun koyucu ön ödemeli satışı doğru tanımlamayı değil, (uygulamayı da göz önünde tutarak) tüketicinin korunması amacıyla gereken tedbirleri alma yolunu tercih ettiği söylenebilir¹². Bu düzenlemeyle TKHK, TBK'nın taşınır satışlarını konu alan ön ödemeli taksitle satış ile getirmiş olduğu, satıcının bedelin tamamının ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretme ilkesinden ayrılmıştır¹³.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde dikkat edilmesi gereken nokta, satış bedelinin ödenme zamanıdır. Zira tüketicinin konut bedelini ödeme zamanı bu sözleşmenin karakteristik özelliğidir. Tüketici, satış bedelini (satış sözleşmelerinden farklı olarak) satıcının ediminden (konutun devir ve tesliminden) önce ödeme yükümlülüğü altındadır ve satış bedelinin bir kısmının ya da tamamının ödenmiş olmasının önemi yoktur. Satıcı ise kendi üzerine düşen edimi, bu ödemeler sonrasında yerine getirecektir. Diğer bir anlatımla satıcı, satış bedelinin en azından bir kısmını tahsil ettikten sonra borcunu ifa etmelidir¹⁴. Bu nedenle borçlar hukukunda “*subjektif esaslı nokta*” veya “*ikinci derece yan noktalar*” olarak adlandırılan hususlar, bu sözleşmenin hayat bulmasını sağlayan özelliklerdir¹⁵.

B. Satış Konusunun Konut veya Tatil Amaçlı Bir Taşınmaz Olması

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu “konut amaçlı taşınmaz” oluşturur (TKHK md. 40/1). ÖÖKSHY 4/e maddesinde tanımlanan konut, 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa tabi mesken amaçlı kullanılan ya da mesken niteliği

¹¹ SUNA, 2021, s. 22 vd.; DOĞAR, 2018, s. 70.

¹² Aslan'a göre, konutun tesliminden sonra tüketici ödeme yapmaya devam ediyorsa, burada ön ödemeli satıştan söz edilemez. Bkz. ASLAN, 2015, s. 526. Farklı bir görüşe göre, satış sözleşmesinin ön ödemeli ya da taksitli satış olduğunun tespiti için üç kriter göz önünde bündürlümlüdür. Bunlar; ön ödeme miktarı, malın teslim süresi ve sözleşmenin toplam süresidir. Bkz. OZANOĞLU, H. Seçkin, **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara, 1999, s. 161.

¹³ ACAR, 2015, s. 16.

¹⁴ MAKARACI, 2015, s. 245; İNAL, 2016, s. 624, 627.

¹⁵ ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 5. Subjektif sözleşme noktaları teorisi için bkz. EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 36.

taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölüm olarak belirtilmiştir¹⁶. Sözleşmenin konusunu oluşturan konutu tüketici “mesken” ya da “barınma” amacıyla kullanmak üzere satın almalı, diğer bir ifadeyle, bu konut ticari veya mesleki amaçlarla satın alınmamış olmalıdır¹⁷. Bu nedenle, konut amaçlı kullanım dışında kalan işyeri, atölye, depo, mahzen ve hatta sığınak gibi yerlerin satışında TKHK 40-46 hükümleri uygulanmaz¹⁸.

Bir taşınmazın konut amaçlı kullanılacağı nasıl belirleneceği sorusuna KMK md. 12 ve 14. düzenlemeleri ile cevap vermek mümkündür¹⁹. KMK md. 12/a’ya göre onaylı mimari projede bağımsız bölümlerin hangi amaca özgü olduğu açıkça gösterilmek durumundadır. Buna göre, mimari projede işyeri olarak gösterilmiş bir taşınmazın konut amaçlı olarak satın alınması istenmesi durumunda ön ödemeli konut satışı söz konusu olamaz²⁰.

Özetlemek gerekirse, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için tüketici konutu “barınma” amaçlı satın almalı; diğer bir ifadeyle, tüketici ön ödemeli konut satışı sözleşmesini “mesken” olarak kullanacağı konut için yapmalıdır²¹. Tüketicinin yatırım (ticari) amaçlı satın aldığı konutlar ile karma kullanımlı konutlar (örn. home-ofis) bakımından ön ödemeli konut satışı hükümlerinin uygulanması mümkün

¹⁶ İlgili maddenin eleştirisi hakkında bkz. ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, **2016**, s. 24; DOĞAR, **2018**, s. 71.

¹⁷ İNAL, **2016**, s. 627; DOĞAR, **2018**, s. 71 vd.

¹⁸ DOĞAR, **2018**, s. 71 vd.; SUNA, **2021**, s. 28.

¹⁹ KMK md. 12/a: Ana gayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan ve ana gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca onaylanan mimari proje ile yapı kullanma izin belgesi.

²⁰ ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, **2016**, s. 26. Karşı görüşe göre, bir taşınmaz imar planında ticari alan olarak görünse dahi, bu taşınmaz barınma amaçlı satın alınıyorsa ön ödemeli konut satışı hükümleri uygulama alanı bulur. Bkz. ÇABRİ, **2015**, s. 207-208. Ayrıca Bkz. DOĞAR, **2018**, s. 72.

²¹ GÜMÜŞ, **2014**, s. 251; ACAR, **2015**, s. 13; MAKARACI, **2015**, s. 242; ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, **2016**, s. 5; ATAMER, **2016**, s. 219 vd.; ÖZ, **2015**, s. 101; KARAKOCALI/KURŞUN, **2015**, s. 128; ÖZEL, **2014**, s. 187; KARA, **2015**, s. 883 vd.; AYDOĞDU, **2014**, s. 88.

değildir²². Tüketicinin satın aldığı konutu yılın belirli dönemlerinde kullanacak olması, diğer bir anlatımla konutu “yazlık” veya “kışlık” kullanım amacıyla kullanacak olması sözleşmenin niteliğini belirlemede etkili değildir.

Satışı yapılan konutun ve dolayısıyla imzalanan sözleşmenin Tüketici Kanunu kapsamında kalabilmesi için yapılan işlemin tüketici işlemi²³ niteliğinde olması gerektiğinden satıcı konutu ticari veya mesleki amaçla satmalı, tüketici de bu konutu yukarıda ifade edildiği üzere, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla satın almalıdır. Bu nitelikte olmayan bir konut satışı, ön ödemeli olarak satılsa dahi, taşınmaz satışına ilişkin genel hükümler geçerli olacak, TKHK md. 40-46 hükümleri uygulanmayacaktır²⁴.

C. Satıcının, Satış Bedelinin Tamamen veya Kısmen Ödenmesinden Sonra Taşınmazı Tüketicilere Devir ve Teslim Etmeyi Üstlenmiş Olması

TKHK md. 40/1’de söz edilen “*Satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir*” tanımlamasıyla satıcının bu sözleşmeden kaynaklanan asli ediminin satış konusu taşınmazı (konut) tüketiciye devir ve teslim etmek olduğu anlaşılmaktadır. Satıcı, ilgili hüküm gereği, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde kararlaştırılan satış bedelinin kendisine kısım kısım ödenmeye başlamasından belli bir süre sonra satışa konu olan taşınmazın mülkiyetini tüketiciye devretmelidir²⁵. Satıcının borcu gereği gibi ifa edebilmesi için mülkiyetin devri ile birlikte konutun zilyetliğini de tüketiciye devretmiş

²² DOĞAR, 2018, s. 32 vd. Karma kullanımlı konutlar açısından bkz. DOĞAR, Mehmet, “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu”, **Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Sayı:1, (s. 305-326).

²³ TKHK md. 3/1-1: Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.

²⁴ DOĞAR, 2018, s. 72. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Aşa. § III.

²⁵ İNAL, 2016, s. 627; SUNA, 2021, s. 25 Bununla birlikte, satış bedelinin devir ve teslimden önce peşin olarak ödenmesi de mümkündür. Bkz. DOĞAR, 2018, s. 73.

olmalıdır²⁶. Zira mülkiyetin devri ayrı, zilyetliğin devri ayrı bir ifaya konudur²⁷.

III. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. Tüketici (Lehdar)

Barınma amaçlı bir konut satışı bakımından ön ödemeli konut satışı sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken ilk koşul, imzalanan sözleşmenin tüketici işlemi niteliğinde olması gerektiğidir²⁸. Bir hukuki işlemin tüketici işlemi sayılmasının ilk şartı da taraflardan birinin TKHK anlamında tüketici olmasıdır²⁹. TKHK md. 3/k ve ÖÖKSHY md. 4/1'ya göre tüketici "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır³⁰.

Tüketici kısaca, ticari veya mesleki faaliyeti dışında, şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek veya tüzel kişi olarak da tanımlanmaktadır³¹. İlgili düzenlemeler gereğince,

²⁶ ÖZ, 2015, s. 108; MAKARACI, 2015, s. 256; GÜMÜŞ, 2014, s. 253. Teslim kavramı hakkında ayrıca bkz. ERMAN, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Basım, Der Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 33-34; İNAL, Emrehan, **Sonuca Katılnmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2011, s. 228.

²⁷ ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 53; GÖKTEPE, 2020, s. 34; TAMER, 2021, s. 166 vd. Nitekim, TKHK md. 44 "*Ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez. Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır*" şeklindedir. Bkz. DOĞAR, 2018, s. 73 vd.

²⁸ TKHK md. 3/I'e göre, tüketici işlemi "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*" ifade etmektedir.

²⁹ Yargıtay birçok kararında, bir hukuki işlemin sadece 6502 sayılı yasada düzenlenmiş olmasını tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmediğini ifade etmiştir. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin aynı zamanda tüketici olması gerekir. Örnek karar için bkz. Yargıtay 13. HD 15.10.2015 T., 2015/27516 E., 2015/30201 K. www.kazancı.com (erişim tarihi 09.01.2022).

³⁰ Aslan'a göre, eTKHK'da tüketicinin tanımında yer verilen "edinen, kullanan veya yararlanan" ifadesinin TKHK'da "hareket eden" şeklinde değiştirilmesinin sebebi, tüketicinin sadece bir sözleşmenin tarafı olarak değil, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yapıldıktan sonra da koruma ihtiyacının ortaya çıkmış olmasıdır. ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 5.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 5.

³¹ Tanımlar hakkında bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 9; ÖZEL, 2014, s. 41 vd; OZANOĞLU, 1999, s. 6; KARA, 2015, s. 123-124; ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 16; AKİPEK, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 3, (s. 269-290), s. 289 vd; ALTOP, Atilla, "Türk Hukukunda, Avrupa

ön ödemeli konut satın alacak tüketicinin konutu öncelikle kendisi veya yakınlarının barınma (mesken-ikametgâh) ihtiyacını karşılamak üzere satın alması gerektiği, ticari veya mesleki amaçlarla konutu satın alması halinde ön ödemeli konut satışı hükümlerinin (TKHK md. 40-46) uygulanmasının mümkün olmayacağı tekraren rahatlıkla söylenebilir³².

B. Satıcı (Sigorta Ettiren)

Bir tüketici işleminde taraflardan biri tüketici ise, karşı tarafın da satıcı veya sağlayıcı olması şarttır. TKHK md. 3/1'ya göre sağlayıcı, “*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 3/i maddesi ve ÖÖKSHY md. 4/h'ye göre satıcı, “*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak düzenlenmiştir. Bu tanımlamalardan hareketle, satıcı veya sağlayıcının “ticari veya mesleki amaçlarla” hareket etmesi ve tüketiciye sundukları mal veya hizmet sırasında asgari bir örgütlenmeye dayalı sürekli ticari ve mesleki faaliyet gerçekleştiriyor olması gerekmektedir³³. Diğer bir ifadeyle, mesleki faaliyette bulunan kişi esnaf veya tacir olmalı, alım-satım işlerini (kâr elde etme amaçlı) sürekli olarak devam ettirmelidir³⁴.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesine satıcı/sağlayıcı olarak taraf olan ve bir meslek/ ticari faaliyet olarak adlandırılan “yüklenici/ müteahhit” kavramı; konut, işyeri, altyapı gibi inşaatları yapmayı meslek haline getirmiş kişi olarak tanımlanmaktadır³⁵. Mesleki

Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 3, Sayı: 1-2, (s. 3-10), s. 10; AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “Akipek Şerhi”, **Milli Şerh**, (edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (s. 40-59), s. 55-56; ASLAN, 2014, s. 2 vd. Diğer tanımlar için bkz. KARAKOCALI/KURŞUN, 2015, s. 18-19; DOĞAR, 2018, s. 43 vd.; DALKILIÇ DEMİR, 2019, s. 14 vd.

³² DOĞAR, 2018, s. 43-44.

³³ GÜMÜŞ, 2014, s. 15; AKİPEK ÖCAL, 2016, s. 55; KARA, 2015, s. 126; ÇINAR, Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, Oniki Levha, İstanbul, 2009, s. 41; KARAKOCALI/KURŞUN, 2015, s. 28; DOĞAR, 2018, 49 vd.

³⁴ DOĞAR, 2018, s. 51 vd.; TAMER, 2021, s. 165-166; GÖKTEPE, 2020, s. 37; DALKILIÇ DEMİR, 2019, s. 17.

³⁵ ÖZ, Turgut, “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”, **Konut Sektöründe Tüketici Hukuku**

veya ticari faaliyet anlamında müteahhit/yüklenicinin imal ettiği konutları para karşılığı pazarlaması, satış sözleşmesini oluşturur ve böylece bir tüketici sözleşmesi olan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde “satıcı” sıfatını alır³⁶.

Bazı durumlarda konutu imal edenle, pazarlamasını yapan kişiler farklı olabilmektedir. Halk arasında “emlakçı” olarak adlandırılan gayrimenkul komisyoncuları (simsarlar, gayrimenkul tellalı) tarafından pazarlanan bir konutun satın alınması halinde yapılan satış işlemi de bir tüketici işlemidir. Çünkü gayrimenkul komisyonculuğu, bir meslek olarak kabul edilen, kendine ait bir meslek odası bulunan ve kazanç elde etmeye yönelik ticari ve mesleki bir faaliyettir. Bu kişi, mal alıp satmayı gelir elde etmek için sürekli yapıyorsa, bir ticaret veya oda siciline kayıtlı olmasa dahi, TKHK md. 3/k anlamında ticari maksatla hareket etmiş sayılmalıdır³⁷.

Bir taşınmaz satışı, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin unsurlarını taşıyor olsa da taşınmazı satan taraf mesleki veya ticari anlamda faaliyette bulunmuyor veya kâr elde etme amacını taşıyamıyorsa yapılan sözleşme TKHK kapsamında olmayacak, genel hükümlere tabi olacaktır. Örneğin, kendi oturduğu evi daha yeni bir ev satın almak amacıyla ön ödemeli olarak satan kişinin ileride yapacağı satış işlemi tüketici işlemi sayılmayacak, dolayısıyla da ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olamayacaktır³⁸.

Uygulamaları, (edt: Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (s. 203-229), s. 206.

³⁶ DOĞAR, 2018, s. 52.

³⁷ ÖZ, 2016, s. 212 vd. Yargıtay 20. HD 09.06.2016 T., 2016/5011 E., 2016/6745 K. “... 6502 Sayılı Kanuna göre, davalı tüketici taraflar arasında yapılan simsarlık (tellallık) sözleşmesi ise, kanunun tanımladığı anlamda tüketici işlemidir. ...Dosya kapsamından; davacı vekilinin, taraflar arasında, bir arsanın satın alınması amacıyla, davacı tarafından arsanın peşinat ve simsarlık (tellallık) bedeli olarak davalıya muhtelif tarihlerde 40.000.-TL, 25.000.-TL ve 75.000.-TL olarak toplamda 140.000.-TL ödendiği, davalının sözleşme şartlarını yerine getirmemesi sonucunda davacının ödenen bedelin davalıdan tahsili amacıyla yaptıkları icra takibine davalının itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline karar verilmesi istemiyle dava açtığı, dava tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 3, 73/1 ve 83/2 maddeleri uyarınca bu tür davalara bakma görevinin tüketici mahkemelerine ait olduğu nazara alındığında uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir”. TBK md. 520/3 gereği, gayrimenkul tellallığı akdi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli değildir. Ayrıca bkz. Yargıtay 13. HD 14.2.2013 T., 2012/24788 E., 2013/3356 K. www.kazancı.com (erişim tarihi 05.01.2022).

³⁸ Örnekte verilen kişinin evini satarken kâr amacı gütmemesi halinde dahi sonuç değişmez. DOĞAR, 2018,

IV. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE SATICININ TEMİNAT SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI

A. Satıcının Teminat Sağlama Yükümlülüğü

Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin en önemli sorunu, satıcıların konut yapımı için yüzlerce tüketici ile sözleşme imzalayarak, yüksek tutardaki meblağları tüketicilerden toplamalarıdır. Sadece bankalara verilmiş olan bu yetkinin ön ödemeli sözleşmesi ile dolaylı olarak satıcılara verilmesi, ya tüketicilerin ödemelerini yaptıkları konutları edinmelerini ya da ödedikleri meblağı güvence altına alacak bir koruma gerektirmektedir³⁹. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile tüketicilerden satış bedelini kısmen tahsil etmeye başlayan satıcı/müteahhit teslim etmekle yükümlü olduğu konutu ise sözleşmede belirlenen ileri bir tarihte (genellikle 24-36 ay sonrası) teslim etmektedir. Satıcının tüketicilerden tahsil ettiği satış bedellerine rağmen inşaata hiç başlamaması (bırakıp kaçması) veya başlamış olduğu inşaatı bazı sebeplerden dolayı (pandemi, ekonomik kriz, iflas vs.) yarım bırakması tüketici mağduriyetlerine yol açmakta ve çok sayıda insanın hem maddi hem de manevi olarak sıkıntıya girmesine neden olmaktadır⁴⁰. Esasen büyük meblağlar toplayan yüklenici veya satıcıların tüketiciye belirli bir güvence vermiş olmaları gerekiyorken bu güvenceyi vermekten kaçınmalarının en önemli gerekçesi maliyetlerin artarak piyasa dinamiklerinin bozulacağı endişesidir⁴¹.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bu durumun önlenmesi amacıyla TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12 ile teminat müessesesini getiren Kanun Koyucu, mağduriyetlerin giderilmesi konusunda isabetli bir düzenlemede bulunmuştur. TKHK md. 42/1'e göre, "*Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına*

s. 53.

³⁹ TKHK md. 42/1 gerekçesi.

⁴⁰ ÖZEL, 2014, s. 189; GÖKTEPE, 2020, s. 40 vd.; TAMER, 2021, s. 168 vd.; SUNA, 2021, s. 73 vd.

⁴¹ KARA, 2015, s. 892.

başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur” denilerek ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kurulması öncesinde satıcıya teminat yaptırma yükümlülüğünü getirmiştir⁴². Sözü edilen düzenleme gereği satıcı/müteahhit, dört farklı teminat türünden birini sağlamakla yükümlüdür. Satıcı/müteahhit, yönetmelikte (ÖÖKSHY) düzenlenmiş olan teminat türlerinden herhangi birini tercih etmekte serbesttir⁴³. Bu teminat türleri bir sonraki başlıkta kısaca incelenecektir.

B. Genel Olarak Teminat Türleri

1. Hakediş Sistemi

Hakediş, müteahhit veya taşeronun, uhdesindeki sözleşmeye göre inşaatı gerçekleştirdiği imalat karşılığı tahakkuk eden alacak olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. Bir diğer tanıma göre hakediş, müteahhidin inşaatı tamamladığı imalat kısımları veya inşaatın belirli hazırlık safhaları hakkında tahakkuk eden alacağıdır⁴⁵. ÖÖKSHY md. 15/1'e göre, *“Tüketicinin ödemelerinin hakediş sistemi ile teminat altına alınması durumunda, tüketici, ödemeleri sözleşmede belirtilen bir bankada satıcı adına açılacak bir hesaba yatırmakla yükümlüdür. Bu hesapta toplanan tüketici ödemeleri konutun devir veya teslimine kadar bloke altında olup, yalnızca hakediş karşılığında serbest bırakılabilir”*. İlgili düzenleme gereği tüketici, satıcı ile yaptığı ön ödemeli konut sözleşmesinde kararlaştırılan meblağı bankanın ilgili hesabına yatıracaktır. Banka,

⁴² Ancak üzülererek belirtmek gerekir ki bu çalışmanın yazıldığı tarih itibarıyla ön ödemeli konut satışlarında teminat yaptırılan projelerin sayısı tüm Türkiye’de dramatik düzeyde çok azdır. Bkz. <https://www.sigortadunyasi.com.tr/2020/03/20/servet-gurkan-bina-tamamlama-sigortasi-zorunlu-ama-yaptiran-yok/> <https://sigortagazetesi.com/yasar-bina-tamamlama-sigortasina-duzenleme-gerekliyor/> (erişim tarihi 10.01.2022).

⁴³ Bunun yanında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı piyasa koşullarını, satıcının daha önce yapmış olduğu işleri ve projenin nitelik ya da nicelik durumunu gözetmek suretiyle, eğer gerekli görürse, satıcının başka teminatlar vermesi gerektiği yönünde karar alabilir. Bkz. DOĞAR, **2018**, s. 157 vd.

⁴⁴ ÖZ, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 80-81.

⁴⁵ İNAL, **2016**, s. 683. Geçici hakediş raporu, belli bir zaman dilimi (genellikle bir ay) içinde gerçekleştirilen iş bedelini; kesin hakediş raporu ise işin tamamlanmasından sonra tüm bedelini gösteren belgeler bütünüdür. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. AYDEMİR, Efrail, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 180, 189-194; SUNA, **2021**, s. 137.

yatırılan tutar üzerine bloke koyacak ve sadece satıcının projede ilerleme oranında satıcıya ödeme yapacaktır. Banka nezdinde açılacak bu hesaba TKHK md. 42/2 ve ÖÖKSHY 13/2 maddesi gereği haciz, tedbir veya ihtiyati haciz ya da ihtiyati tedbir konulması ise mümkün değildir. Aynı şekilde ilgili hesap, iflas veya tasfiye masasına da dahil edilemeyecektir⁴⁶.

ÖÖKSHY md. 15/3'e göre, "*Satıcı, 10. maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmezse, hesap üzerindeki haklarını kaybeder. Bu durumda, tüketicinin yapmış olduğu ödemelerin hakediş usulüne göre satıcıya ödenmemiş kısmı banka tarafından tüketiciye iade edilir. Tüketicinin o ana kadar yapmış olduğu ödemelerin satıcıya ödenen kısmı üzerinde ise tüketicinin hakları saklıdır*". Satıcı zikredilen düzenleme gereği ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde kararlaştırılan sürede (azami otuz altı ay) konutu tüketiciye devir ve teslim etmez ise banka hesabından ödeme alamaz. Banka, yükümlülüğü gereği satıcıya (hakediş olsa dahi) ödemeyi kesmek durumundadır. Hesapta kalan para ise tüketiciye iade edilecektir. Tüketicinin bu bedeli geri alması için herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur. Tüketicinin hesapta kalan bedelin kendisine ödenmesi için bankaya başvurması, sözleşmeden dönme olarak algılanmamalıdır, çünkü, dönme beyanının noter aracılığıyla satıcıya bildirilmesi gerekir (ÖÖKSHY md. 9/2)⁴⁷.

Doktrinde ağırlıklı olarak eleştirilen ve bizim de katıldığımız görüşlere göre, hakediş sistemi etkin ve tam koruma sağlayan bir teminat türü değildir⁴⁸. Bunun nedeni, bankaların tüketiciye yapacağı bedel iadesinin hangi oranda ve nasıl yapılacağı konusunda yönetmelikte bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla tüketicinin, yatırmış olduğu bedelin tümünü geri alamaması tehlikesi vardır. Her ne kadar ilgili düzenlemede "*tüketicinin o ana kadar yapmış olduğu ödemelerin satıcıya ödenen kısmı üzerinde*

⁴⁶ DOĞAR, 2018, s. 193 vd.; SUNA, 2021, s. 138. ÖÖKSHY md. 15/2 düzenlemesine göre, "*Konutun tamamlanma oranına göre belirlenecek hakediş sisteminde, ödemelerin doğrudan bankaya yapılmış olması ve bankaların sorumluluğu altında inşaatın ilerleme seviyesi oranında şirkete aktarılması esastır. Bu şekilde yapılacak ödemelerde tüketicinin rızası aranmaz. Bu işlemlerle ilgili olarak banka, tüketiciden komisyon ve benzeri isim altında herhangi bir bedel talep edemez*".

⁴⁷ ACAR, 2015, s. 30; DOĞAR, 2018, s. 194 vd.

⁴⁸ ATAMER, 2016, s. 239; ACAR, 2015, s. 31; ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 68. Kaldı ki hakediş sistemi, çalışmanın yazıldığı tarih itibarıyla ön ödemeli konut satışlarında uygulanabilmiş bir teminat türü değildir.

tüketicinin hakları saklıdır” denilse de iflas etmiş veya projeyi yarım bırakıp kaçmış bir satıcıdan bedel iadesinin nasıl tahsil edileceği belirsizdir. Bunun için dava açma yoluna gidilebileceği düşünülse de ülkemizdeki ortalama yargılama süreleri dikkate alındığında tüketicinin mağdur olacağı (iflas etmiş bir satıcıdan tahsilat yapılamayacağı) açıktır. Bankanın hakediş ödemelerinde gereken özeni göstermemesi veya konutu yapan satıcıyı denetlemede ihmali bulunması durumunda tüketici yine davalar açma yoluna başvuracak ve ödemiş olduğu bedeli geri alma süreci uzadıkça içinden çıkılmaz bir hal alacaktır. Kaldı ki bugün hiçbir banka böyle bir yükümlülüğün altına girmek istememektedir. Bu nedenle ön ödemeli konut satışlarında hakediş teminat türü, ticari hayatta uygulanmayan ve ölü olarak doğmuş bir düzenlemedir⁴⁹.

2. Banka Teminat Mektubu

Banka teminat mektupları *“bankaların muayyen bir işin gerçekleştirilmesini, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini muhataba taahhüt eden müşterisinin, bu taahhüdün evvelce muhatap tarafından saptanan koşullara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde belirli bir paranın, banka tarafından muhataba ödeneceğini garanti altına alan belgeler...”* şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁰. Ön ödemeli konut satışlarında banka teminatını düzenleyen ÖÖKSHY md. 14/1’ e göre, *“Banka teminat mektubu, satıcının tüketiciye karşı ön ödemeli konut satışına ilişkin 10. maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, tüketicinin ödediği bedeli, ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair banka tarafından verilen kesin ve süresiz mektup”* olarak tanımlanmıştır. Sözü edilen hükümde, ön ödemeli konut satışı yapabilmek için sağlanması gereken teminat mektubu tipinin kesin, süresiz ve ilk talepte ödeme kaydını içeren (first demand guarantee) nitelikte bir teminat mektubu olması gerektiği anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla tüketici, satıcının temerrüde düştüğü ana kadar ödediği satış bedellerini bankadan öncelikle talep edebilecektir⁵¹.

⁴⁹ DOĞAR, 2018, s. 195. Ayrıca bkz. SUNA, 2021, s. 141.

⁵⁰ REİSOĞLU, Seza, **Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları, Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar**, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, No:105, Ankara, 1980, s. 33; ÖNDER, Bengisu, **Türk Hukuku’nda Banka Teminat Mektupları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 7 vd.

⁵¹ ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 66; ÇABRİ, 2015, s. 220; ACAR, 2015, s. 28; KARA,

ÖÖKSHY md. 14/2'ye göre, ön ödemeli konut satışının banka teminat mektubu verilmesi suretiyle teminat altına alınması durumunda satıcı, 10. maddede belirtilen sürede konutun devir ve teslim yükümlülüğünü yerine getirmese, tüketiciler kendilerine verilmiş olan banka teminat mektubunu bankadan tazmin edebilirler. Teminat mektubunun sağladığı garanti, tüketiciyi korumak için yeterlidir. Ancak uygulamada, teminat mektubu alabilecek inşaat firması sayısı sınırlıdır. Teminat mektupları ancak ticari anlamda güçlü ve muteber kişilere, bankalara gerekli teminat veya karşılığın verilmesi halinde temin edilen bir teminat türüdür⁵². Bugün neredeyse hiçbir inşaat firması veya müteahhit, tüketicilere ön ödemeli satmış olduğu konutların teminatını sağlamak adına teminat mektubu veremez. Onlarca ve hatta yüzlerce tüketiciye teminat mektubu verilmesi satıcı üzerinde gereksiz bir finans yükü yükleyeceği gibi en küçük bir olumsuzlukta teminat mektuplarının paraya çevrilmesi yeni davalar ve uyuşmazlıklar doğuracaktır⁵³. Bu nedenle ön ödemeli konut satışlarında tüketicilere teminat mektubu verilmesi yoluyla teminat sağlanması (ticari gerçekler de göz önünde tutularak) günümüz koşullarında mümkün değildir⁵⁴.

3. Bağlı Kredi ile Teminat

Bağlı konut finansman kredisi bankaların anlaşma yaptığı veya önceden belirlenen bir projedeki konut ya da konutların satın alınması için verilen bir kredidir⁵⁵. Bağlı kredi sözleşmesi, “*Konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşmedir*” (TKHK md. 35/1). Bu anlamda kredi, sadece belli bir (konuyla alakalı olarak) konuta münhasır kılınmıştır⁵⁶. Bağlı konut

2015, s. 894; İNAL, 2016, s. 682.

⁵² SUNA, 2021, s. 132-133; ACAR, 2015, s. 28; DOĞAR, 2018, s. 191-192; DALKILIÇ DEMİR, 2019, s. 52 vd.

⁵³ GYODER-İNDER-KONUTDER, Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik Taslağı Hakkında Görüşler, [https://www.gyoder.org.tr/uploads/gyoder_gorusleri/tuketicinin_korunmasi_hk_gorus.pdf s. 4-5](https://www.gyoder.org.tr/uploads/gyoder_gorusleri/tuketicinin_korunmasi_hk_gorus.pdf_s.4-5). (erişim tarihi 18.01.2022).

⁵⁴ KARA, 2015, s. 894; DOĞAR, 2018, s. 190 vd.

⁵⁵ ÇABRİ, Sezer, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri*, Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 173 vd.; DALKILIÇ DEMİR, 2019, s. 58 vd.

⁵⁶ Bağlı kredi sözleşmesi ile satış sözleşmesinin ekonomik birlik oluşturmasına dair kriterler Konut

kredisinde finansman kuruluşu, tüketiciye “belirli bir konutu satın alması” halinde özel avantajlar içeren kredi vermeyi önermekte; tüketici de bunu kabul ederek kredi ilişkisine girmektedir⁵⁷.

ÖÖKSHY 16. maddesi, satıcının sağlayacağı diğer bir teminat türü olan “bağlı kredi ile teminat” düzenlemesini hüküm altına almıştır. Buna göre, “*Ön ödemeli konut satışının bağlı kredi ile yapılması halinde, kullanılan kredi tutarında teminat sağlanmış olur. Ancak, satıcı kullanılan bağlı kredi tutarının üzerinde kalan tutarı, ayrıca teminat altına almak zorundadır*”. İlgili düzenleme gereği satıcı/müteahhit ve banka, genellikle inşaata başlanmadan önce aralarında bir anlaşma yapmakta ve bu anlaşmaya göre banka, satışa sunulacak konutlar için “özel” tabir edilen piyasa koşullarından daha düşük faiz oranlarını tüketiciye sunmaktadır⁵⁸.

Kredi veren banka veya finans kuruluşu, konutun hiç veya gereği gibi teslim edilmemesi halinde tüketicinin satıcıya ödemiş olduğu satış bedelini teminat senedinde yazılan azami tutar dahilinde faizi ile birlikte ödeme yükümlülüğündedir. TKHK md. 35/2 hükmü de satışa konu olan konutun hiç veya gereği gibi teslim edilmemesi halinde kredi veren ile satıcının müteselsilen sorumlu olduğunu düzenlemektedir⁵⁹. Tüketicinin

Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği md. 15’te sayılmıştır. Ayrıca bkz. ACAR, Faruk, “yTKHK Bakımından Konut Finansmanı Sözleşmesi”, **6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, (edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, (s. 115-124), s. 120-121. Tanımlar ve detaylı bilgi için ayrıca bkz. ÇELİK, Serap, **Konut Finansmanı Amacıyla Yapılan Konut Kredi Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 127, dn. 414; ÜZELER, Rabia Sanem, **Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 50 vd.; KILINÇ, Hüseyin, **Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi ve Kredi Veren Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 72 vd.; DALKILIÇ DEMİR, 2019, s. 56 vd.; ÇABRİ, 2010, s. 173 vd.

⁵⁷ ÇABRİ, 2010, s. 173 vd.; GÖKTEPE, 2020, s. 108-111. Bağlı kredinin görünüm şekilleri hakkında bkz. ÜZELER, 2011, s. 54-61; Bağlı kredilerin farklılıkları hakkında bkz. İNAL, 2018, s. 686-687.

⁵⁸ DOĞAR, 2018, s. 197 vd.

⁵⁹ TKHK md. 35/2: Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanunun 11. maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur. Ancak, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu; konutun teslim edilmemesi durumunda konut satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır. Bağlı kredinin varlığı halinde satıcının konutu hiç ya da gereği gibi teslim etmemesinden konut finansman kuruluşu müteselsilen sorumludur. Satıcının borca aykırılıktan sorumluluğu sözleşme ilişkisine dayanmakta iken, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu kanundan kaynaklanır. Diğer bir ifadeyle, kanundan

ön ödemeli konut satışı için kullandığı kredi, toplam satış bedelinin sadece belli bir bölümünü kapsıyorsa, diğer bir anlatımla konut bedelinin bir kısmını kredi, kalan kısmını ise kendisi (tüketici) karşılıyorsa, tüketicinin ödediği o miktar kadar satıcının ayrıca farklı bir teminat türünü sağlaması gerekmektedir⁶⁰.

4. Bina Tamamlama Sigortası

Tüketicinin taraf olduğu ön ödemeli konut satışında sözleşmenin niteliği gereği tüketici çok önemli bir riski üstlenmiş olmaktadır. Bu risk yukarıda da çeşitli defalar belirtildiği üzere inşaatın bitirilememesidir. Kanun koyucu yukarıda sayılan teminatların yanında uygulamada en fazla tercih edileceğini düşündüğümüz bina tamamlama sigortasını da düzenlemiştir. Tüketici lehine teminatların verilmesini düzenleyen TKHK 42/1 maddesi ile getirilen ve ilgili bakanlık tarafından projedeki konut adedi veya projenin toplam bedel kıstasına göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için ön görülen bu teminat türü ile satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce bina tamamlama sigortası yaptırılması zorunluluğu getirilmektedir⁶¹.

a. Bina Tamamlama Sigortasının Konusu ve Kapsamı

TKHK md. 42/1'e göre "*Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya*

kaynaklanan bir teselsül hali vardır. Hüküm, emredici nitelikte olduğundan müteselsil sorumluluğu ortadan kaldıran veya tüketici aleyhine değiştiren anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Konut finansman kuruluşunun müteselsil sorumluluğunun koşulları ve sınırları hakkında bkz. ACAR, Faruk, "Konut Finansmanı Sözleşmeleri", **Milli Şerh** (edt. Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. (543-561), s. 543 vd.

⁶⁰ Nitekim uygulamada kredi veren kuruluşlar (çoğunlukla) satışa konu konutun tamamı için kredi vermemektedir. DOĞAR, **2018**, s. 198-199. Ayrıca bkz. KILINÇ, **2019**, s. 75-133 vd. Bağlı kredi ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. YENİCE ÖZGÖZ, Hava, **Bağlı Tüketici Kredilerinde Bankanın Sorumluluğu**, Oniki Levha, İstanbul, 2021, s. 65 vd.; ARAT, Ayşe, **Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk**, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 217 vd.

⁶¹ KARA, **2015**, s. 891; SUNA, **2021**, s. 78; DALKILIÇ DEMİR, **2019**, s. 48 vd. "Bina tamamlama sigortası" teriminin farklı bir kavram ve değişik çağrışımlarda bulunduğu bahisle bu terimin isabetli olmadığı ve "proje tamamlama sigortası" şeklinde değiştirilmesi gerektiği öneri ve eleştirisi hakkında bkz. GÖKTEPE, **2020**, s. 53 vd.

Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur". İlgili hükmün lafzından, bina tamamlama sigortasının satıcı/yüklenici tarafından konut satışlarına başlanmadan önce yaptırılması gereken zorunlu bir sigorta olduğu ilk bakışta anlaşılmaktadır⁶².

Bina tamamlama sigortasının amacı satıcının iflas etmesi veya başka sebeplerle inşaatı tamamlamadan yarım bırakması ya da terk etmesi halinde tüketicilerin konutlarına kavuşmalarını sağlamak olduğundan örneğin, 1.000000 TL bedelle ön ödemeli konut sözleşmesi yapıldığını ve 400.000 TL ön ödemede bulunulduğunu varsayalım ve geri kalan 600.000 TL eşit taksitler veya ara ödemelerle üç yılda ödenecek olsun. Sözleşmenin imzalanmasından bir yıl sonra 400.000 TL ön ödeme yapıldığını ve 200.000 TL tutarındaki birinci yıl taksitler de ödenmiş olsun. Satıcının iflası halinde tüketici kendisine teslimi taahhüt edilen konutu alamadığı gibi o ana kadar satıcıya ödediği 600.000 TL tutarındaki ödemelerini de alamama riski ile karşı karşıya kalacaktır⁶³.

Burada akla gelen ilk soru neyi sigorta ettirdiğinizdir. Ön ödemeli konut satış vaadinden doğan bir hak mı yoksa taşınmaz mı sigortalanıyor bunun tespiti gerekir. Bir görüşe göre, ortada henüz konut olmadığından doğacak bir alacağın sigorta edildiği düşünülmelidir⁶⁴. Bina tamamlama sigortası niteliği açısından bir sorumluluk sigortası değildir. Burada, "kefalet" türü bir teminat niteliği vardır. Çünkü sigortacının ön ödemeli olarak konut satın alan tüketiciler lehine "teminat senetleri" düzenlemesi söz konusudur⁶⁵.

TKHK md. 42/1 ve ÖÖKSHY md. 12'ye göre, satıcının konut satışına başlamadan önce, konut adedi otuz ve üzerinde olan projeler için bina tamamlama sigortası yaptırması veya diğer teminat ve şartlardan en az birini sağlaması zorunludur. Satıcı, teminat türlerinden birini yerine getirmekle teminat şartını da yerine getirmiş olur. Teminat

⁶² DOĞAR, 2018, s. 159 vd.

⁶³ TKHK md. 42 gerekçesi. Ayrıca bkz. KARA, 2015, s. 892; ÇABRİ, 2015, s. 219; İNAL, 2016, s. 675; TAMER, 2021, s. 160, 168; SUNA, 2021, s. 79-80 vd.

⁶⁴ ÖZAKMAN, Cumhur, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, (der: İnceoğlu, Murat), Oniki Levha, İstanbul, 2015, s. 264.

⁶⁵ ÜNAN, Samim, **Sigorta Tüketici Hukuku**, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s. 94. Karş. GÖKTEPE, 2020, s. 64-69.

çeşitlerinden biri olan bina tamamlama sigortası ve kapsamı, Hazine Müsteşarlığının 16.03.2015 tarihli “Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları” (BTSGŞ) olarak yayınlanıp yürürlüğe girmiştir. Genel şartların A.1 maddesi, bina tamamlama sigortasından hangi durumlarda yararlanılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre;

“Sigortacı; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındaki ön ödemeli konut veya devre tatil satışlarında, satıcının iflas etmesi, satıcının gerçek kişi olması durumunda mirasçılarının mirası reddetmesi şartıyla ölümü ile A.3 ve A.4 maddelerinde belirtilen haller dışında, satıcının sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde konutu veya devre tatili tamamlayamaması hallerinde, teminat hesabında belirtilen tüketicilere, bu genel şartlara ve poliçe özel şartlarına göre sigorta teminatı sağlar”.

İlgili düzenleme incelendiğinde, tüketicilerin bina tamamlama sigortasından yararlanabilmeleri üç durumda söz konusu olabilecektir. Bunların ilki satıcının iflası, ikincisi, satıcının gerçek kişi olması durumunda mirasçılarının mirası reddetmesi koşuluyla ölmesi ve sonuncusu da satıcının sözleşmede taahhüt ettiği süreyi takip eden on iki ay içerisinde konutu tamamlayamaması halleridir. İlgili maddede sayılan haller sınırlıdır ve dolayısıyla başka bir sebepten ötürü sigortaya başvurabilmek mümkün değildir⁶⁶. Örneğin, satıcının ödeme gücüne düşmesi veya yoğun haciz baskısı altında olması durumlarında bina tamamlama sigortasına başvurulamaz. Aynı şekilde, konkordato talep edilmiş olması halinde de bina tamamlama sigortasından yararlanılması mümkün değildir⁶⁷.

b. Bina Tamamlaması Sigortasında Uygulanan Kriterler

ÖÖKSHY md. 12/1'e göre, “*Satıcının konut satışına başlamadan önce, konut adedi otuz ve üzerinde olan projeler için bina tamamlama sigortası yaptırması ...zorunludur*”. İlgili düzenleme incelendiğinde yüklenici ya da satıcının bina tamamlama sigortası yaptırmaya yükümlülüğü açısından getirilen ilk kriter konut sayısının otuz veya üzeri olması

⁶⁶ Ancak ek teminat ile sigorta sözleşmesinin kapsamını genişletmek mümkündür. Ayrıca bkz. TAMER, 2021, s. 169-172; GÖKTEPE, 2020, s. 79-84; ÜNAN, 2016, s. 94 vd.; SUNA, 2021, s. 82 vd.

⁶⁷ ACAR, 2015, s. 27; ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 62; ÇABRİ, 2015, s. 219; DOĞAR, s. 2018, 161.

şartıdır. Teminat yükümlülüğü açısından kanun koyucunun getirdiği otuz adetlik konut kriterinin hangi kıstaslara göre belirlendiği konusunda ilgili madde gerekçesinde herhangi bir açıklama yoktur. Bununla birlikte neden on beş ya da yirmi konut değil de otuz adetlik sınır konulduğu da anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce, otuz adet altındaki konut projeleri bakımından sigorta şirketlerinin yeterli prim elde edemeyeceği ve teminat sağlama konusunda çekinceleri olduğudur. Zira, otuz adet altındaki konut projeleri sigorta şirketlerince kârlı bulunmamakta ve bu nedenle de teminat yükümlülüğü dışında tutulması tercih edilmektedir⁶⁸. Buradan çıkan sonuca göre, bir projede inşa edilecek konut sayısı otuzun altında ise yüklenici veya satıcının teminat yükümlülüğünün bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, teminat yükümlülüğünün otuz ve üzeri konut projelerinde zorunlu tutularak, otuzun altındaki projelerde zorunlu tutulmaması isabetsiz olmuştur⁶⁹. Zira, otuz adet altındaki projelerden konut satın alan tüketiciler, bu koruma şemsiyesinin dışında tutulmuş ve hatta aynı hukuki konumdaki diğer tüketicilerle aralarında adaletsiz bir durum yaratılmıştır.

Bina tamamlama sigortası yaptırılırken göz önünde tutulacak diğer kriter ise projenin toplam bedelidir. BTSGŞ A.1 maddesine göre sigortacı, inşa edilecek proje için poliçe düzenler ve satıcıya ön ödemeli olarak satılacak konutlar bakımından azami bir teminat limiti tahsis eder. Proje kapsamında, tüketicilere konut satışı yapılmasından sonra konut satış bedeli üst sınır olmak üzere her bir tüketici için, müstakil teminat senetleri düzenlenir. Müstakil teminat senetlerinin toplamı sigortacı tarafından satıcıya tahsis edilen azami teminat limitini teşkil etmektedir (BTSGŞ md. A.3). Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, sadece banka kanalıyla yapılacak ödemelerin teminat senedi kapsamında olduğudur. Bankalar veya finans kuruluşları dışında satıcıya yapılacak ödemeler teminat senedi kapsamı dışındadır. Taşınmazın bağlı kredi ile alındığı hallerde kredi veren veya konut finansman kuruluşu tarafından sağlanan kredi tutarını aşan kısım

⁶⁸ Nitekim sigorta şirketleri, riski yüksek gördükleri ve yapılacak poliçenin kârlı olmayacağını düşündüklerinden halen bina tamamlama sigorta poliçelerini sunmamakta veya çok yüksek primler karşılığında bu poliçeyi yapmaktadırlar. www.hurriyet.com.tr/aradan-1-5-yil-geci-bina-tamamlama-sigortasi-icin-basvuran-olmadi-40224183 <https://www.neova.com.tr/hakkimizda/haberler-ve-etkinlikler/bina-tamamlamaya-devlet-destegi> (erişim tarihi 18.01.2022).

⁶⁹ ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 61; DOĞAR, 2018, s. 167 vd.; SUNA, 2021, s. 75.

da teminat kapsamındadır⁷⁰.

c. Bina Tamamlama Sigortası İçin Getirilen Ayrıcalıklar

Bina tamamlama sigortasının amacı satıcının iflası, mali yetersizlikler gibi sebeplerle binayı tamamlayamaması halinde sigorta şirketinin devreye girerek söz konusu projenin tamamlanması veya tüketiciye ödemiş olduğu satış bedelini geri ödemektir. Ancak sigorta sözleşmesinden elde edilecek tazminatın alacaklılar tarafından haczedilmesi tehlikesi, bu müessese ile getirilen faydaları ortadan kaldıracaktır. İşte bu nedenle TKHK md. 42/2 ve ÖÖKSHY 13/2 maddesi “*Bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvenceler iflas veya tasfiye masasına dahil edilemez, haczolunamaz, üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamaz*” şeklinde olup tüketicinin korunması amaçlanmıştır. İlgili düzenlemeye göre, sigortacı tarafından ödenen sigorta tazminatından veya teminatların paraya çevrilmesi ile elde edilen paradan tüketicinin yapmış olduğu ön ödeme tutarında payına düşen miktar haczolunamaz, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konulamaz. Bu hüküm uyarınca gerek bina tamamlama sigortası gerek diğer teminatların iflas masası veya tasfiye masasına dahil edilmeden tüketicilerin ödemiş olduğu meblağ güvence altına alınmak istenmiştir⁷¹.

TKHK 42/2 maddesinin gerekçesinde, “*...bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvencelerin iflas veya tasfiye masasına dahil edilemeyeceği, hacze konu edilemeyeceği ve üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamayacağı düzenleme altına alınarak, sigorta şirketinin binanın tamamlanmasına yönelik bir an önce çalışmalara başlanmasının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır*” ifadesine yer verilmiştir. Böylece, riskin gerçekleşmesi halinde sigortacı, haciz baskısı altında olmadan projenin bir an evvel bitirilmesine başlayacaktır. Aksi halde

⁷⁰ Devre Tatil Yönetmeliği'nin 14/2 maddesine göre, “*Satıcı veya sağlayıcının, ön ödemeli satışa başlamadan önce, proje toplam bedelinin bir milyon Türk lirasını aştığı projeler için, 27/11/2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmeliğin “Teminat” başlıklı beşinci bölümü hükümleri çerçevesinde teminat sağlama zorunludur*”. Bu düzenleme uyarınca ön ödemeli satışa konu olacak bir projenin toplam bedeli bir milyon Türk lirası üzerinde ise satıcı yukarıda bahsedilen dört teminat türünden birini sağlama yükümlülüğü altındadır.

⁷¹ ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 61; ÇABRİ, 2015, s. 220-221; DOĞAR, 2018, s. 182; GÜMÜŞ, 2014, s. 261; ACAR, 2015, s. 27-28; TAMER, 2021, s. 161 vd.

mahkemelerin ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir kararlarının sonuçları beklenecek veya iflas masasının talepleri dikkate alınmak durumunda kalınarak, işin içinden çıkılmaz bir hal söz konusu olacaktır. Bu durumda ne konutu ne de ödemiş olduğu bedeli geri alabilen tüketicinin açacağı davalarda yeterli ve etkin bir koruma sağlayamayacaktır. Bu nedenle, doktrindeki ağırlıklı görüş ilgili düzenlemenin yerinde olduğu yönündedir⁷².

V. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI YAPTIRILMAMASININ ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Çalışmanın çeşitli yerlerinde bahsedildiği üzere, ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde tüketici açısından en büyük tehlike inşaatın hiç başlamaması veya yarım bırakılmasıdır. Kanun koyucu, tüketicilerin ödemiş olduğu konut bedellerini geri almasını temin etmek amacıyla TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12 hükümleri ile teminat müessesesini ve dolayısıyla bina tamamlama sigortasını düzenleme yoluna gitmiş ancak satıcının teminat şartını sağlamadan tüketicilerle sözleşme yapması halinde sözleşme akıbetinin ne olacağına dair Kanun ve Yönetmelikte herhangi bir hükme yer vermemiştir. Bu nedenle teminat şartı yerine getirilmeden yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin geçerliliği sorunu ortaya çıkmaktadır.

İlgili maddeler incelendiğinde⁷³ satıcıya, ön ödemeli konut satışlarına başlamadan önce teminat yükümlülüğü getirildiği ve bu yükümlülüğün emredici nitelikte olduğu açık ve nettir. Hükmün lafzi yorumu, teminat şartını sözleşmenin varlığı için bir zorunluluk olarak görmekte, teminat şartının bulunmaması halinde sözleşmenin “kesin hükümsüz (batıl)” olacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu düzenlemelerden, teminat şartı sağlanmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kesin hükümsüz

⁷² KARA, 2015, s. 893; AYDOĞDU, 2014, s. 89; TUTUMLU, 2015, s. 128; ÇABRİ, 2015, s. 221 vd; ACAR, 2015, s. 27 vd; GÜMÜŞ, 2014, s. 260 vd; ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, 2016, s. 61; DOĞAR, 2018, s. 183; ÖZEL, 2014, s. 190. Karş. GÖKTEPE, 2020, s. 105 vd.

⁷³ TKHK md. 42/1: ... satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce ... bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur.

ÖÖKSHY md. 12/1: Satıcının konut satışına başlamadan önce, konut adedi otuz ve üzerinde olan projeler için bina tamamlama sigortası yaptırması veya aşağıda belirtilen diğer teminat ve şartlardan en az birini sağlaması zorunludur.

olduğunun kabulü gerekir. Ancak buradaki geçersizlik, şekle aykırı sözleşmenin korunan taraf yönünden geçersizliğidir. Diğer bir anlatımla, TKHK md 42/1 ve ÖÖKSHY md. 12/1'deki geçersizlik türü, sözleşmenin korunan taraf yönünden geçersizliğidir. Bu nedenle, tüketici lehine yorum yaparak sözleşmedeki (eksikliği) geçersizliği sadece tüketicinin öne sürebileceği kabul edilmelidir⁷⁴. Bu görüşe göre, şekle aykırılığın geçersizliği şekil hükmünün amacı ve anlamıyla iradesi şekille korunan kişinin dayanabileceği geçersizlik çeşididir. İradesinin şekil içinde yer alması zorunlu olmayan ve yer alsaydı kanunun amacı ile korunmayan kişi şekle aykırılığa dayanamaz. Esasen burada kesin hükümsüzlük yaptırımını esnetilmektedir⁷⁵.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin teminat şartı sağlanmadığından kesin hükümsüz olduğu kabul edilirse, geçersizliğin teminat şartını sağlamayan satıcı/yüklenici tarafından da ileri sürülebileceği gerçeği ortaya çıkar ki bu durum tüketicinin mağduriyetine yol açar. Hatta sadece sözleşme tarafları değil, sözleşmeden hukuki durumu ve menfaati etkilenen üçüncü kişilerin de bu geçersizliği ileri sürme hakkına sahip olduğu kabul edilebilir⁷⁶. Teminat şartını sağlamadan imzalanan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesini geçersiz kabul etmek, TKHK'nun ulaşmak istediği amaçla da çelişmiş olacak ve tüketiciyi korumaktan ziyade tüketici aleyhine sonuçların doğmasına neden olabilecektir⁷⁷. Nitekim, TKHK 41/1 maddesinin ikinci cümlesinde ifade edilen “*Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez*” ifadesi, tüketici lehine tek taraflı hükümsüzlük (bağlamazlık)

⁷⁴ Teminat şartı sağlanmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesini kesin hükümsüz olarak kabul etmek, TKHK'nun ulaşmak istediği amaçla da çelişmiş olacak ve tüketiciyi korumaktan ziyade, tüketici aleyhine sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Bkz. ÖZ, Turgut, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015**, (edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, Yıl: 2015, (s. 138-160), s. 145; DALKILIÇ DEMİR, 2019, s. 34 vd.

⁷⁵ ANTALYA, O. Gökhan, **Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 200 vd.

⁷⁶ Kesin hükümsüz bir sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuçta doğurmaz. Daha geniş açıklamalar için bkz. EREN, 2015, s. 334; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 137-138; ERMAN, Hasan, **Medeni Hukuk Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 80 vd.

⁷⁷ DOĞAR, 2018, s. 153.

görüşünün bir göstergesidir. Bu nedenle, teminat sağlama borcuna aykırılık sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir⁷⁸.

Teminat şartının sağlanmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilememekle birlikte sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için kanun gereği zorunlu sayılan bir olgunun eksik kaldığını da gösterir⁷⁹. Bu eksikliğin tamamlanıp tamamlanamayacağı belli olmayan dönem açısından işlemin geçerliliği askıda kabul edilmelidir⁸⁰. Eksik olan olgu tamamlandığında ise işlem hükümlerini doğuracağından bina tamamlama sigortası yapılmadan imzalanan ön ödemeli konut sözleşmesini kesin hükümsüz saymak yerine geçersizliğin farklı bir türü olan tek taraflı hükümsüzlük yaptırımının uygulanması doğru görünmektedir⁸¹. Bu nedenle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin bina tamamlama sigortası yapılmadığından bahisle geçersizliğini (Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak) sadece tüketici (satıcının aleyhine dahi olsa) ileri sürebilecek, satıcı ise sözleşmenin geçersizliğini iddia edemeyecektir⁸².

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapıldığı sırada bina tamamlama sigortası yaptırılmadığını bilmeyen tüketici, satıcının binayı tamamlayıp zilyetliği devrettikten sonra bu durumu öğrenmesi halinde TMK md. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşacak ve sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecektir⁸³. Burada

⁷⁸ MAKARACI, **2015**, s. 244. Atamer'e göre, sözleşme geçerli şekilde yapılmış olmasına rağmen teminat şartının yerine getirilmemesi bir askıda hükümsüzlük halidir. ATAMER, **2016**, s. 234. Karş. ANTALYA, **2019**, s. 213-214.

⁷⁹ Tamamlayıcı olgunun bulunmaması halinde hukuki işlem her ne kadar kurulmuş olsa da hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkün değildir. Bkz. AKİPEK, Şebnem, "Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 44, Sayı:1, (s. 269-290), s. 290.

⁸⁰ ERMAN, **2012**, s. 83.

⁸¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm**, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 593-594. Yazarlar, eksik işlem için "askıda hükümsüzlük" terimini kullanmıştır. Aynı yönde, ATAMER, **2016**, s. 233. Erman, "askıda hükümsüzlük" terimi için "noksanlık" ifadesini kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. ERMAN, **2012**, s. 83; AKİPEK, **1995**, s. 290; DOĞAR, **2018**, s. 153 vd.

⁸² KARAKOCALI/KURŞUN, **2015**, s. 134; ANTALYA, **2019**, s. 142; GÖKTEPE, **2020**, s. 47-48; DOĞAR, **2018**, s. 199 vd.

⁸³ Öz'e göre, yapı ruhsatı alınmasına kadar olan dönemde tüketici herhangi bir edimini ihlal etmişse, mesela bir ödemesini geciktirmişse bundan sorumlu olmamalıdır. Satıcı, bu dönemde temerrüde düşmüş olan tüketiciden temerrüt faizi istememelidir. Bkz. ÖZ, **2015a**, s. 777. Kanaatimizce aynı koşullar

önemli olan nokta, hakkın kötüye kullanılma yasağının, sözleşmenin hangi aşamasında veya inşaatın ne kadarlık kısmının bitirilmiş olması durumunda devreye gireceği hususudur.

TKHK md. 45 ilk cümlesi ise, “*satıcı, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse tüketiciden herhangi bir bedel talep edemez*” şeklindedir. Satıcının teminat şartını yerine getirmediğini öne sürerek sözleşmeyi fesheden tüketici, ilgili madde gereği satıcı/yükleniciye herhangi bir bedel ödemez. Satıcının ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılmadan bina tamamlama sigortası yaptırması hem sözleşmeden hem de Kanundan doğan bir yükümlülük olarak karşımıza çıktığı için bu yükümlülüğü yerine getirmeyen satıcı temerrüde düşmekte kusursuz olsa bile tüketici, TBK md. 123 uyarınca ek süre tanımadan sözleşmeden tazminatsız olarak dönme hakkına sahiptir⁸⁴.

SONUÇ

Türk hukukunda önemli bir düzenleme olan ön ödemeli konut satış sözleşmesi, TKHK md. 40-46 arasında yer almaktadır. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi tüketicinin ödeme edimini önce, satıcının ise edimini daha sonra ifa ettiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşmeyi nitelendirmede belirleyici olan, tüketicinin öncelikle satış bedelini ödeme borcunun söz konusu olmasıdır. Diğer bir anlatımla, tüketicinin öncelikli olarak edimini yerine getirecek olması ön ödemeli konut satış sözleşmesini klasik taşınmaz satış sözleşmesinden ayırır. Ön ödemeli konut satışlarında tüketicinin satış bedelini satıcıya önceden kısım kısım veya peşin olarak ödemesi çeşitli riskler barındırır. Satıcının tahsil ettiği satış bedellerine rağmen inşaata hiç başlamaması veya başlamış olduğu inşaatı tamamlayamaması bu risklerden bir kaçıdır. Bu tehlikeler karşısında kanun koyucu, isabetli olarak, satıcının projeye başlamadan önce tüketici lehine ödemelerin güvence altına alınmasını sağlamak adına TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12-16 ile bazı teminat türlerini getirmiştir.

teminat şartını sağlayamayan satıcı bakımından da uygulanmalıdır.

⁸⁴ DOĞAR, 2018, s. 154 vd. Ancak tüketici satıcıya teminat şartının sağlanması için belirli bir süre verebilir.

Uygulamada en fazla tercih edileceği düşünülen bina tamamlama sigortasını konut satışına başlanmadan önce, satıcı veya müteahhit, konut adedi otuz ve üzeri olan veya her yıl belirlenen parasal miktarın üzerindeki projeler için yaptırmak zorundadır. TKHK md. 42/1 ve ÖÖKSHY md. 12/1 düzenlemesinin lafzi yorumu incelendiğinde hükmün emredici nitelikte olduğu açıktır. Satıcının konut satışına başlamadan önce teminat şartını sağlaması hem Kanundan hem de sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür. Farklı bir anlatımla, satıcı/müteahhit tüketicilerle ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapmadan evvel teminat (bina tamamlama sigortası vb.) şartını sağlamış olmalıdır. Emredici nitelikte olan bu hükümlere aykırı bir sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Ancak, bina tamamlama sigortası yaptırılmadan imzalanan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi geçersiz sayılmamalı (tüketicinin menfaati gözetilmek suretiyle) hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmelidir. Buradaki geçersizlik şekle aykırı sözleşmenin korunan taraf yönünden geçersizliğidir. Daha açık bir anlatımla, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin bina tamamlama sigortası (veya diğer teminat türleri) yaptırılmadığından bahisle geçersizliğini sadece tüketici (satıcının aleyhine olsa dahi) öne sürebilecek, satıcı ise sözleşmenin bu sebeple geçersiz olduğunu iddia edemeyecektir. Bu nedenle, teminat sağlama borcuna aykırılık sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bununla birlikte, teminat sağlama yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcı, tüketiciden herhangi bir tazminat veya ödeme yapılmasını isteyemeyecektir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi imzalanırken teminat şartının yerine getirilmediğini bilmeyen tüketici, satıcının inşaatı bitirip teslim (zilyetliğin devrine) hazır hale getirmesi aşamasında ise bu iddiasını (TMK md. 2 gereği) hakkın kötüye kullanılması kapsamında ileri sürememelidir.

TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12 ile ön ödemeli konut satışlarında teminat müessesesini getiren kanun koyucu, mağduriyetlerin giderilmesi konusunda isabetli bir düzenlemede bulunmakla beraber, üzerinden yaklaşık sekiz yıl geçmesine rağmen bu hükümlerin hayata geçmesine dair adımları atamamıştır. Teminat türlerinden biri olan ve uygulamada sıkça tercih edileceği düşünülen bina tamamlama sigortası bile maalesef bu çalışmanın bitirilmesi tarihine kadar olan sürede neredeyse hiç uygulanamamıştır. Ön ödemeli konut satışlarında teminat düzenlemesinin üzerinden yaklaşık sekiz yıl

geçmesine rağmen üretilen toplam poliçe sayısı dramatik derecede azdır. 24.03.2022 tarih ve 7392 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” da bina tamamlama sigortası ve diğer teminat türlerine dair bir değişiklik yapılmaması da kanun koyucunun tüketici lehine bir düzenleme getirme konusundaki isteksizliğini ortaya koymaktadır.

Tüketicinin ödemiş olduğu satış bedelinin teminat altına alınamaması, tüketiciyi koruyan diğer düzenlemeleri ve dolayısıyla teminat müessesesini de anlamsız kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ödemiş olduğu satış bedelini geri alamadıktan sonra, tüketicinin şekle aykırılığı öne sürmesinin veya sözleşmeden caymasının ya da sözleşmeden dönmüş olmasının bir önemi yoktur. Bu nedenle ön ödemeli konut satışları bakımından getirilen bina tamamlama sigortası da dahil diğer teminat türleri (hakediş ve teminat mektubu) ölü olarak doğmuştur ve günümüz şartları itibarıyla uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple, ilgili hükümlerin tekrar gözden geçirilerek ele alınması ve piyasa koşulları ile ticari hayatın gerçekleri de dikkate alınarak sözleşme taraflarının ihtiyaçlarını karşılayacak düzenlemelerin getirilmesi acilen gerekmektedir.

KAYNAKÇA**

ACAR, Hakan, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi”, **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 3, Sayı: 1, (s. 11-40).

AKİPEK, Şebnem, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 44, Sayı:1, (s. 269-290).

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “Akipek Şerhi”, **Milli Şerh**, (edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (s. 40-59).

ANTALYA, O. Gökhan, **Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

** Tek atıf yapılan eserlere Kaynakça’ da yer verilmemiştir.

- ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 5.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.
- ASLAN, İ. Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.
- ATAMER, Yeşim M., **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, Oniki Levha, İstanbul, 2016.
- AYDOĞDU, Murat, “Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Ankara, (s. 87-94).
- ÇABRİ, Sezer, **Konut Finansmanı Sözleşmeleri**, Oniki Levha, İstanbul, 2010.
- ÇABRİ, Sezer, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, (edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, (s. 205-240).
- DALKILIÇ DEMİR, Müge, **Bağlı Kredi ile Ön Ödemeli Konut Satışı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- DOĞAR, Mehmet, **Ön Ödemeli Konut Satışı**, Oniki Levha, İstanbul, 2018.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- ERMAN, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- ERMAN, Hasan, **Medeni Hukuk Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- GÖKTEPE, Elif, **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Bina Tamamlama Sigortası**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- GÜMÜŞ, M. Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- İNAL, Emrehan, **Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2011.

- İNAL, Tamer, “Ön Ödemeli Konut Satışı”, **Milli Şerh**, (edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (s. 621-738).
- KARA, İlhan, **Tüketici Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- KARAKOCALI, Ahmet/ KURŞUN, Ali Suphi, **Tüketici Hukuku**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2015.
- KILINÇ, Hüseyin, **Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi ve Kredi Verenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- MAKARACI, Aslı, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, (der. İnceoğlu, Murat), Oniki Levha, İstanbul, 2015, (s. 241-259).
- OZANOĞLU, H. Seçkin, **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara, 1999.
- ÖZ, Turgut, “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”, **Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, (edt: Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (s. 203-229).
- ÖZ, Turgut, “6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler”, **6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu** (edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, (s. 83-114).
- ÖZ, Turgut, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015**, (edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2015a, (s. 138-160).
- ÖZEL, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- ÖZMEN, E.Saba/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2016.

SUNA, İffet Didem, **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2021.

TAMER, Şaban, “Bina Tamamlama Sigortası”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: VI, Sayı: 11, (s. 155-199).

TUTUMLU, M. Akif, “6502 Sayılı Kanuna Göre Maketten Konut Satış Sözleşmeleri”, **6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu**, (edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, (s. 125-152).

ÜNAN, Samim, **Sigorta Tüketici Hukuku**, Oniki Levha, İstanbul, 2016.

ÜZELER, Rabia Sanem, **Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

YENİOCAK, Umut, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 10, Sayı: 102, (s. 42-53).

HAYAT SİGORTALARI KAPSAMINDA HACİZ HAKKI

RIGHT OF ATTACHMENT WITHIN THE SCOPE OF LIFE INSURANCES

Hakemli Makale

Emel Şeyda ELGÜN TOĞRUL*

İÇİNDEKİLER

I. GENEL OLARAK HAYAT SİGORTASI	417
II. HAYAT SİGORTALARINDA HACZİN KONUSU	421
III. HAYAT SİGORTASI KAPSAMINDA SİGORTA BEDELİ ÜZERİNDE HACİZ HAKKINA SAHİP OLANLAR	426
SONUÇ	435
KAYNAKÇA	436

ÖZ

Hayat sigortasında riziko, insanların ölümü veya sigorta sözleşmesinde belirtilen tarihte hayatta kalmasıdır; bunun yanı sıra ölüm ve hayatta kalma olasılığına karşı karma şekilde de hayat sigortası sözleşmesi yapılabilir. Hayatı üzerine sigorta sözleşmesi yapılan yani sigorta sözleşmesine konu olan kişiye sigortalı; sigortacıya prim ödeyerek sigortalının menfaatini sigortacı nezdinde sigortalayan kişiye sigorta ettiren; hayat sigortası sözleşmesinin tarafı konumunda olmayan fakat lehine sigorta sözleşmesi yapılan ve rizikonun gerçekleşmesi halinde kural olarak sigorta bedelini sigortacıdan isteme hakkına sahip olan kişiye ise lehtar denilmektedir. Sigorta ettiren hayat sigortası sözleşmesini kendi lehine yapabileceği gibi; üçüncü kişi lehine de yapabilir. Sigorta ettiren, dönülebilir ya da dönülemez şekilde lehtar tayin edebilir. Rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortalının sigorta bedelini kime ödeyeceğinin ve dolayısıyla sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkının kimin malvarlığına dâhil olduğunun tespiti gerekir; zira bu tespit haciz bakımından önem arz eder. Nitekim haczin konusu borçlunun malvarlığıdır. Sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkı da haczin kapsamındadır. Sigorta bedelinin sigorta ettirenin malvarlığında olduğu kabul edilirse, sigorta ettirenin alacaklılarının; lehtarın malvarlığında olduğu kabul edilirse, lehtarın alacaklılarının bu bedel üzerine haciz koydurmak suretiyle alacaklarına kavuşmaları söz konusu olabilecektir.

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1099564

Makalenin Geliş Tarihi: 06.04.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 05.09.2022

* Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı.
E- posta: emel.elgun@hacettepe.edu.tr

ORCID: 0000-0003-1711-3434

Anahtar Kelimeler: Hayat sigortası, sigorta bedeli üzerinde haciz hakkı, haczedilmezlik, lehtar, beklenen alacak.

ABSTRACT

The risk in life insurance is the death of persons or the person's staying alive on the date, stated in the insurance contract. On the other hand, the life insurance contract is drawn up in a hybrid form by considering the possibility of death and staying alive. The person, who is the subject of insurance contract, i.e. based on the life of whom the insurance contract is drawn up, is defined as insured; the person, who insures the benefit of the insured before the insurer by paying premiums to the insurer, is defined as insurant; the person, who is not a party to the life insurance contract but in favour of whom the insurance contract is drawn up, and in case of the realization of the risk, who has the right to demand the insurance amount from the insurer as a rule, is defined as beneficiary. The insurant can draw up the life insurance contract in favour of himself/herself and in favour of a third person, as well. The insurant can appoint a beneficiary in an irrevocable or a revocable way. In case of the realization of the risk, it is required to detect to whom the insurer will pay the insurance amount, and thereby, in whose assets the right to claim on the insurance amount is included; and this detection is important in terms of attachment, because the subject of the attachment is the asset of the debtor. The right to claim on the insurance amount also constitutes the subject of attachment. It is possible for the creditors of the insurant, if it is accepted that the insurance amount is within the assets of the insurant, and for the creditors of the beneficiary, if it is accepted that the insurance amount is within the assets of the beneficiary, to collect their debts by means of imposing an attachment on this amount.

Keywords: Life insurance, right of attachment on insurance amount, non-seizability, beneficiary, expected credit.

GİRİŞ

Modern dünyada insanların daha çok mal edinme, daha çok paraya sahip olma gayreti yadsınamaz ölçüde büyüktür. Bu gayretin bir amacı yaşlılık, hastalık veya iş göremezlik gibi bir durumda maddî açıdan başkalarına muhtaç olmama düşüncesidir. Bir diğer amaç ise kişinin özellikle erken ölümünden sonra geride bıraktığı ailesinin ekonomik yönden zorluk çekmesinin önüne geçme isteğidir. Zira hayat belirsizlikler ve risklerle doludur; hastalıklar, kazalar, ani ölümler insanları hem kendisini hem ailesini

güvence altına almaya ve geleceğe yönelik belli tedbirler bulmaya sevk etmektedir. İşte bu tedbirlerden biri de hayat sigortasıdır¹.

Sigortacı, sigorta ettiren belli bir yaşa ulaşma olasılığına karşı bir hayat sigortası yapmışsa; bu yaşa ulaştığında sigorta bedelini kendisine ya da sigorta ettiren ölüm olasılığına karşı bir hayat sigortası yapmışsa; ölüm rizikosunun gerçekleşmesiyle sigorta ettirenin belirlediği lehtara ya da lehtar belirlememişse mirasçılara, sigorta bedelini ödeme yükümlülüğü altına girer. Kısaca belirtmek gerekirse, sigortacı riziko gerçekleştiğinde bir zarar doğsun ya da doğmasın, hayat sigortası sözleşmesinde belirlenen meblağı ödemek zorundadır. Çalışma konumuz açısından öncelikle hayat sigortası kapsamında ödenen sigorta bedelinin tamamen ya da kısmen haczedilip haczedilemeyeceği hususunun değerlendirilmesi; haczedilebilir nitelikteyse kimin alacaklıları tarafından sigorta bedelinin haczedilebileceğinin tespiti gerekir.

Bu çalışmada öncelikle hayat sigortası sözleşmesine genel olarak değinilecek, daha sonra hayat sigortalarında haczin konusu ve sigorta bedelinin kimin malvarlığında olduğu ve kimin alacaklıları tarafından haczedilebileceği hususları değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK HAYAT SİGORTASI

Can sigortalarının bir türü olan hayat sigortasında rizikoyu oluşturan olay, insanların ölümü veya sigorta sözleşmesinde belirtilen tarihte hayatta kalmasıdır; bunun yanı sıra ölüm ve hayatta kalma olasılığına karşı karma şekilde de hayat sigortası sözleşmesi yapılmasının önünde engel yoktur². Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1487.

¹ İnsanın, bugün kazandığı gelirlerin bir kısmını kendi yakınlarının gelecekteki gereksinimleri için ayırması, özbenliğine olan saygısını artırmakta, gelecek hakkındaki endişelerini azaltmakta, ruh ve beden sağlığını ve sorumluluk duygusunu geliştirmekte olduğu için anlam kazanmaktadır. Öte yandan insanın kendisini ve yakınlarının geleceğini güvence altına almak istemesinin doğal ve basiretli bir davranış olduğu, hayat sigortasının ayrıca aileyi sıkı bağlarla bir arada tutmak, çocukların yetişmelerini ve eğitimlerini sağlamak, yaşlılık, emeklilik, çalışma yeteneğini kaybetme ve ölüm risklerine karşı korumak vs. gibi yararlar sağladığı göz önünde bulundurulmalıdır (AKMUT, Özdemir, **Hayat Sigortası Teorisi ve Türkiye'deki Uygulama**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980, s. 5-6).

² Tanımlar için bkz.: ÜNAN, Samim, **Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Beta Basım, İstanbul, 1998, s. 1; ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Can Sigortası Hukuku**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 19; CAN, Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku, Cilt I**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 173; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,

maddesinin birinci fıkrasına göre de, hayat sigortası ile sigortacı, belli bir prim karşılığında, sigorta ettirene veya onun belirlediği kişiye, sigortalının ölümü veya hayatta kalması hâlinde, sigorta bedelini ödemeyi üstlenir. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun 1487. maddesinde hayatta kalma ve ölüm olasılıklarına karşı hayat sigortalarından bahsedilmiş olsa da, her iki rizikonun bir arada sigortalanarak karma hayat sigortası sözleşmesine vücut verilmesi mümkündür.

Hayat sigortalarında ek sigorta kapsamına, çalışma gücünün yitirilerek meslekte iş göremezlik, maluliyet, bakıma muhtaç kalma gibi rizikolar dâhil edilebilir³.

Hayat sigortalarında teminat altına alınan temel rizikolar, gerçekleşmesi kesin olmakla birlikte ne zaman gerçekleşeceğini bilinemediği ölüm rizikosu ile gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinemeyen belli bir yaşa ulaşmadır. Ölüm olasılığına karşı sigortalarda riziko, sigorta ettirenin ya da riziko şahsının ölmesidir. Özellikle ömür boyu sigorta süreli ölüm olasılığına karşı sigortalarda sigortacı, edimi mutlaka yerine getirmek zorunda kalır; zira ne zaman olacağı bilinmese de ölüm kaçınılmazdır. Hayatta kalma olasılığına karşı sigortalarda ise, sigorta ettirenin belli bir yaşa ulaşması, kısaca sigorta sözleşmesinde belirtilen tarihte yaşamaya devam etmesi gerekir. Bu tür sigortalarda sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinde tespit edilen tarihten önce ölmesi, sigortacı için riziko oluşturmaz. Karma hayat sigortasında ise, sigortacı üstlendiği edimi, sigorta ettirenin hem yaşama -diğer bir ifadeyle belli bir yaşa erişmesi- hem de kararlaştırılan tarihten önce ölmesi halinde ifa etmekle yükümlüdür. Kısaca karma hayat sigortasında sigortacı, sigorta bedelini her hâlükârda ödemek zorundadır⁴.

2020, s. 333; KUBİLAY, Huriye, **Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Yayınevi, İzmir, 2003, s. 122; KABUKÇUOĞLU ÖZER, F. Dilek, **Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası**, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 35; ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku**, 12. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2015, s. 318-319; BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 157; ŞENOCAK, Kemal, **Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 11-12; HANAĞASI, Emel, "Hayat Sigortası Çerçevesinde Haciz Uygulamaları", **Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 995; AKMUT, **1980**, s. 16.

³ ŞENOCAK, **2009**, s. 11.

⁴ Hayat sigortalarındaki riziko türleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞENOCAK, **2009**, s. 13 vd.; BOZER, **2004**, s. 157 vd.; KUBİLAY, **2003**, s. 122; CAN, **2018**, s. 173; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, **2020**, s. 338 vd.

Sigorta bedeli, hayat sigortası sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılan ve sigorta poliçesinde gösterilen rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacının ödeyeceği azamî miktarı ifade eder⁵. Hayat sigortası gibi tazminat esaslı olmayan sigorta sözleşmelerinde sigorta bedeli istenilen miktarda tayin edilebilir ve riziko gerçekleştiğinde poliçede yazılı olan sigorta bedeli eksiksiz ödenir⁶.

Hayat sigortaları, meblağ sigortaları kapsamındadır. Zira ödenecek sigorta bedeli zarara bağlı değildir. Sigorta sözleşmesinde belirtilen olayın/olayların gerçekleşmesi üzerine, zarar şartına bağlı olmadan sigorta bedeli ödenir. Meblağ sigortalarında, zarar sigortalarından farklı olarak sigorta bedelini ödeme yükümlülüğünün doğması için rizikonun mutlaka bir zarara yol açması aranmaz⁷. Eş bir söyleyişle, meblağ sigortalarında – ferdî kaza sigortaları dışında⁸- rizikonun zarara neden olması gerekmediğinden hiç zarara yol açmayan bir olayın da sigorta teminatı kapsamına dâhil edilmesi mümkündür. Örneğin, belirli bir tarihe kadar hayatta kalma şartına bağlı hayat sigortalarında, sigorta sözleşmesinde öngörülen tarihin gelmesiyle sigortacının sigorta bedelini ödeme yükümlülüğü doğar. Meblağ sigortalarında sigortanın konusunu insanların hayatı oluşturur; bu nedenle sigorta bedelinin sigorta değerini aşamayacağına ilişkin kural uygulanmaz⁹. Bu bağlamda meblağ sigortalarında zenginleşme yasağından söz edilemez¹⁰.

⁵ KENDER, Rayegân, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 326; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, **2020**, s. 331; KUBİLAY, **2003**, s. 122.

⁶ ULAŞ, **2002**, s. 59; KUBİLAY, **2003**, s. 118.

⁷ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, **2020**, s. 12; KUBİLAY, **2003**, s. 118; ŞENOCAK, **2009**, s. 6.

⁸ Can sigortalarının bir türü olan kaza sigortalarında, sigorta bedelinin değil, sigortalının gerçekten sarf ettiği tedavi giderlerinin sigortacı tarafından sigorta bedeline kadar sigortalıya ödeneceği kabul edilmiştir (AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, **2020**, s. 331).

⁹ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, **2020**, s. 12; KABUKÇUOĞLU ÖZER, **2014**, s. 32.

¹⁰ KUBİLAY, **2003**, s. 118; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, **2020**, s. 13; ÜNAN, **1998**, s. 14; ŞENOCAK, **2009**, s. 6; KABUKÇUOĞLU ÖZER, **2014**, s. 34.

Hayat sigortasında *sigorta ettiren*, (kendisinin veya başkasının hayatını ölüm veya hayatta kalma olasılıklarına karşı) sigortacıyla sigorta sözleşmesini yaparak bu sözleşmeden doğan borç (prim ödeme gibi) ve yükümlülükleri üzerine alan kişidir¹¹.

Hayat sigortasında *sigortalı*¹², sigortacının sigorta bedelini ödemesi, ölmesine veya belirlenen tarihte hayatta kalmasına bağlanan kişidir¹³ ve bu kişi (insan) yapılan sözleşmenin geçerliliği için en azından ilk prim ödenene kadar sağ olmalıdır (TTK m. 1487, 2).

Hayat sigortasında, sigorta edilen riziko gerçekleşince, sigorta bedelini talep etme hakkına sahip, lehine sözleşme yapılan kişiye *lehtar* denir¹⁴. Gerçek kişilerin dışında, tüzel kişilerin de lehtar olarak tayin edilmesi mümkündür. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu bu husustaki tartışmaya son vermek suretiyle tüzel kişilerin de lehtar olarak gösterilebileceğini açıkça düzenlenmiştir (TTK m. 1493, 1)¹⁵. Lehtar, sigorta ettiren

¹¹ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, 2020, s. 334; KABUKÇUOĞLU ÖZER, 2014, s. 96; ÜNAN, 1998, s. 19; ULAŞ, 2002, s. 36. “*Sigorta ettiren: Sigortalının menfaatini sigortacı nezdinde sigortalayan kişiyi*” Hayat Grubu Sigortaları Yönetmeliği m. 3, 1/ r.

¹² Başkasının hayatı üzerinde yapılan sigortada bütün haklar, lehtar tayin edilmemişse, sigorta ettirene aittir; sigorta edilen riziko, riziko şahsında gerçekleşir. Bu nedenle başkası lehine yapılan sigortadaki sigortalı kavramıyla karışmaması için, başkasının hayatı üzerinde yapılan sigortada bu şahsa, riziko şahsı denilmelidir. KENDER, 2018, s. 242; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, 2020, s. 334; ÇEKER, 2015, s. 321. Riziko şahsı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞENOCAK, Kemal, “Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı)”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 28 Sayı: 4, (s. 47-84).

¹³ CAN, 2018, s. 175; KENDER, 2018, s. 242; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, 2020, s. 334; ÇEKER, 2015, s. 321-322; BAĞRIAÇIK, Safiye Nur, **Sigorta Sözleşmesinde Taraflar Dışındaki İlgilerin Hukuki Durumu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 75. “*Sigortalı: Sigorta sözleşmesine konu olan kişiyi*” Hayat Grubu Sigortaları Yönetmeliği m. 3, 1/ s.

¹⁴ KABUKÇUOĞLU ÖZER, 2014, s. 130; CAN, 2018, s. 175-176; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, 2020, s. 335; ÜNAN, 1998, s. 29; ÇEKER, 2015, s. 327; KUBİLAY, 2003, s. 126; BAĞRIAÇIK, 2013, s. 78. “*Lehtar: Lehine sigorta sözleşmesi yapılan ve rizikonun gerçekleşmesi halinde kural olarak sigorta tazminatını sigortacıdan isteme hakkına sahip olan kişiyi*” Hayat Grubu Sigortaları Yönetmeliği m. 3, 1/ j.

¹⁵ Uygulamada özellikle kredi ilişkileri kapsamında tüzel kişi olan bankaların lehtar olarak tayin edildiği görülmektedir. Kredi alanların ölmesi ya da iş göremez hale gelmeleri rizikosunu için kredi veren banka lehtar gösterilerek hayat sigortası sözleşmesi yaptırılması söz konusu olmaktadır. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, 2020, s. 335; KABUKÇUOĞLU ÖZER, 2014, s. 132. “...Davacılar vekili, müvekkillerinin murisi ...'ın kullanmış olduğu konut kredisi kapsamında davalı şirket nezdinde hayat sigortası poliçesi yapıldığını, murisin kredi taksitleri bitmeden vefat ettiğini, davalı sigorta şirketinin kredi kullanılan bankaya hayat sigorta poliçesi kapsamında tüm kredi borcunu ödemesi gerekirken sadece 1 yıllık risk tutarı olarak belirlediği tutar olan 8.513,40 TL ödeme yaptığını, bakiye kredi riskinin ödenmesinden imtina edildiğini, kalan kredi borcunun müvekkillerinden talep edilmesi karşısında müvekkillerinin dava açmakta hukuki yararının bulunduğunu belirterek şimdilik 10.000.00 TL

tarafından belirlenen hak sahibidir. Sigorta ettiren, hayat sigortası sözleşmesini yaparken veya daha sonra lehtar tayin edebileceği gibi tayin ettiği lehtarını değiştirme hakkına da sahiptir. Ancak sigorta ettirenin lehtarını değiştirme hakkından feragat etmesi de mümkündür¹⁶. Sigorta ettiren, değiştirebilme hakkından feragat etmeyerek **dönülebilir**; değiştirebilme hakkından feragat ederek **dönülemez** lehtar atayabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1493. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “*Sigorta ettiren, değiştirme hakkından vazgeçtiğini sigorta poliçesine yazdırmakla beraber sigorta poliçesini lehtara teslim etmişse, o kişiyi değiştiremez.*” Kanun koyucu bu düzenleme ile dönülemez lehtar tayini bakımından iki kümülatif şart öngörmüştür. Bu şartlardan biri, sigorta ettirenin feragat (değiştirme hakkından vazgeçme) beyanının sigorta poliçesinde yazılı olması; bir diğeri ise poliçenin lehtara teslim edilmesidir¹⁷.

II. HAYAT SİGORTALARINDA HACZİN KONUSU

Haciz, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan para alacağının ödenmesini sağlamak amacıyla, alacaklının talebi üzerine, borçlunun borcunu karşılayacak miktar ve değerdeki mal ve haklarına icra dairesi tarafından hukuken el konulmasıdır¹⁸. Haczin

tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, yargılama sırasında davasını ıslah ederek, davalının, dönülemez lehtar ... A.Ş.'ye hayat sigortası poliçesinden kaynaklanan 46.091,64 TL'nin ve banka kredi sözleşmesi gereğince işlemiş ve işleyecek faizler ile ferileri ile birlikte ödemesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, hayat sigorta poliçesi kapsamında ...ı A.Ş. ...i Şubesinin dönülemez lehtar ve dain-i mürtehin olarak tayin edildiğini, davacıların aktif dava ehliyetinin bulunmadığını, murisin vefatı üzerine poliçenin vefat tarihindeki teminat tutarı olan 8.513,40 TL'nin kredi borcuna mahsuben lehtar bankaya ödendiğini...” Yargıtay 17. HD, E. 2014/9318, K. 2016/11554, T. 15.12.2016 (HukukTürk).

¹⁶ ÜNAN, **1998**, s. 29; ULAŞ, **2002**, s. 45-46; KABUKÇUOĞLU ÖZER, **2014**, s. 143; KUBİLAY, **2003**, s. 127.

¹⁷ ULAŞ, **2002**, s. 46; ÜNAN, **1998**, s. 31; CAN, **2018**, s.188; KABUKÇUOĞLU ÖZER, **2014**, s. 145; ŞENOCAK, **2009**, s. 68; KUBİLAY, **2003**, s. 127; BOZER, **2004**, s. 186; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, **2020**, s. 338; BAĞRIAÇIK, **2013**, s. 94; AKYOL, Şener, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 42.

¹⁸ KURU, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 410; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 245; ARSLAN, Ramazan, “Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi”, **Dr. Recai SEÇKİN'e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 81; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 157; POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer, **İcra Hukukunun Esasları**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 358-359; MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflâs**

konusunu borçlunun taşınır, taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları kısaca borçlunun malvarlığı oluşturmaktadır¹⁹. Bu kapsamda, sigorta bedelinin kimin malvarlığına dâhil olduğunun tespiti, haciz bakımından önem arz eder. Zira sigorta bedelinin sigorta ettirenin malvarlığında olduğu kabul edilirse, sigorta ettirenin alacaklarının; lehtarın malvarlığında olduğu kabul edilirse, lehtarın alacaklarının bu bedel üzerine haciz koydurmak suretiyle alacaklarına kavuşmaları söz konusu olabilecektir. Sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkı haczin konusunu oluşturacaktır.

Sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu rizikonun gerçekleşmesi ile doğacaktır. Sigorta bedeli, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve herhâlde Türk Ticaret Kanunu'nun 1446. maddesine göre yapılacak ihbardan on beş gün sonra muaccel olur (TTK m. 1427, 2).

Haczin konusunu her ne kadar borçlunun malvarlığı oluşturmaktaysa da kanun koyucu, bu malvarlığının istisnasız şekilde haczini uygun bulmayarak; borçlunun ve ailesinin ekonomik ve sosyal açıdan tamamen topluma bağımlı hale gelmelerinin önüne geçmiş; borçlunun ve ailesinin insanî şekilde hayatlarını sürdürebilmelerini istemiştir. Ayrıca bu çerçevede borçluya çalışarak borçlarını ödeme imkânı tanımak amacıyla, borçlunun bütün kazanç vasıtalarının haczine izin verilmemiş, alacaklının borçlunun malvarlığını sınırsız bir şekilde haczettiremeyeceği öngörülmüştür²⁰. Bu kapsamda, bazı mal ve hakların tamamen (İİK m. 82) veya kısmen (İİK m. 83) haczedilemeyeceği kanunda düzenlenmiştir. Konumuz açısından tartışılması gereken hususlardan biri de

Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 475; ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 185.

¹⁹ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, **2021**, s. 257; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, **2020** s. 171; KURU, Baki, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, s. 277; ÜSTÜNDAĞ, Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 170; ATALI/ ERMENEK/ ERDOĞAN, **2020**, s. 185, 202.

²⁰ KURU, **1962**, s. 278; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, **2021**, s. 279; ÜSTÜNDAĞ, **2004**, s. 170; POSTACIOĞLU/ ALTAY, **2010**, s. 410; ŞANAL, Görgün/ BÖRÜ, Levent/ KODAKOĞLU, Mehmet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 219; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, **2020**, s. 162; UYAR, Talih, “Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar”, **Dr. Recâi SEÇKİN'e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 551-552.

tamamen haczedilmeyen mal ve hakları düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının onuncu ve on birinci bentleridir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının onuncu bendinde “*bir muavenet sandığı veya cemiyeti tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan maaşlar*²¹”ın haczedilemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda sadece yardımlaşma sandıkları (örneğin Ankara Barosu Yardımlaşma Sandığı) ile yardımlaşma amacıyla hareket eden derneklerin (örneğin Türk Kızılayı'nın) hastalık, zorunluluk ve ölüm gibi durumlarda yaptıkları ödemeler haczedilemez²². Hayat sigortası bakımından, sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta şirketinin bir yardımlaşma sandığı ya da derneği olmadığı çok açıktır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının on birinci bendindeki “*Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar*” hükmü karşısında hayat sigortasından kaynaklanan sigorta bedelinin haczinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Bu noktada bir görüş, borçlunun vücut veya sağlığı üzerine verilen zararlarla ilgili taleplerin dayanağının önemli olmadığını kabul ederek, gerek kanundan doğan tazminat taleplerinin gerekse hayat sigortası gibi sözleşmeye dayanan tazminat taleplerinin bu hükmün kapsamına girdiğini ve bu nedenle haczedilemeyeceğini belirtmektedir²³.

²¹ Burada kullanılan maaş tabiri doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Asıl kastedilmek istenen yardımlaşma sandıkları ve derneklerin hastalık, zorunluluk ve ölüm durumunda yaptıkları yardımlardır. Bu yardımlar genellikle bir defada yapılır. Ancak aylık şeklinde bir ödeme söz konusu ise maaş kelimesi sadece bu hal için doğrudur. Bu konuda bkz.: KURU, 1962, s. 303; TAŞPINAR, Sema, **Borçlunun Bazı Mallarının Haczedilememesi ve Nedenleri (Haczedilmezlik ve Nedenleri)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994, s. 196; UYAR, 1974, s. 581.

²² KURU, 1962, s. 303; TAŞPINAR, 1994, s. 196; HANAĞASI, 2014, s. 1002, dn. 28; ŞANAL/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, 2022, s. 225; UYAR, 1974, s. 581. 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına aylık bağlanması hakkında 2022 sayılı Kanuna göre, bağlanmış aylıklar İİK m. 82, I/10 hükmü gereğince haczedilmez (ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, 2021, s. 286; POSTACIOĞLU/ ALTAY, 2010, s. 458. Eleştirisi için bkz.: ÜNAN, 1998, s. 60).

²³ KURU, 1962, s. 304; KURU, 2013, s. 513; TAŞPINAR, 1994, s. 204-205; ŞANAL/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, 2022, s. 225; UYAR, 1974, s. 581.

Bir diğer görüşe göre ise, hayat sigortaları zararın tazminini hedeflemezler; hayat sigortası meblağ sigortası niteliğinde olduğundan, İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının on birinci bendi kapsamında değerlendirilemez ve hayat sigortası sözleşmesinden kaynaklanan sigorta bedelinin haczi caizdir²⁴.

Kanaatimizce de hayat sigortasında sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkının haczi mümkündür. Meblağ sigortalarını, zarar sigortalarından ayıran ölçütlerden biri de sigortacının sigorta bedelini ödeme yükümlülüğünün doğması için rizikonun mutlaka bir zarara yol açmasının gerekmemesidir. Örneğin ölüm olasılığına bağlı bir hayat sigortası yapılmışsa ölümle veya hayatta kalma olasılığına bağlı bir hayat sigortası yapılmışsa belli yaşa ulaşılmasıyla birlikte artık sigortacı açısından riziko doğmuştur. Bu noktada ölenin ailesinin bir zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın, riziko gerçekleştiği için sigortacı sigorta bedelini ödemekle yükümlüdür; aynı şekilde riziko belli bir yaşa ulaşma ise ve sigorta sözleşmesinde öngörülen yaşa ulaşılmışsa; riziko doğmuştur ve sigortacı sigorta bedelini eksiksiz ödeme borcu altına girmiştir. Gerek ölüm rizikosu gerekse belli bir yaşa ulaşma rizikosu gerçekleşmişse bir zararın varlığına ya da yokluğuna bakılmaksızın sigorta bedeli üzerinde talep hakkı doğar. Zira hayat sigortası çerçevesinde rizikonun doğmasıyla birlikte zararın varlığı ya da yokluğu sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu bakımından önem taşımaz; poliçede öngörülmüş sigorta bedelinin aynen ödenmesi esastır. Ancak ölüm ya da yaralanma bir haksız fiil neticesinde gerçekleşmişse; kusurlu kişiden ayrıca bir tazminat talep edilebilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının on birinci bendindeki ifadeden anlaşılan haksız fiil gibi bir nedenden kaynaklanan bir zararın doğumu ve bundan ötürü zarar gören kişiye veya ailesine ödenmesi gereken bir tazminatın varlığıdır²⁵ ve bu tazminat haczedilemez.

²⁴ ÜNAN, 1998, s. 60. "...Borçlunun ölümü nedeniyle ödenen hayat sigortası tazminatı terekeye dâhil bir mal olmadığından İİK'nın 82. madde hükmü çerçevesinde mütalaa olunamaz..." Yargıtay İİD, E. 1969/1380, K. 1969/1278, T. 04.02.1969, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1969, S: 4, s. 725.

²⁵ "...Alacaklı E...Y...vekili tarafından borçluSan. Ve Tic. Ltd. Şti. hakkında Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nin iş kazasından kaynaklanan tazminat ilamına istinaden maddi ve manevi tazminat alacağı ile mahkeme masraflarının tahsili için ilamlı icra takibi yapılmıştır. Gaziosmanpaşa 4. İcra Müdürlüğü'nün 2012/9776 Esas sayılı dosyasından 16.05.2012 tarihinde gönderilen müzekkere ile, alacaklıSan. Ve Tic. Ltd. Şti. vekili Av. M.... Ü... 'a 11.331,62 TL'si borçlu bulunan E...Y.... hakkında yapılan icra takibinde, dosyaları borçlusunu E...Y... 'ın Gaziosmanpaşa 5. İcra Müdürlüğü'nün 2012/3508 Esas sayılı dosyasında bulunan alacağı üzerine borç miktarınca haciz konularak kesintinin gönderilmesi istenmiş, aynı gün icra müdürlüğünce dosyaya para yatırıldığında borç miktarı kadarının haczine karar verilmiş, yine aynı gün dosyaya yatan 63.556,24 TL üzerinden müzekkerede belirtilen miktar üzerinden

Bu noktada can sigortalarının özel bir türünü oluşturan kaza sigortasının haczedilmezlik bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekebilir. Kaza sigortası, esasen hayat sigortalarına benzemekle birlikte zarar sigortalarının da bazı özelliklerini taşır. Kaza sigortası, hayat sigortalarında olduğu gibi salt meblağ sigortası özelliğini taşımamakta; karma bir görünüm sergilemektedir. Hayat sigortalarında olduğu gibi riziko gerçekleştiğinde sigortacı, önceden belirlenmiş sigorta bedelini ödemek suretiyle borcundan kurtulamaz; ayrıca tedavi masrafları ile çalışma gücünden yoksun kalan sigortalıya günlük tazminat ödeme yükümlülüğü doğabilir. Bunun yanı sıra, sigorta poliçesinde gerçek zararın sigortacı tarafından tazmin edilmesi öngörülmüşse, rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacı tespit edilecek gerçek zararı ödemek zorunda kalır²⁶. Türk Ticaret Kanunu'nun 1507. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Kaza sigortası, belli bir prim karşılığında, sigortalının uğrayacağı kaza sonucu ölüm, geçici veya sürekli engellilik ya da işgöremezlik hâlleri için sigorta teminatı sağlar. Ölüm, ani olarak veya kaza tarihinden itibaren en çok bir yıl içinde gerçekleşmiş ise sigorta bedeli sigorta ettirene yahut onun tarafından belirlenmiş kişiye; geçici ve sürekli engellilik veya işgöremezlik hâllerinde ise sigortalıya ödenir.*” Bu bağlamda, kaza sigortası kapsamında yapılan ödemeler İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının on birinci bendine göre haczedilmez niteliktedir; zira haksız fiilden kaynaklanan bir zararın tazmini söz konusu olabilmektedir²⁷.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 83. maddesinin de konumuz açısından değerlendirilmesi gerekir. Bu maddeye göre, “*Maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenit olmayan nafakalar, tekaüt maaşları, sigortalar veya tekaüt sandıkları tarafından tahsis edilen iratlar, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir.*”

Gaziosmanpaşa 4. İcra Müdürlüğü'nün 2012/9776 Esas sayılı dosyası için kesinti yapılmıştır. İİK'nun 82/11. maddesi uyarınca vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrarın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar haczedilemez. O halde mahkemece, İİK'nun 82/11. maddesine aykırı olarak vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için hükmedilen tazminat üzerine konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...” Yargıtay 12. HD, E. 2012 /24333, K. 2013/518, T. 15.01.2013 (HukukTürk).

²⁶ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, 2020, s. 363; BOZER, 2004, s. 203-204.

²⁷ HANAĞASI, 2014, s. 1001-1002.

Borçlunun maaş ve ücretinin bir kısmı haczedilemez.” Bu düzenlemeyle sigortalar tarafından tahsis edilen iratların ancak bir kısmının haczedilebileceği belirtilmiştir²⁸.

Sigorta sözleşmesi kapsamında; özellikle hastalık, maluliyet, bakıma muhtaç olma, yaşlılık ya da belli bir sürenin sona ermesi gibi nedenlerle borçluya veya ailesine tahsis edilen iratlar, verilen veya verilmesi gereken paralar; ancak borçlu ve ailesinin geçinmeleri için gerekli olan miktar düşüldükten sonra haczedilebilecektir. Diğer bir ifadeyle bu noktada kısmen haciz caiz olacaktır²⁹.

III. HAYAT SİGORTASI KAPSAMINDA SİGORTA BEDELİ ÜZERİNDE HACİZ HAKKINA SAHİP OLANLAR

Sigorta bedelinin kimin (sigorta ettirenin mi, lehtarın mı, yoksa sigortalının mı) malvarlığına dâhil olduğunun tespiti; bu paraya kimin alacaklıları tarafından haciz uygulanabileceği; kimin alacaklısının bu parayı haczettirerek alacağına kavuşabileceği sorusuna yanıt verebilmeyi sağlar. Bu noktada öncelikle sigorta ettirenin, hayat sigortası sözleşmesini kendi lehine mi; üçüncü kişi lehine mi yaptığının belirlenmesi önem taşır.

Sigorta ettirenin kendi lehine yapmış olduğu hayat sigortasında, sigorta bedeli üzerindeki talep hakkı, sigorta ettirenin malvarlığına dâhildir ve sigorta ettiren öldüğünde, sigorta bedeli onun terekesinde yer alacaktır³⁰. Sigorta ettirenin mirasçuları, miras payları oranında sigorta bedeli üzerinde hak sahibidir; mirasçılar bu talep hakkını üçüncü kişi olarak değil mirasçılık sıfatıyla kullanacaklardır³¹. Sigorta ettiren hiçbir şekilde lehtar tayini yoluna gitmemiş veya geçerli bir şekilde lehtar tayin etmemişse, bu durumda kendi

²⁸ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 93. maddesine göre; iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası kapsamında bağlanacak gelir, aylık ve ödenekler; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 88. maddesine göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemezler. Ancak borçlu haczi yasaklanmış olan bu gelir, aylık ve ödeneklerin haczine muvafakat gösterebilir; aksi halde haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler icra müdürünce reddedilir.

²⁹ HANAĞASI, 2014, s. 1002-1003.

³⁰ ŞENOCAK, 2009, s. 23; HANAĞASI, 2014, s. 1004.

³¹ HANAĞASI, 2014, s. 1004.

lehine yapmış olduğu bir hayat sigortasının varlığı kabul edilir³². Lehtar tayin edilmemişse, sigorta bedeli sigorta ettirenin malvarlığında yer aldığı için sigorta ettirenin alacaklıları (eğer belli bir yaşa ulaşma olasılığına karşı bir hayat sigortası ise ve sigorta ettiren bu yaşa ulaşarak sigorta bedeline kavuşmuşsa sigorta ettirenin yaşadığı esnada ya da ölüm olasılığına karşı bir hayat sigortası ise sigorta ettiren öldükten sonra terkesinden) alacaklarına kavuşabilmek için sigorta bedeline başvurabilecektir.

Üçüncü bir kişinin geçerli biçimde lehtar olarak atandığı sigorta ise, üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmesidir³³ ve bu tam üçüncü kişi yararına bir sözleşmedir³⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1493. maddesinin yedinci fıkrasındaki “*Sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisi, aksi kararlaştırılmadıkça, lehtara aittir.*” hükmü üçüncü kişi lehine yapılmış bir hayat sigortası sözleşmesinin varlığına işaret etmektedir. Bu noktada belirlenmesi gereken ilk husus lehtarın, sigorta ettiren tarafından dönülebilir mi yoksa dönülemez lehtar şeklinde mi tayin edildiği ve bununla bağlantılı olarak lehtarın sigorta bedeli üzerindeki talep hakkının ne zaman doğacağıdır.

Sigorta ettiren, tayin etmiş olduğu lehtarın yerine, onun iznine ihtiyaç duymaksızın, tek taraflı hukukî işlemi ile başka birini getirebiliyorsa, dönülebilir lehtar tayin edildiği sonucuna ulaşılır³⁵; bu durumda lehtar henüz sigorta alacağı üzerinde talep hakkı kazanmış olmaz. Sözleşmede hakkın kazanılma anına ilişkin bir açıklık yoksa dönülebilir şekilde tayin edilen lehtarın rizikonun gerçekleşmesiyle sigorta bedeli üzerinde talep hakkını kazanması söz konusu olacaktır³⁶.

³² Sigortanın, sigorta ettirenin kendi ölümü üzerine yapılması durumunda, bunun asla kendi lehine bir hayat sigortası olmadığı, bunun fiilen üçüncü kişi lehine (mirasçılar) yapıldığı söylenilmekteyse de, riziko gerçekleşmeden önce sigorta ettiren iştirah hakkını kullanabileceği, lehtar tayin edebileceği ya da ödünç para talep edebileceği unutulmamalıdır (ŞENOCAK, 2009, s. 24-25).

³³ KENDER, 2018, s. 245; ŞENOCAK, 2009, s. 41.

³⁴ AKYOL, 2008, s. 42; KENDER, 2018, s. 245; ŞENOCAK, 2009, s. 45; BAĞRIAÇIK, 2013, s. 79. Lehtar tayininin hukukî niteliğinin *sui generis* olduğuna dair bkz.: BOZER, 2004, s. 186.

³⁵ ÜNAN, 1998, s. 46; ULAŞ, 2002, s. 45-46.

³⁶ ŞENOCAK, 2009, s. 139.

Dönülebilir şekilde tayin edilen lehtar, riziko gerçekleşinceye kadar beklenen hakka sahiptir³⁷. Bu beklenen hakka hukuken bir sonuç bağlanabilir mi? İcra hukukunda beklenen (müstakbel) alacakların haczi bakımından, dönülebilir lehtarın alacaklılarının sigorta bedeli üzerine haciz koydurup koyduramayacakları değerlendirilmelidir. Takip alacaklısının, borçlusunun üçüncü kişiden (örneğin sigorta şirketinden) olan ancak daha doğmamış, beklenti şeklini taşıyan alacağı üzerinde talep hakkına sahip olması söz konusu olabilir mi sorusuna yanıt aramak gerekir³⁸.

Taraflar arasındaki mevcut bir hukukî ilişkiye (temele) dayanan, henüz doğmamış olmakla beraber, ilerde doğması muhtemel bulunan alacaklara beklenen alacaklar denir. Beklenen alacaklar bakımından alacak henüz doğmamış olmakla birlikte doğma olasılığının bulunması gerekir³⁹. Takip borçlusu ile üçüncü kişi arasında sadece ümit ve ihtimale dayalı alacaklar teknik anlamda beklenen alacak olarak nitelendirilemez⁴⁰. Örneğin, bankada hiçbir hesabı bulunmayan kişi adına bankaya gelme ihtimali bulunan havaleler beklenen alacak olarak adlandırılmaz⁴¹. Kiralanmamış bir evin kira bedelleri,

³⁷ ŞENOCAK, 2009, s. 141; HANAĞASI, 2014, s. 1005.

³⁸ Alman İmparatorluk Mahkemesinin prensip kararına göre, yararlananın sigorta sözleşmesinden doğrudan bir hak kazanması ve edimin üçüncü kişiye alacaklının ölümünde ifa edileceği yolundaki sözleşme hükmünün, şüphe halinde üçüncü kişinin ölümle fakat **doğrudan** hak kazanacağı yolundaki yorum kuralının hayat sigortası sözleşmesinde de uygulanması kabul edildiğinden üçüncü kişi ölümden önce şartlı bir hak elde etmez; sadece bir **ümit** kazanır. Bu nedenle yararlananın hakkı terekenin bir parçası haline gelmez, doğrudan sözleşmeden doğmuş bir hak niteliğini korur. Ölüm nedeniyle doğrudan kazandırma söz konusu olduğundan bu hak terekeye girmez ve tereke alacaklılarının takibine konu olmaz (AKYOL, 2008, s. 165).

³⁹ KURU, 2013, s. 491; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, 2021, s. 275; ÜSTÜNDAĞ, 2004, s. 196, dn. 613; ARSLAN, 1974, s. 83; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, 2020 s. 178; DEYNEKLİ, Adnan/ KISA, Sedat, **Hacizde ve İflâsta Sıra Cetveli**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 62; İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, **Haciz İhbarnameleri (İİK m. 89)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 241; AKİL, Cenk, **Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 350; BAYAR, Arif, **Beklenen Mal ve Hakların Haczi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 22.

⁴⁰ KURU, 2013, s. 491-492; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, 2021, s. 275; ÜSTÜNDAĞ, 2004, s. 196, dn. 613; DEYNEKLİ/ KISA, 2006, s. 62; İYİLİKLİ, 2012, s. 242; AKİL, 2013, s. 352-353; BAYAR, 2013, s. 23

⁴¹ KURU, 2013, s. 492; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, 2021, s. 275-276; İYİLİKLİ, 2012, s. 245. Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No: 1'e göre; "*Borçlu olan bir şahsın bankalarda bir alacak ve hakkı bulunmamasına rağmen ileride borçlu adına doğacak alacaklar için bankalara haciz veya ihtiyati haciz bildirisi tebliğ edilmesi, haczin "borçlunun mal varlığını hedef tutması" esasına aykırı düşecektir. Amme alacağından borçlu olan bir şahsın, bankalarda alacak ve hakkının bulunmamasına rağmen ileride tahakkuk edecek alacağından istifade etmek üzere geleceği*

henüz yapılmamış olan bir işin komisyon bedeli haczedilemez⁴². Örneğin, gelecekte yapılacak bir satış sözleşmesinden doğacak alacak talebi sırf ümit ve beklentiye dayandığı için haczi mümkün değildir⁴³. Haczi mümkün beklenen alacaklara örnek olarak; işçi ve memurların işverende işleyecek olan ücret alacakları, kiralaayanın kiracıdan olan kira alacağı verilebilir⁴⁴.

Dönülebilir şekilde atanan lehtar, riziko gerçekleşinceye kadar sigorta bedeli üzerinde hak sahibi değil; bu hakkı kazanma hususunda beklenti ya da sıradan bir ümit sahibidir⁴⁵. Riziko gerçekleşmeden, dönülebilir lehtarın sigorta bedeli üzerindeki tasarrufları geçerli değildir; zira henüz bir alacak hakkı sahibi değildir. Bu bağlamda, dönülebilir lehtar tayini söz konusu ise, riziko gerçekleşene kadar, sigorta ettirenin alacaklıları sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkını haczettirebilirler; zira bu alacak sigorta ettirenin malvarlığına dâhil bir para alacağıdır; ancak rizikonun gerçekleşmesiyle sigorta bedeli üzerindeki talep hakkı muaccel olur ve lehtarın beklenen hakkı alacak hakkına dönüşür; artık sigorta ettirenin sigorta bedeli üzerinde talep hakkı kalmayacağından, sigorta ettirenin alacaklısının bu bedeli haczettirmesi mümkün değildir⁴⁶.

Dönülebilir lehtarın alacaklıları ise, beklenen hak niteliğindeki sigorta bedelini haczettiremeyecektir. Ancak riziko gerçekleşmişse, dönülebilir şekilde atanan lehtarın sigorta bedeli üzerindeki beklenen hakkı tam bir hakka dönüştüğünden, artık lehtarın alacaklılarının sigorta bedeline haciz koydurmaları mümkündür⁴⁷. Bu hakkın beklenen

yönelik olarak bankalara haciz veya ihtiyati haciz tebliği, muhtemel bir alacak niteliğinde dahi tanımlanamayacak bir durum oluşturması ve bankanın bu hacizleri sürekli izlemesi veya banka tarafından yapılan tüm işlemlerde bir süreye de bağlı kalınmaksızın borçlu adına mal, hak ve alacak doğup doğmadığının takip edilmesi, doğması halinde haciz veya ihtiyati haciz uygulanmasını gerektirir ki bankalara böyle bir külfet yüklemeye imkân bulunmamaktadır.”

⁴² ÜSTÜNDAĞ, 2004, s. 196, dn. 613; BAYAR, 2013, s. 25

⁴³ AKİL, 2013, s. 352-353; ÜSTÜNDAĞ, 2004, s. 196, dn. 613; İYİLİKLİ, 2012, s. 242.

⁴⁴ KURU, 2013, s. 491; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, 2021, s. 273; İYİLİKLİ, 2012, s. 243; AKİL, 2013, s. 354.

⁴⁵ ÜNAN, 1998, s. 47; ŞENOCAK, 2009, s. 141; HANAĞASI, 2014, s. 1005; BAĞRIAÇIK, 2013, s. 93.

⁴⁶ ÜNAN, 1998, s. 58; ŞENOCAK, 2009, s. 201-202; HANAĞASI, 2014, s. 1005-1006; BAĞRIAÇIK, 2013, s. 93.

⁴⁷ ÜNAN, 1998, s. 48; ŞENOCAK, 2009, s. 147, 154-155; HANAĞASI, 2014, s. 1005; BAĞRIAÇIK, 2013, s. 93.

haktan, tam bir alacak hakkına dönüşerek lehtarın alacaklılarının sigorta bedeli üzerine haciz koydurabilmeleri için, bu noktada rizikonun gerçekleşmesinin yanı sıra lehtarın rizikonun gerçekleştiği anda hayatta olması, riziko gerçekleşinceye kadar sigorta ettiren tarafından lehtarın değiştirilmemiş ya da lehtar tayini işleminin açıkça ya da zımnen geri alınmamış olması gerekir⁴⁸. Kısaca sigorta ettiren dönülebilir lehtar tayinine gitmiş ancak riziko gerçekleşene kadar lehtar değiştirilmemiş ya da lehtar tayin işlemi geri alınmamışsa, artık bu noktadan sonra dönülebilir lehtar, dönülemez lehtar gibi muamele görecektir; sigorta bedeli lehtarın alacaklıları tarafından hacze konu edilebilecektir.

Sigorta ettiren riziko gerçekleşmeden önce işira (sigortadan ayrılma/satın alma) hakkını kullanmış ise, bu durumda dönülebilir lehtar, zımnen geri aldığı sonucu ortaya çıkacaktır ki; bu durumda lehtarın (ve onun alacaklılarının) sigorta bedeli üzerinde talep hakkı kalmayacaktır⁴⁹.

Sigorta ettirenin alacaklılarının, sigorta ettirenin sigorta bedeli üzerindeki hakkını haczettirmeleri, lehtar tayininin zımnen geri alındığı sonucunu mu doğurur, sorusuna da yanıt aramak gerekir. Zira sigorta ettiren dönülebilir lehtar tayin etmişse, sigorta alacağının sigorta ettirenin alacaklıları tarafından haczedilebilmesi mümkündür; henüz riziko gerçekleşmemişse sigorta alacağı, sigorta ettirenin malvarlığında⁵⁰. Sigorta alacağının temlikinden ya da rehninden farklı olarak haciz sigorta ettirenin iradesine bağlı değildir. Lehtar tayininin geri alınması hakkı, sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkından ayrı ve bağımsız olmayıp, onun bir parçası niteliğindedir ve bu nedenle sigortacının edimi üzerindeki hakka haciz konulmasıyla birlikte, geri alma hakkı da kendiliğinden haczedilmiş olur⁵¹. Sigorta bedeli üzerindeki talep hakkının haczi üzerine sigortacıya İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine göre, birinci haciz ihbarnamesinin gönderilmesiyle lehtar tayini işleminin geri alınması hakkı kullanılmış olacak; lehtarın sigorta bedeli

⁴⁸ ŞENOCAK, 2009, s. 154.

⁴⁹ HANAĞASI, 2014, s. 1005.

⁵⁰ ŞENOCAK, 2009, s. 201-202.

⁵¹ ŞENOCAK, 2009, s. 204-205.

üzerindeki beklenen hakkı ise, sigorta ettirenin alacaklısının alacağını karşıladığı miktarda sona erecektir⁵².

Sigorta ettiren, dönülemez lehtar tayin edebilir. Sigorta ettiren artık tek taraflı olarak atadığı lehtarını değiştiremez; lehtar tayini işlemi geri alamaz. Dönülemez şekilde lehtar tayin edilmişse, sigorta ettiren lehtara derhal hak kazandırmış olur; sigorta ettiren sigorta bedeli üzerindeki tasarruf hakkını kaybeder⁵³. Dönülemez lehtar, riziko gerçekleşmeden önce de sigorta bedeli üzerinde kişisel ve bağımsız bir alacak hakkına sahiptir. Bu çerçevede, dönülemez lehtar rizikonun gerçekleşmesini beklemeksizin sahip olduğu alacak hakkı doğrultusunda sigorta bedelini rehnedebilir, devredebilir ya da kendisi başka bir kişiyi lehtar tayin edebilir⁵⁴.

Sigorta ettiren, değiştirme hakkından vazgeçtiğini sigorta poliçesine yazdırmakla beraber sigorta poliçesini de lehtara teslim etmişse, o lehtarını değiştiremez. Tereddüt hâlinde, sigorta ettirenin lehtarını değiştirme hakkını saklı tuttuğu kabul edilir. Sigorta ettirenin lehtarını değiştirme hakkından açıkça vazgeçtiği ve sigorta poliçesinin lehtara verildiği hâllerde bile, mirasçılıktan çıkarma (TMK m. 510); hibeden rücu hâlleri gerçekleşmiş⁵⁵ (TBK m. 295); yahut ilgililer arasında o kişinin lehtar olarak atanmasına ilişkin sebep ortadan kalkmış ise lehtar değiştirilebilir (TTK m. 1493, 4). Örneğin, alınan kredinin teminatı olarak kredi veren hayat sigortası sözleşmesinde dönülemez lehtar olarak atanmış ancak kredi tamamen ödenmiştir.

Sonuç olarak, sigorta bedeli üzerindeki talep hakkı, geçerli bir şekilde dönülemez lehtar tayin edilmesiyle, sigorta ettirenin malvarlığından çıktığından, sigorta ettirenin alacaklılarının rizikonun gerçekleşmesinden önce ya da sonra sigorta bedelini haczettirmeleri mümkün değildir. Ancak dönülemez lehtarın talep hakkını

⁵² ŞENOCAK, 2009, s. 206; HANAĞASI, 2014, s. 1006.

⁵³ ÜNAN, 1998, s. 49; ŞENOCAK, 2009, s. 156; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, 2020, s. 338.

⁵⁴ ÜNAN, 1998, s. 49; ŞENOCAK, 2009, s. 156.

⁵⁵ TTK m. 1493'teki "hibeden rücu", TBK m. 295'te "bağışlamanın geri alınması" ifadesiyle düzenlenmiş ve geri alma nedenleri üç başlıkta toplanmıştır. Buna göre; bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse; bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa; bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse, bağışlayan bağışlamadan vazgeçebilir.

kazanamaması durumunda bu hak sigorta ettirene, sigorta ettiren ölmüşse mirasçılara geçeceğinden (TTK m. 1495); sigorta ettirenin alacaklılarının, sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkına haciz koydurması mümkündür. Lehtar, sigortalıyı öldürmüş veya onun öldürülmesinde herhangi bir şekilde suç ortaklığı etmişse, sigorta bedelinden mahrum kalır ve bu bedel ölenin mirasçılara ödenir (TTK m. 1504, 2). Bu durumda öldürülen sigortalı aynı zamanda sigorta ettiren kişi ise, sigorta ettirenin alacaklıları, sigorta bedeli üzerinde haciz hakkına sahip olurlar. Aynı sonuç, lehtarın sigorta edimini reddetme hakkını kullanması ya da lehtar tayininin geçersizliği halinde de doğar⁵⁶.

Dönülemez şekilde tayin edilen lehtarın hakkı, sigorta bedelinin sadece bir kısmını oluşturabilir. Sigorta bedelinin lehtarın hak sahibi olmadığı kısmına, sigorta ettirenin alacaklılarının haciz koydurması mümkündür⁵⁷. Aynı yönde, sigorta bedelinin lehtara ait olan kısmı bakımından ise dönülemez lehtarın alacaklılarının haciz hakkı mevcuttur.

Dönülemez şekilde lehtar tayin edilmiş, ancak sigorta ettiren sigortadan iştirah hakkını kullanmışsa, iştirah bedeli aksi kararlaştırılmadıkça dönülemez şekilde atanan lehtara aittir; sigorta ettirenin ödünç alma hakkını kullanması halinde para yine lehtara ödenir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1493. maddesinin altıncı fıkrasında "*Lehtarın değiştirilemeyeceği durumlarda, sigorta ettiren tarafından ayrılma ve ödünç alma hakları kullanıldığı takdirde, ödenecek tutar üzerinde lehtar hak sahibidir.*" hükmü yer almaktadır.

Sigortalı ile sigorta ettiren aynı kişi olabileceği gibi özellikle hayatta kalma olasılığına bağlı yapılan hayat sigortası sözleşmelerinde lehtar da aynı kişi olabilir. Ancak sigortalının, sigorta ettirenden ya da lehtardan farklı bir kişi olması da mümkündür⁵⁸. İşte bu durumda, sigortalının kural olarak sigorta bedelini talep hakkı bulunmamaktadır. Rizikonun gerçekleşmesi halinde, sigorta bedelini sigortacıdan talep ve tahsil yetkisi lehtara aittir. Dönülemez şekilde bir lehtar tayini söz konusu ise zaten riziko

⁵⁶ HANAĞASI, 2014, s. 1007.

⁵⁷ ŞENOCAK, 2009, s. 220.

⁵⁸ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, 2020, s. 335; HANAĞASI, 2014, s. 1008; BOZER, 2004, s. 184; ULAŞ, 2002, s. 45; BAĞRIAÇIK, 2013, s. 83.

gerçekleşmeden önce de bu hakkın sahibi lehtardır. Dönülebilir lehtar tayininde ise riziko gerçekleştiğinde eğer lehtar değiştirilmemişse; bu lehtarın konumu dönülemez lehtara dönüşecek; lehtar tayini işlemi geri alınmış ve yeni bir lehtar da tayin edilmemişse, sigorta bedeli üzerindeki talep hakkı sigorta ettirene ait olacaktır. Bu kapsamda, sigortalının alacaklılarının sigorta bedeli üzerindeki talep hakkını haczettirmeleri mümkün değildir. Uygulamada özellikle maddî menfaate dayalı olarak yapılan hayat sigortalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Özellikle banka kredilerinde, alacaklı konumunda bulunan bankanın kredi alacağına ödenmesini garanti altına almak için kendisini lehtar olarak göstererek, borçlunun hayatını sigorta ettirdiği görülmektedir. Alacak miktarını aşan bir sigorta bedelinin tespit edildiği sigorta sözleşmesinde, menfaati aşan bir sigorta vardır. Bu durumda sigorta fazlaya ilişkin kısım açısından geçersiz olmaz, fazlaya ilişkin kısım sigortalı lehine yapılmış sayılır; kısaca ödenecek sigorta bedelinin lehtarın maddî menfaatinden yüksek olması halinde aşan kısım Türk Ticaret Kanunu'nun 1491. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sigortalının lehine yapılmış sayılır⁵⁹. İşte sigorta bedelinin lehtarın maddî menfaatini- örneğin bankanın kredi alacağını- aşan kısmı sigortalının (kredi borçlusunun) lehine yapılmış sayılır ve bu kısım sigortalının malvarlığına dâhil olacağından, bu aşan kısım üzerine sigortalının alacaklılarınca haciz koydurulması mümkündür.

Hayat sigortaları bakımından incelenmesi gereken bir diğer husus ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1505. maddesi ile getirilmiş lehtarın sigorta ettirenin yerine geçmesi düzenlemesidir. Sigorta ettiren lehine sigorta sözleşmesinden doğan alacaklar ihtiyaten veya kesin olarak haczedilirse ya da sigorta ettiren hakkında iflâsın açılmasına karar verilirse, adı belirtilerek gösterilmiş olan lehtar, sigorta sözleşmesine sigorta ettirenin onayı ile onun yerine taraf olabilir. Sözleşmede lehtar hiç veya adı belirtilerek gösterilmemişse bu hak, sigorta ettirenin eşine ve çocuklarına geçer⁶⁰.

⁵⁹ HANAĞASI, 2014, s. 1008; Aynı yönde, ÇEKER, 2015, s. 326.

⁶⁰ “Bu madde, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanununun, 19/12/1939 tarihli Kanun ile değişik 117 nci maddesinden alınmıştır. Madde lehdarı veya sigorta ettirenin eşini ve çocuklarını korumak amacıyla sevk edilmiştir. Sigorta ettirenin mal varlığı cebri icra konusu yapıldığında, sigorta sözleşmesinden doğan hakların zedelenmemesi için, Tasarının bu maddesi ile ismen belirlenmiş lehdara veya lehdar ismen belirlenmemişse, sigorta ettirenin eşine ve çocuklarına sigorta sözleşmesine doğrudan taraf olma hakkı tanınmaktadır. Maddenin dördüncü fıkrasına göre bu hak, 430 haczin veya iflâsın öğrenildiği

Bu düzenleme ile lehtara, hayat sigortası sözleşmesinden doğan hakları üzerinde sigorta ettirenin alacaklıları tarafından cibrî icra işlemi (haciz ya da iflas) gerçekleştirilerek hayat sigortasının süresinden önce sona erdirilmesi nedeniyle ekonomik açıdan kayba uğramasını engelleme imkânı sağlanmıştır. Bu hüküm, hiç lehtar tayin edilmemiş ya da dönülebilir lehtar tayin edilmiş hayat sigortaları bakımından uygulama alanı bulur. Çünkü, dönülemez şekilde lehtar tayini gerçekleşmişse, sigorta ettirenin sigorta bedeli üzerinde alacak hakkından söz edilmeyeceğinden, sigorta ettirenin alacaklılarının, sigorta bedelini haczettirmeleri mümkün değildir. Ancak mirasçılıktan çıkarma veya hibeden rücu hâlleri gerçekleşmiş yahut ilgililer arasında o kişinin lehtar olarak atanmasına ilişkin sebebin ortadan kalkmış olması hali saklıdır⁶¹.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1505. maddesi bağlamında, lehtarın sigorta ettirenin yerine geçebilmesi bir takım şartların gerçekleşmesiyle söz konusu olabilir. İlk şart, sigortacı ile sigorta ettiren arasında kurulmuş sigortacının edimini henüz ifa etmediği geçerli bir hayat sigortası sözleşmesinin varlığıdır. Bu düzenlemenin kapsamına hayatta kalma olasılığına karşı yapılan sözleşmeler girmez; lehtar bu tür bir hayat sigortasına taraf olarak giremez. Sigortacının ödeme yükümlülüğünün ne zaman doğacağı, ne zaman yerine getirileceği belli olmasa da, sigorta sözleşmesinden dolayı sigorta bedelini mutlaka ödeyecek olması şarttır. Lehtarın sigorta ettirenin yerine geçebilmesi için bir diğer şart ise, sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkının ihtiyaten veya kesin olarak haczedilmesi⁶² ya da sigorta ettirenin iflâsıdır. Bir diğer şart ise, sigorta ettirenin onay vermesidir. Sadece ismen belirtilen lehtarın değil, eş ve çocukların da sigorta sözleşmesine taraf olabilmesi için sigorta ettirenin onayı şarttır. Lehtarın sigorta ettirenin yerine geçebilmesi için

tarihten bir ay içinde sigortacıya yapılacak bir ihbarla kullanılacaktır. Bu süre ise hak düşürücü süre niteliğindedir." Türk Ticaret Kanunu'nun 1505. maddesinin gerekçesi.

⁶¹ ŞENOCAK, Kemal, "Hayat Sigortalarında Lehtarın Sigorta Ettirenin Yerine Geçmesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2011, Cilt:2, Sayı:1, s. 4-6.

⁶² Bu noktada akla gelebilecek bir soru, acaba ihtiyatî tedbir kararı bakımından da bu hükmün uygulanabilir olup olmadığıdır. İhtiyatî tedbirde, çekişmeli ve bu nedenle dava konusu olan şey hakkında önleyici nitelikte bir tedbir söz konusudur, ihtiyatî hacizde ise haczedilen mallar üzerinde bir çekişme yoktur. İhtiyatî hacizde, alacaklıya henüz kesin haciz isteme yetkisi gelmediği dönemde, alacaklının para alacağının zamanında ödenmesini sağlayacak icra takibinin sonucu güvence altına alınır. Bu noktada ihtiyatî tedbir kararı alınması durumunda Türk Ticaret Kanunu'nun 1505. maddesi uygulama alanı bulmaz. Zira alacaklı açısından ihtiyatî haczin sonucu, ihtiyatî tedbir ile doğmayacak, alacaklı bu karar ile sigorta alacağını tahsil edemeyecektir (ŞENOCAK, 2011, s. 8; ŞENOCAK, 2009, s. 225; Aynı yönde, BAĞRIAÇIK, 2013, s. 98).

lehtarın veya eş ve çocukların haczi öğrendikleri veya iflâsın açıldığı tarihten başlayarak, bir ay içinde bildirim yapmaları gerekmektedir; aksi halde sigorta ettirenin yerine geçme hakları ortadan kalkar⁶³.

SONUÇ

Takip alacaklısı, kesinleşen icra takibi sonucunda takip borçlusunun malvarlığını haczettirmek suretiyle alacağına kavuşmaya çalışır. Haczin konusu, gerek borçlunun taşınır, taşınmaz malları gerekse üçüncü kişilerdeki alacakları, kısaca borçlunun malvarlığıdır. Ancak unutmamalıdır ki; borçların şahsiliği ilkesi gereğince, haciz ancak borçlunun mal ve hakları üzerinde gerçekleştirilebilir; üçüncü kişilerin değil. Bu kapsamda sigortacının ödeyeceği sigorta bedelinin kimin malvarlığına dâhil olduğunun tespiti haciz bakımından önem arz eder.

Cebrî icraya başvuran alacaklının amacı borçlunun malvarlığı üzerinden alacağını tahsil etmek olsa da; alacaklının borçlunun malvarlığını sınırsız şekilde haczettiremeyeceği (bazı mal veya hakların kısmen ya da tamamen hacedilemeyeceği) kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Bir meblağ sigortası niteliğindeki hayat sigortasında, rizikonun gerçekleşmesiyle (ölüm ve/veya hayatta kalma) zararın doğup doğmadığına ya da zararın miktarına bakılmaksızın sigortacı, sigorta poliçesinde belirlenen sigorta bedelini eksiksiz ödeme yükümlülüğü altına girer. Hayat sigortasında rizikonun gerçekleşmesiyle sigortacının, sigorta bedelini ödeme yükümlülüğü ortaya çıkar ve herhangi bir zararın doğup doğmadığı önemli değildir; bu bakımından hayat sigortasındaki sigorta bedeli, İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının on birinci bendi kapsamına girmez ve dolayısıyla haczi mümkündür. Ancak hayat sigortası sözleşmesi kapsamında hastalık, iş göremezlik, bakıma muhtaç olma, yaşlılık ya da belli bir sürenin sona ermesi gibi nedenlerle borçluya veya ailesine tahsis edilen iratlar, verilen veya verilmesi gereken paralar; İcra ve İflâs Kanunu'nun 83. maddesine göre,

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞENOCAK, 2011, s. 3 vd.; ŞENOCAK, 2009, s. 221 vd.; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, 2020, s. 340 vd.; BAĞRIAÇIK, 2013, s. 97 vd.

ancak borçlu ve ailesinin geçinmeleri için gerekli olan miktar ayrıldıktan sonra yani kısmen haczedilebilir.

Hacze konu edilebilecek nitelikteki malvarlığı değeri (mal, hak, alacak) borçlunun beklenen bir alacak hakkı da olabilir. Taraflar arasındaki bir hukukî ilişkiye dayanan, henüz doğmamış olmakla beraber, ilerde doğması muhtemel bulunan alacaklara beklenen alacaklar denir. Ölüm olasılığına karşı bir hayat sigortası yapılmış, sigorta ettiren bir lehtar atamamışsa, ölüm rizikosunun gerçekleşmesiyle birlikte sigorta bedeli, sigorta ettirenin terekesine girer ve mirasçıları payları oranında sigorta bedeli üzerinde hak kazanır. Belli bir yaşa kadar hayatta kalma olasılığına karşı bir hayat sigortası yapılmışsa, sigorta ettiren sözleşmede belirlenen yaşa ulaşırsa, sigorta bedeli kendisine ödenir. Sigorta ettiren sigortacı ile yapmış olduğu hayat sigortası bağlamında lehtar atayabilir ki; bu üçüncü kişi lehine bir sigorta sözleşmesidir. Sigorta ettiren özellikle kendi ölümünden sonra arkasında kalan bazı kişi ya da kişilerin sigorta bedelini alarak ekonomik açıdan zorluk çekmeksizin hayatlarına devam etmelerini arzu edebilir. Sigorta ettiren lehtarı dönülebilir ya da dönülemez lehtar şeklinde tayin edebilir. Riziko gerçekleşene kadar, sigorta ettiren dönülebilir lehtarı değiştirebileceğinden, riziko gerçekleşmeden dönülebilir lehtarın sigorta bedeli üzerinde tasarruf etmesi mümkün olmayıp; bu hakkı sıradan bir ümit ve beklenti niteliğindedir. Zira sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkı, hâlihazırda sigorta ettirenin malvarlığındadır. Sigorta ettiren, dönülemez lehtar tayinine gitmişse, dönülemez lehtar, henüz riziko gerçekleşmeden önce, sigorta bedeli üzerinde tasarrufta bulunabilir.

Görüldüğü üzere, hayat sigortası kapsamında sigorta bedelini haczettirme hakkına sahip olunması, hayat sigortası sözleşmesini sigorta ettirenin kendi lehine mi yoksa üçüncü kişi lehine mi yaptığına, üçüncü kişi lehine bir hayat sigortası sözleşmesi yapmışsa, tayin edilen lehtarın hukukî niteliğine –dönülebilir ya da dönülemez şekilde– göre değişiklik göstermektedir.

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk, **Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

- AKMUT, Özdemir, **Hayat Sigortası Teorisi ve Türkiye’deki Uygulama**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980.
- AKYOL, Şener, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ARSLAN, Ramazan, “Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi”, **Dr. Recaî SEÇKİN’e Armağın**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974 (s. 81-114).
- ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR, Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- BAĞRIAÇIK, Safiye Nur, **Sigorta Sözleşmesinde Taraflar Dışındaki İlgilerin Hukuki Durumu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- BAYAR, Arif, **Beklenen Mal ve Hakların Haczi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004.
- CAN, Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku, Cilt I**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku**, 12. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2015.
- DEYNEKLİ, Adnan/ KISA, Sedat, **Hacizde ve İflâsta Sıra Cetveli**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- HANAĞASI, Emel, “Hayat Sigortası Çerçevesinde Haciz Uygulamaları”, **Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağın**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, (s. 995-1021).

- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, **Haciz İhbarnameleri (İİK m. 89)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- KABUKÇUOğLU ÖZER, F. Dilek, **Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası**, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014.
- KENDER, Rayegân, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- KUBİLAY, Huriye, **Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Yayınevi, İzmir, 2003.
- KURU, Baki, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, (s. 277-326).
- KURU, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- POSTACIOğLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer, **İcra Hukukunun Esasları**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- ŞANAL, Görgün/ BÖRÜ, Levent/ KODAKOğLU, Mehmet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ŞENOCAK, Kemal, “Hayat Sigortalarında Lehtarın Sigorta Ettirenin Yerine Geçmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2011, Cilt:2, Sayı:1, (s. 1-23).
- ŞENOCAK, Kemal, “Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı)”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 28 Sayı: 4, (s. 47-84).
- ŞENOCAK, Kemal, **Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- TAŞPINAR, Sema, **Borçlunun Bazı Mallarının Hacedilememesi ve Nedenleri (Hacedilmezlik ve Nedenleri)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.

ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Can Sigortası Hukuku**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

UYAR, Talih, “Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar”, **Dr. Recaî SEÇKİN’e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Yayınları, Ankara, 1974, (s. 551-586).

ÜNAN, Samim, **Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Beta Basım, İstanbul, 1998.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004.

<https://www.hukukturk.com>

İKİ ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETLERDE HAKLI SEBEPLE ORTAKLIKTAN ÇIKARMA KARARI ALINAMAYACAĞI YÖNÜNDEKİ YARGITAY İÇTİHADININ DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF THE PRECEDENT OF THE TURKISH COURT OF CASSATION STATING THAT THE DECISION REGARDING THE EXCLUSION OF THE PARTNER DUE TO JUST REASON CAN NOT BE TAKEN IN LIMITED COMPANIES WITH TWO PARTNERS

Hakemli Makale
Yaşar Can GÖKSOY*

İÇİNDEKİLER

I. LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLIKTAN ÇIKARMA KARARINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR:	441
II. İKİ ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLIKTAN ÇIKARMA KARARI ALINIP ALINAMAYACAĞINA DAİR YARGITAY KARARLARI İLE BUNLARIN HUKUKİ DAYANAKLARI:	444
III. ORTAKLIKTAN HAKLI SEBEPLE ÇIKARMA KARARI İÇİN ÖNGÖRÜLEN NİSABIN (TTK M. 621) HUKUKİ NİTELİĞİ VE ANLAMI:	446
SONUÇ	452
KAYNAKÇA	452

ÖZ

Limited şirketlerde, şirket sözleşmesinde belirtilen sebeplerle ortağın ortaklıktan çıkarılması ya da haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması talebiyle dava açılmasına ilişkin genel kurul kararının, TTK m. 621/1 hükmünde “önemli kararlar” için öngörülen nisaplarla alınması gerekir. Yargıtay’ın yerleşik içtihadı, iki ortaklı limited şirketlerde bu nisabın sağlanamayacağı ve dolayısıyla genel kurulda haklı sebeple ortaklıktan çıkarma davası açılmasına ilişkin karar alınamayacağı yönündedir. Bu içtihada göre, iki ortaklı limited şirketlerde haklı sebeple ortaklıktan çıkarma davası açılması imkansızdır. Yargıtay tarafından varılan bu sonuç, kanunun lafzına ve amacına uygun değildir. Önemli kararlar için TTK m. 621/1 hükmünde öngörülen nisabın, iki ortaklı limited şirketlerde çıkarma kararı alınmasını her halde imkânsız kılacak şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bu çalışmada, TTK m. 621 hükmünde, “*temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması*”

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1096878

Makalenin Geliş Tarihi: 1 Nisan 2022

Makalenin Kabul Tarihi: 17 Ekim 2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

ORCID: 0000-0002-7408-0889

olarak ifade edilen nisabın hukuki niteliği ve anlamı ele alınmak suretiyle, bahsi geçen Yargıtay içtihadı eleştirel bir bakış açısı altında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İki ortaklı limited şirket, haklı sebeple ortaklıktan çıkarma kararı, Yargıtay içtihadı, önemli kararlar, nisap

ABSTRACT

In limited companies, the decision of the general assembly regarding the exclusion of the partner from the partnership due to reasons specified in the articles of association or the filing of a lawsuit with the same purpose due to justified grounds shall be taken with the quorums stipulated for “important decisions” in Art. 621/1 of the Turkish Commercial Code. According to the established precedent of the Turkish Court of Cassation, this quorum can not be achieved in limited companies with two partners. Therefore, the decision regarding the filing of a lawsuit for the exclusion of the partner due to justified grounds can not be taken by the general assembly. Pursuant to this jurisprudence, it is impossible to file a lawsuit for the exclusion of a partner due to justified grounds in limited companies with two partners. This conclusion reached by the Turkish Court of Cassation is not compatible with the wording and purpose of the law. It is not possible to interpret the quorum stipulated in Art. 621/1 of the Turkish Commercial Code for the important decisions in such a way that makes it impossible to take a decision regarding the exclusion of the partner in limited companies with two partners in any case. In this study, the aforementioned precedent of the Turkish Court of Cassation will critically evaluated by considering the legal nature and meaning of the quorum, which is expressed as “at least two-thirds of the votes represented and the absolute majority of the share capital having voting rights” in Art. 621/1 of the Turkish Commercial Code.

Keywords: Limited company with two partners, the decision regarding the exclusion from the partnership due to justified grounds, the precedent of the Turkish Court of Cassation, important decisions, quorum

I. LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLIKTAN ÇIKARMA KARARINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR:

TTK m. 640/1 hükmü uyarınca, şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörüldüğü takdirde, ortağın genel kurul kararı ile ortaklıktan çıkarılması mümkün olduğu gibi, aynı hükmün üçüncü fıkrasına göre, şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak çıkarılması da mümkündür.

Her iki durumda da, ortaklıktan çıkarma konusunda alınması gereken genel kurul kararı, TTK m. 621 hükmünde bentler halinde sayılan “önemli kararlar” arasında yer almaktadır (TTK m. 621/1-h). Dolayısıyla, ortaklıktan çıkarma kararının, TTK m. 621 hükmünde belirtildiği üzere, *temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması* suretiyle alınması gerekir. Genel kurulun bu yetkisi devredilemez niteliktedir¹. Genel kurul kararı, çıkarma davası için dava şartı niteliğinde olup, hâkim tarafından resen dikkate alınması gerekir².

Genel kurul tarafından ortaklıktan çıkarma kararı alınmasına ilişkin dava şartı, iki ortaklı limited şirketler için de geçerlidir. Kanunda iki ortaklı limited şirketleri genel kurul kararından ayrı tutan herhangi bir düzenleme mevcut değildir³.

¹ BİÇER, Levent/HAMAMCIOĞLU, Esra, **Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar**, İKÜHFD, 16 (2) 2017: 343-381, s. 367; DOĞAN, Sema Nur, **Limited Şirketler Genel Kurulunda Alınan Önemli Kararlar**, 1.Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 110. Şirket sözleşmesinde, ortaklık sıfatının kendiliğinden sona ermesi şart edilemeyeceği gibi, bu konuda karar alma yetkisinin müdüre ya da genel kuruldan başka bir kurul ya da komiteye devredilmesi de mümkün değildir. Bkz. AKER, Halit, **Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:32, Sayı:1, Mart 2016, s. 63-150, s. 96.

² Buna karşılık, genel kurul kararı alınmadan dava açılmış ise, HMK m. 90 uyarınca bu kararın alınması için şirkete uygun bir süre verilmesi ve bu süre içinde dava açılmadığı takdirde davanın reddedilmesi gerekir. Bu yönde bkz. BAHTİYAR, Mehmet, **İki Kişilik Ortaklıkta Haklı Sebep Çıkarma Davası ve Yargıtay Kararları**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 30.Sempozyum, Ankara, 2017, s. 103-130, s. 110.

³ İki ortaklı limited şirketlerde genel kurul kararının aranmaması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. BAHTİYAR, 2017, s. 111 vd. Yazar, iki kişilik limited şirketlerde bir ortağın diğer ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması için doğrudan dava açılabileceği, sadece davanın şirket adına açılması ve genel kurul şartı gerekçe gösterilmek suretiyle bu davanın açılmasının önüne geçilemeyeceği, zira en az iki ortaklı limited şirket modeline göre düzenlenmiş olan eTTK m. 551/III hükmü kanuna alınırken yeni TTK'ya göre limited şirketin tek ortaklı olabileceği ihtimalinin dikkate alınmadığı ve bu konuda bir yasal boşluğun meydana geldiği gerekçelerine dayalı olarak, iki ortaklı limited şirketlerde genel kurul kararı aranmaması ve ortağın kendi adına çıkarma davası açabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu hususta benzer gerekçelerle, örtülü bir kanun boşluğunun varlığından hareketle, TMK m. 1 uyarınca hâkimin hukuk yaratma yetkisine istinaden, her bir ortağın yekdiğerine ya da en azından müdür olan ortağın diğerine genel kurul kararı aranmaksızın dava açabileceği yönünde bkz. AKER, s. 105-106. Şener de, iki ortaklı limited şirkette açılan haklı sebeple çıkarma davasında şirket herhangi bir role sahip olmadığından, davanın haklı sebebi meydana getirdiği iddia edilen ortağa karşı diğer ortak tarafından açılacağı görüşündedir. Bkz. ŞENER, Oruç Hami, **Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2020, s. 1010. Aynı görüşte olan Çakır da, bu görüşüne gerekçe olarak, TTK m. 640/3 hükmü ortağın şirketten haksız olarak çıkarılmasını engellemeyi amaçladığı halde, iki ortaklı limited şirketlerde bu amacın gerçekleşmesinin imkânsız olduğu ve mahkemenin sebepleri inceleyerek nihai kararı verecek olmasının ortağın haksız olarak şirketten çıkarılmasını engelleyeceği hususunu ileri sürmektedir. Diğer yandan, aynı yazara göre, iki ortaklı limited şirketlerde ortaklıktan çıkarılmaya ilişkin uyuşmazlık, şirket ile ortak arasında değil; iki ortak arasında cereyan ettiği için, şirketin ortak sayısına bakılmaksızın, her durumda genel kurul

Bu noktada belirtilmesi gereken diğer bir husus, Türk öğretisinde hâkim görüş uyarınca, ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması için alınması gereken genel kurul kararında, çıkarılacak ortağın oy hakkından yoksun olmadığı ve oy hakkına sahip olduğudur⁴.

kararı aranması, aktif dava ehliyeti bakımından, taraf teşkilinin sağlanamamasına sebebiyet verebilecektir. Bkz. ÇAKIR, Ayşe, **İki Ortaklı Limited Şirkette Ortağın Çıkarılmasında Genel Kurul Kararının Aranması Problemi**, TAAD, Yıl:9, Sayı:36, Ekim 2018, s. 241-263, s. 260. Kanımızca, iki ortaklı limited şirketlerde haklı sebeple ortaklıktan çıkarma davası açılması için genel kurul kararı alınmasına gerek olmadığı görüşüne katılmak mümkün değildir. Çıkarma kararı için aranan ağırlaştırılmış nisabın amacı, bu nisabı sağlayamayan ortakların haklı sebeple çıkarma davası açmalarını engellemektir. Dolayısıyla, burada yasa koyucunun sadece önemli kararlar için öngörülen nisabı sağlayabilen ortakların çıkarma davası açabilmeleri yönünde bilinçli bir tercihi söz konusudur. İki ortaklı limited şirketler bakımından da farklı bir durumun varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu bakımdan, iki ortaklı limited şirketlerde de, önemli kararlar için öngörülen nisabı sağlayamayan küçük ortağın büyük ortak aleyhine çıkarma davası açamamasının, kanunun amacına uygun olduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan, TTK m. 640/3 hükmü uyarınca haklı sebeple çıkarma davasının şirket tüzel kişiliği tarafından açılması gerektiğinden, bu davanın iki ortak arasında cereyan ettiği söylenemez. Nihayet, kanunda iki ortaklı limited şirketleri genel kurul kararlarından muaf tutan bir hüküm bulunmadığı sürece, bu şirketlerde ortaklıktan çıkarma için genel kurul kararı gerekmediğini iddia etmek kanımızca mümkün değildir. Bu hususta, ortak sayısı ne olursa olsun tüm limited şirketlerde belirli bir sermaye ve oy çoğunluğuna sahip ortakların iradesiyle çıkarma davası açılması kararı alınabileceği ve dava açma hakkının şirkete tanınmasının yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu yönünde bkz. DURAL, Ali, **İki Ortaklı Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma Davasında Ortağın Davacı Sıfatı ve Yargıtay Uygulaması**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:197-198, Ocak-Şubat 2021, s. 413-421, s. 418, 420.

⁴ KIRCA, İsmail/GÜREL, Murat, **Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015, s. 197-224, s. 221; AKBAY, Direnç, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları**, İstanbul, 2010, 1.Basım, Vedat Kitapçılık, s. 231; TAŞDELEN, Nihat, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih**, 1.Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 222; ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.775; TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, N. 21-44; AKER, s. 101; DOĞAN, s. 110. Aksi görüş için bkz. ÇAMOĞLU, Ersin, **Limited Ortaklıktan Çıkarılma**, Batider, 2014, C. XXX, S. 3, s. 9. Ortaklıktan çıkarma kararında çıkarılan ortağın oy hakkı bulunmakla birlikte şirket sözleşmesinde aksinin kararlaştırılması halinde bunun emredici hükümler ilkesine aykırı olmayacağı yönünde bkz. BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M. Fatih, **Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1), s. 69-121, s. 101-103; Limited şirketlerde oydan yoksunluğa ilişkin TTK . 619 hükmünün yeniden gözden geçirilerek anonim şirketlere paralel olarak düzenlenmesi gerektiği, ancak böyle bir düzenleme yapılmadan limited şirketlerde çıkarılmak istenen ortağın bu kararda oy hakkından yoksun olduğunun ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. TATLI, Burçak, **Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma ve Ayrılma Akçesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Ocak 2021, s. 165-210, s. 178-180.

II. İKİ ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLIKTAN ÇIKARMA KARARI ALINIP ALINAMAYACAĞINA DAİR YARGITAY KARARLARI İLE BUNLARIN HUKUKİ DAYANAKLARI:

Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarında, *iki ortaklı limited şirketlerde ortaklardan sadece birinin iştiraki ile toplanan genel kurulda kanunda aranan nitelikte çoğunluğun sağlanamayacak olduğu ve her iki ortağın da aynı yönde oy kullanmaması halinde önemli kararlardan sayılan ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması için genel kurul kararı bakımından nisabın oluşmasının mümkün olmadığı görüşü istikrarlı olarak benimsenmiştir.*

Örnek olarak, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2019/3224 - K. 2020/2963 sayılı ve 17.6.2020 tarihli kararında⁵ konuyla ilgili olarak aşağıdaki gerekçelere yer verilmiştir:

“... karşı dava, karşı davacı limited şirketin ortağının haklı sebeple şirket ortaklığından çıkarılması istemine ilişkindir. İlk Derece Mahkemesince, karşı davanın kabulüyle karşı davalının çıkarılmasına, şirketin ekonomik durumu nedeniyle çıkma payı takdirine yer olmadığına karar verilmiş, davacı - karşı davalının karşı davaya yönelik istinaf istemleri Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddedilmiştir. Ancak, haklı sebeple ortağın ortaklıktan çıkarma için limited şirket tarafından mahkemeye başvurulmadan önce limited şirket genel kurulunda TTK 621/1-h maddesi uyarınca ve nitelikli çoğunluk tarafından bu kapsamda bir kararın alınması dava şartıdır. Karşı davacı tarafça bu yönde alınan genel kurul kararı dosya kapsamına sunulmuş ise de, kararın incelenmesinde genel kurula sadece diğer ortağın katıldığı ve onun olumlu oyu ile karar alındığı gözlenmektedir. TTK'nın 621. maddesi uyarınca şirket ortağının şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması konusundaki genel kurul kararlarının temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabileceği öngörülmüş olup 2 ortaklı limited şirketlerde ortaklardan sadece birinin iştiraki ile toplanan genel kurulda kanunda aranan nitelikte çoğunluğun sağlanamayacak olması karşısında mezkur karar yok hükmündedir. Bu nedenle işbu davada dava şartı olan nitelikli çoğunluk tarafından

⁵ Kararın tam metni için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi: 23.1.2022).

alınan ortaklıktan çıkarmaya ilişkin genel kurul kararı bulunmadığı gözetilerek karşı davanın dava şartı yokluğundan reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir ...”

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2019/2945-K. 2020/879 sayılı ve 3.2.2020 tarihli kararında da⁶ aşağıdaki gerekçelerle aynı sonuca varılmıştır:

“... Dava, davalı limited şirketin genel kurul kararının iptali istemine ilişkindir. TTK'nun 621. maddesinde önemli genel kurul kararlarının düzenlenmiş olup, bu düzenleme içinde 621/1-h maddesinde “Bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması ve bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten dolayı şirketten çıkarılması.” önemli karar olarak nitelendirilmiştir. Önemli kararların temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınabileceği madde hükmünde açıklanmıştır. Dolayısı ile davalı şirketin iki ortağının olduğu gözönüne alındığında, her iki ortağın da aynı yönde oy kullanmaması halinde önemli kararlardan sayılan ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması için genel kurul kararı bakımından nisabın oluşması mümkün değildir. Bu nedenle 18/06/2013 tarihli genel kurulda alınan “7” numaralı karar bakımından TTK 621/h maddesindeki nisap gerçekleşmediğinden bu maddenin geçersizliğine hükmedilmesi gerekirken mahkemece bu karar bakımından davanın bölge adliye mahkemesince kısmen reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulmasını gerektirmiştir ...”

Bu kararlardan, Yargıtay'ın TTK m. 621 hükmünde önemli kararlar için öngörülen nisabı sayı ve sermaye açısından ayrı ayrı yetersayıların sağlanmasını gerektiren bir “çifte nisap” olarak algıladığı, yani haklı sebeple çıkarma kararının da aralarında yer aldığı bu türden kararların alınması için, ortak sayısının en az üçte ikisinin ve esas sermayenin salt çoğunluğunun olumlu oylarının bir arada varlığını şart koştuğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar kararlarda bu husus açıkça belirtilmemiş ise de, iki ortaklı limited şirketlerde her

⁶ Kararın tam metni için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi: 23.1.2022).

iki ortağın da aynı yönde oy kullanmaması halinde TTK m. 621 hükmündeki nisabın oluşamayacağı yönündeki değerlendirmenin, ancak bu şekilde anlaşılması mümkündür.

Bu değerlendirmenin sonucu olarak, iki kişilik limited şirketlerde, ortak sayısının üçte ikisi oybirliği anlamına geldiğinden, ortaklıktan çıkarılmak istenen ortağın rızası hilafına çıkarma davası açılmasına dair genel kurul kararı almak ve haklı sebeplerle çıkarma davası açmak mümkün değildir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın değerlendirmesine göre, diğer ortağın ortaklıktan çıkarılmasını isteyen ortağın şirketteki sermaye payı ne kadar büyük olursa olsun, onun tek başına alacağı bir kararla diğer ortak aleyhine ortaklıktan çıkarma davası açılmasına imkân bulunmamaktadır.

Bu noktada, Yargıtay'ın bu görüşünün değerlendirilmesi bağlamında, TTK m. 621 hükmünde “*temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması*” şeklinde ifade edilen nisabın nitelik ve anlamının belirlenmesi gerekir.

III. ORTAKLIKTAN HAKLI SEBEPLE ÇIKARMA KARARI İÇİN ÖNGÖRÜLEN NİSABIN (TTK M. 621) HUKUKİ NİTELİĞİ VE ANLAMI:

Türk öğretisindeki hâkim görüş uyarınca, TTK m. 621 hükmünde «*oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu*» şeklinde ifade edilen nisap, esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun toplantıda hazır bulunması gerektiği anlamına gelmekte olup, bu haliyle aynı zamanda bir toplantı nisabı olarak belirlendiği kabul edilmektedir⁷.

Bunun yanı sıra, toplantıda temsil olunan oyların en az 2/3'ünün de karara olumlu oy vermiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, toplantıda temsil edilen oyların en az üçte ikisi karara olumlu oy vermeli ve bu oylar en azından oy hakkı bulunan esas sermayenin salt

⁷ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku II**, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, N. 1712y; ÇOŞTAN, Hülya, **Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları**, TFM 2015/1, s. 65-73, s. 67. Bu şekilde bir “çifte engel” kuralının öngörüldüğü yönünde bkz. AKBAY, s. 218

çoğunluğunu temsil etmelidir. Bu haliyle, genel kurulda temsil edilen oyların üçte ikisi olarak ifade edilen nisabın, karar nisabı niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁸.

Diğer yandan, öğretide ortaya konulan diğer bir görüş uyarınca, TTK m. 621 hükmündeki nisaplar hem toplantı hem de karar nisaplarıdır⁹.

Başka bir görüş uyarınca, TTK m. 621 hükmünde bir «çifte çoğunluk» öngörülmüştür¹⁰. Buna göre, TTK m. 621 hükmünde belirtilen önemli kararların alınması için, temsil edilen oyların üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğunun bir arada bulunması şart koşulmuştur. Belirtmek gerekir ki, burada belirtilen “çifte çoğunluk”, sayı ve sermaye çoğunluğunun bir arada bulunması gereken bir durumu ifade etmeyip, oy haklarına (dolayısıyla TTK m. 618/1 uyarınca kural olarak payların itibari değerlerinin esas sermayeye olan oranına) ve oy hakkı bulunan esas sermayeye göre belirlenen nisapların bir arada bulunması gerekliliği anlamında kullanılmıştır.

Başka bir görüş, hükümde karar alınabilmesi için çifte yetersayı ya da bir başka ifade ile çifte engel öngörüldüğünü kabul etmekle birlikte, oy hakkına sahip sermayenin tamamının salt çoğunluğunun aynı zamanda dolaylı olarak toplantı yetersayısını ifade ettiğini benimsemektedir¹¹.

Öte yandan, madde metninin anlaşılır hale getirilmesi için TTK m. 621/1 hükmünün değiştirilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu çerçevede, hükmün, “Aşağıdaki genel kurul kararları, oy hakkına sahip esas sermayenin salt çoğunluğunun hazır bulunduğu toplantıda temsil edilen oyların en az üçte ikisinin olumlu oyuyla alınır.

⁸ Burada bir çifte nisaptan söz edilemeyeceği görüşüyle birlikte bu yönde bkz. ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku II**, İstanbul 2019, N. 1712y. TTK m. 621 hükmünde belirtilen kararların alınabilmesi için, temsil edilen oyların üçte ikisi ile esas sermayenin salt çoğunluğunun birlikte sağlandığı karar yetersayısına ihtiyaç olduğu yönünde bkz. YILDIZ, Şükrü, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, İstanbul, 2007, s. 233.

⁹ TEKİNALP, Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, N. 22-26. Temsil edilen oyların üçte ikisinin karar nisabı ve esas sermayenin salt çoğunluğunun toplantı nisabı olduğu yönünde bkz. ÇAMOĞLU, Ersin, **Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri**, İstanbul, 2020, s. 74. ŞENER, Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Ankara, 2017, s. 598.

¹⁰ PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt: III, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. § 69, N. 129; AKER, s. 101.

¹¹ BİÇER/HAMAMCIOĞLU, s. 354.

Bu oyların esas sermayenin yarısından fazlasını temsil etmesi şarttır.” şeklinde değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹².

TTK m. 621 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde, maddenin önemli kararlar için “karar alma yetersayısını” düzenlediği belirtilmiş ve başka herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

TTK m. 621 hükmünün mehzazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu’nun 808b maddesinin Almanca metninde yer alan, “*Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen sowie die absolute Mehrheit des gesamten Stammkapitals auf sich vereinigt, mit dem ein ausübbares Stimmrecht verbunden ist*” ifadesi, “*temsil edilen oyların üçte ikisini ve oy hakkına sahip olan toplam esas sermayenin salt çoğunluğunu bir araya getiren bir genel kurul kararı*” anlamına gelmektedir. Bu ifade, TTK m. 621 ile örtüşmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu’nun 808. maddesinin Fransızca metninde yer alan “*Une décision de l’assemblée des associés recueillant au moins les deux tiers des voix représentées et la majorité absolue du capital social pour lequel le droit de vote peut être exercé*” ifadesi ise, Almanca metne göre sadece «toplam» ibaresinin yer almadığı küçük bir farklılıkla, “*temsil edilen oyların üçte ikisini ve oy hakkına sahip olan esas sermayenin salt çoğunluğunu bir araya getiren bir genel kurul kararı*” anlamına gelmektedir.

İsviçre öğretisinde de, TTK m. 621 hükmünün mehzazını teşkil eden İsv. BK m. 808b hükmündeki nisabın birleştirilmiş karar ve toplantı nisapları öngören bir düzenleme olduğu görüşü hâkimdir¹³.

¹² MOROĞLU, Erdoğan, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 388; DOĞAN, s. 63.

¹³ KRATZ, Brigitta, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR und BEG**, 3. Auflage, Schultless Verlag, Zürich, 2016, Art. 808b, N. 3; GASSER, Urs, EGGENBERGER, Christian, STÄUBER, Richard, - **Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3., überarbeitete Auflage**, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, Art. 808b, N. 1.

Diğer yandan, İsv. BK m. 808b hükmündeki nisabı bir “*çifte engel (Doppelhürde)*” olarak değerlendiren yazarlar da mevcuttur¹⁴.

İsviçre hukukunda, İsv. BK m. 808b hükmündeki ağırlaştırılmış nisabın, bir taraftan limited şirketin kişisel unsurlarla bağlantısının bir yandan da azınlığın korunmasının bir belirtisi olduğu ifade edilmektedir¹⁵.

Türk ve İsviçre hukuklarındaki hâkim görüşe uygun olarak, TTK m. 621 hükmünde, “*oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu*” olarak ifade edilen nisabın toplantı nisabı ve “*temsil edilen oyların en az üçte ikisi*” şeklinde belirtilen nisabın ise karar nisabı niteliğini taşıdığı görüşünü paylaşmaktayız.

Bu çerçevede, ortaklıktan çıkarma kararı da dâhil olmak üzere, TTK m. 621 hükmünde belirtilen önemli kararların alınması için, oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğuna sahip olan ortakların toplantıda hazır bulunması ve kural olarak toplantıya katılan ortakların sahip oldukları sermaye paylarının itibari değerlerine göre belirlenmek üzere (TTK m. 618/1) toplantıda temsil edilen oyların en az üçte ikisinin de¹⁶ karara olumlu oy vermesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bu görüşün sonucu olarak, TTK m. 621 hükmündeki nisapların bir “çifte çoğunluk” ya da “çifte nisap” niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu kararlar için, karar nisabı ile birlikte toplantı nisabı da öngörülmüş olması, bir çifte çoğunluğun söz konusu olduğu anlamına gelmez. Zira maddedeki iki nisap birbirinden farklı niteliktedir. Bir kararın toplantı nisabına bağlanması, «çifte çoğunluk» olarak nitelendirilemez; çünkü bu nisabın karar nisabından ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir.

“Çifte nisap” ya da “çifte çoğunluk” kavramı genellikle, bir kararın alınması için, ortak sayısı ve sermaye payına göre belirlenen nisapların bir arada arandığı halleri ifade edecek şekilde anlaşılmalıdır. Ortaklıktan çıkarma kararına da uygulanan TTK m. 621 hükmünde

¹⁴ SIFFER, Rino, FISCHER, Marc Pascal, PETRIN, Martin, **SHK - Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008, Art. 808b, N. 1

¹⁵ GASSER/EGGENBERGER /STÄUBER, Art. 808, N. 2.

¹⁶ Oyda imtiyaz bulunan hallerde, imtiyazlı oylar ile adi oyların toplamının üçte ikisi ve aynı zamanda bu oyların içinde oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğunun da bulunması gerekir. Bkz. PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C:III, § 70, N. 34

bu türden bir çifte nisabın öngörülmediği açıkça ortadadır. Maddede öngörülen toplantı ve karar nisaplarının her ikisinde de, TTK m. 618/1 hükmü uyarınca kural olarak sermaye paylarının itibari değerlerine göre belirlenmesi gereken oy hakları esas alınmıştır. Maddenin lafzından, ortak sayısını esas alan bir nisabın varlığını çıkarmak mümkün değildir.

Sayı ve sermaye çoğunluğunu bir arada öngören çifte nisaplar, 6102 sayılı TTK’da sadece limited şirketlerde birleşme (TTK m. 151/1-c), bölünme (TTK m. 173/2) ve tür değiştirme (TTK m. 189/1-c) kararları için öngörülmüştür. Anılan hükümler uyarınca, söz konusu kararların, *sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden paylara sahip bulunmaları şartıyla, tüm ortakların dörtte üçünün oylarıyla* alınacağı belirtilmiştir.

TTK m. 621 hükmünde, çifte nisap arayan bu hükümlerde olduğu gibi açık bir şekilde ortak sayısına gönderme yapan “*tüm ortakların ... oylarıyla*” türünden bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, TTK m. 621 hükmünde sayı ve sermaye çoğunluğunu bir arada gerektiren bir çifte nisabın öngörülmüş olmadığı açıktır.

Diğer yandan, yukarıda anılan maddelerin mehzasını teşkil eden İsviçre Birleşme Kanunu (*Fusionsgesetz*) m. 18 hükmü, İsviçre’de 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe giren limited şirketlere ilişkin Tasarı ile değiştirilmiş ve buradaki sayı ve sermaye nisabının yerine İsv. BK m. 808b hükmünde önemli kararlar için öngörülen nisaplar getirilmiştir. Bu durum dahi, limited şirketlerde sayı ve sermaye çoğunluğunu bir arada arayan pay devrine ilişkin 6762 sayılı eTTK m. 520/2 hükmündeki gibi çifte nisapların, mehz İsviçre Limited Şirketler hukukunda terk edildiğini göstermektedir. Her ne kadar limited şirketlerin hukuki yapısında anonim şirketlere göre bazı kişisel unsurlar mevcut olsa da, bu durum söz konusu şirketlerin «sermaye şirketi» vafında olması gerçeğini değiştirmez. Ortak sayısına göre hesaplanan nisaplar ise, özünde sermaye şirketlerine yabancıdır.

Dolayısıyla, Yargıtay kararlarında benimsenen, iki ortaklı limited şirketlerde her iki ortağın da aynı yönde oy kullanmaması halinde TTK m. 621 hükmündeki nisabın oluşamayacağı yönündeki değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Çalışmamızda daha önce belirtildiği üzere, iki ortaklı limited şirketlerde her iki ortağın da aynı yönde oy kullanmaması halinde TTK m. 621 hükmündeki nisabın oluşamayacağı yönündeki değerlendirmenin, ancak anılan maddeye göre ortak sayısı ve sermaye payını birlikte esas

alan bir çifte nisabın arandığı görüşüne dayandırılması mümkündür. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, TTK m. 621 hükmünde sayı ve sermaye çoğunluğunu birlikte arayan bu türden bir çifte nisap mevcut değildir.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, iki ortaklı bir limited şirkette sermayenin en az 2/3'üne (yani yaklaşık %66,66'sını) tekabül eden ve aynı oranda oy hakları bulunan paylara sahip olan ortağın, diğer ortağın da katıldığı ve dolayısıyla oy hakkına sahip payların tamamının temsil edildiği bir genel kurulda, «temsil edilen oyların en az üçte ikisi» olarak ifade edilen karar nisabı ile TTK m. 621 hükmüne uygun biçimde çıkarma kararı alması mümkündür¹⁷.

Diğer yandan, esas sermayenin 2/3'ünü bulmasa dahi, çoğunluğu teşkil eden (yani %50'den fazla ancak %66,66'dan az) ve aynı oranda oy hakkı veren paylara sahip olan bir ortağın da “*oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu*” olarak ifade edilen toplantı nisabını tek başına sağlaması mümkün olduğundan, diğer ortağın katılmadığı bir genel kurulda “*temsil edilen oyların en az üçte ikisi*” olarak ifade edilen karar nisabına uygun olarak çıkarma kararı alması da mümkündür¹⁸.

Dolayısıyla, bu çalışmada üzerinde durulan Yargıtay kararlarının aksine, iki ortaklı limited şirketlerde TTK m. 621 hükmünde öngörülen nisabın oluşması mümkün olmadığından, ortaklıktan çıkarma kararı alınamayacağı yönündeki Yargıtay içtihadına katılmak mümkün değildir.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, TTK m. 621 hükmündeki nisaplara uygun olarak bir genel kurul kararı olmaksızın, ortaklıktan çıkarma kararı alınması ya da haklı sebeple ortaklıktan çıkarma davası açılması mümkün olmadığından, bu nisapları sağlamaya yetecek miktarda pay sahibi olmayan ortağın diğer ortak hakkında ortaklıktan çıkarma ya da haklı sebeple ortaklıktan çıkarma davası açılması yönünde karar alması mümkün değildir. Çıkarma kararının ağırlaştırılmış nisaba bağlanması, yasa koyucunun ancak ağırlaştırılmış nisabı sağlamaya yetecek kadar oy hakları bulunan paylara sahip olan

¹⁷ Bu çerçevede, ortakların pay oranlarının %90-%10, %80-%20 ya da %70-%30 şeklinde olduğu iki ortaklı limited şirketlerde, büyük ortağın küçük ortak hakkında ortaklıktan çıkarma davası açılmasına yönelik karar alması mümkündür. Bu yönde bkz. DURAL, s. 418.

¹⁸ Aynı yönde bkz. DURAL, s. 419.

büyük ortak tarafından alınacak bir karar ile azınlık ortağının çıkarılmasına cevaz verdiği ve azınlık ortağının çoğunluk ortağına yönelik bu türden bir karar alması yolunu kapattığının açık bir göstergesidir¹⁹.

SONUÇ

Sonuç olarak, çalışmamızda bahsi geçen yerleşik Yargıtay kararlarında benimsenen, *iki ortaklı limited şirketlerde ortaklardan sadece birinin iştiraki ile toplanan genel kurulda kanunda aranan nitelikte çoğunluğun sağlanamayacak olduğu ve her iki ortağın da aynı yönde oy kullanmaması halinde önemli kararlardan sayılan ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması için genel kurul kararı bakımından nisabın oluşmasının mümkün olmadığı* yönündeki görüşün TTK m. 621 hükmü uyarınca isabetli olmadığı ve bu değerlendirmenin Yüksek Mahkeme tarafından gözden geçirilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

AKBAY, Direnç, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları**, 1.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

AKER, Halit, **Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına ilişkin Bazı Değerlendirmeler**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:32, Sayı:1, Mart 2016, s. 63-150.

¹⁹ İsviçre hukukunda da, TTK m. 621 hükmünün mehzasını teşkil eden İsv. BK m. 808-b hükmü uyarınca, esas sermayenin salt çoğunluğunun toplantıda hazır olması şartının aranmasının, kişisel unsurların ön planda olduğu az ortaklı limited şirketlerde, bazı ortakların yokluğunda karar alınmasını engellemeye ya da zorlaştırmaya yönelik olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. GERMANN, Sandro, **Die personalistische AG und GmbH, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht**, Dike Verlag, Zürich 2015, s. 553-554. Türk hukukunda sermaye çoğunluğuna sahip ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. ŞENER, **Limited Ortaklıklar Hukuku**, s. 905. Buna karşılık, büyük ortağın çıkarılmasının yolunu kapatan görüşün, yasa koyucunun amacına olduğu kadar ortaklar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olduğu yönünde bkz. ÇAMOĞLU, **Limited Ortaklıklar Hukuku**, s. 74.

- BAHTİYAR, Mehmet, **İki Kişilik Ortaklıkta Haklı Sebep ile Çıkarma Davası ve Yargıtay Kararları**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 30.Sempozyum, Ankara, 2017, s. 103-130.
- BİÇER, Levent/HAMAMCIOĞLU, Esra, **Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar**, n İKÜHFD, 16 (2) 2017: 343-381.
- BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M. Fatih, **Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1), s. 69-121.
- ÇAKIR, Ayşe, **İki Ortaklı Limited Şirkette Ortağın Çıkarılmasında Genel Kurul Kararının Aranması Problemi**, TAAD, Yıl:9, Sayı:36 (Ekim 2018), s. 241-263.
- ÇAMOĞLU, Ersin (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku II**, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- ÇAMOĞLU, Ersin, **Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri**, İstanbul, 2020 (Limited Ortaklıklar Hukuku).
- ÇAMOĞLU, Ersin, **Limited Ortaklıktan Çıkarılma**, Batider 2014, C. XXX, S. 3, s. 5-20.
- ÇOŞTAN, Hülya, **Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları**, TFM 2015/1, s. 65-73.
- DOĞAN, Sema Nur, **Limited Şirketler Genel Kurulunda Alınan Önemli Kararlar**, 1.Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DURAL, Ali, **İki Ortaklı Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma Davasında Ortağın Davacı Sıfatı ve Yargıtay Uygulaması**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:197-198, Ocak-Şubat 2021, s. 413-421.
- GASSER, Urs, EGGENBERGER, Christian, STÄUBER, Richard, - **Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3., überarbeitete Auflage**, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.
- GERMANN, Sandro, **Die personalistische AG und GmbH, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht**, Dike Verlag, Zürich, 2015.

KIRCA, İsmail/GÜREL, Murat, **Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015, s. 197-224.

KRATZ, Brigitta, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR und BEG**, 3. Auflage, Schultless Verlag, Zürich, 2016.

MOROĞLU, Erdoğan, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt:III, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

SIFFER, Rino, FISCHER, Marc Pascal, PETRIN, Martin, **SHK - Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)**, Stämpfli Verlag, Bern 2008.

ŞENER, Oruç Hami, **Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2020.

ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ŞENER, Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Ankara, 2017 (Limited Ortaklıklar Hukuku).

TAŞDELEN, Nihat, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih**, 1.Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

TATLI, Burçak, **Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma ve Ayrılma Akçesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Ocak 2021, s. 165-210.

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

TEKİNALP, Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

YILDIZ, Şükrü, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, İstanbul 2007.

**KÜÇÜK VE ORTA ÖLÇEKLİ İŞLETMELERE YÖNELİK TİCARİ ALACAK
SİGORTASI SUNULMASINI İÇEREN DEVLET DESTEKLİ SİSTEMİN
ÇALIŞMA USUL VE ESASLARINA DAİR TEBLİĞ'İN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*ASSESSMENT OF THE COMMUNIQUE ON PROCEDURES AND PRINCIPLES OF FUNCTIONING
OF THE GOVERNMENT-SUPPORTED SYSTEM INVOLVING COMMERCIAL CREDIT INSURANCE
PROPOSALS TO SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES*

Hakemli Makale
Etem KARA*

İÇİNDEKİLER

I. GENEL OLARAK ALACAK SİGORTASI.....	459
II. TİCARİ ALACAK SİGORTASI (TRADE CREDIT INSURANCE/WAHRENDKREDİTVERSİCHERUNG.....	461
III. KOBİ'LER İÇİN DEVLET DESTEKLİ TİCARİ ALACAK SİGORTASI.....	463
A. KANUNİ DAYANAK.....	463
B. KOBİ'LERE ALACAK SİGORTASI SAĞLANMASINDA KAMU YARAR.....	464
1. KOBİ Kavramı.....	464
2. KOBİ'lerin Ekonomi Açısından Önemi.....	465
3. KOBİ'lerin Ticari Alacak Sigortasına Erişiminde Devlet Desteğini Doğuran Nedenler...466	
a. Gelişmekte Olan ve Az Gelişmiş Ülkelerde KOBİ'lerin Alacak Sigortasına Erişmekte Güçlük Çekmesi.....	466
b. Risk Devrinin En Çok Ticari Alacak Sigortasında Olmasının Primleri Yükseltmesi..467	
c. Tedarik Zincirinin Korunması ve Güven İçinde Ticaretin Sürdürülmesinde Ticari Alacak Sigortasının Fonksiyonu.....	467
d. Ticari Alacak Sigortasının Kötü Borçlara Teminat Sağlamının Yanında, KOBİ'lerin Kurumsallaşmasına Katkı Sağlayacak Hizmetleri de Vermesi.....	468

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1089371

Makalenin Geliş Tarihi: 17.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 20.07.2022

* Dr., Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

E-posta: etemkara@ibu.edu.tr; etemkara@kara.av.tr

ORCID: 0000-0002-6123-9619

e. KOBİ'lerin Ticari Alacak Sigortasıyla Krediyeye Erişiminin Kolaylaşması.....	469
f. Ülke Ekonomileri İçin KOBİ'lerin Korunması ve Desteklenmesi Zarureti.....	470
IV. KOBİLER İÇİN GETİRİLEN DEVLET DESTEKLİ ALACAK SİGORTASI SİSTEMİNİN OLUŞTURULMASI VE YÜRÜTÜLMESİ.....	470
A. SİSTEMİN OLUŞTURULMASI VE YÜRÜTÜLMESİNDE GÖREVLİ KURUM: OLAĞANDIŞI RİSKLER YÖNETİM MERKEZİ.....	470
1. Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi'nin Kurulması	470
2. Merkezin Görev ve Sorumlulukları	470
a. Sistem Merkez Tarafından Oluşturulmakta ve Yürütülmektedir.....	470
b. Merkeze Devredilen Primlerin Takibi ve Değerlendirilmesi	471
aa. Primlerin Merkeze Devri	471
bb. Primlerin Özel ve Ayrı Kayıtlarla Takip Edilerek Muhasebeleştirilmesi	471
cc. Devredilen Primlerle Oluşan Fonu Yönetecek Kuruluşun Belirlenmesi.....	471
c. Bakanlığa Bilgi Verme.....	472
B. SİSTEMİN İŞLEYİŞİ.....	472
1. Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortasının Kapsamı.....	472
2. Sigorta Şirketlerinin Sisteme Dahil Edilmesi.....	473
a. Sigorta Şirketlerinin Protokolle Sisteme Dahil Edilmesi	473
b. Sigorta Ettirene Merkezin Belirlediği Sigorta Poliçesinin Verilmesi.....	474
c. Devlet ile Sistem Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği.....	474
3. Risk Yönetimi.....	475
a. İşlemlerin Yönetileceği Sistemsel Altyapı (Veri Tabanı) Oluşturulması	475
b. Bilgi Güvenliğinin Sağlanması	476
c. Risk Değerlendirme Hizmeti Verilmesi	476
4. Ticari Alacak Sigortasının Teminat Olarak Kullanılmasının Sağlanması.....	477
5. Zararın Tazmini ve Hasar Yönetimi	478
SONUÇ	478

ÖZ

Dünya genelinde KOBİ'ler, inovasyon, istihdam, büyüme, ekonomik çeşitliliğin ve dayanıklılığın sağlanmasında ülke ekonomileri için anahtar rol oynamaktadır. Ancak risk yönetiminde yetersizlik, krediyeye erişimde güçlük, yeterli insan kaynağı ve yönetim tecrübesinde yoksunluk, KOBİ'lerin sağlıklı büyümelerinde ve verimliliğinde engel teşkil etmektedir. Her ne kadar alacak sigortası şirketleri, alacak sigortası sağlamanın yanında, alacak yönetimi, müşteri bilgileri, vadeli satış limitleri belirleme ve alacak riskinin takip hizmeti verse de KOBİ'lerin bu seçeneği pek değerlendirmedikleri görülmektedir. AB çapında

buna gerekçe olarak ise KOBİ'lerin primleri ek yük olarak görmesi, minimum yönetim standardı için getirdiği ek idari prosedürden kaçınması, ihmal veya hatalı güven, alacak sigortasının pek bilinmemesi ve şüpheli alacakların yaratacağı sonuçlarla ilgili farkındalık eksikliği gibi sebepler gösterilmektedir. Bu nedenle devletlerin sürece müdahale etmesi ve KOBİ'lere alacak sigortası temin edecek bir destekleme sisteminin kurulması gerektiği kabul edilmektedir. Emsal örneklerde ise devletlerin, sigorta şirketlerine reasürans sağlayarak bu desteği verdiği ve sigorta şirketlerinin sisteme dahil olmasını teşvik ettiği görülmektedir. Bu yolla primlerin düştüğü, idari prosedürlerin azaldığı, KOBİ'lerin ihtiyaç duyduğu yönetim ve bilgi desteğinin sağlandığı görülmektedir. Öte yandan, bankaların KOBİ alacaklarını şüpheli alacak olarak değerlendirmesi nedeniyle kredi vermekte isteksizliği de ticari alacak sigortasıyla aşılabilmektedir. Türkiye de Sigortacılık Kanunu'nun 33/A maddesine istinaden Bakanlar Kurulu kararı ile sistemin kurulması öngörülmüştür. 24 Aralık 2018 tarih ve 30635 sayılı “*Küçük Ve Orta Ölçekli İşletmelere Yönelik Ticari Alacak Sigortası Sunulmasını İçeren Devlet Destekli Sistemin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ*” ile de sistemin işleyişi düzenlenmiştir. Böylece Türkiye de KOBİ'ler için geç ama önemli bir adım atılmış bulunmaktadır. Yapılan düzenlemeyle de KOBİ'lerin ticari alacak sigortasına erişmesinin önündeki engellerin kaldırılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Alacak Sigortası, KOBİ, Devlet Desteği, Reasürans, Prim.

ABSTRACT

Throughout the world, SMEs play a key role for national economies in innovation, employment and growth, and in ensuring economic diversity and resilience. However, inadequacy in risk management, difficulty in accessing to credit, lack of adequate human resources and management experience are some obstacles to the development and productivity of SMEs. Although credit insurance companies provide services such as credit management, customer information, determining sales limits and monitoring credit risk in addition to credit insurance, it is seen that SMEs do not prefer this option. In EU-wide, reasons such as SMEs seeing premiums as an additional burden, SMEs avoiding additional procedures for minimum management standards, negligence or faulty trust, lack of knowledge on credit insurance, lack of awareness of the consequences of doubtful debts are shown as a justification. For this reason, it is argued that states should intervene in this process and that a support system should be established to provide credit insurance for SMEs. In other countries, it is seen that the government provides this support by providing reinsurance to insurance companies. So that the premiums are reduced, administrative procedures are simplified, and SMEs receive the management and information support they require. On the other hand, banks are reluctant to give loans as they consider SME credits as suspicious, and banks' reluctance can be overcome with credit insurances. Pursuant to article 33/A of the insurance law, the Council of Ministers decided to establish a system in Turkey. The functioning of the system is regulated under the “*Communiqué on Procedures and Principles of the Government Supported System to Offer Commercial Credit Insurance for SME*” dated 24

December 2018 and numbered 30635. In this way, Turkey has taken a late but important step for SMEs. The regulation aims to remove the barriers that prevent SMEs from getting commercial credit insurances.

Keywords: Credit Insurance, SME, Government Support, Reassurance, Premium.

I. GENEL OLARAK ALACAK SİGORTASI

Bedelinin peşin alınması suretiyle bir işin görülmesi veya bir malın teslimi, bir risk oluşturmamaktadır. Buna karşın bedelin peşin olarak alınmadığı ve bir vadeye bağlandığı haller ise alacağın tahsil riskini doğurmaktadır. Alacak sigortalarıyla da bu risk teminat altına alınmaktadır. Bu anlamda da alacak sigortası, sigortacının, sigorta ettirenin/sigortalının malın teslimi (*Warenlieferungen*), eserin (*Werk*) veya hizmetin (*Dienstleistungen*) ifasıyla üçüncü kişinin kısmen veya tamamen ödemede temerrüde düşmesi riskini üstlendiği bir sigorta türüdür¹. Sigortalının malvarlığında oluşan bir zararın tazmin etmesi münasebetiyle de alacak sigortası, bir zarar sigortasıdır².

Alman hukukunda alacak sigortalarının, teslim (*Delkrederesparte*), sadakat (*Vertrauensschadenversicherung*)³ ve teminat (*Kautionsversicherungssparten*)⁴

¹ HERRMANN, Harald, “§ 39. Kredit- und Kautionsversicherung”, *Versicherungsrechts-Handbuch* (Hrg. Roland Michael Beckmann / Annemarie Matusche-Beckmann), 3. Auflage, Beck-Online, München, 2015, Rn.1.

² HERRMANN, 2015, Rn.4.

³ Sadakat sigortası, sigorta ettirenin istihdam ettiği kişilerin kasıtlı ve yetkisiz eylemleriyle kendisine vereceği zararlar için sigorta teminatı sunmaktadır. Esasında bu sigorta türünde şirketin kendi çalışanlarının ve organlarının, bazen de üçüncü kişilerin cezai nitelikli fiillerine karşı koruma sağlanmaktadır. GEBERT, Yvonne / KLAPPER, Sebastian, “§ 24 Cyberversicherung”, *Der Versicherungsprozess*, (Hrsg. Veith / Gräfe / Gebert), 4. Auflage, Nomos, Baden, 2020, Rn.55; Saf bir zarar sigortası olarak, beyaz yakalıların (çalışanlar veya sorumlu konumunda kişiler) ekonomik suçlarının yol açtığı zararlarına karşı güvence sağlayan sadakat sigortası, ilk olarak Anglikan pazarında 1720 yılında sunulsa ve uzun bir geleneği olsa da Almanya’da yaygınlaşması 70 yıl sonra olmuştur. SCHNEIDER, W., “§ 29 Vertrauensschadenversicherung”, *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, (Hrsg. Knut HÖRA), Auflage 4, C.H.Beck, Frankfurt 2017, Rn 1-4; Doktrinde, “sadakat sigortası” için “emniyeti suistimal sigortası” ifadesi kullanıldığı da görülmektedir. KÜÇÜK, Damla, “Krediyi Koruyan Sigortalar ve Kredi Sigortası Kavramına İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 2010, Cilt: 8, Sayı: 85, s. 480.

⁴ Bu sigorta türü üçüncü şahısların temerrüdüne karşı sigorta ettireni değil, aksine sigorta ettirenin kendi temerrüdü için kendi alacaklılarına karşı koruma sağlamak ve bir tür kontrgaranti olarak düzenlenmektedir. HERRMANN, 2015, Rn.5; Burada bir işin ifası veya bir malın teslimi kapsamında sigortacı, aynı zamanda sigorta ettiren de olan borçlunun yükümlülüğünün ifası için alacaklıya güvence verilmekte, risk gerçekleştiğinde de alacaklıya ödeme yapılmakta, bu anlamda da başkasına hesabına sigorta niteliği haiz olmaktadır. KÜÇÜK, 2010, s.480.

açısından çeşitlere ayrıldığı görülmektedir. Ayrıca teminat türündeki alacak sigortalarının kefalet (*Bürgschaften*⁵) ve garanti (*Garantien*)⁶; teslim türündeki alacak sigortaları ise ticari alacak (*Warenkreditversicherung*), sermaye malları (*Investitionsgüterkreditversicherung*)⁷, tüketici (*Konsumentencredit*)⁸ ve ihracat (*Ausfuhrkreditversicherung*)⁹ alacağı sigortaları olarak alt bölümlere ayrıldığı görülmektedir¹⁰. Alman hukukunda yapılan bu ayrımlar, esasında ticari alacak sigortasının alt türlerini oluşturmaktadır¹¹. Türk ticaret hukuku anlamında da söz konusu alacaklar ticari alacak olduğundan (TTK 3 ve 19)¹², sayılan sigortalar da ticari alacak sigortalarının alt türlerini oluşturduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak bizim konumuz anlamında ticari alacak sigortasının, yurt içi satışlardan doğan alacaklarla sınırlı ve Alman hukukundaki sınıflandırma anlamında ise teslim türündeki alacak sigortasıyla (*Warenkreditversicherung*) sınırlı olarak anlaşılması yerinde olacaktır¹³.

⁵ Kefalet sigortasında, asıl borca bağlı olarak kefilin sorumluluğunun doğduğu hallerde, temerrüt riski üstlenilmektedir. HERRMANN, 2015, Rn.5.

⁶ Garanti sigortasında ise garanti edenin sorumluluğu asıl sözleşmeden bağımsızdır. HERRMANN, 2015, Rn.123b; ; SCHNEIDER, 2017, Rn 1-4.

⁷ Taksitli alacak sigortalarından (*Teilzahlungskreditversicherung*) evrilen sermaye malları alacak sigortası (*Investitionsgüterkreditversicherung*), teslim ve hizmet ödemesi altı aydan uzun vadeyi kapsayan, genellikle büyük makineleri veya fabrika teslimini etkileyen sermaye malları için tasarlanmış bulunmaktadır. GRAUSCHOPF, Jürgen, “§22 Kreditversicherung”, *Der Versicherungsprozess*, (Hrsg. Veith/Gräfe/Gebert), 4. Auflage, Nomos, Baden, 2020, Rn.15.

⁸ Burada tüketicilerin temerrüdüne karşı sigorta teminatı sağlanmaktadır. GRAUSCHOPF, 2020, Rn.16.

⁹ ihracat kredi sigortası, yurt dışında yerleşik kişilere yapılan satışlardan doğan riskleri odağına almaktadır. GRAUSCHOPF, 2020, Rn.12.

¹⁰ HERRMANN, 2015, Rn.5; Doktrinde, Alman hukukunda delkredere sigortaları olarak tabir edilen bu sigortaların, mal kredi sigortası (*Warenkreditversicherung*), yatırım malı kredi sigortası (*Investitionsgüterkreditversicherung*), taksitle ödeme kredi sigortası (*Teilzahlungskreditversicherung*), tüketici kredisi sigortası (*Konsumentencreditversicherung*) ve finans kredi sigortası (*Finanzkreditversicherung*) olarak sınıflandırıldığı da görülmektedir. KÜÇÜK, 2010, s.476-480.

¹¹ MATSCHKE, Manfred Jürgen, *Finanzierung der Unternehmung*, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne/Berlin, 1991, ss. 219-220; GRAUSCHOPF, 2020, Rn.10-11.

¹² Tüketicilerin taraf olduğu işlemlerin, bunun dışında olacağı aşikardır. KÜÇÜK, Damla, *Kredi Sigortası*, Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.70.

¹³ Ayrıca alacağın tahsil olasılığının bulunup bulunmamasına (vadede ödememe ve borçlunun aczi) ve borcun ödenmemesine neden olan olayların niteliğine (ticarî veya politik riskler) göre sınıflandırmaların da yapıldığı görülmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. KÜÇÜK, 2007, s. 155-174.

II. TİCARİ ALACAK SİGORTASI (TRADE CREDIT INSURANCE/WAHRENDKREDİTVERSİCHERUNG)

Ticari alacak sigortası ile yurt içindeki işletmeler arasında hizmet temini öngören sözleşmelerden veya mal satışlarından doğan vadeli alacakların tahsil edilememe riski için teminat verilmektedir¹⁴. Nihayetinde bir alacağın, bir vade unsurunun bulunduğu bütün hallerde¹⁵, borçlunun borcunu zamanında ve gereği gibi ifa etmeme riski, her daim bulunmaktadır¹⁶. Ticari alacak sigortası açısından ise söz konusu riski, bedeli peşin alınmaksızın yurt içinde yapılan satım veya iş görme sözleşmelerinden doğan alacağın gereği gibi vadesinde tahsil edilememesi oluşturmaktadır. Bu anlamda borçlunun temerrüdü, aczi, tasfiyesi veya iflası gibi nedenlerle alacağın tahsil edilememesi hallerinde alacaklıya koruma sağlayan sigortaya ticari alacak sigortası (*Warenkreditversicherung*¹⁷/*Trade Credit Insurance*) denmektedir¹⁸. Esasında tahsil

¹⁴ KÜÇÜK, ticari alacak yerine ticari kredi, alacak sigortası yerine kredi sigortası kavramını tercih ettiği görülmekte, bu paralelde de ticarî kredileri; kredi alan tarafın tüketici olmadığı, işletmeler arasında ticarî veya meslekî bir amaç ile ve kredili satım (veya iş görme) sözleşmeleri yoluyla sağlanan mal kredileri olarak tanımlamaktadır. KÜÇÜK, 2007, s.70; Ancak kredi (credit/kredit) teriminin aynen kullanılması, bir nakit transferini kapsıyor düşüncesine yol açabilmesi ve uygulamada da finans kurumlarının sağladığı kredilere hasredilmesi karşısında, ticari alacak terimi tercihe şayandır.

¹⁵ Bir alacaktan söz edebilmek için parayla ölçülebilen her türlü bedeli belirli bir süre sonra ödenmek üzere karşı tarafa geçirilmesi söz konusudur. Alacak kavramıyla kredi kavramını eş değer kullanan yazarlar, krediden söz edebilmek için krediyi alana güven, parayla ölçülebilen bir değer karşılığında tarafa geçirilmesi ve vade farkı olmak üzere üç unsurun olması gerektiğini düşünmektedir. Kredi konusunun da para, mal veya kredi alan için bir riskin üstlenilmesi olabileceği ifade edilmektedir. KÜÇÜK, 2010, s.473.

¹⁶ KÜÇÜK, 2007, s.73.

¹⁷ Esasında kavramın hem yurt içi (*Warenkreditversicherung für Inlandskredite*) hem de yurt dışı satışlardan (*Warenkreditversicherung für Ausfuhrkredite*) doğan alacaklar için kullanıldığı da görülmektedir. HALEM, Carl Otto von, **Kreditversicherung** Gabler, Wiesbaden, 1964, s.32; Öte yandan alacak sigortası şirketlerinin, en önemli faaliyet alanını da bu sigortaların oluşturduğu görülmektedir; DANNENBERG, Henry: **Quantitative Bewertung des Ausfallrisikos von Forderungsportfolios gewerblicher Unternehmen- Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung von Schätzunsicherheit und einer fehlenden eigenen Datenbasis im Unternehmen**, Zugleich Dissertation zur Erlangung des Grades Doktor der Wirtschaftswissenschaft (Dr. rer. pol.) der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg 2012, s.76.

¹⁸ POWELL, T Glyndwr, **Home Trade Credit Insurance**, Credit Management Handbook (Ed. Burt EDWARDS), Fifth Edition, Gower, Hampshire and Burlington 2004, s.277; RIESTRA, Amparo San José, **Credit Insurance in Europe Impact- Measurement and Policy Recommendations**, 2003, CEPS Research Report In Finance And Banking, No. 31, Brussels, <http://aei.pitt.edu/9563/2/9563.pdf>, (erişim tarihi: 08.09.2021), s.1.

edilememe riski içeren alacak sigortalarına, şüpheli alacak (*forderungsausfallversicherung*) veya kötü borç (*bad debts*) sigortası da denmektedir¹⁹.

Ticari alacak sigortalarının odağını yurt içi işlemler oluşturmaktadır. Yurt dışı işlemlerden doğan alacaklar ise ihracat kredi sigortasının odağını oluşturmaktadır. Bu sigortayla da üçüncü bir ülkeye mal ve hizmet satışlarında alıcının ödemede temerrüdü, aczi ve iflasına karşı sigorta teminatı sağlanmakta, genellikle politik riskleri de kapsayacak şekilde poliçe düzenlenmektedir²⁰.

Öte yandan ticari alacak sigortalarının, diğer sigortalara nazaran çok uzun bir geçmişi olmadığını ifade etmek gerekir. Öyle ki yurt içi satışlarla ilgili başarıyla ticari alacak sigortası sağlayan ilk sigorta şirketlerinin 19. yüzyılda İngiltere’de ortaya çıkmış olduğu, dahası büyük risklere karşı kredi/alacak havuzları oluşturulduğu görülmektedir²¹. Bu anlamda ticari alacak sigortalarının ilk başarılı uygulamalarının İngiltere’de ve İngiliz hukukunda olduğu söylenebilir. Kaldı ki bu yüzyıl boyunca ABD’de yurtiçi ticaret

¹⁹ Şüpheli alacak (*forderungsausfälle*) veya kötü borç (*bad debts*) kavramıyla tahsili şüpheli olan, borçlunun temerrüt riskinin olduğu alacaklar ifade edilmektedir. Bu nedenle söz konusu kavrama karşılık olarak temerrüt riski veya ödemede sapma riski olan alacak da denildiği görülmektedir. DANNENBERG, 2012 s.39-40; Nihayetinde kısa veya orta vadeli satışlarda, borçlunun ödemede temerrüde düşme riski üstlenilmektedir. MATSCHKE, 1991, ss.219-220; GRAUSCHOPF, 2020, Rn.10-11.

²⁰ HALEM, 1964, s.32; Genel olarak, (1) devletleştirme, kamulaştırma ve benzeri devlet müdahaleleri, (2) yabancı sermayenin karlılığını önleyici ya da azaltıcı her türlü yasal müdahale, (3) devlet tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi, (4) para biriminin çevrilmemesi, (5) transfer kısıtlamaları, (6) savaş ve iç kargaşa (MİGA m.11) gibi risklerin politik risk olarak kabul edildiği görülmektedir. KARA, Etem/KAYIHAN, Şaban, “Politik Risk Sigortası: MIGA, OPIC ve Türk Eximbank”, 15.Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi, (11-12 Eylül 2017), Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017, s.185.

²¹ Dahası ilk alacak sigortasının 1820 yılında kurulan British Commercial Insurance Company tarafından imzalandığını ifade etmektedir. Ancak ele alınan ölçüye göre çok daha eskiye götürmek de mümkündür. Nitekim yakın dönem için deniz sigortacılarının müşteri memnuniyeti için mallar varış noktasına ulaştığında ödeme garantisi veren poliçeler düzenlendiği bilinmektedir. JUS, Miran: **Credit Insurance**, Oxford 2013, s.7; Öyle ki İngiltere’de ticari alacak sigortası 1853 yılından itibaren bilinmekte ve hatta öncesinde büyük karlara karşın riskin de önem arz ettiği işlerde karşılıklı kredi sigortası, kredi havuzları oluşturulmak suretiyle işletildiği de görülmektedir. HANNA: John, “Credit Insurance”, **University of Pennsylvania Law Review**, March 1931. Volume 79, Number 5, (s.521-548), s.539; Bağımsız ve ticari alacak sigortasında uzmanlaşmış ilk şirket olarak ise 1871 yılında kurulmuş olan İngiliz Ocean Accident and Garanti Corp. gösterilmektedir. HORSCH, Andreas / RATHMANN, Tanja **Kreditrisikotransfer durch Kreditversicherung- Eine ökonomische Analyse der Prozesse, Strukturen und Regeln der Märkte für Kreditversicherungen**, VVW GmbH, Karlsruhe, 2012 s.59.

sigortası sağlayan sigorta şirketleri pek görülmemekte²² ve Almanya’da ise iflası önlemek için kurulan alacak sigortası şirketlerinin bizatihi kendilerinin iflasa konu olduğu görülmektedir²³. Ancak 20. yüzyıla gelindiğinde ticari alacak sigortalarında önemli bir ivme kat edilmiş, 1926 yılında da Uluslararası Alacak Sigortacıları ve Reasüransları Birliği Londra’da kurulmuştur²⁴. Bu anlamda gelişmiş ülkelerde de ticari alacak sigortasının yüzyılı aşkın bir geçmişi olduğu, bu süre zarfında elde edilen tecrübe ve sermaye birikiminin de özel sigorta şirketleri tarafından ticari alacak sigortası sağlanmasını kolaylaştırdığı görülmektedir.

III. KOBİ’LER İÇİN DEVLET DESTEKLİ TİCARİ ALACAK SİGORTASI

A. Kanuni Dayanak

Yurt içinden veya uluslararası piyasalardan sigorta veya reasürans teminatı bulunamayan ya da teminat sağlanmasında güçlük bulunan riskler, nükleer riskler gibi özellik arz eden riskler ile sigorta edilmesinde kamu yararı bulunan riskler için teminat sağlama, sigorta veya reasürans havuzları kurma veya kurulmasını koordine etme, sigorta ve reasürans şirketleri arasında işbirliği yapılmasını sağlama, oluşturulacak havuz, organizasyon veya işbirliği mekanizmalarının yürütülebilmesi amacıyla tüzel kişiliği haiz Özel Riskler Yönetim Merkezi kurulmuştur (SK 33. A.1).

Hangi risklerin Özel Riskler Yönetim Merkezi kapsamında yönetileceği Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun önerisi üzerine Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından; kapsama alınan risklere ilişkin olarak Devlet tarafından prim veya reasürans desteği verilip verilmeyeceği, verilecek ise kapsamı, reasürans Devlet desteğinin bir bedel karşılığında temin edilip edilmeyeceği hususları ise yine Kurumun teklifi ve Bakanlığının uygun görüşü üzerine Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenmektedir (33. A.2).

²² İlk girişim Considerations on the Project and Institution of a Guarantee Company (1837) ile William L. Haskins tarafından yapılsa da ticari alacak sigortası ABD için 19. yüzyıl sonuna kadar söz konusu olmamıştır. HANNA, 1931, s.522-523.

²³ HANNA, 1931, s.543.

²⁴ JUS, 2013, s.8.

Bu hükümlere istinaden, o dönem itibariyle parlamenter sistem geçerli olduğundan, Bakanlar kurulu kararıyla KOBİ'ler için devlet destekli alacak kredisi sigorta sisteminin kurulmasına karar verilmiş; devlet destekli ticari alacak sigortası sisteminin çalışma usul ve esasları (*DDTAST*)²⁵ ile ticari alacak sigortası tarife ve talimatı (*TASTTT*)²⁶ da tebliğle belirlenmiştir.

B. KOBİ'lere Alacak Sigortası Sağlanmasında Kamu Yararı

1. KOBİ Kavramı

Genel olarak KOBİ kavramıyla mikro, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler kastedilmektedir. Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri Ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik ile de KOBİ kavramının “ *Küçük ve orta büyüklükte işletme (KOBİ), İkiyüzelli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı ya da mali bilançosu yirmibeş milyon Yeni Türk Lirasını aşmayan ve bu Yönetmelikte mikro işletme, küçük işletme ve orta büyüklükteki işletme olarak sınıflandırılan ve kısaca "KOBİ" olarak adlandırılan ekonomik birimleri (m. 4.b)*” ifade ettiği hükme bağlanmıştır²⁷.

²⁵ 24 Aralık 2018 Tarih Ve 30635 Sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Yönelik Ticari Alacak Sigortası Sunulmasını İçeren Devlet Destekli Sistemin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ'i için “*DDTAST*” kısaltması kullanılacaktır. Tebliğ metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181224-9.htm> (erişim tarihi: 11.9.2021)

²⁶ 24 Aralık 2018 Tarih ve 30635 Sayılı Küçük Ve Orta Ölçekli İşletmelere Yönelik Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Tarife ve Talimat Tebliğ'i için “*TASTTT*” kısaltması kullanılacaktır. Tebliğ metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181224-8.htm> (erişim tarihi: 11.9.2021)

²⁷ Ayrıca Yönetmelik'in 5. maddesiyle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler “(a) *Mikro işletme: On kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı ya da mali bilançosu bir milyon Yeni Türk Lirasını aşmayan çok küçük ölçekli işletmeler, b) Küçük işletme: Elli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı ya da mali bilançosu beş milyon Yeni Türk Lirasını aşmayan işletmeler, c) Orta büyüklükteki işletme: İkiyüzelli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı ya da mali bilançosu yirmibeş milyon Yeni Türk Lirasını aşmayan işletmeler*” olarak sınıflandırılmıştır . 19/10/2005 tarihli ve 2005/9617 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.20059617.pdf>, (erişim tarihi: 09.09.2021).

2. KOBİ'lerin Ekonomi Açısından Önemi

Dünya çapında işletmelerin %95'ini KOBİ'lerin oluşturduğu ve istihdamın yaklaşık % 60'ını KOBİ'lerin karşıladığı görülmektedir²⁸. Yine dünya genelinde KOBİ'ler, inovasyon, istihdam, büyüme, ekonomik çeşitliliğin ve dayanıklılığın sağlanmasında ülke ekonomileri için anahtar rolü oynamakta, bu nedenle desteklenmesi önem arz etmektedir²⁹. Ayrıca iflas ve sorunlu kredi yüzdesinin önemli bir kısmını KOBİ'lerin oluşturduğu ve AB çapında beş yıldan daha uzun süre ayakta kalabilen KOBİ oranının %50'den az olduğu anlaşılmaktadır³⁰. Bu hususların KOBİ'lerin krediye erişimini güçleştirilmesi nedeniyle devletler de ekonomik kamu düzeninin muhafazası için buna bir çözüm bulma arayışına girmiş bulunmaktadır³¹. Tüm bu hususlar ise KOBİ'lerin ekonomik kamu düzeni için önemini ortaya koymaktadır³². Bu anlamda KOBİ'lerin desteklenmesi aynı zamanda istihdamın, inovasyonun, büyümenin, ekonomik çeşitliliğin

²⁸ CHATTERJEE, Arup / WEHRHAHN, Rodolfo, **Insurance for Micro, Small, and Medium-Sized Enterprises**, Asian Development Bank (ADB) Briefs, No. 78, April 2017, s.1 ; Çin'de ise vergi gelirlerinin % 50, istihdamın %80 ve toplam ihracatın da %70 oranının KOBİ'ler tarafından karşılandığı, sağlıklı ve istikrarlı büyüme için KOBİ'lerin önemine dikkat çekilmektedir. REN, Ruilin / ZHU, Jianhua, "The Research on SMEs Loan Credit Insurance System of China", **Advances in Social Science, Education and Humanities Research**, 2018, Volume 246, 2018 (s.14-17), s.14; ABD'de teknoloji firmalarının % 25 ve toplam iş gelirinin % 12 oranının göçmen girişimcilere ait olduğu ifade edilmektedir. FAIRLIE, Robert W, **Immigrant Entrepreneurs and Small Business Owners, and their Access to Financial Capital**, SBA Advocacy, 2012, <https://www.sba.gov/sites/default/files/rs396tot.pdf>, (erişim tarihi: 07.09.2021), s.1.

²⁹ CHATTERJEE / WEHRHAHN, 2017, s.5; Çinli yazarlar, devlet destekli alacak sigortası sisteminin KOBİ'lere kredi kanallarını açması ve finansal baskılara karşı rahatlatması yanında, sigorta şirketlerinin iş kapsamını genişlettiği, banka varlıklarının teminatını geliştirdiği ve KOBİ'lerin de finansal kapasitesini de artırdığını ifade etmektedir. REN / ZHU, 2018, s.14.

³⁰ CHATTERJEE / WEHRHAHN, 2017, s.2.

³¹ Nitekim KOBİ'lerin ekonomi için önemini çok iyi idrak etmiş ve birçok KOBİ'sinin de dünya çapında çok değerli şirketlere dönüştüğünü tecrübe etmiş ABD'nin KOBİ'lerle ilgili düzenlemelerinin şu şekilde sıralanarak gelişim gösterdiği görülmektedir: (1) *Small Business Act (1958)*, (2) *US Small Business Act (Public Law 85-536 as amended)*, (3) *Small Business Investment Act (1958)*, (4) *The Equal Access to Justice Act*, (5) *Buy American Act*, (6) *Regulation Flexibility Act*, (7) *The Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act of 1996*.

³² Fransız öğretisinde ekonomik kamu düzeni ise iki kategori halinde analiz edilmektedir. Kamu yararı amacıyla devletin ekonomik ilişkileri yönettiği düzene yönlendirici ekonomik kamu düzeni olarak denilirken, ekonomik yönden eşit olmayan taraflar arasında zayıf olanı korumaya yönelik bir düzene de korumacı ekonomik kamu düzeni denildiği görülmektedir. ORER, Gürsel, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 1, Sayı: 6, s.367-368; Burada her iki anlamda da KOBİ'lerin ekonomik kamu düzeni açısından önem arz ettiğinin kabulü gerekmektedir.

ve dayanıklılığın desteklenmesi anlamına gelmekte, bu bağlamda ise öncelikle ticari alacak sigortasına erişimini sağlanarak krediye ve risk yönetimi hizmetlerine erişimlerinin kolaylaştırılması önem arz etmektedir³³.

3. KOBİ'lerin Ticari Alacak Sigortasına Erişiminde Devlet Desteğini Doğuran Nedenler

a. Gelişmekte Olan ve Az Gelişmiş Ülkelerde KOBİ'lerin Alacak Sigortasına Erişmekte Güçlük Çekmesi

Gelişmiş ülkelerde, devlet desteği olmaksızın ticari alacak sigortasına ulaşabilme imkânı mevcutken³⁴, az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeler için aynı şeyi söylemek çok kolay olmamaktadır. Kaldı ki primlerin ek yük olarak görülmesi, şüpheli alacakların (*forderungsausfälle/bad debts*) yaratacağı sonuçlarla ilgili farkındalık eksikliği, minimum yönetim standardının getirdiği ek idari prosedür, ihmal veya yanlış güven gibi nedenlerle AB çapında dahi KOBİ'ler için alacak sigortasının yaygınlaşmadığı ifade edilmektedir³⁵. Ayrıca İngiltere, Fransa³⁶ ve Belçika³⁷ gibi gelişmiş ülkelerin de devlet

³³ CHATTERJEE / WEHRHAHN, 2017, s.5; REN / ZHU, 2018, s.14.

³⁴ İngiliz hukukunda alacak sigortasının geçmişi oldukça eskidir. Alacak sigortasında risk paylaşımı yapılmakta, sigortalananın da açıklama (*disclosure duties*) ve azami iyiniyet yükümlülüğü bulunmaktadır. HERRMANN, Harald, **British Insurance Law – Preparatory Script 9/14**. <https://paperzz.com/doc/8613300/british-insurance-law-%E2%80%93-preparatory-script-9-14>, (erişim tarihi: 22.09.2021), s. 88; Ayrıca sigortaya konu alacakların bildirmekte (*announcement of unperformed claims*) ve belirli borçluların finansal zorluklarıyla ilgili açıklama yükümlülüğü ilişkin boşluksuz bir liste (*gapless listing of credits*) vermesi gerekmektedir. Sigortacı da buna göre sigorta limitini ve primini belirlemekte, bu anlamda bildirim ve listeleme önem arz etmektedir. HERRMANN, (British Insurance Law), s. 89; Kaldı ki ciddi geçmişe ve birikime rağmen İngiliz hükümeti de pandemi döneminde KOBİ'ler için reasürans sağlamak suretiyle destekleme kararını almıştır. https://consult.defra.gov.uk/flooding/floodreinsurancescheme/supporting_documents/Consultation%20on%20Flood%20Re%20Regulations.pdf (erişim tarihi: 28.9.2021).

³⁵ RIESTRA, 2003, s.36.

³⁶ State Aid SA.56903 (2020/N) – France COVID-19: State guarantee for the reinsurance cover of domestic trade credit insurance risks. Metin için bkz. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202018/285465_2151797_23_2.pdf, (erişim tarihi: 19.09.2021).

³⁷ State Aid SA.57188(2020/N) – Belgium COVID 19: Reinsurance of short-term credit and surety risks. Metin için bkz. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202022/285976_2159018_39_2.pdf (erişim tarihi: 19.09.2021).

destekli alacak sigortası ile KOBİ'lerini pandemi döneminde korumaya ve desteklemeye çalıştığı görülmektedir³⁸.

b. Risk Devrinin En Çok Ticari Alacak Sigortasında Olmasının Primleri Yükseltmesi

Başlangıçta ticari alacak sigortası alanında faaliyet gösteren şirketlerin başarısız olmasında ve ticari alacak sigortası alanında faaliyet gösteren Alman şirketlerinin de bizatihi kendilerinin iflasa konu olmalarında da yüksek risk devri etkili olmuş bulunmaktadır³⁹. Nitekim sigorta sektöründe, reasürörlere risk devri, en çok ticari alacak sigortasında olmaktadır. Bu durum ise primleri yükselttiğinden, KOBİ'lerin alacak sigortasına erişimi için devletin doğrudan reasürans sağlayarak veya kamu-özel sektör iş birliği modeliyle müdahalesine muhtaç olabilmektedir⁴⁰. KOBİ'ler için devlet desteği ise sigorta şirketlerini cesaretlendirmekte ve primlerin düşmesini de sağlayabilmektedir.

c. Tedarik Zincirinin Korunması ve Güven İçinde Ticaretin Sürdürülmesinde Ticari Alacak Sigortasının Fonksiyonu

Ticari yaşamda, peşin satışlar harici her bir satış, alacağın tahsil edilememe riskini de beraberinde getirmektedir. Ancak fiyat kadar, vade de rekabette belirleyici

³⁸ Esasında gelişmiş ülkelerin KOBİ'lere bir bütün olarak yaklaştığı, KOBİ'lere yönelik desteğinin çok eski dönemlere dayandığı ve buna ilişkin yasal düzenlemeye gittikleri görülmektedir. Ticari başarılarında da bu bütünlüklü bakış açısının ve bu doğrultuda yapılan düzenlemelerin rolü gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin, II. Dünya Savaşı'ndan çıkan Japonya, 1950 tarihinde KOBİ'leri destekleyen kanunu (*Küçük ve Orta Ölçekli İşletme Kredi Sigortası Yasası*) çıkarmıştır. Bu kanun, Japon alacak sigortası sistemini yaratan ilk kanundur. Sonrasında kanunu birçok düzenleme takip etmiştir. YAMORI, Nobuyoshi, **Japanese SMEs and the Credit Guarantee System After the Global Financial Crisis**, Cobe 2014 <https://www.rieb.kobe-u.ac.jp/academic/ra/dp/English/DP2014-26.pdf>, (erişim tarihi: 07.10.2021), s.14; 2017 yılına gelindiğinde ise Japonya, "*Küçük ve Orta Ölçekli İşletme Kredi Sigortası Yasasının İyileştirilmesi ve Gelişmeleri Teşvik Etmek İçin Kısmi Revizyonu*" kabul etti. YAMORI, Nobuyoshi, "The 2017 Reform of Japan's Credit Guarantee System and New Functions of Credit Guarantee Corporations", **Roles of Financial Institutions and Credit Guarantees in Regional Revitalization in Japan** (Nobuyoshi Yamori / Yoshihiro Asai / Masao Ojima/Kei Tomimura/ Koji Yoneda:), Kobe University Social Science Research Series 2019, Springer, Kobe 2019, s.43.

³⁹ Almanya'da da likidite ve kar nedeniyle birçok rakip firma pazardan çıktığından, bir nevi Hermes'e monopol verilmiştir. Ancak sigorta şirketleri ile bankacılığın ayrılamaması, sigortalı ile ilgili bilgi ve değerlendirmelerde yetersizlik de başarısızlıkta rol oynamıştır. HORSCH / RATHMANN, **2012**, s.60

⁴⁰ Nihayetinde reasüransta, sigortacının üstlendiği risklerin anlaşmayla kısmen veya tamamen reasüröre devri söz konusu olduğundan, sigorta şirketleri için riski dağıtma ve devretme aracıdır. KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan, **Sigorta Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Umuttepe Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.18; ATABEK, Reşat, **Reasürans Hukuku**, Banka ve Ticaret Enstitüsü, Ankara,1974, s.4; RIESTRA, **2003**, s.48.

olabilmekte, satışları artırmak isteyen KOBİ'lerin vadeli satış yapabilmeleri de kendi tedarikçilerinin vade vermelerine bağlı bulunmakta ve bu ise zincirleme bir halka oluşturabilmektedir⁴¹. Bir başka deyişle büyümek isteyen firmalar, müşteri portföyünü artırabilmek için esnek ödeme ve veresiye satış seçeneği sunması gerekebilmekte, buna ilişkin sürdürülebilir bir yöntem geliştirilemediği takdirde de iflas ile yüz yüze gelebilmektedir⁴². Peşin satış seçeneği ise işletmelerin küçülmesine veya iyimser bir ihtimalle mevcut müşteri portföyüyle devam etmesine neden olmaktadır. Bu durum ise işletmeleri peşin satış ile veresiye satış seçeneği arasında sıkışmasına yol açmakta, tedarik zincirindeki halkalarda kopma da zincirleme etki yaratabilmektedir.

Devlet destekli ticari alacak sigortası ise bir zincirin halkaları gibi birbirine bağlı olan KOBİ'lerin vadeli satışlarından doğan alacaklarını tahsil edip etmeyeceği hususundaki tereddütleri ortadan kaldırmaktadır. Böylelikle de KOBİ'lerin ihtiyaç duyduğu güveni ve öngörülebilirliği sağlamakta, endüstriyi bir arada tutan gizli yapıştırıcı (*the invisible glue that holds industries together*) fonksiyonunu ifa etmektedir⁴³. Nitekim gelişmiş ülkelerin de tedarik zincirini ve KOBİ'lerini korumak için devlet destekli ticari alacak sigortası seçeneğini kullandıkları görülmektedir

d. Ticari Alacak Sigortasının Kötü Borçlara Teminat Sağlamanın Yanında, KOBİ'lerin Kurumsallaşmasına Katkı Sağlayacak Hizmetleri de Vermesi

Günümüzde alacak sigortası şirketleri, kötü borçlara karşı teminat sağlamamakta, birçok hizmet de sunmaktadır. Bu hizmetler ise kredi yönetimi, müşterilere kredi bilgileri sağlama, potansiyel alıcılar için kredi limitlerini belirleme ve sigortalının kredi riskinin

⁴¹ RIESTRA, 2003, s.1; İngiltere'de toplam satış işlemlerinin % 80'ini kredili/veresiye satışlar oluşturmakta, bu da toplam işletme varlıklarının % 37 gibi bir oranını oluşturmaktadır. PAUL, Salima Y. / BODEN, Rebecca, **Getting paid: lessons for and from SMEs**, ACCA (the Association of Chartered Certified Accountants), London 2012, <https://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/small-business/pol-tp-gp.pdf> (erişim tarihi: 07.09.2021), s.5.

⁴² Ekonomik büyümenin ve istihdamın motoru olan KOBİ'ler, geç ödemeye veya hiç ödememeye karşı kırılgan olmaları nedeniyle ülke ekonomileri için desteklenmelerinin önem arz ettiği ifade edilmektedir. PAUL / BODEN, (**Getting paid: lessons for and from SMEs**) , s.5.

⁴³ İngiliz hükümetinin resmi sayfasında da bu ifadenin yer aldığı görülmektedir. https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/coronavirus/Coronavirus-Trade-Credit_Insurance-Extended-Government-Support-UK_, (erişim tarihi: 09.10.2021).

sürekli takibini yapmak gibi çok geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır⁴⁴. Nitekim küçük firmaların risk yönetiminde yetersiz oldukları ve risk yönetimini ihmal edip tahsilata ağırlık verdikleri dikkate alındığında, risk yönetiminin her bir aşamasını içerecek şekilde hizmet sunan sigorta şirketleri, KOBİ'lerin bu ihtiyacını dışarıdan tamamlayabilmektedir⁴⁵. Kaldı ki beş yıldan daha uzun süre ayakta kalma oranının AB çapında dahi %50'nin altında kaldığı göz önüne alındığında, ticari alacak sigortasının KOBİ'lerin kurumsallaşmalarında ve ayakta kalmalarındaki katkısının hafife alınmaması gerekmektedir.

e. KOBİ'lerin Ticari Alacak Sigortasıyla Krediyeye Erişiminin Kolaylaşması

KOBİ'ler, alacaklarını, tahsil edileceğini düşündüklerinden, gelir olarak değerlendirme eğilimindedir. Ancak bankalar, bu alacakları, tahsili şüpheli alacak olarak değerlendirebilmekte ve kredi vermekte de pek hevesli olmayabilmektedir. Bu farklı değerlendirmeler karşısında ise ticari alacak sigortası, bankalar için söz konusu şüpheyi ortadan kaldırmakta ve KOBİ'lerin krediyeye erişimde anahtar rol oynamaktadır⁴⁶. Örneğin, İngiltere'de, ticari alacak sigortası poliçelerinin dörtte biri kredi almak için teminat olarak kullanılmakta ve bankalar da bu poliçeleri teminat olarak kabul etmektedir⁴⁷. Bu anlamda ticari alacak sigortası, sıradan bir sigortadan çok daha fazlasını ifade etmektedir. Nitekim AB Komisyonu da 2001 tarihli bir çalışma belgesinde, yeni pazarlar keşfetmek isteyen ve ürün yelpazesini genişletmek isteyen KOBİ'ler için, alacak sigortasının, finansmana erişimindeki önemini ortaya koymuştur⁴⁸.

⁴⁴ RIESTRA, 2003, s.2.

⁴⁵ Sigorta şirketleri, sigortalının müşterilerinin kredibilitesini sürekli izlemekte, kredilendirme zincirinin birçok halkasında bulunmakta ve alacak hesaplamadan tahsilata kadar geniş bir hizmet yelpazesi sunmaktadır. Böylelikle KOBİ'lerin ihtiyaç duyduğu hizmeti dışarıdan karşılayabilecektir. RIESTRA, 2003, s.8.

⁴⁶ RIESTRA, 2003, s.12; KOBİ'lerin krediyeye erişiminin kolaylaşması ise cirolarını ve kar oranlarını artırmakta, ölçeklerinin büyümesini ve markalaşmasını güçlendirmekte, kredi yönetim sistemini geliştirmekte, finansal kuruluşlar arasında işbirliğinin ve zamanında yasal müdahalenin yapılabilmesine imkan sağlamaktadır. REN / ZHU, 2018, s.17.

⁴⁷ RIESTRA, 2003, s.12.

⁴⁸ RIESTRA, 2003, s.1.

f. Ülke Ekonomileri İçin KOBİ'lerin Korunması ve Desteklenmesi Zarureti

Dünya genelinde işletmelerin %95'ini oluşturması ve istihdamın da %60'ını sağlaması yanında; inovasyonda, büyümede, ekonomik çeşitliliğin ve dayanıklılığın sağlanmasında ki anahtar rolü nedeniyle, KOBİ'lerin desteklenmesi zaruret teşkil etmektedir. Oysa ağırlıklı olarak gelişmiş ülkeler dışındaki ülkelerin, çok geniş bir risk yelpazesıyla karşı karşıya kalan ve ekonomi için hayati önemde olan KOBİ'leri ihmal ettikleri görülmektedir⁴⁹. Bu ihmalin az gelişmiş veya gelişmekte olan ülke statüsünde kalınmasındaki etkisi göz ardı edilmemelidir.

IV. KOBİLER İÇİN GETİRİLEN DEVLET DESTEKLİ ALACAK SİGORTASI SİSTEMİNİN OLUŞTURULMASI VE YÜRÜTÜLMESİ

A. Sistemin Oluşturulması ve Yürütülmesinde Görevli Kurum: Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi

1. Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi'nin Kurulması

5684 sayılı Kanun'un 33/A maddesi çerçevesinde sistemin oluşturulması ve yürütülmesi için Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi görevlendirilmiştir. İngiltere'de ise "İş, Enerji ve Sanayi Strateji Departmanı (Department for Business, Energy and Industrial Strategy)" pandemi döneminde KOBİ'lere yönelik ticari alacak sigortası için reasürans sistemini yürüten kurumdur⁵⁰.

2. Merkezin Görev ve Sorumlulukları

a. Sistem Merkez Tarafından Oluşturulmakta ve Yürütülmektedir

Sistemin yönetimine ve işleyişine ilişkin bütün iş ve işlemler Merkez tarafından yürütülür. Merkez, sistemin etkin bir biçimde çalışmasını temin, gerekli tedbirleri almak ve sisteme ilişkin yazışma ve belgeleri uygun bir şekilde muhafaza etmekle yükümlüdür (DDTAST m. 5.1). Sistemin işletme giderleri de Merkez'e devredilen primler ile bunların yatırım gelirlerinden karşılanmaktadır (DDTAST m. 12)⁵¹.

⁴⁹ CHATTERJEE / WEHRHAHN, 2017 , s.3.

⁵⁰ 2021 Trade Credit Reinsurance Scheme, publishing.service.gov.uk, (21.9.2021, 01.20).

⁵¹ Tebliğ'in sistem giderlerinin karşılanması ve sene sonu işlemlerine ilişkin 12. maddesinin metni şu şekildedir; "(1) Sistemin işletilmesi amacıyla kurulan sistemsal altyapının yatırım ve bakım maliyeti,

b. Merkeze Devredilen Primlerin Takibi ve Değerlendirilmesi

aa. Primlerin Merkeze Devri

Sisteme katılan sigorta şirketleri, poliçelerin tanzimini takip eden ayın beşine kadar o ay içinde düzenledikleri poliçe ve zeyillere ait fesih ve iptaller düşüldükten sonra kalan prim tutarını Merkez'e bildirmekte, giderler ve belirlenen komisyonlar düşüldükten sonra da her ayın on beşine kadar ilgili sigorta şirketince Merkez'de devredilmekte, bildirilen primler ile sistem kayıtları arasında fark olması halinde de sistem kayıtları esas alınmaktadır (DDTAST m. 9.1).

Primler, sigorta şirketlerince tahsil etmektedir. Tahsil edilecek prim hesabında ise ticari alacak sigortası talebinde bulunan işletmenin son mali yılda vadeli satışlardan elde ettiği cirosu esas alınmaktadır. Net prim ve azami teminat tutarı, vadeli satışlardan elde edilen ciro esas alınmak suretiyle hesaplanmaktadır (TASTTT m.5).

bb. Primlerin Özel ve Ayrı Kayıtlarla Takip Edilerek Muhasebeleştirilmesi

Sistem kapsamında, ilgili sigorta şirketlerince Merkez'e devredilen primler ile bunların yatırım gelirleri ve sistemin yönetilmesi kapsamında yapılan giderler Merkez tarafından özel ve ayrı kayıtlarda takip edilir ve muhasebeleştirilir (DDTAST m. 5.2).

cc. Devredilen Primlerle Oluşan Fonu Yönetecek Kuruluşun Belirlenmesi

Merkez, sistem kapsamında, ilgili sigorta şirketlerince devredilen primler sonucu oluşacak fonu yönetmek üzere, Bakanlığın uygun görüşü alınarak belirlenen bir kuruluşu görevlendirmekte, fonun aktarımına ve yönetimine ilişkin usul ve esaslar Merkez ile

Sisteme ilişkin risk değerlendirmesi ve reasürans giderleri, Sistemin yönetilmesi çerçevesinde Merkez tarafından yapılan harcamalar ve diğer giderler Merkeze devredilen primler ile bunların yatırım gelirlerinden tarife ve talimatla belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde karşılanır. Gerek duyulması halinde, söz konusu giderlerin, karşılanacağı diğer kaynaklar Bakanlığın uygun görüşü ile belirlenir. (2) Sene sonu mahsuplaşmasına ilişkin hesaplamalar sigortalama yılı esasına göre her muhasebe yılı sonunda yapılır. (3)Merkezin operasyonel faaliyetleri neticesinde oluşan bakiye Sisteme katılan sigorta şirketleri arasında Sistem kapsamında ürettikleri primlerden aldıkları paylar dikkate alınarak paylaşılır”.

görevlendirilen kuruluş arasında yapılacak protokol ile belirlenmektedir (DDTAST m. 5.2).

c. Bakanlığa Bilgi Verme

Merkez faaliyetlerini mali yılı takip eden Nisan ayı sonuna kadar, her üç ayda bir de sisteme ilişkin ayrıntılı harcama ve gelişimini de bilgilendirmek için rapor şeklinde sunması gerekmektedir (DDTAST m. 5.3).

B. Sistemin İşleyişi

1. Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortasının Kapsamı

Yurt dışında yerleşik kişilere yapılan satışlardan doğan alacakların tahsil edilememe riski için ihracat kredi sigortasıyla teminat sağlanmaktadır. Buna karşın KOBİ'lere yönelik ticari alacak sigortası sunulmasını içeren devlet destekli sistemde ise KOBİ'lerin yalnızca yurt içi satışlarından doğan alacaklarının tahsil edilememe riski için teminat sağlanmaktadır (DDTAST m. 4.3). Devlet desteği de üstlenilen riskler için sigorta teminatı elde edilemeyen hallerde sağlanmaktadır. Bu anlamda sistem kapsamında üstlenilen risklerin, ulusal ve uluslararası sigortacılık piyasası, sermaye piyasası ve benzeri piyasalardan koruma temin edilemeyen kısmı, uygun bir bedel karşılığında Devlet tarafından taahhüt edilir. İlgili yılda sağlanacak Devlet reasürans desteğine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile belirlenmektedir (DDTAST m. 11).

Öte yandan ticari alacak sigortası, alacağının tamamını veya bir kısmını kapsayabilmekte ancak herhangi bir kusur şartına bağlanmaksızın muafiyet (risk allocation) yaygın olarak uygulanmaktadır⁵². Böylece ahlaki riskin önlenmesi için meydana gelen zararın bir kısmı, sigortacı tarafından tazmin edilmeyerek sigortalı üstünde bırakılmaktadır. Tebliğ ile de teminat oranları ilgili alıcının skoruna göre %70 ile %90 arasında belirlenmekte, sigorta dönemi içerisinde meydana gelen 2.500 TL'nin altında kalan zararların da sigortalı tarafından ödenmesi öngörülmektedir (TASTTT m.8). Dünya uygulamasında da genellikle riskin %70- % 90 oranlık kısmını karşılayacak şekilde poliçelerin düzenlendiği görülmekte, çok daha büyük kar marjlarıyla çalışılmadığı

⁵² MERKIN, Rob / STEELE Jenny: **Insurance And The Law Of Obligations**, Oxford University Press, Oxford, 2013, s.174.

göz önüne alındığında ise bu oranın kötüye kullanımı önlemeye hizmet edeceği ve riskin uygun şekilde yönetilmesini sürdürülebilir kılacağı düşünülmektedir⁵³. Kaldı ki bu sistemde kötüye kullanımın önlenmesinde zarara duyarlı prim (*loss-sensitive premiums*), azami iyiniyet (*the duty of utmost good faith*), risk yönetimi hizmeti (*risk management service*) ve sigortalıya dönük dolaylı düzenlemeler (*indirect regulation of insureds*) önemli rol oynamaktadır⁵⁴. Getirilen sistemle de alınan puanın prim miktarını etkileyeceği, risk yönetimi hizmeti verileceği ve poliçe metnine varıncaya değin de birçok düzenlemenin Merkez tarafından yapılacağı öngörülmüş bulunmaktadır.

2.Sigorta Şirketlerinin Sisteme Dahil Edilmesi

a. Sigorta Şirketlerinin Protokolle Sisteme Dahil Edilmesi

Sağlıklı bir şekilde sistemin işleyebilmesi için sigorta şirketlerinin de sisteme dahil edilmesi önem arz etmektedir. Dünya çapında sigorta şirketlerinin sisteme dahil edilmesi ise aynı zamanda ciddi bir tecrübenin ve birikimin de sisteme aktarılması anlamına gelecektir. Ayrıca ticari alacak sigortası alanında faaliyet gösteren şirketlerin hizmet yelpazesinin geniş olduğu, bu hizmetlerin KOBİ'lerin kurumsallaşmasına katkı sağladığı ve ihtiyaç duydukları hizmetleri karşıladıkları göz önüne alındığında, sistemin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve Türk KOBİ'leri için de istenilen katkının elde edilmesi açısından önem arz etmektedir. Nitekim İngiltere'de, dünya çapında çok önemli sigorta şirketlerinin sisteme dahil edildikleri görülmektedir⁵⁵.

⁵³ RIESTRA, (**Credit Insurance**), s.3; Alacak sigortalarında genellikle sigortalı için belirlenen muafiyet oranının % 25 olarak kararlaştırıldığı ifade edilmektedir. bkz. HALEM, **1964**, s. 38; Ayrıca sigorta teminatı kapsamının da işletmenin tüm cirosu (*whole turnover*), tek veya belirli müşterileri, aşkın zararları (*excess of loss*) veya olağanüstü hallerde doğacak zararları (*catastrophe cover*) gibi çeşitli şekillerde belirlendiği görülmektedir. Zararın tazmini de riske bağlı (*risks attaching*) veya talebin doğduğu (*claims arising*) ana göre ya da başka şekilde belirlenebilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. POWELL, **2004**, ss.279-286.

⁵⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. HE, Qihao, "Regulation by Government-Sponsored Reinsurance in Catastrophe Management", **Connecticut Insurance Law Journal**, Spring 2017, Volume 23, Number 2, s. 300-304; Yukarıda da ifade edildiği üzere İngiliz hukukunda da risk paylaşımının uygulandığı, açıklama, azami iyiniyet, sigortaya konu alacakların bildirme ve belirli borçlunun finansal zorluklarıyla ilgili açıklama yükümlülüğüne ilişkin boşluksuz bir liste verme yükümlülüğü bulunmaktadır. HERRMANN, (**British Insurance Law**), ss. 88-89.

⁵⁵ İngiltere örneğinde American International Group UK Limited, Atradius UK, Coface UK Branch, Credendo – short-term non-EU risks, Euler Hermes UK, a branch of Euler Hermes SA (NV), Markel International Insurance Company Limited, Nexus Trade Credit, QBE UK Limited and QBE Europe SA/NV, Zurich Insurance plc gibi şirketlerin sisteme dahil edildiği görülmektedir.

Tebliğ ile sisteme katılmak isteyen yerli veya yabancı sigorta şirketleri, Özel Riskler Yönetim Merkezi ile yapacakları protokolle sisteme dahil olmaktadır. Yapılan protokolde ise sigorta şirketlerinin ve aracılarının uyması gereken esaslar da öngörülmektedir. Sigorta sağlanacak KOBİ'lere ilişkin kriterler, tarife ve talimatla belirlenmektedir. Risk değerlendirmesi ise Merkez tarafından yapılmaktadır. (DDTAST m. 4.2).

b. Sigorta Ettirene Merkezin Belirlediği Sigorta Poliçesinin Verilmesi

Protokolle genel esasların belirlenmesiyle yetinilmediği görülmektedir. Nitekim sigorta sözleşmesine ilişkin bilgilendirmenin içeriğinin ve şeklinin Merkez tarafından belirlenmesi (DDTAST m. 7.1), sigorta ettirene de bu poliçelerin verilmesi öngörülmüştür (DDTAST m. 7.2). Yine alacak sigortası satışı konusunda yetkilendirilecek teknik personelin sistemin işleyişine yönelik olarak SEGEM tarafından verilen eğitimlere katılması zorunlu tutulmuştur (DDTAST m. 7.3)⁵⁶.

c. Devlet ile Sistem Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Devlet destekli ticari alacak sigortası sistemi, devletin reasürans sağlaması şeklinde oluşturulmakta (DDTAST m. 11) ve dünya uygulaması da bu yönde bulunmaktadır. Reasürans ise bir nevi sigorta şirketlerinin sigortası olarak tarif edilmekte ve reasürans sözleşmesiyle de sigorta şirketleri, riski reasürans şirketlerine devrederek (*transfer of risk*) koruma sağlamaktadır⁵⁷. Ayrıca reasürans⁵⁸, trete reasüransı (*treaty reinsurance*) ve

<https://www.gov.uk/government/publications/trade-credit-reinsurance-scheme>, (erişim tarihi: 01.01.2021).

⁵⁶ Sigorta sözleşmesine ilişkin hükümleri düzenleyen Tebliğ'in 7 maddesi metni ise şu şekildedir: "(1) Alacak sigortası 28/10/2007 tarihli ve 26684 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik kapsamında değerlendirilmez. Sigorta sözleşmesine ilişkin olarak yapılacak bilgilendirmenin şekli ve içeriği Merkez tarafından belirlenir. (2) Sigorta şirketi, sigorta ettirene, içeriği ve formatı Merkez tarafından belirlenen sigorta poliçesini vermek zorundadır. (3) Alacak sigortası satışı konusunda yetkilendirilecek teknik personelin, alacak sigortası ile sistemin işleyişine yönelik olarak SEGEM tarafından yapılacak eğitimlere katılması zorunludur".

⁵⁷ HE, 2017, s.293.

⁵⁸ HE, 2017, s.293; Reasürans sözleşmeleriyle sigorta şirketleri, sigorta ettikleri menfaatleri bir başka sigortacıya tekrar sigorta ettirmektedir. KAYIHAN/ GÜNERGÖK 2020, s.18; ÜNAN, haklı olarak, reasüransın sözleşmesel borçlara karşı sigorta güvencesi elde edilmesi hasebiyle zarar sigortalardan pasif sigortası niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt.1: Genel Hükümler**, Onikilevha, İstanbul 2016, s.44.

isteğe bağlı (*fakültatif/ihtiyari*) reasürans olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır. Trete reasüransı ise taraf olunan sigorta sözleşmelerinin tamamı için önceden belirlenen koşullar çerçevesinde, belirli ölçüde reasürans güvencesi sağlamayı hedef tutan genel bir reasürans anlaşmasını ifade etmektedir⁵⁹. Getirilen sistemde ise protokolle sigorta sözleşmelerinin önceden belirlendiği, sigorta şirketlerinin de sigorta ettirene belirlenen poliçeyi verme zorunluluğu bulunduğu ve üstlenilen risklerin koruma temin edilemeyen kısmının devlet tarafından karşılanacağına taahhüt edildiği görülmektedir. Bu anlamda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin trete reasüransına vücut verdiği söylenebilir.

3. Risk Yönetimi

a. İşlemlerin Yönetileceği Sistemsel Altyapı (Veri Tabanı) Oluşturulması

Sistemin işlemesi ciddi bir risk araştırmasını ve yönetimini gerektirmekte, bunun için de her şeyden önce bilgiye erişimin mümkün olması, kamu kurumlarıyla finansal kuruluşlar arasında bilgi paylaşımının hızlı ve en az maliyetle sağlanması gerekmektedir⁶⁰. Sağlıklı bir risk yönetimi için bu koşulların sağlanması elzemdir. Bunun için de en temelde bir veri tabanına ihtiyaç duyulacak, işlemler ve eşgüdüm bu veri tabanıyla kolaylıkla sağlanabilecektir.

Nitekim Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi nezdinde Merkezin kullanımına tahsis edilmek üzere, sistem kapsamında yürütülecek olan; poliçe başvurusu, otomatik ve manuel değerlendirme, teklif oluşturulması, poliçe düzenlenmesi, hasar ihbarı ve raporlama gibi işlemlerin yönetileceği sistemsel altyapı oluşturulması öngörülmüştür⁶¹.

⁵⁹ ÜNAN, reasürörlerin ikiye ayrıldığını, Alp çevresi reasürörlerinin daha çok trete reasüransı verdiğini, isteğe bağlı reasürörlerinin ise daha çok deniz çevresi reasürörleri olduğunu ve bu bağlamda hizmet verdiğini ifade etmektedir. ÜNAN, 2016, (Genel Hükümler), s.44.

⁶⁰ REN / ZHU, 2018, s.17.

⁶¹ Veri tabanı ve raporlamaya ilişkin hükümleri düzenleyen Tebliğ'in 6. maddesi metni ise şu şekildedir: "(1) SBM nezdinde Merkezin kullanımına tahsis edilmek üzere, Sistem kapsamında yürütülecek olan; poliçe başvurusu, otomatik ve manuel değerlendirme, teklif oluşturulması, poliçe düzenlenmesi, hasar ihbarı ve raporlama gibi işlemlerin yönetileceği sistemsel altyapı oluşturulur. Sistemsel altyapının oluşturulmasında ve işletilmesinde dışarıdan hizmet satın alma yoluna veya diğer kurumlarla iş birliklerine gidilebilir. (2) Veri tabanındaki bilgilere erişim hakkı bulunanlar ve teknik personel, genel nitelikli bilgiler ile kamuoyuna açıklanmasında sakınca görülmeyenler haricindeki bilgileri başkalarına veremez ve açıklayamaz".

b. Bilgi Güvenliğinin Sağlanması

İşlemlerin veri tabanı üzerinden yapılacağı ve kişilerle ilgili verilerin burada tutulacağı göz önüne alındığında, bilgi güvenliğinin sağlanması önem arz etmektedir. Bu anlamda sistem kapsamındaki bilgilerin sistem dışında kullanılması ve Bakanlığın izni olmaksızın üçüncü kişilerle paylaşımı yasaklanmış, bu çerçevede çalışacak kişi ve kuruluşlarla da gizlilik anlaşması imzalanması öngörülmüştür⁶².

c. Risk Değerlendirme Hizmeti Verilmesi

Ticari alacak sigortası poliçelerine ilişkin risk değerlendirme kriterleri, Merkez tarafından belirlenmektedir. Risk değerlendirmesinde ise sigorta talebinde bulunan işletmenin vadeli satışlardan elde ettiği cirosunun en az %50'sini oluşturan ve ciro büyüklüğüne göre büyükten küçüğe doğru sıralanan alıcıları dikkate alınmaktadır. Risk değerlendirmesi sonucunda ise bu alıcılardan her birine “1 (en düşük riskli)” ile “6 (en yüksek riskli)” arasında skor verilmesi söz konusudur (TASTTT m.6).

Risk değerlendirilmesi talebi, sisteme katılan sigorta şirketleri veya aracılarının yetkilendirdiği kişiler tarafından yapılmaktadır. Risk değerlendirme neticesinde ise poliçe teklifi otomatik olarak oluşturulabilmektedir. Otomatik poliçe teklifinin yetersiz olması halinde ise manuel değerlendirme için gerekli bilgiler talep edilir ve güncellenen ek bilgilerle nihai değerlendirme Merkez tarafından yapılır. Böylece alacak sigortası poliçeleri sigorta şirketi veya aracılardan yetkilendirdiği kullanıcılar tarafından SBM'nin sunduğu sistem üzerinden düzenlenebilmektedir. Risk değerlendirme sürecinde ortaya çıkan sorgulama ücreti de poliçe talebinde bulunan KOBİ'lerden tahsil edilmektedir (DDTAST m. 8).

⁶² Bilgi güvenliğini düzenleyen Tebliğ'in 13.maddesi metni ise şu şekildedir: “(1) Merkez ve SBM, Sistem dolayısıyla haiz oldukları bilgi ve belgeleri Sistem kapsamındaki görev ve sorumlulukları dışında kullanamaz, Bakanlığın izni olmaksızın üçüncü şahıslarla paylaşamaz ve yayımlayamaz. Bu çerçevede, Merkez ve SBM tarafından Sistem işlerinde çalıştırılacak personelle gizlilik sözleşmesi imzalanır. (2) Birinci fıkradaki hükümler, Merkeze; danışmanlık, bilişim, donanım, ağ hizmetleri ve çağrı merkezi gibi hizmetleri sağlayan kuruluşları da kapsar. Bu hizmetleri sağlayan kuruluşlarla da gizlilik sözleşmesi imzalanır”.

4. Ticari Alacak Sigortasının Teminat Olarak Kullanılmasının Sağlanması

Ticari alacak sigortasının varlığı, KOBİ alacaklarının tahsiline ilişkin bankaların şüphelerini ortadan kaldırdığından, KOBİ'lerin krediye erişimini oldukça kolaylaştırmaktadır⁶³. Nitekim İngiltere'de, bankaların, ticari alacak sigortası poliçelerini teminat olarak kabul ettiği ve ticari alacak sigortası poliçelerinin dörtte birinin de krediler için teminat olarak kullanıldığı görülmektedir⁶⁴. Tebliğ'in 14. maddesiyle de kredi kuruluşlarına, dain-i mürtehin (rehinli alacak) şerhi bulunan poliçeleri elektronik ortamda izleyebilmeleri için SBM nezdinde bir alt yapı kurulması kararlaştırılmıştır.

Dain-i mürtehin (rehinli alacak) şerhi bulunan poliçelerde⁶⁵; sigorta sözleşmesinin herhangi bir nedenle feshedilmesi, iptali, teminat içeriklerinin veya kredi limitlerinin değiştirilmesi gibi durumların dain-i mürtehin (rehin alacaklısı) sıfatını haiz kredi kuruluşu tarafından elektronik ortamda izlenmesine yönelik gerekli altyapı Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi (SBM) nezdinde kurulur (DDTAST m. 14). Ancak risk değerlendirmesi sonucunda skoru 6 olan alıcılara alacak sigortası kapsamında kredi limiti sağlanamayacağını hatırlatmakta fayda vardır (TASTTT m. 6.1).

⁶³ MERKIN / STEELE, 2013, s.174.

⁶⁴ RIESTRA, 2013, s.12.

⁶⁵ Dain alacaklı, mürtehin ise rehin alan anlamına geldiğinden, dain-i mürtehin de rehinli alacaklı kavramına karşılık gelmektedir. Uygulamada poliçede dain-i mürtehin kaydının olması halinde sigorta tazminatı üzerinde dain-i mürtehinin hak sahibi olarak kabul edildiği, ödemenin de ona yapıldığı ve onun açık muvafakati olmadığı sürece sigorta ettirene ödeme yapılmaması haklı olarak eleştirilmektedir. Bu bağlamda ÜNAN, sigorta konusu eşya üzerinde rehin hakkının ancak yasanın öngördüğü şekilde yapılabileceği ve bir alacak rehni olması nedeniyle sigorta alacağı rehni de alacaklının yazılı işlemi gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu nedenle dain-i mürtehin (rehin alacaklısı) kaydı ile medeni hukukumuzda olmayan bir rehmin oluşturulamayacağı, bu tür kayıtların kurucu bir nitelik taşıyamayacağından açıklayıcı nitelikte olabileceği, bu yöndeki uygulamanın da değiştirilmesi gerektiğini haklı olarak ortaya koymaktadır. ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt II: Zarar Sigortaları**, Onikilevha, İstanbul 2016, s.57-58; Aynı yönde görüş için bkz. KAYIHAN/ GÜNERGÖK, 2020, s.127.

5. Zararın Tazmini ve Hasar Yönetimi

Zarar, Merkez tarafından karşılanmaktadır. Hasar yönetimi Merkez tarafından yürütüleceği gibi dışarıdan hizmet alınması da mümkündür. Ancak tahsilatın mümkün olmadığı tespit edilmesi veya yasal giderlerin alacak tutarından fazla olması durumlarında, hasar dosyası Merkez tarafından kapatılabilmektedir. Merkezin ve sigortalıların yasal giderlere katılımına ilişkin hususlar özel şartlarda belirtilmekte, hukuki masrafların tespitinde de TBB Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi dikkate alınmaktadır (DDTAST m. 10).

SONUÇ

KOBİ'ler, dünya çapında işletmelerin %95'ini oluşturmakta ve istihdamın da yaklaşık %60'ını sağlamaktadır. Bunların yanında inovasyonun, büyümenin, ekonomik çeşitliliğin ve dayanıklılığın sağlanmasında da KOBİ'ler, ülke ekonomileri için anahtar rol oynamaktadır. Bu özellikleri ise KOBİ'leri ekonomiler için vazgeçilmez kılmakta, desteklenmeleri ve korunmaları da büyük önem arz etmektedir. Tebliğ ile KOBİ'lerin devlet desteğiyle alacak sigortasına ve krediye erişimin sağlanmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu adımın Türkiye için, ticari alacak sigortası şirketlerinin faaliyetlerine 19. yüzyılda başladığı göz önüne alındığında, geç olmakla birlikte çok önemli bir adım olduğunu ifade etmek gerekir. Öte yandan hukuki öngörülebilirliğin ve hukuki güvenliğin ticari yaşamda önemi dikkate alındığında, düzenlemenin Tebliğ ile yapılması da tartışmaya açıktır. Nihayetinde amacı doğrultusunda sağlıklı bir şekilde sistemin işlemesi için, ciddi birikime sahip dünya çapındaki alacak sigortası ve reasürans şirketlerinin de sisteme dahil edilmesi önem arz etmektedir. Tebliğ ile de bunun arzu edildiği görülmektedir. Kaldı ki bu şirketlerin sisteme dahil edilmesi sadece sistemin sürdürülebilir maliyetle işleyebilmesi ve sigorta teminatı sağlanmasında değil, aynı zamanda Türk KOBİ'leri için sağlayacakları ikincil hizmetler açısından da çok önemlidir. Tebliğ ile bu şirketlerin ihtiyaç duyduğu hukuki öngörülebilirliğin ve hukuki güvenliğin temininde ise güçlük çekilmesi kuvvetle muhtemeldir.

KAYNAKÇA

- ATABEK, Reşat, **Reasürans Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1974.
- CHATTERJEE, Arup / WEHRHAHN, Rodolfo, **Insurance for Micro, Small, and Medium-Sized Enterprises**, Asian Development Bank (ADB) Briefs, No. 78, April 2017.
- DANNENBERG, Henry, **Quantitative Bewertung des Ausfallrisikos von Forderungsportfolios gewerblicher Unternehmen- Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung von Schätzunsicherheit und einer fehlenden eigenen Datenbasis im Unternehmen**, Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2012.
- FAIRLIE, Robert W., **Immigrant Entrepreneurs and Small Business Owners, and their Access to Financial Capital**, SBA Advocacy, 2012,
<https://www.sba.gov/sites/default/files/rs396tot.pdf>, (erişim tarihi: 07.09.2021).
- HALEM, Carl Otto von, **Kreditversicherung**, Gabler, Wiesbaden, 1964.
- HANNA, John, “Credit Insurance”, **University of Pennsylvania Law Review**, March 1931. Volume 79, Number 5, (s.521-548).
- HE, Qihao, “Regulation by Government-Sponsored Reinsurance in Catastrophe Management”, **Connecticut Insurance Law Journal**, Spring 2017, Volume: 23, Number: 2, (s.281-326).
- HERRMANN, Harald, **British Insurance Law – Preparatory Script 9/14**.
<https://paperzz.com/doc/8613300/british-insurance-law-%E2%80%93-preparatory-script-9-14i>, (erişim tarihi: 22.09.2021), (**British Insurance Law**).
- HERRMANN, Harald, “§ 39. Kredit- und Kautionsversicherung”, **Versicherungsrechts-Handbuch**, (Hrg. Roland Michael Beckmann / Annemarie Matusche-Beckmann), 3. Auflage, Beck-Online, München, 2015.
- HORSCH, Andreas / RATHMANN, Tanja **Kreditrisikotransfer durch Kreditversicherung- Eine ökonomische Analyse der Prozesse, Strukturen und Regeln der Märkte für Kreditversicherungen**, VVW GmbH, Karlsruhe, 2012.

- GEBERT, Yvonne / KLAPPER, Sebastian, “§ 24 Cyberversicherung”, **Der Versicherungsprozess**, (Hrsg. Veith / Gräfe / Gebert), 4. Auflage, Nomos, Baden, 2020.
- GRAUSCHOPF, Jürgen, “§22 Kreditversicherung”, **Der Versicherungsprozess**, (Hrsg. Veith/Gräfe/Gebert), 4. Auflage, Nomos, Baden, 2020.
- KARA, Etem/ KAYIHAN, Şaban, “**Politik Risk Sigortası: MIGA, OPIC ve Türk Eximbank**”, 15.Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi, (11-12 Eylül 2017), Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017 (s.182-187).
- KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan, **Sigorta Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Seçkin, Umuttepe Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KÜÇÜK, Damla, "Krediyi Koruyan Sigortalar ve Kredi Sigortası Kavramına İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 8, Sayı: 85, (s. 472-493).
- KÜÇÜK, Damla, **Kredi Sigortası**, Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- MATSCHKE, Manfred Jürgen, **Finanzierung der Unternehmung**, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne/Berlin, 1991.
- MERKIN, Rob / STEELE Jenny, **Insurance And The Law of Obligations**, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ORER, Gürsel, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl :2015, Cilt 1, Sayı .6 (s. 363- 393).
- PAUL, Salima Y. / BODEN, Rebecca, **Getting paid: lessons for and from SMEs**, ACCA (the Association of Chartered Certified Accountants), London, 2012, <https://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/small-business/pol-tp-gp.pdf> (erişim tarihi: 07.09.2021).
- POWELL, T. Glyndwr, **Home Trade Credit Insurance**, Credit Management Handbook (Ed. Burt EDWARDS), Fifth Edition, Gower, Hampshire and Burlington 2004.

REN, Ruilin / ZHU, Jianhua, “The Research on SMEs Loan Credit Insurance System of China”, **Advances in Social Science, Education and Humanities Research**, 2018, Volume: 246, (s.14-17).

RIESTRA, Amparo San José, **Credit Insurance in Europe Impact- Measurement and Policy Recommendations**, 2003, CEPS Research Report In Finance And Banking, No. 31, Brussels, <http://aei.pitt.edu/9563/2/9563.pdf>, (erişim tarihi: 08.09.2021).

SCHNEIDER, W., “§ 29 Vertrauensschadenversicherung”, **Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht**, (Hrsg. Knut HÖRA), Auflage 4, C.H.Beck, Frankfurt, 2017.

ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt.1: Genel Hükümler**, Onikilevha, İstanbul, 2016, (Genel Hükümler).

ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt II: Zarar Sigortaları**, Onikilevha, İstanbul, 2016.

YAMORI, Nobuyoshi, **Japanese SMEs and the Credit Guarantee System after the Global Finansal Crisis**, Cobe, 2014 (<https://www.rieb.kobe-u.ac.jp/academic/ra/dp/English/DP2014-26.pdf>), (erişim tarihi: 07.10.2021).

YAMORI, Nobuyoshi, “The 2017 Reform of Japan’s Credit Guarantee System and New Functions of Credit Guarantee Corporations”, **Roles of Financial Institutions and Credit Guarantees in Regional Revitalization in Japan** (Nobuyoshi Yamori / Yoshihiro Asai /Masao Ojima/Kei Tomimura/ Koji Yoneda:), Kobe University Social Science Research Series 2019, Springer, Kobe 2019, (s.43-72).

PERDENİN KALDIRILMASI KURAMININ UYGULAMADAKİ SEYRİ

THE PROGRESS OF LIFTING THE CORPORATE VEIL THEORY IN THE JUDICIAL PRACTICE

Hakemli Makale

Barış KAYA*

İÇİNDEKİLER

I. GİRİŞ	484
II. PERDENİN KALDIRILMASINDA YARGITAYCA GÖZETİLEN KAVRAM VE KRİTERLERE GENEL BAKIŞ	484
A. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası	484
B. Organik Bağ, Yönetmel Anlamda ve Malvarlığı Bakımından Özdeşlik	486
III. YARGITAY'IN PERDENİN KALDIRILMASINA NEDEN OLAN OLAYLARIN İSPATLANMASI BAĞLAMINDAKİ YAKLAŞIMI	488
IV. PERDENİN KALDIRILMASI YÖNTEMLERİ AÇISINDAN YARGITAY KARARLARI VE YARGITAY'IN FARKLI DAİRELERİNİN PERDENİN KALDIRILMASINA İLİŞKİN UYGULAMADAKİ YAKLAŞIMLARI	489
A. Perdenin Kaldırılması Yöntemleri Açısından Yargıtay Kararları	489
B. Yargıtay'ın Farklı Dairelerinin Perdenin Kaldırılması Kuramının Uygulanmasındaki Yaklaşımları	490
SONUÇ	491

ÖZ

Tüzel kişiliği haiz ortaklıklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesi, özellikle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kanunlaşma sürecinden başlayarak bugüne kadar doktrinde birçok esere konu olmuştur. Yargıtay'ın farklı hukuk daireleri ve Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiş olan kararları incelendiğinde, özellikle son senelerdeki kararlar ile artık belirli kriterlerin yerleşmiş olduğundan söz edebilmek mümkündür. Konunun kapsamlı olarak tahlil edildiği kararlarda, Yargıtay'ın meseleye

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1092811

Makalenin Geliş Tarihi: 24.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 05.05.2022

* Dr., İstanbul Barosu

E-posta: bariskaya@hotmail.co.uk

ORCID: 0000-0002-8828-4575.

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması temelinden yaklaştığı, buradan hareketle organik bağ, muvazaalı işlem, yönetsel özdeşlik gibi perdenin kaldırılması kuramıyla ilişkili kavramları da dikkate aldığı söylenmelidir. Bu noktada Yargıtay'ın özellikle üzerinde durduğu husus üçüncü şahıslara bilinçli olarak zarar verme saikiyle hareket edilmiş olması ve buna ilişkin fiillerin bir takım somut deliller ile ispat edilmesidir. Ticari alacakların tahsili amacına yönelik perdenin kaldırılması talepleri konusunda Yargıtay'ın daha sıkı kriterler gözettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak farklı özel hukuk alanlarına ilişkin bir takım özel daire kararları bağlamında bu yaklaşımın aynı şekilde uygulandığı da ifade edilemez. Özellikle iş hukukuna ilişkin işçi alacağı davaları bakımından tespitlerimiz, en azından ilkesel bazda, özel daire yaklaşımının daha cesaretlendirici olduğu yönündedir. Bu durumu iş hukukunun kendine has özellikleri ve çalışanların haklarının korunması ilişkin saiklerle açıklamak mümkündür. Bunun yanı sıra piyasadan yüksek kazanç karşılığında mevduat toplanmasına dayanan ihtilaflara ilişkin davalarda Yargıtay'ın kuramın uygulanmasına daha eğilimli olduğu söylenebilir. Söz konusu ihtilafların dayandığı olgular değerlendirildiğinde bu yaklaşım isabetli görülmelidir. Durağan olmayan içtihatlar sayesinde perdenin kaldırılması kuramının uygulamasına ilişkin kriter ve sınırların zaman geçtikçe daha da şekilleneceğini beklemekteyiz.

Anahtar Kelimeler: Tüzel Kişilik Perdesi, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Yargıtay, Organik Bağ, Dürüstlük Kuralı.

ABSTRACT

The issue of lifting the corporate veil in companies having legal personality has been the subject of many works in the doctrine, especially starting from the enactment process of the Turkish Commercial Code No. 6102. When the decisions of the Court of Cassation made by its different Private Law Chambers and the General Assembly of Private Law Chambers are examined, it is possible to mention that certain criteria have now been established, especially with the decisions in recent years. It should be said that in the decisions in which the issue is analyzed comprehensively, the Court of Cassation approaches the issue on the basis of the rule of good faith and abuse of right, and from this point of view, it also takes into account the concepts related to the theory of lifting the veil, such as organic bond, collusion, and administrative identicalness. At this point, the view that the Court of Cassation especially emphasizes is that there must be the intention of harming third parties deliberately and the acts related to this must be proved with some concrete evidence. It would not be wrong to say that the Court of Cassation observes more stringent criteria regarding the requests for lifting the corporate veil especially for the purpose of collecting commercial receivables. However, it cannot be stated that this approach is applied in the same way in the context of several Private Law Chamber decisions regarding different private law areas mentioned above. Our findings, especially in terms of labor claims related to labor law, are that the approach of the related Chamber is more encouraging, at least in principle. It is possible to explain this situation with the specific features of the labor law and the motivations related to the protection of the rights of the employees. In

addition, it can be said that the Court of Cassation is more inclined to apply the theory in disputes based on the collection of deposits in return for high profits from the market. When the facts on which these disputes are based are evaluated, this approach should be seen as correct. We expect that the criteria and limits for the application of the lifting the corporate veil theory will become more shaped as time passes, thanks to unstable jurisprudence.

Keywords: Corporate Veil, Lifting the Corporate Veil, Court of Cassation, Organic Bond, Principle of Good Faith.

I. GİRİŞ

Perdenin kaldırılması kuramının uygulamadaki seyri bağlamında öncelikle perdenin kaldırılması kuramına ilişkin Yargıtay tarafından gözetilen temel kavram ve kriterlere değinilmesi gerekir. Bu kapsamda kuramın temelini teşkil eden dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kavramları ele alınacak, sonrasında ise, konuyla bağlantılı kabul edilen organik bağ, yönetim ve malvarlığı bakımından özdeşlik kavramları üzerinde durulacaktır. Bu konuları takiben Yargıtay'ın kuramın ispatlanması bakımından gerekli gördüğü şartlar değerlendirilecektir. Tüm bu konuları takiben, perdenin kaldırılması yöntemleri bağlamında Yargıtay uygulaması ele alınacak ve Yargıtay'ın farklı hukuk davalarına bakmakla görevli dairelerinin kurama ilişkin yaklaşımları tahlil edilecektir.

II. PERDENİN KALDIRILMASINDA YARGITAYCA GÖZETİLEN KAVRAM VE KRİTERLERE GENEL BAKIŞ

A. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Türk hukukunda doktrindeki hâkim görüş, perdenin kaldırılması kuramının hukuki dayanağını hakkın kötüye kullanılması yasağı ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2

hükmünde yer verilen dürüstlük kuralında görmektedir¹. Alman ve İsviçre hukuk düzenleri bağlamında da aynı durumun geçerli olduğu söylenebilir².

Doktrindeki eğilimle paralel olan Yargıtay'ın açıklanan yaklaşımı Türk hukuku bakımından haklı ve doğal karşılanmalıdır. Bahis konusu kuramın kanunda açıkça düzenlenmiş olmadığı değerlendirildiğinde, ortaklık alacaklılarının ve diğer ilgili çevresinin zarar görmesine hukuka aykırı tasarruflarla sebebiyet verilmesi dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecektir³.

Yargıtay, perdenin kaldırılması konusunda vermiş olduğu en eski kararlarından itibaren kuramın dayanağının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğunu vurgulamakta ve bu görüşünü istikrarlı şekilde devam ettirmektedir⁴. Bunun yanı sıra yine Yargıtay tarafından çeşitli kararlarında muvazaa, kanuna karşı hile gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir⁵. Ancak bu kavramları, perdenin kaldırılması

¹ Pek çokları yerine bkz. TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal, **Perdeyi Kaldırma Teorisi**, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, s. 396; YANLI, Veliye, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 111 vd.; KARAYALÇIN, Yaşar, "Üst Kuruluşlar Hukuku", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 1991, Cilt: XVI, Sayı: 1, s. 39.

² KARAYALÇIN, 1991, s. 41; EIDENMÜLLER, Horst, **Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht**, Hrsg. Horst Eidenmüller, C.H.Beck, München, 2004, § 4 Gesellschaftsrecht, Rn. 18-20; SCHWEIZER, Kerstin, "Die (Durchgriffs-)Haftung der Gesellschafter in der "kleinen" Kapitalgesellschaft und die Grenzen der Dogmatik", **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**, Yıl: 2019, Sayı: 1, s. 4 vd. Alman hukukunda perdenin kaldırılması kuramı bağlamında teoride bir görüş birliği olmadığı yönünde bkz. SEVEN, Vural / GÖKSOY, Y. Can, "Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 80, Sayı: 6, s. 2461. Kuramın dayanağı açısından meselenin teorik tartışması ve detayları bir kenara bırakılacak olursa uygulamada mahkemelerin hakkın kötüye kullanımı açısından değerlendirme yaptıkları söylenebilir. Bkz. "Schutz der abhängigen GmbH gegen Eingriffe des Alleingesellschafters - Bremer Vulkan", **Neue Juristische Wochenschrift**, Yıl: 2001, Sayı: 49, s. 3622 vd.; "Haftung der GmbH-Gesellschafter bei existenzvernichtendem Eingriff", **Neue Juristische Wochenschrift**, Yıl: 2002, Sayı: 41, s. 3024 vd.

³ BATTAL, Ahmet, "Bir Alan Araştırması Işığında Sermaye Şirketlerinin Sorumluluğu Konusundaki Hukuki Bilgi Eksikliğinin Olumsuz Sonuçları ve Perdenin Kaldırılması Teorisi Yardımıyla Giderilmesi", **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 1975, Cilt: 24, Sayı: 4, s. 661-662; DURAL Mustafa, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", **Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu (Mayıs 1998)**, Sermaye Piyasası Kurulu, 1998, Yayın No. 119, s. 98; SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975, s. 90 vd.

⁴ Yarg. 19. HD, 15.05.2006, 8774/5232; Yarg. 23. HD, 19.06.2012, 3083/4296; Yarg. 23. HD, 26.09.2012, 4542/5447.

⁵ Yarg. HGK, 09.06.2020, 94/358; Yarg. HGK, 09.06.2019, 808/504; Yarg. 3. HD, 03.12.2019, 593/9655.

kuramının dayanağı olarak yani dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı işlevinde de değerlendirmemektedir⁶. Nitekim muvazaa veya kanuna karşı hile olgularının bulunması, zorunlu olarak perdenin kaldırılması kuramının uygulanmasını gerektirmemekte, bu olgular anılan kuramdan bağımsız şekilde sorumluluğa neden olabilmektedir⁷.

B. Organik Bağ, Yönetmel Anlamda ve Malvarlığı Bakımından Özdeşlik

Organik bağ kavramı ya da olgusu perdenin kaldırılmasına ilişkin Yargıtay kararlarında üzerinde durulan, genellikle perdenin kaldırılması kuramı ile birlikte tahlil edilen bir kavramdır. Perdenin kaldırılması kuramı ile aralarındaki benzerlikler neticesinde böyle bir görünümün ortaya çıktığı söylenebilir. Ancak hemen ifade edilmelidir ki, bu iki kavramın aynı olguyu ifade etmediği de tüm bu kararlarda açıklanmaktadır. Dolayısıyla her iki kavrama ilişkin Yargıtay yaklaşımında belirgin bir karmaşa ve uyumsuzluktan bahsetmek de kolay değildir. Yargıtay tarafından organik bağ, iki tüzel kişilik ya da tüzel kişilerin ortakları arasındaki ilişki olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu bağ ya da ilişkinin perdenin kaldırılması durumunda olduğu kadar güçlü olması gerekmemektedir⁸. Nitekim iki ortaklık arasında ortaklık yapısı, faaliyet konusu ve hukuki ilişki gibi kriterlerden hareket edilerek ayniyet, dolayısıyla organik bağ tespit edilebilmektedir. Perdenin kaldırılması kuramının uygulanması için söz konusu olacak bağlantı, ayniyet ise çok daha güçlü olmak zorundadır. Bu bağ, her iki ortaklığın adeta tek bir ortaklıkmiş algısı yaratması şeklinde tezahür etmelidir. Öte yandan organik bağ kavramı, perdenin kaldırılması kuramının uygulanmasına gerek kalmadan da ilgililerin sorumluluğuna gidilmesine neden olabilmektedir. Nitekim organik bağ kriterlerinin sağlanmasına bağlı olarak ortakların sorumlu tutulduğunu ya da sorumlu tutulması gerektiğini vurgulayan çok sayıda içtihat bulunmaktadır⁹.

⁶ Bkz. dpn. 5.

⁷ Yarg. HGK, 09.06.2020, 94/358; Yarg. HGK, 09.06.2019, 808/504.

⁸ ÖZTEK, Selçuk / MEMİŞ, Tekin, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”, **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu (02 Şubat 2008)**, Marmara Üniversitesi Sempozyum Yayınları, Editör Erol Ulusoy, İstanbul, 2008, s. 210.

⁹ Pek çokları yerine bkz. Yarg. 9. HD, 04.07.2008, 12825/18885; Yarg. 9. HD, 02.06.2009, 9436/15249; Yarg. HGK, 16.04.2003, 9-279/292.

Organik bağın tespiti sonrasında ise, bir ortaklığın borçları nedeniyle diğer bir ortaklığın malvarlığına el atılabilmektedir. Bu sonucun perdenin kaldırılması kuramı kapsamında perdenin çapraz olarak kaldırılmasına benzediği ifade edilmektedir¹⁰. Ancak perdenin çapraz olarak kaldırılmasında organik bağ nedeniyle el atmaya kıyasla daha ileri aşamalara gidilebilmektedir. Örneğin borçlu ortaklığın borçları nedeniyle sadece kardeş ortaklığın malvarlığına değil aynı zamanda kardeş ortaklığın ortaklarının malvarlıklarına da el atılabilir¹¹.

Yönetmelik anlamında ve malvarlığı bakımından özdeşlik, perdenin kaldırılması kuramının uygulanması için yine Yargıtay tarafından gözetilen bir kriterdir. Perdenin kaldırılması için bir takım sıkı şartların gerçekleşmesi gerekir¹². İşte bu kapsamda yönetmelik olarak ve malvarlığı bakımından özdeşleşme, bütünleşme kriteri dikkate alınmaktadır¹³. Aslında bu kriterin işaret ettiği durum, perdenin kaldırılması yaptırımının uygulanacağı ortaklıkların tek bir iktisadi bütünlüğünün olmasıdır. Perdenin kaldırılması kuramının uygulanması için ancak bu şekilde bir iktisadi bütünlüğün gerekli olduğu ve bu kriterin sıkı bir şekilde gözetildiği doktrin ve Yargıtay kararlarında vurgulanagelmıştır¹⁴. Söz konusu malvarlığı özdeşliği üçüncü kişiler nezdinde iktisadi bir bütünlük içerisindeki tek bir ortaklıkla iş yapıyor algısının oluşmasına neden olmaktadır. Bu algı yaratıldıktan sonra ortaklıklardan birinin içinin boşaltılması ya da bir ortaklığın malvarlığının boşaltılarak diğer bir ortaklığa işlerin yönlendirilmesi aynı zamanda kötüye kullanma olarak değerlendirilecek bir durumdur.

¹⁰ ÖZTEK/MEMİŞ, 2008, s. 210.

¹¹ Yarg. HGK, 01.07.2020, 808/504.

¹² Yargıtay özellikle üçüncü şahıslara bilinçli olarak zarar verme saikiyle hareket edilmiş olmasını ve buna ilişkin fiillerin bir takım somut deliller ile ispat edilmesini gözetmektedir. Bkz. Yarg. HGK, 22.09.2021; 3109/1075; Yarg. HGK, 01.07.2020, 808/504; Yarg. HGK, 09.06.2020, 94/358.

¹³ LIEDER, Jan, **Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)**, (Hrsg. A. Heidinger, vd.), Band 1, C.H.BECK, München, 2017, GmbHG § 13 Juristische Person; Handelsgesellschaft, Rn. 388.

¹⁴ Yarg. HGK, 09.06.2020, 94/358; Yarg. HGK, 09.06.2019, 808/504; Yarg. 11. HD, 23.02.2021, 2970/1603; ÖZTEK/MEMİŞ, 2008, s. 204 vd.; FASTRICH, Lorenz, Band 20, "Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung", **Beck'sche Kurz Kommentare**, Aufl. 22, C.H.BECK, München, 2019, GmbHG § 13, Rn. 45; VERSE, Dirk A., Beck'sche Kurz Kommentare, **Gesellschaftsrecht**, (Hrsg. M. Henssler), Band 62, Aufl. 5, C.H.BECK, München, 2021, GmbHG § 13, Rn. 38.

Alman hukuk düzeninde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının başlıca üç durumda söz konusu olacağı ifade edilmektedir¹⁵. Bunlar, *Vermögensvermischung* olarak adlandırılan malvarlıklarının karışması, *Sphärenvermischung* olarak adlandırılan ortaklık ile ortakların malvarlığı ve organizasyonel alanlarının karışması ve *Institutsmissbrauchs* olarak adlandırılan kurumsal kötüye kullanmadır. Yargıtay kararlarında perdenin kaldırılması gereken durumlarla ilgili yapılan açıklamalarda söz konusu durumlara ilişkin açıklama ve örneklere rastlamak mümkündür¹⁶.

III. YARGITAY'IN PERDENİN KALDIRILMASINA NEDEN OLAN OLAYLARIN İSPATLANMASI BAĞLAMINDAKİ YAKLAŞIMI

Yargıtay tarafından perdenin kaldırılması bağlamında bir takım sıkı ispat şartları aranmaktadır. Yukarıda¹⁷ belirtilen durumların mevcudiyetinin aynı zamanda olay bazında somut verilerle ortaya konulması gerekir. Bu açıdan Yargıtay'ın yaklaşımı organik bağın ispatlanması ile perdenin kaldırılmasının ispatlanması bakımından değişmektedir. Esasında bu yaklaşım farklılığı da doğal kabul edilmelidir. Zira açıklandığı üzere, organik bağ perdenin kaldırılmasına kıyasla daha zayıf bir bağlantının bulunduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir. Nitekim organik bağın ispatı bakımından tanık deliline dâhi dayanılabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir¹⁸. Ancak sadece birtakım benzerliklerin bulunduğu iddiası organik bağın ispatı için bile yeterli kabul edilmemektedir. Örneğin ortaklıkların kuruluş tarihlerinin aynı olması, ortaklarının akraba olması gibi olgular tek başına organik bağı dâhi kanıtlamamaktadır. Bunun ötesinde de birtakım somut delillerin ortaklıklar arasındaki ilişkiyi ortaya koyması gerekir¹⁹. Örneğin ortaklıkların aynı ortaklara sahip olması, aynı iş kolunda faaliyet göstermesi gibi olgular başkaca somut deliller ile organik bağın varlığını ispat edebilecektir. Perdenin kaldırılması için üçüncü kişileri zarara uğratmak için bilinçli

¹⁵ VERSE, 2021, Rn. 38 vd.

¹⁶ Bkz. yukarıda dpn. 14'de yer verilen kararlar.

¹⁷ Bkz. II no'lu başlık altındaki açıklamalar.

¹⁸ Yarg. HGK, 09.06.2020, 94/358.

¹⁹ Bkz. yukarıda dpn. 12'de yer verilen kararlar.

faaliyetlerde bulunulduğu da ispat edilmelidir. Bu durumun tipik örneği Yargıtay'ın karşısına gelen piyasadan para toplanmasına ilişkin davalardır²⁰. Bu tür davaların konusu olaylarda çok sayıda kişiden yatırım ve sonrasında kazanç vaadiyle para toplanmakta ancak daha en başından bu durumu organize eden kişilerin üçüncü kişilere zarar verme kastıyla hareket ettikleri görülmektedir. Söz konusu davalar karşısında perdenin kaldırılmasına kuramına başvurulmasının Yargıtay'ın standart yaklaşımı haline geldiği söylenebilir.

IV. PERDENİN KALDIRILMASI YÖNTEMLERİ AÇISINDAN YARGITAY KARARLARI VE YARGITAY'IN FARKLI DAİRELERİNİN PERDENİN KALDIRILMASINA İLİŞKİN UYGULAMADAKİ YAKLAŞIMLARI

A. Perdenin Kaldırılması Yöntemleri Açısından Yargıtay Kararları

Perdenin kaldırılması yöntemleri genellikle üç farklı başlık altında incelenmektedir. Bunlar; perdenin düz kaldırılması, perdenin ters kaldırılması ve perdenin çapraz kaldırılmasıdır²¹. Ayrıca bu yöntemlere bir dördüncü yöntem olarak borçlunun kendisinin perdenin kaldırılmasını talep etmesi kimi yazarlarca eklenmektedir²².

Doktrinde yapılan bahis konusu ayrıma Yargıtay kararlarında da değinilmektedir²³. Yargıtay içtihatlarına bu bağlamda yaklaşıldığında, perdenin kaldırılmasına ilişkin en başta değinilen üç yöntemin de uygulandığı görülmektedir. Yargıtay tarafından perdenin

²⁰ Pek çokları yerine bkz. Yarg. 11. HD, 25.02.2015, 17873/2556; Yarg. 11. HD, 17.03.2015, 5717/3688; Yarg. 11. HD, 09.09.2014, 9881/13459; Yarg. 11. HD, 25.02.2015, 17873/2556; Yarg. 11. HD, 14.03.2014, 14463/4973.

²¹ ÖZKAN, Aytül, “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 5, Sayı: 1, s. 2500 vd.; GÜL, Hilal, “Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 91, Sayı: 6, s. 207 vd.; ULUCAN, Devrim, “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2016, Cilt: 74, Özel Sayı, s. 757; KAPLAN, İbrahim, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: XXV, Sayı: 4, s. 44 vd.

²² TEKİNALP/TEKİNALP, **1995**, s. 399.

²³ Yarg. HGK, 09.06.2020, 94/358; Yarg. HGK, 09.06.2019, 808/504; Yarg. 23. HD, 23.12.2015, 10384/8391.

düz kaldırılması yani ortaklığın borçlarından dolayı ortakların malvarlıklarıyla sorumlu tutulmaları yönünde pek çok karar verilmiştir²⁴. Benzer şekilde Yargıtay tarafından perdenin ters kaldırılması ve çapraz kaldırılması kavramları da benimsenmiş ve bu yönde kararlar verilmiştir²⁵.

B. Yargıtay'ın Farklı Dairelerinin Perdenin Kaldırılması Kuramının Uygulanmasındaki Yaklaşımları

Perdenin kaldırılması kuramı açıklandığı üzere Yargıtay tarafından benimsenmiş bir kuramdır. Şartları oluştuğunda, kuramın uygulanabilirliği hakkında güncel bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak söz konusu şartların ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceği, bu şartların gerçekleştiğinin ispatı için hangi kriterlerin dikkate alınması gerektiği konularında Yargıtay'ın iş bölümü açısından farklı özel hukuk alanlarına bakan daireleri arasında tam bir uyuşmanın bulunduğundan da söz edilemez. Bu olguda, kuramın uygulanmasının kararlar bağlamında gelişim göstermesi etkili olduğu kadar başkaca birtakım faktörler de rol oynamıştır. Bu noktada iş davalarına bakmakla görevli Yargıtay dairelerinin yaklaşımı üzerinde durmayı gerektirmektedir. Özellikle işyeri devrinin tartışıldığı birtakım kararlarda perdenin kaldırılması kuramının uygulanması bağlamında ortaya konulan yaklaşımın kuramın uygulanmasını kolaylaştırıcı, bu konuda cesaret verici nitelikte olduğu söylenebilir²⁶.

Ticari davalara bakmakla görevli ihtisas dairelerinin kararlarında ise, kuramın daha sıkı şekilde uygulandığı, kuramın istisnai niteliği üzerinde daha fazla durulduğu tespiti yapılabilir²⁷. Öte yandan Yargıtay'ın önüne gelmiş olan konuyla ilgili davaların birçoğu yukarıda²⁸ da değinildiği üzere, halktan, özellikle yurtdışındaki gurbetçilerden yatırım

²⁴ Pek çokları yerine bkz. Yarg. 9. HD, 04.07.2008, 12981/18875; Yarg. 23. HD, 11.10.2012, 4160/5938; Yarg. 23. HD, 23.12.2015, 10384/8391; Yarg. 23. HD, 27.02.2019, 3472/745.

²⁵ Perdenin ters kaldırılması yönündeki kararlar için bkz. Yarg. 11. HD, 11.12.2017, 5148/7084; Yarg. 23. HD, 11.10.2012, 4160/5938. Perdenin çapraz kaldırılması yönündeki kararlar için bkz. Yarg. 23. HD, 11.10.2012, 4160/5938; Yarg. 19. HD, 29.09.2006, 1122/9002.

²⁶ Yarg. 22. HD, 14.05.2013, 22684/10887; Yarg. 22. HD, 26.11.2014, 24696/33391; Yarg. 22. HD, 19.03.2013, 16951/5693; Yarg. 22. HD, 19.03.2013, 17090/5730; Yarg. 22. HD, 03.05.2012, 16700/8604; Yarg. 9. HD, 14.05.2013, 22684/10887.

²⁷ Pek çokları yerine bkz. Yarg. 11. HD, 23.03.2021, 3856/2763; Yarg. 19. HD, 01.10.2015, 1203/11738; Yarg. 19. HD, 16.03.2016, 6305/4589; Yarg. 19. HD, 24.03.2015, 7187/4144.

²⁸ Bkz. yukarıda dpn. 20.

bahanesiyle para toplanmasına ilişkin davalardır²⁹. Bu tür davalarda daha en başından itibaren organize bir şekilde üçüncü kişilerin zararına hareket edilmesi olgusu söz konusu olmaktadır. Bunun yanı sıra kuramın uygulanması için Yargıtay tarafından gerekli görülen kriterlerin tamamının mevcut olduğu görülmektedir. Doğal olarak bu tür davalardaki kuramın uygulanması bağlamında istikrar kazanmış Yargıtay yaklaşımı haklı görülmelidir.

SONUÇ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kabul edilmesinden bu yana perdenin kaldırılması kuramının Türk hukukunda mahkeme içtihatları ve bu anlamda belirleyici otorite olan Yargıtay uygulaması bağlamında ana hatlarıyla yerleşmiş bir müessese olduğu söylenebilir. Yargıtay'ın kuram hakkındaki detaylı değerlendirmelerini içeren özellikle Hukuk Genel Kurulu kararlarında, kuramın uygulanması için gerekli olan doktrinde dile getirilen kriterlerin, kuramın uygulanma yöntemlerinin bütünüyle benimsenmiş oldukları da görülmektedir. Bu kapsamda üçüncü kişilere zarar verme kastıyla hareket edilmesi, görünürdeki ortaklık ile ilişkili ortak veya ortaklıklar arasında malvarlığı açısından ve yönetsel olarak özdeşliğin, bütünleşmenin söz konusu olması ve bu olguların güçlü delillerle ispat edilebilmesi Yargıtay'daki hâkim yaklaşımdır. Ancak iş bölümü gereği farklı özel hukuk alanlarıyla görevli daire kararları bağlamında, özellikle kuramın uygulanmasına ilişkin delil ve olguların takdirinde bir takım yorum farklılıklarının olabildiği de belirtilebilir. Nitekim zamanla değişiklik gösterebilecek nitelikte olmakla birlikte iş davalarına bakmakla görevli daire kararları kuramın uygulanması yönünde daha kolaylaştırıcı bir anlayışı sergilemektedir. Ancak doğası gereği içtihatların daima gelişim ve değişime açık oldukları gerçeği de göz ardı edilmemelidir.

²⁹ Pek çokları yerine bkz. Yarg. 11. HD, 09.04.2019, 4111/2786; Yarg. 11. HD, 25.02.2015, 17873/2556; Yarg. 11. HD, 24.11.2014, 11154/18197; Yarg. 11. HD, 18.11.2014, 10308/17803; Yarg. 11. HD, 02.12.2014, 23021/36630.

KAYNAKÇA

- BATTAL, Ahmet, “Bir Alan Araştırması Işığında Sermaye Şirketlerinin Sorumluluğu Konusundaki Hukuki Bilgi Eksikliğinin Olumsuz Sonuçları ve Perdenin Kaldırılması Teorisi Yardımıyla Giderilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 1975, Cilt: 24, Sayı: 4, (s. 645-662).
- DURAL, Mustafa, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, **Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu (Mayıs 1998)**, Sermaye Piyasası Kurulu, 1998, Yayın No. 119, (s. 97-107).
- EIDENMÜLLER, Horst, **Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht**, Hrsg. Horst Eidenmüller, C.H. BECK, München, 2004.
- FASTRICH, Lorenz, Band 20, “Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung”, **Beck’sche Kurz Kommentare**, Aufl. 22, C.H. BECK, München, 2019.
- GÜL, Hilal, Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, C. 91, S. 6, (s. 203-215).
- KAPLAN, İbrahim, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: XXV, Sayı: 4, (s. 37-46).
- KARAYALÇIN, Yaşar, Üst Kuruluşlar Hukuku, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 1991, Cilt: XVI, Sayı: 1, (s. 1-47).
- LIEDER, Jan, **Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)**, (Hrsg. A. Heidinger v.d.), C.H. BECK, Band 1, München, 2017.
- ÖZKAN, Aytül, “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 5, Sayı: 1, (s. 2493-2522).
- SCHWEIZER, Kerstin, “Die (Durchgriffs-)Haftung der Gesellschafter in der "kleinen" Kapitalgesellschaft und die Grenzen der Dogmatik”, **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**, Yıl: 2019, Sayı: 1, (s. 1-39).

SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975.

SEVEN, Vural/GÖKSOY, Y. Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 80, Sayı: 6, (s. 2455-2470).

TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal, **Perdeyi Kaldırma Teorisi**, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995.

ULUCAN, Devrim, “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2016, Cilt: 74, Özel Sayı, (s. 757 – 764).

VERSE, Dirk A., Beck’sche Kurz Kommentare, **Gesellschaftsrecht**, (Hrsg. M. Henssler), Band 62, Aufl. 5, C.H. BECK, München, 2021.

YANLI, Veliye, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Yazarsız Kaynaklar

“Haftung der GmbH-Gesellschafter bei existenzvernichtendem Eingriff”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Yıl: 2002, Sayı: 41, (s. 3024-3026).

“Schutz der abhängigen GmbH gegen Eingriffe des Alleingesellschafters - Bremer Vulkan”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Yıl: 2001, Sayı: 49, (s. 3622-3626).

ZARAR SİGORTALARINDA SİGORTALININ ZARARI AZALTMA KÜLFETİ VE BU KÜLFETİN SİGORTACININ HALEFİYETİNE ETKİSİ

*DUTY TO MITIGATE LOSS IN INSURANCE LAW AND ITS EFFECTS ON INSURER'S
SUBROGATION*

Hakemli Makale

Ekin KORKMAZ*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	495
I. Sigortacının Halefiyeti.....	496
A. Sigortacının Halefiyetinin Genel Esasları.....	496
B. Sigortacının Halefiyetinin Temel Şartları ve Kapsamı.....	500
1. Sigortacının Halefiyetinin Temel Şartları.....	500
2. Sigortacının Halefiyetinin Kapsamı.....	504
II. Sigortalının Zararı Azaltma Külfeti	509
A. Genel Olarak Zararı Azaltma Külfeti	509
B. Sigortalının Zararı Azaltma Külfetinin TTK Kapsamında Açıklanması ve Değerlendirilmesi....	510
III. Sigortalının Zararı Azaltma Külfetini Yerine Getirmemiş Olmasının Sigortacının Halefiyetine Etkisi	518

ÖZ

Zarar sigortalarında, sigortalının zararı azaltma külfetinin bulunup bulunmadığı, külfetin kapsamının ne olduğu ve bu külfetin yerine getirilmemiş olmasının sigortacının halefiyetine etkisi öğretide gerekli ilgiyi görmediğinden uygulamada da sıklıkla gözden kaçırılmaktadır. Bu çalışmada, temel olarak, “*Sigortalı, (...) sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur*” düzenlemesini içeren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1472/II hükmü, içerdiği belirsiz unsurlardan hareketle incelenecek; sigortalının zararı azaltma külfetine ilişkin olarak TTK’da yer alan düzen, sırasıyla TTK m.

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1096484

Makalenin Geliş Tarihi: 31 Mart 2022

Makalenin Kabul Tarihi: 8 Nisan 2022

* Dr., e-posta: ekinkorkmaz1@gmail.com

ORCID: 0000-0003-3711-7360

1444, 1445 ve 1448 çerçevesinde açıklanacaktır. Özel olarak, belirtilen hükümler çerçevesinde, sigortalının zararı azaltma külfetinin doğduğu an ve kapsamının tespit edilmesinin ardından bu külfetin ihlali durumunda doğacak “sorumluluğun” tâbi olduğu esaslar belirlenecektir. Çalışmamızda, TTK’da yer alan sigortacının halefiyetinin sistematik olarak öncelikle genel anlamda; daha sonra ise sigortalının zararı azaltma külfeti özelinde değerlendirilmesinin ardından Yargıtay uygulaması ile mehz öğreti ve uygulama ışığında, olması gereken hukuka ilişkin önerilerde bulunulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: halefiyet, sigortacının halefiyeti, sigortacının rücu hakkı, sigortalının zararı azaltma külfeti, sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğü

ABSTRACT

Whether the insured has the duty to mitigate loss, the scope of this duty, and the legal effects of the breach of this duty on the insurer's subrogation are often overlooked in practice, as it does not receive the necessary attention in the doctrine. This article mainly concerns the examination of the wording of Turkish Commercial Code (Nr. 6102) Art. 1472(2), which includes some uncertainties and reads as “*Where the insured party (...) acts in such a way that violates his rights that are (to be) legally transferred (to the insurer), he shall be liable against the insurer*”, and also the system regarding the insured party’s duty to mitigate loss pursuant to TCC Articles 1444, 1445 and 1448 respectively. Within the framework of these provisions particular emphasis will be laid on determining the starting point and scope of the insured party’s mitigation duty as well as the principles applying to the “liability” that arises due to the violation of such duty. In light of the system established by the TCC, the practice of the Court of Cassation as well as comparative doctrine and practice, this article aims to make suggestions concerning the ideal law, i.e. *de lege ferenda*.

Keywords: subrogation, insurer’s subrogation, insurer’s right of recourse, insured party’s duty to mitigate loss, the obligation to protect and facilitate insurer’s right of recourse

GİRİŞ

Sigortacının halefiyeti, sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan rizikonun gerçekleşmesi neticesinde doğan zararı gideren sigortacının; zarardan nihai olarak sorumlu olan kişiye karşı, sigortalının sahip olduğu alacak hakkını kanunen (mal sigortalarında TTK m. 1472, sorumluluk sigortalarında TTK m. 1481’e dayanarak) iktisap etmesidir. TTK’da özel olarak düzenlenen ve kendine özgü bazı özellikler gösteren sigortacının halefiyeti, borçlar hukuku ile sigorta hukukunun kesişim alanında yer alan melez bir kurumdur. Ancak sigortacının halefiyeti özelinde disiplinlerarası

çalışmanın yetersizliği nedeniyle, borçlar hukuku ve sigorta hukuku öğretisi birbirinden oldukça farklı yönlerde gelişim göstermiştir. TBK İsviçre Borçlar Kanunu'ndan iktibas edilmesine karşın TTK'da düzenlenen sigorta sözleşmesinin mehzazını Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu ("AlmSK")'nun teşkil etmesi de sigortacının halefiyeti özelinde bazı düzenleme ve yorum ayrılıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Sözü edilen ayrılıkların belirginleştiği konulardan biri, zarar sigortalarında sigortalının zararı azaltma külfeti ve bu külfetin yerine getirilmemiş olmasının sigortacının halefiyetine etkisidir. Konuyla ilgili temel düzenleme olan TTK m. 1472/II hükmünün bazı belirsizlikler ihtiva etmesi bir yana, bu hükmün bağlantılı olduğu diğer hükümlerle ilişkisi de tereddüt uyandırmaktadır. Çalışmamızda ilk olarak sigortacının halefiyetinin tâbi olduğu genel esaslar açıklanacak; akabinde, sigortalının zararı azaltma külfetine ilişkin olarak TTK'da yer alan düzen, TTK m. 1472/II ile bağlantılı olan diğer hükümler (TTK m. 1444, 1445 ve 1448) ile birlikte incelenecektir. Özellikle, belirtilen hükümler çerçevesinde, sigortalının zararı azaltma külfetinin doğduğu an ve kapsamı tespit edilecek, bu külfetin ihlali durumunda doğacak sorumluluğun tâbi olduğu esaslar açıklanan düzen çerçevesinde inceleme konusu yapılacaktır.

I. Sigortacının Halefiyeti

A. Sigortacının Halefiyetinin Genel Esasları

Halefiyet, kanunun öngördüğü durumlarda, edimi kendi malvarlığından kendi adına ifa eden üçüncü kişinin, *ipso iure* alacaklı konumuna geçişidir¹. Halefiyetin sigorta hukukundaki görünümü ise sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan rizikonun gerçekleşmesi neticesinde meydana gelen zararı gideren sigortacının, mal sigortalarında TTK m. 1472; sorumluluk sigortalarında ise TTK m. 1481 uyarınca, zarardan nihai olarak sorumlu olan kişiye karşı mevcut olan talep hakkını hukuken kendiliğinden elde etmesidir².

¹ KORKMAZ, Ekin, **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, 1. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 9. Benzer tanımlar için bkz. *a.g.e.*, s. 7 vd.

² OMAĞ, Merih Kemal, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefiyeti**, 2.Baskı, Vedat Kitapçılık,

İlk bakışta, sigorta primlerinin, riziko gerçekleştiğinde sigortacının yaptığı ödemenin karşılığını teşkil ettiği ve dolayısıyla halefiyetin sigortacıya haksız bir fayda sağladığı düşünülebilirse de³ sigortacıların sigorta sözleşmesi akdederken ve bu sözleşmenin her aşamasında risk analizi yapmak ve primleri buna göre tespit etmek zorunda olduğu unutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, sigortacının alacaklının haklarına halef olması, primlerin kural olarak daha düşük belirlenmesine ve sigortacılık faaliyetinin hem sigortacı hem de sigortalı açısından sürdürülebilir olmasına hizmet etmektedir⁴. Kurulan bu sistem sayesinde sigortalı da zarar verenin ödeme gücü hakkında endişe etmesine gerek kalmaksızın riziko gerçekleşip zarara uğraması durumunda ödeme gücünü haiz sigortacıya başvurarak zararını tazmin ettirmek avantajını haiz olmaktadır. Böylece sigortalı hem karmaşık usuli süreçlerle uğraşmak zorunda kalmamakta hem de failin ödeme gücü bakımından endişelenmesine gerek bulunmaksızın uğradığı zararın karşılığını hızlıca elde etmektedir⁵. Sigortacının halefiyeti, zarar sigortalarında, sigortalının sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacıdan olan alacağı ile zarar verenden olan alacağının verdiği talepleri yığıştırması yoluyla zenginleşmesini önlemekte⁶, bu da

İstanbul 2011, s. 37.

³ POROY, Reha, “Sigortacının Zararın Failine Rücu-Kaza Ve Hayat Sigortalarında Vaziyet- 4772 Sayılı İşçi Sigortaları Kanununun Sistemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1953, Cilt: XIX, Sayı: 3-4, (s. 1021 vd.), s. 1023; OMAĞ, **2011**, s. 252.

⁴ Bu görüşte bkz. MÖLLER, Helmut/SEGGER, Stefan, “VVG 86”, **Langheid/Wandt Münchener Kommentar zum VVG**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2016, N. 19; ATABEK, Reşat, “Sigorta ve Sosyal Sigortada Halefiyet ve Rücu”, **İş Hukuku Dergisi**, Yıl: 1969, Cilt: 1, Sayı: 1-5, (s. 225 vd.), s. 233; TEKİL, Fahiman, “Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, (s. 113 vd.), s. 125 vd.; OMAĞ, **2011**, s. 252-253; KAYIHAN, Şaban/ BAĞCI, Ömer, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2016, s. 86-87. Ayrıca unutulmamalıdır ki, tüm ticari faaliyetlerde olduğu gibi sigortacılık faaliyetinde bulunan şirketler de kâr amacı gütmektedir. Sigortacının kanunen halef kılınması, bu amaçla da örtüşür. Bkz. TEKİL, **1998**, s. 114-115; KABUKÇUOĞLU ÖZER, Fatma Dilek, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 9-10. Ayrıca bkz. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu Madde 1 Gerekçesi.

⁵ MAAS, Konrad, **Der Rückgriff in der deutschen privaten Schadensversicherung nach Wesen und Abgrenzung**, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1931, s. 11 vd.; ÖLMEZ, Fatih, **Sigortalının, Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 74-75.

⁶ HONSELL, Heinrich, “Der Regress des Versicherers im schweizerischen Recht”, **Mélanges Bruno Schmidlin**, Basel-Frankfurt a.M., 1998, (s. 279 vd.), s. 279-280; KİSCH, Wilhelm, **Der Übergang der Entschadigungsansprüche des Versicherungsnehmers auf den Versicherten**, Wirtschaft und Recht der Versicherung, Verband öffentlicher Feuerversicherungsanstalten in Deutschland, Berlin, 1935, s. 5-6; ROSCH, Cordula, **Der gesetzliche Forderungsübergang nach der Reform des Versicherungsvertragsrechts Art.86 VVG (2008)**, Peter Lang GmbH, Frankfurt a.M., 2009, s. 36, 59

halefiyetin genel olarak haksız zenginleşmeyi önleyici amacının sigorta hukukundaki özel görünümünü teşkil etmektedir. Ayrıca, sigortacının halefiyet yoluyla kendisine intikal eden alacak hakkına dayanarak failden talepte bulunabilmesi, zararın nihai olarak gerçek sorumlu üzerinde kalmasını sağlamakta ve bu itibarıyla de halefiyet kurumunun genel amaçlarıyla örtüşmektedir⁷.

Sigortacının halefiyetinin hukuki niteliğine, bazı yazarlar tarafından sigortacının, sigorta sözleşmesi uyarınca sigortalıya taahhüt ettiği edimi ifa ettiği (yani sigortacının *kendi borcunu ödediği*) *gerekçesiyle tereddütlü yaklaşılması*, sigortacının halefiyetinin teknik anlamda (sigorta hukuku eserlerinde kullanılan terminoloji ile “borçlar hukuku anlamında”) bir halefiyet hali olmadığı ileri sürülmüştür⁸. Bu görüş, halefiyetin hukuki niteliğini ortaya koyarken iki alacak hakkını birbirinden ayırt etmediği için eleştiriye

vd.; GÜNTHER, Dirk-Carsten, **Der Regress des Sachversicherers**, 6. Auflage, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe, 2015, s. 3; MÖLLER/ SEGGER, **2016**, N. 17, 27; PLASSMANN, Sylvia, **Der Regress des Sachversicherers Gegen Dritte**, Dissertation Münster, 2000, s. 11; KARRER, Robert, **Der Regress des Versicherns gegen Dritthaftpflichtige - Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht**, Schulthess, Zürich, 1965, s. 58; RUMO-JUNGO, Alexandra, “Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge unter Berücksichtigung des Vorentwurfs für die Haftpflichtrechtsrevision”, **Zeitschrift des bernischen Juristenvereins**, Yıl: 2002, Cilt: 138, (s. 433 vd.), s. 433; ATABEK, **1969**, s. 233; POROY, **1953**, s. 1022-1023; KENDER, Rayegân, **Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku**, 14.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 351; KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1974, Cilt: 31, Sayı: 1, (s. 395 vd.) s. 406; KAYIHAN, Şaban, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti”, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2016, (s. 1595 vd.), s. 1597; BİLGE, Mehmet Emin, “Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Beta, İstanbul, 2001, (s. 67 vd.), s. 67; GÜRPINAR, Bünyamin, **Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 15 vd.; KAYIHAN/BAĞCI, **2016**, s. 86-87; TEKİL, **1998**, s. 113 vd.; OMAĞ, **2011**, s. 43; Nitekim yazar, halefiyetin asıl amacının bu olduğu kanaatinde, s. 45, 251; ÖLMEZ, **2020**, s. 13-14.

⁷ MAAS, **1931**, s. 14; KİSCH, **1935**, s. 4-5; PLASSMANN, **2000**, s. 1, 11; HONSELL, **1998**, s. 1-2; MÖLLER/SEGGER, **2016**, N. 2, 18; ATABEK, **1969**, s. 234; KAYIHAN, **2016**, s. 1597; BİLGE, **2001**, s. 68; OMAĞ, **2011**, s. 45, 251; KAYIHAN/BAĞCI, **2016**, s. 86-87; ÇEKER, Mustafa, **Sigortacının Rücu Hakkı**, www.cu.edu.tr (erişim tarihi 26.03.2022); KIZILSÜMER, Bahar, **Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 18-19; GÜRPINAR, **2016**, s. 64; ÖLMEZ, **2020**, s. 13-14. Sayılan ilkelerin dolaylı olarak hukuk güvenliği ilkesine hizmet ettiği yönünde bkz. KOENİG, Willy, **Schweizerisches Privatversicherungsrecht**, 3.Auflage, Verlag Herbert Lang & Cie., Bern, 1967, s. 292. Bunun yanı sıra halefiyet ilkesinin, sektörel bakımdan sigorta primlerinin ucuzlaması ve sigorta uygulamasının yaygınlaşmasına hizmet ettiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, **1974**, s. 401; KIZILSÜMER, **2019**, s. 20; GÜRPINAR, **2016**, s. 65 vd.

⁸ Bkz. ör. KILIÇOĞLU, **1974**, s. 400 ve OMAĞ, **2011**, s. 49-50’de zikredilen görüşler.

açıktır. Halefiyetin prototipi olarak kabul edilen kefilin halefiyeti hallerinde olduğu gibi burada da biri, kanunda ifası neticesinde alacaklının haklarına halef olacağı öngörülen üçüncü kişi ile alacaklı arasında, diğeri ise borçlu ile alacaklı arasında olmak üzere iki ayrı hukuki ilişkiden doğan iki ayrı alacak hakkının verdiği yarışan talepler bulunmakta; kanun koyucu bunlardan birinin ifasına diğerrinin sona ermesi sonucunu bağlamaktadır⁹. Nasıl ki kefil kefalet akdinden doğan borcu ödeyerek alacaklının alacak hakkının hukuken, kendiliğinden intikalini sağlamakta ise; sigortacı da sigorta sözleşmesinden doğan ifa yükümlülüğünü yerine getirerek zararın nihai sorumlusuna karşı sahip olunan alacak hakkını aynı şekilde hukuken-kendiliğinden malvarlığına katmaktadır. Alacaklının alacak hakkı, sigortacının malvarlığına dahil olup asıl borçludan (zarar verenden) rücu amacına hizmet etmektedir¹⁰. Bu bağlamda tereddüt yarattığı belirtilen husus, sigortacının halefiyetini teknik anlamda halefiyetten ayıran bir durum değildir¹¹. Nitekim Türk ve İsviçre öğretileri ile yargı uygulamasındaki hâkim görüş de kanaatimizce isabetli biçimde sigortacının halefiyetinin teknik anlamda bir halefiyet olduğu yönündedir¹².

Sigorta hukuku literatüründe ve Yargıtay kararlarında sıkça kullanıldığının¹³

⁹ KARRER, 1965, s. 11; OFTINGER, Karl, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil**, 3.Auflage, Polygraphischer Verlag A.G., Zürich, 1969, s. 337; KILIÇOĞLU, 1974, s. 401-402.

¹⁰ KARRER, 1965, s. 19.

¹¹ Türk hukukunda Omağ, BK m.109 (TBK m. 127)'un “gerçek ve teknik anlamdaki halefiyetin gerçekleşme şartlarını tespit eden bir hüküm olarak değerlendirilemeyeceğini”; “yalnızca iki özel halefiyet halini düzenlediğini” isabetle ifade etmiştir. Bkz. OMAĞ, 2011, s. 50. Ancak hemen akabinde yazar “Kanun koyucunun ihtiyaca göre kendine özgü geçerlilik ve gerçekleşme şartlarına sahip sui generis yeni halefiyet halleri yaratabileceği”ni belirtmekte; TTK’da düzenlenen halefiyetin bu hallerden biri olduğunu ifade etmektedir. Bkz. OMAĞ, 2011, s. 50. Yazarın ilk tespitine katılmakla birlikte sigorta hukukundaki halefiyetin sui generis olduğu tespitine katılmıyoruz. Pozitif hukuk açısından “tipik bir halefiyet hali”nden söz etmek mümkün olmadığına göre atipik, sui generis hallerden söz etmek fikrimizce doğru değildir.

¹² Bkz. TEKİL, 1998, s. 126 vd.; OMAĞ, 2011, s. 51, dn. 51, 52, 52a’daki yazar ve kararlar; KARRER, 1965, s. 18; KOENIG, 1967, s. 291; GRABER, Christoph, “VVG 72”, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)**, (ed. H. Honsell vd.), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2001, N. 26.

¹³ Bu ifadeyi kullanan bkz. ör. KILIÇOĞLU, 1974, s. 401; BİLGE, 2001, s. 71; ATAMER, Kerim, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca ‘Zarar Sigortaları’na Giriş”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 21, Sayı: 1, (s. 21 vd.), s. 73; SOPACI-ÖZTUNA, Birgül, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: XXVIII, Sayı: 3, (s. 117 vd.), s. 118; ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Mal ve**

aksine halefiyet başlı başına bir *hak* olmayıp bir *hukuki durumu* (sonucu) ifade etmektedir¹⁴. Zira halefiyetin verdiği yetkiler, alacaklının sahip olduğu ve ifa sonucunda üçüncü kişiye intikal eden alacak hakkının verdiği yetkilerden başkası değildir. Ayrıca, söz konusu intikal kanunen-kendiliğinden gerçekleştiğinden¹⁵ uygulamada sigorta sözleşmelerinde sıklıkla rastlanan devir kayıtlarının geçerliliği, sigortalının sahip olduğu alacak hakkının sigortacıya intikali bakımından belirleyici değildir.

B. Sigortacının Halefiyetinin Temel Şartları ve Kapsamı

1. Sigortacının Halefiyetinin Temel Şartları

Sigortalıya ödeme yapan zarar sigortacısının, sigortalının zarar verenden olan alacak hakkına halef olabilmesi için, borçlar hukuku ve sigorta hukukuyla ilgili bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. İlk olarak, geçerli bir sigorta ilişkisinin mevcut olması (yani ifada bulunanın teknik anlamda sigortacı niteliğini haiz olması)¹⁶ ve

Sorumluluk Sigortaları), 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 227; ÜNAN, Samim, **Zarar Sigortaları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 232; ÇEKER, Mustafa, **Sigorta Hukuku**, 12. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2015, s. 118; KENDER, **2015**, s. 366; ÖLMEZ, **2020**, s. 1 vd.; KAYIHAN, **2016**, s. 1604. “Halefiyet hakkı”ndan söz eden kararlar da bulunmaktadır. Bu yönde bkz. ör. Yargıtay 17.HD E.2016/6138, K.2019/6334, 20.05.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 05.12.2020); Yargıtay HGK E.2015/10-3892, K.2018/1554, 23.10.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 05.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2018/3540, K.2018/5175, 11.09.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 05.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2016/12047, K.2018/4971, 29.06.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 05.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2016/12279, K.2018/4002, 28.05.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 05.12.2020); Yargıtay HGK E.2013/11-2426, K.2015/1540, 10.06.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 05.12.2020); Yargıtay HGK E.2013/17-2267, K.2015/1352, 15.05.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 05.12.2020); Yargıtay HGK E.2013/11-1990, K.2015/1294, 29.04.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 05.12.2020).

¹⁴ ACAR, Faruk, “TBK m. 127”, **İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu, Cilt-2,3 (Madde 83-206)**, (ed. M.T. Öz vd.), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, (s. 1489 vd.), N. 2.

¹⁵ KOENİG, **1967**, s. 291; MAAS, **1931**, s. 10; KİSCH, **1935**, s. 55; MÖLLER/SEGGER, **2016**, N. 119; GRABER, **2001**, N. 26; KARRER, **1965**, s. 18; TEKİL, **1998**, s. 125 vd.

¹⁶ Bu yönde bkz. ör. ŞEKER-ÖĞÜZ, Zehra, “Halefiyet Koşulları Gerçekleşmediğinde Sigortacının Rücu Talebi Hakkında Alacağın Temlik Hükümlerine Göre Karar Verilebilir Mi? - Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt II**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1645 vd., s. 1645; YAZICIOĞLU, Emine, “TTK’nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 16, Sayı: 2 (Özel Sayı: Prof.Dr.iur. Merih Kemal Omağ’a Armağan Cilt III), Seçkin Yayıncılık, Ankara, (s. 331 vd.), s. 338-339; GÜRPINAR, **2016**, s. 92 vd.; KIZILSÜMER, **2019**, s. 57. Ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD E.2016/13695, K.2018/4957, 29.06.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2016/12047, K.2018/4971, 29.06.2018 (Kazancı İçtihat

sigortalının zarar verene karşı borçlar hukuku anlamında geçerli, talep edilebilir bir alacak hakkı¹⁷ bulunması gerekir. Ayrıca bu alacak hakkının, hukuken tazminat niteliğinde olması gerekir¹⁸. Bu hüküm anlamında tazminat, rizikonun gerçekleşmesi neticesinde ortaya çıkan zararın giderilmesine hizmet eden her türlü akdi veya kanuni talep olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Son olarak, sigortacı, sigorta tazminatını modalitelere uygun şekilde ödemiş²⁰ olmalıdır. Bu kapsamda özellikle uygulamada bazı durumlarda gerçek hak

Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020). Alman hukukunda sigorta sözleşmesi geçerli olmasa bile sigortacının sözleşmeyi geçerli kabul ederek alacaklıya ödemedeki bulunduğu durumlarda halef olacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. KİSCH, 1935, s. 39; YAZICIOĞLU, 2017, s. 338-339, dn. 25. Aynı sonuç, sigorta sözleşmesinin geçerli olduğu ancak sigortacının edimi kapsamına girdiği düşüncesiyle gerçekte borçlu olduğundan daha fazla miktar için ödeme yapması durumları bakımından da geçerlidir. Bkz. KİSCH, 1935, s. 39.

¹⁷ KOENİG, 1967, s. 287; KİSCH, 1935, s. 9; STRUB, Yael, **Der Regress des Schadensversicherers de lege lata- de lege ferenda**, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2011, s. 68; GRABER, 2001, N. 21. TTK m. 1472 hükmünün lafzında, sigorta literatüründe ve Yargıtay'ın çeşitli kararlarında “*dava hakkı*” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. ör. ATABEK, 1969, s. 244; ULAŞ, 2012, s. 226, 234 vd.; KAYIHAN, 2016, s. 1603; ATAMER, 2011, s. 71; OMAĞ, 2011, s. 88; KAYIHAN/BAĞCI, 2016, s. 91; KIZILSÜMER, 2019, s. 66; ŞEKER-ÖĞÜZ, 2010, s. 1645; YEŞİLOVA-ARAS, Ecehan, “Kredi (Ticari Alacak) Sigortasında Sigortacının Kanuni Halefiyeti İçin TTK m.1472 Hükmü Elverişli Midir?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 1, (s. 1449 vd.); Yargıtay HGK E.2000/11-745, K.2000/734, 05.04.2000 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 13.12.2020). Biz daha isabetli olduğunu düşündüğümüz “*geçerli ve dava edilebilir bir alacak hakkı*”ndan söz etmeyi uygun görüyoruz. Benzer görüşte bkz. OMAĞ, 2011, s. 91. Bu hüküm anlamında intikali mümkün alacak hakkının, intikal anında sigortalıda bulunması gerekli ve yeterlidir. Bkz. PLASSMANN, 2000, s. 13. Ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD E.2017/4592, K.2019/1648, 27.02.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020). Alacak hakkının kamu hukuku kaynaklı olması hükmün kapsamına dahil olmak bakımından sonucu değiştirmez. Bkz. PLASSMANN, 2000, s. 23 vd.

¹⁸ KOENİG, 1967, s. 288; FUHRER, Stephan, **Schweizerisches Privatversicherungsrecht**, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2011, s. 322, par. 12.37; OFTINGER, 1969, s. 346.

¹⁹ Bkz. PLASSMANN, 2000, s. 12; KARRER, 1965, s. 59. Ancak teknik olarak hangi alacakların tazminat niteliğini haiz olduğunun tespiti her durumda kolay olmamaktadır. Öğretide bu hususa ilişkin genel kabul, fikrimizce de isabetli olarak, tazmin işlevinin, sigortacılık faaliyetinin amacı gereği geniş yorumlanması gerektiği yönündedir. Bkz. PLASSMANN, 2000, s. 20 vd. KARRER, 1965, s. 59-60; GRABER, 2001, N. 20. Örneğin, 28.03.2019 tarihli HGK E.2017/11-35, K.2019/375 künyeli Yargıtay kararında, sigortacının, sigortalının maliki olduğu arabayı yediemin otoparkından çıkarabilmesi için otopark sahibine ödenmesi gereken ücretten sorumlu olmadığını ifade etmiştir. Ancak kararın Karşı Oy’unda da vurgulandığı üzere, kanaatimizce, saklayanın, bedel ödenmediği müddetçe hapis hakkına sahip olduğu kabul edilerek, sigortalı yararına akdedilen saklama sözleşmesinden doğan bedel ödeme borcunun sigortacı tarafından ödenmesi gerekir. Sigortacının daha sonra, sigortalının aracını çalandan (haksız fiilin faili) rücu talebinde bulunabilmesi söz konusu olacaktır.

²⁰ ATABEK, 1969, s. 241 vd. Sigorta sözleşmesinde sigortacının edimi kural olarak paradır ancak kanun veya tarafların anlaşması gereği aynen ifa gündeme gelebilmektedir (TTK m. 1427/I). Sigorta tazminatının konusu bir hizmetin ifası da olabilir. YAZICIOĞLU, 2017, s. 337. Uygulamada daha sık karşılaşıldığı için açıklamalarımızda “sigorta tazminatının ödenmesi” terminolojisini kullanmayı tercih etmekteyiz.

sahibinin tespiti kolay olmamaktadır²¹. Hak sahibi konusunda kuşku bulunan durumlarda TBK m. 187 uyarınca sigortacının hâkime tevdi mahalli tayin ettirmesi ve buraya ifade bulunması en uygun çözümdür. Bu ifa neticesinde sigortacı sigortalının alacak hakkına halef olacaktır.

Halefiyetin gerçekleşme anı, sigortacının hak sahibini tatmin anıdır²². Uygulamada ödemenin ispatı, sigortalıdan alınan makbuz veya senetle gerçekleşmektedir²³. Alacaklı ifa yerine edim yoluyla da tatmin edilebilmektedir. İfa yerine edim yoluyla tatmin durumunda, halefiyet anı fiilen ödemenin yapıldığı an olacaktır²⁴. Sigortacı, sigortalıdan olan bir alacağı ile takas yoluna da gidebilir. Bu durumda tatmin anı, takas beyanının etkili olduğu an olacaktır²⁵. Sigortacının ediminin türü, halefiyet sonucunun doğmasında belirleyici olmasa da sigortacıya intikal edecek olan, daima bedel alacağıdır²⁶. Bunun dışında, ödemenin iradi olarak veya icra marifetiyle yapılmış olması da halefiyet sonucunun doğması bakımından belirleyici değildir²⁷.

Sigortacının sigortalıya yaptığı ödeme neticesinde sigortalının zarar verene karşı sahip olduğu alacak hakkına kanunen halef olabilmesinin sigorta hukukuna ilişkin temel şartı ise sigortacının ödemesinin konu, kişi, zaman ve sigorta türü bakımından sigorta

²¹ Örneğin, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım halinde durum böyledir. Yargıtay 1981 tarihli bir kararında, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satımda sigortacının satıcıya ödeme yapmasının halefiyet sonucu doğuracağına karar vermiştir: Bkz. E.1981/1167 K.1981/1785, 17.04.1981 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020).

²² KARRER, 1965, s. 63; GRABER, 2001, N. 32; KİSCH, 1935, s. 42; STRUB, 2011, s. 65, 109; GÜNTHER, 2015, s. 4; ROSCH, 2009, s. 38; SARHOLZ, Olivia, **Das Quotenvorrecht - eine Untersuchung zu § 86 Abs. 1 VVG und § 116 Abs. 1 - 5 SGB X**, Peter Lang GmbH, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 2011, s. 9-10; PLASSMANN, 2000, s. 25; MÖLLER/SEGGER, 2016, N. 111; OFTINGER, 1969, s. 350; ATABEK, 1969, s. 242; KIZILSÜMER, 2019, s. 56, 59; YAZICIOĞLU, 2017, s. 335. Taksitle ödeme yapıldığı durumlarda, ödeme nispetinde halefiyet sonucu doğacaktır. Bkz. KİSCH, 1935, s. 46; STRUB, 2011, s. 110.

²³ Bkz. BİLGE, 2001, s. 70.

²⁴ Bkz. KİSCH, 1935, s. 47.

²⁵ Aynı görüşte bkz. KİSCH, 1935, s. 43; OMAĞ, 2011, s. 83. Farklı görüşte bkz. KILIÇOĞLU, 1974, s. 413: Yazar, halefiyetin takasın yapıldığı anda gerçekleşeceğini savunmaktadır.

²⁶ Bkz. KİSCH, 1935, s. 12-13.

²⁷ Bkz. KİSCH, 1935, s. 43. Aynı yönde bkz. KIZILSÜMER, 2019, s. 60; YAZICIOĞLU, 2017, s. 337: Sigortalının sigorta tazminatı alacağı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiği durumlarda İİK m. 192 uyarınca iflas masasına veya İİK m. 89 uyarınca icra müdürlüğüne yaptığı ödeme de ifa şartını sağlamaktadır.

kapsamına dahil olmasıdır. Bu bağlamda, yapılan ödeme, sigorta sözleşmesi uyarınca ödemesi gereken kapsama dahil bulunmalı (konu bakımından kapsam şartı)²⁸, zarar verici fiili işleyen, rücu borçlusu olma yönünden, yapılan sınırlandırmaların kapsamında yer almamalı (kişi bakımından kapsam şartı)²⁹ ve sigortacı tarafından yapılan ödeme, zaman bakımından sigorta kapsamına dahil olmalıdır³⁰.

Sigortacının yaptığı ödemenin halefiyet sonucu doğurabilmesi için, dış ilişkide kümülasyonun kabul edilmediği bir sigorta ilişkisi mevcut olmalıdır. Zira taleplerin yarışma halinde olmadığı sigorta türlerinde halefiyet kanunen öngörülmemiş olduğundan sigortacının yaptığı ödeme neticesinde sigortalının haklarına halef olması mümkün değildir³¹. TTK uyarınca halefiyet yalnızca mal ve sorumluluk sigortalarına³² (zarar sigortaları) özgü bir kurum olup can sigortalarında kabul edilmemektedir, zira can sigortaları, sigortacı belirli bir zararı karşılamak için ödeme yapmamakta, belirli bir

²⁸ KİSCH, 1935, s. 32 vd.; PLASSMANN, 2000, s. 31; SARHOLZ, 2011, s. 10 vd.; TEKİL, 1998, s. 129; YAZICIOĞLU, 2017, s. 342. Ayrıca bkz. Yargıtay 17.HD E.2017/5562, K.2018/8529, 03.10.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2016/11013, K.2018/5845, 01.10.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay 17.HD E.2015/17943, K.2018/8403, 01.10.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2016/13904, K.2018/5401, 18.09.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2017/1838, K.2018/5256, 12.09.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay 17.HD E.2015/16905, K.2018/4683, 07.05.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020).

²⁹ AlmSK m. 86'da mülga TTK'da olduğu gibi "üçüncü kişi" ifadesi kullanılmaktaydı. Yani, sigortacı ancak bu hüküm anlamında üçüncü kişilere karşı sahip olunan haklara halef olabiliyordu. Bu hüküm anlamında üçüncü kişi, bizim de katıldığımız tanımıyla, "menfaati sigorta sözleşmesiyle koruma altına alınmamış olan kişidir". Bkz. MÖLLER/SEGGER, 2016, N. 108. Bu olumsuz şart bağlamında temel olarak üç grup sorumlu kişiden söz etmek gerekir: Sigorta ettiren ile sigortalının farklı kişiler olması durumunda (başkası lehine sigorta) fiili işleyen sigorta ettiren olması; Sigortalılardan birinin başka bir sigortalının zarar görmesine yol açması ve Zarar verici fiili işleyen sigorta ettiren veya sigortalının, zarar gören-sigortalının "yakını" olması durumlarıdır. Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. KORKMAZ, 2021, s. 573 vd.

³⁰ SARHOLZ, 2011, s. 15. Bu bakımdan sigortacı, kural olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen rizikolardan sorumludur. Bkz. GÜRPINAR, 2016, s. 96 vd. Bu yönde bkz. Yargıtay 17.HD E.2016/1400, K.2019/369, 21.01.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2017/859, K.2018/6618, 23.10.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020).

³¹ KOENİG, 1967, s. 286; MAURER, Alfred, **Kumulation und Subrogation in der Sozial- und Privatversicherung**, Stämpfli & Cie., Bern, 1975, s. 420-421; GÜNTHER, 2015, s. 3; MÖLLER/SEGGER, 2016, N. 33; KARRER, 1965, s. 55-56; HONSELL, 1998, s. 3; GRABER, 2001, N. 2.

³² Sorumluluk sigortalarında "belirli bir mal"ın değil; bir "malvarlığının" rizikoya karşı teminat altına alınması söz konusudur. Bkz. STRUB, 2011, s. 58; OFTINGER, 1969, s. 339-340.

rizikonun gerçekleşmesi durumunda belirlenen bedeli ödeme taahhüdü altına girmektedir³³. Karma nitelikli sigortalarda, sigortacının taahhüdünün bir zararın karşılanmasını içerdiği miktar nispetinde hukuki nitelik itibarıyla bir zarar sigortasının var olduğu ve dolayısıyla ödeme yapan sigortacının halef olacağı kabul edilmektedir³⁴ (TTK m. 1510).

Bununla birlikte, özel kanunlarda düzenlenen sigorta türlerinde kendilerine has rücu hükümleri öngörülmüş olabilir. Her bir sigorta türü bakımından sigortanın halefiyete cevaz verip vermediği tespit edilmelidir. Örneğin ve özellikle sigorta öğretisinde -bizim de katıldığımız- hâkim görüş, KTK m. 95'te yer alan rücuun halefiyete dayanmayan kanuni, adi rücu hakkı olduğunu kabul etmektedir³⁵. Dolayısıyla yukarıda belirtilenler, KTK kapsamındaki rücu hakkı bakımından geçerli olmayacaktır.

2. Sigortacının Halefiyetinin Kapsamı

Sigortacının halefiyetinin kapsamı da çalışma konumuz bakımından büyük öneme sahiptir. TTK m. 1472/I uyarınca sigortacının halefiyeti, sigortalıya ödeme yaptığı ölçüde³⁶, gerçek zarar miktarını aşamayacak kapsamda gerçekleşir. Tazminat alacağı, bu alacağa bağlı haklar ve öncelik hakları, hukuken kendiliğinden bu kapsamda sigortacıya

³³ KARRER, 1965, s. 9; FUHRER, 2011, s. 312, par. 12.2; MAURER, 1975, s. 410-411; ROSCH, 2009, s. 26, 50; ATABEK, 1969, s. 256; KILIÇOĞLU, 1974, s. 424; ÇEKER, 2015, s. 120; SOPACI ÖZTUNA, 2012, s. 119, 142; OMAĞ, 2011, s. 93 vd., s. 104-105; KIZILSÜMER, 2019, s. 51.

³⁴ Aynı yönde bkz. STRUB, 2011, s. 61; ROSCH, 2009, s. 53 vd.; KARRER, 1965, s. 57; ÜNAN, 2016, s. 236; KAYIHAN, 2016, s. 1600; OMAĞ, 2011, s. 110 vd.; KAYIHAN/BAĞCI, 2016, s. 88.

³⁵ Bu görüşte bkz. ÖZSUNAY, Ergun, **Trafik Kazasında Zarar Gören Üçüncü Şahsın Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Alacak Hakkı**, 2. Baskı, Aristo, İstanbul, 2020, s. 27 vd.; ÜNAN, 2016, s. 243; KAYIHAN, 2016, s. 1608; ÖLMEZ, 2020, s. 40. KTK bağlamında zarar görenin, zarar sorumlusunun sigortacısına doğrudan doğruya başvuru hakkını haiz olması (KTK m. 97), klasik rücu düzeninde de değişimler meydana getirmektedir. Bkz. ÖZSUNAY, 2020, s. 13 vd.; KAYIHAN, 2016, s. 1607 vd.

³⁶ KİSCH, 1935, s. 50 vd.; STRUB, 2011, s. 49; SARHOLZ, 2011, s. 9; OFTINGER, 1969, s. 351; ATABEK, 1969, s. 244; POROY, 1953, s. 1024; KILIÇOĞLU, 1974, s. 412; TEKİL, 1998, s. 128; ÜNAN, Samim, "Sigortacının Halef Sıfatıyla Açtığı Rücu Davalarına İlişkin Bazı Kararlar", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Sayı: 2, (s. 1087 vd.), s. 1094. Hükmün lafzında yer alan "tazmin ettiği bedel" ifadesi kanaatimizce hukuken isabetli değildir; sigortacının "ödediği tazminat"tan veya "tazmin ettiği zarar"dan söz etmek gerekirdi. Aynı yönde bkz. ÜNAN, 2016, s. 227; SOPACI ÖZTUNA, 2012, s. 145; KENDER, 2015, s. 352. Sigortacının halefiyetinin ödenen miktar üzerinden değil; (varsa) bakiye zarar üzerinden hesaplanması gerektiği görüşünde bkz. YAZICIOĞLU, 2017, s. 353.

intikal eder³⁷. İntikal anına kadar bu haklar sigortalının malvarlığına dahildir. Sigortacının bu haklara ilişkin (teknik anlamıyla) “*beklenti*”si, sigortalının bu haklar üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandıramaz³⁸. Alacak, karakterini koruyarak intikal edeceğinden sigortalı zarar sorumlusundan hangi hukuki talep temeline dayanarak talepte bulunabilecek idiyse, sigortacı da aynı dayanakla rücu edebilecektir³⁹: “*Sigorta şirketi ödediği zarar bedeli oranında sigortalının haklarına halef olacağından (...) bedeli ödedikten sonra sigortalı hangi davayı açabilecekse sigortacı da o davayı açabilecektir*”.

Öğreti ve uygulamada, sigortacının sigortalıya ödeme yaptığı tarihten itibaren faiz talebine hak kazanacağı kabul edilmektedir⁴⁰. Ayrıca, sigortacının halefiyetinin kapsamına zararı belirleme masrafları ve TTK m. 1448 uyarınca sigortacı tarafından alınan koruma önlemlerine ilişkin masraflar da dahil olacaktır⁴¹.

Öte yandan kanunda, sigorta sözleşmelerinde halefiyetin kapsamına ilişkin bazı özel sınırlamalar öngörülmüştür. Örneğin TTK m. 1429, sigorta ettiren, sigortalı veya bunların hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin rizikonun gerçekleşmesine kasten neden oldukları durumda sigortacının sorumluluğunu (ve dolayısıyla halefiyetinin kapsamını) sınırlandırmıştır⁴².

Uygulamada sigorta şirketleri hukuki durumlarını güvence altına almak amacıyla

³⁷ KİSCH, 1935, s. 58; PLASSMANN, 2000, s. 38; GRABER, 2001, N. 28; ATABEK, 1969, s. 246; ULAŞ, 2012, s. 238 vd.; KAYIHAN, 2016, s. 1605; KAYIHAN/BAĞCI, 2016, s. 93; TEKİL, 1998, s. 130. Ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD E.2007/14965, K.2009/3422, 23.03.2009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020).

³⁸ KİSCH, 1935, s. 48.

³⁹ MAAS, 1931, s. 42; KİSCH, 1935, s. 57; ATABEK, 1969, s. 246; TEKİL, 1998, s. 130; KILIÇOĞLU, 1974, s. 416. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK E.2017/17-1088, K.2019/65, 05.02.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay HGK E.2002/11-862, K.2002/854, 23.10.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020).

⁴⁰ STRUB, 2011, s. 107; ATABEK, 1969, s. 244-245; ÇEKER, 2015, s. 126 vd.; ULAŞ, 2012, s. 250; KAYIHAN, 2016, s. 1607; KIZILSÜMER, 2019, s. 72. Farklı görüşte bkz. KENDER, 2015, s. 360.

⁴¹ ÜNAN, 2016, s. 235, 239; KIZILSÜMER, 2019, s. 69. TTK m. 1426 kapsamında zararın belirlenmesine ilişkin yapılmış olan ve sigortacı tarafından ödenen makul giderlerin halefiyet kapsamında yer almayacağı yönünde bkz. ör. KIZILSÜMER, 2019, s. 70-71; YAZICIOĞLU, 2017, s. 344.

⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen bir olayda, sigortalının rızasıyla arabasını bıraktığı otopark görevlisinin kusurlu davranışı neticesinde aracı çalınmıştır. Kararda, sigortalının rızasının varlığı karşısında otopark görevlisinin sigortalının fiillerinden sorumlu tutulduğu kişiler arasında yer alıp almadığı tartışılmış, netice itibarıyla bu iddia oy çokluğuyla kabul edilmemiştir. Bkz. Yargıtay HGK E.2017/17-3076, K.2018/498, 21.03.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020).

tazminat ödedikleri sigortalıdan, zarar görene karşı sahip olduğu alacakların sigortacıya devri içerikli “*ibraname*” aldıklarından, halefiyete ilişkin kanunda öngörülen belirlemelerin pratikte önemini yitirdiği kabul edilmektedir⁴³.

Sigortacının halefiyetinin kapsamına ilişkin olarak öğretiyi bir dönem oldukça yoğun biçimde meşgul eden bir konu da sigortacının, sigortalının uğradığı zarardan fail ile TBK m. 62 uyarınca müteselsilen sorumlu olup olmadığıdır⁴⁴. Türk öğretisinde Buz, bu soruyu, sigortacının iç ilişkiye değil, dış ilişkiye dahil olduğu, zararı karşıladığı nispette zarar görene halef olacağı ve dış ilişkiyi bu kapsamda “*zarar gören ile müteselsil sorumlular arasındaki ilişki*” olmaktan çıkararak; “*sigortacı ile müteselsil sorumlular arasındaki ilişki*” haline dönüştüreceği gerekçesiyle olumsuz yanıtlamaktadır⁴⁵. Biz de bu gerekçeye katılıyoruz. Fikrimizce sigortacının neden iç ilişkinin değil de dış ilişkinin bir parçası olduğu TBK’nın kullandığı terminoloji dikkatlice değerlendirilirse kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. TBK’nın müteselsil sorumlulukta dış ilişkiyi düzenlediği 61. maddesinde “*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*” biçiminde kaleme alınmıştır. Sigortacının bir “*zarara sebebiyet vermesi*” söz konusu olmadığına göre olsa olsa “*aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olanlar*”dan biri olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak hemen akabindeki “*İç ilişkide*” başlıklı TBK m. 62’ye bakıldığında “*Tazminatın aynı zarardan sorumlu*

⁴³ GÜNTHER, 2015, s. 17; ÜNAN, 2016, s. 245; ULAŞ, 2012, s. 230; OMAĞ, 2011, s. 43; ŞEKER-ÖĞÜZ, 2010, s. 1646; ÜNAN, 2020, s.1087-1088; GÜRPINAR, 2016, s. 60. Bu yönde bkz. Yargıtay 11.HD E.2016/9921, K.2018/3434, 10.05.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay HGK E.2013/17-1907, K.2015/1060, 18.03.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020); Yargıtay HGK E.2012/11-1602, K.2013/712, 15.05.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020). Bununla birlikte, bu belgenin alınmamış olmasının hukuken-kendiliğinden gerçekleşen intikal bakımından bir etkisi olmayacağına ilişkin olarak isabetle bkz. Yargıtay 11.HD E.2016/14511, K.2018/5674, 25.09.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 17.12.2020). Bununla birlikte, “*ibraname*” başlığı altında düzenlenen bu tür işlemlerin çoğu durumda menfi borç ikrarı niteliğinde olduğu yönünde bkz. GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 52 vd.

⁴⁴ Bu soruyu olumlu yanıtlayan kararlar için bkz. ör. Yargıtay 17.HD E.2015/9568, K.2018/4063, 12.04.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 13.12.2020); Yargıtay 17.HD E.2016/158, K.2016/997, 27.01.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 13.12.2020); Yargıtay 11.HD E.2004/9302, K.2005/5973, 09.06.2005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 13.12.2020).

⁴⁵ BUZ, Vedat, “Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: XXVIII, Sayı: 3, s. 37.

müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasından...” bahsedilmektedir. Bu hükmün, TBK m. 61 anlamında zarara sebebiyet verenleri hükmün kapsamı dışarıda bırakıyor olma ihtimali yoktur. Dolayısıyla esasında TBK m. 62’de geçen bu terim, TBK m. 61’de yer alan iki hali de kapsamına almaktadır. Bu terim yakından incelenecek olursa, haksız fiili bizzat işleyen ya da bizzat işlemese de bu fiilin neden olduğu zarardan sorumlu olan kişiyi ifade ettiği görülür. Sigortacı, bu tanıma yerleştirildiğinde oldukça önemli bir unsur, onu tanımın kapsamındaki sorumlulardan ayırmaktadır: Sigortacının sigortalının zararını karşılama yükümlülüğü bir tazminat yükümlülüğü niteliğini haiz değildir, sigortacının sigorta sözleşmesi ile üstlendiği *asli edim yükümlülüğü* bu zararın giderilmesidir⁴⁶. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin niteliği göz önüne alındığında bu hüküm anlamında “*sorumlu olduğu bir zarar*”ın mevcut olmadığı bu sözleşmenin doğası gereği ortaya çıkacaktır⁴⁷. Kaldı ki sigorta hukukundaki halefiyet düzeni ile müteselsil

⁴⁶ Bu anlayış, İsviçre Federal Mahkemesi’nin 144 III 209 künyeli kararında da benimsenmiştir. Ayrıca, belirttiğimiz yönde bir eleştiri, tam teselsül-eksik teselsül sistemini benimseyen İsviçre hukuku için de ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. BOSSARD, Robert/ DAXELHOFFER, Hans/ JAEGER, Bernard, “Das Verschulden beim Regress“, **Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts**, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1992, (s. 291 vd.), s. 304; HONSELL, 1998, s. 6; GRABER, 2001, N. 6; RUMO-JUNGO, 2002, s. 444; BUZ, 2012, s. 22, dn. 53’te belirtilen yazarlar. “*Zarardan sorumlu olanlar*”, “*tazminat yükümlüsü olanlar*”dan ayrı değerlendirilmek zorundadır. Sigortacı, *zarar* karşısında değil; *edim* karşısında borçluluyla aynı derecede sorumludur. Aynı görüşte bkz. SCHAER, Roland, **Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichsystemen**, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Frankfurt a.M., 1984, s. 147-148, par. 432, s. 165, par. 472, s. 303-304, par. 891. Benzer yönde bkz. BECK, Peter, “Zusammenwirken von Schadenausgleichsystemen”, **Handbücher Für Die Anwaltspraxis, Fünfter Band: Schaden-Haftung-Versicherung**, (ed. P. Münch vd.), Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 1999, (s. 235 vd.) s. 278, par. 6.96: Bu yazar da sigortacıyı zarara sebep olmayan ancak tazminat yükümlüsü olan anlamında, “*neutrale Ersatzpflichtige*” olarak nitelendirmektedir. Aynı yönde bkz. STRUB, 2011, s. 73 vd. Bu sistemde hâkim görüş ve ona karşı ileri sürülen eleştirilerin ayrıntıları için bkz. BUZ, 2012, s. 18 vd. Alman hukukunda aynı görüşte bkz. ROSCH, 2009, s. 34. Benzer yönde bkz. FRICK, Ilesore: **Regress- und Anrechnungsprobleme in der Summenversicherung**, Peter Lang GmbH, Frankfurt a.M., 1985, s. 169-170: Yazarın isabetle belirttiği gibi, müteselsil sorumluluğun temeli ve temelindeki ortaklık ne şekilde açıklanırsa açıklansın sigortacının müteselsil sorumlu olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, bu yazar, katılmadığımız biçimde, zarar sigortası sigortacısı-sigortalı-zarar sorumlusu arasında, aralarında özel bir denkleştirme ve rücu düzeni belirlenmiş müteselsil sorumluluk ilişkisi olduğu sonucuna varmaktadır. Bkz. s. 211. Sigorta düzenlemelerinin özel nedenlerle uygulanabilir olmadığı durumlarla sınırlı olarak, müteselsil borçluluk hükümlerinin bu ilişkilere uygulanabileceğini kabul etmektedir. Aynı sonuca karma özellik gösteren sigortalar açısından da varan yazar, aynı sonucu meblağ sigortaları açısından kabul etmemektedir. Bkz. s. 220, 227. Hâkim görüşten ayrılarak Alman hukukunda sigortacı ile zarar sorumlusu arasında bir müteselsil borçluluk ilişkisi bulunduğu görüşünü savunan bkz. MAAS, 1931, s. 28. Bu sonucun eleştirisi için bkz. MÖLLER/SEGGER, 2016, N. 25.

⁴⁷ Benzer yönde bir görüş, Türk öğretisinde de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre sigortalının zararı, sigorta tazminatının belirlenmesinde bir ölçüttür; sigortacı bu zarardan “sorumlu” değildir. Bkz. ÖZSUNAY, 2020, s. 28. Bu nedenle de sigortacının halefiyeti TBK m. 62’ye değil; doğrudan doğruya

borçluluktaki düzen, önemli farklılıklar göstermektedir. Müteselsil borçluluktaki halefiyetin sigorta ilişkilerine uygulanması en başta bu düzenlerin niteliği ile bağdaşmaz⁴⁸.

Son olarak, sigortacı müteselsil sorumlulardan biri olmaması sebebiyle, sigortacının zarar sorumlusuna rücu hakkının TBK m. 73'teki zamanaşımı süresine tâbi olması gerektiği yönündeki görüşe⁴⁹ katılmıyoruz. Halefiyet öncesinde işlemekte olan zamanaşımı süresi, halefiyetten etkilenmeksizin işlemeye devam edecektir⁵⁰.

sigorta sözleşmesini düzenleyen hükümlere dayanmaktadır. Bu yönde bkz. DALCI-ÖZDOĞAN, Nurcihan, **Müteselsil sorumluluk : Özellikle TBK md.61 ve md.162 vd. Hükümleri Bağlamında**, Seçkin, Ankara, 2015, s. 118; KAPANCI, Kadir Berk, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 413; KAPANCI, Kadir Berk, "TBK m.61-62", **İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu, Cilt-1 (Madde 1-82)**, (ed. Turgut Öz vd.), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, (s. 969 vd.), s. 1024. İyimsen bir bakış açısıyla, tam teselsül-eksik teselsül ayırımının kabul edildiği mülga BK döneminde bile sigorta hukuku öğretisinin sigortacıyı BK'nın müteselsil sorumluluk hükmü kapsamında değerlendirmemesinin nedeninin, akdın bu niteliğini dikkate almaları olduğu söylenebilir. Öğretide Kapanıcı, sigortacının müteselsil sorumlulardan biri olarak kabul edilse bile "*sigorta sözleşmelerinde halefiyet kanunda özel olarak başka hükümlerle zaten öngörüldüğü için sigortacı bakımından bu kabul dahilinde dahi büyük bir değişiklik olacağını söylenemeyeceği*" kanaatinde dir. Bkz. KAPANCI, 2019, s. 1023. Bu görüşe, sigortacının halefiyeti ile müteselsil borçlunun halefiyetinin arasında bazı benzerlikler bulunsa da kurumlar arasında çok temel nitelikte farklar bulunması nedeniyle katılmıyoruz. Örneğin, halefiyetin doğumu için aranan şartlar önemli noktalarda farklılık göstermektedir.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. KİSCH, 1935, s. 3 vd.

⁴⁹ Bu hükmün kanuna eklenmesinden önce rücu hakkının zamanaşımı süresinin ödeme tarihinden itibaren işletilmesi yönündeki görüş için bkz. BOZER, Ali, "Sigortacının Rücu'unda Zamanaşımı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1964, Cilt: 2, Sayı: 3, (s. 473 vd.), s. 476. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. STARK, Emil W., **Ausservertragliches Haftlichtrecht**, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1988, s. 239, par. 1125. Alman hukukunda da konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığından zamanaşımının rücu alacaklısının ödeme yapmasının ardından rücu borçlusuna başvurması anında işlemeye başlayacağı ve işleyecek olan sürenin, genel zamanaşımı süresi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. MÖLLER/SEGGER, 2016, N. 318 vd.

⁵⁰ KARRER, 1965, s. 65; GRABER, 2001, N. 29; KIZILSÜMER, 2019, s. 73; TEKİL, 1998, s. 131. Sorun mülga TK döneminde çokça tartışılmış; E.1970/2, K.1972/1, 17.1.1972 künyeli Yargıtay İBK ile bu yönde çözüme kavuşturulmuştur. Bununla birlikte, özellikle uygulamada sigorta tazminatının ödenmesi gerekip gerekmediği, kapsamı, miktarı üzerinde uyuşmazlık çıktığı, rizikonun geç ihbar edildiği ya da ekspertiz incelemelerinin uzun sürdüğü ve bu nedenle de sigorta tazminatının ödendiği tarihte zamanaşımı süresinin dolmuş olabileceği endişeleri dile getirilmiştir. Bkz. FRANKO, Nisim İ., "Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı", **V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bankacılık Enstitüsü**, Ankara 1988, (s. 48 vd.), s. 62 vd.; KIZILSÜMER, 2019, s. 75. Zamanaşımı süresinin sigortacının ödeme yaptığı tarihten itibaren işletilmesi gerektiği yönünde bkz. BOZER, 1964, s. 75. Alman hukukunda benimsenen "*Prozessstandschaft*" kurumunun Türk hukukunda da kabulünün zamanaşımı sorununa da çözüm getireceği yönünde bkz. SOPACI ÖZTUNA, 2012, s. 123-124. Sigortalının, TTK m. 1448 kapsamında, zamanaşımı süresinin dolmasından önce zarar sorumlusuna dava açması ve böylece zamanaşımını kesmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. FRANKO, 1988, s. 64-65. Benzer yönde, TTK m. 1472/II

II. Sigortalının Zararı Azaltma Külfeti

A. Genel Olarak Zararı Azaltma Külfeti

“Zararı azaltma külfeti”, zarar görenin, zararı azaltması veya artmasına engel olması için alınması gereken makul önlemleri alma külfetini ifade eder⁵¹. Bu bağlamda, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) gereğince, temel olarak, bir haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık nedeniyle (TBK m. 114/II atfıyla) zarar görenin zararı önlemesi ya da en düşük düzeyde tutabilmesi için kendisinden beklenen tüm önlemleri alma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmekte, bu külfetin kapsamı ve yerine getirilmemiş olmasının yaptırımını TBK m. 52/I’de hükme bağlanmaktadır. TBK m. 52/I uyarınca “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”

Bu hüküm uyarınca, zararı azaltma külfeti, ilk bakışta kavramın ismi ile çelişkili duyulabilecek biçimde, *zarar* henüz meydana gelmemiş olsa da mevcuttur. Bununla birlikte *zararı doğuran fiilin* işlenmiş olması şarttır⁵². Böylece, fiil ile zararın meydana gelmesi arasına süre girdiği durumlarda da zararı azaltma külfetinin mevcut olduğu, yani fiil nedeniyle zarar görme ihtimali bulunan kişinin, zararın ortaya çıkmaması için kendisinden TMK m. 2 uyarınca beklenen makul önlemleri alması gerektiği ortaya

kapsamında zamanaşımı süresini korumaya yönelik önlemleri alması gerektiği görüşünde bkz. OMAĞ, 2011, s. 204; KIZILSÜMER, 2019, s. 77-78.

⁵¹ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINOK ORMANCI, Pınar, **Zararı Azaltma Külfeti**, Oniki Levha Yayıncılık, Ankara, 2016; KURT, Leyla Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 64, Sayı: 3, (s. 775 vd.); WEBER, Stephan, “Die Schadenminderungspflicht- Eine metamorphe Rechtsfigur”, **Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung**, (ed. A. Koller), St. Gallen 1999, (s. 133 vd.).

⁵² İhlal teşkil eden fiil ortaya çıkmadan önce bir külfetten söz edilip edilemeyeceği sorusu ise İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1991 ve 2004 yıllarında verdiği iki kararda olumsuz yanıtlanmıştır. Bkz. ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 50. Konuya ilişkin olarak benimsenen ilke, “Sorumluluk doğuran bir fiilin somut bir biçimde ortaya çıkmasından önce, potansiyel olarak zarar görme tehlikesi bulunan kişinin, bu riske yönelik önlem alma zorunluluğunun olmayışı”dır. Zira aksinin kabulü masrafların orantısız dağılımına vesile olacaktır. Bkz. ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 51 vd.

çıkılmaktadır⁵³. Ayrıca, hiç kimse zarar verici fiilin ortaya çıktığını bilmediği ya da bilmesinin gerekmediği durumlarda zararın meydana gelmemesi için gereken önlemi almadığı gerekçesiyle sorumlu tutulamayacağına göre, zararı azaltma külfetinin doğduğu an, “zarar verici fiilin meydana geldiği ve bunun mağdur tarafından öğrenildiği yahut öğrenilebileceği an”dır⁵⁴.

B. Sigortalının Zararı Azaltma Külfetinin TTK Kapsamında Açıklanması ve Değerlendirilmesi

Konuyla ilgili sigorta hukuku düzenlemeleri incelendiğinde, yukarıda açıklanandan kısmen farklı ve karmaşık bir tabloyla karşılaşmaktadır. Değerlendirmelere geçmeden önce, ilgili hükümlerin kısaca aktarılmasında fayda görülmektedir. Zira konuyla ilgili sigorta hukuku hükümleri, sayıca fazla olup kapsamları kendi içinde yer yer örtüşse de sonuçları itibariyle farklılaşan bir düzendedir. Sigortalının zararı azaltma külfetinin genel anlamda (borçlar hukuku anlamında) zararı azaltma külfeti kapsamında değerlendirilmesi, sigorta hukuku hükümleri çerçevesinde kurulmuş olan bu düzenin anlaşılmasıyla mümkündür.

TTK’da sigortalının zararı azaltma külfetiyle ilgili dört hüküm yer almaktadır. Düzenlenme sırasına göre bunlar, TTK m. 1444, 1445, 1448 ve 1472/II’dir. TTK m. 1444’te sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak⁵⁵ tazminat tutarının artmasını etkileyici

⁵³ Bu yönde bkz. ATF 110 II 298, jdT 1976 I 232 (ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 55, dn. 188’den naklen.)

⁵⁴ ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 56.

⁵⁵ “Rizikonun ağırlaşması” iki türlü gerçekleşebilir: Rizikonun *gerçekleşme ihtimalinin* artması ya da rizikonun gerçekleşme ihtimali aynı kalmasına rağmen *meydana gelebilecek zararın miktarının artması*. İlk durum teknik olarak “tehlikenin (*Gefahr*) artması”dır. Sigorta sözleşmesinin yapıldığı andaki riziko-prim dengesinin prim aleyhine bozulduğu anda yani yeni ve yüksek bir riziko seviyesi (: *tehrlike*) var olduğu anda riziko ağırlaşmış sayılır. Bunun geriye doğru zamansal sınırı, sigorta sözleşmesinin yapılmasıdır. İleriye doğru sınırı ise yoktur. Zararın meydana gelmesinden sonra da riziko artabilir, rizikonun gerçekleşmesinden sonra alınması gereken tedbirlerin alınmaması yüzünden zararın artması da bu kapsamdadır. Bkz. OMAĞ, Merih Kemal, “Rizikonun Ağırlaşması ve Diğer Riziko Değişiklikleri”, **Özel Sigorta Hukukuna Hakim İlke ve Kurumlar (1975-2016), Makaleler-Tebliğler**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, (s. 105 vd.), s. 56; İMRE, Zahit, “Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1946, Cilt: XII, Sayı: 1, (s. 280 vd.), s. 289; MEMİŞ, Tekin, **Yangın Sigortasında Riziko**, Seçkin, İstanbul, 2001, s. 125.

davranış ve işlemlerde bulunamayacağı düzenlenmektedir. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde, sigortacının bir ay içinde sözleşmeyi feshedebileceği ya da prim farkı isteyebileceği TTK m. 1445'te ifade edilmektedir. Bu iki hükmün dahil olduğu başlık, “*Sigortalının yükümlülükleri*” ana başlığında “(b) *Beyan yükümlülüğü*”dür. Zira TTK m. 1444/II, böyle bir durumun ortaya çıktığı andan itibaren sigortalıya on günlük bir beyan süresi tanımış bulunmaktadır. “*Zararı Önleme, Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğü*” isimli (d) alt başlığına dahil TTK m. 1448 ise “*rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlar*”a özgü bir düzenleme getirerek, bu hallerde sigorta ettirene zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya üçüncü kişilere karşı sahip olunan rücu haklarının korunabilmesi için önlemler alma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlülüğün yaptırımını, ikinci fıkrada, “*sigortacı aleyhine bir durumun yaratıldığı*” hallerde kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılması olarak düzenlenmektedir. Mal sigortaları başlığına dahil “*Halefiyet*” başlıklı TTK m. 1472/II ise sigortalının halefiyet gereğince sigortacıya intikal eden haklarını ihlal edici biçimde davrandığı durumlarda sigortacıya karşı sorumlu olacağını hükme bağlamaktadır⁵⁶.

Bu bütünlük içinde hükümlere bakıldığında, şu açıklama ve değerlendirmelerin yapılması mümkündür:

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yukarıdaki⁵⁷ anlamda “zarar verici fiil”, sigortacının koşullarının ağırlaşmasına neden olan her türlü fiil; “zarar” ise rizikonun gerçekleşerek sigortacının olumsuz koşullara maruz kalması olarak anlaşılmalıdır. Bu doğrultuda, sigortalının zararı azaltma külfeti, rizikonun gerçekleşmesinden önceki zaman dilimini de kapsar. TTK m. 1448, açıkça, rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlardan başlayarak zararı azaltma külfetinin söz konusu olduğunu

⁵⁶ Konuyla ilgili bir kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Almanya’da yaşayan ve Türkiye’ye tatile gelen bir kişinin, Türkiye’de geçirdiği trafik kazası neticesinde zarara uğrayan aracını zararı azaltma külfeti kapsamında Türkiye’de yaptırmaya zorlanamayacağını ve bu nedenle de Almanya’da yaptırılan ve karşılığı sigortacı tarafından ödenen miktarın sigortacı tarafından kazada kusurlu olan tarafa rücu edilebileceğini hükme bağlamıştır. Bkz. Yargıtay HGK E.2014/17-28, K.2015/1745, 24.06.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 15.12.2020).

⁵⁷ Bkz. II, A.

ifade etmektedir⁵⁸. Yani, riziko henüz gerçekleşmemiş ancak “gerçekleşme ihtimali yüksek ise” sigortalı, zararı azaltma külfeti altındadır.

Külfetin başlangıç noktasını, rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlara kadar geri çeken hüküm TTK m. 1448 iken; rizikonun gerçekleşmesinden önce de bu külfetin mevcut olduğunu bildiren hüküm TTK m. 1444’tür. Hükümde belirtilen durumlarda sigortalının zararı azaltma külfeti⁵⁹ kapsamında ne yapması gerektiği kanun koyucu tarafından açıkça bildirilmiştir: Sigortalı, on gün içinde sigortacıya beyanda bulunacaktır (TTK m. 1444). Sigortacı bu bildirimden itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilecek, primlerde değişiklik yapabilecek (“sürprim talebi”) ya da hareketsiz kalabilecektir (TTK m. 1445). Sözleşme feshedilirse, tasfiye ilişkisi gündeme gelecektir. Primlerde değişiklik yapılarak mevcut prim artırılırsa⁶⁰ sözleşmenin yeni şartlarla devam ettiği kabul edilecek, baştan itibaren bu şekilde kurulmuş bir sigorta sözleşmesine göre herhangi bir farklılık kabul edilmeyecektir. Sigortacının herhangi bir değişiklik yapmadığı durumda da sözleşme kurulduğu şartlarla devam edecektir. Sigortacının sahip olduğu bu bir aylık süre, sigortalının zararı azaltma külfetini kesintiye uğratmayacaktır.

⁵⁸ Mülga TK m. 1293’te rizikonun gerçekleşmediği durum düzenlenmediği için bu dönemde Türk öğretisinde riziko gerçekleşmeden önce zararı azaltma külfetinin mevcut olmadığı görüşü önemli ölçüde taraftar toplamıştı. Yargıtay’ın bu konuda farklı yönde kararları bulunmaktaydı. Bkz. MEMİŞ, 2001, s. 172-173, dn. 67, 68.

⁵⁹ Kanunun ifadesiyle bu “yükümlülüğün” esasında bir *külfet* olduğu, ileride açıklayacağımız üzere, bu külfetin ihlali ve rizikonun gerçekleşmesi durumunda TTK m. 1448/II’deki “*tazminattan indirim*” yaptırımına tâbi tutulmasından anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili olarak bkz. ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 15 vd. Mülga TK döneminde aynı sonuca varan bkz. OMAĞ, 2019, s. 106. İsviçre hukukunda da genel kabulün bu yönde olduğu konusunda bkz. SCHAER, Roland, **Rechtsprobleme der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten**, Stämpfli, Bern, 1972, s. 39. Sigorta hukukundaki külfetlerin önemli bir çoğunluğunun amacı, sigorta kurumunun meydana getirdiği rizikoya karşı ortaklığın (“*Gefahrgemeinschaft*”) sigortalı tarafından amacı dışında kullanılmasına engel olmaktır. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan külfetler bakımından ilk bakışta amaç unsuru tereddüt yaratsa da sigorta ilişkisi bir bütün olarak ele alındığında aynı sonuç ortaya çıkmaktadır. Özünde külfetler, sigortacının edimi ile sigortalının prim ödeme yükümlülüğü arasındaki dengeyi kurmayı, sözleşmenin “*doğru gelişmesine*” hizmet etmeyi amaçlamaktadır. Aynı yönde bkz. SCHAER, 1972, s. 40-41. Öte yandan, sigorta hukukunda külfetlerin hukuki niteliği konusunda bazı tartışmalar bulunduğunu, özellikle bunların yan yükümlülüklerden ayrılması noktasında bazı soru işaretleri olduğunu belirtelim. Konuyla ilgili olarak bkz. SCHAER, 1972, s. 43 vd. Fikrimizce de sigorta hukukundaki külfetlerin yan yükümlülüklerden ayrımının çok belirgin olmadığı kabul edilmesi gerekir. Benzer yönde bkz. SCHAER, 1972, s. 69.

⁶⁰ Sigortacının tek taraflı bir tasarruf ile primi yükseltmeyeceği, bu konuda sigorta ettirenin rızasının alınması gerektiği; ancak sigorta ettirenin haklı bir sebep olmaksızın bu rızayı vermekten kaçındığı durumların TMK m. 2/II’ye aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz. OMAĞ, 2019, s. 107.

Riziko ile zarar arasında belirli bir sürenin geçtiği durumlarda da zararı azaltma külfeti mevcuttur. Riziko ile zarar arasına belirli bir sürenin girebileceği mantık kurallarının bir gereği olsa da rizikonun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin tereddüt, TTK m. 1473/I ile giderilmiş görünmektedir. Bu hükme göre, riziko “sigorta ettirenin sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile sorumluluğunu gerektiren olayın meydana geldiği an” olarak tanımlanabilmekte, böylece, zararın rizikodan daha sonra meydana gelebileceği hükme bağlanmış olmaktadır. Riziko ile zarar arasında belirli bir sürenin geçtiği böyle durumlarda da zararı azaltma külfetinin mevcut olduğu da yine TTK m. 1448’den çıkarılabilmektedir.

Kanaatimizce, TTK m. 1472’de “sigortalıya geçen haklar” ifadesi de yukarıda varılan sonuçlara ters düşmez. Zira fikrimizce TTK m. 1472/II, bir anlamda, “*Sigortaya ilişkin genel hükümler*” başlığı altında düzenlenmiş olan TTK m. 1448’in mal sigortalarındaki özel görünüm biçimidir. Diğer bir ifadeyle, TTK m. 1472/II’de yer alan “*ilk fıkraya göre sigortacıya geçen haklar*” ifadesi *münhasıran*, halihazırda geçmiş/intikal etmiş hakları *deği*⁶¹; genel olarak halefiyet neticesinde sigortacıya *geçmesi mümkün ya da geçmiş olan* hakları ifade etmektedir⁶². Bu durumda, bu hükme aykırılık neticesinde doğacak “*sorumluluk*”, TTK m. 1448’de öngörülenden farklı bir

⁶¹ Bu görüşte bkz. ÜNAN, 2016, s. 252; KENDER, 2015, s. 361; ÇEKER, (Rücu hakkı) ; ÖLMEZ, 2020, s. 48. Ünan, rizikonun gerçekleşmesi anı bakımından da bir ayırım yapmakta; rizikonun gerçekleşmesi veya gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakılması gereken hallerde, bu an ile halefiyetin gerçekleşmesi arasındaki sürede koruma yükümlülüğüne ilişkin olarak “*imkanlar ölçüsünde önlemler alma yükümlülüğü*” getiren TTK m. 1448’in uygulanacağını; bu andan önce ise konuya ilişkin herhangi bir açık hüküm bulunmadığından bu zaman aralığındaki ihlallerin “*rizikonun ağırlaştırılması*” kabul edilerek TTK m. 1444-1445 hükümlerine tâbi olması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, yazar, bu bölünmüş düzenleme biçimini eleştirmektedir. Bkz. s. 261-262. Öğretide Omağ ise sigortalıya ilave tedbirler alma külfetinin TTK m. 1472’ye “*yabancı*” TTK m. 1448 gibi hükümlerle yüklenmesini isabetli bulmamakta, TTK m. 1472’nin TMK m. 2 ile birlikte değerlendirilmesiyle sonuca ulaşabileceğini ifade etmektedir. Bkz. OMAĞ, 2011, s. 131. Benzer bir görüş öğretide Ölmez tarafından ileri sürülse de bu yazar TTK m. 1448 ile TTK m. 1472 arasındaki hükümlerde düzenlenen ödevlerin hukuki niteliğindeki farklılıktan hareket etmekte, TTK m. 1448’de düzenlenenin “*külfet*”, TTK m. 1472’de düzenlenenin ise “*yükümlülük*” olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, yazar, bu “*yükümlülüğün*” doğuş anını sigorta sözleşmesinin kurulması olarak kabul etmekte ve TTK m. 1448’i “*gereksiz*” adetmektedir. Bkz. ÖLMEZ, 2020, s. 52-53, 103-104.

⁶² Aynı yönde bkz. ATABEK, 1969, s. 251; OMAĞ, 2011, s. 142; ÖLMEZ, 2020, s. 48; ULAŞ, 2012, s. 239; KAYIHAN/BAĞCI, 2016, s. 94. Diğer bir ifadeyle kanaatimizce bu hükümdeki “*geçen*” ifadesi geçmiş zamanda değil, geniş zamanda kullanılmıştır. Farklı yönde bkz. KIZILSÜMER, 2019, s. 80: Yazara göre “*dava hakkı*” henüz sigortacıya intikal etmeden önce ihlale karşı sigortacının yapabileceği herhangi bir şey yoktur.

sorumluluk olmayacaktır. TMK m. 2 uyarınca “geniş anlamda”⁶³ önlem almak gereken her durumda bu önlemin alınmaması neticesinde “sigortacı aleyhine” bir durum ortaya çıkmışsa, sigorta tazminatında⁶⁴ kusurun ağırlığına göre indirim gidilecektir (TTK m. 1448)⁶⁵. Ancak bu külfetin ihlali sebebiyle sigortacının zarara uğradığı durumlarda sigortalının TBK m. 112 vd. aykırılık sebebiyle sigortacıya karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁶. Bu hüküm anlamında sigortacının zararı, sigortalıya, sigortalı zararı azaltma külfetini yerine getirmiş olsaydı yapması gereken olandan daha fazla ödeme yaptığı anda doğmaktadır. Yani, sigortacı sigorta tazminatını ödeyerek alacaklının haklarına halef olana kadar sorumluluk TTK m. 1448’e tabi iken; sigorta tazminatının ödenmesinden sonra TBK m. 112 vd. söz konusu olmaktadır⁶⁷.

Özetle, fikrimizce, zararı azaltma külfeti ifade edilen sınırlar dahilinde rizikonun gerçekleşmesinden öncesi ve sonrasını kapsamaktadır⁶⁸.

⁶³ Bu ifadeyle, riziko gerçekleştikten önce ya da sonra TMK m. 2 uyarınca yapılması beklenen tüm davranış ve işlemleri kastetmekteyiz.

⁶⁴ Aynen tazminin kararlaştırıldığı durumlarda tazminattan indirim gidilmesinin güçlük arz edebileceği ve bu nedenle zararı azaltma külfetine aykırılık nedeniyle tazminattan indirim yapılması gereken hallerde hâkimin nakden tazmine hükmederek bu külfetin ihlalinin yaptırma bağlayabileceği yönünde bkz. ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 63.

⁶⁵ Benzer yaptırımlar İsviçre hukukunda da kabul edilmektedir. Bkz. SCHAER, 1972, s. 99 vd. Zararı azaltma külfetine aykırılık ile kusurun ilişkisi öğretide çokça tartışmaya konu olmuştur. Ancak nihai olarak bizim de isabetli bulduğumuz görüş, zararı azaltma külfetinin ihlalinin teknik anlamda bir kusur kabul edilmesinin ve dolayısıyla kusurun derecesinin tazminatın indiriminde ölçüt olarak kullanılmasının teorik olarak hatalı olmadığını ifade etmektedir. Bu yönde bkz. ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 89 vd. öz. s. 92. Benzer yönde bir tartışma, müterafik kusur açısından da yapılmaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU, 1974, s. 419. Kusurun aranmasını isabetli bulmayan görüşler için bkz. ör. KENDER, 2015, s. 278, 281.

⁶⁶ Bkz. ÜNAN, 2016, s. 384; ÖLMEZ, 2020, s. 45; OMAĞ, 2011, s. 144; KILIÇOĞLU, 1974, s. 420.

⁶⁷ TTK’nın lafzından hareket ederek ulaştığımız sonuçlarla büyük ölçüde benzer sonuçlara ulaşan bir görüş için bkz. YETİŞ ŞAMLI, Kübra, “Sigortalının Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğüne İlişkin TTK Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2017, Cilt: 16, Sayı: 2, (s. 829 vd.).

⁶⁸ Benzer yönde bkz. KAYIHAN, 2016, s. 1605. Bkz. ve karşı. OMAĞ, Merih Kemal, “Türk Ticaret Kanunu’nun Sigorta Hükümlerine İlişkin Bazı Mülâhazalar”, *Özel Sigorta Hukukuna Hakim İlke ve Kurumlar (1975-2016), Makaleler- Tebliğler*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, (s. 29 vd.), s. 41. Öğretide Şenocak, rizikonun gerçekleşmesinden önce de bu külfetlerin mevcut olacağını ifade etmekteyse de külfetin başlayacağı zamanın, “rizikonun gerçekleşeceğine ilişkin doğrudan doğruya bir tehdidin mevcut olduğu andan daha önceki bir zaman noktasına getirilmemesi” gerektiğini, aksi durumun sigortanın amacına aykırı sonuçlar doğuracağını belirtmektedir. Bkz. ŞENOCAK, Kemal, “Mal sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m.1293)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1995, Cilt: 44, Sayı: 1-4, (s. 365 vd.), s. 416-417. Yukarıda söylediğimiz gerekçelerle biz TMK m. 2 kapsamında somut olay değerlendirmesi yapılması gerektiği

Ulaştığımız sonucu iki örnekle somutlaştırmak gerekirse⁶⁹, örneğin, yangına karşı sigorta edilmiş bir evin hemen bitişiğindeki komşu arazide bir restoran açılmasına karar verildiği durumda, bu kararı öğrenen sigortalının 10 gün içinde sigortacıya bildirimde bulunması gerekir (TTK m. 1444/II). Zira sigorta konusu evin bitişiğinde bir restoran açılması, yangın rizikosunun ortaya çıkması ihtimalini artıracak bir husustur. Bu bildirim üzerine sigortacı, 1 ay içinde sigorta akdini feshedebilecek, prim artışına gidebilecek ya da hareketsiz kalabilecektir (TTK m. 1445). Bu arada sigortalı, kendi evine zarar gelmesini önleyecek makul önlemleri alma külfeti altındadır (TTK m. 1448 ve 1472). Sigortalının bildirim yaptığı ve makul önlemleri aldığı halde komşu restoranda çıkan ve sigorta konusu eve sıçrayan yangın, evde zarar meydana getirirse sigortacı tazminattan indirimle gidemeyecektir. Bunun dışındaki her ihtimalde (sigortalı restoran açılması kararını bildirmemiş ve makul önlemleri almamıştır; kararı bildirmiş ancak makul önlemleri almamıştır; kararı bildirmemiş ancak makul önlemleri almıştır) sigorta tazminatından indirimle gidilebilecektir. İndirim kusura göre takdir edileceğinden kural olarak saydığımız ilk ihtimalde en fazla miktarda indirimle gidilmesi söz konusu olacaktır⁷⁰. Sigortalının, sigortacı sigorta tazminatını ödedikten sonraki davranışları nedeniyle sorumluluğu TBK m. 112 vd.'na dayanacaktır.

İkinci bir örnek, öğretilerde sıkça karşılaşılan ve tartışılan bir durum olan sigortalının, zarardan sorumlu kişiyi ibra ettiği durumlara ilişkindir⁷¹. Kanaatimizce, yukarıda açıklanan sistem çerçevesinde, bu durumlarda ilk olarak ibranın on gün içinde

ve peşin ölçüt verilemeyeceği kanaatinde olduğumuzdan yazarın görüşüne katılmıyoruz. Bununla birlikte, bizim de savduğumuz biçimde yazar, bazı durumlarda sigorta akdi sona ermesine rağmen bu külfetin devam ediyor olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. ŞENOCAK, **1995**, s. 419. Diğer bir ifadeyle, zamansal açıdan geriye doğru genişlemeyi kabul etmeyen yazar, ileriye dönük genişlemeye olumlu yaklaşmaktadır. Altınok-Ormancı, konuya ilişkin eserinde zararı azaltma külfetinin üç şartı olduğunu belirtmekte (bkz. ALTINOK ORMANCI, **2016**, s. 47), başka bir ayrıma gitmemektedir. Bu kapsamda bu yazarın da şartlar sağlandığı sürece ileriye doğru genişlemeyi kabul edeceği düşünülebilir. Alman hukukundaki düzenleme de bu yöndedir (AlmSK m. 86). Bu yönde bkz. ör. Yargıtay 11.HD E.2008/12848, K.2010/7989, 08.07.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 15.12.2020).

⁶⁹ Örnekler için bkz. KORKMAZ, **2021**, s. 592 vd.

⁷⁰ Benzer yönde bkz. ör. Yargıtay 11.HD E.2016/11691, K.2018/3662, 16.05.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Erişim Tarihi: 15.12.2020).

⁷¹ (Potansiyel) Sigortalı, sigorta sözleşmesini akdetmeden önce sorumluyu ibra etmişse, sözleşme kurulurken bu hususu bildirmek zorundadır. Aynı yönde bkz. BOZER, Ali, “*Sigortalının Rücu Hakkı*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 1964, Cilt: 2, Sayı: 3, (s. 477 vd.), s. 478-479. Bunun da bir külfet niteliğini haiz olduğu yönünde bkz. SCHAER, **1972**, s. 39.

sigortacıya bildirilmesi gerekir (TTK m. 1444/II)⁷². Bu bildirim üzerine sigortacı bir ay içinde sigorta akdini feshedebilecek, prim artışına gidebilecek ya da hareketsiz kalabilecektir (TTK m. 1445)⁷³. İlk olaydan farklı olarak bu süreçte sigortalının ibrayla ilgili olarak somut biçimde alabileceği bir önlemden kural olarak söz edilemez⁷⁴. Zira sigortacı açısından zarar verici fiil halihazırda yapılmıştır. Ne zaman ki riziko gerçekleşir ve sigortacı ödeme yapar, gerçek anlamda zarar o zaman ortaya çıkar. Zira sigortacı, ibra nedeniyle ödemesi neticesinde zarar sorumlusundan halefiyete dayalı rücu talebinde bulunamayacaktır⁷⁵. Yapılacak olan, sigortalıya başvurmak ve ondan sözleşmeye dayanan talepte bulunmaktır (TBK m. 112 vd.)⁷⁶. Esasında burada sigortacı, sigortalıya ödeme yapması ve sorumluya rücu edememesi nedeniyle zarara uğramakta; bu nedenle de sigortalıdan uğradığı zararı talep etmektedir⁷⁷.

⁷² Bu noktada öğretide Gümüş, ibra sözleşmesinin tazminat tutarını etkileyeceği sonucuna ancak TTK m. 1444'ün geniş yorumu neticesinde ulaşabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, 2015, s. 214.

⁷³ İbra sözleşmesinin sigorta sözleşmesi kurulmadan önce yapıldığı ancak bu durumun sözleşme kurulurken sigortacıya bildirilmediği durumlarda sigortacının sözleşmeden cayabileceği ancak rücu imkânı olmayan sigortacının prim farkı isteyemeyeceği yönünde bkz. GÜMÜŞ, 2015, s. 213.

⁷⁴ Bu durumlarda yalnızca ibraname imzalamaması yönünde uyarıda bulunulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, 2015, s. 214.

⁷⁵ MAURER, 1975, s. 423.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, 2015, s. 214.

⁷⁷ Elbette bu söylenen, sigortacının halefiyetinden önce akdedilen ibra sözleşmesi için geçerlidir. Halefiyeten sonra sigortalı alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybedeceğinden alacak zaten sigortalı tarafından geçerli bir şekilde ortadan kaldırılamayacaktır. Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, 2015, s. 211; KIZILSÜMER, 2019, s. 81. Buna rağmen Yargıtay'ın halefiyet sonucu doğmasına karşın sigorta ettirenin sorumluyu ibra etmesine ya da sorumluya dava açmasına dolaylı olarak cevaz verdiği ve sigorta tazminatının istirdadı taleplerini kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Bu yönde bkz. BİLGE, 2001, s. 77; KENDER, 2015, s. 361, dn. 387'de zikredilen kararlar. Benzer şekilde Yargıtay'ın, sigortalının, sigortacıdan sigorta tazminatını aldıktan sonra zarar sorumlusuna (dava yoluyla) başvurmamasının, sigortacının rücu hakkını kullanamaz hale getirdiği ve bu nedenle sigortalının mülga TK m. 1301/II uyarınca sorumlu olduğu, sigortalının fiilen çifte tazminat alma imkanının bulunması nedeniyle de sebepsiz zenginleşme ihtimalinin mevcut olduğu yönünde kararları bulunmaktadır. Bu yönde bkz. ör. Yargıtay 11.HD, E. 1979/1393, K. 1979/1954, 12.04.1979. Bu kararda Yargıtay'ın göz ardı ettiği husus, sigortacının sigortalıya ödemedede bulunması neticesinde (*yarışan taleplerden belirli birisinin konusu ifa edildiğinde*) sigortalının zarar sorumlusundan olan alacak hakkının (*diğer talep haklarının da*) sona erdiği. Bu bağlamda, sigortalının sigortacının rücu hakkını ihlal ettiğinden söz edilemez. Sigortacıdan ödeme alan sigortacının zarar sorumlusuna karşı açtığı davanın dava hakkının yokluğu gerekçesiyle reddi gerekir. Halefiyeten önce akdedilen ibra sözleşmesinin geçerliliği ise, hukuki işleme ilişkin genel geçerlilik şartlarının sağlanmasına bağlıdır. Sigorta hukuku anlamında herhangi bir engel mevcut değildir. Bkz. BOZER, 2019, a, s. 480.

Bu karmaşık hükümler sisteminde fikrimizce yapılması uygun olan; ilk olarak TTK m. 1448'e "özellikle" ifadesinin eklenerek bu yükümün münhasıran belirtilen zaman dilimine hasredilecek biçimde yorumlanmasının önüne geçmektir. Bunun yanı sıra, sigorta sözleşmesi bakımından zararı azaltma külfetinin TMK m. 2 uyarınca⁷⁸ haiz olduğu içeriğin, bir hüküm sevk etmek yoluyla somutlaştırılması düşünülebilir⁷⁹. Zira sigortalıdan, zararı azaltma külfeti çerçevesinde ne tür davranışlarda bulunmasının beklendiği açık değildir. Örneğin, sigortalının alacağı zamanaşımına uğramasını engellemek için bir dava açma yükümünden söz edilebilecek midir⁸⁰ ya da sigortacıdan tazminat elde eden sigortalının sorumluya ayrıca dava açması bir ihlal niteliğinde midir?⁸¹ Açık bir hükmün sevki, TMK m. 2 uyarınca var olan yükümlerin somutlaştırılması, diğer bir ifadeyle, "zarar görenin makul olarak alması beklenen önlem" in ne olduğunun tespiti amacına hizmet etmesi bakımından isabetli olacaktır. Ancak elbette ki, son karar, somut olaya göre verilecektir.

Zararı azaltma külfeti çerçevesinde bulunulması gereken davranışlara ilişkin benzer sorun ve tartışmalara, 2008 reformu öncesinde Alman öğretisinde de rastlanmaktadır. 2008 yılındaki reformla § 86/II AlmSK olarak sevk edilen düzenleme, sigortalının sigortacının rücu hakkını ileri sürme sürecine katılma külfetini açık bir düzenlemeye kavuşturmuştur. Buna göre sigortalı, tazminat talebini ve bu talebin güvence altına alınmasına hizmet eden hakları uygun süre ve şekillerde sağlamak ve bu hakların ileri sürülebilmesi sürecine gerektiği durumda ve ölçüde katılmak zorundadır. Görüldüğü üzere sigortalının zararı azaltma külfeti iki noktada somutlaştırılmıştır: Öncelikle bu hakların sağlanması aşamasında gerekenler yapılacak, daha sonra bu

⁷⁸ Zararı azaltma külfetinin içeriğinin belirlenmesinde de dürüstlük kuralının önemli bir yeri olduğu yönünde bkz. ALTINOK ORMANCI, 2016, s. 22-23.

⁷⁹ Her ne kadar çeşitli sigorta türlerine ilişkin olarak düzenlenen Sigorta Genel Şartları'nda bazı somutlaştırmalara yer verilse de en azından temel düzeyde bir somutlaştırmanın kanunda da yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Öğretide verilen ihlal örnekleri için bkz. ör. ÖLMEZ, 2020, s. 58 vd.

⁸⁰ KENDER, 2015, s. 366.

⁸¹ Yargıtay bunu TTK m. 1472'nin ihlali olarak değerlendirmektedir: E.1979/1393, K.1979/1954, 12.04.1979. Yargıtay'ın vardığı bu sonuca, sigortacının zarar sorumlusuna sebepsiz zenginleşmeye dayanarak talepte bulunabilmesi nedeniyle katılmayan bir görüş için bkz. ÖLMEZ, 2020, s. 74 vd.

hakların ileri sürülmesi aşamasına katkı sağlanacaktır⁸². Söz konusu düzenlemelerin ülkemizde yapılacak olası düzenlemelerde örnek alınması düşünülebilir.

III. Sigortalının Zararı Azaltma Külfetini Yerine Getirmemiş Olmasının Sigortacının Halefiyetine Etkisi

Açıklandığı üzere, TTK m. 1444, 1445, 1448 ve 1472, esas itibariyle sigortacının (halefiyete dayalı) rücu hakkını korumayı amaçlayan hükümlerdir. Öte yandan, zararı azaltma külfeti, zararın gerçek ve nihai sorumlusu üzerinde kalmasını amaçlar. Zararın gerçek ve nihai sorumlusunu tespit etmek ise bir rücu aracı olan halefiyetin kapsamını belirlemede doğrudan etkili bir husustur. Sigortacının halefiyetinin üst sınırı, failin nihai olarak sorumlu olduğu miktar olduğuna göre, bu miktarı etkileyen zararı azaltma külfetinin varlığı, sınırları ve somut olayda yerine getirilmiş olup olmadığı, sigortacının halefiyeti üzerinde doğrudan doğruya sonuç doğuracaktır.

Fail meydana gelen zararın nihai olarak ne kadarını malvarlığında taşımak zorunda ise sigortacı da o nispette ödeme yaptığı ölçüde sigortalının haklarına halef olacaktır. Sigortalı zararı azaltma külfetini yerine getirmeyerek ne ölçüde zararın doğmasına ya da artmasına neden olduysa sigortacının halefiyetinin kapsamını o ölçüde azaltacaktır. Örneğin, sigortalı 100 birimlik zarara uğramış ancak zararı azaltma külfetini ihlal etmiş olması nedeniyle fail bu zararın 80 biriminden sorumlu tutulabiliyor ise, sigortacının sigortalıya yaptığı ödeme sonucunda sigortacının haklarına halefiyetinin üst sınırı 80 birim olacaktır. Bu açıdan, somut olayda meydana gelen zararın zarar gören ile fail arasında doğru paylaşılması oldukça önemlidir. Uygulamada genellikle, zararın, nihai olarak ne kadarından failin sorumlu olduğu, sigortacının sigorta tazminatını ödemesinden sonra faile açtığı davada belirlendiğinden, aşkın miktar bakımından zararı azaltma külfetini kusuruyla yerine getirmeyen sigortalı, sigortacıya karşı TBK m. 112 vd.'na göre sorumlu olacaktır.

Varılan bu sonuç, failin hukuki durumunun kendi etki alanı dışında kalan bir nedenle ağırlaşmasını da engeller. Yukarıda açıklanan çerçevede fail, zararın nihai olarak

⁸² MÖLLER/SEGGGER, 2016, N. 287 vd.

ne kadarından sorumlu ise, (sigortalı zarar göreni tatmin ederek haklarına halef olan) sigortacıya ödeyeceği miktar da onunla sınırlı olacaktır. Böylece fail, zarar görenin ilgili menfaatini sigortalatmış olması nedeniyle (ve sonuçta, sigortacının sigortalının haklarına halef olması nedeniyle) böyle bir ilişki bulunmasaydı ödemekle yükümlü olacağından daha ağır bir yük altına sokulmamış olmaktadır.

SONUÇ

Sonuç olarak, TTK m. 1444, 1445, 1448 ve 1472 hükümleri kapsamında kurulan düzen bakımından yapılması gereken ilk tespit, her ne kadar kapsamı somut olarak pozitif düzenlemeye konu edilmemiş olsa da, rizikonun gerçekleşmesinden önce de sigortalının zararı azaltma külfetinin mevcut olduğudur (TTK m. 1444). Bu durumlarda, sigortalı, on gün içinde sigortacıya beyanda bulunacaktır (TTK m. 1444). Sigortacı bu bildirimden itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilecek, primlerde değişiklik yapabilecek (“sürprim talebi”) ya da hareketsiz kalabilecektir (TTK m. 1445). Söz konusu bir aylık süre içinde sigortalının zararı azaltma külfeti kesintiye uğramayacaktır. Bu hükümlerin ihlalinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra tespit edildiği durumlarda, ihlalin tazminat miktarına veya bedele ya da rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte olduğu hallerde, ihmalin derecesine göre, tazminattan veya bedelden indirim yapılacaktır (TTK m. 1445).

Rizikonun henüz gerçekleşmediği dönem içinde “gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu” hallere ilişkin olarak Türk kanun koyucusu, sigortalının zararı azaltma külfetine ilişkin ayrı bir düzenleme yapmayı gerekli görmüştür. TTK m. 1448 uyarınca sigortalı, “zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için, imkânlar ölçüsünde önlemler almakla yükümlü” tutulmuştur. Bu yükümlülüğe aykırılığın “sigortacının aleyhine bir durum” yarattığı hallerde, sigortalının kusurunun ağırlığına göre sigortalıya ödenecek tazminattan indirim yapılacaktır.

Rizikonun gerçekleşmesinden sonra da -elbette- sigortalının zararı azaltma külfeti mevcuttur. Bu sonuç TTK m. 1448’den hem de m. 1472’den çıkarılabilmektedir. Ancak

yukarıda da açıklandığı üzere, TTK m. 1448’de, bu külfete aykırılığın sonucu sigortalıya ödenecek tazminattan indirim yapılması iken zarar sigortalarına özgü bir düzenleme getiren TTK m. 1472 uyarınca, sigortalının sigortacıya karşı “sorumluluğu” söz konusu olacaktır. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle kanaatimizce, buradaki sorumluluk, TTK m. 1448’dekinden farklı olmayacak; sigortalının kusuru oranında sigortacının ödeyeceği tazminattan indirim yapılacaktır. Zararının tamamı karşılanmayan sigortalı, zarar sorumlusundan ayrıca talepte bulunabilecektir. Ancak kusur oranları, sigortacının zarar sorumlusuna karşı açtığı rücu davasında belirlenmektedir. Bu nedenle, sigortacının sigortalıya kusuru oranında indirim yapmaksızın fazladan ödeme yapmış olması mümkündür ve bu fazlalık, sigorta tazminatı ödendikten sonra ortaya çıkmış olacaktır. Sigortacı, yaptığı fazla ödemeyi sigortalıdan talep edebilecektir. Bu talebin dayanağı kural olarak aralarındaki sigorta sözleşmesi olacaktır.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk, “TBK m. 127”, **İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu, Cilt-2,3 (Madde 83-206)**, (ed. M.T. Öz vd.), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, (s. 1489 vd.)

ALTINOK-ORMANCI, Pınar, **Zararı Azaltma Külfeti**, Oniki Levha Yayıncılık, Ankara, 2016.

ATAMER, Kerim, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca ‘Zarar Sigortaları’na Giriş”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2011, Cilt: 21, Sayı: 1, (s. 21 vd.)

BECK, Peter, “Zusammenwirken von Schadenausgleichsystemen”, **Handbücher Für Die Anwaltspraxis, Fünfter Band: Schaden-Haftung-Versicherung**, (ed. Peter Münch, Thomas Geiser), Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 1999, (s. 235 vd.)

BİLGE, Mehmet Emin, “Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Beta, İstanbul, 2001, (s. 67 vd.)

BOSSARD, Robert/ DAXELHOFFER, Hans/ JAEGER, Bernard, “Das Verschulden beim Regress“, **Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-**

- Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts**, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1992, (s. 291 vd.).
- BOZER, Ali, “*Sigortacının Rücu Hakkı*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 1964, Cilt: 2, Sayı: 3, (s. 477 vd.) (Kısaltma: BOZER, 1964, a).
- BOZER, Ali, “*Sigortacının Rücu’unda Zamanaşımı*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 1964, Cilt: 2, Sayı: 3, (s. 473 vd.)
- BUZ, Vedat, “*Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: XXVIII, Sayı: 3, (s. 5 vd.)
- ÇEKER, Mustafa, **Sigorta Hukuku**, 12. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2015.
- ÇEKER, Mustafa, **Sigortacının Rücu Hakkı**, www.cu.edu.tr (erişim tarihi 26.03.2022)
- DALCI-ÖZDOĞAN, Nurcihan, **Müteselsil sorumluluk : Özellikle TBK md.61 ve md.162 vd. Hükümleri Bağlamında**, Seçkin, Ankara, 2015.
- FRANKO, Nisim İ., “*Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı*”, **V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bankacılık Enstitüsü**, Ankara 1988, (s. 48 vd.)
- FRİCK, Iلسelore: **Regress- und Anrechnungsprobleme in der Summenversicherung**, Peter Lang GmbH, Frankfurt a.M., 1985.
- FUHRER, Stephan, **Schweizerisches Privatversicherungsrecht**, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2011.
- GRABER, Christoph, “*VVG 72*”, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)**, (ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2001.
- GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- GÜNTHER, Dirk-Carsten, **Der Regress des Sachversicherers**, 6.Auflage, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe, 2015.

- HONSELL, Heinrich, “Der Regress des Versicherers im schweizerischen Recht”, **Mélanges Bruno Schmidlin**, Basel-Frankfurt a.M., 1998, (s. 279 vd.)
- İMRE, Zahit, “Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1946, Cilt: XII, Sayı: 1, (s. 280 vd.)
- KABUKÇUOĞLU ÖZER, Fatma Dilek, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- KAPANCI, Kadir Berk, “TBK m.61-62”, **İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu, Cilt-1 (Madde 1-82)**, (ed. T. Öz vd.), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, (s. 969 vd.)
- KAPANCI, Kadir Berk, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- KARRER, Robert, **Der Regress des Versicherns gegen Dritthaftpflichtige - Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht**, Schulthess, Zürich, 1965.
- KAYIHAN, Şaban, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti”, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2016, (s. 1595 vd.)
- KAYIHAN, Şaban/ BAĞCI, Ömer, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2016.
- KENDER, Rayegân, **Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku**, 14.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1974, Cilt: 31, Sayı: 1, (s. 395 vd.)
- KIZILSÜMER, Bahar, **Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KİSCH, Wilhelm, **Der Übergang der Entschadigungsansprüche des Versicherungsnehmers auf den Versicherten**, Wirtschaft und Recht der Versicherung, Verband öffentlicher Feuerversicherungsanstalten in Deutschland, Berlin, 1935.

- KOENİG, Willy, **Schweizerisches Privatversicherungsrecht**, 3.Auflage, Verlag Herbert Lang & Cie., Bern, 1967.
- KORKMAZ, Ekin, **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, 1. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KURT, Leyla Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: 64, Sayı: 3, (s. 775 vd.)
- MAAS, Konrad, **Der Rückgriff in der deutschen privaten Schadensversicherung nach Wesen und Abgrenzung**, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1931.
- MAURER, Alfred, **Kumulation und Subrogation in der Sozial- und Privatversicherung**, Stämpfli & Cie., Bern, 1975.
- MEMİŞ, Tekin, **Yangın Sigortasında Riziko**, Seçkin, İstanbul, 2001.
- MÖLLER, Helmut/SEGGER, Stefan, “VVG 86”, **Langheid/Wandt Münchener Kommentar zum VVG**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2016.
- OFTİNGER, Karl, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil**, 3.Auflage, Polygraphischer Verlag A.G., Zürich, 1969.
- OMAĞ, Merih Kemal, “Rizikonun Ağırlaşması ve Diğer Riziko Değişiklikleri”, **Özel Sigorta Hukukuna Hakim İlke ve Kurumlar (1975-2016), Makaleler- Tebliğler**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, (s. 105 vd.)
- OMAĞ, Merih Kemal, “Türk Ticaret Kanunu’nun Sigorta Hükümlerine İlişkin Bazı Mülahazalar”, **Özel Sigorta Hukukuna Hakim İlke ve Kurumlar (1975-2016), Makaleler- Tebliğler**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, (s. 29 vd.) (Kısaltma: OMAĞ, 2019, a)
- OMAĞ, Merih Kemal, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefiyeti**, 2.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- ÖLMEZ, Fatih, **Sigortalının, Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- ÖZSUNAY, Ergun, **Trafik Kazasında Zarar Gören Üçüncü Şahsın Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Alacak Hakkı**, 2. Baskı, Aristo, İstanbul, 2020.
- PLASSMANN, Sylvia, **Der Regress des Sachversicherers Gegen Dritte**, Dissertation
Münster, 2000.
- POROY, Reha, “Sigortacının Zararın Failine Rücuu-Kaza Ve Hayat Sigortalarında Vaziyet-4772 Sayılı İşçi Sigortaları Kanununun Sistemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1953, Cilt: XIX, Sayı: 3–4, (s. 1021 vd.)
- ROSCH, Cordula, **Der gesetzliche Forderungsübergang nach der Reform des Versicherungsvertragsrechts Art.86 VVG (2008)**, Peter Lang GmbH, Frankfurt a.M., 2009.
- RUMO-JUNGO, Alexandra, “Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge unter Berücksichtigung des Vorentwurfs für die Haftpflichtrechtsrevision”, **Zeitschrift des bernischen Juristenvereins**, Yıl: 2002, Cilt: 138, (s. 433 vd.)
- SARHOLZ, Olivia, **Das Quotenvorrecht - eine Untersuchung zu § 86 Abs. 1 VVG und § 116 Abs. 1 - 5 SGB X**, Peter Lang GmbH, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 2011.
- SCHAER, Roland, **Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen**, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Frankfurt a.M., 1984.
- SCHAER, Roland, **Rechtsprobleme der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten**, Stämpfli, Bern, 1972.
- SOPACI-ÖZTUNA, Birgül, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: XXVIII, Sayı: 3, (s. 117 vd.)
- STARK, Emil W., **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1988.
- STRUB, Yael, **Der Regress des Schadensversicherers de lege lata- de lege ferenda**, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2011.

- ŞEKER-ÖĞÜZ, Zehra, “Halefiyet Koşulları Gerçekleşmediğinde Sigortacının Rücu Talebi Hakkında Alacağın Temliki Hükümlerine Göre Karar Verilebilir Mi? - Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri-”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt II**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, (s. 1645 vd.)
- ŞENOCAK, Kemal, “Mal sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m.1293)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1995, Cilt: 44, Sayı: 1-4, (s. 365 vd.)
- TEKİL, Fahiman, “Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, (s. 113 vd.)
- ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Mal ve Sorumluluk Sigortaları)**, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- ÜNAN, Samim, “Sigortacının Halef Sıfatıyla Açtığı Rücu Davalarına İlişkin Bazı Kararlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Sayı: 2, (s. 1087 vd.)
- ÜNAN, Samim, **Zarar Sigortaları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- WEBER, Stephan, “Die Schadenminderungspflicht- Eine metamorphe Rechtsfigur”, **Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung**, (ed. A. Koller), St. Gallen 1999, (s. 133 vd.)
- YAZICIOĞLU, Emine, “TTK’nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 16, Sayı: 2 (Özel Sayı: Prof.Dr.iur. Merih Kemal Omağ’a Armağan Cilt III), Seçkin Yayıncılık, Ankara, (s. 331 vd.)
- YEŞİLOVA-ARAS, Ecehan, “Kredi (Ticari Alacak) Sigortasında Sigortacının Kanuni Halefiyeti İçin TTK m.1472 Hükmü Elverişli Midir?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 1, (s. 1449 vd.)
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra, “Sigortalının Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğüne İlişkin TTK Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 16, Sayı: 2, (s. 829 vd.)

İSVİÇRE'DE SİGORTA SÖZLEŞMESİ HAKKINDA FEDERAL KANUN'DA YAPILAN (KİSMİ) REFORM ÜZERİNE BİR İNCELEME

*A STUDY ON THE (PARTIAL) REFORM OF THE FEDERAL LAW ON THE INSURANCE CONTRACT
IN SWITZERLAND*

Hakemli Makale

Neyzen Fehmi DOLAR*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	528
I. REFORM SÜRECİ	529
II. YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER	532
A. Sistematik	532
B. Elektronik Ortamda Yapılan İşlemler	534
C. Kavramsal Değişiklikler	535
D. Cayma Hakkı (İsvSSK m. 2a ve 2b)	535
E. Sigorta Şirketinin Bilgilendirme Yükümlülüğü (İsvSSK m. 3 ve 3a)	539
F. Geçici Sigorta Himayesi (İsvSSK m. 9)	543
G. Geçmişe Etkili Sigorta (İsvSSK m. 10)	545
H. Sigorta Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Fesih Hakkı	547
1. Olağan Fesih (İsvSSK m. 35a)	547
2. Olağanüstü Fesih (İsvSSK m. 35b)	549
I. Zamanaşımı (İsvSSK m. 46)	550
İ. Emredici Hükümler ve İstisnaları (İsvSSK m. 98a)	552
SONUÇ	555

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1096908

Makalenin Geliş Tarihi: 01.04.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 22.09.2022

* Arş. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: neyzenfehmidolar@anadolu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7319-9928

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

KAYNAKÇA.....	557
---------------	-----

ÖZ

İsviçre’de sigorta hukukuna ilişkin kuralları barındıran iki temel kanun bulunmaktadır. Sigorta şirketlerinin kuruluşları, faaliyetleri ve denetimleri hakkındaki kurallar 2004 tarihli Sigorta Şirketlerinin Denetimine İlişkin Federal Kanun (İsvSDK) ile düzenlenmiştir. Sigorta sözleşmelerine ilişkin genel kurallar ise Sigorta Sözleşmesi Hakkında Federal Kanun’da (İsvSSK) yer almaktadır. 1908 tarihli İsvSSK, 1910 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana birçok kez değişikliğe uğramasına rağmen varlığını bir asırdan beri sürdürmektedir. Kanun’un günümüz koşullarına uygun olmadığı değişik zamanlarda birçok yazar tarafından vurgulanmıştır. Son yıllarda Kanun’un değiştirilmesine yönelik birçok reform çalışması yapılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda hazırlanan İsvSSK’da kısmi bir reform yapılmasına yönelik tasarı 19.07.2020’de yasalaşmış ve 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmada söz konusu kısmi reform incelenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta Sözleşmesi Hakkında Federal Kanun, Sigorta Sözleşmesi, Cayma Hakkı, Olağan Fesih, Büyük Rizikolar.

ABSTRACT

The rules regarding insurance law in Switzerland are regulated by two basic laws. The rules on the establishment, activities and supervision of insurance companies are regulated by the 2004 Federal Law on the Supervision of the Insurance Companies (IsvSDK). The general rules regarding insurance contracts are contained in the Federal Law on the Insurance Contracts (IsvSSK). IsvSSK, dated 1908, has been in existence for over a century, although it has undergone many changes since its entry into force in 1910. It has been emphasized by many authors at different times that the Law is not suitable for today's conditions. In recent years, many reform studies have been carried out to amend the Law. As a result of these studies, the draft for a partial reform in IsvSSK was enacted on 19.07.2020 and entered into force on 01.01.2022. In this study, it is aimed to examine the partial reform in question.

Keywords: Federal Law on the Insurance Contract, Insurance Contract, Right of Withdrawal, Ordinary Termination, Major Risks.

GİRİŞ

Sigorta hukuku, bir taraftan sigorta şirketlerinin kuruluşunu, faaliyetlerini ve denetimini, diğer taraftan sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki sigorta sözleşmesine dayanan hukuki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalıdır. Ülkeler arasında farklı tercihler yapılmış olmakla birlikte sigorta hukukuna ilişkin kuralların, söz konusu ikili ayırım göz önünde bulundurularak ayrı kanunlarda yer aldığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle sigorta şirketlerinin kuruluşu, faaliyetleri ve denetimi ile sigorta sözleşmeleri ayrı kanunlarla düzenlenmiştir¹. İsviçre’de de sigorta hukukuna ilişkin kurallar iki farklı kanunda yer almaktadır. Bunlardan ilki sigorta şirketlerinin sigortacılık faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler içeren Sigorta Şirketlerinin Denetimine İlişkin Federal Kanun² (İsvSDK), ikincisi ise sigorta sözleşmelerini düzenleyen Sigorta Sözleşmesi Hakkında Federal Kanun³’dur (İsvSSK). Söz konusu kanunlardan bir asırdan fazla zamandan beri yürürlükte bulunan İsvSSK’nın değiştirilmesine yönelik çalışmalar yapılmış, yapılan çalışmalar neticesinde hazırlanan 2017 tarihli tasarı (kısmi reform) 2020 yılında kabul edilmiş ve 1 Ocak 2022 itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Çalışma kapsamında ilk olarak İsvSSK’da yapılan kısmi reformun hazırlanması ve kabul edilmesi sürecine ilişkin bilgiler verilecek, daha sonra söz konusu reform kapsamında İsvSSK’da yapılan değişikliklerden bazılarına ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Bu açıklamalar sırasında tasarının gerekçesi ile doktrinde tasarıya ilişkin ileri sürülen görüş ve değerlendirmeler paylaşılacaktır.

¹ Örneğin Türkiye’de sigorta şirketlerinin kuruluşu, faaliyetleri ve denetimi, 2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda (SK), sigorta sözleşmeleri ise 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) düzenlenmiştir. Benzer bir durum Almanya’da da söz konusudur. Alman hukukunda, sigorta hukukuna ilişkin kanuni düzenleme olarak bir tarafta 2015 tarihli Sigorta Şirketlerinin Denetlenmesi Hakkında Kanun (AlmSDK) diğer tarafta 2007 tarihli Sigorta Sözleşmesi Kanunu (AlmSSK) bulunmaktadır.

² Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004 (AS 2005 5269; BBl 2003 3789).

³ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908 (AS 24 719; BBl 1904 241).

I. REFORM SÜRECİ

İsviçre hukukunda sigorta sözleşmeleri konusundaki temel düzenleme 1908 tarihli Sigorta Sözleşmesi Hakkında Federal Kanun'dur (İsvSSK)⁴. İsvSSK, esas olarak sigortacılar ile müşterileri arasındaki özel sözleşme ilişkilerini ele almaktadır⁵ ve Kanun'un 01.01.1910 tarihinde yürürlüğe girmesinden bu yana bir asırdan fazla zaman geçmiştir. Bu nedenle doktrinde İsvSSK'nın artık eskidiği ve değiştirilmesi gereken bir kanun olduğu sıklıkla vurgulanmaktadır⁶. Ayrıca Kanun'un modern bir hukuki düzenlemenin gerekliliklerini içermediği ve günümüz ihtiyaçlarını karşılayamadığı da belirtilmektedir⁷.

İsvSSK, yürürlüğe girdiği 1910 yılından bu yana farklı tarihlerde birçok kez değiştirilmiştir⁸. Son yıllardaki en önemli değişiklik, İsvSDK'nın 2004 yılında tümüyle yenilenmesi sırasında yapılandır. 2006 yılında yürürlüğe giren ve İsvSSK'da da birtakım değişiklikler getiren bu Kanun'la, İsvSSK'nın tümüyle yenilenmesine kadar beklenilmesi istenmeyen bazı hususlarda değişikliğe gidilmiştir⁹. Bu kapsamda İsvSSK'nın 3'üncü maddesinde sigortacının sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce sigorta ettireni

⁴ GAUCH, Peter, "Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig!", **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)**, 1990, Heft 1, (s. 65-78), s. 67.

⁵ MEYER, Silvan, "Finanzmarktrecht / Totalrevision VVG: Die zehn wesentlichen Neuerungen", **Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012**, (Hrsg. Daniel LENGAUER / Giordano REZZONICO) Schulthess Verlag, Zürich, 2012, (s. 75-80), s. 75.

⁶ GAUCH, 1990, s. 65; SCHNYDER, Anton K., "VVG-Revision ante portas?", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2002, Heft 1, (s. 60-60), s. 60.

⁷ EISNER-KIEFER, Andrea, "Das VVG de lege ferenda - Ein Vergleich von Kommissions- und Vernehmlassungsentwurf", **Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen**, (Hrsg. Stephan FUHRER), Schulthess Verlag, Zürich, 2010, (s. 105-116), s. 106-107; EISNER-KIEFER, Andrea, "Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?", **Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag**, (Hrsg. Pascal GROLIMUND / Alfred KOLLER / Leander D. LOACKER / Wolfgang PORTMANN), Schulthess Verlag, Zürich, 2018b, (s. 769-795), s. 770; MEYER, 2012, s. 75. Uygulamada ve yargı kararlarında Kanun'un uygulanmayan veya yok sayılan hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FUHRER, Stephan, "Vom Umgang mit einem alten Gesetz", **Personen-Schaden-Forum 2012**, (Hrsg. Stephan WEBER) Schulthess Verlag, 2012, (s. 187-197), s. 190 vd.

⁸ BRULHART, Vincent, "Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes", **Strassenverkehrsrechts-Tagung 21. Juni 2018**, (Hrsg. Thomas PROBST / Franz WERRO), Stämpfli Verlag, Bern, 2018, (s. 293-316), s. 294; EISNER-KIEFER, 2018b, s. 770.

⁹ HEISS, Helmut, "Der Vorentwurf einer 'Gesamtrevision des BG über den Versicherungsvertrag (VVG)' im Lichte der europäischen Entwicklungen", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2007, Heft 3, (s. 235-252), s. 239.

bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ayrıca İsvSSK m. 3a'da sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda uygulanacak yaptırıma yer verilmiştir¹⁰.

2011 yılında ise Federal Konsey (*Bundesrat*) tarafından İsvSSK'nın tümüyle değiştirilerek yeni bir kanun oluşturulmasına yönelik hazırlanan tasarı¹¹ Parlamento'ya sunulmuştur. Sigortalılara makul ve gerçekleştirilebilir bir koruma sağlanmasını güvence altına almayı amaçlayan¹² bu tasarı, Mart 2013'te Parlamento tarafından reddedilmiş ve Federal Konseye geri gönderilmiştir¹³. Parlamento söz konusu ret kararında Federal Konseye İsvSSK'da kısmi değişiklik yapılması için yetki vermiştir. Parlamento, kararında ayrıca kısmi değişikliğin hangi hususlara ilişkin olması gerektiğine de açıkça yer vermiştir¹⁴. Bunun üzerine Kanun'un kısmen değiştirilmesine yönelik bir tasarı hazırlanması amacıyla bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Federal Finans Departmanı

¹⁰ HASENBÖHLER, Franz, "Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherungsunternehmens", **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 31-38), s. 33 vd.; SCHNYDER, Anton K., "Totalrevision des schweizerischen VVG - Herausforderung und Überblick", **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 13-30), s. 17; SÜSSKIND, Marcel, "Die vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers gemäss Art. 3 des revidierten Versicherungsvertragsgesetzes", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2006, Heft 1, (s. 15-25), s. 15.

¹¹ Botschaft zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (BBl 2011 7705). Tasarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EISNER-KIEFER, 2010, s. 107 vd.; MEYER, 2012, s. 76 vd.; SCHNYDER, 2006, s. 23 vd.; STÖCKLI, Hubert, "Totalrevision VVG: Probebohrungen im Entwurf des Bundesrates", **Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 2012, (s. 505-513), s. 505 vd.

¹² FUHRER, Stephan, "Konsumentenschutz im VVG - Sicht der Versicherungsunternehmen", **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 143-152), s. 143-148; SCHNYDER, 2006, s. 27. Mevcut reformla da bu amaca ulaşmak için atılması gereken adımların atılmadığı hususunda bkz. BIRRER-HEIMO, Prisca, "Das Versicherungsvertragsgesetz im politischen Prozess", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 296-298), s. 298; FUHRER, Stephan, "Revision Versicherungsvertragsgesetz", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 428-429), s. 428 vd.; HEISS, Helmut, "Aktualitäten - Privatversicherungsrecht", **Jahrbuch SGHVR 2017**, (Hrsg. Stephan FUHRER), Schulthess Verlag, Zürich, 2017, (s. 109-141), s. 111; STÖCKLI, Hubert, "VVG-Entwurf 2017: lieber keine Revision als diese", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 431-435), s. 431 vd.

¹³ BIRRER-HEIMO, 2020, s. 296. Ret kararının gerekçesinin tam olarak belirli olmadığı belirtilmektedir (bkz. BRULHART, 2018, s. 295).

¹⁴ KRAUSKOPF, Frédéric, "Das Verjährungsrecht im Gesetzesentwurf der Teilrevision des VVG: auf halber Frist stehen geblieben!", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 450-454), s. 450; BRULHART, 2018, s. 295-296; EISNER-KIEFER, 2018b, s. 771; HEISS, 2017, s. 110.

öncülüğünde sigorta sektörü, Tüketiciyi Koruma Vakfı, İsviçre Sigorta Birliği, Federal Finans Piyasası Denetleme Kurumu ve diğer kurumların temsilcilerinden oluşan çalışma grubu tarafından hazırlanan tasarı 2017’de Parlamente’ye sunulmuştur¹⁵.

Hazırlanan tasarı Parlamente’nin 2013 yılındaki ret kararında belirttiği hususlara ilişkin düzenlemeler içermektedir¹⁶. Buna göre tasarıyla ilk olarak kanun sistematığı baştan sonra ele alınmış ve birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bunun dışında Kanun’a 2’nci maddeden sonra gelmek üzere eklenen iki yeni hükümlerle sigorta ettirene cayma hakkı getirilmiş, geçici sigorta himayesi kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş, geçmiş etkili sigorta belli şartlar altında yeniden düzenlenmiş ve sigorta sözleşmesinden kaynaklanan taleplere ilişkin zamanaşımı süresi iki yıldan beş yıla çıkarılmıştır. Son olarak profesyonel sigorta ettirenlerin Kanun’un kapsamı dışında tutulmasına, elektronik ortamda yapılan işlemler göz önünde bulundurularak adi yazılı şekle alternatif olarak metinle ispata imkân veren diğer şekillerin de Kanun’a dâhil edilmesine ve sigorta sözleşmesinin sona ermesi bakımından olağan fesih hakkının tanınmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır¹⁷.

İsvSSK’nın kısmen değiştirilmesine ilişkin bu tasarı, 19.06.2020 tarihinde kabul edilmiş ve 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸.

¹⁵ BIRRER-HEIMO, 2020, s. 296; FUHRER, Stephan, “Die VVG-Revision”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 295), s. 295; STÖCKLI, Hubert, “Revidiertes VVG: aufgefrischte Systematik und punktuelle Neuerungen”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 300-305), s. 300.

¹⁶ EISNER-KIEFER, 2018b, s. 771; KRAUSKOPF, 2017, s. 450.

¹⁷ BRULHART, 2018, s. 297; EISNER-KIEFER, 2018b, s. 771-772.

¹⁸ SCHMID, Markus, “Die VVG-Revision aus der Sicht der Anwaltschaft”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 305-307), s. 305; Reformun yasalaşma sürecinin on yedi yıl gibi çok uzun bir zamana yayılması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir (bkz. BIRRER-HEIMO, 2020, s. 296-297; BRULHART, 2018, s. 294). Hatta *Peter Böckli*, Basel Üniversitesindeki vergi hukuku dersi sırasında sarf ettiği “bir ülkenin mutluluk seviyesi yasama sürecinin hızıyla ölçülseydi İsviçre çok mutlu bir ülke olurdu” sözüyle bu durumu mizahi bir yaklaşımla dile getirmiştir (bkz. FUHRER, 2020, s. 295). Reformun hazırlanması ve kabul süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. BIRRER-HEIMO, 2020, s. 296-297; BRULHART, 2018, s. 294 vd.; HEISS, 2017, s. 109 vd.

II. YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER

İsvSSK’da yapılan kısmi reform çerçevesinde Kanun’a 17 yeni madde eklenmiş, 30 madde yürürlükten kaldırılmış (bunlardan 12 tanesinin yeri değiştirilmiş) ve 25 maddede ise değişiklik yapılmıştır.

A. Sistematik

Reform öncesinde İsvSSK, genel hükümler (*I. Allgemeine Bestimmungen*), zarar sigortalarına ilişkin özel hükümler (*II. Besondere Bestimmungen über die Schadensversicherung*), şahıs sigortalarına ilişkin özel hükümler (*III. Besondere Bestimmungen über die Personenversicherung*), emredici hükümler (*IV. Zwingende Bestimmungen*) ve son hükümler (*V. Schlussbestimmungen*) olmak üzere beş başlıktan oluşmaktaydı. Kanun’un 1910 yılında yürürlüğe giren ilk halinden beri mevcut olan bu sistematik, doktrinde sıkça eleştirilmesine rağmen günümüze kadar varlığını devam ettirmiştir¹⁹.

Reform sürecinde yapılan önemli değişikliklerden birisi İsvSSK’nın sistematikte gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda Kanun’un yapısı mümkün olan en az müdahaleyle okunabilirliğini ve anlaşılabilirliğini en üst düzeye çıkarmak amacıyla dikkatli bir şekilde yenilemiştir²⁰. Zira İsvSSK’da yer alan düzenlemeler, sadece sigorta alanında uzman olan kişilere değil aynı zamanda sıradan sigorta ettirenlere de yönelik olduğundan Kanun’un sıradan sigorta ettirenler tarafından da okunabilmesi ve anlaşılabilmesi önem arz etmektedir. Bu amaçla Kanun sistematiki değiştirilmiş ve önce dört kısma (*Kapitel*) ve daha sonra bu kısımlar altında bölümlere (*Abschnitt*) ayrılmıştır.

¹⁹ BRULHART, 2018, s. 298; GAUCH, 1990, s. 67 vd.

²⁰ BRULHART, 2018, s. 298; EISNER-KIEFER, 2018b, s. 772; WEBER, Stephan, “Überfällige Korrekturen im Koordinationsrecht des VVG”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 323-326), s. 324. Bu değişikliğin sıradan sigorta ettirenler bakımından Kanun’un anlaşılabilirliğini artırsa da sistematik daha basit hale gelmediği ve başlıklarda vaat edilenlerin tam olarak sunulmadığı konusunda bkz. STÖCKLI, 2020, s. 301 vd.; WEBER, Stephan, “Dringend revisionsbedürftige Systematik und Koordinationsbestimmungen des VVG - und doch nur ein halber Schritt”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 440-449), s. 443. Örneğin, sözleşmenin değiştirilmesi başlıklı bölümde yer alan sigortanın kapsamına ilişkin 33’üncü maddenin bulunduğu bölüm ile herhangi bir alakası bulunmamaktadır.

Kanun'un reform öncesindeki halinde de olduğu gibi genel hükümler (*Allgemeine Bestimmungen*) başlıklı birinci kısımda tüm sigorta sözleşmeleri bakımından geçerli olan düzenlemeler yer almaktadır (bkz. m. 1-47a)²¹. Daha iyi bir genel bakış sunulabilmesi için bu kısımda sırasıyla, sözleşmenin kurulması (*Abschluss des Vertrags*, m. 1-2b), aydınlatma yükümlülükleri (*Aufklärungspflichten*, m. 3-8), sözleşmenin içeriği ve bağlayıcılığı (*Inhalt und Verbindlichkeit des Vertrags*, m. 9-16), prim (*Prämie*, m. 19-24), sözleşmenin değiştirilmesi (*Änderung des Vertrags*, m. 28-35), sözleşmenin sona ermesi (*Beendigung des Vertrags*, m. 35a-37), rizikonun²² gerçekleşmesi (*Eintritt des befürchteten Ereignisses*, m. 38-42) ve diğer hükümler (*Weitere Bestimmungen*, m. 43-47a) başlıklı sekiz bölüm bulunmaktadır.

Beş bölüme ayrılan ikinci kısım, bazı sigorta türlerine ilişkin özel hükümleri (*Besondere Bestimmungen*) içermektedir. Bu kısımda, mal sigortası (*Sachversicherung*), sorumluluk sigortası (*Haftpflichtversicherung*), hayat sigortası (*Lebensversicherung*) ve kaza ve hastalık sigortası (*Unfall- und Krankenversicherung*) özel olarak ele alınmıştır. İkinci kısımda ayrıca koordinasyon (*Koordination*)²³ başlıklı bir bölüm de bulunmaktadır. İkinci kısım reform öncesinde Kanun'da yer alan zarar ve şahıs sigortalarına ilişkin özel düzenlemeleri içermektedir. Reform ile Kanun'un sistematüğinde esaslı bir değişiklik yapılmaksızın sadece iyileştirme yapılması çerçevesinde, doktrinde önceleri sıklıkla eleştirilen ve hatalı olduğu ileri sürülen zarar sigortası-şahıs sigortası ayrımı ortadan kaldırılmaktadır²⁴. Bunun dışında ilgili maddelerde zarar sigortaları ve meblağ sigortaları

²¹ Bu kısmın tam olarak tüm sigorta sözleşmeleri için geçerli olan hükümler barınmadığı, örneğin bu kısımda hayat sigortaları için bazı özel hükümler sevk edildiği ve bu sebeple bu kısmın bazı hükümlerinin sadece bazı sigorta türleri için geçerli olduğu görüşü için bkz. STÖCKLI, 2020, s. 301.

²² İsvSSK'da rizikoyu ifade etmek üzere “*das Risiko/die Risiken*” veya “*die Gefahr*” kavramları kullanılmış, ancak rizikonun gerçekleşmesinin ifade etmek üzere, Türkçeye korkulan olay olarak tercüme edilebilecek, “*das befürchtete Ereignis*” ifadesi tercih edilmiştir.

²³ Koordinasyon bölümünde sigorta şirketinin rücu hakkı düzenlenmiştir. Bu bölüm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. WEBER, 2020, s. 324 vd.; WEBER, 2017, s. 446 vd.

²⁴ GAUCH, 1990, s. 67; BRULHART, 2018, s. 299; EISNER-KIEFER, 2018b, s. 773; FUHRER, Stephan, “Totalrevision VVG - zur Publikation der bundesrätlichen Botschaft”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2011, Heft 4, (s. 343-350), s. 347; WEBER, 2020, s. 323. Doktrinde bu ayrımın elma ile armudu karşılaştırmak anlamına geldiği ve sigorta hukukunda sigorta türleri bakımından yapılan sınıflandırmalardan hiçbirine uymadığı belirtilmiştir (bkz. WEBER, 2017, s. 440).

ayrımı göz önünde bulundurularak düzenleme yapılmıştır (örneğin bkz. İsvSSK m. 3, 73 ve 96).

İsvSSK'nın reform öncesi halinde de olduğu gibi emredici hükümlere (*Zwingende Bestimmungen*) yine ayrı bir başlık altında üçüncü kısımda yer verilmiştir. Bu kısımda tüm sigorta sözleşmeleri bakımından geçerli olan mutlak ve nispi emredici hükümlere ve bu hükümlerin istisnalarına, özellikle profesyonel sigorta ettirenlere ilişkin hususlar dört maddede yeniden düzenlenmiştir. Dördüncü kısım ise son hükümlerdir (*Schlussbestimmungen*).

Görüldüğü üzere yapılan değişiklikler ve düzenlemeler aracılığıyla Kanun'da sistematik açıdan daha net bir yapı oluşturulmuştur. Bunun için her ne kadar bu yolda bazı hükümlerin yerlerinin değiştirilmesi gerekse de Kanun'un okunabilirliği ve anlaşılabilirliği önemli ölçüde artmıştır.

B. Elektronik Ortamda Yapılan İşlemler

Reform ile elektronik ortamda yapılan işlemler Kanun'a dâhil edilmiştir. Bu kapsamda adi yazılı şekil dışında bir şekle izin verilerek farklı iletişim yollarının metin ile kanıtlanması imkânı getirilmiştir. Böylece Kanun'un değişik hükümlerinde birçok işlem ve beyanın "...yazılı olarak veya metinle ispata imkân sağlayan başka bir şekilde... (*schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht*)" yapılması mümkün hale gelmiştir²⁵. Bu şekil türünde yazılı şeklin aksine el ile imza atılmasına gerek olmadığından işlem süreci basitleşmektedir. Bu husus sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü metin yoluyla ispata imkân sağlayan şekilde yerine getirebileceğine ilişkin İsvSSK m. 3'ün gerekçesinde de belirtilmiştir. Buna göre yazılı şekle alternatif olarak getirilen metin yoluyla ispata imkân sağlayan şekil, yazılı şeklin aksine el ile imza atılmasını gerektirmemektedir ve faks mesajlarını, makine aracılığıyla oluşturulan mektupları, e-postaları, telgraf veya SMS yoluyla gönderilen mesajları da içermektedir²⁶.

²⁵ Bkz. İsvSSK m. 2a, 3, 3a, 4, 6, 20, 28, 35a, 35b, 44, 46b, 54, 89 ve 95.

²⁶ BBI 2017 5089, 5098.

C. Kavramsal Değişiklikler

Kısmi reform çerçevesinde İsvSSK'nın tamamında geçerli olacak şekilde bazı kavramlara dair ifadelerde değişikliğe gidilmiştir²⁷. Bu kapsamda getirilen en önemli yenilik sigortacı (*Versicherer*) ifadesinden vazgeçilmiş olmasıdır. Şöyle ki sigortacı anlam bakımından içinde şirket kelimesini de barındıran bir kavramdır. Zira sigortacılar, kişilerin maruz kaldığı rizikoların topluluğa yayılmasının öznesini oluşturduklarından ticaret şirketi şeklinde örgütlenmek durumundadırlar. Bu nedenle İsviçre'de kanun koyucu sigortacıların bu özelliğini ön plana çıkarmak amacıyla Kanun'un tamamında sigortacı yerine sigorta şirketi (*Versicherungsunternehmen*) ifadesinin tercih edilmesini uygun görmüştür²⁸. Bunun dışında güncelliğini yitirmiş bazı ifadeler, dildeki çağdaş kullanımlarıyla veya daha kısa ifadelerle (örneğin sözleşmenin temsilci vasıtasıyla akdedilmesi “*Vertragsabschlüsse durch Stellvertreter*” yerine temsil “*Stellvertretung*”) değiştirilmiştir²⁹.

D. Cayma Hakkı (İsvSSK m. 2a ve 2b)

Kısmi reform ile Kanun'a 2'nci maddeden sonra gelmek üzere iki yeni hüküm eklenmiştir. Söz konusu maddelerde tüm sigorta türleri bakımından geçerli olacak şekilde sigorta ettirene cayma hakkı tanınmıştır³⁰ (İsvSSK m. 2a ve 2b). Bu hükümlerden 2a maddesinde cayma hakkının şartları, 2b maddesinde ise cayma hakkının kullanılmasının hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Ayrıca reform sırasında İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İsvBK) kapıdan satış ve benzeri sözleşmeler bakımından geçerli olan cayma hakkına

²⁷ Kanun'un reform öncesi halinin dil bakımından yetersiz olduğu ve bu yetersizliğin Kanun'un anlaşılmasını zorlaştırdığı yönünde bkz. GAUCH, 1990, s. 67.

²⁸ Bu tercih esasında herhangi bir değişiklik içermemektedir (bkz. STÖCKLI, 2020, s. 300).

²⁹ EISNER-KIEFER, 2010, s. 108.

³⁰ WYSSMANN, Daniel / STREICH, Franziska, “Die Totalrevision des VVG 4. Braucht es Widerrufsrecht?”, *Haftung und Versicherung (HAVE)*, 2007, Heft 4, (s. 279-280), s. 279. Doktrinde *Eisner-Kiefer*, cayma hakkının günümüz ihtiyaçlarına gerçekten uygun olup olmadığını sorgulamaktadır. Zira yazara göre sigorta ettirene cayma hakkının tanınmasındaki temel amaç, onun aceleyle karar almasına karşı korumaktır. Ancak hem sigorta şirketinin sigorta ettireni bilgilendirmekle yükümlü olması hem de kişilerin internet üzerinden bilgi alabilme imkanının bulunması, sigorta müşterilerinin sözleşme yapmaya yönelik öneri veya kabul beyanını açıklamadan önce sigorta ürünü hakkında bilgi edinebilmesi ve piyasadaki diğer ürünlerle karşılaştırabilmesi için yeterli koşulların oluşmasını sağlamaktadır. Bu nedenle geçmişe kıyasla sözleşmenin kurulmasına ilişkin kararın aceleyle alınması riski azalmış, hatta neredeyse yok ortadan kalkmıştır. (Daha fazla bilgi için bkz. EISNER-KIEFER, 2018b, s. 778-779).

ilişkin 40a maddesinde de değişiklik yapılmış ve sigorta sözleşmeleri, bu hükmün uygulamasından istisna tutulmuştur (bkz. İsvBK m. 40a/2bis)³¹. İsvSSK m. 98'e göre her iki hüküm de nispi emredicidir. Başka bir ifade ile bu hükümler sigorta ettiren ve hak sahipleri aleyhine değiştirilemeyecektir.

İsvSSK'nın "cayma hakkı" başlıklı 2a maddesi şu şekildedir:

¹*Sigorta ettiren, sözleşme kurmaya yönelik önerisinden veya kabul beyanından yazılı olarak veya metin yoluyla ispatı mümkün kılan herhangi bir şekilde cayabilir.*

²*Cayma süresi 14 gündür ve bu süre sigorta ettirenin sözleşme kurmak amacıyla öneride bulunmasıyla veya sözleşmeyi kabul etmesiyle başlar.*

³*Sigorta ettirenin cayma beyanını cayma süresinin son gününde sigorta şirketine bildirmesi veya cayma beyanını postaya vermesi durumunda son tarihe uyulmuş olur.*

⁴*Cayma hakkı, grup şahıs sigortaları, geçici sigorta himayeleri ve bir aydan kısa süreli sigorta sözleşmeleri bakımından mevcut değildir.*

⁵*Zarar gören üçüncü kişiler, cayma hakkının kullanılmasına rağmen taleplerini iyiniyetli olarak sigorta şirketine karşı ileri sürebildikleri sürece, sigorta ettiren prim borcunu yerine getirmekle yükümlüdür ve sigorta şirketi zarar gören üçüncü kişilere karşı sözleşmenin geçersizliği ileri süremez."*

Görüldüğü üzere bu yeni hüküm ile sigorta ettirene sözleşme kurmaya yönelik irade beyanından cayabilme imkânı getirilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, sigorta ettirenin cayma hakkı sadece sözleşmenin kurulması bakımından söz konusudur. Sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmede değişiklik yapılması halinde sigorta ettirenin İsvSSK m. 2a'dan kaynaklanan cayma hakkını kullanması mümkün değildir³². Sigorta ettiren, cayma

³¹ BIRRER-HEIMO, 2020, s. 297; HOLLIGER-HAGMANN, Eugénie, "Konsumentenschutz im neuen Privatversicherungsrecht", **Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER), Schulthess Verlag, Zürich, 2012, (s. 15-30), s. 23; PFUND, Peter, "Zustandekommen und Widerruf des Versicherungsvertrages", **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 39-52), s. 45.

³² BRULHART, 2018, s. 300.

iradesini yazılı olarak beyan edebileceği gibi metin yoluyla ispatı mümkün kılan herhangi bir şekilde de ortaya koyabilir (İsvSSK m. 2a/1).

Kanun koyucu sigorta ettirenin cayma hakkını kullanabileceği süreyi on dört gün olarak belirlemiştir (İsvSSK m. 2a/2). On dört günlük cayma süresinin başlangıç anı sözleşmenin kurulmasına yönelik öneri beyanında bulunan tarafa göre değişmektedir. Gerçekten de İsvSSK m. 2a/2 uyarınca, sigorta sözleşmesi sigorta ettirenin önerisinin sigorta şirketi tarafından kabul edilmesiyle kurulmuşsa sigorta ettirenin cayma hakkını kullanabileceği on dört günlük süre sigorta ettirenin sözleşme kurmaya yönelik önerisini sigorta şirketine bildirdiği andan itibaren başlayacaktır. Buna karşılık sigorta ettirenin sigortacıdan gelen öneriyi kabul etmesiyle sözleşme kurulmuşsa, cayma süresi sigorta ettirenin öneriyi kabul etmesiyle başlayacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki cayma süresinin başlangıç anı, esasen sigorta şirketinin İsvSSK m. 3/1-h uyarınca cayma hakkına ilişkin bilgilendirme yapmış olmasıyla bağlantılı değildir. Başka bir ifadeyle sigorta şirketinin cayma hakkına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinin, sigorta ettirenin İsvSSK m. 2a/2'den kaynaklanan on dört günlük cayma hakkının başlangıç anına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Çünkü İsvSSK m. 3a/1 uyarınca sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigorta ettiren sözleşmeyi feshetme imkânına sahiptir³³.

Sigorta ettirenin cayma hakkını kullanabilmesi için bu yöndeki iradesini on dört gün içinde sigorta şirketine bildirmesi veya postaya vermesi yeterlidir. Başka bir ifadeyle sigorta ettiren cayma beyanını on dört günlük sürenin son gününde sigorta şirketine bildirmişse veya postaya vermişse, cayma hakkını süresi içinde kullanmış sayılacaktır (İsvSSK m. 2a/3).

³³ *Stöckli*, bu durumu eleştirmektedir. Yazar, cayma hakkına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde sigorta ettirenin cayma hakkını kaybetmemesi gerektiğini savunmaktadır (bkz. *STÖCKLI*, 2017, s. 423). *Brulhart* ise, uzun süreye yayılan bir sözleşmeden cayılmasının çeşitli pratik ve hukuki sorunlara neden olabileceği gerçeğinin gözden kaçırılmaması gerektiğini ileri sürerek yazara katılmadığını belirtmektedir (bkz. *BRULHART*, 2018, s. 300).

Sigorta ettiren, kural olarak tüm sigorta sözleşmesi türleri bakımından cayma hakkına sahiptir³⁴. Ancak grup şahıs sigortalarında, geçici sigorta himayelerinde ve bir aydan kısa süreli sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin cayma hakkı söz konusu değildir³⁵ (bkz. İsvSSK m. 2a/4). Grup sigorta sözleşmelerinde cayma hakkına izin verilmemesinin esas nedeni, sigorta ettirenin (işverenin) cayma hakkını kullanması ihtimaline karşı sigortadan faydalananların (çalışanların) korunması, başka bir ifadeyle sigortadan faydalananların menfaatlerinin cayma nedeniyle tehlikeye girmesinin istenmemesidir³⁶. Geçici sigorta himayelerinin genellikle kısa süreli olması, bunlar bakımından cayma hakkının getirilmesine engel oluşturmaktadır³⁷.

Sigorta ettirenin cayma hakkını kullanmasının zarar gören üçüncü kişilere etkisi ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre sigorta ettirenin cayma hakkını kullanmasına rağmen sigorta şirketine karşı taleplerini iyiniyetli olarak ileri sürebilen zarar gören üçüncü kişiler bakımından sigorta sözleşmesi geçerliliğine koruyacaktır. Bu durumda sigorta şirketi zarar gören üçüncü kişilere karşı sözleşmenin geçersiz hale geldiğini ileri süremeyeceği gibi sigorta ettirenin de prim ödeme borcu devam edecektir (m. 2a/5).

Cayma hakkına ilişkin Kanun'a eklenen ikinci yeni hüküm "*caymanın sonuçları*" başlıklı İsvSSK 2b maddesidir. Bu hükümde sigorta ettirenin İsvSSK m. 2a'da düzenlenen cayma hakkını kullanmasının mevcut sigorta sözleşmesine etkisi düzenlenmektedir. Buna göre:

"¹Cayma, sigorta ettirenin sözleşme kurmaya yönelik öneri veya kabul beyanının baştan itibaren geçersiz olmasına neden olur. Birim bağlantılı³⁸ hayat sigortalarında, cayma anında geçerli olan değer geri ödenmesi gerekir.

²Taraflar, ifa edilmiş edimleri geri vermek zorundadır.

³⁴ BRULHART, 2018, s. 300.

³⁵ BRULHART, 2018, s. 300; WYSSMANN / STREICH, 2007, s. 279.

³⁶ PFUND, 2006, s. 47.

³⁷ PFUND, 2006, s. 47.

³⁸ İngilizce karşılığı "*unit-linked life insurance*" olan "*anteilgebundene Lebensversicherung*" Türkçeye birim bağlantılı hayat sigortası olarak çevrilmiştir.

³*Sigorta ettirenin sigorta şirketine karşı herhangi bir tazminat borcu yoktur. Hakkaniyetin gerektirmesi halinde sigorta ettiren, sigorta şirketinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin iyiniyetle yaptığı özel araştırma masraflarını kısmen veya tamamen geri ödemek zorundadır.”*

Yeni 2b maddesi, caymanın sonuçlarını düzenleyen yarı emredici bir hükümdür (bkz. İsvSSK m. 98). Sözleşme kurmaya yönelik irade beyanından cayan kişi sözleşmeden doğan herhangi bir edimin ifasını talep edemez. Çünkü caymanın hukuki sonuçları *ex tunc* olarak ortaya çıkar³⁹. Başka bir ifadeyle cayma ile sigorta ettirenin sözleşme kurmaya yönelik öneri veya kabul beyanı baştan itibaren geçersizdir (İsvSSK m. 2b/1). Bu nedenle eğer varsa hâlihazırda yerine getirilmiş olan edimlerin de iade edilmesini gerekir (İsvSSK m. 2b/2)⁴⁰.

Sigorta ettirenin cayma hakkını kullanması halinde kural olarak sigorta şirketine karşı herhangi bir tazminat borcu bulunmamaktadır⁴¹. Zira aksine bir durum cayma hakkının amacına ve ruhuna aykırılık teşkil eder. Ancak sigorta şirketinin sözleşmenin kurulması sırasında iyiniyetli olarak yaptığı özel araştırmalara ilişkin masrafların tamamının veya bir kısmının, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde sigorta ettiren tarafından karşılanması zorunludur (İsvSSK m. 2b/3)⁴². Söz konusu özel araştırmalardan sigorta şirketinin sözleşmenin akdedilmesine ilişkin yaptığı ücretli tıbbi veya teknik araştırmaları anlamak gerekir.

E. Sigorta Şirketinin Bilgilendirme Yükümlülüğü (İsvSSK m. 3 ve 3a)

Reform kapsamında Kanun'un bilgilendirme yükümlüğünü düzenleyen m. 3 ve 3a hükümlerinde de birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Önceki düzenlemede sigorta şirketinin, kimliği ve sözleşmenin önemli noktaları hakkında sigorta ettireni açıkça ve anlaşılır şekilde bilgilendirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir (İsvSSK m. 3). Burada amaçlanan, sigorta sözleşmenin niteliği gereği

³⁹ BRULHART, 2018, s. 300.

⁴⁰ PFUND, 2006, s. 48.

⁴¹ BRULHART, 2018, s. 300.

⁴² Hükümün dördüncü fıkrasındaki istisnaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. PFUND, 2006, s. 48.

tarafların karşılıklı ve birbirine uygun gerçek irade beyanlarına dayanmasıdır⁴³. Nispi emredici nitelikte olan⁴⁴ söz konusu hükümde sigorta şirketinin bilgilendirme kapsamında aktarması gereken sözleşme içeriğine dair bazı hususlar sınırlı şekilde sayılmıştır⁴⁵. Bunlar⁴⁶;

- Sigortalanan riziko,
- Sigorta teminatının kapsamı,
- Ödenmesi gereken prim ve sigorta ettirenin diğer yükümlülükleri,
- Sözleşmenin süresi ve sona ermesi,
- Artık kalan miktarın tespitine ve iştirakine ilişkin hesaplama ve paylaşım esasları ve yöntemleri,
- Geri alım ve dönüştürme değerleri ve
- Verilerin toplanmasının amacı ve türü de dahil kişisel verilerin işlenmesine ve ayrıca veri alıcısına ve verilerin saklanmasına ilişkin bilgilerdir.

Reform çerçevesinde ilk olarak sigorta şirketinin bilgilendirme yükümlülüğünde bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu doğrultuda öncelikle sigorta şirketinin sunması gereken bilgilerin kapsamı genişletilmiştir⁴⁷ (bkz. İsvSSK m. 3). Böylece tarafların sigorta sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerine ilişkin şeffaflığın daha da artırılması amaçlanmaktadır. Hükümde yer alan ve bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında aktarılması gereken bilgiler yine sınırlı sayıdadır⁴⁸.

İsvSSK m. 3/1-b hükmüne, sigorta şirketi tarafından sigorta teminatının yanı sıra, akdedilen sigorta sözleşmesi çerçevesinde bir meblağ sigortasının mı yoksa bir zarar

⁴³ Düzenlemenin getiriliş amaçları hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜSSKIND, 2006, s. 15-16.

⁴⁴ SÜSSKIND, 2006, s. 25.

⁴⁵ Doktrinde *Süsskind*, İsvSSK m.3/1'in birinci cümlesinde genel kurala yer verildiğini, kanun koyucunun ikinci cümlede çok önemli gördüğü hususları saydığını, sigorta şirketinin maddede sayılanlar dışında aktarması gereken bilgiler olduğunu ve bu nedenle ikinci cümlede yapılan sayımın sınırlı sayıda olmadığı görüşündedir (bkz. SÜSSKIND, 2006, s. 20).

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. HASENBÖHLER, 2006, s. 34-35; SÜSSKIND, 2006, s. 17-19.

⁴⁷ BRULHART, 2018, s. 301.

⁴⁸ HOLLIGER-HAGMANN, 2012, s. 20.

sigortasının mı söz konusu olduğu hakkında da bilgilendirme yapılması gerektiği eklenmiştir⁴⁹. Zira uygulamada kurulan bir sigorta sözleşmesinde bir zarar sigortasının mı yoksa bir meblağ sigortasının mı kararlaştırıldığı hususundaki tartışmalar sözleşme tarafları arasında nadiren karşılaşılan bir durum değildir⁵⁰. Bu ayrım sigorta ettiren için büyük önem taşımaktadır. Çünkü meblağ sigortalarında sigortacı, ödemesi gereken bedelden genellikle diğer taleplerle birlikte kümülatif şekilde sorumluyken (bkz. İsvSSK m. 96), zarar sigortalarında üçüncü kişilere karşı olan tazminat talepleri sigorta tazminatından mahsup edilmektedir (İsvSSK m. 95c)⁵¹. Sigorta tazminatının/bedelinin kapsamı sigorta ettiren için olduğu kadar sigorta şirketi için de sözleşmenin merkez noktasıdır⁵². Çünkü primin belirlenmesinde sigorta tazminatının/bedelinin bir araya gelmesi veya mahsup edilmesi dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde sigorta teminatının hesaplanmasında zorluklar yaşanabilir⁵³. Bununla birlikte uygulamada sigorta tazminatının/bedelinin zarar veya meblağ sigortasına göre ayrılmasının zor olduğu görülmektedir⁵⁴. Bu sebeple ortaya çıkan uyuşmazlıklar genellikle dava yoluyla çözülmektedir⁵⁵. İşte eğer sigorta şirketinin ediminin niteliğinin sözleşmenin yapılmasından önce açıklığa kavuşturulursa hem sigorta ettiren hem de sigorta şirketi açısından son derece yorucu olan bu tür davaların kolayca önüne geçmek mümkün olacaktır⁵⁶. Esasen, reform öncesinde yürürlükte olan ve sigorta şirketini sigorta korumasının kapsamı hakkında sigorta ettireni bilgilendirmekle yükümlü kılan hükümden sigorta şirketinin ediminin niteliği hakkında da bilgi vermesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktaydı⁵⁷. Bu nedenle değişiklikle ulaşılmak istenen esas amaç, sigorta

⁴⁹ Getirilen bu düzenlemenin özellikle bir kaza sigortası türü olan yolcu sigortaları (*Insassenversicherung*) için önem arz ettiği hususunda bkz. FUHRER, Stephan, "Anmerkungen zu ausgewählten privatversicherungsrechtlichen Themen aus dem Jahr 2016", **Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2017**, (Hrsg. René SCHAFFHAUSER), Dike Verlag, Zürich, 2017, (s. 61-71), s. 62.

⁵⁰ BGer, Urteil vom 07.01.2016, 4A_521/2015; BGer, Urteil vom 25.06.2015, 4A_38/2015.

⁵¹ EISNER-KIEFER, **2018b**, s. 776.

⁵² EISNER-KIEFER, **2018b**, s. 776.

⁵³ EISNER-KIEFER, **2018b**, s. 776.

⁵⁴ EISNER-KIEFER, **2018b**, s. 777; WEBER, 2017, s. 445.

⁵⁵ BGer, Urteil vom 07.01.2016, 4A_521/2015; BGer, Urteil vom 25.06.2015, 4A_38/2015.

⁵⁶ EISNER-KIEFER, **2018b**, s. 777.

⁵⁷ HOLLIGER-HAGMANN, **2012**, s. 20; EISNER-KIEFER, **2018b**, s. 777.

şirketi tarafından sigorta korumasının kapsamıyla birlikte bir zarar sigortasının mı yoksa bir meblağ sigortasının mı söz konusu olduğu hakkında da bilgilendirme yapılmasının şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmesidir⁵⁸. Zira reform ile yapılan şey, bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına yeni bir gereklilik dahil etmek değil, aksine daha çok mevcut hükmün içeriğinin açıklanmasıdır.

Reform ile Kanun'a eklenen cayma hakkı (İsvSSK m. 2a-2b) da bilgilendirmenin kapsamına alınmıştır (İsvSSK m. 3/1-h)⁵⁹. Buna göre sigorta şirketi caymanın şekli ve süresi hakkında sigorta ettireni bilgilendirmekle yükümlüdür. Sigorta şirketi zararın ihbarı konusunda bir süre belirlemişse (bkz. İsvSSK m. 38/1) sigorta ettireni sözleşmenin kurulmasından önce bu konuda bilgilendirmelidir (İsvSSK m. 3/1-i).

Sigorta şirketi sigorta ettirene sigorta korumasının geçerlilik süresi hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Bu kapsamda korumanın sözleşmenin sonra ermesinden sonra da devam edip etmeyeceği veya ederse ne ölçüde devam edeceği hususunda her iki taraf bakımından da belirsizlik bulunmamalıdır (İsvSSK m. 3/1-j).

Reform kapsamında hükmün üçüncü fıkrası tamamen değiştirilmiş ve uygulama alanı net biçimde ifade edilmiştir. Zira doktrinde ve uygulamada önceki düzenlemenin lafzına göre hükmün motorlu taşıt mali sorumluluk sigortalarını, özel sorumluluk sigortalarını ve ailelere yönelik ev eşyası sigortalarını da kapsadığı ve sigorta şirketinin bilgilendirme yükümlülüğünün grup şahıs sigortalarında hak sahibi sigortalılara (işçilere) karşı olduğu ifade edilmiştir⁶⁰. Reformla birlikte bu durum düzeltilmeye çalışılmıştır. İsvSSK m. 3/3'e göre, "[ç]alışanlarını korumak için grup şahıs sigortası yaptıran işveren, çalışanlarını sözleşmenin esas içeriği, değişiklikler ve sona ermesi hakkında yazılı veya metin yoluyla ispatı mümkün kılan başka bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür. Bunun için gerekli belgeler sigorta şirketi tarafından işverene sağlanır.". Böylece İsvSSK m. 3/3'te sigorta şirketinin bilgilendirme yükümlülüğünün sigorta

⁵⁸ EISNER-KIEFER, 2018b, s. 777.

⁵⁹ HOLLIGER-HAGMANN, 2012, s. 20.

⁶⁰ Bu durum özellikle sigortalı grubunun sürekli değiştiği yolculara yönelik kaza ve motorlu taşıt sorumluluk sigortalarında 3'üncü fıkranın uygulanmasını imkânsız hale getirmekteydi. Bkz. SÜSSKIND, 2006, s. 24.

ettirene (işverene) karşı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca hüküm artık sadece işletme çerçevesinde akdedilen grup şahıs sigortaları hakkındadır. Başka bir ifadeyle daha önce sigortacının grup sigortalarında hak sahibi sigortalıları bilgilendirme yükümlülüğü kaldırılarak işvereni bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Eğer işveren grup şahıs sigortası yaptırmışsa işçilerini bilgilendirmekle yükümlüdür. Mesleki veya işletme sorumluluk sigortaları ile motorlu taşıt mali sorumluluk sigortalarında işverenin bilgilendirme yükümlülüğü mevcut değildir⁶¹.

Bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerde yapılan ikinci değişiklik, yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi halinde sigorta ettirene tanınan fesih hakkı süresinin üst sınırının artırılmasıdır. Şöyle ki sigortacının İsvSSK m. 3’Te düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigorta ettiren sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir⁶². Sigorta ettirenin söz konusu fesih hakkını, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edildiğini ve 3’üncü madde uyarınca kendisine aktarılması gereken bilgileri öğrendiği andan itibaren dört hafta, her halükârda yükümlülüğünün ihlal edilmesinden itibaren iki yıl sonra sona ermektedir (İsvSSK m. 3a/2). Görüldüğü üzere fesih hakkının kullanılabilmesi azami süre bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır. Buradaki iki yıllık süre fesih hakkına ilişkin azami süre olup, sigorta ettirenin bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrenmesinden bağımsızdır⁶³.

F. Geçici Sigorta Himayesi (İsvSSK m. 9)

Reform ile Kanun’un “*sigorta sözleşmesinin geçersizliği*” başlıklı 9’uncu maddesi başlığıyla birlikte tamamen değiştirilmiştir. Bu kapsamda sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında rizikonun mevcut olmaması veya meydana gelmiş olması halinde geçersiz olacağına ilişkin hüküm Kanun’dan çıkartılmış, onun yerine uygulamada uzun süreden beri var olan geçici sigorta himayesi (*vorläufige Deckungszusage*) kanuni düzenlemeye kavuşmuştur⁶⁴.

⁶¹ LANDOLT, Hardy, “Haftpflichtversicherung”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 458-460), s. 458-459.

⁶² HASENBÖHLER, 2006, s. 38.

⁶³ HEISS, 2019, s. 131.

⁶⁴ FUHRER, 2011, s. 345.

Geçici sigorta himayesi, sigorta ettiren nihai sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce bir sigorta teminatı elde etmesine imkân tanımaktadır. Böylece sigorta ettiren sözleşmenin kurulmasından önceki müzakere aşamasında ortaya çıkabilecek teminat eksikliklerini giderebilmektedir.

Geçici sigorta himayesi, İsvSSK’da düzenlenen bağımsız bir sigorta sözleşmesidir. Uygulamada sıkça karşılaşılmamasına rağmen şimdiye kadar kanuni bir düzenlemeye sahip olmayan geçici sigorta himayesi, İsvSSK’nın nispi emredici nitelikteki m. 9 hükmüyle düzenlenmiştir.⁶⁵

İsvSSK’nın tamamen değiştirilen “geçici sigorta himayesi” başlıklı 9’uncu maddesi şu şekildedir:

“¹Geçici sigorta himayesinin bulunması durumunda sigorta şirketinin edim yükümlülüğünün doğması için, sigortalanan rizikoların ve geçici sigorta teminatının kapsamının belirlenebilir olması yeterlidir. Buna uygun olarak sigorta şirketinin bilgilendirme yükümlülüğü de azalır.

²Kararlaştırıldığı veya alışılageldiği sürece bir prim ödenmelidir.

³Süre belirlenmemiş geçici sigorta himayesi 14 günlük bir ihbar süresine uymak koşuluyla her zaman feshedilebilir. Geçici sigorta himayesi her halükârda mevcut veya başka bir sigorta şirketiyle nihai sözleşmenin yapılması ile sona erer.

⁴Geçici sigorta himayesi sigorta şirketi tarafından yazılı olarak teyit etmelidir.”

Geçici sigorta himayesi her zaman asıl sözleşme göz önünde bulundurularak kurulmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, geçici sigorta himayesine ilişkin sözleşme herhangi bir geçerlilik şartına tabi değildir. Ancak İsvSSK m. 9/4 uyarınca sigorta şirketi tarafından yazılı olarak teyit edilmek zorundadır.

İsvSSK m. 1/1’de, hızlı ve kolay sonuç elde etmeye yönelik pratik ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak, sigortalanan rizikonun ve sigorta teminatının kapsamının belirlenebilir olmasının sigorta şirketinin edim yükümlülüğünün doğması için yeterli olduğu düzenlenmiştir. Rizikonun ve teminatın kapsamının sübjektif olarak

⁶⁵ BRULHART, 2018, s. 301.

belirlenebilirliğin sınırını İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) m. 27 oluşturmaktadır. Bununla bağlantılı olarak sigorta şirketinin sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü de mantık gereği sadece bu durumla sınırlıdır. Ayrıca kurulacak nihai sözleşmenin sigorta genel şartları, ancak mutabık kalındığı takdirde geçici sigorta himayesine ilişkin sözleşmenin bir parçası haline gelebilecektir.

İkinci fıkraya göre geçici sigorta himayesinde prim ödeme borcunun doğabilmesi için ya tarafların bu konuda anlaşması ya da prim ödenmesinin alışılacağı olması gerekmektedir.

Geçici sigorta himayesinde taraflar sözleşme süresini açıkça belirlemek zorunda değildir. Herhangi bir sürenin belirlenmemesi durumunda on dört günlük ihbar süresine uymak şartıyla taraflardan her biri sözleşmeyi feshetme imkânına sahiptir. Bunun dışında Kanun'da geçici sigorta himayesine ilişkin sözleşmenin, aynı veya farklı sigorta şirketiyle yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın nihai sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte sona ereceği öngörülmüştür (İsvSSK m. 9/3). Aynı sonuç, nihai sözleşmenin kurulmasına yönelik önerinin reddedilmesi durumunda da geçerli olacaktır⁶⁶.

G. Geçmişe Etkili Sigorta (İsvSSK m. 10)

Sigorta sözleşmesi kural olarak geleceğe yönelik etki göstermektedir. Çünkü esasen sigorta sözleşmesiyle, sözleşmenin kurulmasından, daha doğrusu geçerlilik kazanmasından sonra meydana gelebilecek olaylar için teminat sağlanması amaçlanmaktadır⁶⁷.

İsvSSK m. 9'un önceki halinde, sigorta sözleşmesinin geçmişe etkili olacak şekilde yapılamayacağını öngörmekteydi⁶⁸. Mutlak emredici nitelikte olan bu hükme göre sigorta

⁶⁶ BRULHART, 2018, s. 301.

⁶⁷ WALTER, Hans Peter, "Rückwärtsversicherung und Unmöglichkeit des Versicherungsfalles", **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 53-70), s. 53.

⁶⁸ İsvSSK m. 10'da, 9'uncu maddesinin istisnası olarak, taşıma ve yurtdışında bulunan mallara ilişkin yangın sigortası sözleşmelerinin geçmişe etkili olacak şekilde düzenlenebileceği öngörülmüştür (bkz. İsvSSK m. 10).

sözleşmesinin kurulduğu anda riziko çoktan gerçekleşmişse sözleşme geçersiz sayılıyordu⁶⁹. Bu nedenle sigorta sözleşmesiyle teminat altına alınan rizikonun geleceğe yönelik olması gerekiyordu. Bununla birlikte bazı durumlarda kişilerin geçmişe yönelik sigorta teminatına ihtiyaç duymaları mümkündür⁷⁰. Uygulamada bu ihtiyacın giderilmesi amacıyla sigorta korumasının sigorta sözleşmesinin kurulmasından önceki bir zamandan itibaren başlamasının kararlaştırıldığı (geçmişe etkili sigorta) görülmektedir⁷¹. Bu durum farklı gerekçelerle yargı kararlarıyla da kabul edilmiştir⁷².

Reform kapsamında geçmişe etkili sigorta sözleşmesi kurulmasını yasaklayan İsvSSK m. 9 hükmü yürürlükten kaldırılmış ve uygulamada sıklıkla başvuru alan geçmişe etkili sigorta belirli koşullara bağlı olarak 10'uncu maddede yeniden düzenlenmiştir⁷³. Buna göre;

“¹Sigortalı olabilir bir menfaatin bulunması şartıyla sözleşmenin sonuçları, kurulmasından önceki bir zamana kadar geri çekilebilir.

²Ancak rizikonun gerçekleştiği sigorta ettiren veya sigortalı tarafından biliniyorsa veya bilmesi gerekiyorsa sözleşme geçersizdir.”

Görüldüğü üzere yeni düzenlemenin ikinci fıkrasına göre, geçmişe etkili sigorta sözleşmesi, rizikonun sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleştiğinin sadece sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi durumunda geçersiz sayılacaktır⁷⁴. Bu sayede özellikle önceden var olan hastalıkların sigortalı olabilmesi mümkün hale gelmiştir⁷⁵.

⁶⁹ WALTER, 2006, s. 54.

⁷⁰ LANDOLT, 2017, s. 459.

⁷¹ Ancak bu durumun bazı ciddi sorunlara neden olabileceği konusunda bkz. FUHRER, 2012, s. 193 vd.

⁷² Bkz. BGer, Urteil vom 08.09.2016, 4A_10/2016. Bu konudaki diğer kararlar için bkz. WALTER, 2006, s. 61 vd.

⁷³ BRULHART, 2018, s. 302.

⁷⁴ SCHMID, 2020, s. 305.

⁷⁵ EISNER-KIEFER, 2018b, s. 784; SCHMID, 2020, s. 305.

H. Sigorta Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Fesih Hakkı

Sigorta sözleşmesinin sona ermesi yeniden düzenlenmiş ve özellikle olağan bir fesih hakkı getirilmiştir (İsvSSK m. 35a, 35b, 35c, 36 ve 37). İsvSSK hükümleri dışında sigorta denetim hukukuna göre sigorta portföyünün devredilmesi halinde de bağımsız bir fesih hakkı bulunmaktadır (bkz. İsvSDK m. 62/3). Ancak söz konusu fesih hakkı, doğası gereği sigorta denetim hukukunun bir parçası olduğu için tasarıda özellikle değinilmemiştir.

1. Olağan Fesih (İsvSSK m. 35a)

İsvSSK'nın değiştirilmesine ilişkin 1998 ve 2011 yıllarında hazırlanan kanun tasarılarında, Kanun'a olağan bir fesih hakkının eklenmesi teklif edilmiştir⁷⁶. Parlatmentonun yukarıda bahsedilen ret kararında da Kanun'a olağan fesih hakkının eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda buna neden olarak uzun süreli sigorta sözleşmelerinin sigorta sektöründeki rekabeti olumsuz olarak etkilemesi gösterilmiştir⁷⁷. Ayrıca bu kapsamda sigorta genel şartlarındaki onay yükümlülüğünün kaldırılmasından sonra denetim makamının sigorta sözleşmelerinde yer alan süreye ilişkin hükümler üzerinde herhangi bir etkisinin bulunamayacağı da unutulmamalıdır.

İsvSSK'nın 35a maddesiyle getirilen olağan fesih hakkı düzenlemesi şöyledir:

“¹Sözleşme, daha uzun bir süre için akdedilmiş olsa dahi, üçüncü veya bunu takip eden her yılın sonunda üç aylık bildirim süresine uymak şartıyla yazılı olarak veya metinle ispatı mümkün kılan başka bir şekilde feshedilebilir.

²Taraflar, sözleşmenin üçüncü yılın bitiminden önce feshedebileceği konusunda anlaşabilirler. Fesih süreleri her iki taraf için de aynı olmalıdır.

³Olağan fesih hakkı hayat sigortası bakımından geçerli değildir.

⁷⁶ Söz konusu tasarılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LANDOLT, Hardy, “Das ordentliche und ausserordentliche Kündigungsrecht gemäss Art. 35a und 35b VVG”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2022, Heft 2, (s. 124-129), s. 124-126.

⁷⁷ STÖCKLI, 2017, s. 432.

⁴*Sosyal hastalık sigortasına ek sigortada, olağan fesih hakkı ve zararın meydana gelmesi durumundaki fesih hakkı (m. 42/1) sadece sigorta ettirene aittir. Grup günlük hastalık ödeneği sigortasında bu haklar her iki taraf için de mevcuttur.”.*

Görüldüğü üzere olağan fesih hakkı, sigorta sözleşmesinin her iki tarafı için de erken üç yıllık sözleşme süresinin dolmasından itibaren tanınmaktadır (İsvSSK m. 35a/1). Başka bir ifadeyle sözleşmede daha uzun bir süre kararlaştırılmış olsa dahi artık sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasından itibaren geçecek üç yılın sonunda sözleşmeyi feshedebilecektir⁷⁸. Fesih süresinin bir cari sigorta yılının sonu olarak tespit edilmesinin nedeni, masrafları da içeren primlerin yıllık olarak belirlenebilmesini sağlamaktır. Bununla birlikte tarafların sözleşmede aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür⁷⁹. Başka bir ifadeyle taraflar sigorta sözleşmesinin üçüncü yılın bitiminden önceki bir zamanda da feshedebileceği konusunda anlaşma yapabilirler. Ancak sigorta ettiren, sigorta şirketinden daha kötü bir konuma getirilmemelidir⁸⁰. Bu nedenle fesih hakkı, sigorta şirketi lehine tek taraflı olarak tasarlanmamalı, en azından her iki sözleşme tarafı için de aynı koşullara tabi olmalıdır (İsvSSK m. 35a/2).

İsvSSK m. 35a/1 uyarınca olağan fesih hakkının kullanılması üç aylık bildirim süresine bağlanmıştır. Söz konusu bildirim yazılı veya metin ile ispata imkân veren başka bir şekilde yapılması mümkündür.

Düzenlemenin üçüncü fıkrası uyarınca tarafların olağan fesih hakkına ilişkin m. 35a hükmü hayat sigortalarına uygulanmayacaktır⁸¹. Zira Kanun’un 89’uncu maddesinde hayat sigortaları bakımından daha kısa süreli bir fesih hakkı öngörülmüştür⁸².

Sosyal hastalık sigortasına ek olarak yapılan tamamlayıcı hastalık sigortasında 35a maddesinde düzenlenen olağan fesih hakkı ile 42’inci maddede yer alan zararın meydana gelmesi durumundaki fesih hakkı sadece sigorta ettirene aittir (İsvSSK m. 35a/4). Sigortalıların korunması amacıyla getirilen bu istisna nedeniyle tamamlayıcı hastalık

⁷⁸ BIRRER-HEIMO, 2020, s. 297; FUHRER, 2017, s. 63.

⁷⁹ MEYER, 2012, s. 77.

⁸⁰ LANDOLT, 2022, s. 127.

⁸¹ BRULHART, 2018, s. 304.

⁸² LANDOLT, 2022, s. 126.

sigortalarında sigortacının olağan fesih hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca kanun koyucu, grup günlük hastalık ödeneği sigortaları bakımından her iki tarafa da olağan fesih hakkı tanımamıştır⁸³.

2. Olağanüstü Fesih (İsvSSK m. 35b)

Sigorta sözleşmeleri sürekli borç ilişkilerindedir. Diğer sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi sigorta sözleşmelerinin de her zaman haklı sebeple feshedilebilir olması gerekmektedir. Bu nedenle, kısmi reform kapsamında Kanun'a eklenen m. 35b hükmüyle taraflara, olağan fesih hakkı dışında, olağanüstü fesih hakkı da tanınmıştır. Buna göre sigorta şirketinden veya sigorta ettirenden sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda herhangi bir süreye bağlı olmaksızın sözleşmeyi feshetme imkânına sahiptir⁸⁴.

Sigorta sözleşmesinde tarafların olağanüstü fesih hakkını düzenleyen ve mutlak emredici hüküm niteliğinde olan Kanun'un 35b maddesine göre;

“¹Haklı bir sebebin varlığı halinde, sözleşme yazılı olarak veya metinle ispatı mümkün kılan herhangi bir biçimde her zaman feshedilebilir.

² Haklı sebep özellikle:

a. kanuni düzenlemelerde sözleşmenin ifasını imkânsız kılan öngörülemeyen bir değişiklik;

b. feshedenin sözleşmeyi iyiniyetle devam ettirmesinin makul olarak beklenemeyeceği herhangi bir durumdur.”

Görüldüğü üzere İsvSSK m. 35b/1 ile tarafların sigorta sözleşmesini haklı sebeplerin varlığı halinde her zaman feshedebileceği öngörülmüştür. Olağan fesih hakkından farklı olarak olağanüstü fesih hakkının kullanılmasına hayat sigortaları bakımından herhangi bir istisna getirilmemiştir (karş. İsvSSK m. 35a/3)⁸⁵. Benzer şekilde olağanüstü fesih hakkının kullanılmasına ilişkin de herhangi bir süre belirlenmemiştir. Bu

⁸³ SCHMID, 2020, s. 306; LANDOLT, 2022, s. 126.

⁸⁴ BRULHART, 2018, s. 304.

⁸⁵ LANDOLT, 2022, s. 127.

nedenle sigorta sözleşmesi her zaman İsvSSK m. 35/b uyarınca herhangi bir süreye tabi olunmaksızın feshedilebilecektir⁸⁶. Tarafların olağanüstü fesih beyanını yazılı veya metinle ispatı mümkün kılan herhangi bir şekilde karşı tarafa yöneltebilmeleri mümkündür.

İsvSSK m. 35b uyarınca olağanüstü fesih hakkı ancak haklı sebeplerin olması durumunda kullanılabilir. Hangi sebeplerin haklı sebep olarak kabul edilebileceği hükmün ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmeyi fesheden kişiden dürüstlük kurallarına göre sözleşme ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği hâller haklı neden olarak kabul edilmiştir (İsvSSK m. 35b/1-b). Bu haller örneğin sigorta ettirenin dürüstlük kuralına aykırı davranışlarından veya aynı sigorta şirketi ile yapılan başka bir sigorta sözleşmesiyle bağlantılı sigorta sahtekârlığından kaynaklanabilir⁸⁷. Olağanüstü fesih konusunda öngörülen bir diğer haklı sebep, kanuni düzenlemelerde gerçekleşen, öngörülemeyen ve sigorta sözleşmesinin ifasını imkânsız hale getiren değişikliklerdir (İsvSSK m. 35b/2-a). Bunlar aynı zamanda FINMA genelgelerine dayalı olarak uygulamaya yönelik düzenlemeleri de içerir. Ancak olağanüstü fesih, son çare olarak nadiren başvurulması gereken bir yoldur. Şüphe halinde taraflar Kanun'un 35a maddesinde düzenlenen olağan feshe yönlendirilmelidir.

I. Zamaşımı (İsvSSK m. 46)

İsvSSK m. 46 sigorta sözleşmesinden doğan taleplere ilişkin zamaşımını düzenlemektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu hüküm tarafların sigorta sözleşmesinden doğan karşılıklı edimlerine ilişkin talepler hakkındadır. Başka bir ifadeyle bir tarafta sigorta ettirenin veya hak sahibinin sigorta tazminatının/bedelinin, diğer tarafta sigorta şirketinin primin ödenmesine yönelik talepleri İsvSSK'da düzenlenen zamaşımı sürelerine tabidir⁸⁸. Buna karşılık dar anlamda olan ve sigorta sözleşmesi

⁸⁶ LANDOLT, 2022, s. 127.

⁸⁷ LANDOLT, 2022, s. 128.

⁸⁸ HEISS, 2019, s. 143.

taraflarının karşılıklı edimleriyle ilgili olmayan talepler, bazı durumlarda İsvBK’da düzenlenen olağan zamanaşımı sürelerine tabidir⁸⁹.

Reform öncesinde yürürlükte olan düzenlemeye göre sigorta sözleşmesinden doğan talepler, edim yükümlülüğünü doğuran olayın gerçekleşmesinden itibaren⁹⁰ iki yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır (İsvSSK m. 46/1, c. 1). Doktrinde oldukça kısa olduğu⁹¹ ve günümüz şartlarına uygun olmadığı⁹² gerekçeleriyle eleştirilen bu süre, reform kapsamında yapılan değişikliklerle birkaç istisna dışında beş yıla çıkarılmıştır⁹³ (İsvSSK m. 46/1).

Hem eski hem de yeni düzenlemeye göre, zamanaşımı süresinin başlangıç anı, edim yükümlülüğünü doğmasına neden olan olayın gerçekleştiği andır. Ancak doktrinde bu ifadede zamanaşımı süresinin başlangıç anına ilişkin yasal belirsizliğin söz konusu olduğu ileri sürülmektedir⁹⁴. Bu konuda Federal Mahkeme, sigorta türüne ve edimden doğan talebe bağlı olarak zaman sınırını tetikleyen farklı olayların dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir⁹⁵.

Söz konusu hüküm, tıpkı yürürlükteki düzenleme gibi nispi emredici bir hükümdür (İsvSSK m. 98). Dolayısıyla zamanaşımı süresinin, sigorta ettiren veya hak sahibi aleyhine kısaltılması mümkün değildir. Zamanaşımı süreleri sadece uzatılabilir⁹⁶.

⁸⁹ EISNER-KIEFER, Andrea, “Verjährung in der Privatversicherung”, **Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht**, (Hrsg. Frédéric KRAUSKOPF), Schulthess Verlag, Zürich, 2018a, (s. 93-117), s. 96; FUHRER, 2011, s. 345.

⁹⁰ Burada zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından İsvBK’da yer alan genel hükümden farklı bir tercih edilmiştir. Şöyle ki İsvBK m. 130’a göre zamanaşımı süreleri talep hakkının muaccel hale gelmesinden itibaren işlemeye başlarken, sigorta sözleşmelerinden doğan talepler için zamanaşımı süresi sigortacının edim yükümlülüğünün doğmasına neden olan olayın meydana gelmesiyle başlamaktadır (bkz. EISNER-KIEFER, 2018a, s. 96-97).

⁹¹ GAUCH, 1990, s. 74; HASENBÖHLER, Franz, “Versicherungsleistung”, **Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER), Schulthess Verlag, Zürich, 2012, (s. 45-55), s. 55.

⁹² KRAUSKOPF, 2017, s. 451.

⁹³ HASENBÖHLER, 2012, s. 55. Doktrinde sigorta sözleşmesinden doğan taleplerin, diğer sözleşmeler bakımından geçerli olan on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği belirtilmiştir (bkz. BRULHART, 2018, s. 305).

⁹⁴ SCHMID, 2020, s. 306; KRAUSKOPF, 2017, s. 452.

⁹⁵ BGer, Urteil vom 16.04.2020, 4A_620/2018.

⁹⁶ KRAUSKOPF, 2017, s. 450.

Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan talepler için getirilen beş yıllık zamanaşımı süresine ilişkin aynı maddenin 3'üncü fıkrasında bir istisna öngörülmüştür. Buna göre grup günlük hastalık ödeneği sigortasından doğan talepler iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır⁹⁷. Bu istisnanın getirilmesi şu şekilde gerekçelendirilmiştir: “Günlük hastalık ödeneği sigortalarında zamanaşımı süresinin beş yıla çıkarılması uygun olmayacaktır. Burada beş yıl sonra güvenilir bir şekilde değerlendirilemeyecek sınırlı bir iş göremezlik dönemi için geçici ve kısa vadeli edimler söz konusudur. Ayrıca Federal Mahkeme'nin yakın tarihli içtihadı uyarınca, günlük ödenek talepleri artık bir bütün olarak birlikte değil, aksine ilgili (söz konusu) olay meydana geldikten sonraki 2 yıl içinde kademeli olarak zamanaşımına uğramaktadır. Aynı şekilde Federal Mahkeme talep hakkı sahipleri lehine olarak, sonradan geçmişe etkili olarak alınmış iş göremezlik raporlarında zamanaşımı süresinin söz konusu iş göremezlik (ve iş göremezlikten değil, karşılaştırılan bekleme süresiyle uzatılmış olan) raporuyla işlemeye başlayacağını kabul etmektedir (bkz. 4A_20/2013 ve 4A_471/2014 sayılı Federal Mahkeme kararı). Bu çerçevede günlük hastalık ödeneği sigortası için zamanaşımı süresinin iki yıl olarak bırakılması haklı görülmektedir”⁹⁸.

İ. Emredici Hükümler ve İstisnaları (İsvSSK m. 98a)

Sözleşme tarafları arasında bilgi açısından farklılık olması (bilgi asimetrisinin bulunması), kanun koyucunun müdahale etmesi gereken bir durumdur⁹⁹. Bu nedenle Kanun'da yer alan mutlak ve nispi emredici hükümlerin koruma kapsamına, sadece tüketicilerle değil aynı zamanda küçük ve orta ölçekli işletmelerle yapılan sigorta sözleşmeleri de dahil edilmelidir. Bunların da korunmaya layık olması aynı şekilde sigortanın doğasından kaynaklanmaktadır.

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. KRAUSKOPF, 2017, s. 454.

⁹⁸ BBI, 2017 5089, 5123.

⁹⁹ HEISS, Helmut, “Vertragsfreiheit im Versicherungsrecht”, **Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER), Schulthess Verlag, Zürich, 2012, (s. 57-71), s. 67.

İsvSSK'nın hangi hükümlerinin mutlak veya nispi emredici nitelikte olduğuna Kanun'un 97 ve 98'inci maddelerinde yer verilmiştir¹⁰⁰. Bunlardan mutlak emredici hükümlerin aksinin sözleşmeyle öngörülmesi mümkün değilken (İsvSSK m. 97), nispi emredici hükümler ise sigorta ettiren veya hak sahibi aleyhine değiştirilememektedir (İsvSSK m. 98)¹⁰¹. Bunların dışında Kanun'da, emredici hükümlerin uygulanmayacağı istisnai bazı haller de öngörülmüştür¹⁰². Kısmi reform öncesindeki düzenlemeden farklı olarak istisnalara ayrı bir maddede yer verilmiş ve istisnaların kapsamı genişletilmiştir (İsvSSK m. 98a). Bu doğrultuda özellikle büyük rizikolara ilişkin eski mülga düzenleme (İsvSSK m. 101b/6) yeniden ele alınmıştır.

Kanun koyucu ilk olarak mutlak ve nispi emredici hükümlerin kredi ve kefalet sigortaları bakımından geçerli olmayacağını öngörmüştür (İsvSSK m. 98a/1-a)¹⁰³. Burada tüm kredi ve kefalet sigortaları istisna kapsamına alınmamıştır. Sadece mesleki veya ticari risklere ilişkin oldukları sürece kredi veya kefalet sigortaları emredici hükümlere tabi olmayacakları belirtilmiştir¹⁰⁴. Zira ekonomik olarak bunlarla özdeş olan ürünler bankalar tarafından da sunulmaktadır ve bankalar, bu ürünlerin oluşturulması konusunda herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir¹⁰⁵. Bu sebeple aynı durum sigorta şirketleri için de geçerli olacak şekilde piyasa aktörlerinin eşit muameleye tabi olması gerekir¹⁰⁶. Ayrıca kredi ve kefalet sigortalarının işleyişinin değişik açılardan diğer sigorta türlerine göre önemli ölçüde farklılık içermesi de bir diğer sebeptir.

İkinci olarak emredici hükümler profesyonel sigorta ettirenlerle akdedilen sigorta sözleşmeleri bakımından da uygulanmayacaktır (İsvSSK m. 98a/1-b). Başka bir deyişle sigorta şirketleriyle eşit şartlarda sözleşme görüşmesi yapabilen profesyonel sigorta

¹⁰⁰ HEISS, Helmut, "Aktualitäten - Privatversicherungsrecht", **Jahrbuch SGHVR 2019**, (Hrsg. Anne-Sylvie DUPONT / Helmut HEISS / Frédéric KRAUSKOPF), Schulthess Verlag, Zürich, 2019, (s. 123-147), s. 126-127.

¹⁰¹ HEISS, 2012, s. 68-69; STÖCKLI, 2020, s. 304.

¹⁰² STÖCKLI, 2020, s. 304.

¹⁰³ MÖSCH, 2020, s. 318.

¹⁰⁴ MÖSCH, 2020, s. 318.

¹⁰⁵ MÖSCH, 2020, s. 318.

¹⁰⁶ HEISS, 2012, s. 69-70.

ettirenler için Kanun'un mutlak ve nispi emredici hükümleri ihtiyari olarak uygulanacaktır¹⁰⁷. Kimlerin profesyonel sigorta ettiren olarak kabul edileceği İsvSSK m. 98a'nın ikinci fıkrasında yedi bent halinde sayılmıştır¹⁰⁸. Buna göre, emeklilik kurumları ve mesleki emeklilik hizmeti veren kuruluşlar¹⁰⁹ ((İsvSSK m. 98a/1-a), Bankacılık Kanunu ile Kolektif Yatırım Planları Kanunu anlamında finansal araçlar (İsvSSK m. 98a/1-b), İsvSDK anlamında sigorta şirketleri (İsvSSK m. 98a/1-c) ve bunlarla eşdeğer denetime tabi olan yabancı sigorta şirketleri (İsvSSK m. 98a/1-d) profesyonel sigorta ettiren olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere öncelikle doğal olarak profesyonel bir risk yönetimine sahip olan sigorta ettirenler bu kapsamdadır¹¹⁰. Çünkü sayılan kuruluşlar tabi oldukları kanun gereği¹¹¹ profesyonel risk yönetimine sahip kuruluşlardır¹¹². Bunların dışında profesyonel risk yönetimine sahip şirketler (İsvSSK m. 98a/1-f), kamu hukuku tüzel kişileri, kamu kurumları ve kamu hukuku vakıfları (İsvSSK m. 98a/1-e) da profesyonel sigorta ettiren sayılmaktadır¹¹³. Keza bilanço miktarı, net ciro ve özsermaye açısından belirlenen büyüklükleri aşan şirketler de profesyonel sigorta ettiren olarak kabul edilmektedir (İsvSSK m. 98a/1-g)¹¹⁴. Söz konusu büyüklükler, bilanço miktarı için yirmi milyon Frank, net ciro için kırk milyon Frank ve özsermaye için iki milyon Frank olarak belirlenmiştir. İsvSSK m. 98a/1-g uyarınca bir şirketin profesyonel sigorta ettiren olarak sayılabilmesi için bu büyüklüklerden ikisini aşması gerekmektedir. Ancak bir

¹⁰⁷ HEISS, 2019, s. 124; MÖSCH, David, "Die Figur der professionellen Gegenpartei im Entwurf zum Versicherungsvertragsgesetz", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 465-468), s. 465; MÖSCH, David, "Die Figur des professionellen Versicherungsnehmers im revidierten Versicherungsvertragsgesetz", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 316-323), s. 316.

¹⁰⁸ BRULHART, 2018, s. 306; HEISS, 2019, s. 125; MÖSCH, 2020, s. 316.

¹⁰⁹ Emeklilik kurumları ve mesleki emeklilik hizmeti veren kuruluşlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZIHLMANN, Jürg, "Die Versicherung von Vorsorgeeinrichtungen nach dem Entwurf zum Versicherungsvertragsgesetz vom 28. Juni 2017", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 468-470), s. 468-470.

¹¹⁰ HEISS, 2019, s. 125; MÖSCH, 2017, s. 465.

¹¹¹ Örneğin, sigorta şirketlerinin risk yönetimine sahip olmaları gerektiğine ilişkin bkz. İsvSDK m. 22.

¹¹² MÖSCH, 2017, s. 465.

¹¹³ İsvSSK m. 98a/2-e-f'de düzenlenen profesyonel sigorta ettirenler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MÖSCH, 2017, s. 466; MÖSCH, 2020, s. 319-322.

¹¹⁴ MÖSCH, 2017, s. 466.

konzerne dâhil olan şirketlerin profesyonel sigorta ettiren olup olmadığının tespitinde, söz konusu büyüklükler konzern seviyesinde hesaplanacaktır (İsvSSK m. 98a/3)¹¹⁵.

Son olarak İsvSSK'nın 97 ve 98'inci maddeleri taşıma sigortaları bakımından uygulanmayacaktır (İsvSSK m. 98a/1-a). Diğer bir deyişle da Kanun'da yer alan mutlak ve nispi emredici hükümlerin taşıma sigortalarında uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak burada seyahat sigortalarının da kapsam dışında olup olmadığı akla gelebilir. Zira hâkim görüşe göre taşıma sigortaları, seyahat sigortalarını da kapsamaktadır. Çünkü seyahat sigortaları tipik bir toplu işlemdir ve birinci fıkrada Kanun'un mutlak ve nispi emredici hükümleri dışında kalan taşıma sigortalarıyla aynı şekilde ele alınabilir. Bu sebeple seyahat sigortalarının İsvSSK m. 98a'nın istisnası oluşturdukları ayrıca düzenlenmiştir (İsvSSK m. 98a/4). Başka bir ifadeyle dördüncü fıkraya göre seyahat sigortaları, birinci fıkra anlamında taşıma sigortası sayılmayacak ve bu nedenle emredici hükümler seyahat sigortaları bakımından geçerli olacaktır¹¹⁶.

SONUÇ

İsviçre'de 01.01.2022'de yürürlüğe giren kısmi reform ile İsvSSK'da, çalışmaları uzun yıllardan beri devam eden değişiklikler hayata geçirilmiştir. Sigorta sözleşmesi hukukundaki bazı konularının mantıklı ve gerçekleştirilebilir bir sigorta himayesine yönelik ihtiyaçlara ve değişen koşullara uyarlanmasını amaçlayan kısmi reform kapsamında Kanun'un tamamında değişiklikler yapılmıştır.

Kısmi reform kapsamında ilk olarak kanun sistematigi gözden geçirilerek beş başlıktan oluşan Kanun, önce dört kısma ayrılmış ve daha sonra her bir kısım altında bölümlere yer verilmiştir. Böylece sistematik açıdan daha net bir yapı oluşturulmuştur. Bunun dışında Kanun'da yer alan ve günümüzde kullanımları değişmiş veya eski kalmış bazı ifadeler çağdaşlarıyla değiştirilmiştir. Bu kapsamda yapılan en önemli değişiklik Kanun metninden sigortacı (*Versicherer*) ifadesinin çıkarılarak yerine sigorta şirketi (*Versicherungsunternehmen*) ifadesinin tercih edilmesidir.

¹¹⁵ MÖSCH, 2020, s. 316

¹¹⁶ HEISS, 2012, s. 71.

Kısmi reform ile elektronik iletişim kanalları aracılığıyla yapılan işlemler bakımından ispat kolaylığı sağlamak amacıyla, İsvSSK'nın birçok hükmünde bu işlemlerin adi yazılı şekle ek ve alternatif olarak metin yoluyla ispata imkân tanıyan diğer şekillerde yapılmasına imkân sağlanmıştır.

Kanun'a eklenen iki yeni hükümlerle kural olarak tüm sigorta türleri için geçerli olan bir cayma hakkı getirilmiştir (İsvSSK m. 2a ve 2b). Böylece sigorta ettirene, sözleşme kurmaya yönelik irade beyanından, beyanını açıkladığı andan itibaren on dört gün içinde cayabilme ve sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirme imkânı getirilmiştir.

Ayrıca 2004 yılında yapılan değişiklikle kanuni düzenlemeye kavuşan sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin düzenleme gözden geçirilerek sigorta şirketinin bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde sunması gereken bilgilerin kapsamı genişletilmiş tir. Bunun dışında bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi halinde sigorta ettirene tanınan fesih hakkını kullanabileceği sürenin üst sınırı bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır (İsvSSK m. 3 ve 3a).

Kısmi reform ile gerçekleştirilen önemli bir diğer değişiklik, sözleşmesinin kurulması sırasında gerçekleşmiş olan rizikolara ilişkin sigorta teminatı sağlanamayacağına ilişkin 9'uncu maddenin yürürlükten kaldırılarak uygulamada uzun süreden beri var olan geçici sigorta himayesi (İsvSSK m. 9) ile geçmişe etkili sigortanın (İsvSSK m. 10) kanuni düzenlemeye kavuşmasıdır. Geçici sigorta himayesine İsvSSK'da yer verilmesiyle birlikte nihai sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce sigorta ettirenin sigorta teminatı elde edebilmesine imkân sağlanmıştır. Ayrıca kısmi reform öncesinde geçersiz sayılan ancak uygulamada geçmişe etkili sigorta teminatına ihtiyaç duyan sigorta ettirenlerin, bu ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla yargı kararlarıyla da kabul edilen geçmişe etkili sigorta bazı şartlara bağlı olarak kabul edilmiştir. Buna göre rizikonun gerçekleştiğinden sigorta ettirenin veya sigortalının haberi olmaması durumunda, sigorta teminatının sözleşmenin kurulmasından önceki bir dönemden itibaren başlatılabilmesi mümkündür. Buna karşılık sigorta ettiren veya sigortalı rizikonun gerçekleştiğini biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, yapılan geçmişe etkili sigorta sözleşmesi geçersiz sayılmaktadır.

Kısmi reform kapsamında sigorta sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğinde sigorta sözleşmelerin süresinden önce sona erdirilebilmesine imkân sağlamak amacıyla sözleşmesinin sona ermesi yeniden düzenlenmiş ve özellikle olağan bir fesih hakkı getirilmiştir (İsvSSK m. 35a, 35b, 35c, 36 ve 37). Bunun dışında sigorta sözleşmesinden kaynaklanan talepler için zamanaşımı süresi, kural olarak iki yıldan beş yıla çıkarılmıştır (İsvSSK m. 46).

Son olarak Kanun'da yer alan emredici hükümlerin istisnaları genişletilmiş ve büyük rizikolara ilişkin düzenleme gözden geçirilmiştir. Bu kapsamda Kanun'un mutlak ve nispi emredici hükümlerinin, mesleki ve ticari risklere ilişkin kredi ve kefalet sigortaları, taşıma sigortaları ve profesyonel sigorta ettirenlerle yapılan sigorta sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Profesyonel sigorta ettiren kavramının, profesyonel risk yönetimine sahip sigorta ettirenler ile bilanço miktarı, net ciro ve özsermaye açısından belirli büyüklüklere sahip şirketleri kapsadığı açıkça düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere kısmi reform ile İsvSSK'nın gerek sistematığı gerek bazı hükümlerin içeriği tümüyle baştan sona ele alınmış ve Kanun'da birçok önemli değişiklik yapılmıştır. Ancak doktrinde söz konusu değişikliklerin her ne kadar gerekli ve yerinde olduğu belirtilse de, yeterli olmadığı da ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

BIRRER-HEIMO, Prisca, "Das Versicherungsvertragsgesetz im politischen Prozess", **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 296-298).

BRULHART, Vincent, "Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes", **Strassenverkehrsrechts-Tagung 21. Juni 2018**, (Hrsg. Thomas PROBST / Franz WERRO), Stämpfli Verlag, Bern, 2018, (s. 293-316).

EISNER-KIEFER, Andrea, "Das VVG de lege ferenda - Ein Vergleich von Kommissions- und Vernehmlassungsentwurf", **Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und**

Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, (Hrsg. Stephan FUHRER), Schulthess Verlag, Zürich, 2010, (s. 105-116).

EISNER-KIEFER, Andrea, “Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?“, **Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag**, (Hrsg. Pascal GROLIMUND / Alfred KOLLER / Leander D. LOACKER / Wolfgang PORTMANN), Schulthess Verlag, Zürich, 2018b, (s. 769-795).

EISNER-KIEFER, Andrea, “Verjährung in der Privatversicherung“, **Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht**, (Hrsg. Frédéric KRAUSKOPF), Schulthess Verlag, Zürich, 2018a, (s. 93-117).

FUHRER, Stephan, “Anmerkungen zu ausgewählten privatversicherungsrechtlichen Themen aus dem Jahr 2016“, **Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2017**, (Hrsg. René SCHAFFHAUSER), Dike Verlag, Zürich, 2017, (s. 61-71).

FUHRER, Stephan, “Die VVG-Revision“, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 295).

FUHRER, Stephan, “Konsumentenschutz im VVG - Sicht der Versicherungsunternehmen“, **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 143-152).

FUHRER, Stephan, “Revision Versicherungsvertragsgesetz“, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 428-429).

FUHRER, Stephan, “Totalrevision VVG - zur Publikation der bundesrätlichen Botschaft“, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2011, Heft 4, (s. 343-350).

FUHRER, Stephan, “Vom Umgang mit einem alten Gesetz“, **Personen-Schaden-Forum 2012**, (Hrsg. Stephan WEBER) Schulthess Verlag, 2012, (s. 187-197).

GAUCH, Peter, “Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig!“, **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)**, 1990, Heft 1, (s. 65-78).

- HASENBÖHLER, Franz, “Versicherungsleistung”, **Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER), Schulthess Verlag, Zürich, 2012, (s. 45-55).
- HASENBÖHLER, Franz, “Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherungsunternehmens”, **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 31-38).
- HEISS, Helmut, “Aktualitäten - Privatversicherungsrecht”, **Jahrbuch SGHVR 2017**, (Hrsg. Stephan FUHRER), Schulthess Verlag, Zürich, 2017, (s. 109-141).
- HEISS, Helmut, “Aktualitäten - Privatversicherungsrecht”, **Jahrbuch SGHVR 2019**, (Hrsg. Anne-Sylvie DUPONT / Helmut HEISS / Frédéric KRAUSKOPF), Schulthess Verlag, Zürich, 2019, (s. 123-147).
- HEISS, Helmut, “Der Vorentwurf einer ‘Gesamtrevision des BG über den Versicherungsvertrag (VVG)’ im Lichte der europäischen Entwicklungen”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2007, Heft 3, (s. 235-252).
- HEISS, Helmut, “Vertragsfreiheit im Versicherungsrecht”, **Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER), Schulthess Verlag, Zürich, 2012, (s. 57-71).
- HOLLIGER-HAGMANN, Eugénie, “Konsumentenschutz im neuen Privatversicherungsrecht”, **Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER), Schulthess Verlag, Zürich, 2012, (s. 15-30).
- KRAUSKOPF, Frédéric, “Das Verjährungsrecht im Gesetzesentwurf der Teilrevision des VVG: auf halber Frist stehen geblieben!”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 450-454).
- LANDOLT, Hardy, “Haftpflchtversicherung”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 458-460).

- LANDOLT, Hardy, “Das ordentliche und ausserordentliche Kündigungsrecht gemäss Art. 35a und 35b VVG”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2022, Heft 2, (s. 124-129).
- MEYER, Silvan, “Finanzmarktrecht / Totalrevision VVG: Die zehn wesentlichen Neuerungen”, **Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012**, (Hrsg. Daniel LENGAUER / Giordano REZZONICO) Schulthess Verlag, Zürich, 2012, (s. 75-80).
- MÖSCH, David, “Die Figur der professionellen Gegenpartei im Entwurf zum Versicherungsvertragsgesetz”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 465-468).
- MÖSCH, David, “Die Figur des professionellen Versicherungsnehmers im revidierten Versicherungsvertragsgesetz”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 316-323).
- PFUND, Peter, “Zustandekommen und Widerruf des Versicherungsvertrages”, **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 39-52).
- SCHMID, Markus, “Die VVG-Revision aus der Sicht der Anwaltschaft”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 305-307).
- SCHNYDER, Anton K., “Totalrevision des schweizerischen VVG - Herausforderung und Überblick”, **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 13-30).
- SCHNYDER, Anton K., “VVG-Revision ante portas?”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2002, Heft 1, (s. 60-60).
- STÖCKLI, Hubert, “Revidiertes VVG: aufgefrischte Systematik und punktuelle Neuerungen”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 300-305).
- STÖCKLI, Hubert, “Totalrevision VVG: Probebohrungen im Entwurf des Bundesrates”, **Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)**, 2012, (s. 505-513).

- STÖCKLI, Hubert, “VVG-Entwurf 2017: lieber keine Revision als diese”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 431-435).
- SÜSSKIND, Marcel, “Die vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers gemäss Art. 3 des revidierten Versicherungsvertragsgesetzes”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2006, Heft 1, (s. 15-25).
- WALTER, Hans Peter, “Rückwärtsversicherung und Unmöglichkeit des Versicherungsfalles”, **Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre? Beiträge zur Tagung vom 23. November 2006**, (Hrsg. Anton K. SCHNYDER / Stephan WEBER), Schulthess Verlag, Zürich, 2006, (s. 53-70).
- WEBER, Stephan, “Dringend revisionsbedürftige Systematik und Koordinationsbestimmungen des VVG - und doch nur ein halber Schritt”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 440-449).
- WEBER, Stephan, “Überfällige Korrekturen im Koordinationsrecht des VVG”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2020, Heft 3, (s. 323-326).
- WYSSMANN, Daniel / STREICH, Franziska, “Die Totalrevision des VVG 4. Braucht es Widerrufsrecht?”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2007, Heft 4, (s. 279-280).
- ZIHLMANN, Jürg, “Die Versicherung von Vorsorgeeinrichtungen nach dem Entwurf zum Versicherungsvertragsgesetz vom 28. Juni 2017”, **Haftung und Versicherung (HAVE)**, 2017, Heft 4, (s. 468-470).