

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS

HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Dilek DEMİREZEN

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Samim ÜNAN

HAZİRAN 2008

II

ÖNSÖZ

Hukumumuzda Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası; Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ve Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu ile ilk kez yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası kavramının açıklanması için öncelikle sigortalanan rizikonun ne olduğunun tespiti gerekir. Hekimin Mesleki Sorumluluk sigortası ile hekimin hatalı teşhis tedavi ve uygulamalarından zarar görenlerin kendisine yönelttikleri tazminat talepleri sözleşmede belirtilen miktara kadar teminat altına alınmaktadır. Bir başka ifade ile sigortalanan hekimin mesleki faaliyetidir. Ancak gerek Türk Ticaret Kanunumuzun, gerekse; Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ilgili hükümleri ile sigortalanan riziko; çeşitli istisnalara tabi kılınmış ve yer, zaman ve kişi bakımından sınırlandırılmıştır. Çalışmamızda, hekimin mesleki faaliyeti kapsamında kendine yöneltilen taleplerden hangilerinin sigorta kapsamında sayılacağı ve sözleşme taraflarının karşılıklı yükümlülüklerinin neler olduğu yeni yasal düzenleme ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır.

Çalışmamın tamamlanmasında emeği geçen tez danışmanım, kıymetli hocam Prof. Dr. Samim ÜNAN'a ve her aşamada destek olan Yard. Doç. Dr. Serap Amasya'ya müteşekkirim.

Hayattaki en büyük şansım olan her eserin asıl sahibi kıymetli anne ve babama, yorgun zamanlarda güç veren sevgili eşime sonsuz teşekkürlerimle...

ÖNSÖZ	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	IV
RESUME	VII
ABSTRACT	VIII
ÖZET	IX
GİRİŞ	1

I. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKO.....5

A. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKONUN TANIMLANMASI.....5

1. *Hekimin Akdi Sorumluluğu*..... 6
2. *Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu*..... 14
3. *Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu*..... 15

B. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKONUN SINIRLANDIRILMASI16

1. *Rizikonun Kişi Bakımından Sınırlanması*..... 16
2. *Rizikonun Yer Bakımından Sınırlanması* 17
3. *Rizikonun Zaman Bakımından Sınırlandırılması*..... 19
 - a. *Rizikonun Gerçekleşme Anına İlişkin Teoriler* 19
 - aa. *Sebeplilik Teorisi* 19
 - bb. *Zarar olayı Teorisi* 22
 - cc. *Talebin İleri Sürülmesi Teorisi*..... 24
 - dd. *Zararın Tespiti Teorisi* 26
 - b. *Türk hukukunda Mesleki Sorumluluk Sigortası Bakımından Rizikonun Gerçekleşme Anı* 28
4. *Rizikonun İstisnalar Bakımından Sınırlandırılması*..... 33
 - a. *Mutlak Biçimde Teminat Dışında Kalan Haller* 34
 - aa. *Sigortalanan Mesleki Faaliyetin Dışındaki Faaliyetlerden Doğan Tazminat Talepleri*..... 34
 - bb. *Kast Klozu ve isnat Yeteneğini Kaldıran Maddeler*..... 34
 - cc. *Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunda Yer Alan Haller* 38
 - b. *Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller, Tazminat Talepleri ve Ödemeler* 39
 - aa. *MSSGŞ Düzenlemesinde*..... 39

IV

II. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTACININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ46

A. SİGORTA HİMAYESİ SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....46

B. SİGORTA BEDELİNİN ÖDENMESİ.....49

1. Sigorta Bedelinin Miktarının Sınırlandırılması49

2. Sigorta Bedelinin Muacceliyeti ve Ödenmesi51

3. Sigorta Bedelinin Ödenmesinde Temerrüt.....55

4. Halefiyet..... 56

C. TİCARİ MESLEKİ SIRLARIN SAKLANMASI.....56

D. SİGORTA ETTİRENİN AYDINLATILMASI58

III. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTA ETTİRENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE GÖREVLERİ60

A. PRİM ÖDEME BORCU.....61

B. SİGORTA ETTİRENİN GÖREVLERİ.....69

1. Sigorta Sözleşmesinin Kurulması Sırasındaki İhbar Görevi.....73

2. Değişen Riziko Koşullarını Bildirme Görevi82

3. Rizikonun Gerçekleştiğini Bildirme Görevi.....89

4. Zararı Önleme, Azaltma Ve Gerekli Tedbirleri Alma Görevi92

5. Bilgi Verme Ve Zarar Olayının Aydınlatılmasında Yardım Görevi96

6. Ödemedен İkrardan Ve Sulh Sözleşmesinden Kaçınma Görevi98

IV. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI100

A. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....100

1. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi Ve Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Olağan Feshi..... 100

2. Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Olağanüstü Feshi102

3. Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Konusunun Ortadan Kalkması.....103

4. Tarafların Anlaşmaları.....104

5. Taraflardan Birinin Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinden Dönmesi..... 104

B. ZAMANAŞIMI..... 105

SONUÇ.....108

KAYNAKÇA109

ÖZGEÇMİŞ.....110

KISALTMALAR

a.g.e	: adı geçen eser
a.g.m	: adı geçen makale
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
dn.	: dipnotu
E.	: Esas
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İst. İkt. Tic.İl.Der.	: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
MSSGŞ	: Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
SHD	: Sigorta Hukuku Dergisi

SSBİY	: Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik
T.	: Tarih
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TŞSTİK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
ÜŞKMMSUŞ	: Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Umumi Şartları
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YD	: Yargı Dünyası
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

Resumé

Dans notre système juridique l'assurance de la responsabilité civile du médecin a été réglementée pour la première fois par les Conditions Générales de l'Assurance de la Responsabilité Professionnelle ainsi que par la Clause additionnelle sur l'Assurance de la Responsabilité Professionnelle du Médecin.

Pour expliquer la notion de l'assurance de la responsabilité civile du médecin, il faut d'abord déterminer le risque celui duquel est assuré.

Les demandes des dommages-intérêts invoquées par les tierces personnes qui ont subi un dommage par suite d'un diagnostic ou d'un traitement fautif du médecin sont assurées jusqu'à concurrence du montant déterminé dans le contrat. Donc, dans l'assurance de la responsabilité civile du médecin, c'est l'activité professionnelle du médecin qui est assurée.

Néanmoins, le risque assuré est soumis à certaines exclusions et limitations par les dispositions concernant du Code de Commerce Turc et par les Conditions Générales de l'Assurance de la Responsabilité Professionnelle, il est ainsi limité au lieu, au durée et à personne.

Dans notre étude sont-ils traités les risques couverts et les risques exclus dans le cadre de l'activité professionnelle du médecin ainsi que les obligations réciproques des parties dans le contrat d'assurance .

Abstract

In Turkish Law, Doctor's Professional Liability Insurance was regulated for the first time by Professional Liability Insurance General Conditions and by Doctor's Professional Liability Insurance Clause.

In order to define Doctor's Professional Liability Insurance, it is necessary to determine what the insured risk is.

The claims of third persons who suffer from doctor's wrong diagnosis and treatments are insured by Doctor's Professional Liability Insurance Contracts, In other words, Professional Liability insurance plan helps counter the risks that the doctors can face during their practice.

However, Professional Liability Risks have been held subject to certain exclusions and it is restricted in terms of location, person and time in accordance with the Turkish Commercial Code and Professional Liability Insurance General Conditions.

This thesis aims to determine which professional liability risks may be subject to insurance coverage and to analyse the obligations of the parties' to the insurance contract, within the frame of the recent regulation and the provisions of the Turkish Commercial Code.

Hekimin mesleki faaliyetini ifa ederken üçüncü kişilere verdiği zararların sigortalanması ile hekimin mesleki faaliyetlerinden zarar görenlerin kendisine yönelttikleri tazminat talepleri sözleşmede belirtilen miktara kadar teminat altına alınmaktadır.

Uygulamada doğan ihtiyaç karşısında Mesleki Sorumluluk sigortası Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (MSSGŞ) ve Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası klozu ile pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Söz konusu düzenlemeler ile hekimin akitten, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görme hükümlerinden doğan sorumluluğu sigorta himayesi altına alınmış ancak aşağıda ele alacağımız haller istisna edilmiştir.

Sigortacı sigorta ettirene ileri sürülen talepleri inceleyecek ve haklı bulunduğu talepleri sigorta limitine kadar karşılayacaktır. Sigorta ettiren de sigorta himayesine kavuşmak için sigorta primini ödemesinin yanı sıra yasal görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

Hekimin mesleki sorumluluk sigortası olağan veya olağanüstü fesih, dönme gibi yollarla sona erdirilebileceği gibi; işbu sözleşmeden doğan tüm talepler de iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

MSSGŞ düzenlemesi ile mesleki sorumluluk sigortaları uygulamasında tartışmalı olan birçok husus açıklığa kavuşmuş bulunmaktadır. Ne var ki söz konusu genel şartlar da açık olmayan hususlar bulunduğu gibi, hekimin sorumluluğu alanındaki gelişmeler karşısında söz konusu düzenlemenin uygulama içinde geliştirileceğini söylemek mümkündür.

GİRİŞ

Hekimlik mesleğinin taşıdığı büyük öneme karşın, hekimin sorumluluğu kavramı, hukukumuzda henüz yeterince ele alınmamıştır. Oysa hekimlik mesleğinin gereği gibi ifa edilmemesi insan hayatı ve toplum için büyük zararlara neden olabilmektedir. Ancak, hastaların; hakları konusunda zamanla bilinçlenmeleri ile hekimin sorumluluğu kavramı da gelişmektedir. Her geçen gün hekimin sorumluluğu kavramı da gelişmiş ve hekimler mesleki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri ile daha sık karşılaşmaya başlamıştır.

Diğer yandan, sorumluluk kavramının çok yönlü olarak gelişmesi ile “sorumluluk sigortası” da bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmış ve gittikçe önem kazanmıştır. Sigortacılığın gelişmiş olduğu ülkelerde sorumluluk sigortaları, iş kazaları ve sağlıkla ilgili sigortalar, hava kirliliğine ilişkin sigortalar, nükleer enerji ile ilgili sigortalar, mesleki sorumluluk sigortaları gibi gruplar altında çok çeşitli ve yaygın şekilde uygulama alanı bulmaktadır.

Hekimin mesleki sorumluluğuna dayalı olarak ödemek zorunda kalabileceği tazminat miktarı oldukça ağır bir mali yük teşkil edebilecektir. Bu nedenle ABD, Fransa, Almanya, İsviçre gibi hasta haklarının ve sigortacılık sektörünün gelişmiş olduğu ülkelerde hekimin mesleki sorumluluğunun sigortalanması büyük önem kazanmıştır.

Ülkemizde de son yıllarda özellikle riskli hekimlik alanlarında ihtiyari mesleki sorumluluk sigortasının uygulamaya konulduğu görülmektedir. Bu sigorta sözleşmesi ile hekimin mesleki faaliyetini ifa ederken kendisine karşı doğabilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar teminat verilmektedir.

Ülkemizde sorumluluk sigortalarına Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Umumi Şartları (ÜKKMMSUŞ) torba bir genel şart olarak uygulanmaktadır. Ancak ÜKKMMSUŞ'nın mesleki sorumluluk sigortalarına uygulanması birçok ihtiyaca cevap veremediği gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bu konudaki ihtiyacın giderilmesi amacıyla Hazine Müsteşarlığınca Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (MSSGŞ) düzenlenmiştir. 16 Mart 2006 tarih

ve 26110 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına bağılı olarak ise “Hekimin Mesleki Sorumluluğu Klozu” 21 Eylül 2006 tarih ve 26296 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Çalışmamızda bu iki düzenleme ile birlikte Türk Ticaret Kanunu ve Yeni TTK Tasarısı esas alınacak, ÜKKMMSUŞ’na da gerekli olduğu ölçüde yer verilecektir.

Mesleki sorumluluk sigortası, MSSGŞ kapsamında, sigortalının poliçede belirtilen ve sınırları çizilen mesleki faaliyetini ifa ederken kendisine yöneltebilecek taleplerin teminat altına alınması olarak tarif edilmiştir.

Bu tanımdan hareketle, mesleki sorumluluk sigortası ve dolayısıyla “Hekimin mesleki sorumluluğu sigortası” bir zarar sigortasıdır. Sorumluluk sigortası, bir zarar sigortası olarak sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararlar dolayısıyla sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelebilecek azalmanın giderilmesi esasına dayanır¹.

Türk Ticaret Kanunu’nda² sigorta sözleşmeleri, mal sigortası, can sigortası ve denizcilik sigortaları olarak üç başlık altında ele alınmaktadır³. Konumuz kapsamındaki mali sorumluluk sigortaları bu sigorta türlerinden hiçbirine tam olarak sokulamaz⁴. Ancak sorumluluk sigortaları konusu itibari ile malvarlığı, karşıladığı ihtiyaç bakımından ise bir pasif sigortasıdır⁵.

Hekimin mesleki sorumluluğu sigortası, bir aktif değer sigortası olmayıp, bir pasif sigortasıdır. Zira bu sigorta ile sigorta ettirenin malvarlığındaki aktif değil, ileride ortaya çıkması muhtemel zararlar (borçlanmalar) yani pasifler sigorta teminatı altına alınmaktadır.

¹ E. Sergici *Mesuliyet Sigortası Türleri* (Seminer Tebliği), *Mesuliyet Sigortaları*, Ankara 1977 s.66 vd.

² TTK tasarısında sorumluluk sigortaları ayrı bir başlık halinde m.1473 ve devamı hükümlerinde yer almaktadır. Böylelikle, sorumluluk sigortası ilk kez ayrı bir başlık altında düzenlenmiş olmaktadır.

³ Ancak böyle bir ayrım ihtiyaca cevap verememektedir zira bu sigorta türleri arasında tam bir mahiyet farkı yoktur. R.Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 9.Bası, İstanbul 2008, s.169 vd.

⁴ R.Kender age. s.170, K. Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Ankara 2000, s. 17 vd.

⁵ R.Kender age. s.170, K.Şenocak age. 17 vd.

Sorumluluk sigortaları sigorta ettirenin eyleminden kaynaklanan zararlardan üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesi ile sigortalının korunmasını amaçlar⁶. Hekimin mesleki sorumluluk sigortası kapsamında korunan sigortalı hekimdir⁷.

Diğer yandan, hekimin mesleki sorumluluk sigortasında sadece sigortalı hekim değil, onun mesleki faaliyeti nedeniyle zarar gören hastalar da korunmaktadır. Zira mağdur hastalar doğrudan sigortacıya gitme imkânından da yararlanabilecektir.

Hekimin mesleki sorumluluk sigortası, yukarıda da belirttiğimiz gibi “zarar sigortası - meblağ sigortası” ayrımında zarar sigortası kapsamında yer alır. Rizikonun gerçekleşmesi halinde bu rizikodan zarar gören üçüncü kişilerin gördükleri zararlar sigorta limiti dâhilinde karşılanır⁸.

Sorumluluk sigortası bir meblağ sigortası niteliğinde olmadığından, üçüncü kişilerin maruz kaldıkları gerçek zararın giderilmesi amacını güder. Dolayısı ile bu tür sigorta poliçelerinde sigorta bedeli sigortacının sorumlu olduğu azami miktarı belirler⁹.

⁶ I.Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, İstanbul 2007 s. 570

⁷ Hekimin mesleki sorumluluk sigortası kapsamında “hekimlik” sıfatının devri mümkün olmadığından sigortalı malın (sigortalı menfaatin) devrine ilişkin TTK m.1303 hükmü uygulanamaz. K.Şenocak age. s.54.

⁸ Sorumluluk sigortasında, sigorta güvencesi altına alınan menfaatin değeri belirli değildir. Mal varlığının tümünün belli rizikolara karşı güvence altına alınma amacı olduğu için *aktif sigortasındaki gibi bir sigorta değeri* bu tür sigortada yoktur. (R.Kender age. s.172.) Bu görüşün doğal sonucu olarak da bu tür sigortalarda *aşkın sigorta* (Aşkın sigorta terimi, tazminat poliçelerinde, poliçedeki sigorta bedelinin, sigorta konusunun gerçek ve makul değerinin üzerinde olması hali olarak tanımlanabilir. Sigortanın temel prensibine göre amaç, sigortalının uğradığı maddi kaybın giderilmesi olduğu için sigortacı bir tam zıya durumunda, yine o malın gerçek değerini ödemek zorundadır. R. Kender age. s.239) ve *eksik sigorta* (Eksik sigorta ise, poliçede yazılı sigorta bedelinin, sigortaya konu olan malın gerçek ve makul değerinin altında olması durumunu ifade etmektedir. Sigortalı, bilmeyerek veya daha az prim ödemek amacıyla malın gerçek değerinin altında bir değeri bildirmektedir. R. Kender age. s.240) halleri söz konusu olmayacaktır.

Buna karşın doktrinde sorumluluk sigortalarında da, örneğin kiracının, ev sahibinin tazminat istemlerine karşı kiracı sıfatıyla oturmakta olduğu konutu sigorta ettirmesi halinde olduğu gibi, sigorta değeri evvelce biliniyorsa *sigorta değerinin mevcut olabileceği ve eksik ve aşkın sigorta hükümlerinin sorumluluk sigortalarında da uygulanabileceği* savunulmaktadır. Buna göre, eğer menfaat değeri belirli değilse; hekimin mesleki sorumluluk sigortası kapsamında sigorta değeri vardır, fakat sonsuz büyüklüktedir. K.Şenocak age. s.70.

⁹ “...Dava, (ihtiyarı mali sorumluluk sigorta) poliçesine dayalı bir tazminat (destekten yoksun kalma)

Sonuç olarak, sigorta türlerinin tasnifi içerisinde, hekimin mesleki sorumluluk sigortası “malvarlığının pasif kısmına ilişkin bir zarar sigortası” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hekimin mesleki sorumluluk sigortasının diğer sigorta türleri arasındaki yerinden hareketle, çalışmamızda önce hekimin mesleki sorumluluk sigortasına ayırıcı niteliğini veren “mesleki sorumluluk rizikosu”nu ele alacağız. Konumuzu incelerken “hekimin mesleki sorumluluğuna”, cezai sorumluluğu ayrı tutularak ve rizikonun tanımlanmasına imkân verdiği ölçüde yer verilecektir. Rizikonun tanımlanmasının ardından sigorta ilişkisinin tarafları olan “sigorta ettiren” ve “sigortacının” yükümlülükleri ve son olarak “sigorta ilişkisinin sona ermesi” hususunu inceleyeceğiz.

davasıdır. Bu poliçe ile güvence altına alınan şey araç sahibinin aracın kullanılmasından doğan hukuki sorumluluğundan (poliçe genel şartları md. 1), daha açık bir deyişle araç sahibi bu sigorta ile üçüncü kişilere ödemek zorunda kalacağı maddi tazminattan dolayı mamelekinde meydana gelecek eksilmeyi güvence altına almış olmaktadır. Öyle ise uyuşmazlığın can-şahıs sigortasının bir çeşidi olan kaza sigortası hükümlerine göre değil, tazminat ilkelerine göre çözümlenmek gerekir.

Bilindiği üzere şahıs sigortası ile sorumluluk sigortaları ayrı hukuki esaslara tabidir. Şahıs sigortaları meblağ sigortası olduğu için burada zararın giderilmesi söz konusu olamaz. Önemli olan poliçedeki belirlenen paranın ödenmesidir. Oysa sorumluluk sigortasında amaç, gerçek zararın sigortacı tarafından tazmin edilmesidir. Bu itibarla davacılar vekilinin, olaya TTK'nun 1336.ncı maddesinin uygulanması gerektiği yönündeki iddiası yerinde değildir... » 11. HD 1979/4077 E. 1979/4237 K. 27.9.1979 T. (www.kazanci.com.tr Başvuru tarihi: 1 Nisan 2008)

I.BÖLÜM

HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKO

Hekimin mesleki sorumluluk sigortasında riziko en genel tanımı ile hekimin mesleki faaliyeti sırasında üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu doğuran bir olayla karşılaşılmasıdır. Çalışmamız kapsamında, öncelikle hekimin sigorta himayesi altındaki mesleki sorumluluğunu ele alacağız. Ardından maddi içeriği hekimin mesleki sorumluluğu kapsamında tanımlanmış olan rizikonun kişi, yer, zaman ve istisnalar bakımından hangi şekilde sınırlanmış olduğunu ele alacağız.

A. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKONUN TANIMLANMASI

Hekimin tıbbi faaliyetlerinden doğan sorumluluğu hekim ile hasta arasındaki bir akitten doğabileceği gibi bir haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklanabilir. Aşağıda söz konusu sorumluluk sebeplerinden doğan “mesleki sorumluluk” kavramını ele alarak, sigorta hukuku ilkeleri çerçevesinde hangi şartlarda mesleki sorumluluğunun doğacağını tespit edeceğiz.

MSSGŞ m. A.1. uyarınca, mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesi kapsamında sigortalının poliçede tanımlanan mesleki faaliyeti ifa ederken; sigortalıya karşı doğabilecek taleplere karşı teminat verilmektedir.

Hekimin mesleki sorumluluğu akit, haksız fiil veya vekâletsiz iş görme olarak üç ayrı hukuki sebepten doğan, kural olarak bir kusur sorumluluğudur¹⁰.

¹⁰ Tıbbi sorumluluk alanında tehlike sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle bu sorumluluk türü hekimin hukuki sorumluluğunda uygulama alanı bulamamaktadır. Ancak tıbbi faaliyetler esnasında hekimlerin çok küçük bir hatasının dahi insan hayatı için son derece önemli ve telafisi imkânsız zararlara yol açabilecek nitelikte olması nedeniyle bu alanda da tehlike sorumluluğu esasına yer verilmesi gerektiğini ileri süren yazarlar da mevcuttur. Georges D. C.: la Responsabilité Médicale, Paris 1974, s. 9 (S.Reisoğlu, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983 s.3'den naklen).

Hekime mesleki faaliyeti nedeniyle yöneltilebilecek taleplerin dayandığı üç hukuki sebep aşağıda kısaca ayrı değerlendirilecektir.

1. Hekimin Akdi Sorumluluğu

Hekimin akdi sorumluluğundan bahsedebilmek için her şeyden önce hasta ile hekim arasında kurulmuş bir hekimlik sözleşmesi bulunması gerekir. Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesi¹¹ herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı gibi tarafların zımni iradesi ile de kurulabilir¹².

Hekimle hasta arasında söz konusu olan akdin hukuki mahiyeti konusunda doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür.

Bazı yazarlar¹³, hekimin tıbbi hizmet sözleşmesinin bir hizmet akdi olduğunu¹⁴ kabul etmektedirler. Bu madde çerçevesinde bir hukuki ilişkinin hizmet akdi niteliği taşıması için ücret, iş görme edimi ve tabiiyet unsurlarının bulunması gerekir. Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesinin "bir hizmet ediminin bir süre için vaat olunması ve de bu hizmet ediminin karşılığı olarak bir ücret ödenmesi unsurları hizmet akdi ile ortaktır. Ne var ki hizmet akdini diğer iş görme aktlerinden ayıran "tabiiyet bağı" hekimin tıbbi hizmet sözleşmesinde mevcut değildir. Hekimin, hastanın talimatlarına uyması borcundan da söz edilemez¹⁵. Bu bakımdan hekim ile hasta arasındaki akdi ilişkinin kural olarak hizmet akdi olmadığına görüş birliği vardır¹⁶.

¹¹ Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesi (contrat de service médicaux) vekâlet akdinin özel bir hali olarak ele alınmaktadır. Bunun yanı sıra hastanın eczacı ve hastane ile arasındaki sözleşmeler de "Tıbbi hizmet sözleşmeleri" başlığı altında ele alınmaktadır. Tercier Pierre, Les Contrats Spéciaux, 3e édition, Zurich 2003, p.704.

¹² M.Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.63.

¹³ Z.Şenocak, Özel Hukukta Hekimin sorumluluğu, Ankara 1998, s.19.

¹⁴ Borçlar Kanunu'nun 313'üncü maddesine göre "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder". Bkz. Reisoğlu, S., Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.39 vd.; Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku, c.II, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1977, s.81 vd.

¹⁵ Z.Şenocak, age. s.297.K.Şenocak'a göre hekimin özel uzmanlık alanında faaliyet gösteriyor olması nedeniyle nispi bağımsızlığı söz konusudur. K.Şenocak s.303.

¹⁶ M.Ayan age. s.63; H.Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I Ankara 1985, s. 376; K.Şenocak age. s.299.

Ancak aile hekiminin, sağlık problemleriyle ilgilendiği aile ile arasındaki hekimlik akdinin bir hizmet akdi niteliğini taşıdığı ileri sürülmekte ve gerekçe olarak da bu durumda hekim ile hasta arasındaki ilişkide "belirli ya da belirsiz bir zaman süresi içinde" hizmette bulunma unsuruna dayanılmaktadır¹⁷. Diğer taraftan söz konusu kabul, bu halde de "bağımlılık" unsurunun mevcut olmadığı gerekçesi ile eleřtirilmektedir¹⁸. Kanaatimizce kural olarak aile hekimleri ile sürekli olarak hastası olan aile arasında bir hizmet akdi olduğu söylenemez, zira bağımlılık unsurunun her durumda mevcut değildir. Hizmet akdinden ancak bağımlılık unsurunun daima mevcut olduğu hallerde söz edilir¹⁹. Örneğin bir aileye belli bir ücret karşılığında ve o ailenin talimatları doğrultusunda hizmet veren hekim açısından hizmet akdinden de bahsedilebilecektir.

Diğer bir kısım hukukular²⁰ hekimlik akdinin bazı durumlarda istisna akdi mahiyetinde olduğunu kabul etmektedir²¹. İstisna akdine özelliğini veren edim "bir eserin ortaya çıkarılmasıdır".

Bu kapsamda temel sorun eser kavramının ortaya konulmasıdır. Eser, yüklenicinin iş sahibi adına ortaya koymayı yüklendiği sonuçtur. İstisna akdinde önemli olan iş görme ediminden çok bu çalışmadan sonra ortaya çıkacak objektif sonuçtur. Dolayısıyla diğer iş görme edimlerinden farklı olarak istisna akdinde bir sonuç taahhüdü söz konusudur²².

¹⁷ S.Reisoğlu, age. s.12; S. Donay, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İst. İkt. Tic.İl.Der. 1968,S.20, s.44-45.

¹⁸ Z.Şenocak age. s.20.

¹⁹ Belirli ya da belirsiz bir zaman süreci için özel bir hastanede çalışan, bu süre içinde oraya başvuracak çeşitli hastalara bakmayı üstlenen hekim ile söz konusu hastane arasındaki akit bir hizmet akdidir. K. Tuomağ, Türk Borçlar Hukuku, C.I. Özel Borç İlişkileri, Ankara 1977 s.842; Tandoğan, Borçlar zel, C.II. s.376.

²⁰ S.Reisoğlu, age. s.12.

²¹ Borçlar Kanunu'nun 355'inci maddesindeki tanıma göre "İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf, diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir Şey imalini iltizam eder". İstisna akdi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar zel, c.II, s.1; Tuomağ, age., s.952.

²² Eser, "alışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil olan sonuçtur". Her ne kadar Kanun'da "Şey"den bahsedilmekle beraber ortaya konulan sonucun mutlaka maddi varlığı haiz olması gerekmediği kabul edilmektedir. Taahhüt edilen sonuç "maddi bir Őeyde kendisini göstermek ve kalıplaşmak suretiyle devamlı bir Şekil arz eylemesi ve bu yüzden bir Şey gibi devredilmese dahi bir eser sayılır. Bkz. Tuomağ, age., s.952 vd.

Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesi kapsamında böyle bir sonuç taahhüdü söz konusu değildir²³. Zira tedavi için mutlak biçimde sonuç taahhüt edilmesi tıbbi müdahalelerin niteliğine aykırı düşer²⁴.

Birçok tıbbi tedavi ve uygulamada sonucun kesin biçimde taahhüt edilmesi mümkün değildir. Ancak niteliği gereği objektif sonuç taahhüdüne elverişli tıbbi uygulamalar (Diş protezi takılması, estetik amaçlı cerrahi müdahaleler gibi) bakımından istisna akdinin varlığı kabul edilmektedir²⁵. Bu gibi objektif sonuç yüklenilmesine imkân veren haller dışında hekimin tıbbi hizmet sözleşmesi istisna akdi olarak değerlendirilemez.

Doktrin ve uygulamada hâkim olan görüş²⁶ ise hekim ile hasta arasındaki akdin bir vekâlet akdi olduğu yolundadır²⁷.

Vekâlet akdinin söz konusu olabilmesi için gerekli unsurlar; akdin konusunu "bir iş görmenin teşkil etmesi", "iş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonuç taahhüdü içermeksizin yapılması" dır. Ücret ise vekâlet akdinin zorunlu unsurlarından biri değildir.

Hekimle hasta arasındaki akdi ilişkide hastanın iyileşmesi garanti edilmemiştir. Bu nedenle tedavi ya da ameliyatın kusuru olmaksızın başarılı olmaması rizikosu da hekime yüklenemez²⁸. Bu nitelik onu özellikle istisna

²³ M. Ayan age. 63; Z.Şenocak age. s. 23.

²⁴ "Hekimle hasta arasındaki tedaviye ilişkin akdin istisna akdi olarak nitelendirilmeyeceği konusunda diğer bir gerekçe olarak istisna akdinde iş sahibinin akdi feshetmesi durumunda müteahhidin masraflarını, o ana kadar sarf ettiği emeğin karşılığını ve mahrum kaldığı karını tazmin etmesine karşılık, tedaviyi bırakan hastanın sadece hekimin o ana kadar yaptığı tıbbi bakımın karşılığını ödemesi de gösterilebilir." Bkz. Donay, agm., s.45.

²⁵ Yarg. 15. HD E. 2004/3331 K. 2005/698 T. 14.2.2005 Kararda diş protezi takılması istisna sözleşmesi kapsamında kabul edilmektedir. (www.kazanci.com.tr Başvuru tarihi 4 Nisan 2008)

²⁶ Tedavi akdinin kendisini oluşturan unsurları kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü akit tiplerinin hiç birinde mevcut olmayan kendine özgü yapısı olan bir akit olduğunu ileri süren yazarlar da mevcuttur. P. ÖZ, Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu, ABD. 1984, S.5, s.706

²⁷ Borçlar Kanunu'nun 386'ncı maddesinin İnci fıkrasına göre "Vekâlet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder". Vekâlet akdi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, c.n, s.21; Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesinin bir vekâlet akdi olduğu görüşü için bkz. Z.Şenocak age. s.24, M.Ayan age. s.67; F.İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 59.

²⁸ Donay, age., s.45; Z.Şenocak age. s.24.

akdinden ayırmaktadır. İş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonuç taahhüdü içermeksizin yapılması da bu akdin vekâlet niteliğinde olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Sonuç olarak doktrinde ağırlıklı olan ve bizim de katıldığımız görüş hekimin tıbbi hizmet sözleşmesinin bir vekâlet akdi olduğudur.

Yargıtay'a göre de hekimin tıbbi hizmet sözleşmesi bir vekâlet akdidir²⁹. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E:2002/2589 K:2002/4560 sayılı ve 25.04.2002 tarihli kararında³⁰ "...doktorun meslek alanı içinde olan hafif de olsa bütün kusurlarından sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmak, onu gereksiz risk altına sokmamak ve en emin yolu tercih etmek zorundadır." demek suretiyle aradaki akdin bir vekâlet akdi olduğunu vurgulamıştır³¹.

Hekimin sorumluluğunun doğması için bir vekâlet akdi niteliğinde olduğunu tespit ettiğimiz sözleşmenin ihlali gerekir. Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesinde sözleşmenin ihlali; ya hiç ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesi kapsamında

²⁹ Hasta ile hekim arasında vekâlet akdinin mevcudiyeti Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir. Yargıtay 1964 tarihli eski bir kararında tümörün alınmasına ilişkin ameliyatın istisna akdinin değil, vekâlet akdinin konusunu teşkil ettiğini ifade etmiştir (Bkz. HGKE.964/37,K.40, . 6.7.1964 T., S. Olgaç. Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve ilgili Özel Kanunlar, C.III, Ankara 1969, s.450-451). Aynı yönde Bkz. Yarg. 13. HD. E.1994/8557, K.1994/2138 4.3.1994 T.; Yarg. HGK E. 2002/13-1011 K. 2002/1047 11.12.2002 T. (www.kazanci.com.tr Başvuru tarihi 4 Nisan 2008);

³⁰ www.kazanci.com.tr (Başvuru Tarihi 23 Haziran 2008)

³¹ Aynı yönde; "Taraflar arasındaki ilişki vekâlet akdidir. Vekil, vekâlet görevine konu iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekil (BK m. 390/2) işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan dahi sorumludur (BK m. 321/1) O nedenle vekil konumunda olan ve davacıyı tedavi eden doktorun bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkânları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmesi gerekir." Yarg. 13. HD E. 2002/7925 K. 2002/10687, 15.10.2002 T. (www.kazanci.com.tr, Başvuru Tarihi 12 Temmuz 2008)

hekimden ifası beklenen edimlerin başlıcaları³²; teşhis ve tedavi, hastayı aydınlatma yükümü, sadakat ve özen borcu ve sır saklama yükümlülüğüdür³³.

Hekimin tıbbi müdahaleleri de çoğu zaman kişinin vücut tamamıyetine yönelik olduğundan, bu müdahaleler tedavi amacını da taşısa, hastanın bu konuda rızası alınmadıkça "herkesin sahip olduğu anayasal nitelikteki yaşama ve vücut bütünlüğü hakkının" ihlali anlamına gelecek ve hukuka aykırı olacaktır.

Türk Medeni Kanununun 24. maddesinde de kişilik haklarına, konumuz kapsamında kişinin bedensel bütünlüğüne yapılacak müdahalelerde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller belirtilmiştir. Buna göre; kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Söz konusu müdahaleler bakımından hastanın rızası söz konusu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Bu bakımdan müdahalelerde hastanın rızasının alınması öncelikli bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Her tıbbi müdahalede hastanın gerçek ya da farazi iradesine uygun olmak zorundadır³⁴.

Hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı durumlarda, (-bilincini kaybetmiş hastanın ameliyata alınması örneğinde olduğu gibi-) tıbbi müdahale hastanın tedavisine hizmet ettiği ölçüde kendisinin farazi rızası var kabul edilecektir³⁵. Zira bu halde de MK m.24 anlamında hastanın üstün nitelikte özel yararı söz konusu olacaktır.

³² Tercier'e göre hekimin temel edimleri (les obligations principales); uygun teşhis ve tedaviyi uygulama, hastaya seçilen yönteme ilişkin bilgi verme ve rızasını alma ile sır saklama yükümlülüğüdür. Tercier age. s. 706.

³³ M.Ayan age. s.69 vd.; Z. Şenocak age. s.21 vd.

³⁴ M.Ayan age. s.71.

³⁵ Rızası alınacak olan, kural olarak hastadır ve rızasının hukuken geçerli olabilmesi için onun böyle bir rızayı bildirmeye ehil olması gerekir. Söz konusu rıza bakımından ehliyetten kasıt; kendi üzerinde yapılacak tıbbi müdahalenin önemini ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğine sahip olmasıdır. K.Şenocak age. s.308

Diğer taraftan, hekimin söz konusu durumdaki müdahalesi aynı zamanda kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması halini de içermektedir. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde; hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı durumlarda rızaya gerek olmadığı ifade edilmektedir. Bu bakımdan hekimin söz konusu müdahalesi kanundan doğan bir yetkisine de dayanmaktadır.

Geçerli bir rızanın söz konusu olabilmesi için, hastanın, hekimin kararının önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Zira ancak bu şekilde kendi geleceğini tayin hakkının amaca uygun şekilde kullanımı gerçekleşmiş olacaktır³⁶. İşte bu noktada hekimin, hastanın rızasını almadan önce onu hastalığı ve hastalığına en uygun tedavi metodu hakkında aydınlatması yükümü söz konusu olacaktır³⁷.

Rızası alınacak olan, kural olarak hastadır. Ancak, Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 hükmüne göre, hasta küçük veya kısıtlı ise, velisinden veya vasisinden izin alınır³⁸.

Türk hukukunda da hekimin aydınlatma yükümlülüğünün mevcut olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİK) "rızayı" düzenleyen 70'inci maddesinin zımnen hekimin aydınlatma yükümlülüğünü de düzenlemiş olduğu ifade edilmektedir³⁹.

³⁶ Rızanın her zaman geri alınabilmesi mümkündür. Rızanın geri alınması hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir (HasHY m. 2411V). Ancak, hasta, tıbbi müdahaleye rıza gösterdikten sonra, uygun olmayan bir zamanda, rızasını geri alırsa tedavi için yapılan hazırlıklardan doğan masrafları ve varsa hekimin maruz kaldığı kazanç kayıplarını tazmin etmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir. K.Şenocak age. s.308; F.İpekyüz, age. s. 59 vd.

³⁷ "Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması ve böylece hastanın yapılacak tıbbi müdahalenin tehlikesi ve sonuçları hakkında kapsamlı olarak bilgi sahibi olması gerekir. Bu nedenle, hekimin tıbbi müdahale için rızasını almadan önce hastayı aydınlatması, tıbbi olduğu kadar, hukuki bir ödevdir." Z. Şenocak age. s. 36

³⁸ Hastanın velisinin veya vasisinin hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde velisinden veya vasisinden izin şartı aranmaz. Buna karşılık, kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehlike altına girecekse izin şartı aranmaz.(HasHY m. 24/11).

³⁹ TŞSTİK m. 70 - (Değişik: 5728 - 23.1.2008 / m.38) "Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her tür işlem için öncelikle hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin muvafakatını alırlar. Ciddi cerrahi müdahaleler için bu muvafakatın yazılı olması gerekir. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya müdahalede bulunulacak şahıs beyanda bulunamayacak

Zira hastanın aydınlatılması, rızanın hukuken geçerli olabilmesi için zorunlu bir şarttır⁴⁰.

Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında; hastanın sağlığına kavuşmasını engelleyen şeyleri yapmaktan kaçınmayı üstlenmesi, tedavinin etkili bir şekilde sürdürülebilmesi, iyileşmesi için zaruri olan psikolojik durumunun kuvvetlendirilmesi ve son olarak endişe ve korkularının azaltılması yönünden aydınlatılmasına “Terapötik (İyileştirici) aydınlatma” adı verilir⁴¹.

Diğer yandan, itinalı bir yaşam şekline, perhize razı edebilmek için, hastaya, hastalığı ve hastalığın arazlarını açıklamak, riskleri bildirmek ve tedavinin muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirmek ise “tıbbi aydınlatma” olarak ifade edilmektedir⁴².

Hekimin tıbbi hizmet sözleşmesi kapsamında; hastanın, gerekli biçimde aydınlatılarak alınan rızasının ardından hekimin hastanın rahatsızlıklarını dikkate alarak hastalığına teşhis koyması gerekmektedir.

Teşhis hatası tek başına hekimin sorumluluğuna neden olmaz. Hekimin teşhis için gerekli özeni göstermesi, zamanı ayırması ve hastaya sorduğu sorular doğrultusunda detaylı bir araştırma yapmış olması gerekir. Ancak gerekli özeni göstererek araştırma yapmış olan hekim sorumluluktan kurutulur⁴³.

Yargıtay mutad usul ve ilkelerin uygulanmasını ve meslek kurallarına uygun hareket edilmiş olmasını aramaktadır⁴⁴.

durumda ise muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzlü Türk Lirası idari para cezası verilir.”

⁴⁰ Öte yandan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14'üncü maddesinin II'nci fıkrasına göre: "Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın ruhsal durumuna olumsuz etki ederek hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylemesi lazımdır". Hekimin aydınlatma yükümlülüğü bu hükümden de yorum yoluyla çıkarılmaktadır. Bkz. Ayan age. s.73; Z. Şenocak age. s. 36.

⁴¹ M. Ayan age. s.74.

⁴² M. Ayan age. s.74.

⁴³ M. Ayan age. s. 66.

⁴⁴ Yarg. 4. HD., , E.2876/K.5612 T. 29.6.1977 (Z.Şenocak age. s.37'den naklen.)

Diğer taraftan hekimden daima yeterli ve kapsamlı bir araştırma yapması beklenirken, her alanda bilgi sahibi olması koşulu aranmaz. Ancak özen borcunun bir gereği olarak hastayı gerektiğinde başka bir uzman hekime yönlendirmesi gerekir⁴⁵.

Doğru teşhise uygun bir tedavi metodunun seçilmesi ve Borçlar Kanunu'nun 390/f.I maddesinin atfı dolayısıyla BK m.321/f.I. gereğince bir işçinin göstereceği dikkat ve özenle bu tedavinin yürütülmesi gerekmektedir⁴⁶.

Teşhise uygun en az riskli ve başarılı olma ihtimali en yüksek olan tedavi metodunun seçilmesi gerekir. Aynı sonucu sağlayacak daha az riskli bir metod varken daha riskli olanın seçilmesi hekimin sorumluluğuna neden olabilecektir⁴⁷.

Diğer taraftan yeteri derecede denenmemiş bir metodun uygulanması söz konusu ise hastanın bu duruma yönelik aydınlatılması ve rızasının alınması gerekir. Zira bu durumda henüz tercih edilen yöntemin riski ortaya konmamıştır⁴⁸.

Hekimin, hasta dosyalarını düzenleme ve hastalıkla ilgili bulguları kaydetme yükümlülüğünün de, onun mesleki yükümlülükleri arasına girdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, hekim, mesleğini icra ederken, yaptığı tespitler ve aldığı tıbbi tedbirler hakkında gerekli kayıtları tutmak zorundadır.

Hekimin BK m.392 anlamında hesap verme yükümlülüğü, sadece söz konusu dosyaların hekim tarafından düzenlenmesiyle yerine getirilmiş olmaz. Buna ek olarak, hastaya kendisi ile ilgili dosyaları tetkik etme, hatta bazı belgeleri almak hakkını tanımak gerekir⁴⁹.

⁴⁵ H. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, age. s.62.

⁴⁶ M.Ayan age. s.88 vd. Bkz. Yarg. 4. HD. , E.2876/K.5612, 29.6.1977 T., (Aşçıoğlu, age., s.50'den naklen); *"Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir"*. M. Ayan, age., s.67.

⁴⁷ K.Şenocak age. s.305.

⁴⁸ R. Atabek-M.Sezen, "Hekimin Mesuliyeti", İBD 1986, S.1 s.150-151.

⁴⁹ Z.Şenocak age. s.65.

Son olarak hekimin hastasına karşı mesleki faaliyeti nedeniyle edindiği bilgi ve sırları saklama yükümlülüğünden bahsedilmesi gerekir. Bu yükümlülük de vekâlet sözleşmesinden doğan sadakat ve özen borcunun bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, hekim yasal veya tıbbi bir zorunluluk olmaksızın hastaya ait bilgileri onun rızası dışında üçüncü kişilerle paylaşamayacaktır⁵⁰.

Sonuç olarak hekimin bu yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi sorumluluğuna yol açacaktır. Hemen belirtilmelidir ki, hekim, vekâlet akdi çerçevesinde görevini yerine getirirken, hastanın iyileştirilmesi sonucunun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı daima sorumluk altındadır.

Eğer, bu özen eksikliği nedeniyle hasta bir zarara uğramış ise, hekimin tazminat sorumluluğu gündeme gelecek ve sigorta himayesi devreye girecektir.

Akdi sorumluluk için akdin ihlali yanında kusur, zarar ve meydana gelen zarar ile söz konusu akde aykırılık arasında uygun illiyet bağının bulunması zorunludur.

Zarar, hekimin sorumluluğunun, dolayısıyla tazminat borcunun en önemli şartıdır. Zararın bulunmadığı yerde tazmin etme yükümlülüğünden de bahsedilemez. Sorumluluğun doğması için maddi, manevi ve cismani zararlardan en az birinin varlığı gerekir⁵¹.

2. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için her şeyden önce hekim olumlu (örneğin, hekimin koma halinde bulunan hastaya deney maksadıyla müdahale etmesi) ya da olumsuz (örneğin, hekimin tıp

⁵⁰ Ancak bir görüşe göre eski hekimin hastasının yeni hekimine bilgi vermesi mümkündür. Z.Şenocak age. s.66.

⁵¹ Tıbbi sorumlulukta maddi zarar, yükümlülüğe uygun bir tedavi yapılsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumunda sahip olacağı malvarlığı ile hatalı tedavi sonucunda sahip olduğu malvarlığı arasındaki parayla ölçülebilen fark olarak tanımlanmaktadır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s.547.

mesleğinin kendisini yükümlü kıldığı acil olaylarda ilk yardım görevinden kaçınması) şeklinde kendini gösteren hukuka aykırı bir davranışta bulunması gerekir⁵².

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere tıbbi müdahaleler; vücut bütünlüğüne yönelik oldukları için geçerli bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın⁵³ hukuka aykırılık içerir.

Hekimin akit dışı sorumluluğu için de hukuka aykırı fiilin yanı sıra kusur, zarar ve meydana gelen zarar ile söz konusu akde aykırılık arasında uygun illiyet bağının bulunması zorunludur.

Diğer yandan, aynı fiil hem akde aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebilir. Örneğin hastaya ait bilgilerin gereği gibi dosyalanmaması bir akde aykırılık hali olmakla birlikte bir haksız fiil teşkil etmez. Ancak ameliyat sırasında hastanın yanlış böbreğinin alınması bir akde aykırılık hali ve aynı zamanda bir haksız fiildir. Zira bu durumda yalnızca “bir sözleşme hükmünün” ihlali değil; genel bir davranış yükümünün de ihlali ve davaların yarışması hali söz konusudur. Bu durumda hem akde aykırılık hem de haksız fiil bakımından dava şartları oluşmuş olduğundan hasta lehine olan hukuki sebebe (akde aykırılık hükümlerine) dayanarak dava açabilecektir.

3. Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu

Hekim; hasta ile arasında akdi bir ilişki bulunmadığı halde, hasta yararına tıbbi faaliyette bulunabilir. Böyle bir durum, özellikle yardıma ihtiyaç duyan ve bilinci kapalı bir hastanın hayatını kurtarmak veya çok ciddi bir zarar uğramasını engellemek için yapılan tıbbi müdahalelerde söz konusudur. Hekimin, bu suretle; vekâletsiz iş gören olarak bu müdahaleleri, hastanın iyileşme menfaati (üstün nitelikte özel yararı) sayesinde hukuka uygunluk kazanabilmektedir⁵⁴.

⁵² K.Şenocak age. s.12, M.Ayan age. s.60.

⁵³ Hastanın menfaatine uygun hareket etme, hastanın rızası ve hukuka uygun bir kamu gücünün kullanımı hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Z.Şenocak age. s.13.

⁵⁴ Z.Şenocak age. s.105, M. Ayan s.61; K. Şenocak s.330.

Vekâletsiz iş gören olarak faaliyette bulunan hekimin özen yükümünün kapsamı doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre; BK m.411/f.I uyarınca “...iş sahibinin maruz kaldığı zararı bertaraf etmek için yapılmış ise sorumluluğu hafifletilir.” hükmü hekimlere uygulanamaz. Buna göre, vekâletsiz iş gören olarak faaliyette bulunan hekimin de bir tedavi akdine dayalı olarak müdahalede bulunan hekim kadar özen göstermek zorundadır ve hafif kusurundan dahi sorumludur⁵⁵.

Diğer bir görüşe göre ise, BK m.411/f.I uyarınca, vekâletsiz iş gören konumundaki hekim bu müdahaleyi bir zararı bertaraf için yapmış olduğundan sorumluluğu hafifletilecektir⁵⁶.

Gerçekten de sorumluluğun ağır olması acil durumda hekimleri müdahale etmekte tereddüde sevk edebileceğinden sorumluluğun hafif mütalaa edilmesi yerinde olacaktır.

B. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKONUN SINIRLANMASI

1. Rizikonun Kişi Bakımından Sınırları

Hekimin sorumluluk sigortasında, hekimin mesleki faaliyetinden doğan sorumluluğu sigorta himayesine alınmaktadır. Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder.

11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1. maddesi uyarınca; Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde hekimin hasta tedavi edebilmesi için Tıp fakültesi diplomasına sahip bulunması, mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmaması ve Türk vatandaşı olması şarttır.

⁵⁵ K. Şenocak s.330.

⁵⁶ Z.Şenocak age. s.106.

Bu kapsamda konumuz dâhilinde ancak hekimlik mesleğini icra edenler söz konusu korumadan istifade edeceklerdir⁵⁷. Bir başka ifade ile sadece hekimlik faaliyetine mezun olan kimselerin eylemlerinden doğan olaylar himaye kapsamındadır.

Doktrinde, estetik ameliyatlar ile tedaviyi amaçlamayan salt bilimsel araştırma faaliyetlerinin “tıbbi müdahale” kapsamı dışında olduğu ve bu faaliyetler dolayısıyla bu alanda çalışan doktora karşı ileri sürülen tazminat taleplerinin aksi öngörülmedikçe sigorta himayesinden yararlanamaması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁸.

Nitekim Hekim Mesleki Sorumluluk Klozunun II/4 maddesi gereğince; tanı veya tedavi amacı olmaksızın yapılan bütün tıbbi müdahaleler ile plastik cerrahların güzelleştirme amaçlı yaptıkları her tür estetik ameliyattan kaynaklanan tazminat talepleri teminat dışındadır. Aşağıda da ele alacağımız üzere, MSSGŞ ve Hekim Mesleki Sorumluluk Klozu kapsamında temelde hekimin teşhis ve tedaviye yönelik faaliyetlerinin teminat altına alınması amaçlanmıştır.

Bu bakımdan sigorta sözleşmesinin kişi bakımından sınırlarını “hekimler” oluşturmaktadır. Ancak aksi öngörülmedikçe, faaliyetleri doğrudan teşhis ve tedaviye yönelik olmayan estetik cerrahlar ile salt bilimsel araştırma yapan hekimler kapsam dışı tutulmaktadır.

2. Rizikonun Yer Bakımından Sınırları

Sigorta sözleşmelerinde rizikonun yer bakımından sınırlanması ile risk daha öngörülebilir hale gelmektedir. Bu sınırlama için “sorumluluğa yol açan davranış veya zararın belirli bir coğrafi alanda meydana gelmiş olmaları” kaydı getirilerek riziko yer bakımından sınırlanmaktadır.

⁵⁷ K. Şenocak age. s. 202.

⁵⁸ K. Şenocak age. s. 202.

İlke olarak sigorta koruması “ülke sınırları içinde” söz konusu olur⁵⁹. Yurt dışında gerçekleşen faaliyetlerin özel şartlar aracılığıyla koruma altına alınması daima mümkündür. Bu ihtiyaç özellikle "ürün sorumluluğu" ve "meslek sorumluluğu" sigortalarında ortaya çıkmaktadır. Ancak ülke dışında hüküm altına alınan tazminat miktarları çok yüksek olabilmektedir. Özellikle Anglosakson hukukunda cezalandırıcı tazminat sisteminin öngörülmesi nedeniyle gerçek zarar miktarını aşan ölçüde tazmin yükümlülüğü doğabilmektedir. Bu nedenle ABD ve Kanada gibi ülkeler bu şartlardan istisna edilmektedir⁶⁰.

MSSGŞ m.A.2.'de de rizikonun yer bakımından sınırlanması yoluna gidilmiştir. Buna göre; sigortanın coğrafi sınırı Türkiye Cumhuriyeti sınırlarıdır. Hekimin mesleki sorumluluk sigortası da, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği mesleki faaliyetler için geçerlidir.

Aynı madde hükmünde de ifade edildiği üzere, tarafların sigortalının yurtdışında yürüteceği mesleki faaliyetlerini de sigorta kapsamına alınmasını kararlaştırmaları daima mümkündür.

Diğer taraftan poliçede özel hükümler sevk edilerek rizikonun belli bir mekânla (belli bir tıbbi kuruluştaki, acil durumlarda her yerde veya önceden tespit edilen diğer herhangi bir mekânda yürütülen mesleki faaliyetler olarak) sınırlandırılması da söz konusu olabilir.

Her ne kadar faaliyet yeri uygulanacak hukuka etki etmese de hekimin faaliyetine ilişkin koşullar değişebilecektir. Örneğin hekimin mesleki faaliyetinin tam donanımlı bir hastanede taşıdığı risk acil durumda diğer herhangi bir yerdeki risk ile aynı değildir. Diğer yandan, kendi kuruluşunda çalışan hekimleri sigorta ettiren özel bir sağlık kuruluşu da sigorta rizikosunu kendi kuruluşundaki mesleki faaliyetler ile sınırlandırabilir.

⁵⁹ S.Ünan, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s. 102.

⁶⁰ S.Ünan age. s.103.

3. Rizikonun Zaman Bakımından Sınırları

Sigortanın “hangi anda gerçekleşen rizikoları himaye edeceği” sorusu karşısında öncelikle rizikonun gerçekleşme anının tespiti gerekmektedir.

Hekimin sorumluluğunu doğuran birçok olayda sorumluluğu doğuran sebebin gerçekleşmesi, üçüncü kişi mağdurun alanında bir zararın doğması ve tazminat talebinin ileri sürülmesi arasında çok uzun süreler bulunabilir. Örneğin hekim hastasının tedavisi kapsamında reçetesine yanlış bir ilaç yazar, ancak kullanılan bu yanlış ilacın hasta üzerindeki etkileri çok daha sonra ortaya çıkarsa; hasta yine daha sonraki bir zamanda sigortalıya tazminat talebini ileri sürebilir.

Sigortalının ve sigortacının hangi anda gerçekleşen rizikoları tazmin edeceğini bilmesi her iki taraf bakımından da belirlilik sağlar. Bu konuda poliçe ve ilgili genel şartlarda açıklık bulunmadığı hallerde doktrinde, sigorta sözleşmelerinin geçerlilik süreleri açısından hangi andaki rizikoların tazmin edilmesi gerektiğine dair çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Hekimin mesleki sorumluluk sigortası kapsamında, genel şartlarda rizikonun gerçekleşmesi anına ilişkin düzenleme yapılmasına rağmen öncelikle “sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleştiği an” bakımından ileri sürülen teorilerin irdelenerek düzenlemenin bu teorik ayırımdaki yerinin saptanması gerekir.

a. Rizikonun Gerçekleşme Anının Tespitine İlişkin Teoriler

aa. Sebep Olayı Teorisi

Sebep olayı teorisine göre riziko sorumluluğu doğuran olayın sebebinin gerçekleşme anında meydana gelir. Buna göre konumuz kapsamında yukarıdaki örnekte “hekimin hastasının reçetesine yanlış ilacı yazdığı anda” riziko gerçekleşmiş addedilecektir.

Teorinin dayandığı temel esas, sorumluluk sigortasında sigortacının edimi bakımından “yükümlülük ihlalinin” sigorta edilmiş olmasıdır. Bu bakımdan sigorta ettirenin sorumluluğunu doğuran sebep de rizikonun kendisidir⁶¹.

Himayenin yöneldiği tehlike de sorumluluğu doğurucu sebep olayıdır. Hekim kendisini “yanlış bir teşhis veya tedavinin sonuçlarından” korumak istemektedir. Riziko, sigorta himayesinin yöneldiği tehlike olarak tanımlanır. Sigorta himayesinin yöneldiği tehlike; yükümlülük ihlalini içeren hatalı ve dikkatsiz davranıştır. Bir başka ifade ile sebep olayı, rizikonun kendisidir⁶².

Sebep olayı teorisinin kabul edilmesi ile yükümlülük ihlalini içeren davranıştan sonra bundan bir zararın doğup doğmayacağı veya ne zaman doğacağı konusundaki belirsizliğin de sona ereceği iddia olunmaktadır⁶³.

Buna göre henüz gerçekleşmemiş olan husus riziko değil, zararın kendisidir. Sigorta tazminatının ödenmesi bakımından rizikonun (sorumluluk doğuran sebebin) sigorta sözleşmesinin geçerli olduğu bir dönemde gerçekleşmiş olduğunun tespiti yeterlidir. Tazminat, ancak zarar meydana gelmiş ise ödeneceğinden, belirlenmesi gereken asıl husus sebebin gerçekleşme anıdır. Bu nedenle teorinin, zarar veya talep bakımından belirsizlikleri bertaraf ettiği öne sürülmektedir.

Diğer taraftan zararın sorumluluk doğuran olaydan çok daha sonra meydana gelmesi halinde dahi sebebin (zarara neden olan tıbbi müdahale ile yükümlülük ihlalinin) meydana geldiği süre içerisinde bir sigorta himayesi mevcutsa sigortalı korunabilecektir. Bu bakımdan sonraki dönem için ilave bir sorumluluk sigortası yaptırılması zorunluluğu da ortadan kalkar. Sigortalı hekim,

⁶¹HAGEN O, : Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung, Öst. Rev. 1932, s.239. (Şenocak s.79’ dan naklen)

⁶² Şenocak s.79

⁶³ BARTH, T.: Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung, frankfurter Diss. 1934, s.42. (Şenocak s.80’ dan naklen)

sebeb olayının içerisinde gerçekleştiği sigorta himayesinden sonraki dönemde ileri sürülen tazminat talepleri bakımından da bu sigortadan faydalanabilecektir⁶⁴.

Ne var ki, sebep olayı teorisinin kabul edilmesi halinde, sebep olayı, sigorta ilişkisinin kurulmasından önce meydana gelmiş ise; tazminat talebi sigorta süresi içinde ileri sürülmüş olsa dahi, sigortalı sigorta himayesinden istifade edemez⁶⁵.

İngiliz hukukunda bazı mahkeme kararlarında da sebep olayı teorisine yakın biçimde sigortalının üçüncü kişi mağdur karşısında “ilk bakışta” (prima facia) sorumlu tutulabileceği anda sigortacının sorumluluğunun doğduğu kabul edilmektedir⁶⁶. Bu bakış açısı sorumluluk kavramının tanımından hareket etmektedir. Buna göre sorumluluk hâlihazırda doğmuş veya potansiyel olarak doğabilecek ancak henüz miktarı kesinleşmemiş bir borcun varlığına tabidir. Bu bakımdan potansiyel olarak bir borcun sebebinin ortaya çıkması ile sorumluluk doğmuş olacaktır⁶⁷.

Doktrinde sebep olayı teorisine getirilen en temel eleştiri sorumluluk sigortasında sigortalanan rizikonun sigortalının malvarlığındaki eksilme olduğu ve sebep olayının gerçekleştiği anda henüz böyle bir eksilmenin söz konusu olup olmayacağına belli olmamasıdır⁶⁸.

⁶⁴ ŞENOCAK a.g.e., s.84-86.

⁶⁵ Diğer taraftan, sebep olayının hangi anda gerçekleşmiş olduğunun tespiti de bazı durumlarda güçlük arz edebilir. Bu bakımdan icrai ve ihmali davranışlar bakımından bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. İcrai hareketlerin belli bir süreye yayılması halinde “zarara sebebiyet vermesi ihtimali”nin yüksek olduğu noktada sebep olayının gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir. Ne var ki bu ihtimalin kaçınılmazlık derecesinde yüksek olması beklenmemelidir. Bu noktada hayatın olağan akışı içerisinde ortalama insan değerlendirmesi objektif bir ölçü olarak kullanılabilir. İhmali hareketler bakımından ise, ihmali hareketin “kaçınma halinin” devamı boyunca her defasında yenilendiğini kabul eden Danimarka gibi hukuk sistemleri mevcut olsa dahi bu kabul bilhassa sigortacı bakımından sebep olayı teorisi ile bertaraf edilmek istenen belirsizlikleri daha da çok arttırmaktadır. Zira sigortacının sigorta ettirenin daha önceki ihmali hareketlerinden haberdar olması mümkün değildir. Sigortacının üstlendiği riskin artışı primlere yansıtacak yahut bu zararlar kapsam dışı tutularak ek bir teminat ihtiyacı doğacaktır. ŞENOCAK a.g.e., s.84-86.

⁶⁶ Central Electricity Board v Halifax Corp (1963) AC 785, 801 (www.e-law.com, Başvuru tarihi:25 Şubat 2008)

⁶⁷ Darrington - Ashton, The Law of Liability Insurance, Londra 1990, s.342.

⁶⁸ BOZER Ali, Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s.123.

Kanaatimizce gerçekten de sebep olayı teorisinin kabulü sakıncalı olabilecektir. Zira sebep olayı anında zararın meydana gelip gelmeyeceği ve sigortalının malvarlığında bir eksilmenin olup olmayacağı belli olmadığından sebep olayı anı belirsizlik taşıyan erken bir tarihtir.

bb. Zarar Olayı Teorisi

Bu teorinin savunucularına göre, sigorta ettirenin sorumluluğunun doğduğu an; üçüncü kişi mağdurun zarara uğradığı andır⁶⁹. Bu nedenle sigortalanan riziko da zarar olayının gerçekleşmesi ile meydana gelir⁷⁰.

Sebep olayının hangi anda gerçekleşmiş olduğuna bakılmaksızın ve mağdurun sigortalı hekime karşı tazminat talebini ileri sürmesi beklenilmeksizin zarar olayının gerçekleşmesi tek başına rizikonun gerçekleşme anıdır⁷¹. Önemli olan bu olayın sigorta himayesinin geçerli olduğu bir dönemde meydana gelmesidir.

Hekimin mesleki sorumluluğunu doğuran birçok olayda zarar olayı da belli bir süreye yayılabilmektedir. Yanlış ilacın reçeteye yazılması “sebep olayı” gerçekleştikten sonra ilacın kullanılmaya başlaması ile toksik maddelerin vücutta birikerek vücut bütünlüğünü ihlal etmesi arasında belli bir süre bulunabilir.

Bu durumda zarar olayının hangi anda gerçekleştiğine ilişkin iki ayrı an karşımıza çıkmaktadır: ilacın kullanılmaya başlaması ile toksik maddelerin vücutta birikerek vücut bütünlüğünü ihlal etmesi. “Vücut bütünlüğünün ihlal

⁶⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE Yvonne LAMBERT-FAIVRE, droit des Assurances, 9e édition, Dalloz, Paris 1995 s.347.

⁷⁰ Anglosaxon hukukunda da, Zarar olayı teorisine dayalı poliçeler bakımından, kusurlu davranış ile zararın birlikte meydana geldiği an zarar olayı olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda maddi veya cismani zararın meydana geldiği an, örneğin asbestli maddenin solunmasından sonra “vücutta normal dışı durumun meydana geldiği an” zarar olayı anı olarak değerlendirilecektir. CLARKE, A. Malcolm, The Law of Insurance Contracts, 3th Edition, London 1997, s. 421.

⁷¹ Zarar olayı teorisi kabul edildiğinde belli bir süreye yayılmış olan zararın hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı da belirlenmesi gerekir. Buna göre zarar olayı ilk zararın gerçekleşmeye başladığı an olarak kabul edilebileceği gibi tüm zararın meydana geldiği ve ilerlemesinin durduğu son an olarak da değerlendirilebilir. Alman Federal Mahkemesine göre zarar olayı zararın kendisinden farklıdır. Zarar olayı; “zarara doğrudan sebebiyet veren gözle görülebilir bir vakıa” olarak tanımlanmaktadır BGHZ, 25, s.36(Şenocak s.89’ dan naklen)

edilmesi esas tutulursa zarar olayı da bu anda gerçekleşmiş sayılır. Bir başka ifade ile zarar olayının gerçekleştiği an hatalı yazılmış ilacın tesirinin ortaya çıkarak mağdurun rahatsızlanması anı olacaktır.

Diğer taraftan, “zarar olayı” Alman Federal Mahkemesinin de kabul etmiş olduğu üzere “fiili ihlal” olarak nitelendirilirse; mağdurun ilacı aldığı anda zarar olayı gerçekleşmiş sayılacaktır. Zira fiili ihlal sebep olayı ile zararın meydana gelmesi arasındaki ara bir nokta teşkil eder. Buna göre sebep olayı (Reçeteye yanlış ilacın yazılması) gerçekleşmiş, ancak henüz ilaç alınmamıştır. “Fiili ihlal” esası kabul edildiğinde zarar (Yanlış ilaç nedeniyle vücut bütünlüğünün ihlali) henüz gerçekleşmemiş olsa dahi ilaç mağdur üçüncü kişi tarafından sigorta sözleşmesinin geçerli olduğu süre içerisinde alınmış ise, sigorta ettiren sigorta himayesinden yararlanabilecektir⁷².

Kanaatimizce de zarar olayı zararın gerçekleştiği an olarak nitelendirilmesi ve “fiili ihlal esasının kabul edilmesi yerindedir.

Zarar teorisinin temel faydası sigorta ettirene “geriye dönük sigorta himayesi”⁷³ tanınmasıdır. Hekimin daha önceki bir tarihteki hatalı davranışını bilerek sigorta yaptırması mümkündür. Bu ihtimalde ise, sigorta ettirenin ihbar borcunu düzenleyen hükümler (TTK m.1290, MSSGŞ m.C.2.) devreye girerek sigortacı korunabilecektir⁷⁴. Zarar olayı teorisinin sebep olayına nazaran tespitinin ve ispatının daha kolay olduğu da savunulmaktadır⁷⁵.

Ancak söz konusu teori, uyarınca mağdurun uğradığı zarar bakımından sigorta ettirene bir talep ileri sürülmemişken riziko gerçekleşmiş sayılmaktadır.

⁷² K. Şenocak s.89-90.

⁷³ K. Şenocak s.91.

⁷⁴ Avusturya hukukunda zarar olayının mağdur tarafından fark edilebilir hale gelmesi ve ileri sürülmesi anı ikameli olarak değerlendirilmektedir. Derrington&Ashton, the Law of insurance, s.291. Buna göre “fark edilebilir hale gelme” anında henüz dışa karşı bir beyan veya talep söz konusu olmasa dahi riziko gerçekleşmiş sayılacaktır. Ancak bu kabul “fark edilebilir olma anının” tespitindeki zorluk bakımından eleştirilmiştir. Anglosakson hukukunda ağırlıklı olarak zararın mağdur tarafından mutlak biçimde öğrenildiği an esas alınmaktadır. (Exposure Theory) Clarke age. s.422.

Sigorta ettirenin ihbar borcunu düzenleyen hükümlerin sigortacıyı korumakta yetersiz olmasına ilişkin eleştiriler için bkz. S. Ünan age. s. 44-45.

⁷⁵ Şenocak age. s. 98

Sigorta ettirenin malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesi de henüz belirsiz durumdadır. Bu belirsizlik sürerken rizikonun gerçekleşmiş olduğu kabulü sakıncalı bulunmaktadır.⁷⁶

Diğer taraftan sigorta ettiren, sebep olayı sigorta sözleşmesi süresi dâhilinde gerçekleşmiş olsa dahi sonradan meydana gelen zarar olayı için ilave bir sigorta yaptırmak durumunda kalacaktır. Zira zarar olayı sigorta ilişkisi sona erdikten sonra meydana geldiğinde sigorta himayesi dışında kalacaktır. İlave sigorta yaptırılmadığı takdirde ise gelecekte ne ölçüde bir riske maruz kalabileceğini bilemediğinden, elinde sigortacı gibi riske ilişkin istatistikler bulunmayan sigorta ettirenin ihtiyaten ayırdığı miktarlar yetersiz olabilecektir.⁷⁷

cc. Talebin İleri Sürülmesi Teorisi

Talebin ileri sürülmesi teorisi uyarınca sebep veya zarar olayının gerçekleşme anına bakılmaksızın, sigorta ettirene karşı tazminat talebinin ileri sürüldüğü anı nazara alınır. Buna göre sigorta ettiren zararın gerçekleşme anında değil bu zarara ilişkin talebin kendisine sürüldüğü anda zarara uğramış olur⁷⁸.

Anglosakson hukukunda sorumluluk sigortası; herhangi bir tazminat talebi ile sigortalının malvarlığının azalması riskinin sigortalanması olarak değerlendirilmektedir⁷⁹. Bu kapsamda zararın kesin biçimde tespiti

⁷⁶ Sebep olayı teorisine yöneltilen, sorumluluk sigortasında sigortalanan rizikonun sigortalının malvarlığındaki eksilme olduğu ve sebep olayının gerçekleştiği anda henüz böyle bir eksilmenin söz konusu olup olmayacağı yönündeki eleştiri zarar olayı bakımından da yapılmaktadır. Bozer age. 123.

⁷⁷ Şenocak s.98

Diğer taraftan gerek sebep olayı gerekse zarar olayı teorisinde tespit bakımından güçlük arz eden diğer bir durum da haksız talepler halinde aslında hiç var olmayan sebep ve zarar olayları bakımından hangi zamanın esas alınacağı sorunudur. Bu halde aksi ispat edilinceye dek bu olayın iddia edildiği tarihte gerçekleşmiş gibi değerlendirilmesi ağırlıklı olarak savunulmaktadır. ŞENOCAK s.98'den naklen "İddia edilen; fakat aslında gerçek olmayan olayın" zarar olayı olarak kabul edilmesi görüşündedir.

Diğer taraftan risk koşullarının değişmesi halinde de taraflar bakımından arzu edilmeyen belirsizlikler doğabilecektir. Örneğin çok riskli operasyonlar yapan bir hekimin riski daha az olan bir biçimde çalışmaya başlayarak daha az prim ödediği yeni bir sigorta yaptırmaması halinde, yeni duruma göre az bir primle riski üstlenmiş sigortacı önceki dönemde sebep olayı gerçekleşmiş bir hadiseden dolayı tazmin yükümlülüğü ile karşı karşıya gelecektir.

⁷⁸ ŞENOCAK age. s.98; R.Kender, Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti Ve Türleri, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, Ankara 1977, s.9.

⁷⁹ Quinlan v Liberty Bank Co. , 575 So 2d 336,339 Lloyd Law Rep.1990 s.204.

beklenilmeksizin ancak sorumluluğa sebep olan olayın meydana gelmesi yeterli görülmeyerek “sigortalıya karşı zarar gören üçüncü kişilerin talepte bulunması” anı esas alınmaktadır.

Bu kapsamda, sigortalıya henüz bir talepte bulunulmamışken sorumluluğun doğup doğmayacağı şüphelidir. Talebin ileri sürülmesi teorisinin kabulü ile bu belirsizlik ortadan kalmaktadır⁸⁰.

Ancak Anglosaxon hukukunda teoriye karşı ileri sürülen temel eleştiri talebin zarar olayından çok sonraki bir dönemde yapılması halinde sigorta teminatı dışında kalınmasıdır. Zira doktorun yanlış tedavisi nedeniyle olumsuz etkilerle çok sonra karşılaşılan hastanın, buna ilişkin talebi sigorta süresi geçirildikten sonra ileri sürmesi halinde sigorta koruması etkisiz hale gelecektir⁸¹.

Sebeup ve zarar olaylarının ne zaman gerçekleştiğine bakılmaksızın talep anının esas alınması taraf menfaatleri bakımından da eleştirilmektedir. Öncelikle sebeup veya zarar olayından haberdar olan hekimin bilerek yeni bir sözleşme akdetmesi halinde sözleşme öncesi ihbara ilişkin hükümler sigortacıyı korumakta yetersiz kalacaktır⁸².

Diğer taraftan teorisinin kabulü halinde “rizikonun sigortacıya bildirilmesi” ve koruma önlemleri alınması” görevleri anlamsız kalacaktır. Söz konusu görevler rizikonun gerçekleşmesiyle devreye girer. Rizikonun talep anında gerçekleştiği kabul edilirse, bu anda zarar çoktan meydana gelmiş olacaktır. Artık sigortalıya bir talep ileri sürülmüştür ve söz konusu görevlerin yerine getirilmesi artık birçok durumda mümkün değildir⁸³.

⁸⁰ Sigortalı sigorta himayesine güvenerek kendisine karşı yöneltilen bu talebe gerektiği gibi karşı koymayabilir. Sigorta sözleşmelerine konulan “claims-made” klozlarının bu bakımdan da faydalı olacağı düşünülmektedir. Bu şekilde, talebin ileri sürülmesi ile riziko gerçekleşmiş olacak ve sigortacı derhal harekete geçerek haksız taleplere de karşı koyabilecektir. Clarke age. s.418.

⁸¹ Clarke s.445.

⁸² S.Ünan age. 44-45.

⁸³ S.Ünan, age. s.45-46.

Kıta Avrupasında talep esasına dayalı poliçelerde sigortacının tazminat sorumluluğunun doğması için zararı doğuran sebep ve zarar olayları ile birlikte talebin de aynı sigorta himayesi süresi içinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda sebep olayı sigorta himayesinden önceki bir dönemde gerçekleşmiş ise, talep bu dönemde ileri sürülse dahi sigortalı himayeden yararlanamayacaktır⁸⁴. Bu noktada sigortalıyı korumak için iki klozun kullanılması söz konusu olmaktadır.

Bunlardan ilki sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşmiş olan sebep olayları bakımından talebin sigorta süresi içinde ileri sürülmesi halinde “geriye etkili koruma” klozudur (la clause de repense du passé inconnu). Buna göre sebep olayı daha önce gerçekleşmiş olsa dahi sigorta himayesi devam ederken talebin ileri sürülmesi halinde sigortalı korumadan yararlanmaktadır. Bu kloz ile sağlanan koruma belli bir süre ile sınırlandırılmaktadır. Örneğin sözleşmenin imzalanmasından önceki bir yıl içinde gerçekleşen olaylardan doğan talepler koruma altına alınmaktadır.

Sigortalıya gerekli himayenin sağlanması için kullanılan ikinci kloz ise “sonraya etki klozu” dur (La clause de garantie subséquente). Bu kloz da sebep olayı sigorta himayesi devam ederken gerçekleşmiş ancak talep sigorta süresinin sona ermesinden sonra ileri sürülen tazminat talepleri bakımından himaye sağlayacaktır. Buna göre sigorta süresi içinde meydana gelen sebep olayına bağlı olarak sigorta süresinin sona ermesinden belli bir süre sonra ileri sürülecek talepler de sigortacı tarafından üstlenilmiş olacaktır⁸⁵.

dd. Zararın Tespiti Teorisi

Mağdur üçüncü kişiye tazminat talep etme hakkı bahşeden zararın tespit edildiği anın sigorta sözleşmesinin geçerlilik süresi içinde bulunmasını arayan

⁸⁴ Bu bakımdan sebep olayının gerçekleştiği dönemde talep ileri sürülmediği için, daha sonraki sigorta döneminde ise sebep olayı bu dönemde gerçekleşmemiş olduğundan sigortalı iki sigorta dönemi arasında bir boşluk bulunmasa dahi himayeden yoksun kalacaktır. (Yvonne LAMBERT-FAIVRE, age. s.481.) Söz konusu sakıncanın önüne geçilmesi için “Retroactive Date” (Geriye etkili koruma klozu) takip eden sözleşmelere de konulmaktadır.

⁸⁵ K. Şenocak age. s. 98.

zararın tespiti teorisi tespitini içeriği ve derecesi bakımından ikiye ayrılmaktadır. Zararın sigorta ettiren veya diğer herhangi bir üçüncü kişi tarafından tespit edilmesini yeterli sayanlar bulunduğu gibi⁸⁶, zararın mutlak surette ve kesin biçimde mahkeme tarafından tespitinin gerekli olduğu da ileri sürülmektedir.

Bu görüşlerden ilki uyarınca; reçeteye yazılan yanlış ilacın kullanılması nedeniyle oluşan rahatsızlığın mağdur yahut aynı ya da üçüncü bir hekim tarafından tespit edildiği an dikkate alınacaktır. Yine aynı şekilde başarısız bir kısırlaştırma operasyonu sonrasında gebeliğin herhangi biçimde ilk tespiti anı sigortanın geçerlilik süresi içerisinde gerçekleşmekle sigortacının tazmin yükümlülüğü doğacaktır⁸⁷.

Zararın tespitini esas alan ikinci görüş ise zararın mahkeme önünde veya dışında ancak miktar olarak kesin biçimde tespitini aramaktadır. Buna göre, sigorta ettirenin sigorta himayesine ilişkin talep hakkı ancak “miktarın kesinleştiği” anda doğar ve zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar⁸⁸.

Ancak bu görüş de sigortacının sigorta ettirene karşı “hukuki himaye sağlaması” ediminin asli bir edim niteliğinde olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eğer rizikonun zararın tespiti ile gerçekleşmiş olacağı kabul edilirse, sigortacıdan hukuki himaye ediminin riziko gerçekleşmeden talep edilmesi mümkün olamayacaktır⁸⁹.

Bazı İngiliz Yüksek Mahkeme kararlarında da sigortalının sorumluluğunun üçüncü kişi tarafından ileri sürülmesi ve bir mahkeme veya hakem kararı yahut bir sulh anlaşması ile sorumluluğun açık biçimde tespit edilmiş olması aranmaktadır⁹⁰. Buna göre, “sorumluluğun tespiti” sigortacıdan

⁸⁶ Bu teori daha çok çevre sorumluluk sigortalarında uygulanmaktadır. K. Şenocak age. s.98.

⁸⁷ K. Şenocak age. s.102.

⁸⁸ K. Şenocak age. s.110.

⁸⁹ Buna göre kabul, sulh veya mahkeme yoluyla zararın tespiti daha rizikonun gerçekleşmesinden önce yerine getirilmesi gereken birer edim olacaktır. Oysa sigortacının edim yükümü ancak rizikonun gerçekleşmesi ile doğacaktır. K.Şenocak age. s.110.

⁹⁰ Post Office v Norwich Union Fire Ins. Sy. Ltd. 1967] 2 QB 363, County & District Properties Ltd. v Jenner & Son Ltd. (1976) 2 Lloyd's Rep. 728.

talepte bulunulabilmesi için şart koşulmuştur. Aynı yöndeki başka kararda ise sigortalının zararın miktarı ve sorumluluğu kesin biçimde tespit edilmeden sigortacıya başvuramayacağı ifade edilmiştir⁹¹.

Doktrinde bu görüşün ancak mağdura doğrudan doğruya başvuru hakkı vermeyen sigortalar bakımından kabul edileceği de ileri sürülmüştür⁹². Zira doğrudan başvuru imkânının mevcut olduğu durumda artık zararın tespitinin beklenmesi söz konusu olmaksızın sigortacı mağdurun talebi ile karşı karşıya kalabilmekte ve rizikonun henüz gerçekleşmemiş olduğu savunması en baştan bertaraf edilmiş olmaktadır.

b. Türk Hukukunda Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Gerçekleşme Anı

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, Türk hukukunda MSSGŞ düzenlemesinden önceki dönemde mesleki sorumluluk sigortaları ÜŞKMMSUŞ'na tabi idi. Bu bakımdan rizikonun gerçekleşme anı da ÜŞKMMSUŞ uyarınca tespit edilmekteydi. ÜŞKMMSUŞ m. 1 uyarınca sigortanın mer'iyet müddeti esnasında meydana gelecek hadiseler teminat altına alınmaktadır.

Teminat altındaki “hadise” kavramının sebep olayını mı yoksa zarar olayını mı ifade etmiş olduğu doktrinde tartışılmıştır. Türk hukukunda zarar olayı “şahsa veya eşyaya ilişkin zarar doğuran olay” olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan zarar olayı ile zararın doğması yani sonuç olayı arasında bir süre mevcuttur. Buna göre yanlış ilacın kullanılması zarar olayı iken bu ilacın yan etkilerinin görülmesi sonuç olayıdır. Hadise, ilacın yazılması (sebepl olayı) yahut ilacın etkilerinin görülmesi (sonuç olayı) değil zarar olayı yani ilacın hasta

⁹¹ Yine bazı mahkeme kararlarında ise zarar olayının gerçekleşmesi yahut zararın mahkeme kararı ile tespiti ile dahi yetinilmeyerek sigortalının malvarlığındaki eksilmenin gerçek anlamda ancak ödeme yapması ile gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Sigortacının sorumluluğunun da bu anda doğacağı kabul edilmektedir Collinge v Heywood (1839) 9Ad& El.633. Enright 3.058 ff.(CLARKE, age. s. 415.'den naklen) Ancak sigortalının söz konusu tazminat miktarını karşılama gücü her zaman bulunmayacağından bu kabul eleştirilmektedir. Zira sigortalı genellikle ödeme gücü sınırlı olduğu için sigorta sözleşmesi yapma yoluna gitmektedir CLARKE, age. s. 415.

⁹² BOZER age. s.123.

tarafından yutulmasıdır. Doktrinde bu yorum aynı Genel Şartların 7. Maddesinde yer alan “Sigortalının mali mesuliyetini mucip olabilecek bir vakıa”⁹³ ifadesinin yorumu ile de desteklenmektedir. Zira burada da ihbar görevi sebep olayı ile değil zarar olayının meydana gelmesi ile doğmaktadır⁹⁴.

TTK’nda rizikonun gerçekleşme anına ilişkin yorumlar bakımından 1292. maddeden hareket edilmektedir. TTK m. 1292 uyarınca “*Sigorta ettiren kimse sigortanın taalluk ettiği rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı tarihten itibaren beş gün içinde sigortacıya haber vermeye mecburdur.*”⁹⁵ Söz konusu düzenlemede yer alan “rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı tarihten itibaren” ifadesinden hareketle rizikonun gerçekleşme anı bakımından “öğrenme anının” esas alınması gerektiğini ileri sürülmektedir⁹⁶.

Buna göre riziko, sigortacı dava idaresini üstlenmişse tebligatı üzerine davayı öğrendiği tarihte, üstlenmemişse mahkeme kararının kesinleştiğini sigortalının öğrendiği tarihte gerçekleşmiş sayılmalıdır. Dava olmaksızın yahut dava neticesi beklenmeksizin üçüncü şahsa sigortalının para ödemiş olması halinde ise sigortalının üçüncü kişiye ödemedeki bulunduğu tarihte riziko gerçekleşmiş sayılacaktır⁹⁷. Bu görüşe karşı “öğrenme” anının rizikonun ihbarı

⁹³ ÜŞKMMSUŞ Madde 7- İşbu mukavelenamaya göre, sigortalının mali mes'uliyetini mucip olabilecek bir vakıanın hudusunda, sigortalı ittıl tarihinden itibaren beş gün içinde sigortacıyı yazı ile haberdar etmekle mükelleftir.

⁹⁴ ÜNAN Samim, Yeni Zorunlu Sorumluluk Sigortaları Öngörülürken Dikkate Alınması Gerekli Olan Hukuk İlkeleri, “Zorunlu Sigortalar Paneli”, İstanbul 1994, s.41. (K. Şenocak age. s.123’den naklen).

⁹⁵ Türk Ticaret Kanununun madde 1292 “*Sigorta ettiren kimse sigortanın taalluk ettiği rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı tarihten itibaren beş gün içinde sigortacıya haber vermeye mecburdur. Bu müddet, üçüncü şahsın sigortalıya karşı dava açması halinde sigortacıya sigortalının müdafaaasına yardım etmeye mecbur tutan mesuliyet sigortalarında sigortalının tebligat üzerine davayı öğrendiği, sigortalının üçüncü kişiye vereceği tazminatın sigortacı tarafından ödenmesine ait mesuliyet sigortalarında ise hakkındaki mahkeme kararının kesinleştiğini sigortalının öğrendiği veya dava olmaksızın yahut dava neticesi beklenmeksizin üçüncü şahsa sigortalının para ödemiş olması halinde parayı ödemiş olduğu tarihten başlar.*”

⁹⁶ K. Şenocak age. s.123.

⁹⁷ Bozer age. 124.Yazar doğrudan dava hakkı tanınan sigortalar bakımından farklı bir düzenlemeye gidilmesi gereğinden söz etmektedir. Yargıtay’ın da aynı yönde kararları mevcuttur: “TTK’unda rizikonun gerçekleştiği zaman açık olarak belirtilmemiştir. Ancak 1292. maddeden yaralanarak rizikonun gerçekleşme anını tespit etmek mümkündür. Bu meyanda anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca, rizikonun gerçekleştiği zaman, sigortacı sigorta ettirenin davasını savunmaya mecbur değilse, sigorta ettireni tazminat ödemeye mahkum eden ilamın *sigorta ettiren tarafından öğrenildiği veya dava olmaksızın yahut dava neticesi beklenmeksizin üçüncü şahsa sigorta ettirenin para ödemiş*

süresine ilişkin olduğu ve ihbar süresinin de rizikonun gerçekleşmesinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁸.

Diğer taraftan ÜŞKMMSUŞ m.9 uyarınca sigortacıya talebin dava yoluyla ileri sürülmesinden önce sulh olma imkânı tanınmıştır. Bu bakımdan rizikonun davayı veya ilamı öğrenme tarihinde gerçekleştiğinin kabul edilmesi durumunda sigortacının sulh olma imkanı da ortadan kaldırılmış olacaktır. Zira henüz riziko gerçekleşmediğinden sigortacının edim yükümü de henüz doğmamıştır⁹⁹.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sorumluluk Sigortaları bölümünün Sözleşmenin Konusu ve Kapsamı başlıklı 1473. maddesi uyarınca “*Sigortacı sorumluluk sigortası ile, aksine sözleşme yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder.*” Söz konusu düzenleme ile “sebep olayı” (occurrence) esasının kabul edildiği görülmektedir.

Hekimin mesleki sorumluluk sigortası bakımından temel düzenleme olan MSSGŞ’nın Rizikonun Gerçekleşmesi başlıklı B.1. maddesinde rizikonun gerçekleşme anı düzenlenmiştir.

olması halinde parayı ödemiş olduğu tarihtir.” (Yarg.11. HD, , E. 5302/K. 5827 22.12.1983 T G. ERİŞ. age. C.III, s.1193-1194.”

⁹⁸ K. Şenocak s.124-125.

⁹⁹ K. Şenocak age. s.126. “TTK m. 1263 uyarınca sigortacı bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi üzerine almaktadır.” Yazara göre; rizikonun davayı veya ilamı öğrenme tarihinde gerçekleştiğinin kabul edilmesi durumunda, sigortacının mağdura muhtemel bir sulhe istinaden ödeme yapması için yine mağdurun dava açması gerekecektir. Bu durumda bu yargılama masraflarından kimin sorumlu olacağı da belirsiz olacaktır. Zira ilk oturumda davanın kabulü durumunda davacının yargılama masraflarından sorumlu tutulabilmesi için davalının hal ve durumu ile dava açılmasına sebebiyet vermemiş olması gerekecektir.(HUMK m. 94/II) Sigortalı davalı da böyle bir durum yaratmak istemeyeceğinden sigortacının ödemekle sorumlu olduğu miktara yargılama masrafları da eklenecektir.

S.Ünan age. s. 55. Yazar TTK m.1292 hükmünün sigortacın sulh yolu ile tazminat talebini yerine getirmesi halinde artık dava söz konusu olmayacağından rizikonun gerçekleşme ihtimalinin de ortadan kalkmış olacağını ifade ederek hükmün bu hususta yetersiz olduğunu ifade etmektedir.

Ödeme anı bakımından ise sigorta ettirenin kendi başına karar vermesi sigortacının rızası olmaksızın ödeme yasağı karşısında sakıncalara neden olabilecektir.

Buna göre; sigorta sözleşmesi *sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı* yapılabilir. Bu durumda sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi, gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda aşağıdaki hallerden birinin (ödeme, dava veya takibin öğrenilmesi veya hukuki himaye içeren sözleşmelerde sorumluluğun mahkeme kararına bağlanması) gerçekleşmesi aranacaktır.

Eğer sözleşme, *sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere karşı* belirtilen şekilde yapılmış ise bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak

a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya,

b) Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle,

c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur.

Söz konusu düzenlemenin TTK m.1292 ile paralel olduğu görülmektedir. Ancak MSSGŞ'de bundan farklı olarak “öğrenme”, “karar” ve “ödeme” anları “rizikonun gerçekleşme anı olarak kabul edildiği ve bu bakımdan tek bir teorinin benimsenmemiştir. Temelde rizikonun sigortacı dava idaresini üstlenmişse tebligat üzerine davayı öğrendiği tarihte, üstlenmemişse mahkeme kararının kesinleştiğini sigortalının öğrendiği tarihte gerçekleşmiş sayılması gerektiğini

savunan ve TTK m.1292'nin yorumundan hareket eden görüşün¹⁰⁰ düzenlemeye yansıtıldığını söylemek mümkündür.

Ancak TTK m. 1292'den farklı olarak sigortacı sigortalının hukuki himayesini üstlenmemişse mahkeme kararının kesinleştiğini sigortalının öğrendiği tarih yerine "Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alındığı tarih" rizikonun gerçekleşme anı olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan "zararın tespiti" teorisine de yer verilmiş olmaktadır.

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, "karar" ve "ödeme" anları rizikonun gerçekleşme anı olarak kabul edilmesi halinde, sigortacının sulh olma imkânı fiilen ortadan kalkmış olmaktadır¹⁰¹.

Diğer taraftan MSSGŞ'nin Sigortanın Konusu başlıklı A.1 maddesinde rizikonun gerçekleşme anı bakımından seçenekli bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; mesleki sorumluluk sigortası "*sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken;*

(a) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı veya

(b) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar teminat verilir.

Taraflar, (a) ve (b) bendlerinden birini içerecek şekilde sözleşme yapabilecekleri gibi, her ikisini içerecek şekilde de sözleşme yapabilir."

¹⁰⁰ A. Bozer age. 123.

¹⁰¹ "Sigortacıyı savunmaya yardımcı olmaya mecbur tutan bir sorumluluk sigortasında sigorta ettiren dava açılmasını beklemeden sulh sözleşmesi yapmış veya zarar görenin dava yoluyla ileri sürmediği (mesela noter aracılığıyla davacıya ulaştırdığı) bir tazminat talebini derhal yerine getirmişse rizikonun artık "dava ile" gerçekleşmesi imkanı kalmamıştır." S.Ünan age. s.55.

MSSGŞ ile getirilen seçenekli düzenleme ile sigortacı sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan zararları daha sonra talep edilseler bile üstlenebilecektir. Aynı şekilde, sözleşme yapılmadan önce meydana gelen olaylara ilişkin sözleşme süresi içerisinde bir talep söz konusu olması halinde bunları da kapsama alabilmektedir¹⁰².

Bu açıdan MSSGŞ temelde yukarıda ifade edilen teorilerden “talep esasına” dayandırılmaktadır. Kıta Avrupası sigorta uygulamasında olduğu gibi talep esasının sakıncalarını gidermek üzere “geriye etkili koruma” (la clause de reprise du passé inconnu) ile “Sonraya etki klozu” nu (La clause de garantie subséquente) seçenekli olarak düzenlediği görülmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme yapılmadan önce meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek talepler ve sigortalının sigorta himayesinden yararlanması bakımından sigortalının söz konusu olayı bilmesi durumunda sözleşme öncesi hususların sigortacıya bildirilmesine ilişkin TTK m.1290 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

4. Rizikonun İstisnalar Bakımından Sınırlandırılması

Yukarıda incelediğimiz biçimde yer, zaman ve kişi bakımından sigorta himayesi altında olmakla birlikte sigorta hukukunun temel ilkeleri ve ihtiyaçlar doğrultusunda bazı haller maddi içeriği yönünden sigorta himayesindeki rizikolardan istisna edilmiştir.

Türk hukukunda istisna hükümlerinin yetersiz ve muğlâk olmaları nedeniyle yorumlarının büyük güçlük arz etmesi doktrinde eleştirilmiştir¹⁰³.

¹⁰² Söz konusu klozların sigortacı bakımından yaratmış olduğu belirsizlik “süre sınırlamaları” ile aşılabilmektedir. Zira ancak sigorta süresi içinde meydana gelen sebep olayına bağlı olarak sigorta süresinin sona ermesinden belli bir süre sonra ileri sürülecek talepler ya da sözleşmeden yine belli bir süre örneğin bir yıl önceki olaylar sigortacı tarafından üstlenilmiş olacaktır. Nitekim MSSGŞ rizikonun gerçekleşmesi başlıklı B.1. maddesinde de bu süre sınırlaması açıkça yer almaktadır. Buna göre, sözleşmenin sonraya etkili koruma klozu içermesi halinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde meydana gelen zararlar koruma altına alınmıştır. Geriye etki klozunun varlığı halinde ise sözleşme yapılmasından en az bir yıl önce meydana gelmiş olan olaylara bağlı zararlara ilişkin sözleşme süresi dahilinde ileri sürülen talepler koruma altındadır.

¹⁰³ S.Ünan age. s.106-107; K.Şenocak age. s. 441 vd.

Konumuz kapsamında hekimin mesleki sorumluluk sigortalarına MSSGŞ düzenlemesinden önce uygulanmakta olan ÜŞKMMSUŞ hükümleri de aynı biçimde yetersiz bulunmaktadır.

Hekimin mesleki sorumluluk sigortasına ilişkin bazı haller sigortalanması caiz olmayan veya ek prim karşılığında ve ayrıca kararlaştırılması halinde sigortalanabilecek haller olarak MSSGŞ ve MSSGŞ uyarınca çıkartılmış Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu uyarınca düzenlenmiştir. Rizikoyu sınırlandıran haller bu iki düzenleme kapsamında aşağıda ele alınacaktır.

a. Mutlak Biçimde Teminat Dışında Kalan Haller

Aşağıdaki hâller MSSGŞ m.A.3. uyarınca mutlak biçimde teminat dışında kabul edilmiştir.

aa. Sigortalanan Mesleki Faaliyeti Dışındaki Faaliyetlerinden Doğan Tazminat Talepleri

MSSGŞ m.A.3.a uyarınca; sigortalının, poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları ve etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri mutlak biçimde sigorta teminatı dışındadır. Bir başka ifade ile mesleki faaliyetin dışındaki faaliyetlerin sigortalanmasına cevaz verilmemektedir. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere sigorta yalnızca hekimin mesleki faaliyetinden kaynaklanan tazminat taleplerini kapsamaktadır.

bb. Kast Klozu Ve İsnat Yeteneğini Kaldıran Maddeler

TTK'nun 1278.maddesi uyarınca sigortacı, hiçbir halde sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kastından doğan hasarları tazminle yükümlü tutulamaz. TTK m. 1264 gereğince mutlak emredici nitelikteki bu hüküm kasti fiillerden doğan zararların sigorta himayesinde olmaması şeklindeki genel bir sigorta hukuku ilkesinin de ifadesidir.

Emredici nitelikteki TTK m. 1278 hükmünde ifadesini bulan kasti fiillerin sigorta himayesi dışında tutulması ilkesi MSSGŞ m.A.3.b. hükmünde de düzenlenmiştir. Bu hüküm açıklayıcı niteliktedir. Buna göre, sigortalı hekimin mesleki faaliyetinin ifası sırasında kasten sebep olduğu her tür olay ile davranışlarından doğan tazminat taleplerinden sigortacı sorumlu tutulamayacaktır¹⁰⁴.

Bu hükmün bu şekilde düzenlenmesinin temel sonucu, sadece kasten zarara yol açan kişinin (sigorta ettiren veya sigortalının) sigortacıya karşı taleplerinin himaye kapsamı dışında kalmasıdır¹⁰⁵.

Buna karşılık, sigortalı doktorun ifa yardımcılarının kasten ika ettiği zararlardan dolayı sigortacının edim yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak Türk Ticaret Kanunu'nun, 1278'inci maddesinin ifadesi gösterilmiştir. 1278'inci maddenin 1'inci cümlesinde, açıkça, sigortacının, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin yanında, "bu kişilerin fiillerinden hukuken sorumlu buldukları kimselerin kusurlarından doğan' hasarları" da tazminle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Oysa aynı maddenin 2. cümlesinde, sigortacının, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kastından doğan zararları tazmin etmekle yükümlü olmadığı ifadesinin "ifa yardımcılarının kasti fiillerini sigorta himayesi dışında bırakmak istemediği" şeklinde yorumlanması gerektiği savunulmuştur¹⁰⁶.

Yine aynı şekilde ifa yardımcılarının sigorta ilişkisinde "ifa yardımcısı" sayılamayacağı ve onların kasıtlarının sigorta ettirenin kastı yerine geçmiş kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Benzer bir düzenleme ÜŞKMMSUŞ'da yer almaktadır. MSSGŞ düzenlemesinden önce hekimin mesleki sorumluluk sigortalarına uygulanan 3.A.1. maddesi gereğince, sigortalının kasten sebebiyet verdiği zararlarda, sigorta ettirenin sigorta himayesinden yararlanamayacağı hükme bağlanmıştır.

¹⁰⁵ K.Şenocak age. s.447-448.

¹⁰⁶ K.Şenocak age. s.448.

¹⁰⁷ BRUCK/MÜLLER/JOHANNSEN, Versicherungsvertragsgesetz, Vierter Band, 8. Auflage Berlin 1980, Anm. G. 223.(S.Ünan age.s.109)

Bu kloz kapsamında himaye dışı bırakılan kast ayırt etme gücüne sahip kişinin hukuka aykırı ve zarar verici sonucu bilerek gerçekleştirmesidir¹⁰⁸. Davranışının zararlı sonuca yol açacağı bilincine ve buna rağmen harekette bulunma isteğine sahip olması halinde de kast unsurunun mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bir başka ifade, “olası kast” halinde de sigorta haklarının kaybolması söz konusu olacaktır¹⁰⁹.

Kanaatimizce olası kast değerlendirilmesi hekimin sorumluluğu bakımından büyük önem arz etmektedir. Zira birçok durumda hastanın hayatının kurtarılması için çok riskli müdahalelerin yapılması gerekmektedir.

Hekimin yukarıda ifade edildiği gibi başarı ihtimali en yüksek ve mümkün olan en az riskli müdahale yöntemini seçmiş olması gerekir. Aksi halde zararlı sonucu öngören doktorun olası kastından bahsedilebilir. Diğer istisnalarda olduğu gibi bu durumda da gerekli koşulların oluştuğunu ispat yükü sigortacıya düşecektir.

Diğer taraftan kastın zarar olayına değil zararın kendisine yönelmesi gerekir¹¹⁰. Ancak kastın yöneldiği kişide hatanın kastı kaldırmayacağı ve sigortacıyı sorumluluktan kurtaracağı kabul edilmektedir¹¹¹. Örneğin hekim bir hastasına kasten hatalı ilaç yazmış ve bu ilacı bir başka hastası kullanmış ise sigortacı bu zarardan da sorumlu olmayacaktır.

¹⁰⁸ K.Oğuzman-T.Öz Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2000, s.509.

¹⁰⁹ Şenocak "Olası kast (Yazar “Dolaylı kast” ifadesini kullanmaktadır.) ile" "bilinçli kusur"u birbirinden ayırt etmektedir. Buna göre, her ikisinde de fail, zararlı sonucu öngörmektedir. Bununla birlikte, bilinçli kusurda, fail kendi yeteneğine ve şansına güvenerek öngördüğü sonucun gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır. Oysa olası kastta, fail öngördüğü zararlı sonucu göze almaktadır. Bilinçli taksiri karakterize eden nitelik, iyi düşünmemek, ileriye düşünmemek temkinli davranmamak iken dolaylı kast halinde sonuç değerlendirilmekte ve bilinmektedir. K.Şenocak age. s.449.

¹¹⁰ Örneğin, sigorta ettiren intihar etmek için evindeki doğal gazı açmışken yan dairede oturan bir kişi de çakmağı ateşlemiş ve bunun sonucunda büyük bir patlama meydana gelmiş birçok kişi ölmüş ya da yaralanmış ise; bu olayda, sigorta ettirenin bu kişilere zarar verme kastından bahsedilemeyeceği için, ileri sürülen tazminat talepleri sigorta himayesinden yararlanacaktır. K.Şenocak age. s.449.

¹¹¹ K.Şenocak age. s.449.

Izıttır hali gibi bir hukuka uygunluk sebebinin kast nedeniyle sigorta haklarının kaybolmasına engel olacağı ifade edilmektedir¹¹².

MSSGŞ m. A.3.b. uyarınca sigorta himayesi dışındaki diğer bir hal de sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylardan doğan tazminat talepleridir.

Kanaatimizce bu hüküm de kasti fiillerden doğan zararların sigorta himayesinde olmaması şeklindeki genel sigorta hukuku ilkesinin bir yansımasıdır. Zira kastın varlığı için ayırt etme gücünün bulunması şarttır. Ancak söz konusu maddelerin alınması hakkında kişi geçici surette ayırt etme gücünü kaybetmektedir.

Ceza hukukunda kastın varlığı bakımından isnat yeteneğinin hangi anda aranacağına ilişkin “Actio Liberae In Causa” teorisinden yararlanılmaktadır. Buna göre fiil anında isnat yeteneğinin varlığı aranacaktır. Ancak eğer fail “kendi isteği ile”, “bilerek ve isteyerek” isnat yeteneğini ortadan kaldırmış ise isnat yeteneğini kendi isteği ile kaldırdığı andaki durumu nazara alınır¹¹³.

Konumuz dâhilinde hekim kasten bu maddeleri almış ve mesleki faaliyeti sırasında zararlara yol açabileceğini de öngörmekte ise temyiz kudretini haizdir. Bu maddeleri aldığı an bakımından “olası kastı” söz konusudur.

Kast klozundan hareketle ulaşılabilecek bu sonuç MSSGŞ da açıkça düzenlemiştir ve sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylardan doğan tazminat talepleri sigorta himayesi dışında bırakılmıştır.

¹¹² Alman Federal Mahkemesi de, kast halinin ancak hukuka aykırı durumlarda mevcut olabileceğini ifade etmektedir. S.Ünan age.s.109; aynı yönde K.Şenocak age. s. 449.

¹¹³ S. Dönmezer-S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1999, s. 154-155.

Burada kast klozundan farklı olarak yardımcı şahısların söz konusu maddeleri alması hali de sigorta himayesi dışında bırakılmıştır. Bu bakımdan genel şartların sigorta ettirene genel bir denetim yükümü getirdiği de düşünülebilir. Bu anlamda 1278'inci maddenin 1 'inci cümlesinde, sigortacının yardımcı şahısların kusurlarından doğan hasarları" da tazminle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Oysa aynı maddenin 2. cümlesinde, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kastından doğan zararlar istisna edilmiştir. Yardımcı şahısların kastının istisna edilmemiş olması ise bilinçli susma olarak değerlendirilmektedir. Bu yorum karşısında söz konusu genel şart hükmünün geçerliliği de tartışmalı hale gelebilecektir¹¹⁴.

cc. Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunda Yer Alan Haller

Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunda; Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın "A.3. Teminat dışında Kalan Haller" maddesinde yer alan düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki haller de mutlak biçimde sigorta himayesi kapsamı dışında tutulmuştur. Buna göre;

i. Ruhsatlı bir sağlık kurum veya kuruluşunda ve acil haller dışında yapılmadığı ve usulünce yetki verilmiş bir anestezi uzmanı gözetimi altında olmadığı sürece, diş hekimleri ve cerrahlar tarafından genel anestezi uygulanmasından kaynaklanan tazminat talepleri

ii. İlk yardım ve acil müdahale hariç olmak üzere, meslekten geçici yasaklanılan dönem içinde verilen her tür tedavi ve sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri

iii. İlk yardım veya acil yardım hizmetlerinin sunulduğu yerlerde, yeterli ve gerekli ekipman ile teçhizatın sigortalının kişisel kusuru ile bulundurulmamasından kaynaklanan tazminat talepleri

¹¹⁴ K.Şenocak age. s. 449.

iv. Tıbbi amaçlı kullanım dışında, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri sebebiyle talep edilen tazminat talepleri

v. Tıbbi amaçlı kullanım dışında, diethylstibesterol (DES), dioxin, urea formaldehide, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin kullanımından kaynaklanan her tür hastalık (kanser dahil) veya asbestten kaynaklanan tüm tazminat talepleri teminat dışındadır.

Görüldüğü gibi, yüksek risk taşıyan haller ile bulundurulmamasında hekimin kusuru olsa dahi tıbbi donanımdan doğan zararlar istisna edilmiştir.

b.Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller, Tazminat Talepleri ve Ödemeler

aa. MSSGŞ Düzenlemesinde

A.4.1 hükmü ile; herhangi bir bilgisayar esaslı veya elektronik ortamda saklanabilir, yazılı, basılmış veya herhangi bir yöntem ile (veya benzer bir şekilde) tekrar çoğaltılmış olsun veya olmasın her tür belge kaybı veya sigortalının bakım, gözetim ve kontrolüne verilmiş bilgi ve malzemenin kaybı veya imha edilmesi; Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri haricinde bir mahkemede açılan tazminat davaları ve tahkim ve her türlü haksız rekabet halleri teminat dışı bırakılmıştır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bilgilerin kayda geçirilmesi de hekimin yükümlülüklerinden birini teşkil etmektedir. Ancak söz konusu yazılı veya elektronik ortamdaki bilgilerin kaybı sigorta himayesinden istisna edilmiştir. Bu düzenlemenin bu tür belgelerin kaybindan çok büyük miktarda riskleri engelleme amaçlı olduğu düşünülse de söz konusu hükmün, kayıt yükümü tali nitelikte olan hekimlerden çok mimar ve avukatlar için öngörüldüğü söylenebilir.

Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri haricinde bir mahkemede açılan tazminat davaları da ancak ek prim karşılığında sözleşmede ayrıca

kararlaştırılarak sigorta himayesi altına alınabilecektir. Yukarıda da ele aldığımız üzere sigorta sözleşmelerinde rizikonun yer bakımından sınırlanması ile risk daha öngörülebilir hale gelmektedir. Söz konusu sınırlamanın bir diğer nedeni de ülke dışında mahkeme kararları ile tespit edilen tazminat miktarlarının çok yüksek olabilmesidir. Özellikle Anglosakson hukukunda cezalandırıcı tazminat sisteminin uygulanması nedeniyle gerçek zarar miktarını aşan ölçüde tazmin yükümlülüğü doğabilmektedir¹¹⁵.

MSSGŞ A.2. maddesinde de rizikonun yer bakımından sınırlanması yoluna gidilmiştir. Buna göre; sigortanın coğrafi sınırı Türkiye Cumhuriyeti sınırlarıdır. Yine aynı amaçlarla, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilindeki mesleki faaliyetleri nedeniyle ileri sürülen bir tazminat talebi söz konusu olsa dahi (Bir yetki şartı veya tahkim kaydı çerçevesinde) Türkiye Cumhuriyeti haricinde bir mahkemede veya hakem heyeti önüne getirilen tazminat talepleri de himaye dışı bırakılmıştır.

MSSGŞ A.4.2 maddesinde de aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan tazminat talepleri aşağıdaki biçimde düzenlenmiştir.

i. Her tür patent, telif hakkı ile ticaret unvanı, marka ve benzeri fikrî mülkiyet hak ihlallerinden kaynaklanan tazminat talepleri aksine sözleşme yoksa teminat dışında olarak kabul edilmiştir. Hekimin mesleki sorumluluk sigortası hekimin “ticari” nitelikteki ilişkileri değil tıbbi müdahaleleri sonucu hastaları ile aralarındaki ilişkilerinden kaynaklanan faaliyetlerini hedeflemektedir.

ii. Sigortalının mesleki faaliyeti ifası sırasında anne, baba, kardeş, eş ve çocuklarına karşı sorumluluğundan doğan tazminat talepleri de teminat dışında kabul edilmektedir. Söz konusu istisna düzenlemesinin temel sebebi bunların aralarındaki ailevi ilişkiler dolayısıyla, sigortacı, aleyhine muvazaalı işlemlere girişilmesi ihtimalinin bulunmasıdır¹¹⁶.

¹¹⁵ S.Ünan age. s. 103.

¹¹⁶ K.Şenocak age. s.445-446; S.Ünan age. s.113.

Diğer taraftan, sigortalının yakınlarına karşı sigortacının haklarının korunmasına ilişkin görevlerini yerine getirmesinde ve kendisine yüklenen, bilgi verme, sigortacının sigortalıyı temsil yetkisine engel olmama gibi görevlerin ifasında ciddi güçlükler doğabilecektir¹¹⁷.

Söz konu genel şart hükmünde sigortalının yakınları “anne, baba, kardeş, eş ve çocukları” olarak tanımlanmıştır. Bu hükmün tüketici biçimde düzenlenmiş olduğundan hareketle sigortalının birlikte yaşadığı kişiler veya diğer yakınlarına genişletilerek yorumlanması kabul edilmemelidir¹¹⁸.

iii. Her türlü çevre kirliliğinden doğrudan veya dolaylı olarak doğan sorumluluklar nedeniyle ileri sürülen tazminat taleplerinin himayesi tarafların ayrıca kararlaştırılmaları şartına bağlanmış ve teminat dışında bırakılmıştır.

Bir başka ifade ile, hekimin mesleki faaliyeti dolayısıyla sebep olunan çevre kirliliği zararları, örneğin tıbbi atıklardan doğan zararlar sigorta himayesi dışında bırakılmıştır.

Çevre kirliliği, bütün canlıların sağlığını olumsuz yönde etkileyen, cansız çevre öğeleri üzerinde yapısal zararlar meydana getiren ve niteliklerini bozan yabancı maddelerin; hava, su ve toprağa yoğun bir şekilde karışması olayı olarak tanımlanmaktadır.

Çevre Kanununun 2. maddesinde ise çevre kirliliği; çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki olarak tanımlanmaktadır¹¹⁹.

Çevre kirliliği, çeşitli kaynaklardan çıkan katı, sıvı ve gaz halindeki kirlenici maddelerin hava, su ve toprakta yüksek oranda birikmesi ile meydana

¹¹⁷ K.Şenocak age. s.445-446.

¹¹⁸ K.Şenocak age. s.447.

¹¹⁹ Çevre Kanunu m.2- (Değişik: 5491 - 26.4.2006 / m.2) Bu Kanunda geçen terimlerden; Çevre: Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamı; Çevre kirliliği: Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkiyi ifade eder.

gelmektedir. Başlıca kirlilik çeşitleri ise; hava, su, toprak, gürültü kirliliği ve radyoaktif kirlilik olarak sınıflandırılmaktadır¹²⁰.

Yine aynı şekilde, niteliği ne olursa olsun aşağıdaki hâllerden doğrudan veya dolaylı olarak kaynaklanacak tazminat talepleri de sigorta himayesi dışında bırakılmıştır:

aaa) Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu meydana gelen nükleer atıklardan kaynaklanan iyonize ışınım veya kirlilik,

bbb) Radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri,

ccc) Diethylstilbestrol (DES), dioxin, urea formaldehide, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin varlığından, üretiminden, elleçlenmesinden, işlenmesinden, satış, dağıtım, depolama, bırakılma veya kullanımından kaynaklanan her tür hastalık (kanser dahil) veya asbestten kaynaklanan bütün tazminat talepleri¹²¹.

iv. Sigorta ettirenin kanuni sorumluluğunu aşan tazminat talepleri de sigortadan istisna edilmiştir. Bu kapsamda, sözleşmesel nitelikteki sorumluluklar, cezai şartlar teminat kapsamı dışındadır.

Ancak cezai şart ödenmesi gereken tazminatın yerine kaim olacaksa ilk önce kanuni sorumluluk hükümlerine göre ödenmesi gereken tazminat hesaplanır. Eğer cezai şart miktarı, bu meblağı aşıyorsa sigortacı, yalnızca kanuna göre ödenmesi gereken miktarı öder¹²².

¹²⁰ A.Yongalık, Çevre Sorumluluk Sigortası, Ankara 1998, s.32-34.

¹²¹ MSSGŞ uyarınca yukarıda belirtilen maddelerin “tıbbi amaç dışında” kullanımı mutlak biçimde himaye dışı bırakılmıştır. Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klotunda, ise söz konusu maddelerin “tıbbi amaçla” kullanımı ek teminatla himaye altına alınabilecektir.

¹²² K.Şenocak age. s.442.

Zira sigorta himayesi “kanun koyucunun iradesine dayanan tazminat talepleri” ile sınırlıdır¹²³.

MSSGŞ ifadesi ile *”Bir sözleşmenin ifasına veya özel bir anlaşmaya dayanıp, sigortalının yasal sorumluluk ölçüsünü aşan her tür talepleri”* aksine sözleşme yoksa teminat dışındadır¹²⁴.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu istisna üstlendiği yükümlülüklerle yönelik değildir. Bir başka ifade ile hekim kanuni yükümlülüğü dışında ek bir hizmet de üstlenmişse bundan doğan kanuni sorumluluğu da yine sigorta himayesi altında olacaktır¹²⁵.

MSSGŞ A.4.3 maddesinde ise; idarî ve adlî para cezaları dâhil her tür ceza ve cezai şartlar; sigortalının iflasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek her tür zarar ile sigortalının aleyhine cezai takibata geçilmesi hâlinde, bu takibattan doğan diğer bilumum masraflar aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan ödemeler olarak sayılmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanununda Doktorun cezai sorumluluğuna ilişkin yeni hükümler yer almıştır. "Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar" altında düzenlenen bu hükümlerde (madde 86-93), kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişiye bir yıldan üç yıla kadar, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamada on altı yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir. Bunun yanı sıra TCK m.57 uyarınca adli para cezası da söz konusu olabilmektedir. Ancak gerek adli gerek idari para cezaları ve bu cezai

¹²³ K.Şenocak age s.441; S.Ünan age. s.112.

¹²⁴ Tarafların, sigorta ettirenin Borçlar Kanunu'nun 99'uncü maddesinin 2'nci fıkrası gereğince hafif kusurdan sorumlu olmayacağına dair anlaşmaları bu klozla ilgili değildir. Böyle bir anlaşmanın varlığı halinde, sigorta ettiren sorumlu olmadığından, sigortacının da sorumluluğundan bahsedilemez. Borçlar Kanunu'nun 99'üncü maddesine göre, borçlunun sorumluluğu hükümet tarafından verilen imtiyaz sonucu bir sanatın icrasından doğmakta ise, borçlunun sorumluluğunu hafif kusurundan dolayı kaldıran ve sınırlandıran anlaşmalar hakim tarafından geçersiz kılınabilecektir. Bu ifade doktrinde bir imtiyaz değil; fakat bir zabıta izni veya resmi bir ruhsat almasının gerektirdiği durum olarak yorumlanmakta ve hekimin mesleki faaliyeti de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak BK m.321'e atıf yapan m. 390 hükmü gereği sorumsuzluk anlaşmalarının mutlak biçimde geçersiz olacağı, m.390 hükmünün m.99 hükmüne nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. K.Şenocak age. s.443.

¹²⁵ K.Şenocak age. s.441.

takibatlardan doğan bilumum masraflar aksine sözleşme yoksa sigorta teminatı dışında tutulmuştur¹²⁶.

Son olarak, doktorun yanlış işlemleri nedeniyle doğan zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilecektir. MSSGŞ uyarınca manevi tazminat talepleri de sigorta himayesi dışında olarak kabul edilmiştir. Oysa Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu gereğince, her tür manevi tazminat talepleri, poliçede belirlenen teminat limitinin en fazla % 50'si ile sınırlı olmak kaydıyla teminat kapsamındadır.

bb.Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunda

MSSGŞ A.4. hükümleri saklı tutularak aşağıdaki haller de Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunda teminat dışında kalan tazminat talepleri olarak düzenlenmiştir.

Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunda, zarar riskinin yüksek olduğu uygulamalar teminat dışı bırakılmıştır. Genetik mühendisliği uygulamaları, AIDS veya onun patojenleri ya da hepatit A, B veya C'ye bağlı olabilecek yahut onlardan kaynaklanan veya onların katkıları ile oluşan her türlü zararlar olağan tıbbi uygulamalar riziko-prim dengesi bakımından ek teminata tabi tutulmuştur.

Diğer taraftan, üremeye yardımcı (kısırlık tedavisi) ya da üremeyi önleyici (kısırlaştırıcı tedavi) her tür sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat talepleri de teminat dışında kalan tazminat talepleri arasındadır. Üremeye ilişkin malpraktis hallerinde tazminat taleplerinin çok yüksek miktarlara ulaşabildiği görülmektedir.

Bu düzenleme ile yüksek risk taşıyan müdahalelerin, aksine sözleşme yoksa teminat dışında tutulması ile risk-prim dengesinin sigortacı aleyhine bozulması engellenmiştir.

¹²⁶ Z. Metezade agm. s. 292; H.Hancı Malpraktis, 3.bası, Ankara 2006, s.16 vd.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Hekimin mesleki sorumluluk sigortası, temelde hekimin; “yalnızca teşhis ve tedavi maksatlı faaliyetlerini” teminat altına almayı hedeflemektedir.

Nitekim Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klotunda, tanı veya tedavi amacı olmaksızın yapılan bütün tıbbi müdahaleler ile plastik cerrahların güzelleştirme amaçlı yaptıkları her tür estetik ameliyattan kaynaklanan tazminat talepleri istisna edilmiştir.

Aynı kapsamda, tanı veya tedavi amacı taşımayan her türlü deney veya araştırmalardan doğan tazminat talepleri, her tür kan bankası faaliyetleri ile insan ve hayvan organları, kanları, hücreleri ve türevlerine ilişkin faaliyetler de sigorta teminatı dışında tutulmuştur.

Hekimin tanı veya tedavi amaçlı faaliyetleri dışında yönetici veya işletici olarak kendisine yöneltilen talepler de teminat dışıdır.

Sonuç olarak, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klotunda, hekimin tanı veya tedavi amaçlı mesleki faaliyeti dışındaki uygulamaları ile bu kapsamda kalmakla birlikte yüksek risk taşıyan tıbbi uygulamalar teminat dışında bırakılmış bulunmaktadır.

II.BÖLÜM

HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTACININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. SİGORTA HİMAYESİ SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

MSSGŞ'nın A.1. maddesi uyarınca, “Mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesi ile sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken meydana gelen zararlardan doğan taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar teminat verilir”. Himaye rizikonun gerçekleşmesi sonucunda, sigortalının malvarlığında ortaya çıkabilecek aleyhte değişiklik haline ilişkin olduğundan, himayenin sınırları bakımından malvarlığının başlangıçtaki durumunun tespiti gereklidir¹²⁷.

Sigortacının sorumluluğu taşıma sigortası hariç aksine bir anlaşma yoksa, primin tamamının veya ilk taksidinin ödenmesi ile başlar. (TTK m. 1295/2) Bu bakımdan sigortacının himaye sağlama yükümlüğü kapsamında gerçekleşen rizikolardan sorumluluğu aşağıda ele alınacağı üzere ilk primin ödenmesi anı mesleki sorumluluk sigortası sözleşmeleri bakımından da önem arz etmektedir¹²⁸.

MSSGŞ kapsamında sigortacı sigortalının müdafaasına yardım etmeye mecbur tutulmamaktadır¹²⁹. Bu bakımdan sigortacı sigorta ettirenin menfaatini ne

¹²⁷ Kender age. s.255.

¹²⁸ I. Ulaş age. s.39 vd; A. Bozer age. s. 31; K.Şenocak age. s.205 vd.; R.Kender age. s.194 vd.

¹²⁹ Türk Ticaret Kanunu'nun 1292'nci maddesinde yer alan sorumluluk sigortasının bir türü olarak, üçüncü kişinin sigortalıya karşı dava açması halinde, sigortacının sigortalının müdafaasına yardım etmek zorunda olduğu sorumluluk sigortalarına paralel olarak MSSGŞ Tasarısının 2.2. maddesinde yer alan “sigortacı mecbur olmamakla birlikte, bir talebe karşı sigorta ettirenin savunmasını üstlenebilir.” ifadesi yerine MSSGŞ B.1. maddesinde “Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarından” bahsedilmektedir.

TTK tasarısının Hukuki Koruma başlıklı 1474. maddesinde ise sigortacının sigorta bedeline kadar olan yargılama giderlerine katlanarak hukuki himaye sağlaması öngörülmektedir. Buna göre, sigortalı aleyhine bir istem ileri sürüldüğünde, isteme ilişkin makul giderler sigortacı tarafından karşılanır; sigorta bedelini aşan giderlerin ödenebilmesi için sözleşmede hüküm bulunmalıdır. Söz konusu giderler bakımından, sigortacı, sigortalının istemi üzerine, giderler için avans vermek zorundadır. Bir

küçük şekilde koruyacağına kendisi karar verecektir. Bu hususta sigortacının sigortalının savunmasını ne şekilde yapacağına ilişkin takdir yetkisinin sınırlarını dürüstlük kuralı belirler.

Sigortacı, sigorta ettirene yöneltilen tazminat taleplerine karşı tutumunun ne olacağına veya sigorta ettirenin menfaatini ne şekilde koruyacağına karar verirken söz konusu talep hakkında da gerekli araştırmayı yapmak durumundadır. Bu bakımdan sigortacının söz konusu araştırmayı yapması kendisi bakımından bir hak olduğu gibi bir yükümlülük olarak da değerlendirilebilir. Sigortacı bu araştırma sonucu haklı ve haksız talepleri birbirinden ayırabilecektir.

Sigortacı, sigorta ettirene karşı ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlenmiş olabilir. Bu tür mesleki sorumluluk sigortalarında, sigortacı sigortalıyı üçüncü kişilerin haksız taleplerine karşı da koruyacaktır.

Bu yükümlülük gereğince sigortacı bir talebin haksız olduğu sonucuna ulaştığında dahi kendi takdirine göre, sigorta ettirenin talimatından bağımsız olarak haksız taleplerin önlenmesi için tazminat davalarının sevk ve idare yetkisine de sahiptir¹³⁰.

Sigortacı, dava masraflarını ödeme yükümlülüğünün yanı sıra haksız tazminat taleplerinin önlenmesi için çaba harcamakla da yükümlü tutulmuştur. Bu bakımdan sigortacının yükümlülüğü ileri sürülen talebin haksız olduğunu düşünüyor ise gerektiğinde bilirkişiye başvurmak, gerekli yazışmaları yapmak,

başka ifade ile Tasarı uyarınca hukuki himaye kapsamında sigorta bedeline kadar olan yargılamaya ilişkin makûl giderler sigortacı tarafından karşılanacaktır. Giderlerin sigorta bedelini aşması halinde ancak bu hususta bir sözleşme hükmünün varlığı halinde giderler sigortacı tarafından üstlenilecektir.

¹³⁰ Sigortacı hukuki himaye yükümlülüğünü sigorta ettirene rağmen değil onun yardımı ile yerine getirir. Hukukumuzda sigortacının usuli taraf olduğunu kabul etmeye imkân yoktur. (Bu konuda bkz. S.Ünan age. s.202) Sigortacının hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği sigortalarda sigortacı aleyhine açılan tazminat davasında sigorta ettireni temsil edecektir. ÜŞKSSGŞ m. 9/II uyarınca sigorta ettiren aleyhindeki tazminat davasında savunmayı yürütmek üzere sigortacının göstereceği avukata vekâlet vermekle yükümlüdür. MSSGŞ'da bu tür bir yükümlülük öngörülmemiştir. Ancak sigortacının hukuki yardımda bulunmayı üstlenmesi mümkündür. Bu durumda, sigorta ettirenin bilgi verme görevi devreye girer. Sigortacının davayı sevk ve idaresine engel olacak fiiller bu görevin ihlali anlamına gelecektir.

delil tespiti işlemleri yapmak ve açılan davada sigorta ettireni savunmak üzere avukat temin etmek gibi işlemleri de kapsar¹³¹.

Diğer taraftan, hekime sağlanan bu sigorta himayesi kapsamında mağdurun sigortacıya doğrudan başvurabilmesi de söz konusu olabilmektedir. Zira sorumluluk sigortası sözleşmesinin muhtemel mağdurlara karşı üçüncü kişi lehine şart içerdiği esastan hareketle mağdurun sigortacıya doğrudan başvurabilmesi kabul edilmektedir¹³².

Sigortacıya doğrudan başvuru hakkı TTK'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte 11. Hukuk Dairesinin yerleşik içtihadı gereği sorumluluk sigortasının türüne bakılmaksızın üçüncü şahısların da sigortacıya karşı doğrudan talep ve dava hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir.¹³³

Bu kabul hekimin mesleki sorumluluk sigortaları bakımından da önemli sonuçlara sahiptir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hekimin mesleki sorumluluk sigortası sigortalı hekim ile birlikte hastaların korunması bakımından da yararlıdır. Hekimin mesleki faaliyeti sonucunda zarar gören hastalar haklarına sigorta yolu ile kavuşabilecektir. Bu bakımdan doğrudan sigortacıya başvurabilmeleri onları hekimin malvarlığının tazminat ödemeye yeterli olmaması riskinden korumuş olacaktır. Hekimin mesleki sorumluluk sigortalarında da üçüncü şahısların, sigortacıya karşı doğrudan talep ve dava hakkına sahiptir¹³⁴.

¹³¹ Şenocak age. s.169

¹³² R. Atabek, Zarar Görenin Doğrudan Sigortacıya Müracaat Hakkı, Batıder, 1971 C.VI., S.I. s.3 vd.; A. Boze age. s.125 ; I.Ulaş age. s. 580.

¹³³ 11. HD, E.1988/5101 K. 1989/2606, 25.4.1989 T.; HGK., E. 1995/11-980, K.1996/18, 31.1.1996 T. “Modern çağın ihtiyaçlarından doğan ve kendine özgü bir sözleşme tipi olan sorumluluk sigortası, Türk Ticaret Kanunu'nda ayrıca düzenlenmediğinden, Avrupa ülkelerine gönderilen malların, araçta çıkan yangın nedeniyle yok olması halinde; bu devletler CMR sigortası yapmayan araçları ülkelerine sokmadıklarından, uygulamada, zorunlu mali sorumluluk sigortası haline dönüşen sigorta poliçesi ve ek şartnamenin örf ve adete uygun olan hükümlerine, hukukumuzdaki yangın dolayısıyla sorumluluk sigortasının kıyas yoluyla uygulanmasından çıkan sonuca göre sigorta akdinde taraf olmayan alıcı durumundaki üçüncü kişinin, zarardan dolayı, doğrudan doğruya sigortacıya başvurma hakkının varlığı kabul edilmelidir.” Yarg. HGK E. 1995/11-980 K. 1996/18 31.1.1996 T. (www. Kazanci.com.tr başvuru tarihi 15.4.2008)

¹³⁴ Z. Metezade, *Mesleki Sorumluluk Sigortaları ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu*, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e Armağan, İstanbul 2007, s.886 vd.

TTK tasarısının 1478. maddesinde ise mağdurun sigortacıya başvuru hakkı açık hükme bağlanmış bulunmaktadır.

B. SİGORTA BEDELİNİN ÖDENMESİ

Hekimin sorumluluğunu doğuran ve sigorta teminatı altındaki bir rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta tazminatı borcu ilke olarak *para borcu* dur¹³⁵.

1. Sigorta Bedelinin Miktarının Sınırlandırılması

Sigorta bedeli, sigorta poliçesinde gösterilen ve tehlikenin gerçekleşmesi halinde sigortalıya ödenecek olan azami meblağı ifade eder¹³⁶. Sigorta tatbikatında, rizikoyu belli bir sınır içerisinde tutmak; sigortacının rizikoyu taşımamasını kolaylaştırarak mali riskini öngörülebilir kılacaktır. Böylece, sigorta himayesi altındaki zarar olayları neticesinde, üçüncü şahıslar tarafından ileri sürülecek zarar ve ziyan taleplerinin neticelerine karşı ancak poliçede tespit olunan meblağlara kadar teminat sağlanacaktır.

Sigortacı hekimin mesleki faaliyetinden zarar gören üçüncü kişilerin cismani zararları¹³⁷ ile maddi zararlarını sigorta teminatı kapsamında olduğu nispette gidermeyi üstlenmiştir. Ancak manevi zararlar, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu gereğince, sigorta limitinin %50'si ile sınırlı olarak sigorta himayesi altındadır¹³⁸.

¹³⁵ “Ancak bazı istisnai hallerde kanun icabı (TTK. 1307) veya sigorta poliçesi genel şartları hükümlerine gereğince aynen tazmin şeklinde de bu borcun ifa edilebileceğini belirtmek gerekir.”Ulaş age. s.89.

¹³⁶ R. Kender age. s.266; A. Bozer age s.29; K. Şenocak s.172.

¹³⁷ Cismani Zarar - Hekimin eylemi sonucu üçüncü kişinin yaralanması veya ölümü sonucunu doğurmuşsa, bu gibi durumlarda cismani zarardan söz edilir. Üçüncü kişinin ölümü veya yaralanması gibi cismani zararların giderilmesinde, üçüncü kişinin gerçekten uğradığı zararlar hastane, doktor, bakım, ilaç giderleri, kazanç kaybı gibi giderler hesap edilir. Ölüm halinde destekten yoksun kalma tazminatı aktüeryal hesaplarla tespit edilecektir. Sigortacı poliçede gösterilen azami limit dâhilinde bu zararı gidermekle yükümlü bulunmaktadır.

¹³⁸ Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu gereğince, her tür manevi tazminat talepleri, poliçede belirlenen teminat limitlerinin içinde kalmak ve bu teminat limitinin en fazla % 50'si ile sınırlı olmak kaydıyla teminat kapsamındadır.

Sigorta poliçelerinde, dolayısı ile mesleki sorumluluk sigortası poliçelerinde; eşyaya ilişkin zarar, cismani zarar ve yalın malvarlığı zararı için ayrı ayrı sigorta bedeli gösterilmişse, meydana gelen her zarar, “kendisi için belirtilen sınıra kadar” temin edilir¹³⁹.

Sigorta bedeli bakımından açıklığa kavuşturulması gereken temel hususlardan biri de, sigorta bedelinin, her bir zarar olayı ve bundan tüm tazminat talepleri için mi, yoksa her bir bağımsız talep için mi sigortacının edim yükümlülüğünün sınırını oluşturduğu hususudur.

Sorumluluk sigortalarında, sigorta bedelinin olay başına sınırlandırılması için dizi zarar klozları kullanılmaktadır. Dizi zarar klozu (Beher Olay Limiti)¹⁴⁰; aynı sebepten, bir zaman birliği içerisinde birden çok zarar doğması halinde tek bir zarar olayının varlığının kabulünü öngören ve her bir olay başına belirlenen sigorta bedelinin bu seri olaylara üst sınır olarak uygulanmasını sağlayan bir klozdur.

Dizi zarar klozu bakımından taleplerin sayısı önem taşımaz. Birden çok zarar aynı sebepten meydana gelmiş ise bu zararlar bakımından üst sınır uygulanacaktır. Tek bir olaydan kasıt tazminat yükümü doğuran icrai veya ihmali harekettir. Ancak bunun yanında bu sebepten doğan olaylar arasında da makul bir zaman birliği aranmaktadır. Makul bir zaman birliğinin tespiti için “makul bir insanın değerlendirmesinin” ölçüt alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴¹.

Meydana gelen bir zarar olayı, birden fazla talebin vukuuna sebebiyet verdiğiğinde sigorta bedelinin nasıl yorumlanacağına ilişkin olarak MSSGŞ tasarısının 1. maddesinde, sigorta ettirene karşı ileri sürülen taleplerin talepte bulunan kişilerin sayısı ne olursa olsun, sigortacının sorumlu olduğu en yüksek tutarın sigorta bedeli olduğu kabul edilmiştir. Buna göre “aynı sebep olayından” kaynaklanan bütün zararları ve bunlarla ilgili talep masraflarını poliçede yazılı olan beher olay limitine kadar karşılar.

¹³⁹ (MSSGŞ Tasarısı m. 3/II). Eleştirisi için bkz. K.Şenocak s.174.

¹⁴⁰ S.Ünan age. s.105.

¹⁴¹ Şenocak age. s.179.

Ne var ki MSSGŞ'nda söz konusu açık hükme yer verilmemiştir. Yalnızca 1. maddede sigorta ettirene yönelik talepler bakımından sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen "bir olay nedeniyle", sözleşmede belirtilen miktara kadar teminat verileceği ifade edilmiştir. Açık bir hüküm olmamakla birlikte sigorta bedelinin, tek bir olay bakımından üst sınır teşkil ettiği düşünülebilir. Tarafların aksine düzenleme yapması daima mümkündür.

Sigorta bedelinin sınırlandırılmasının bir diğer yolu da senelik toplam limit öngörülmesidir. Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu da bu nitelikte bir miktar sınırlaması içermektedir. Buna göre; sigortacının, teminat verdiği dönem içinde karşılaştığı tüm taleplerle ilgili sorumluluğu poliçede belirtilen tazminat limitini aşamaz.¹⁴²

2. Sigorta bedelinin muacceliyeti ve ödenmesi

Mesleki sorumluluk sigortası kapsamında hekimin mesleki sorumluluğuna dayalı olarak rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta bedelinin ne zaman ve ne şekilde ödeneceği gerek TTK gerekse MSSGŞ hükümleri ile düzenlenmiştir.

Meblağ sigortalarından farklı olarak zarar sigortalarında ödeme safhasına geçilmeden önce zararın tayin ve tespiti zorunludur. Zira zarar sigortalarındaki zenginleşme yasağı uyarınca yapılacak ödeme miktarıyla sınırlıdır.

TTK'nun 1299. maddesi uyarınca, sigorta bedelini ödeme borcu, karada ve iç sularda taşıma rizikolarına ait sigortalar dahil, bütün mal sigortalarında, rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbar borcununun 1292 nci madde hükmünce

¹⁴² Üçüncü kişilerin talepleri bakımından yukarıdaki şekillerde sınırlandırılmış olan sigorta bedelinin tüm mağdurların haklı taleplerini karşılayamaması söz konusu olabilir. Gerek TTK'nda, gerek ÜŞKMMSUŞ'nda, gerekse MSSGŞ'nda sigorta bedelinin gerçekleşen riziko sebebiyle birden fazla kişinin ileri sürdüğü taleplerin tatminine yetmemesi halinde sigortacının nasıl bir bölüştürme yapacağı düzenlenmemiştir. Bu durumda talepte bulunan üçüncü kişilerden her biri, sulh, borcun mahkeme kararıyla tespit edilmiş olan haklı tazminat taleplerinin, sigorta bedeline nispetle bulunacak miktarına hak kazanacaktır. Şenocak s.176.

doğduğu tarihte¹⁴³, bir başka ifade ile rizikonun gerçekleştiğinin sigortalı tarafından haber alınması ile muaccel olacaktır¹⁴⁴.

Bu düzenleme çerçevesinde sigortacının zararın tayin ve tespiti bakımından gerekli incelemeyi yapabilmesine imkân kalmamaktadır. Söz konusu hüküm bu nedenle eleştirilmiştir¹⁴⁵.

Sigorta bedelinin ödeme zamanına ilişkin bir hüküm MSSGŞ tasarısında bulunmazken, MSSGŞ B.3. maddesinde, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigorta tazminatının hangi anda muaccel olacağı hususu düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle tazminata konu olay ve zarara ilişkin tespit tutanağı veya bilirkişi raporu ve poliçe ekinde yer alan diğer gerekli belgeler eksiksiz olarak şirket merkez veya kuruluşlarına iletilir. Sigortacı belgelerin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on beş iş günü içinde gerekli incelemeleri tamamlayıp sözleşmeye aykırı olmayan zararlara ilişkin tazminatı öder.

Aynı genel şart hükmü uyarınca, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, söz konusu inceleme bakımından hangi belgelerin istenileceği poliçe ekinde açık ve anlaşılır şekilde yer almak zorundadır.

Görüldüğü üzere MSSGŞ B.3. maddesinde muacceliyet tarihi rizikoya ilişkin belgelerin (tazminata konu olay ve zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu ve poliçe ekinde de yer alan diğer gerekli belgeler) sigortacıya tesliminden on beş iş günü sonrasına ertelenmiştir¹⁴⁶.

¹⁴³ Doktrinde, ihbar yapılmadan muacceliyet gerçekleşmeyeceği ileri sürülerek muacceliyetin ancak ihbar yapılmasından sonra gerçekleşebileceği kabul eden yazarlar da mevcuttur. Bkz. I.Ulaş, age.s.90, H.Arseven, Sigorta Hukuku 1987 İstanbul, s.125-129 Aynı yönde bazı Yargıtay kararlarında da “ihbar borcunun doğduğu an” değil “ihbar anı” muacceliyet için esas alınmıştır. Bu kabule göre; mal sigortalarında sigorta bedelini ödeme borcu, rizikonun gerçekleştiğinin sigortacıya ihbarı tarihinde muaccel olur ve ihbar olunan günün bitimi ile sigortacı temerrüde düşer. (Yarg. 11. HD, E. 2001/4065 K. 2001/6812 17.9.2001 T.) (www.kazanci.com.tr, Başvuru tarihi 29.03.2008)

¹⁴⁴ Kender age. s.241; Bozer age. 87-88; Şenocak age. s. 151 vd.

¹⁴⁵R. Kender, Sigorta Tazminatının Muacceliyeti Meselesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararlarını Değerlendirme Sempozyumu, C.IX, Ankara 1992.

¹⁴⁶ Türk ticaret Kanunu Tasarısının 1427. maddesi hükmü ile de, sigorta tazminatının muacceliyeti benzer biçimde hükme bağlanmıştır. Buna göre, sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesinin ardı sıra ve sigortacının edimine ilişkin araştırmalar bitince ve her hâlde rizikonun bildiriminden otuz gün sonra muaccel olur. Aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince ise araştırmalar,

Ne var ki, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere TTK m. 1299 uyarınca muacceliyet tarihi Sigorta bedelini ödeme borcu, karada ve iç sularda taşıma rizikolarına ait sigortalar dahil, bütün mal sigortalarında, rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbar borcunun doğduğu tarihte¹⁴⁷ muaccel olur¹⁴⁸.

Söz konusu hüküm TTK m. 1264/f.IV uyarınca sigortalı aleyhine değiştirilemez hükümlerdendir. Ancak söz konusu genel şart hükümleri TTK'nun emredici hükümlerine uygun olduğu ölçüde geçerli olabilecektir.

MSSGŞ B.3. maddesinde muacceliyet tarihinin rizikoya ilişkin belgelerin sigortacıya "tesliminden on beş iş günü sonrasına ertelenmiş olmasının" sigorta ettiren aleyhine bir düzenleme olup olmadığı tartışılması gerekir. Zira sigorta bedelinin daha erken muaccel olması ve edimini daha erken talep edebilmesinin sigorta ettiren lehine olacağı ileri sürülebileceği gibi zamanaşımının daha geç bir

rizikonun bildiriminden başlayarak üç ay içinde tamamlanmamışsa; sigortacı, tazminata veya bedele sayılıp düşülmek üzere, poliçe bedelinin yüzde yirmi beşini avans olarak öder. Kısmî hasar hâlinde ve eksik sigortada avans poliçe bedelinin yüzde onbeşidir. Buna göre muacceliyet için iki şartın birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır: rizikonun gerçekleşmesi ve sigortacının edimine ilişkin araştırmalarının sona ermesi. Bu bakımdan muacceliyet için rizikonun bildiriminden itibaren hesaplanacak otuz günlük bir tavan süre getirilmiş, araştırmaların üç ay içinde tamamlanmaması hali için de sigortalının korunması ve menfaat dengesi için avans ödemesi öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere MSSGŞ B.3. maddesinde muacceliyet tarihinin rizikoya ilişkin belgelerin sigortacıya tesliminden on beş iş günü sonrasına ertelenmiş olması "sigortacıya ediminin araştırılması için süre verilmesi" esası bakımından Tasarı ile örtüşmektedir. Ancak tasarıda sigorta tazminatının her hâlde rizikonun bildiriminden otuz gün sonra muaccel olacağı ifade edildikten sonra rizikonun bildiriminden başlayarak üç ay içinde tamamlanmamışsa sigortalıya avans ödemesi yapılacağına ilişkin düzenleme tamamen isabetsizdir. Zira eğer muacceliyet gerçekleşmiş ise artık tazminatın tamamı talep edilebilir haldedir. Bu durumda maddede bahsi geçen avans ödemesi maddenin dayandığı temel esas ile çelişmektedir. Tamamı muaccel hale gelmiş olan poliçe bedelinin tamamını talep edebilecek durumda olan sigorta ettirenin söz konusu avansı talep etmekte ne tür bir menfaati olacağı hükümden anlaşılammaktadır. Bu durumda, sigorta bedelinin rizikoya ilişkin belgelerin sigortacıya tesliminden on beş iş günü sonra değil avans ödemesinden daha sonraki bir tarihte muaccel olması gerekir. Ancak bu şekilde söz konusu avans anlam kazanabilecektir.

¹⁴⁷ Madde 1292 - Sigorta ettiren kimse sigortanın taalluk ettiği rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı tarihten itibaren beş gün içinde sigortacıya haber vermeye mecburdur. Bu müddet, üçüncü şahsın sigortalıya karşı dava açması halinde sigortacıya sigortalının müdafaasına yardım etmeye mecbur tutan mesuliyet sigortalarında sigortalının tebligat üzerine davayı öğrendiği, sigortalının üçüncü kişiye vereceği tazminatın sigortacı tarafından ödenmesine ait mesuliyet sigortalarında ise hakkındaki mahkeme kararının kesinleştiğini sigortalının öğrendiği veya dava olmaksızın yahut dava neticesi beklenmeksizin üçüncü şahsa sigortalının para ödemiş olması halinde parayı ödemiş olduğu tarihten başlar.

¹⁴⁸ Kender age. s.241; Bozer age. 87-88; Şenocak age. s. 151 vd.

tarihte başlayacak olması da sigortalı lehine bir sonuç olarak değerlendirilebilecektir¹⁴⁹.

Yargıtay, “muacceliyetin ertelenmesi” yerine “zamanaşımı süresinin başlangıcının ötelenmesi” hususunu nazara alarak bu yöndeki hükümlerin sigorta ettiren lehine olduğunu kabul etmektedir¹⁵⁰.

Yargıtay daha sonraki tarihli kararlarında da muacceliyetin hakem-bilirkişi raporuna ertelenmesinin TTK'nun 1264. maddesine aykırı olmadığı esasını benimsemiştir.

Bu bakımdan, MSSGŞ B.3. maddesinde muacceliyet tarihinin rizikoya ilişkin sigortacıya tesliminden on beş iş günü sonrasına ertelenmiş olmasının sigorta ettiren aleyhine bir düzenleme olmadığı ve hekimin mesleki sorumluluk sigortası poliçelerinde de geçerli olarak uygulanabileceği sonucuna ulaşılabilecektir.

¹⁴⁹ Zamanaşımının daha geç işlemeye başlaması sigorta ettiren lehine sayılabilirse de “muacceliyet” bakımından temelde edimin erken talep edilebilmesi önem taşır.

¹⁵⁰ “... Genel şartların 21. maddesindeki ... bu poliçeden doğan herhangi bir dava hakkı, ihtilafa sebep olan hadisenin vukuu tarihinden itibaren iki yıl sonra zamanaşımına uğrar... hükmüdür. Görülmektedir ki bu hüküm, zamanaşımını, rizikonun gerçekleştiğinin öğrenildiği tarihe değil, rizikonun gerçekleştiği tarihe bağlamaktadır. Bu hal ise sigortalının aleyhine bir durum yaratmaktadır. O halde, poliçe genel şartlarının 21. maddesindeki bu hükmün, TTK. nun 1264/4. maddesindeki ... 1299. maddesi hükmünün sigorta ettiren kimse zararına olarak sözleşme ile değiştirilemeyeceği...” hükmüne aykırı bulunduğu cihetle, geçersiz olduğunun kabulü gerekmektedir...” Yarg. 11.HD 2004/851 E. 2004/9955 K. 18.10.2004T. (www.kazanci.com.tr Başvuru Tarihi: 12.Şubat 2008)

“TTK. 1264/4. maddesi gereğince, diğer maddeler yanında, aynı yasanın 1299. maddesi hükmü, sigortalı zararına olarak sözleşme ile değiştirilemez. Hükmün aksinden çıkan anlama göre, yasanın 1299. maddesine aykırı ve fakat sigortalı yararına olan değişiklikler geçerlidir. Yasanın 1299. madde hükmüne aykırı hükümler mevcuttur. Bu aykırı hükümlerin bir kısmı davalı sigorta şirketi, bir kısmı da sigortalı yararına olan hükümlerdir. Örneğin zamanaşımının hakem - bilirkişinin kesin raporunun taraflara tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlayacağına dair hüküm davacı sigortalı yararınadır ve 1264/4. madde hükmü gereğince hukuken geçerlilik kazanmaktadır. Bu aynı zamanda TTK'nun 6. maddesindeki zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceği, meğerki kanunda aksine hüküm bulunsun, hükmündeki "kanunda aksine hüküm" mefhumumuza giren bir durum yaratmaktadır. Gerçekten, TTK.nun 1264/4 maddesi ile 1299. maddesindeki muacceliyetin başlangıç tarihinin sigortalı yararına değiştirilebileceğini kabul etmek, dolaylı da olsa zamanaşımı süresinin uzatılmasına olanak tanımak demektir. O halde poliçenin 16/g. maddelerindeki davacı sigortalı lehine olan şartların geçerli olduğunu ve bu hükümlere göre de zamanaşımının geçmediğini benimsemek gerekir.” Yarg. 11.HD. E. 1979/3501 K. 1979/5473 T.0.11.1979 (www.kazanci.com.tr, Başvuru tarihi 29.03.2008)

İlgili hüküm gereğince muacceliyetten önce sigortacıya on beş günlük bir inceleme süresi tanınmıştır. Böylelikle sigortacı söz konusu talebin haklı olup olmadığı konusunda bir inceleme yapabilme imkânına sahip olmaktadır. Bu nedenle düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir.

3. Sigorta Bedelinin Ödenmesinde Temerrüt Hali

Sigortacının mal sigortalarında sigorta bedelini ödeme borcu, ihbar borcunun doğduğu anda¹⁵¹, diğer bir kabule ve aynı yöndeki Yargıtay kararlarına göre ise rizikonun gerçekleştiğinin sigortacıya ihbarı tarihinde muaccel olur ve ihbar olunan günün bitimi ile sigortacı temerrüde düşer¹⁵².

Sigortacının sigorta bedelinin ödenmesinde temerrüde düşerse bu borca ilişkin faiz ve masraflardan da sorumlu olacaktır¹⁵³.

Sigortacı, sigorta bedelini ödeme yükümlülüğünü haklı bir nedene dayalı olmadan geciktirmiş ve bu sebeple sigorta ettiren sigorta bedelini aşan bir zarara uğramışsa bu zararın B.K.nun 105. maddesi hükmü çerçevesinde, *munzam zarar* adı altında sigortacıdan talep edebilmesi mümkün bulunmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1.6.1995 gün ve 1995/20094475 sayılı kararında bu esası şu şekilde ifade etmiş bulunmaktadır: “Her ne kadar davalı sigorta şirketi, sigorta poliçesinde yazılı sigorta bedeli limiti ile sorumlu ise de, bu bedelin geç ödenmesi nedeniyle davacı sigorta ettiren, BK’nun 105. Maddesi uyarınca, munzam zarar adı altında tazminat da isteyebilir.”¹⁵⁴

¹⁵¹ Kender age. s.241; Bozer age. 87-88; Şenocak age. s. 151 vd.

¹⁵² Yarg. 11.HD E. 2001/4065 K. 2001/6812 17.9.2001 T. (www.kazanci.com.tr, Başvuru tarihi 29.03.2008)

¹⁵³ I.Ulaş age. s.91; K. Şenocak age. s.234; R. Kender age. s.266.

¹⁵⁴ “...Her ne kadar davalı sigorta şirketi, sigorta poliçesinde yazılı sigorta bedeli limiti ile sorumlu ise de, bu bedelin geç ödenmesi nedeniyle davacı sigorta ettiren, BK.nun 105. maddesi uyarınca, munzam zarar adı altında tazminat da isteyebilir. Davacı taraf, dava dilekçesinde açıkça BK.nun 105. maddesine dayanmamıştır. Fakat, iddia ettiği maddi olayların hukuki niteliğini saptamak, mahkemeye aittir. Dava dilekçesinin içeriği ve dayanılan delillere göre, davacının, önceki davada isteği sigorta bedelinin faizle birlikte olsa, geç ödeme sonucu oluşan ve karşılanmayan zararını istediği anlaşılmıştır. Davacının, işbu davanın dışında açıkça BK.nun 105. maddesine dayalı ayrı bir dava açması da, az önce Dairemizin vardığı sonuca etkili görülmemiştir. Açıklanan bu durum karşısında, yerel mahkemece, davacının ana para ve faiz ile karşılanmayan zararını isteği kabul edilerek

Tasarının 1427. maddesinde temerrüde ilişkin olarak “Borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer.” hükmü öngörülmüştür. Hüküm emredici nitelikte olduğundan sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşmeler geçersizdir.

4. Halefîyet

Sigortacının sigorta sözleşmesi uyarınca ödemekle yükümlü olduğu sigorta bedelini ödemesinin en temel sonucu TTK m.1301 uyarınca sigortalının haklarına halef olmasıdır. Örneğin üçüncü kişilerin kusuru nedeniyle sorumluluğu doğan hekimin sorumluluğu kapsamında sigorta bedelini ödeyen sigortacı hekimin haklarına halef olarak kusurlu üçüncü kişilere rücu hakkına sahip olacaktır.

TTK.nun 1301. maddesi uyarınca sigorta şirketinin rücu davası açabilmesi için geçerli bir sigorta sözleşmesinin bulunması, rizikonun gerçekleşmesi üzerine sigortalısına ödemedede bulunması, sigortalının zarar sorumlusuna karşı dava hakkına sahip olması gerekmektedir¹⁵⁵.

Aynı ilke MSSGŞ B.4. maddesinde de yinelenerek, sigortacının, ödediği tazminat tutarınca, hukuken sigortalının yerine geçeceği ifadesine yer verilmiştir.

C. TİCARİ VE MESLEKİ SIRLARIN SAKLANMASI

Sigorta sözleşmesinin akdi esnasında ve devamında sigortacının sigorta ettiren hakkında birçok ticari ve mesleki sırra erişebilmesi mümkündür. Zira sigorta ettiren gerek TTK gerekse aşağıda ele alınacağı üzere MSSGŞ uyarınca sözleşmenin yapılması sırasında rizikoya ilişkin bilgileri, sözleşmenin devamı sırasında sigortacının izni olmadan rizikoya etki edici nitelikteki değişiklikleri ve

iddiasının incelenmesi gerekir. BK.nun 105. maddesine göre, alacaklının uğradığı zarar, geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bu zararı dahi borçlu tazmin ile yükümlüdür. Davalı borçlu temerrüde düşmüş ve açılan önceki davada sorumlu tutulmuştur. Buna göre, davalı sigorta şirketinin kusurlu olduğu ve BK.nun 105. maddesine göre, munzam zarar ile sorumlu olduğunun kabulü gerekir. ...”Yarg. 11. HD 1995/2009E. 1995/4475 K. 1.6.1995 T. (www.kazanci.com.tr, Başvuru tarihi 29.03.2008)

¹⁵⁵ Yarg. 11. HD E. 2000/2980 K. 2000/4071 11.5.2000 T. (www.kazanci.com.tr, Başvuru tarihi 29.03.2008)

rizikonun gerçekleşmesi halinde ise zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğini sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Ticari ve mesleki sır ticarete ve ifa olunan meslekte özel bilgileri, becerileri ve yöntemleri itibariyle sigortalının üçüncü kişilere karşı rekabet gücünü ve itibarını etkileyebilecek nitelikte olan ve sigortalının faaliyet alanına, konumuz itibari ile de aşağıda ele alınacağı üzere hekimin mesleki faaliyeti alanına dahil olan bilgiler olarak tanımlanabilir.

Sigortacı sigorta sözleşmesi sayesinde sigortalıya ve sigorta ettirene ait bu tür bilgilere ulaşabilir. Sigortacının, sigorta ettirene ait ticari ve mesleki sırların açıklanmasından doğacak zararlardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁶.

Sigortacının sigorta sözleşmesi dolayısıyla vakıf olduğu ticari ve mesleki sırların saklanması MSSGş madde C.7. uyarınca hükme bağlanmıştır. Buna göre, sigortacı ve sigortacı adına hareket edenler bu sözleşmenin yapılması dolayısıyla sigortalıya ve sigorta ettirene ilişkin öğreneceği sırların saklı tutulmamasından doğacak zararlardan sorumludur.

Görüldüğü üzere sigortacının söz konusu olumsuz edimi yalnızca kendisine bildirilen ticari ve mesleki sırların saklanmasını değil aynı zamanda bu sözleşmenin yapılması dolayısıyla kendisinin öğreneceği bilgi ve sırları da kapsamaktadır.

Diğer yandan sadece sigortalının değil sigorta ettirenin ticari ve mesleki sırlarının saklanması da hükme bağlanmış ve bu yükümlülük hem sigortacı hem de sigortacı adına hareket edenler bakımından da (rneğin sigorta acenteleri için de) ngrlmştr.

¹⁵⁶ Yarg. 8. HD. E. 1987/1469 K. 1987/2337 17.3.1987 T. (www.kazanci.com.tr, Başvuru tarihi 29.03.2008)

D. SİGORTA ETTİRENİN AYDINLATILMASI

Sigortacının bir diğere görevi de sigorta sözleşmesinin kurulması sırasında sigorta ettireni sözleşme hükümleri hakkında ayrıntılı biçimde bilgilendirerek aydınlatılması görevidir.

Bu yükümlülük TTK'nda açık hükme bağlanmamıştır. Ancak aydınlatma yükümünün varlığı 14 Haziran 2007 tarih ve 26552 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesine dayanmaktadır. İlgili hüküm uyarınca; sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehdar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususların yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme uyarınca sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin esaslar "Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik"(SSBİY)'te düzenlenmiştir.

SSBİY m. 5 uyarınca; sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünün yazılı olarak yerine getirilmesi esastır. Ancak, telefon, çağrı merkezi, internet ve benzeri iletişim araçları kullanılarak uzaktan pazarlama yöntemleriyle yapılan sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşme taraflarının fizikî olarak karşı karşıya gelmesinin ve işin gereği olarak yazılı bilgilendirme yapılmasının söz konusu olmadığı hâllerde yazılı bilgilendirme şartı aranmayabilir. Ancak, her durumda asgari bilgilendirmenin yapıldığını ispat yükümü sigortacıya aittir.

Bilgilendirme yükümlülüğü, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce başlar ve sözleşmenin geçerli olduğu süre içinde de devam eder. Söz konusu yükümlülük dürüstlük ilkesi çerçevesinde yerine getirilmelidir.

Sigortacı, sözleşmenin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında sigorta ettirene, sigortayla ilgili teknik konularda yardımcı olmak, yapılacak veya yapılmış sigortacılık işleminin özellikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hakkında gerekli her türlü bilgiyi sözlü ve yazılı olarak sağlamak ve sigorta ettireni yanıltıcı her türlü hâl ve davranıştan kaçınmak zorundadır.

Yükümlülüğün ihlali ile sigorta ettiren, bir zarara uğraması halinde sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, uğradığı zararın tazminini de talep edebilir¹⁵⁷.

Diğer taraftan, TTK tasarısının 1423.maddesi hükmünde aydınlatma yükümü açık hükme bağlanmış bulunmaktadır. Buna göre; sigortacı ve acentesi sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, yapılacak sözleşmeye ilişkin tüm önemli bilgileri, sigortalının haklarını, Borçlar Kanununun 107 nci maddesinin uygulanması öngörülmüşse bunu, sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Sözleşmenin devamı süresince de, sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri de sigortalıya yazılı olarak açıklar¹⁵⁸.

¹⁵⁷ SSBİY Bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi Madde 7 – (1) Sigorta sözleşmesinin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında, bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş ya da bu yönetmeliğin 8'inci maddesinde düzenlenen Bilgilendirme Formu gereği gibi teslim edilmemiş yahut Bilgilendirme Formunda 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.

¹⁵⁸ Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde sigorta ettiren, sözleşmenin kurulmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse sözleşme poliçede yazılı şartlarla kurulmuş sayılmaktadır. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir. (Tasarı 1423/son)

III. BÖLÜM

HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTA ETTİRENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE GÖREVLERİ

Sigorta sözleşmesi *sigorta ettirene de* genel olarak bazı borç ve görevler getirmektedir. *Prim ödeme, iki taraflı borç yükleyen bir akit olan sigorta sözleşmesi kapsamında, sigorta ettirenin borcu olarak öngörülmüştür.* Sözleşme yapılırken sigortacıya *doğru bilgi verme, sözleşme sırasında rizikoyu ağırlaştırmama ve ağırlaşan rizikoyu bildirme, rizikoyu bildirme, rizikonun gerçekleştiğini bildirme* ve nihayet rizikonun gerçekleşmesinden sonra *zararı azaltma ve kurtarma* yükümlülükleri de nitelik olarak aşağıda ele alınacağı üzere borçtan farklı olarak birer görev niteliğinde sigorta ettirene yüklenilmiştir.

MSSGŞ'nin m.C.4; sigorta ettiren ve sigortalının borç ve yükümlülüklerinin aynı olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre genel şartlarda düzenlenen sigorta ettirenin borç ve yükümlülüklerinin sigortalı tarafından veya sigortalıya yüklenen yükümlülüklerin sigorta ettiren tarafından yerine getirilmesi hâllerinde, borç ve yükümlülükler, ifa edilmiş sayılır. Bir başka ifade ile bu durumda MSSGŞ, sigortacı karşısında sigorta ettiren ve sigortalıyı aynı taraf olarak değerlendirmiş bulunmaktadır.

Hükümün ikinci fıkrasında sigortacının sırf bu nedenle durumunun ağırlaştığını ileri sürerek itiraz etme hakkı saklı tutulmuştur. Ne var ki, sigorta ettirenin borç ve yükümlülüklerinin sigortalı tarafından veya sigortalıya yüklenen yükümlülüklerin sigorta ettiren tarafından yerine getirilmesinin sigortacının durumunu ağırlaştırması söz konusu ise, zaten söz konusu yükümlülük gereği gibi ifa edilmemiş demektir. Bu bakımdan genel şart hükmünde ifade edildiği gibi bir itiraz hakkının kullanılması da söz konusu olmayacağından hüküm isabetsizdir. Aslında söz konusu hükümün “Sigorta ettiren için öngörülen görevler, sigorta ettiren ve sigortalının farklı kişiler olması halinde sigortalı içinde geçerlidir.” şeklinde olması daha uygun olacaktır.

A. PRİM ÖDEME BORCU

Sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacının sağladığı sigorta himayesi mukabilinde sigorta ettiren de sigortacıya belli bir *bedel* ödemek zorundadır. Sigorta ettirenin ödemek zorunda olduğu bu borca *prim borcu* denir. TTK'nun 1294 üncü maddesi uyarınca prim borcunun para ile ödenmesi gerekir¹⁵⁹.

Ödeme için senet verilmesi halinde senet bedelinin tahsil edildiği tarihte ödeme yapılmış sayılır. TTK'nun 1294'üncü maddesinde 537 sayılı KHK ile değişiklik yapılarak prim ödenmesi için senet verilmesi halinde senet bedelinin tahsil edildiği tarihte ödeme yapılmış sayılacağı hükmü getirilmiştir. Böylelikle sigortacının sorumluluğu da senedin tahsiline ertelenmiş bulunmaktadır¹⁶⁰.

Bu ödeme peşin ve defaten olabileceği gibi *taksitler* halinde de yerine getirilebilecektir¹⁶¹.

Prim ödeme borçlusu, her sözleşmede olduğu gibi kural olarak sözleşmenin tarafı olan *sigorta ettirendir*¹⁶². Ancak sigortacı *BK m.67* "Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir." hükmü gereği üçüncü kişinin ifasını sigorta ettiren itiraz etse dahi reddedemez¹⁶³.

¹⁵⁹ Ödeme için senet verilmesi halinde senet bedelinin tahsil edildiği tarihte ödeme yapılmış sayılır. (KHK/537 ile değişik metin RG. T. 15.7.1994, S.21991. TTK'nun 1294'üncü maddesinin önceki düzenlemesine göre Yargıtay kararlarında prim peşinatının ödenmemesi halinde dahi bono verilmiş ise, bu bononun vadesi gelmeden riziko oluşması halinde sigortacının sorumlu olacağı kabul ediliyordu. Ulaş age. s.57.

¹⁶⁰ TTK tasarısının 1430.maddesi uyarınca da sigorta primi nakden ödenir. İlk taksidin nakden ödenmesi şartıyla, sonraki primler için kambiyo senedi verilebilir. Bu hâlde, ödeme kambiyo senedinin tahsili ile gerçekleşir.

¹⁶¹ I. Ulaş age. s.39 vd; A. Bozer age. s. 28; K.Şenocak age. s.205; R.Kender age. s.190.

¹⁶² Sigortalı, sigortadan faydalananlar, rehin alacaklıları sözleşmede üçüncü kişi durumunda olduklarından, prim ödeme yükümlülüğü altında değildirler. Ancak, mal sigortalarında bu kurala bir *istisna* getirilmiştir. Buna göre, TTK'nun 1303 ncü maddesi uyarınca sigortalı malın *devrinde* sigorta ettirenle birlikte malın *alıcısı* da sigorta prim borcundan sigortacıya karşı devir anından sonraki borçlar bakımından sorumlu tutulmuştur. Ulaş age. s.40.

¹⁶³ K. Oğuzman-T.Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, 5. Basım, s.202 vd.; K. Şenocak age. s.206.

Sigorta priminin miktarı; sözleşmedeki menfaat dengesi gereği söz konusu sigorta sözleşmesinde sigorta himayesi kapsamındaki rizikonun gerçekleşme ihtimaline, sigorta bedelinin miktarına ve sigorta sözleşmesinin süresine göre tespit olunacaktır. Buna göre sigorta himayesi kapsamındaki rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olması halinde ödenecek prim de yüksek olacaktır. Örneğin bir cerrahın mesleki riski bir göz doktorundan yüksek olduğundan ödediği prim de daha yüksek olabilecektir.

TTK'nun 1295/1 maddesi hükmüne göre, sigorta priminin tamamının *bir defada* veya *taksitle* ödeme konusunda anlaşma varsa prim ilk taksidinin sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin *teslim* edilmesi karşılığında ödenmesi gerekir¹⁶⁴. Bu bakımdan primin muacceliyet anı; TTK'nun 1267 maddesine göre¹⁶⁵ poliçenin, sigortacı tarafından sigorta ettiren kimseye teslimi anıdır¹⁶⁶.

TTK'nun 1264/4 maddesine göre, TTK'nun 1295/1 maddesi ancak sigorta ettiren yararına değiştirilebilen hükümlerden olduğundan, *emredici* niteliktedir ve poliçenin tesliminden önce prim borcu *muaccel* hale gelmez¹⁶⁷.

Bu süreler içinde sigortacı, poliçeyi sigorta ettirene vermediği takdirde, sigortalı sigortacıdan tazminat isteyebilir. Bu sebeple istenebilecek zarar ya menfi

¹⁶⁴ I. Ulaş age. s.39 vd; A. Bozer age. s. 31; K.Şenocak age. s.205 vd.; R.Kender age. s.194 vd.

“ ... Sigorta priminin ne zaman ve ne suretle ödeneceği TTK'nun 1267,1295,1296 maddelerinde gösterilmiştir, TTK'nun 1267 maddesine göre sigortacının sigorta poliçesini mukavele tarihinden 24 saat veya mukavele tellal vasıtasıyla yapılmış ise en geç 10 gün içinde sigorta ettiren kimseye vermeye mecburdur. TTK'nun 1295. maddesine göre, sigorta ettirenin aksine mukavele yoksa primin tamamını veya ilk taksidini akit yapılır yapılmaz poliçenin teslimi karşılığında ödemesi lazımdır. Yine, TTK'nun 1296 maddesine göre, sigorta priminin sigorta ettirenin ikametgâhında ödenir.” Yarg. 11. HD 1982/74 E. 1982/ 1125 K. 26.1.1982 T. (www.kazanci.com.tr, başvuru tarihi 6 Nisan 2008)

¹⁶⁵ Sigortacı, sigorta poliçesini mukavele tarihinden 24 saat veya mukavele tellal vasıtasıyla yapılmış ise en geç 10 gün içinde sigorta ettirene teslim etmek zorundadır. Söz konusu hükümde sözleşmenin tellal vasıtasıyla yapılmış olması halinde teslim süresinin 10 gün olması isabetsiz bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir. Zira sigorta sözleşmelerinde riziko her an gerçekleşebileceğinden süre büyük önem taşır.

¹⁶⁶ K.Şenocak age. s.208, R.Kender age.s.194.

¹⁶⁷ Tasarının 1431.maddesi gereğince de, sigorta priminin tamamının taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa, ilk taksidin sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir. Görüldüğü üzere mevcut TTK sistemindeki sigorta priminin tamamının veya *taksitle* prim ilk taksidinin sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin *teslim* edilmesi karşılığında ödenmesi esası korunmuş bulunmaktadır.

veya müspet zarardır¹⁶⁸. Sigortalı başka bir sigorta şirketi ile anlaşma yoluna giderse, bu takdirde sigorta akdini feshederek menfi zararını evvelki sigortacıdan isteyebilir. Poliçenin verilmesini beklediği devrede riziko gerçekleşirse bu durumda müspet zararını talep edebilir¹⁶⁹.

Primin ödeme yerini düzenleyen TTK'nun 1296'ıncı maddesi hükmüne göre aksine anlaşma bulunmadıkça, sigorta primi, *sigorta ettirenin ikametgâhında ödenir*. Ancak aynı maddenin son cümlesi gereğince, aksine anlaşma yapılsa bile, ödeme fiili olarak sigorta ettirenin ikametgâhında yapılmaya devam ediyorsa, ödeme koşulunu değiştiren anlaşma hükmü geçersiz sayılır¹⁷⁰. Aynı esas TTK tasarısında da korunmaktadır.

Tarafların sigorta priminin sigortacının ikametgâhında ödeneceğine ilişkin anlaşmaları kural olarak geçerlidir. Bu durumda sigorta ettiren gerek primin gönderilmesinin gerekse muhtemel bir gecikme halinin riskini üstlenmiş olacaktır¹⁷¹. Sigorta priminin sigortacının ikametgâhında ödeneceğinin kararlaştırılmış olması durumunda, sigortacının ikametgâhının neresi olduğu hususu açık değildir. Sigorta şirketinin ikametgâhı ticaret sicilinde ilan edilen tescilli merkezi olacaktır. Bu anlamda “sigortacının ikametgâhının” bu merkez veya şube adresi olabileceği düşünülebilir. Bu bakımdan tasarıda, “sözleşmede başka bir ödeme yeri gösterilmesinden” bahsedilmesi yerinde olmuştur¹⁷². Zira

¹⁶⁸ “TTK 1267 maddesi hükmüne göre, sigortacı poliçeyi muayyen süre içinde sigorta ettiren kimseye vermediği takdirde, sigortalı sigortacıdan tazminat isteyebilir. Bu sebeple istenebilecek zarar ya menfi veya müspet zarardır. Sigortalı başka bir sigorta şirketi ile anlaşma yoluna giderse, bu takdirde sigorta akdini feshederek menfi zararını evvelki sigortacıdan isteyebilir. Poliçenin verilmesini beklediği devrede riziko gerçekleşirse bu durumda müspet zararını talep edebilir. Ancak bu müspet zararın istenebilmesi için, poliçenin verilmesi gereken tarih ile rizikonun gerçekleştiği tarih arasında uzun bir süre geçmemiş olmalıdır. Zira kendisine sigorta teminatı sağlamak isteyen sigortalının, ilk sigortacının poliçeyi vermemesi üzerine uzun zaman beklemeksizin yeni bir sigorta akdi yapmak üzere harekete geçmesi gerekir müdebbir bir tacir olarak kendisinden bu davranış beklenir.” A. Bozer, age. s. 57.

¹⁶⁹ Yarg. 11. HD E. 1982/74 K. 1982/1125 26.1.1982 T. (www.kazanci.com.tr başvuru tarihi 6 Nisan 2008)

¹⁷⁰ I. Ulaş age. s.39 vd. A. Bozer age. s. 31; K.Şenocak age. s.205 vd. R.Kender age. s.194 vd.

¹⁷¹ K.Şenocak age. s.208

¹⁷² TTK Tasarısının “Ödeme yeri” başlıklı 1432. maddesi şöyledir. “*Sigorta primi, sigorta ettirenin, sözleşmede gösterilen adresinde ödenir. Sözleşmede başka bir ödeme yeri gösterilmiş olmasına rağmen, sigorta primi fiilen sigorta ettirenin gösterdiği adreste ödene gelmekte ise, bu ödeme yerine ilişkin söz konusu şart yok sayılır.*”

sigorta priminin sigortacının ikametgâhında ödeneceğine ilişkin anlaşmalarda da açık bir ödeme adresinin belirtilmesi bahsedilen belirsizliği bertaraf edebilecektir.

TTK'nun 1295/2 maddesi uyarınca; sigortacının sorumluluğu, taşıma sigortası hariç aksine bir anlaşma yoksa primin tamamının veya ilk taksidinin ödenmesi ile başlayacaktır. Sözleşmenin başlangıcında ödenmesi gereken prim, sigortacının *sorumluluğu bakımından da başlangıç* noktası olmaktadır.

Bu nedenle sigortacının poliçeyi teslim ederek karşılığında ilk primi tahsil etmesi bir hak olduğu gibi, sorumluluğunun başlaması açısından bir yükümlülük olarak da değerlendirilmektedir¹⁷³.

TTK tasarısının 1421.maddesi gereğince de, aksine sözleşme yoksa sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidinin ödenmesi ile başlayacaktır.

MSSGŞ C.1 maddesi uyarınca da, sigortacının sorumluluğu, primin tamamının veya taksitle ödenmesi kararlaştırılmış ise ilk taksidin poliçenin tesliminde ödenmesi ile başlar.

TTK'nun 1297/2'inci maddesinde 3991 sayılı Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış olan 537 sayılı KHK. ile yapılan değişiklikle primin ödenmesinde *temerrüde* düşülmesi ve sonuçları özel olarak düzenlenmiş ancak bu düzenleme daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Bu düzenlemeye göre, *hayat dışı* sigortalarda sigorta ettiren kimse, sigorta primini 1295. madde gereği vermemiş veya prim tecil edilmiş yahut taksitlere bağlanmış olduğu halde, poliçede vadeli tayin ve tespit edilen herhangi bir taksidini, vade gününün bitiminde ödemiş ise temerrüde düşecektir. Temerrüt

“İsviçre Sigorta Akdi Kanunu'nun 22'nci maddesine göre, prim borcu, sigortacının ikametgâhında ödenir(götürülecek borç). Tarafların, prim borcunu aranacak borç olarak kararlaştırmaları mümkündür. Sigortacı, bu anlaşmaya rağmen, primi düzenli olarak kendi ikametgâhında tahsil ediyorsa, prim borcu, sigortacı açıkça bu uygulamadan vazgeçinceye kadar aranacak borç olarak değerlendirilir. Sigortacı, posta çeki hesabı açmış ve bunu üçüncü kişilere duyurmuşsa, sigorta ettirene zımnen, ödemelerin posta çekiyle yapılması yetkisi bahsetmiş olur.” K.Şenocak age. s.213.

¹⁷³ Yarg. 11. HD 1982/74 E., 1982/1125 K. , 26.1.1982 T. (www.kazanci.com.tr; Başvuru Tarihi 24 Haziran 2008)

gününi takip eden on beş gün içerisinde sigorta ettiren prim borcunu ödemediği takdirde ise bu müddetin bitiminden itibaren on beş gün süre ile teminatın duracağı hükme bağlanmıştır.

Aynı hüküm gereği söz konusu sürenin sonuna kadar primin ödenmemesi durumunda sigorta sözleşmesinin herhangi bir ihtara gerek kalmadan feshedilmiş olacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bir başka ifade ile hayat dışı sigortalarda *temerrüt* sebebiyle *akdin feshine* ilişkin *ihhtar* koşulu sigorta ettirenlerin aleyhine kaldırılmış bulunmaktadır.

Temerrüt nedeniyle akdin feshi halinde ihhtar koşulunu kaldıran bu düzenleme borçlunun temerrüdünü ve temerrüt sebebiyle akdin feshini düzenleyen BK. 101 ve onu izleyen maddelerdeki genel düzenlemeye tamamen ters düşmektedir. Bu düzenleme sigorta ettirenlerin korunmasını gerektiren sigorta hukuku sistemi içerisinde sigorta ettirenlerin aleyhine ihhtar şartının kaldırılmış olması eleştirilmiştir¹⁷⁴.

Anılan KHK. hükmünün bir dava sebebiyle uygulanması üzerine KHK'nin çıkarılmasının dayanağı olan 3991 sayılı Yetki Kanunu'nun da Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1994 gün ve 1994/80 - 68 sayılı karar ile iptal edilmiş olmasına dayanılarak Özel Daire'nin 24.2.1997 gün ve 1997/112 Esas sayılı kararında kararnamenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve prim taksitlerinin zamanında yatırılmaması halinde sigortacıya ihbarsız fesih hakkı tanıyan 537 sayılı KHK ile değişik TTK 1295/2 ve 1297/2 maddeleri, Anayasa Mahkemesinin 11.3.1997 gün ve 24-35 sayılı kararıyla ve 7.10.1997 tarihinden altı ay sonrasında itibaren yürürlükten kalkmıştır.

TTK 1295/2 ve 1297/2. maddelerinin iptali ile söz konusu kanun maddeleri ve bu maddelere dayanılarak yapılan sigorta genel şartları da uygulanamayacaktır. Bu nedenle, prim taksitlerinin zamanında yatırılmaması durumu BK'ndaki genel düzenlemelere tabi olacaktır. BK.'nun 101 ve devamı maddelerinde ise, borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için ihhtar zorunluluğu

¹⁷⁴ I. Ulaş age. s.60; A. Bozer s. 34; Kender s. 194.

getirilmiştir¹⁷⁵. Bir başka ifade ile TTK 1295/2 ve 1297/2. maddelerinin iptali ile prim borcunda temerrüt hali genel hükümlere tabi olmakta ve ihtar şartının yerine getirilmesi zorunlu kılınmaktadır.

Sigorta priminin ödenmesi ve sigortacının sorumluluğunun başlaması MSSGŞ C.1. maddesinde TTK sistemine paralel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; sigortacının sorumluluğu, primin tamamının veya taksitle ödenmesi kararlaştırılmış ise ilk taksidin poliçenin tesliminde ödenmesi ile başlayacaktır.

Zaten mevcut TTK düzenlemesinde de sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksitin ödendiği tarihte başlayacağından düzenleme mevcut uygulamayı tekrar etmektedir.

Sigorta poliçesinin sigorta ettirene verilmesi hali, Yargıtay tarafından belli durumlarda TTK'nun 1295/1 nci maddesi uyarınca sigorta priminin peşin ödendiğinin karinesi olarak kabul edilmiştir¹⁷⁶. Bununla birlikte, poliçe teslim edilmiş olsa dahi ödemenin yapılmamış olduğu hususu poliçede şerh edilebilir. Böylece sigortacının sorumluluğu başlamayacaktır.

¹⁷⁵ "... Davacı, ödenmeyen bakiye sigorta bedelinin tahsilini talep etmiştir. Davalı ise sigorta sözleşmesinin münfesihi duruma düştüğü gerekçesiyle davanın reddini savunmuş ve karşı davada ise fazla ödenen primlerin istirdadını talep etmiştir. TTK 119/2. maddesi uyarınca, aracılık ettiği mukavelelerden çıkacak ihtilaflardan dolayı acente müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılacağından, Anadolu Anonim Sigorta Şirketinin husumete yönelik temyiz itirazının reddi gerekmiştir. ... Prim taksitlerinin zamanında yatırılmaması halinde sigortacıya ihbarsız fesih hakkı tanıyan 537 sayılı KHK ile değişik TTK 1295/2 ve 1297/2. maddeleri, Anayasa Mahkemesinin 11.3.1997 gün ve 24-35 sayılı kararıyla ve 7.10.1997 tarihinden altı ay sonrasında itibaren yürürlükten kalkmıştır. Davaya konu poliçe tarihi itibarıyla, anılan düzenlemelerin yürürlükte olmadığı kuşkusuzdur. Bu durumda iptal edilen yasa maddelerine dayanılarak yapılan sigorta genel şartlarının da uygulanabileceğinden söz edilemez. Kanun koyucu tarafından iptal edilen yasa maddeleri yerine yenileri getirilmediğine, bu durumda temerrüde dayalı fesih hali ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığına göre, borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshinde uygulanabilecek hükümlerin, Borçlar Kanunundaki genel düzenlemelerde aranması gerekecektir. BK'nun 101 ve devamı maddelerinde ise, borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için ihtar zorunluluğu getirilmiştir. Davaya konu olayda, 1.12.1999 tarihi öncesinde sigorta ettirene yapılmış usulüne uygun bir ihtar bulunmadığından, bu tarihten önce sigorta sözleşmesinin kendiliğinden münfesihi olduğunun kabulü mümkün değildir. Davacı, açıklanan ihtarla fesih iradesini açığa vurmuş sayılmalıdır. Mahkemece, davada, açıklanan hususlar nazara alınarak davacının bakiye prim isteği yönünden inceleme ve değerlendirme yapılması; karşı davanın ise reddine karar verilmesi gerekir. ..." Yarg. HGK E. 2005/11-98 K. 2005/35 9.2.2005 T. (www.kazanci.com.tr Başvuru tarihi 8 Nisan 2008)

¹⁷⁶ Yarg. 11. HD 1994/531 E. 1994/9240 K. 2.12.1994 T., Ulaş age. s.56.

MSSGŞ C.1. maddesi uyarınca da aksi kararlaştırılmadıkça, primin tamamının veya ilk taksidin ödenmemesi hâlinde, poliçe teslim edilmiş olsa dahi sigortacının sorumluluğu başlamaz ve bu şart poliçeye yazılır.

Ne var ki, TTK sisteminde prim borcu ancak poliçenin teslimi karşılığında muaccel olmaktadır. Bir başka ifade ile, poliçenin teslimi primin ödenmesinden daha önceki bir safhada gerçekleşmektedir. Bu nedenle, uygulamada poliçenin söz konusu şerhin yapılması için sigortacıya iade edilmemektedir. Ancak sigortacının prim almadan düzenlediği poliçeye söz konusu şerhi koyması mümkündür. Bu durumda, prim borcu poliçenin teslimi karşılığında muaccel olmasına rağmen, sigorta ettiren prim borcunu daha sonraki bir tarihte ödeyeceğini bildirir ve şerhli poliçeyi teslim alır.

MSSGŞ C.1. maddesi yine TTK sistemine paralel olarak; prim ödemedede temerrüde düşülmesi hâlinde BK hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. BK'nun 101 ve devamı maddeleri uygulanarak borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için ihtar zorunluluğu aranacaktır¹⁷⁷.

MSSGŞ uyarınca ilk prim ve takip eden primler arasında bir ayrıma gidilmemişken TTK tasarısında ilk prim ve takip eden primler arasında ayrıma gidilmiştir¹⁷⁸. Buna göre, ilk taksidi veya tamamı bir defada ödenmesi gereken prim, zamanında ödenmemişse, sigortacı, ödeme yapılmadığı sürece, sözleşmeden üç ay içinde cayabilir. Bu süre, vadeden başlar. Bir başka ifade ile ihtarsız fesih hakkı yeniden öngörülmüştür. Ayrıca sözleşmenin feshi için üç aylık süre hükme bağlanmıştır. Prim alacağının, muacceliyet gününden itibaren üç ay içinde dava veya takip yoluyla istenmemiş olması hâlinde, sözleşmeden cayılmış olacağı

¹⁷⁷ Türk ticaret kanununda hüküm bulunmayan durumlarda sigorta sözleşmeleri hakkında borçlar kanununun genel hükümlerine müracaat edilir. Can ve mal sigortaları ayrımı yapılmaksızın sigorta priminin vadelere bölünerek taksitlerle ödenmesi kararlaştırılan hallerde, vadesinde prim taksitinin ödenmemesi halinde sigortacının keyfiyeti sigorta ettirene ihtar etmesi ve bu ihtarnamenin tebliğinden itibaren bir ay içerisinde taksitin ödenmemesi halinde sözleşme feshedilir. Yarg. 11. HD E. 2001/4049 K. 2001/6887 17.9.2001 T. (www.kazanci.com.tr Başvuru tarihi 8 Nisan 2008) K.Oğuzman-T.Öz age. s.368 vd.

¹⁷⁸“... Her bir sigorta sözleşmesi için ihtarname göstermesinin oldukça masraflı ve sigorta şirketlerinin portföyleri ve sigorta sözleşmenin süresi de göz önünde bulundurulduğunda takibinin de zor olduğu açıktır. Bu noktada, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanununda olduğu gibi konu ilk prim taksitinin veya primin tamamının vadede ödenmesi hali ile sonraki prim taksitlerinin vadede ödenmesi halleri farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur...”Tasarı m.1434 gerekçe

biçiminde bir karine getirilmiştir. Bir başka ifade ile susma; fesih karinesi olarak kabul edilmektedir¹⁷⁹.

İzleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmemesi yine aynı maddede düzenlenmiştir. Buna göre, sigortacı sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi hâlde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar eder. Bu sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise sigorta sözleşmesi feshedilmiş olur.

Sigortacının, sigorta ettirenin temerrüdü nedeniyle Borçlar Kanunundan doğan diğer hakları ise aynı hükümde saklı tutulmuştur. Görüldüğü gibi izleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmemesi halinde “ihtarlı fesih” kabul edilmiştir. Diğer taraftan Tasarı 1434/f.IV hükmü gereği, bir sigorta dönemi içinde sigorta ettirene iki defa ihtar gönderilmişse sigortacı, sözleşmeyi feshedebilecektir. Ancak bu fesih sigorta döneminin sonunda hüküm doğuracaktır. Böylece fesih anına kadar gerçekleşebilecek rizikolar bakımından sigorta ettiren korunmuş bulunmaktadır.

İzleyen primler bakımından sigorta ettirene 10 günlük süre verilerek sözleşmenin ilk ihtarda sona erdirilmesi mümkün iken, iki ihtarın varlığı halinde feshin nasıl uygulanacağı açık değildir. Feshe ilişkin ikinci ihtarda 10 günlük süre aranmaksızın doğrudan fesih imkânının doğacağı şeklinde yorumlanabilir.

Görüldüğü gibi Tasarıda ilk primde ihtarsız, izleyen primlerde ihtarlı fesih sistemi öngörülmüştür. Diğer yandan, 1434.maddesinin son hükmü uyarınca; şartların gerçekleşmesi hâlinde Borçlar Kanununun 107 nci maddesi hükmü uygulanacağı öngörülmüştür. Bir başka ifade ile gerek ilk gerekse izleyen primlerde gerekli şartlar varsa sözleşme ihtarsız olarak derhal fesh edilebilecektir.

¹⁷⁹ Tasarıda, ilk taksidi veya tamamı bir defada ödenmesi gereken primin zamanında ödenmemesi halinde sözleşme feshedilinceye kadar geçen dönemde sigortacının sorumluluğunun başlayıp başlamadığı, bir başka ifade ile iptal edilen TTK 1295.maddede olduğu gibi teminatın durumu düzenlenmemiştir. Zira iptale konu m.1295 uyarınca; temerrüt gününü takip eden on beş gün içerisinde dahi sigorta ettiren prim borcunu ödemediği takdirde bu müddetin bitiminden itibaren on beş gün süre ile teminatın duracağı hükme bağlanmıştır. Oysa tasarıda bu hususta bir açıklık olmadığı ve sigorta teminatının başlangıcı da açıkça, ilk taksidin veya tamamı bir defada ödenmesi gereken primin ödenmesine bağlanmıştır.

Borçlar Kanununun 107 nci maddesi uyarınca; mehil tayinine gerek olmayan haller; borçlunun durumundan bu tedbirin tesirsiz olacağıın anlaşılması; borçlunun temerrüdü neticesinde ifasının alacaklı için faydasız kalması ve borcun kesin vadeye bağlanmış olması halleridir.

Bu durumda sigortacı tüm primler bakımından kesin vade öngörme yoluna gidecektir. Bu imkâna sahip olduğu Tasarının aydınlatma yükümünü düzenleyen 1423.maddeden de anlaşılmalıdır. Buna göre, sigortacı Borçlar Kanununun 107 nci maddesinin uygulanması öngörülmüşse bunu, sigorta ettirene yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu yolla sigorta ettiren korunmaya çalışılsa da **1434/son hükmü gerek Tasarının temerrüde ilişkin sistemi bakımından isabetsiz ve sistemi kilitler niteliktedir.** Çünkü sigortacının izleyen primlerde ihtar şartını tamamen ortadan kaldırma imkânı söz konusudur.

B. SİGORTA ETTİRENİN GÖREVLERİ

Sigorta hukukunda gerek sözleşmenin kurulması gerekse ifası aşamalarında rizikonun belirlenebilmesi büyük önem taşır. Sözleşmenin kurulması safhasında sigortacıya sözleşme yapılırken bildiği takdirde sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektirecek rizikoya ilişkin koşulların, sözleşmenin devamı sırasında rizikonun ağırlaşmasına neden olan durumların, rizikonun gerçekleşmiş olduğunun bildirilmesi ve zararı önlemeye, azaltmaya ve hafifletmeye yarayacak tedbirlerin alınması açısından sigorta ettirene birtakım görevler yüklenmiştir. Zira sigortacının rizikoya ilişkin bilgilere tek başına ulaşabilmesi mümkün değildir ve sigorta ettirenin yardımına ihtiyacı vardır.

Sigorta ettirenin, sigorta himayesine kavuşması kanunen kendisine yüklenmiş görevleri yerine getirmesine tabi kılınmıştır. Ancak sigortacı görevlerin yerine getirilmesini dava yolu ile talep edemez¹⁸⁰. Söz konusu görevlerin hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır.

¹⁸⁰ S. Ünan age. s. 175 vd., K.Şenocak age. s.21, R. Kender age. s.209.

Bir görüşe göre görevler sigorta hukukuna özgü bir nitelikte değil, borçlar hukuku anlamında birer borç niteliğindedir¹⁸¹. Buna göre söz konusu görevlerin yerine getirilmemesinin tazmin yükümlülüğü doğurmaması borç olma niteliğini etkilemez. Zira sözleşme kapsamında karşılıklı edimlerin ifası için sigorta ettiren bakımından birer borç olarak düzenlenmişlerdir. Bir kez ifa edilmekle telafisi mümkün olmayan edimler olduklarından görevlerin ifasının talep edilemez olması da borç niteliklerini değiştirmez. Nitekim menfi borçların ifasının talep edilemez olması genel kuraldır.

Diğer bir görüşe göre ise söz konusu görevler sigorta ettirenin sigorta edimine kavuşabilmesi için birer şart niteliğindedir. Söz konusu görevlerin ifası talep edilemediği gibi edimlerden bağımsız bir yaptırım da söz konusu değildir. Görevlerin yerine getirilmemesine bağlanan tek sonuç sigorta ettirenin edimine kavuşamaması olduğundan bu görevler bir borç değil sigorta ettirenin edimine kavuşabilmesi için öngörölmüş birer şarttan ibarettir¹⁸².

Alman hukukunda söz konusu görevler birer borç değil edim şartı olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda görevlerin ihlali halinde sigortacı tazminat sorumluluğundan tamamen kurtulabilmektedir¹⁸³.

Anglosakson hukukunda görev yükümlerini “Warranty” kavramı karşılamaktadır. Garanti yükümü olarak tercüme edilebilecek bu kavram İngiliz Deniz Sigortası Mevzuatında düzenlenmiştir. (Marine Insurance Act 1906 m.33 vd.) İlgili madde hükmünce Garanti yükümü, sigortalının belli bir şeyi yapması veya yapmaması, bir olgunun mevcudiyeti yahut belli koşulların yerine getirileceği hususundaki taahhüdünü içerir. Bu taahhüt açık yahut zımni olabilir¹⁸⁴.

¹⁸¹ W. Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3.Auflage, Bern 1967, s.136 (R.Kender age. s.178’den naklen.)

¹⁸² H. Möller, Versicherungsvertragsrecht, Wiesbaden 1971, s.104-105 (R.Kender age. s.179’dan naklen.)

¹⁸³ R. Kender age. s.209 vd.

¹⁸⁴ Temelde iki tür garanti yükümü söz konusudur: Açık garantiler ve zımni garantiler. Açık hükümlerle düzenlenmiş garantiler bakımından, bir garantinin oluşturulduğuna ilişkin taraf iradelerinin net biçimde yer alması zorunludur. Açık bir garantinin varlığı zımni garantileri bertaraf etmez, bunlara halel getirmez. (Marine Insurance Act 1906 m.35 vd.) Açık garantilere; yedekleme ve kurtarma

Garanti yükümünün yerine getirilmesi kanunen veya değişen koşullar gereği imkânsız hale gelmedikçe zorunludur. Zira İngiliz hukukunda garanti yükümü riskin tanımlanması bakımından temel bir unsurdur. Bir garantinin ihlal edilmesi halinde sigorta edilen rizikonun kapsamını değiştirecek ve ihlalden sonra oluşan rizikoyu poliçede tanımlanan riziko olmaktan çıkacaktır. Bu tür bir ihlal halinde sigortacı sorumluluktan kendiliğinden kurutulacaktır. Bu konuda poliçede hüküm bulunması gerekmez¹⁸⁵.

Anglosaxon hukukunda, garanti yükümünün yerine getirilmemesi halinde sigortalının hiçbir savunma imkânı yoktur. Zira İngiliz hukukunda ihlal bakımından *kusur ve illiyet aranmamaktadır*. (Marine Insurance Act 1906) Bu nedenle ihlal ile gerçekleşen riziko arasında herhangi bir bağlantı olmasa dahi sigortacı sorumluluktan kurtulur. Gerek kanunun lafzı gerekse İngiliz içtihadı bu yöndedir¹⁸⁶. Üstelik bu ihlal tamir edilemez. İhlali sonradan giderilse dahi, ihlale bağlanan sonuçlar giderilemez. Bir başka ifadeyle, sonradan durumun düzeltilmesi sigortacının sorumluluğunu canlandırmaz¹⁸⁷ ve sigortalı da ihlalin sonradan giderildiğini savunma olarak ileri süremez. Sonuç olarak, İngiliz Hukukunda garanti yükümünün ihlali, ağır sonuçlar içermektedir.

Fransız hukukunda görevlerin niteliği açık biçimde tespit edilmemiş olmakla birlikte, bunların ihlali halinde uygulanacak yaptırım sözleşmenin feshi olabilmektedir. Örneğin çifte sigortanın bildirilmesi (sözleşme öncesi ihbar yükümü kapsamında) görevinin ihlalinde yaptırım akdin feshidir. Ancak İngiliz

garantisi, klas garantisi örnek gösterilebilir. Yine P&I sigortası genel şartlarında geminin sigorta müddeti boyunca klaslı ve ISM koduna uygun olacağı yönündeki taahhütler de açık garanti niteliğindedir. Zımnî garantiler, poliçede açıkça düzenlenmemiş olsalar dahi sözleşmenin niteliği gereği olmazsa olmaz nitelikte addedilerek tarafların bu konudaki varsayılan iradelerine dayanmaktadır. Marine Insurance Act 1906 yolculuk üzerine sigortalar bakımından dört ayrı zımnî garantiyi varsaymıştır: Denize elverişlilik garantisi (geminin olağan deniz risklerine elverişli olması ve bunun yanında gemi hakkında basiretli (dikkatli ve temkinli) bir donatanın alacağı önlemlerin alınmış olmasını içerir.), yasallık garantisi, liman elverişliliği garantisi ve kargo elverişliliği garantisi. S.HODGES, The Law of Marine Insurance, London 1998, s.125.

¹⁸⁵ S. Hodges, age. s.126 vd.; M.A. Clarke, Insurance Contracts, London 1997, s.521 vd.

¹⁸⁶ The Good Luck 1991, Lloyd's Rep. 191,HL.

¹⁸⁷ Quebec Marine Insurance Co V The Commercial Bank of Canada, (S. HODGES age. 99'dan naklen). S. Hodges, age. s.126 vd.; M.A. Clarke age s. 523.

hukukundan farklı olarak bu durumda sigorta ettirenin kötü niyetli olması aranmaktadır¹⁸⁸.

Türk hukukunda görevlerin borç mahiyetinde olmadığı doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir¹⁸⁹. Söz konusu görevler kanunda düzenlenmiş ve her birine birbirinden farklı yaptırımlar bağlanmıştır.

Konumuzu teşkil eden hekimin mesleki sorumluluk sigortası kapsamında görevlerin ihlallerinin sonuçları ve bu ihlaller bakımından kusur ve illiyet şartlarının aranıp aranmayacağı her bir görev açısından aşağıda değerlendirilecektir.

Ancak genel olarak Türk hukukunda söz konusu görevlerin birer “gerekli davranış-külfet” niteliğinde kabul edildiğini ifade etmek mümkündür¹⁹⁰. “Gerekli davranış” borç kavramından farklıdır. Almanca “obliegenheit”, Fransızca ise “incombance” adı verilen bu yükümlülükler bir kimsenin bazı hakları kazanmak veya bazı hakları kaybetmemek için yerine getirmesi gereken yükümlülükler olarak tanımlanmaktadır¹⁹¹.

Doktrinde kanuni görevlerin dışında sözleşmesel görevlerin oluşturulabileceği kabul edilmektedir¹⁹². Poliçede yer alan bu tür kayıtlar görev olarak yorumlanabileceği gibi, bu kayıtların riski tanımlayan, sınırlayan nitelikte olduğu da düşünülebilir. Zira risk “sigorta ettirenin görevleri” sınırı içinde tanımlanabilir. Örneğin sözleşme öncesi ihbar yükümünün yerine getirilmemesi halinde riziko tanımı bu görevin ihlali ile değişebilecektir.

Kanun sisteminde sigorta ettirenin görevleri sigorta sözleşmesinin çeşitli safhaları için ayrı ayrı düzenlenmiş, MSSGS’nda da aynı sistem takip edilerek

¹⁸⁸ Y. Lambert-Faivre age. s.398.

¹⁸⁹ S. Ünan age. s. 175 vd.; K.Şenocak age. s.217; R. Kender age. s.209 vd.

¹⁹⁰ R. Kender age. s.209 vd., I.Ulaş age. s.89

¹⁹¹ K. Oğuzman-T.Öz age. s.15.

¹⁹² Örneğin, klüp kurallarındaki garantiler, sözleşmesel bir görev olarak görülebilir.

sözleşmenin kurulması, devamı ve rizikonun gerçekleşmesi durumları bakımından sigorta ettirene çeşitli görevler yüklenmiştir.

1. Sigorta Sözleşmesinin Kurulması Sırasındaki İhbar Görevi

Sigortalanacak riziko hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmak sigorta şirketi bakımından büyük önem taşır. Zira sigortacı akdi yapıp yapmamak hususunda veya bunu hangi şartlar altında yapması gerektiği konusunda bu bilgiler doğrultusunda bir karar verecektir. Sigortacı, riziko hakkında tek başına tam bir bilgi sahibi olamayacağından bu hususta sigorta ettirenin yardımına ihtiyaç duyacaktır¹⁹³.

TTK m.1290 hükmü gereği “*Sigorta ettiren kimse, sigortacının mukavele yapılırken hakikî vaziyetleri bildiği takdirde mukaveleyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını mucip olacak bütün hususları sigortacıya bildirmeye mecburdur. Sigorta ettiren kimse sorulduğu halde susmuş veya noksan yahut hakikate muhalif beyanlarda bulunmuş ise hakikate vâkıf olmayan sigortacı mukaveleden cayabilir; şu kadar ki; sigortacı hakikati öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde cayma hakkını kullanmamış ise bu hak düşer. Sigorta ettiren kimsenin kötü niyeti anlaşıldığı takdirde sigortacı prime hak kazanır.*”

Buradaki “cayma” ifadesi doktrinde “dönme” “sözleşmeden rücu” anlamında olarak kabul edilmektedir¹⁹⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesine göre, sigortacı tarafından sigorta ettirene beyan edeceği hususlara ilişkin bir soru listesi verilmesi¹⁹⁵ durumunda, sigorta ettiren, bu soruları tam ve doğru olarak cevaplandırmak

¹⁹³ R. Kender age. s.213, F. Öztan Sigorta Aktinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1965 s.34 vd.; A. Bozer age. s.76; I.Ulaş age. s.42; S.Ünan age. s. 176; Şenocak age. s.216.

¹⁹⁴ K.Şenocak age. s.243; R.Kender age. s. 213 vd., H.Arseven, “Türk Ticaret Kanununun Umumi Hükümlerinin Meydana Çıkardığı Bazı Meseleler, Banka Ve Ticaret Hukuku Haftası, 1969, 1960 Ankara, s.183.

¹⁹⁵ “Örneğin Alman hukukunda mimarın mesleki sorumluluk sigortasıyla ilgili olarak, sigorta mukavelesi akdetmeye yönelik bir talepte bulunan mimara: sigortalı faaliyetin türü ve kapsamı, mesleki eğitim durumu, mesleki tecrübesi, serbest olarak çalışıp çalışmadığı, çalışırsa ne kadar süreden beri serbest olarak faaliyetlerini icra ettiği veya ne kadar süreden beri bir büroda sözleşmeli personel olarak çalıştığı vb. sorular sorulmaktadır.” K. Şenocak age. s.220.

zorundadır. TTK m.1290 hükmü gereği “Sigorta mukavelesinin yapılması sırasında sigorta ettirene doldurması teklif olunan listede yazılı sorular dışında hiçbir mesuliyet teveccüh etmez.”

Doktrinde bu ifade uyarınca sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinin yapılması esnasında, kendisine verilen listede yer alan soruları cevaplandırmasının, listede yer almayıp da kendisi tarafından bilinen ve tehlike yönünden önem taşıyan hususları ihbar etme görevini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı meselesi tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, TTK m.1290 uyarınca, sigorta ettiren, kendisine bir liste verilmişse bu soruları cevaplandırmakla sözleşme öncesi ihbar görevini tam olarak yerine getirmiş sayılır. Bu sorulardan başka listede bulunmayıp da kendisince bilinen önemli hususları ihbar etmesi zorunlu değildir¹⁹⁶.

Diğer bir görüşe göre, sigorta ettiren, listedeki sorular dışında tehlike yönünden önemli olan hususları da bildirmek zorundadır. Aksi halde ihbar görevinin tam olarak yerine getirildiğinden bahsedilemez. Sigorta ettiren kendisine sorulsun sorulmasın sigorta şartlarını etkileyecek hususları bildirmelidir. “Bu hususun kendisine sorulmadığı” şeklinde bir defiden de yararlanamaz¹⁹⁷.

Bu iki görüşten farklı olarak savunulan bir diğer görüşe göre; sigorta ettiren bildiği önemli hususları kötü niyetle açıklamazlık edemez. Sigorta ettirenin kusurlu olarak bu hususları açıklamaması halinde ne olacağı Kanunda düzenlenmemiştir. Bu görüş dürüstlük kuralından hareket etmektedir. Sigorta ettirenin, sigortacının verdiği soru listesinde verilen sorular dışında, kendisince bilinen ve sigortacının mukaveleyi hiç yapmamasına ve daha ağır şartlarla yapmasına yol açabilecek nitelikte olan bir husus varsa bildirmesi gerekir. Söz

¹⁹⁶ R. KENDER, age., s. 215 – 217.; H. ARSEVEN, Ticaret Kanunu'nun Sigortaya Müteallik Umumi Hükümlerinin" Meydana Çıkardığı Bazı Meseleler, Ticaret ve Banka Hukuk Haftası 1959, Ankara 1960, s. 211-212.

¹⁹⁷ A. Bozer age. s.79.

konusu hususların yalnızca “kötü niyetle açıklanmaması” görevin ihlali anlamına gelecektir.

Ancak bu konuda kötü niyetin tespiti için, sigortacının verdiği soru listesindeki sorular dışında, sigorta ettirenin beyan edeceği bir husus olup olmadığının kendisine sorulması şartı aranmıştır. İhbar mükellefiyetini kötü niyetli olarak ihlal eden sigorta ettireni, primlerini isteme hakkını kaybetmesi ile cezalandıran TTK'nun 1290'ıncı maddesinin 1 'inci fıkrasının son cümlesiyle de uyumlu olduğu ileri sürülmektedir¹⁹⁸.

Görüldüğü üzere TTK m.1290 hükmü, sigortacının akdi yapıp yapmamak veya değişik şartlarla yapmak konusundaki iradesini etkileyecek hususların ihbarını öngörmektedir. Sigortacının kararını etkileyecek olan durumlar, esas itibarıyla tehlikeyi *doğrudan* veya *dolaylı* yönden etkileyebilecek hususlardır¹⁹⁹.

İhbar mükellefiyeti kapsamında bildirilmesi gereken tehlikeyi *doğrudan doğruya* etkileyebilecek hususlar, mesleki sorumluluk sigortasında “sigorta talebinde bulunan kişinin şahsi hususiyetleri, faaliyetleri ve hukuki ilişkilerinin türleri” olarak tanımlanmaktadır²⁰⁰.

Hekimin mesleğine ilişkin kişisel özellikleri, faaliyetleri ve hastaları ile sorumluluk doğurabilir nitelikteki hukuki ilişkileri hakkında açıklayacağı hususlar bu kapsamdadır.

Sigortacının sigorta mukavelesi hakkındaki kararına müessir olabilecek *dolaylı* hususlar ise rizikonun gerçekleşme ihtimali hakkındaki değerlendirmesinde kullanabileceği verilerdir. Örneğin önceki sigortaya ve

¹⁹⁸ K. Şenocak age. s. 221. “Buna göre, Türk Ticaret Kanunu'nu 1290'ın maddesinin 2'nci fıkrası, sigorta ettirenin, sigortacının sorulmayan hususları önem vermediğini kabule hakkının olduğu ve onun bu inancının korunması gerektiği fikrinden hareketle öngörülmüştür. Buna karşılık, sigorta ettirenin kötü niyetli olması halinde, sigorta ettirenin artık korunmaya değer bir inancından söz edilemez. Dolayısıyla, kötü niyetle sigorta ettiren hükmün koruma amacının kapsamı dışında kalmaktadır, Binaenaleyh bu durumda sigorta ettiren, Medeni Kanununun 2'nci maddesi gereği ihbar külfetini dürüstlük kuralı gereği ifa etmeli ve tehlikeyle ilgili kendisinin malumu olan hususları ihbardan kötü niyetle kaçamamalıdır.” K. Şenocak age. s. 221

¹⁹⁹ K.Şenocak age. s.221.

²⁰⁰K.Şenocak age. s.216.

gerçekleşmiş zararlara ilişkin bilgiler²⁰¹ veya sigortacının rizikonun gerçekleşme ihtimali hakkında sonuç çıkarılabileceği mesleki faaliyete ilişkin istatistikî bilgiler (Hasta bilgileri, hasta sayısı, ilgili istatistikler, sorumluluk doğurmuş/doğurabilecek tıbbi operasyon ve projeler, doktorun kariyerine ilişkin hususlar) bu kapsamda ele alınabilir.

İhbar edilecek hususun tehlike yönünden önemli olup olmadığının tayini için hangi kıstasın kullanılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre riziko seçimi hususunda daha titiz olan ve detaylı araştırma yapan bir sigortacı için önemli olan husus bu konuda aynı biçimde değerlendirme yapmayan bir sigortacı için önemli olmayabilir. Bu nedenle her bir sigortacı için ayrı ayrı subjektif kıstas kullanılmalıdır²⁰².

Diğer bir görüşe göre ise aranan şart “sigortacının mukavele yapılırken gerçek koşulları bildiği takdirde mukaveleyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektirecek” nitelikte olması şarttır. Dolayısıyla, kriter objektif olmalıdır²⁰³.

Sigorta uygulamasında her bir sigorta şirketinin teminat verdiği haller birbirinden farklı olabilir. Bu durumda belli bir riziko için daima teminat veren bir sigorta şirketi ile istisnai durumlarda teminat veren bir sigorta şirketinin farklı değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Bu bakımdan subjektif kriterin esas alınması gerekir.

Sigorta ettirenin önemsiz olarak nitelediği hususlar, ihbar edilecek hususun tehlike yönünden önemli olup olmadığının tayini açısından hiçbir değişikliğe yol açmayacaktır, ancak TTK m.1290’da düzenlenen ihbar yükümü kapsamında,

²⁰¹ K.Şenocak age. s.216.

²⁰² K.Şenocak age. s.219.

²⁰³ A.Bozer ge.s.77;BOZER, “Hayat Sigortalarında İhbar Mükellefiyeti”, *Batider 1960, C.I, S.1,s. 93-100 (Anılış: Bozer, Mükellefiyet)*.

sigorta ettirenin, akdin yapılması esnasında sadece kendisince bilinen hususları ihbar etmesi yeterlidir²⁰⁴.

Sigorta sözleşmesinde icap ve kabul arasına süre girmesi halinde, sigorta ettirenin bu süre içinde ortaya çıkan hususları da bildirmesi gerekir²⁰⁵.

Sigortanın niteliği gereği, sözleşme yapılırken rizikoyu etkileyebilecek hususların bildirilmemiş olması sebebiyle, sigortacının iradesini sakatlayan bir durumun ortaya çıkması hali Borçlar Kanunu'nun hükümlerinden farklı olarak özel bir şekilde düzenlemiştir. Bu nedenle, sigortaya dair hükümler bu konuda özel hüküm olduğundan, genel hükümler bertaraf edilerek Borçlar Kanunu hükümlerinin (hileye atfı yapılan hüküm dışında) uygulama imkânı ortadan kalkmaktadır²⁰⁶.

İhbar yükümünün ihlali halinde sigortacıya tanınan cayma hakkı geriye etkili bir cayma²⁰⁷ niteliğindedir ve karşılıklı edimlerin iadesi esasına dayanır²⁰⁸.

²⁰⁴ Sigorta ettirenin bilgiye nasıl ve nereden ulaştığı önemli değildir. Sigorta ettirenin bilinen durumlara, gerçekleşeceği hesap edilen; fakat henüz ihtimal safhasında olmayan, geleceğe ilişkin hususlar da dahildir. K.Şenocak age. s.219. Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesinde, 1363'üncü maddesinde olduğu gibi "kendisince bilinen ..." tabirini kullanmamıştır. Ancak 1290'ıncı maddede, gayet tabii bir hususa işaret etmek lüzumunu hissetmemiştir. Bir başka deyişle bu 1290. maddede kendisince bilinen hususların dışındaki hususlar kastedilmemiştir. (F. ÖZTAN, Sigorta Akinin İnkadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966., s. 64)

Tasarıda bu husus 1439.maddede açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Buna göre; önemli olan bir hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılmaması durumu değiştirmez.

²⁰⁵ F. Öztan age. s.70.

²⁰⁶ F. Öztan age. s. 71. " ... Türk Ticaret Kanunu'nun 1290. maddesinin sigortacı bakımından gerekli himayeyi sağladığı aşikardır. Kendisini himayeye matuf hükümlerden gerektiği zaman ve şekilde istifade etmesini bilmeyen sigortacıya ayrıca bir de hile sebebiyle akdin iptali yolunu açmak sigorta ettirenin durumunu daha da ağırlaştıracaktır... Kanun yapıcının eğer isteseydi mal sigortalarındaki ihbar mükellefiyetini düzenlemeye matuf hükümlere deniz sigortalarında 1370'inci maddeye benzer bir madde ekleyebilecek olduğunu iddia etmek mümkündür".

²⁰⁷ Arseven'e göre; "*Eski kanunda sigortacıya aktin feshi imkanı tanınmıştı ki bu کافی değildi; zira rizikonun tahakkukundan sonra aktin feshi kendisine bir menfaat temin etmeyecekti. Gaye akitten rücu idi, yani makale şamil olarak aktin ortadan kaldırılması idi, madde yeni şekli ile bunu temin etmektedir*" (H.ARSEVEN,: agm., Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 1959, s. 212).

Öztan'a göre: "Sigortacının rücu (cayma) borçlar hukukundaki genel rücadan farklıdır. Borçlar hukukunda aktin geçmişe şamil bir şekilde feshi halinde tarafların birbirinden aldıklarının karşılıklı olarak iadesi gerekir. Hâlbuki burada durum değişiktir. Ödenmiş veya muaccel hale gelmiş primler sigortacıda kalır. Bunun sebebi, ihbar mükellefiyetinin ihlali halinde sigortacıya tanınan cayma imkânının akitten doğmamasıdır. Cayma hakkı, şart mertebesinde(Voraussetzung) bir kanuni mükellefiyetin ihlalden doğmaktadır" (F. ÖZTAN, İhbar Mükellefiyeti, s. 116).

Ancak sigorta ettirenin kötü niyetinin tespiti halinde sigortacı o güne kadarki prime hak kazanacaktır.

Sigortalı ve sigorta ettirenin sözleşme yapıldığı sırada beyan yükümlülüğü MSSGŞ C.2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sigortacı sigorta sözleşmesini, sigorta ettirenin veya bilgisinin olması durumunda sigortalının beyanı ve varsa teklifname ve eklerinde yazılı sorulara verdiği cevaplara dayanarak yapar. Görüldüğü gibi liste usulü genel şartlarda da korunmuştur.

Ne var ki “sigorta ettirenin veya sigortalının beyanı ve soru listesi”ne atıf yapılmaktadır. Bu nedenle işbu ifade sigorta ettirenin veya sigortalının hem listedeki soruları hem de kendisine sorulan soruları cevaplaması ve ayrıca sigortacının mukaveleyi hiç yapmamasına ve daha ağır şartlarla yapmasına yol açabilecek nitelikte olan tüm hususları bildirmesi gerektiği biçiminde değerlendirilebilecektir.

Sigortalı ve sigorta ettirenin beyanı yanlış veya eksik ise ve bu durum, sigortacının sözleşmeyi yapmaması veya daha ağır şartlarla yapmasına neden oluyorsa, sigortacı durumu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeden cayabilir veya sözleşmeyi yürürlükte tutarak aynı süre içinde prim farkını talep edebilir. Bu hususta MSSGŞ sigortacıya seçimlik bir hak tanımış bulunmaktadır.

Prim farkı talebinin seçilmiş olması halinde de, sigorta ettiren, talep edilen prim farkını kabul ettiğini sekiz gün içinde bildirmediği takdirde, sigortacı sözleşmeden cayma hakkını kullanmış sayılacaktır²⁰⁹.

Ünan'a göre cayma geriye etkili olarak sözleşmeden dönme, rücu anlamında kullanılmıştır. S.Ünan age. s.176.

Bozer ise sadece akdin feshinden bahsetmektedir. A.BOZER; age., s. 80

Kender'e göre, cayma geriye etkili bir dönmedir. R.Kender age. s.218.

²⁰⁸ R. Kender age. s.218; A. Bozer age. s.76; S.Ünan age. s. 176; Şenocak age. s.216.

²⁰⁹ Aynı hükmün devamında bu süre içerisinde sözleşmenin yürürlükte kalacağı ifade edilmiştir. Ne var ki, cayma geriye etkilidir. Bu süre içerisinde yürürlükte kalması da bir anlam ifade etmeyecek, sözleşme ilk andan itibaren ortadan kalkacaktır.

Prim farkının kabul edilmemesi halinde sigortacı sözleşmeden cayma hakkını, sigortacının gerçeğe aykırı veya eksik beyanı öğrendiği tarihten itibaren bir aylık süre içinde kullanabilecektir.

MSSGŞ'nda, TTK m.1290 hükmünden farklı olarak prim farkı imkânı ek bir tercih olarak ve fakat sigorta ettirenin kabulüne tabi biçimde düzenlenmiştir. Ancak, sigorta ettirenin kötü niyetinin tespiti halinde sigortacı prime hak kazanması esası korunmuştur. Buna göre, sigortalı ve sigorta ettirenin kasıtlı davrandığının anlaşılması hâlinde sigortacı, sözleşmeden cayabilir ve gün esasına dayanarak hesap edilen prime hak kazanır.

Akit öncesi ihbar görevinin ihlali halinde, sigortacı kanundaki ve buna paralel genel şartlardaki süre içinde cayma hakkını kullanmak zorundadır, süre bittikten sonra cayamaz. Kanuni süre içinde sigortacı sözleşmenin aynı şartlarla devamına razı olduğunu gösteren herhangi bir davranışta bulunursa (mesela caymadan hiç bahsetmeyerek prim tahsil etmişse) bu cayma hakkından feragat ettiğini gösterir²¹⁰.

Akit öncesi ihbar mükellefiyetinin ihlaline istinat etmek istiyorsa söz konusu görevi ihlal ettiğini ve hiç veya doğru olarak ihbar yönünden önemli olduğunu ispat etmelidir. Sigortacı dönme hakkını kanuni süre içinde kullandığını da ispat etmelidir²¹¹.

Sigortacının ihbar edilmeyen hususu rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenmesi durumunda da cayma mümkündür. Doktrinde cayma halinde sigortacının “tehlike taşıma” ediminden geçmişe etkili olarak kurtulması ancak primlerin her durumda sigortacıda kalması gerektiği savunulmaktadır²¹². Bu

²¹⁰ A. Bozer age. s.78, R. Kender age. s.218 vd.. “Sigortacı fesih hakkını rizikonun gerçekleşmesinden sonra da kullanabilir. Sigorta tazminatını ödedikten sonra ihbar görevinin ihlal edildiği 1 aylık hak düşürücü süre içinde akitten dönebilir ve ödediği sigorta tazminatını iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edebilir.” K. Şenocak age. s.221 vd.

²¹¹ K. Şenocak age. s. 225.

²¹² F. ÖZTAN, İhbar Mükellefiyeti, s. 116

nedenle söz konusu hükmün yetersiz olduğu ve primlerin her durumda sigortacıda kalmasına ilişkin bir düzenlemenin yapılması uygun bulunmaktadır²¹³.

Yargıtay uygulamasında da rizikonun gerçekleşmesinden sonra artık caymanın mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Riziko gerçekleşmiş ise artık tazmin borcu doğmuştur ve bu edimin ifası gerekir. Sigortacı artık sözleşmeden dönemez. Buna göre TTK m.1290 uyarınca; sigortacıya, ancak “rizikonun gerçekleşmesinden önce” bilginin yanlış verildiğini öğrendiği takdirde, cayma hakkı tanınmıştır²¹⁴.

Yargıtay’ın kabul ettiği esas sigortacı bakımından çok ağır sonuçlara neden olabilmektedir. Zira çoğu durumda sigortacı görev ihlalini ancak riziko gerçekleştiikten sonra öğrenebilmektedir. Bu nedenle, sigortacının ihbar edilmeyen hususu rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenmesi durumunda da caymaya imkân vermek ve sigortacıyı geriye etkili olarak sigorta tazminatı borcundan kurtarmak daha adil bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mesleki sorumluluk sigortalarına MSSGŞ’ndan önce uygulanan ÜŞKMMSUŞ m. 4 hükmünde de; sözleşmenin kurulması sırasında sigorta ettirenin rizikoya ilişkin ihbar mükellefiyeti düzenlenmiştir.

Buna göre, sigorta ettiren açıklanması lazım gelen (ve varsa teklifnamede mevcut) hususları hakikate aykırı veya eksik cevaplandırmış yahut cevapsız bırakmış olduğu takdirde, sigorta ettirenin kastı veya ağır kusuru halinde sigortacı mes'uliyetten kurtulacaktır. Sigorta ettirenin kastı veya ağır kusuru olmayan hallerde ise sigortacı rizikonun ağırlığı ile mütenasip prim farkını almak sureti ile sigorta poliçesini yürürlükte tutmak veya feshetmek şıklarından birini seçecektir.

²¹³ R. Kender age. s.219-220.

²¹⁴ “Sigorta sözleşmesi kurulurken sigortalıya yüklenen doğru bilgi verme yükümlülüğü hayat ve kaza sigortalarında da uygulanmaktadır. Sigortacıya, rizikonun gerçekleşmesinden önce bilginin yanlış verildiğini öğrendiği takdirde, cayma hakkı tanınmıştır. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra cayma mümkün değilse de, ihbarın (bilginin) gerçeğe aykırılığı bir hükümlle sabit olduğu takdirde, genel şartlara konulacak bir madde ile, poliçenin hükümsüz hale gelmesi mümkündür. Sigortalı prim artışı yaparken ölümüne sebep olan hastalığını bildiğine göre, prim artışından doğan hakları hükümsüz olacağından; ödenmesi gereken sigorta bedelinin, prim artışı dikkate alınmadan tespit edilmesi gerekir.” Yarg. 11. HD E. 1998/9829 K. 1999/1826 4.3.1999 T. (www.kazanci.com.tr .Başvuru tarihi: 11 Nisan 2008)

MSSGŞ'nda sigorta ettirenin ihbar yükümünün ihlaline bağlanan yaptırımların uygulanabilmesi için sigorta ettirenin kusurunun aranıp aranmadığı hususuna açıklık getirilmemiştir. Sigorta ettirenin kusurunun ve ihbara konu husus ile riziko arasında bir illiyet bağının varlığının aranıp aranmadığı konusu gerek TTK gerekse MSSGŞ kapsamında açık bir hükme bağlanmamıştır.

Kara sigortalarında deniz sigortalarından farklı olarak kusur ve illiyete ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. Bu husus bazı genel şartlarda açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte konumuzu teşkil eden mesleki sorumluluk sigortalarında açık bir düzenleme mevcut değildir.

Ancak doktrinde deniz sigortalarında sigorta ettirenin kusurunun aranmasına rağmen mal sigortalarında bu hususunda belirtilmemiş olmasının bilinçli bir susma olduğu ve “sigorta ettirenin kusurunun” aranmadığı sonucuna ulaşılmaktadır²¹⁵.

Oysa kanaatimizce burada bir bilinçli susmadan çok bir kanun boşluğundan bahsedilmesi daha doğrudur. Söz konusu boşluğun deniz sigortalarına ait düzenlemeye kıyas yoluyla doldurulması ve sigorta ettirenin kusurunun aranması gerekir.

TTK m.1290 hükmünde illiyet şartından da bahsedilmemiştir. Örneğin hekimin cerrahi tecrübesi hakkında hatalı bir bilgi vermiş olması ancak sorumluluğunun reçeteye hatalı ilaç yazmasından kaynaklanması halinde TTK ve MSSGŞ kapsamındaki yaptırımlar uygulanacaktır²¹⁶.

Ancak Yargıtay farklı yönde karar vererek illiyet rabitası aramıştır. Yargıtay 11.HD'nin 3.11.1997 tarih ve E: 1997/5318, K: 1997/7641 sayılı kararında²¹⁷; “*beyan edilmeyen husus ile rizikonun gerçekleşmesi arasında illiyet*

²¹⁵ A. Bozer age. s.77; R. Kender s.187.

²¹⁶ Tasarıda ise, tazminat ve bedel ödemelerinde, bildirilmeyen veya yanlış bildirilen bir husus ile rizikonun gerçekleşmesi arasında “illiyet bağının aranacağı” ifade edilmiştir. Tasarının 1437. Maddesi uyarınca iki olgu arasındaki “bağlantı” Sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde 1439 uncu maddede öngörülen yaptırımlar bakımından dikkate alınır.

²¹⁷ (www.kazanci.com.tr Başvuru Tarihi 12 Ağustos 2008)

rabatası olmadığından sigortacının cayma hakkı bulunmadığı sonucuna varılması” 1290. madde hükmüne aykırı bulunmuştur²¹⁸.

Sigorta ettirenin ihbar etmediği hususların sigortacı tarafından bilinmesi durumunda ne olacağı da mevcut düzenlemede açık hükme bağlanmamıştır. Doktrinde bu durumda ihbar yükümünden artık bahsedilemeyeceğini ifade edenler olduğu gibi²¹⁹, sigorta ettirenin ihbarda bulunmamış olması nedeniyle görev ihlaline bağlanan yaptırımların uygulanması gerektiğini savunanlar²²⁰ da mevcuttur.

Sözleşme öncesi ihbar yükümü, TTK Tasarısının 1435. Maddesinde düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemede olduğu gibi, sigorta ettiren sözleşmenin kurulması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür²²¹.

2. Rizikoyu Değişen Riziko Koşullarını Bildirme Görevi

Sigorta sözleşmesinin imzalanmasının ardından rizikoya ilişkin koşulların değişmesi ve bu bakımdan da rizikonun gerçekleşme ihtimalinin artması daima

²¹⁸ OMAĞ, M. K., Hastalık (Sağlık sigortalarında), Akdin Kuruluşundaki İhbar Mükellefiyetine İlişkin bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi (Sigorta Hukuku Dergisi 1999 Sayı: 1, s. 107 v.d.Aynı yönde R.Kender age. s.187, K. Şenocak age s.224.

²¹⁹ Bazı yazarlara göre ise sigortacı durumu herhangi başka yolla öğrenmişse artık ihbar gerekliliği ortadan kalkmıştır. R. Kender age. s. 214.

Sigortacı tarafından gerçek durumun bilinmesi, TTK Tasarısında 1438. Maddede hükme bağlanmıştır. Buna göre, bildirilmeyen veya yanlış bildirilen bir husus ya da olgu gerçek durumu sigortacı tarafından biliniyorsa, sigortacı beyan yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürerek sözleşmeden cayamaz. Sigortacı tarafından gerçek durumun bilindiğini ispat yükü sigorta ettirene aittir.

²²⁰ K. Şenocak age. s.251.

²²¹ Tasarının 1435. maddesi uyarınca; sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Aynı maddede, sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılmıştır.

Soruların dışındaki hususlar ise tasarının 1435. Maddesinde düzenlenerek bu tartışmaya son verilmiştir. Buna göre, kural şöyledir: Sigortacı sigorta ettirene, cevaplaması için sorular içeren bir liste vermişse, sunulan listede yer alan sorular dışında kalan hususlara ilişkin olarak sigorta ettirene hiçbir sorumluluk yüklenemez. Ancak sigorta ettirenin önemli bir hususu kötü niyetle saklaması halinde sözleşme öncesi ihbar yükümü ihlal edilmiş sayılacaktır.

Sigortacı, liste dışında öğrenmek istediği hususlar varsa, bunlar hakkında da soru sorabilir. Söz konusu soruların da yazılı ve açık olmaları gerekir. Sigorta ettiren bu soruları cevaplamakla yükümlüdür.

mümkündür. Sigorta süresi içinde bu tür değişikliklerin meydana gelmesi halinde de bu hususun sigortacıya derhal bildirilmesi gerekir²²².

TTK'nun 1291. maddesine göre; *sigorta ettiren kimse sigortacının muvafakati olmaksızın sigortalı, malın yerini veya mukavele zamanındaki halini değiştirdiği takdirde sözleşme yapıldığı anda mevcut olmayan bu değişiklik sigortacının sigorta mukavelesini yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektirecek nitelikteyse ise, sigorta ettiren keyfiyeti sekiz gün zarfında sigortacıya ihbar etmekle yükümlüdür.* Aksi halde, sigortacı mukaveleyi feshedebilir²²³.

Sigorta ettiren rizikoyu ağırlaştırarak değişikliği sekiz gün zarfında sigortacıya bildirmiş ise sigortacı bu ihbar tarihinden itibaren sekiz gün içinde fesih hakkını kullanmadığı takdirde sigortanın hükmü devam edecektir.

Sigorta ettiren kimse ihbar etmese dahi, sigortacı değişikliği bir şekilde öğrenmişse, öğrendikten sonra sekiz gün içinde sözleşmeyi feshetmez veya sigorta primini tahsil etmek gibi sigorta hükmünün devamına razı olduğunu gösteren bir harekette bulunursa fesih hakkı düşecektir.

Rizikonun ağırlaşması halinde riziko-prim dengesi bozulmuş olacaktır. Ancak kanunda rizikonun ağırlaşması hali için yalnızca sözleşmenin feshi imkânı getirilmiştir. Oysa haklı olarak doktrinde bu durumda en uygun yolun munzam prim tahsili veya sigorta bedelinin tenzili gibi riziko-prim dengesini sağlamaya yönelik çözümler olduğu kabul edilmektedir²²⁴.

²²² “Dükkanın bulunduğu pasajın özel gece bekçisi bulunduğu yolunda bildirim gözetilerek sigorta sözleşmesi bağtlandığına göre, bekçinin görev yapmaması durumunda, bu yön malın sigorta teklifnamesindeki durumunun değişmesi niteliğindedir. Sigortalının bunu bildirmesi zorunludur.” Yarg. 11. HD E. 1981/450 K. 1981/1455 2.4.1981 T. (www.kazanci.com.tr Başvuru tarihi 12 Nisan 2008)

²²³ A. Bozer age. s.78; R.Kender age. s.203; K. Şenocak age. s. 224, S.Ünan age. s. 178; *M.K.OMAÇ, Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Ankara 1985*

²²⁴ “Görülüyor ki, kanundaki hüküm ihtiyaçları karşılamaya yeterli değildir. Sigortacı durumu rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrendiği takdirde kanundaki müeyyidenin uygulanma imkânı kalmayacaktır. Hâlbuki riziko ağırlaştığı tarihten itibaren prim ile riziko arasında denge sağlamaya imkan verecek hükümlerin konması gerekir.” R.Kender age. s.204.

Diğer taraftan sigortacının bir zeyilname teklif ederek daima sözleşme şartlarında değişiklik teklif edebileceği ifade edilmektedir²²⁵. Yargıtay'ın bazı kararlarında²²⁶ da prim farkı tahsili yoluna gidilmesi kabul edilmekle birlikte kanunda böyle bir imkânın öngörülmemiş olması karşısında bu karar eleştirilmiştir²²⁷.

Bazı yazarlar ise söz konusu hükmün somut olaylara cevap verememesi nedeniyle kararı yerinde olarak mütalaa etmişlerdir²²⁸.

Söz konusu ihbar yükümünün içeriğinin tespiti bakımından “rizikonun ağırlaştırılması” kavramının da ele alınması zorunludur. Kanunun ifadesinden hareketle doktrinde ve Yargıtay içtihadında bir takım şartların mevcudiyeti aranmaktadır.

İlk olarak rizikoya etki eden değişikliğin belli bir süre devam etmesi gerekmektedir.

TTK m.1291 hükmünde riziko ağırlaşması bakımından devamlılık unsuruna yer verilmemiştir. Ancak doktrinde devamlılık şartı aranmaktadır²²⁹. Bunun yanı sıra değişikliğin riziko-prim dengesini etkileyebilecek önemi haiz olması gerekmektedir.

Rizikonun ağırlaştırılmasından bahsedilebilmesi için aranacak diğer bir şart ise bu ağırlaşmanın “sübjektif” nitelik taşımasıdır. Sübjektif riziko ağırlaşması sigorta ettirenin kendi fiili ile rizikonun ağırlaşmasına sebebiyet vermesi halidir.

²²⁵ A. Bozer age. s.78

²²⁶ Yarg. 11.HD E. 1983/1547 K. 1083/982 T.29.3.1983 (G.Eriş age. s. 1183-1184)

²²⁷ S.Ünan age. s.181.

²²⁸ N. Franko agm. s.4.

²²⁹ N.Franko, Sigorta Akdinde Rizikonun Ağırlaşması, IX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumuna sunulan tebliğ, Ankara 1992, s.9.

TTK m. 1291 yalnızca “sübjektif riziko ağırlaşması” için düzenlenmiş bulunmaktadır²³⁰. Zira kanunda “Sigorta ettiren kimsenin, sigortacının muvafakati olmaksızın malın yerini veya mukavele zamanındaki halini değiştirmesinden” bahsedilmektedir²³¹.

Bu durumda sigorta ettirenin rizikoyu ağırlaştırmama ve eğer ağırlaştırmışsa durumu sigortacıya bildirme yükümü söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Oysa bizim de katıldığımız görüş uyarınca sigorta ettirene rizikoyu ağırlaştırmama görevi yüklenmemiş sadece bu ağırlaşmayı bildirme görevi getirilmiştir. Objektif riziko ağırlaşması ise üçüncü kişinin fiili ya da diğer bir nedenle sigorta ettirenin eylemine bağlı olmaksızın rizikonun ağırlaşması halidir²³².

MSSGŞ kapsamında sigorta ettirenin rizikoyu ağırlaştırmama ve bu hususu bildirme yükümü C.3.maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde gereğince; sözleşmenin devamı sırasında sigortacının izni olmadan rizikoya etki edici nitelikte değişiklik yapılması hâlinde sigorta ettiren veya sigortalı durumu sekiz gün içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Söz konusu hükümde yer alan “rizikoya etki edici nitelikte değişiklik yapılması” ifadesi gereği, sadece sigorta ettirenin değil diğer bir nedenle meydana gelen değişikliklerin, bir başka ifade ile objektif riziko ağırlaşmasının da kapsama alındığı görülmektedir.

TTK m.1264 maddesi uyarınca TTK m.1291 sigortalı aleyhine değiştirilemeyeceğinden MSSGŞ C.3. hükmü geçersiz sayılacaktır²³³.

²³⁰ Örneğin, sigortalanan kişinin hastalanması riziko ağırlaşması değildir.

²³¹ R. Kender age. s.200; I.Ulaş age.s.66; K.Şenocak age. s.133, S.Ünan s.179.

²³² R. Kender age. s.201; F.Öztan age. s.78.

²³³ K.Şenocak age. s.232. Yazara göre, ÜŞKMMSUŞ 4. maddesinde yer alan Sigortalının akitten sonra vukua gelecek her türlü değişikliği kendisi tarafından yapılmışsa 8 gün içinde; değişiklikler kendi iradesi dışında vuku bulmuşsa, keyfiyete muttali olur olmaz sigortacıya ihbarla mükellef olduğu ifadesi ile “objektif riziko ağırlaşması” da düzenlenmiş bulunmakta ve sigortalının iradesi dışındaki değişiklikler de ihbar yükümü kapsamına alınmaktadır. Oysa TTK m.1264 maddesi uyarınca TTK m.1291 sigortalı aleyhine değiştirilemeyeceğinden söz konusu genel şart hükmü de geçersiz sayılacaktır.

MSSGŞ kapsamında söz konusu yükümlüğün ihlaline iki ayrı yaptırım bağlanmıştır²³⁴. Buna göre, rizikonun ağırlaşması durumunun sigortacı tarafından öğrenilmesinden sonra, değişiklik, sigortacının sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren hâllerden ise sigortacı, sekiz gün içinde sözleşmeyi fesheder veya prim farkını talep etmek suretiyle sözleşmeyi yürürlükte tutar. Sigorta ettiren, talep edilen prim farkını kabul ettiğini sekiz gün içinde bildirmede takdirde sözleşme feshedilmiş olur.

Görüldüğü gibi durumunun sigortacı tarafından öğrenilmesinden sonra sigortacı fesih veya munzam prim tahsili yollarından birini tercih edebilecektir. Ancak sigortacı tercih hakkını süresi içinde kullanmak zorundadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrası gereği; süresinde kullanılmayan fesih veya prim farkını talep etme hakkı düşer.

Sigortacının fesih yolunu seçmesi halinde, feshin hüküm ifade ettiği tarihe kadar geçen sürenin primi, gün esaslı üzerinden hesap edilir ve fazlası geri verilir.

Rizikodaki değişikliği öğrenen sigortacının belli bir süre susması haklarını kaybetmesine neden olacaktır. Rizikodaki değişikliği öğrenen sigortacının, sigorta hükmünün devamına razı olduğunu gösteren bir harekette bulunursa, bu durum bir zımnî kabul olarak değerlendirilir ve fesih ve prim talep etme hakkının düştüğü sonucuna ulaşılır.

²³⁴ MSSGŞ düzenlemesi, Eski Yangın Sigortası Genel Şartlarının 10. Maddesindeki düzenlemeye paraleldir. Sigortacı değişikliği öğrendiği tarihten itibaren, bu değişiklik sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiriyorsa 8 gün içinde

1 - Sözleşmeyi fesheder veya

2- Prim farkını talep etmek suretiyle akdi yürürlükte tutar.

Sigorta ettiren, talep edilen prim farkını kabul etmediğini 8 gün içinde bildirdiği takdirde akit feshedilmiş olur.

Feshin hüküm ifade ettiği tarihe kadar geçen sürenin primi hesap edilir ve fazlası geri verilir.

Süresinde kullanılmayan fesih veya prim farkını talep hakkı düşer. Sigortalı malın teklifnamede, teklifname yoksa poliçe ve eklerinde beyan olunan yerinin veya halinin değiştiğini öğrenen sigortacı, sigorta primini tahsil etmek gibi sigorta sözleşmesinin aynen devamına razı olduğunu gösteren bir harekette bulunursa fesih veya prim farkını talep etme hakkı düşer. Sigortalı malın yer ve halinde rizikoyu ağırlaştırıcı değişiklikleri sigorta ettiren ihbar süresi içinde kasten bildirmemişse, ihbar süresinden sonra gerçekleşen hasarlara ait tazminat hakkı düşer. İhbar yükümlülüğüne riayetsizlik kasıtlı değilse, alınan primle alınması gereken prim arasındaki orantıya göre tazminattan indirim yapılır.

Görüldüğü üzere, sigorta sözleşmesinin akdinden sonra rizikonun ağırlaştırıldığıнын bildirilmesi veya bildirim olmaksızın sigortacı tarafından öğrenilmesi durumunda, sigortacı sekiz gün zarfında akdi feshedebilir (TTK m. 1291, MSSGŞ m.C.3.). Fesih tek yanlı bir irade beyanı olup sigorta ettirene vusulünden itibaren hüküm ifade eder. Fesih geçmişe etkili değildir. Bu nedenle fesih tarihine kadar sözleşmeden doğan karşılıklı borçlar ifa edilecektir²³⁵.

TTK düzenlemesi bakımından tartışılan diğer bir husus sigortacının durumu riziko gerçekleştikten sonra öğrenmesi halinde akdi feshedip edemeyeceğidir. Zira uygulamada çoğu durumda sigortacı ancak rizikonun gerçekleşmesinden sonra durumu öğrenmektedir.

Doktrinde ağırlıklı görüş riziko gerçekleştikten sonra sözleşmenin feshedilemeyeceği yönündedir. Zira rizikonun gerçekleşmesiyle sigortacının ödeme borcu doğacak ve sigorta sözleşmesi sona erer. Fesih anından önce doğmuş borçların geriye dönük olarak ortadan kaldırılması söz konusu olamayacağından, riziko gerçekleştikten sonra sözleşmenin feshi mümkün değildir²³⁶.

MSSGŞ ile sigortacının durumu riziko gerçekleştikten sonra öğrenmesi hali (hatta sigortacının fesih ihbarında bulunabileceği süre ve fesih ihbarının hüküm ifade etmesi için geçecek süre içerisinde rizikonun gerçekleşmesi durumu) açık hükme bağlanmıştır.

Buna göre; sigortacının sözleşmeyi bu değişikliklere göre yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren hâllerde:

- a) Sigortacı durumu öğrenmeden önce,
- b) Sigortacının fesih ihbarında bulunabileceği süre içinde,

²³⁵ R.Kender age. s. 252; “Fesih ancak ileriye dönük etki doğurur. Başka bir anlatıyla, fesih anından önce doğmuş bulunan borçlar ve haklar fesih hakkı kullanılarak ortadan kaldırılamaz.”S.Ünan age. s.181.

²³⁶ M.K. Omağ Türk Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, s.141; R.Arseven age. s.117; R. Kender age. s.205; S.Ünan age. s.181.

c) Fesih ihbarının hüküm ifade etmesi için geçecek süre içinde, riziko gerçekleşirse, sigortacı, tazminatı tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim arasındaki orana göre öder.

Söz konusu hükümde “fesih ihbarının hüküm ifade etmesi” anına kadar rizikonun gerçekleşmesi halinin düzenlendiğinin ifade edilmesi yeterli iken üç ayrı döneme yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi sigortacının durumu riziko gerçekleştikten sonra öğrenmesi halinde fesih imkânı söz konusu olmasa da tazminatın tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim arasındaki orana göre ödenmesi esası²³⁷ getirilerek TTK düzenlemesinde doktrinde eleştirilen yetersizliklerin²³⁸ MMSGŞ ile bir ölçüde giderilmiş olduğu söylenebilir²³⁹. Ancak

²³⁷ “Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları C.3. maddesinde de rizikonun gerçekleşmesinden sonra tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim arasındaki orana göre tazmin esası öngörülmüştür. “Sözleşmenin yapılmasından sonra aracın sözleşmede belirtilen kullanım tarzı sigortacının muvafakati alınmadan değiştirilmişse sigortalıya sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır. Sözleşmeyi fesih hakkını kullanmadan olay gerçekleşmişse sigortacının tazminatı tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim arasındaki orana göre ödeneceği hükme bağlanmış olup, buna göre tazminattan indirim yapılmalıdır.” Yarg. 11.HD, E. 1997/4863 K. 1997/5153 T. 26.6.1997. (www.kazanci.com.tr Başvuru tarihi 12 Nisan 2008)

²³⁸ R. Kender age. s.205.

²³⁹ Diğer taraftan TTK Tasarısında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, sigorta ettiren, sözleşmenin kurulmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz.

Sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşmesi veya mevcut şartların ağırlaşması olasılığını etkileyen eylemlerde bulunursa derhal; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç sekiz gün içinde durumu sigortacıya bildirir. Bu ifade ile tasarının hem sübjektif hem de bilgisi dışında yapılmış işlemler nedeniyle objektif riziko ağırlaşmasını düzenlediği görülmektedir.

Tasarıda da sigortacıya durumun öğrenmesinden itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshetme veya prim farkı isteme hakkı verilmiştir. MMSGŞ’nda olduğu gibi farkın sekiz gün içinde kabul edilmemesi hâli ise sözleşmenin feshi olarak kabul edilmiştir.

Rizikonun gerçekleşmesinden sonra durumun öğrenilmesi hali de hükme bağlanmıştır. Buna göre, rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettirenin kusuru belirlendiği ve değişikliklere ilişkin beyan yükümlülüğünün ihlâl edildiği saptandığı takdirde, söz konusu ihlâl tazminat miktarına veya bedele ya da rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, kusurun derecesine göre, tazminattan veya bedelden indirim yapılır.

Diğer taraftan, sigorta ettirenin kusuru kast derecesinde ise meydana gelen değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında illiyet varsa, sigortacı sözleşmeyi feshedebilir. Bu durumda sigorta tazminatı veya bedeli ödenmez. Eğer illiyet yoksa, sigortacı sadece sigorta tazminatını veya bedelini ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre ödeyecektir.

MMSGŞ’nda sigortacının durumu riziko gerçekleştikten sonra öğrenmesi halinde fesih imkânı söz konusu olmasa da tazminatın tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim

emredici nitelikteki TTK 1291 hükmü karşısında söz konusu düzenlemenin “sigorta ettiren aleyhine olması” nedeniyle geçersiz olduğundan bahsedilebilir. Fesih imkânına ek olarak tazminatın tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim arasındaki orana göre ödenmesi imkânının getirilmesi sigorta ettiren aleyhine sonuç doğurabilecek niteliktedir.

3- Rizikonun Gerçekleştirdiğini Bildirme Görevi

Sorumluluk sigortasında, zarar olayının gerçekleşmesinden sonra da sigorta ettirene bir takım görevler yüklenmiştir. Zira tazminat talebinin kesinleşmesine kadar devam eden süreçte, sigortacı tazminat ödeyip ödemeyeceği veya ne miktarda ödeme yapacağı konusunda sigorta ettirenin yardımına ihtiyaç duyacaktır. Rizikodan bir an önce haberdar olmak da zarar miktarının artmasını engellemek ve üçüncü kişilere karşı olan rücu haklarını korumak açısından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle TTK'nun 1292'nci maddesinde rizikoyu ihbar görevi, düzenlenmiştir²⁴⁰.

Bu maddeye göre, sigorta ettiren, sigortacının hukuki himaye sağlamak mecburiyetinde olduğu sorumluluk sigortası türlerinde, tebligat üzerine kendisine dava açıldığını öğrendiği tarihten itibaren 5 gün içerisinde keyfiyeti sigortacıya ihbar etmek zorundadır.

Açılacak dava sonucunda kesinleşen meblağın, sigorta ettiren tarafından ödenip, daha sonra söz konusu meblağın sigorta ettirene sigortacı tarafından ödenmesinin öngörüldüğü sorumluluk sigortalarında ise, mahkûmiyet kararının kesinleştiğini öğrendiği tarihten itibaren 5 gün içerisinde ihbarda bulunması gerekir.

Sigorta ettirenin, dava olmaksızın yahut dava neticesi beklenmeksizin mağdura tazminatı ödemeye yetkili olduğu sorumluluk sigortalarında ise,

arasındaki orana göre ödenmesi esası getirilmişken Tasarıda “illiyet ve kast” şartına bağlanarak fesih imkanı da öngörülmüş bulunmaktadır

²⁴⁰ R. Kender age. s.205; S. Ünan age. 185; I.Ulaş age. s. 74; A. Bozer age. s. 79.

tazminatın ödenmiş olduğu tarihten itibaren 5 gün içerisinde, keyfiyeti sigortacıya ihbar etmek icap eder.

Mesleki sorumluluk sigortası için MSSGŞ'dan önce uygulanan ÜŞKMMSUŞ'nda ihbar görevi, 7.nci ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Sigortacının hukuki himaye ediminin zorunlu olduğunun²⁴¹ öngörüldüğü bu Genel şartlara göre, ihbar görevi, sigortalının sorumluluğuna sebep olabilecek zarar olayının gerçekleşmesinden itibaren 5 gün içerisinde yerine getirilmelidir.

MSSGŞ m.B.2.'de rizikoyu ihbar yükümü aynı biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, Sigortalı ve sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini, haberdar olduğu andan itibaren beş gün içinde sigortacıya ihbar etmekle yükümlüdür²⁴².

Doktrinde, sigorta ettirenin ihbar görevinin doğumu için, zarar olayının gerçekleştiğini kesin olarak bilmesi gerektiği ve bu nedenle kanunun ve genel şartların sigorta ettirene, bilgi alma yükümlülüğü yüklemiş bulunduğu bahsedilmektedir²⁴³.

Sigorta ettirenin ihbar görevine ilişkin süre *sigortalının* tebligat üzerine davanın açıldığını öğrendiği an veya *sigortalının* hakkında kesinleşen tazminat hükmünü öğrendiği an veya *sigortalının* tazminatı ödediği an başlayacaktır. Bu nedenle sigorta ettiren sigortalıdan bilgi almak yükümü altındadır²⁴⁴. Diğer taraftan MSSGŞ'ında uyarınca "sigortalı ve sigorta ettiren" in haberdar olması esas alındığından her biri için kendi öğrenme anı belirleyici olacaktır.

²⁴¹ ÜŞKMMSUŞ m.9- Dava açılması halinde, sigortacı, sigortalı namına davayı takip eder. Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata bu hususta lazım gelen her türlü salahiyeti vermek mecburiyetindedir. Davaya ait masraflar sigortacı tarafından ödenir. Şu kadar ki, bu masraflarla zarar görene verilmesi lazım gelen tazminat yekunu sigorta poliçesinde tespit edilmiş bulunan azami meblağı tecavüz edemez.

²⁴² Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Tasarısı'nın 6.4'üncü maddesinin son fıkrasında, sigorta ettirenin, rizikoyu ihbar görevini, kasten yerine getirmese, mağdur tarafından ileri sürülen tazminat talebine ilişkin haklarını kaybedeceğine, kusurlu olarak ihlal ederse, kusurunun ağırlığına göre, sigortacının ödemekle yükümü olduğu bedelin indirileceğine ilişkin bir düzenleme yer almakta idi. (Bkz K. Şenocak age. s. 244.) Fakat MSSGŞ'nda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

²⁴³ K. Şenocak age. s. 244.

²⁴⁴ K. Şenocak age. s.245.

Sigorta ettiren, bütün gerçekleşen zarar olayına ilişkin hususları imkânları ölçüsünde sigortacıya bildirir.

MSSGŞ m. B.2.e uyarınca, sigorta ettiren zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayla geçildiği hâllerde de ihbar yükümü devreye girer. Sigorta ettiren, sigortacıyı durumdan derhal haberdar etmek ve zarar ziyan talebine ve cezai kovuşturmayla ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermekle yükümlüdür.

Sigorta ettirenin bu hususa ilişkin ihbar görevinin doğumu için, ilk önce kendisi hakkında bir ceza soruşturması veya kovuşturmasına başlanması ve keyfiyetin sigorta ettirence öğrenilmesi gerekir. Sigorta ettiren hakkında ceza soruşturması veya kovuşturmasına henüz başlanmamış, fakat böyle bir işlemin olasılığı yüksek ise, sigorta ettirenin ihbar görevi doğmaz. Sigorta ettirenin ihbar görevinin doğumu için, hakkındaki ceza kovuşturmasını fiilen öğrenmesi gerekir; öğrenebilecek durumda olması veya öğrenmek zorunda olması bu görevinin doğumuna neden olmaz²⁴⁵.

Diğer taraftan hekimin sorumluluğu sigortasında, MSSGŞ uyarınca ihbar görevinin doğması için kendisine ciddi bir tazminat talebinin yöneltilmiş olması gerekir. Bu her bir somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir²⁴⁶.

Rizikonun gerçekleşmesinden sonraki ihbar görevinin ihlali TTK'nun 1292'nci maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir²⁴⁷.

²⁴⁵ K. Şenocak age. s.248.

²⁴⁶ İhbarı gereken bir tazminat talebinin var olup olmadığı hususu her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. K. Şenocak age. s.249.

²⁴⁷ Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası ile getirilen düzenlemeye göre, sigortalı, hasar vukuunda kendisine terettüp eden görevini yerine getirmezse, sigortalı bu vecibelere riayetsizliğin kendi kusuru yüzünden ileri gelmemiş olduğunu ispat etmedikçe sigortacı tazmin yükümlülüğünden kurtulacaktır. (ÜŞMMSUŞ m. 10). Bu hükme göre, sigorta ettirenin, kusurlu olarak ihbar görevini ihlal etmesi, sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması için yeterli iken TTK'na göre, sigortacı, sigorta ettirenin ancak kasıtlı davranması durumunda tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bu hükmün kast halini kusura indirgeyerek Türk Ticaret Kanunu'nun 1292'nci maddesinin son fıkrasına aykırı bir sonuç öngördüğü gerekçesiyle hükümsüz olduğu ileri sürülmüştür. K. Şenocak age. S.247.

Söz konusu görevin ihlali bakımından TTK.m.1292 uygulanacaktır. Buna göre; sigorta ettiren kasten riziko ihbarında bulunmamış ise sigorta haklarını zayi eder. Sigorta ettirenin kusuru halinde, kusurun ağırlığına göre sigortacının ödemekle mükellef olduğu bedel indirilebilir.

İhbar görevinin ihlal edildiğini ispat yükü ise sigortacıya aittir. Sigortacı, sigorta ettirenin, ihbarı gereken vakıyı öğrendiğini buna rağmen ihbar yükümünün süresinde yerine getirilmediğini ispat edecektir. Buna karşılık, sigorta ettiren, görevi ihlal ederken kasıtlı davranmadığını ispat ederse, sigortacı tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulamayacaktır²⁴⁸. Bu hususun ispatı için sigorta ettirenin ihbarda bulunmamış olmasını geçerli bir nedene dayandırması beklenmektedir²⁴⁹.

4. Zararı Önleme, Azaltma Ve Gerekli Tedbirleri Alma Görevi

Rizikonun gerçekleşmesinden sonra, süreye yayılması halinde ise bu esnada ifası gereken görevlerden bir diğeri de zararı önleme ve azaltmak görevidir.

²⁴⁸ Bir görüşe göre, sigorta ettiren, rizikoyu ihbar etmemesine rağmen, sigortacının durumu(rizikonun gerçekleştiğini) bildiğini ispat ederse hakları zayi olmaz. K. Şenocak age. s.251.Bazı yazarlara göre ise sigortacı durumu herhangi başka yolla öğrenmişse artık ihbar gerekliliği ortadan kalkmıştır. R. Kender age. s. 214.

²⁴⁹ İhbar yükümlülüğünün sigortalı tarafından iyi niyetle gerçekleştirilmesi durumunda, kasko sigortalarında rizikonun teminat dışında kaldığını ispat görevi sigortacıya aittir. İhbar yükümlülüğünün sigortalı tarafından kötü niyetle yerine getirilmemiş olması durumunda, ispat görevi yer değiştirir. Davacı, kazanın oluş tarihinden dava tarihine kadar sigortacıya başvurmadığından, kazayı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesini geçerli bir nedene dayandıramadığından bu yükümlülüğünü kasten yerine getirmediğinin kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekir. Yarg. 11.HD, E. 2005/10826 K. 2005/9439 T. 7.10.2005 (www.kazanci.com.tr Başvuru Tarihi: 12 Nisan 2008)

Tasarı'da rizikonun gerçekleştiğini bildirme yükümü 1446.maddede düzenlenmiştir. Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir. Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilecektir.

Görüldüğü gibi tasarıda TTK m.1292'de olduğu gibi ihlale sigorta haklarının zayi olması gibi ağır bir sonuç bağlanmamış, bedelden oransal olarak indirim yapılması yolu ile sigorta ettiren lehine bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Sigortacı rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse ihbar yükümünün ihlaline dayanarak bedelden indirim imkanından yararlanamayacaktır.

Kanun kara sigortaları bakımından sigorta ettirenin koruma tedbirleri alma görevini 1293. maddede düzenlemiş bulunmaktadır.

TTK m.1293 gereğince, sigorta ettirene zararı önlemeye, azaltmaya ve hafifletmeye yarayacak tedbirleri almak yükümü getirilmiş olmakla birlikte, alınan tedbirlerden doğan masraflar bu tedbirler faydasız kalmış olsa bile sigortacıya yüklenmiştir²⁵⁰. TTK Tasarısının 1448. maddesi uyarınca da sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu durumlarda, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için, olanaklar ölçüsünde önlemler almakla yükümlüdür.

Ancak bu masraflar menfaat değerinin altında ise, yapılan masraflar ancak sigorta bedelinin menfaat değerinin tamamına olan nispetine göre ödenir. Bu ilke tasarının 1448.maddesinde de yer almaktadır.

1292. maddenin son fıkrasına yapılan atıf gereği bu hükmün ihlali halinde sigorta ettiren kimse kasten zararı önleme ve azaltma tedbirlerini almamış ise sigorta haklarını zayi eder. Sigorta ettiren kimsenin kusuru halinde, kusurun ağırlığına göre sigortacının ödemekle mükellef olduğu bedel indirilebilir.

MSSGŞ m. B.2.c. hükmü uyarınca da sigorta ettiren ve sigortalı, sigorta sözleşmesi yokmuş gibi gerekli kurtarma ve koruma önlemlerini almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek makul talimatlara uymak zorundadır.

Hekimin mesleki sorumluluk sigortası kapsamında sigortalı hekimin ne şekilde koruma tedbiri alabileceği tartışılmıştır. Örneğin sigortalı hekimin, hastasının reçetesine yanlış ilacı yazdığını fark etmesi ve hastasının bu ilacı almasını engellemesinin kurtarma tedbiri olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Zira doktorun hastasının yanlış ilacı almasını engellememesiyle zararı önleme görevine aykırı davranışı söz konusu olmaz, bu ilacın alınmasını

²⁵⁰ K.Şenocak, Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi, AÜHF 1995, S.1-4, S.409 vd.

engellememiş olması halinde rizikonun gerçekleşmesine kusurlu olarak sebebiyet vermiş olur (TTK. m. 1278)²⁵¹.

Yargıtay'ın konuya ilişkin eski tarihli bir kararında²⁵² malların yandığı yere konulmasını kurtarma ve koruma önlemleri kapsamında değerlendirmiştir. Oysa doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere bu yükümlülük ancak rizikonun gerçekleşmesinden sonra başlayacaktır. Tasarıda ise rizikonun gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu durumlarda, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması da bu kapsama alınmıştır. Bir başka ifade ile rizikonun gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu durumlarda, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması rizikonun gerçekleşmesinden önceki bir andan itibaren yerine getirilmesi gereken bir görev olarak düzenlenmiştir. Bu çözüm rizikonun gerçekleşme anının ve zarar nedeninin belirsiz olduğu durumlarda özellikle faydalı olacaktır. Konumuz kapsamında hekim uyguladığı tedavinin gereği gibi sonuç vermediğini veya yapılan bir müdahalenin hastanın sağlığında olumsuz etkiler göstermeye başladığını tespit ettiğinde rizikonun gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu düşünülebilir. Bu durumda hekim gerekli tedbirleri alarak zararın önlenmesi veya azaltılmasını sağlamakla yükümlü olacaktır.

Bununla beraber mevcut düzenlemede söz konusu yükümlülük ancak rizikonun gerçekleşmesinden sonra başlayacaktır.

Sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma görevi, zararların önlenilebileceği ve ya azaltılabileceği son ana; yani zarar olayının zarar verici etkileri sona erinceye kadar sürecektir²⁵³.

Sigorta ettiren, yalnızca mümkün olan ve kendisinden beklenebilecek derecede tedbirleri almakla yükümlüdür. Fakat sigorta ettirenin tedbir alması bakımından kendisine bir özen ölçütü getirilmiştir. MSSGŞ B.2.c. uyarınca

²⁵¹ K.Şenocak age s. 254.

²⁵² Yarg. 11.HD, E. 1977/1515 K. 1977/2212 T. 28.4.1977 (G.Eriş Gönen Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1987, C. 3. s.1195-1196)

²⁵³ K.Şenocak age s. 254; R.Kender s. S.217-218.

Sigorta ettiren, kurtarma tedbirlerinin alınması gerektiği bir durum karşısında, sigorta sözleşmesi yokmuş gibi gerekli kurtarma ve koruma önlemlerini almakla yükümlüdür.

MSSGŞ B.2.c. uyarınca sigorta ettirenin, sigortacının kurtarma tedbirlerine ilişkin talimatına uyması da zararı azaltma ve önleme görevinin kapsamı içerisinde düzenlenmiştir. Ancak sigorta ettiren, talimatın yanlış bilgiye istinaden verildiğinin farkına varır veya bu talimatın açıkça amaca uygun olmadığını ya da somut olayın şartlarının değişmesi nedeniyle artık amaca uygunluğunu kaybetmiş olduğunu saptarsa artık bunlara uyması söz konusu değildir.

Nitekim TTK Tasarısının 1448. maddesi uyarınca da sigorta ettiren, sigortacının bu konudaki talimatlarına olabildiğince uymak zorundadır. Ancak birden çok sigortacının varlığı ve bunların birbirlerine aykırı talimatlar vermeleri hâlinde, sigorta ettiren, bu talimatlardan zararın azaltılması ve rücu haklarının korunması bakımından en uygun olanını dikkate alır.

Zararı önleme ve azaltma görevinin ifasının hukuki sonucu, sigortacının, sigorta ettirenin kurtarma tedbirleri dolayısıyla yapmış olduğu masrafları tazmin etmesidir. Bunun yanı sıra, sigorta ettirenin bu faaliyet dolayısıyla neden olduğu zararlar da sigortacının tazminle yükümlü olduğu kurtarma masraflarının kapsamına girer. Sebepiyet verilen zarar sigorta himayesi dâhil olmasa dahi, sigorta himayesine dâhil olan bir zararın önlenmesi veya azaltılması için yapılan bir faaliyet sonucu doğmuş ise tazmin yükümü kapsamında olarak değerlendirilir²⁵⁴.

Gerçekleşmesi an meselesi olan bir zarar olayı dışında, aslında gerçekleşmek üzere olan bir zarar olayını önleme görevi, "zararı önleme ve azaltma görevi" içinde yer almaz. Bu tür bir önleme faaliyetinden doğan masraflar TTK m. 1278 kapsamında ele alınır ve sigortacının sırtına yüklenemez. Zira TTK'nun 1278'inci maddesi kapsamında sigorta ettiren sigortalanan rizikonun ger-

²⁵⁴ K. Şenocak age. 255.

çekleşmesini önlemek için gerekli önlemi bilerek almamış olduğu durumda artık kasten rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet vermiş olarak addedilecektir²⁵⁵.

TTK'nun 1293'üncü maddesinde 1292'nci maddeye yapılan atıf gereği, sigorta ettirenin, zararı azaltma görevini kasten ihlal etmesi halinde, sigortacı edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bir başka ifade ile görevin ihlaline bağlanan sonuç sigorta ettirenin sigorta himayesinden tamamen mahrum kalmasıdır. Sigorta ettirenin; zararı önleme ve azaltma görevini kusurlu olarak ihlal etmesi durumunda ise, sigortacının ödeyeceği tazminat miktarı bu kez kusurun ağırlığına göre indirilir. Aynı esas TTK tasarisının 1448. maddesinde de korunmuştur.

5. Bilgi Verme Ve Zarar Olayının Aydınlatılmasında Yardım Görevi

Sorumluluk sigortalarında, gerek sorumluluk davası bakımından gerekse sigortacının sigorta tazminatını ödemesi halinde rücu haklarını kullanabilmesi için sigorta ettirenin yardımına ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu nedenle, sigorta ettirene rizikoyu ihbar ile zararı önleme ve azaltma görevi yanında, sigorta ettirenin bilgi verme ve zarar olayının aydınlatılmasında yardım görevi, mağdurun tazminat talebini kabul etmeme ve yerine getirmeme görevi, sigortacının onu temsil yetkisini kullanmasına mani olmama görevleri de yüklenmiştir²⁵⁶.

Bütün bu görevlerde amaç, sigortacının zararı gerçeğe uygun olarak tespit etmesi ve mağdura hak ettiği tazminatın ödenmesidir.

TTK kapsamında açıkça yer almamakla birlikte TTK m.1292 de rizikonun ihbarında sınırlı da olsa rizikoya ilişkin bir takım bilgilerin sigortacıya iletilmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik.

²⁵⁵ K. Şenocak age. 256.

²⁵⁶ Bilgi verilecek hususlar sigortacı tarafından zaten biliniyorsa bu yükümün devam edip etmeyeceği tartışılmıştır. Tartışmalar için. bkz S.Ünan age. s.196. Kanaatimizce bildirilecek hususlar sigortacı tarafından zaten biliniyorsa artık ihbar yükümünden bahsedilmemelidir.

TTK tasarisının rizikonun ihbarına ilişkin 1446. maddesinde de aynı esas kabul edilmiştir.

Nitekim MSSGŞ B.2. maddesi gereği, sigorta ettiren sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğine ve sonuçlarının tespitine, tazminat yükümlülüğü ve miktarına ve hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermekle yükümlüdür.

Yine aynı maddede cezai kovuşturmalara ilişkin olarak da ayrıca bilgi verme görevi düzenlemiş bulunmaktadır.

Bu kapsamda, sigorta ettiren/sigortalı zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmaya geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek zorundadır. Zarar ziyan talebine ve cezai kovuşturmaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek de sigorta ettirenin bilgi verme yükümü kapsamına alınmıştır.

Sigorta ettiren kural olarak kendi aleyhindeki delilleri de toplamakla yükümlüdür; zira sigortacının olayı değerlendirmesi için her tür delile ihtiyacı vardır. Ancak sigorta ettirenin, aleyhindeki bir ceza soruşturmasında gerçeği söylememiş olması görevi ihlal niteliğinde değildir, zira doğru bilgi verme yükümünün yegâne muhatabı sigortacıdır²⁵⁷.

Bilgi verme görev yükümünün ihlali bakımından kusur şartı aranmaktadır²⁵⁸. Görevin ihlal edildiğini ve kusurun varlığını ispat yükü sigortacıya düşer²⁵⁹.

MSSGŞ kapsamında, sigorta ettirenin bilgileri elde etmesi bakımından ölçü ise “elde edilmesi mümkün bilgi ve belgelerdir”. Elde edilmesi mümkün

²⁵⁷ K.Şenocak age. s.258.

²⁵⁸ “Alman hukukunda görevin kasten ihlali halinde sigortacı edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Ancak bu sonucun gerçekleşmesi için Alman Federal Mahkemesi sigortacının uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna göre sigortacı, kasten ihlal üzerine sigorta ettirenin sigorta hakkını kaybedeceğini ona bildirmiş olmadıkça görevin kasten ihlal edildiğine dayanamaz. Ağır kusur durumunda ise sigortacının sorumluluktan kurtulması görevin ihlal edilmesi sebebiyle durumunun ağırlaşmış olmasına bağlıdır.” S.Ünan age. s.198

²⁵⁹ K.Şenocak age. s.256.

belgelerin neler olduğu *dürüstlük kuralı* çerçevesinde değerlendirilir. Bu bakımdan ele geçirilmesinde büyük güçlük bulunan bilgi ve belgelerin temin edilmesi sigorta ettirenden beklenmemelidir.

Bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme yükümlülüğü TTK tasarısının 1447. Maddesinde açık hükme bağlanmış bulunmaktadır. Buna göre, sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve kendisinden beklenebilecek olan her türlü bilgi ile belgeyi sigortacıya sağlayacaktır. Bu yükümlülüğün makul bir süre içinde yerine getirilmesi öngörülmüştür.

Ayrıca, sigorta ettiren, aldığı bilgi ve belgenin niteliğine göre, rizikonun gerçekleştiği veya ilgili yerlerde sigortacının inceleme yapmasına izin vermekle ve kendisinden beklenen uygun önlemleri almakla da yükümlüdür.

Bu yükümlülüğün ihlâl edilmesi sonucunda sigortacının sorumluluğunun artması halinde ise Tasarının 1447 maddesinin son fıkrası gereğince kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılması öngörülmüştür.

6 . Ödemededen, İkrardan Ve Sulh Sözleşmesinden Kaçınma Görevi

MSSGŞ B.2. maddesi gereğince sigorta ettiren Sigortacının yazılı onayı olmadıkça, sorumluluğu veya tazminat talebini kısmen veya tamamen kabul edemez, ödeme taahhüdünde bulunamaz ve zarar görenlere herhangi bir tazminat ödemesinde bulunamaz²⁶⁰.

Sigorta ettirenin "Zararı tazmin etmeyi taahhüt ediyorum", "Meydana gelen masrafları üstleniyorum" gibi şartsız kabul beyanları, mağdurun tazminat talebinin kabulü olarak değerlendirilecekken, zararı "sorumlu ise/sorumlu olduğu

²⁶⁰Ödemededen, ikrardan ve sulh sözleşmesinden kaçınma görevi hakkında bkz. S.Ünan age. s.195; K.Şenocak age. s.162 vd.

ölçüde” karşılayacağına ilişkin beyanlar kabul olarak değerlendirilmeyeceğinden söz konusu yükümün ihlali anlamına gelmez²⁶¹.

Sigorta ettiren, üçüncü kişinin tazminat talebini de yerine getiremez. Sigorta ettirenin üçüncü kişinin talebi karşısında kısmi de olsa ödeme yapması yasaktır²⁶².

Buna karşılık üçüncü kişinin tazminat talebini tek taraflı olarak sigorta ettirene olan borcuyla takas ettiğini beyan etmesi tek başına yasağın ihlali için yeterli değildir.

²⁶¹ K.Şenocak age. s.164.

²⁶² Taksitle ödemeler de yasaktır. Tarafların taksit ödemeyi kararlaştırması üzerine ilk taksidin ödenmesi ile sigortacıyı edim yükümlülüğünün tamamından kurtarabilecektir. Zira taksitli ödemenin kararlaştırılması sulh veya sorumluluk ikrarı anlamına gelir.

Bir görüşe göre, sigorta ettirenin, sigortacının kararına kadar avans vermesi, tazminat talebini kabul etme ve ödeme yasağının ihlali olarak nitelendirilemez. Şenocak’a göre, bu konudaki değerlendirme de somut olayın özelliğine göre yapılmalıdır. Buna göre, sigorta ettirenin, üçüncü kişiye yaptığı ödeme bu üçüncü kişinin haksız çıkması durumunda geri alabileceği bir ödünç ise, ödeme yasağının ihlali olarak kabul edilmemeli; geri alınmayacak ise, ihlal olarak değerlendirilmelidir. K.Şenocak age. s. 263.

IV.BÖLÜM

HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI

A. HEKİMİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi ve Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Olağan Feshi

Sigorta poliçesinde belirtilen sürenin dolmasıyla sigorta sözleşmesi kural olarak son bulur²⁶³. İlke olarak feshi ihbarda bulunmaya gerek yoktur.

Ne var ki, bazı poliçelerde feshi *ihbar kaydı* mevcuttur. Bu takdirde poliçede gösterilen süre dolmuş olsa bile, feshi ihbar şartına uyulmadığı takdirde sözleşmenin kendiliğinden *uzamış* olduğu kabul edilir. Söz konusu kayıt hem sigortacının hem de sigorta ettirenin yararınadır, zira sigorta ettiren sigorta himayesinden bir anda mahrum kalmayacağı gibi sigortacı da müşterisini kaybetmemiş olacaktır²⁶⁴. MSSGŞ’nda bu tür bir kayıt yer almazken sigorta ettiren aleyhine olmadığı için bu tür bir kayıt özel şartlar arasında yer alabilir²⁶⁵.

Diğer taraftan MSSGŞ C.5. maddesinde tebliği ve ihbarların ne şekilde yapılacağı da açık hükme bağlanmıştır. Buna göre; sigortalının ve sigorta ettirenin

²⁶³ “... Sigorta poliçesinden anlaşılacağı gibi, taraflar arasındaki sigorta ilişkisi en son 28.10.1978 tarihine kadar devam etmiştir. bu tarihten sonra akdin yenilendiği kanıtlanamamış ve sigorta primi de ödenmediğine göre, davacının sigorta müddetinin yukarıda belirtilen sürenin hitamından sonra gerçekleşen riziko nedeniyle artık davalı sigorta şirketinden herhangi bir istemde bulunamayacağını kabulü gerekir.” 11. Hukuk Dairesi 1981/1153 E. ,1981/1001 K. 9.3.1981 T. (www.kazanci .com.tr Başvuru Tarihi 25 Mayıs 2008)

²⁶⁴ K. Şenocak age. s. 283.

²⁶⁵ Sigorta poliçesinde sigorta sözleşmesinin ne zaman sona ereceği kararlaştırılmamışsa o zaman, taraflardan birinin mahkemeye başvurması ile yani *dava yolu* ile sigorta süresinin sona erdiği saptanabilir. Ulaş age. s.93.

bildirimleri, sigorta şirketinin merkezine veya sigorta sözleşmesine aracılık eden acenteye yapılır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında da sigortacının bildirimlerinin sigortalıya karşı yapılacaksa sigortalının, sigorta ettirene karşı yapılacaksa sigorta ettirenin son bildirilen adresine noter eliyle veya taahhütlü mektupla yapılacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır.

MSSGŞ uyarınca taraflara imza karşılığı elden verilen mektup veya telgrafla yapılan bildirimler de taahhütlü mektup hükmünde kabul edilmiştir. Aynı şekilde, güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılan ve sigortacıya, sigortalıya ve sigorta ettirene ulaştığı kanıtlanabilen bildirimler de geçerli sayılır.

TTK. nun 1282/son maddesine göre, mahkemelerce sigorta süresine ilişkin değerlendirme yapılırken, sigorta sözleşmesinin yapılmasında tarafların müşterek amaçları, yerel teamül ve diğer olaya özgü durumlar göz önünde tutularak sonuca varılmalıdır.

Fesih beyanı tek taraflı yenilik doğurucu, şarta bağlanamayan ve karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran bir beyandır. Beyanın karşı tarafa ulaştığını ispat yükü fesih ihbarında bulunana aittir²⁶⁶.

Sigorta ettirenin fesih beyanının şarta bağlanmış olması veya gerekli şekil şartlarını taşıyamaması durumunda söz konusu ihbarın geçersiz olduğu hususunda sigortacının dürüstlük kuralı gereği sigorta ettireni uyarması gerekir²⁶⁷. Ancak sigorta ettiren bu geçersizliği biliyor veya ağır kusuru nedeniyle bilmiyorsa bu yükümlülük ortadan kalkar.

²⁶⁶ K.Oğuzman-N.Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul 2006, s. 186.

²⁶⁷ "...Sigortacıya benzer bir yükümlülük, zamanından önce veya sonra ya da akitte kararlaştırılan şekle aykırı olarak yapılması sebebiyle geçersiz olan fesih beyanları için de yüklenmiştir. Sigortacının bu yükümlülüğü, *doğruluk ve dürüstlük kuralından* doğmaktadır. Buna karşılık, sigorta ettiren, yaptığı feshi ihbarın geçersizliğini açıkça biliyorsa, sigortacının bu durum hakkında sigorta ettireni bilgilendirme yükümü yoktur. Sigorta ettirenin bu konudaki bilgisizliğinin kendisinin ağır kusuruna de sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü sona erer." K.Şenocak age. s. 286.

2. Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Olağanüstü Feshi

Mesleki sorumluluk sigortası, mukavelesi süresinin sona ermesi dışında olağanüstü feshi gerektiren kanuni ve akdi (Genel şartlarda öngörülen) sebeplerle de feshedilebilir.

TTK iki halde sigorta sözleşmesinin olağanüstü feshini öngörmektedir.

Bunlardan ilki sigorta ettirenin tutumuyla riziko ağırlaşması nedeniyle fesih halidir. Mesleki sorumluluk sigortasında, sigorta ettirenin tutumuyla riziko ağırlaştığı takdirde, sigortacı, bu durumu ister sigorta ettirenin ihbarı üzerine ister başka bir surette öğrensin, öğrenme tarihinden itibaren 8 gün içerisinde feshi ihbar edebilir. (TTK. m. 1291/II, III)²⁶⁸.

Yukarıda da ele almış olduğumuz üzere MSSGŞ kapsamında söz konusu yükümlüğün ihlaline iki ayrı yaptırım bağlanmıştır. Buna göre, rizikonun ağırlaşması durumunun sigortacı tarafından öğrenilmesinden sonra, değişiklik, sigortacının sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren hâllerden ise sigortacı, sekiz gün içinde sözleşmeyi fesheder veya prim farkını talep etmek suretiyle sözleşmeyi yürürlükte tutar. Sigorta ettiren, talep edilen prim farkını kabul ettiğini sekiz gün içinde bildirmediği takdirde ise sözleşme feshedilmiş olur. MSSGŞ kapsamında prim farkının kabulünün sekiz gün içinde bildirilmemesi ileri etkili bir fesih olarak akdi sona erdiren bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır.

TTK'nun1302'nci maddesine göre ise, "Sigorta akdi, sona ermezden önce sigortacı veya sigorta primi henüz ödenmediği takdirde, sigorta ettiren kimse, Borçlar Kanunu'nun 82'nci maddesinde yazılı hale düşerse, diğer taraf taahhüdün yerini ne getirileceğine dair teminat talep ve bu tarihten üç gün içinde teminat verilmemiş ise, sigorta mukavelesini feshedebilir." Aciz halinin kabulü için,

²⁶⁸ A. Bozer age. s.78; R.Kender age. s.203; K. Şenocak age. s. 224, S.Ünan age. s. 178; *M.Omağ, Ağırlaşma, s.23.*

tarafardan birinin muaccel borçlarını ifa için yeterli para ve ekonomik araçlardan sürekli olarak yoksun olması gerekir.

Diğer taraftan, doktrinde sürekli nitelikte bir borç ilişkisi teşkil eden sigorta sözleşmesinin Borçlar Kanunu kapsamında olağanüstü fesih yolu ile sona erdirebileceği ifade edilmiştir²⁶⁹. Zira sürekli borç ilişkileri karşılıklı güven esasına dayanır. Bu güvenin sarılması ve işlem temelinin çökmesi dürüstlük kuralının özel bir uygulaması olarak sözleşmenin feshine imkân verir²⁷⁰.

İşlem temelinin çökmesi teorisine dayalı olarak olağanüstü fesih yolunun mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesine de uygulanabileceği kabul edilmiştir²⁷¹.

Diğer taraftan taraflar sözleşmede “haklı nedenle fesih” hükmü öngörebilirler. Söz konusu haklı nedenlerin varlığı halinde de fesih mümkündür²⁷².

3. Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Konusunun Ortadan Kalkması

Sigorta poliçesiyle teminat altına alınan *menfaatin*, sigorta süresi içerisinde sigorta teminatına alınan riziko çeşidinin dışındaki bir nedenle *ortadan kalkması* halinde sigorta sözleşmesi *kendiliğinden*, sona erer²⁷³.

Mesleki sorumluluk sigortasında hekimin mesleki faaliyeti kapsamındaki rizikolar sigorta himayesi altına alınmaktadır. Bu nedenle hekim mesleki

²⁶⁹ I.Ulaş age. s.94; A. Bozer age. s.37.

²⁷⁰ Bu konuda bkz. Ö.SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s . 202.

²⁷¹ FIKENTSCHER, W.: Schuldrecht,8. Aufl., Berlin-New York 1991,s. 40; LARENZ, K.: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14, Aufl., München 1987,s. 137.(Şenocak s.288'den naklen)

²⁷² Şenocak age. s.289

²⁷³ R.Kender age. s. 261, I.Ulaş age. s.94, K. Şenocak age. s. 294.

faaliyetine kesin biçimde son verdiğinde artık rizikonun ortaya çıkma ihtimali de ortadan kalkmış dolayısı ile sözleşme konusuz kalmış olacaktır²⁷⁴.

Rizikonun gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması hali TTK'nda düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde sigorta kapsamındaki rizikonun gerçekleşme olasılığının kesin biçimde ve sürekli olarak ortadan kalkması halinde artık sözleşmenin sona ereceği kabul edilmektedir²⁷⁵. Zira bu durumda sigortacının edimi imkansız hale gelmektedir.

MSSGŞ'nda rizikonun gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması hali C.6. maddesinde düzenlenmiştir.

MSSGŞ uyarınca sigorta himayesi altındaki ve poliçede tanımlanan mesleki faaliyete son verilmesi hâlinde sigorta sözleşmesi sona erecektir. Bu sona erme ileri etkilidir bundan sonraki işlemeyen günlere ait prim sigorta ettirene iade edilecektir.

4. Tarafların Anlaşmaları

Bütün sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi, sigorta sözleşmelerinde de tarafların bu konuda anlaşmaları ile her zaman sözleşme ilişkisine son verilmesi mümkündür.

5.Taraflardan Birinin Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinden Dönmesi

Gerek TTK gerekse MSSGŞ bazı hallerde taraflara cayma hakkı tanımıştır. Bunlar dışında sözleşmede farklı nedenlerle cayma (dönme) hakkı tanınması da mümkündür. Cayma (dönme) hakkının kullanılması ile sözleşme ile de sona erebilir. Dönme beyanı geriye etkili (ex tunc) olarak sözleşmenin sonuçlarını en baştan etkisiz hale getirir²⁷⁶.

²⁷⁴ K.Şenocak age. s.294.

²⁷⁵ K.Şenocak age. s.295.

²⁷⁶ Öztan, ihbar Mükellefiyeti, s.117.

Bu şekilde sona erme hallerine örnek olarak, sigorta ettirenin TTKnun 1290. maddesinde belirtilmiş bulunan *ihbar* mükellefiyetini yerine getirmemesi halinde sigortacının sözleşmeden cayabileceği (dönebileceği) ifade edilmiştir. Buradaki “cayma” ifadesi doktrinde “dönme” “sözleşmeden rücu” anlamında olarak kabul edilmektedir²⁷⁷.

Aynı şekilde sözleşme öncesi ihbar yükümünün ihlali halinde geriye etkili dönme hakkı MSSGŞ m. C.2.’de düzenlenmiş bulunmaktadır.

Diğer taraftan prim borcunun ödenmesinde temerrüt halinde TTK 1295/2 ve 1297/2. maddelerinin iptali ile söz konusu kanun maddeleri ve bu maddelere dayanılarak yapılan sigorta genel şartları da uygulanamayacaktır. Bu nedenle, prim taksitlerinin zamanında yatırılmaması durumu Borçlar Kanunundaki genel düzenlemelere tabi olacaktır. BK.nun 106 hükmü uyarınca borçlu temerrüdüne dayalı olarak sözleşmeden dönme imkanı söz konusu olduğundan bu tür dönme ile de sözleşme sona erdirilebilecektir. Nitekim MSSGŞ m. C.1. Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir.

B. ZAMANAŞIMI

Sigorta hukukuna ilişkin *zamanaşımı* TTKnun sigorta hukukuna ilişkin beşinci kitabının genel hükümler bölümünün 1268 nci maddesinde yer almıştır²⁷⁸. Anılan madde hükmüne göre, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bütün talep hakları iki yılda zamanaşımına uğramaktadır.

Sözleşmenin taraflarının, sözleşme hükmü ile TTKnun 1268 nci maddesinde belirtilmiş bulunan *iki yıllık* zamanaşımı süresini TTKnun 6 ncı maddesi uyarınca değiştirmeleri mümkün değildir. Diğer bir deyişle, TTKnun

²⁷⁷ K.Şenocak age. s.243; R.Kender age. s. 188; H.Arseven, “Türk Ticaret Kanununun Umumi Hükümlerinin Meydana Çıkardığı Bazı Meseleler, Banka Ve Ticaret Hukuku Haftası, 1969, 1960 Ankara, s.183. Ulaş, TTK m. 1292 kapsamında ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmemesine bağlanan yaptırımın geriye etkili fesih olduğu ifade etmektedir. Oysa bu maddelerde ihlale bağlanan yaptırım sigorta ettirenin sigorta haklarının zayi olmasıdır. Bu anlamda geriye etkili olarak sözleşmenin ortadan kalkması söz konusu değildir.(I.Ulaş age. s. 94-95.)

²⁷⁸ Bu hüküm, sigorta hukuku kitabının genel hükümlerinde düzenlendiği için *can sigortalı* da dahil olmak üzere bütün sigorta türlerini kapsamına almaktadır. I. Ulaş age. s.91.

1268 nci maddesindeki zamanaşımı süresini değiştiren sözleşme hükümleri geçersiz olup, nazara alınmazlar.

Zamanaşımı süresinin geçip geçmediğini saptamak için, her şeyden önce, zamanaşımının başlangıç gününün bilinmesi gerekir²⁷⁹. Çünkü BK. nun 128. maddesi “Zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu zamanda başlar” genel kuralını getirmiştir. Bu itibarla zamanaşımı konusunda alacağın muaccel olduğu tarihin bilinmesi ayrı bir önem taşır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; TTK. nun 1299/1. maddesi hükmü gereğince, sigorta bedelini ödeme borcu, bütün mal sigortalarında, rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbar borcunun (1292. madde hükmünce) doğduğu tarihte muaccel olur ve zamanaşımı da bu tarihte işlemeye başlar²⁸⁰.

TTKnun 1264/1. maddesinin “*Bu kitapta hüküm bulunmadıkça sigorta mukavelesi hakkında Borçlar Kanunu hükümleri tatbik olunur.*” hükmü gereği zamanaşımı süresinin kesilmesiyle ilgili olarak BK’nun 133/1. Maddesi uygulanacaktır. Buna göre sigortacının borcunu ikrar etmesi ve mahsuben ödeme yapması halinde²⁸¹ ile zamanaşımı kesilecektir.

²⁷⁹ “TTK.nun 1268 nci maddesi uyarınca sigorta sözleşmesinden doğan alacakların iki yılda zamanaşımına uğrayacağı, ancak, zamanaşımı süresinin başlangıcı için TTK.nun 1264 ncü maddesi yollamasıyla BK.nun 128 nci maddesine bakılmasının gerektiği, bu maddeye göre zamanaşımı süresi'nin alacağın muaccel olacağı zamanda başlayacağı, Tekne Poliçesi Genel Şartlarının B.2 nci maddesine göre sigortalının 9 adet belgeyi sigortacıya sunma yükümlülüğünün bulunduğu, bu belgelerden birinin de dispeç raporu olup, dispeç raporunun tasdiki için İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açılan dava tarihi itibarıyla zamanaşımı süresinin dolmadığı, davalı tarafından TTK.nun 1441 ve 1377. maddeleri uyarınca kazanın öğrenilmesi ile zamanaşımı süresinin başlayacağı savunulmamış ise de, TTK.nun 1441 nci maddenin 1.f/2 nci cümlesi uyarınca Poliçe Genel Şartlarının B.2 maddesi gereğince muacceliyet tarihinin dispeç raporuna ötelendiği, dispeç raporunun tasdiki için açılan dava ile bu dava arasında zamanaşımı süresinin dolmadığı gerekçesiyle zamanaşımı itirazının reddinin gerektiği, geminin denize ve yola elverişli durumda iken gemi personelinin kusuruyla hasarlandığı, donatanın gemi personeline müdahalede bulunma imkanına sahip olmamakla, kusurunun bulunmadığı, 01.10.1983 tarihli INSTUTE TIME CLAUSES HULLS özel şartlarının 6 ncı maddesi uyarınca rizikonun teminat kapsamında bulunduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile (533.073) USD.nin dava tarihinden itibaren işleyecek döviz faiziyle birlikte, fiili tahsil tarihindeki TL karşılığının davalıdan tahsiline fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir.” *Yarg. 11.HD, E. 2004/8805 K. 2005/6559 T. 21.6.2005* (www.kazanci.com.tr, Başvuru tarihi 29.03.2008)

²⁸⁰ A.Bozer age. s.148, 149.

²⁸¹ "TTKnun 1264/1. maddesinde (bu kitapta hüküm bulunmadıkça sigorta mukavelesi hakkında Borçlar Kanunu hükümleri tatbik olunur) denilmektedir. BK'nun 133/1. maddesine göre ise (borçlu borcu ikrar ettiği takdirde, zamanaşımı kesilmiş olur.) davalı sigorta şirketi ibraname düzenlemek suretiyle borcu kabul etmiş olduğundan zamanaşımının olayımızda gerçekleştiğinin kabulü mümkün değildir» 11.HD Daire 5.12.1984 gün ve 1984/5729-6071 sayılı kararı

TTK Tasarısının, sorumluluk sigortalarında zamanaşımını düzenleyen 1482.maddesi gereğince; sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren beş yılda zamanaşımına uğrayacaktır.

MSSGŞ'nın C.9 hükmü de mevcut TTK'na paralel olarak mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan bütün taleplerin iki yılda zaman aşımına uğrayacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu zamanaşımı süresi bakımından da yukarıda ifade ettiğimiz üzere TTK m.1264/1.'in BK hükümlerine atfı ile BK'nun 133/1. maddesi hükmü tatbik olunacaktır.

Ancak iki yıllık zamanaşımı sözleşmenin taraflarını bağlar, üçüncü kişilerin talepleri genel hükümlere tabidir. Örneğin konumuz kapsamında doğrudan başvuru hakkına sahip mağdur hasta dayandığı hukuki sebebin (Sözleşme, için 10 yıl, Haksız fiil için 1 yıl) tabi olduğu zamanaşımına tabi olacaktır²⁸².

«Her ne kadar TTK'nun 1292 ve 1268. maddeleri hükümleri gereğince sigortalının rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği tarihten itibaren 8 gün sonra zamanaşımı işlemeye başlar ve bu tarihten iki yıl sonra zamanaşımına uğrar ise de davalı sigorta şirketi tarafından yazılan iki yazı içerikleri itibariyle kabul ve ikrar niteliğinde olup, BK'nun 133/1 nci maddesi hükmü gereğince zamanaşımı kesilmiş ve aynı yasanın 135/2 nci maddesi hükmü gereğince de işlemeye başlayan yeni zamanaşımı süresi 10 yıl olmakla dava açıldığı tarihte bu zaman aşımı süresi geçmemiş bulunduğundan mahkemelerin zamanaşımı def'inin reddi ile esasa girilip hüküm tesis etmesi gerekir. ... » 8.11.1982 gün ve 1982/4597-4475 sayılı karar

²⁸² I.Ulaş age. s.98; A. Bozer age.127.

SONUÇ

Hekimlik mesleği gerek toplum gerekse birey hayatı bakımından büyük bir öneme sahiptir. Sorumluluk kavramı günümüzde çok yönlü olarak gelişmektedir. Hastaların hakları konusunda bilinçlenmesi ile hekimin sorumluluğu kavramı ile daha sıklıkla karşılaşılmaktadır. Hekimlerin mesleki faaliyetleri sırasında kendilerine yöneltilebilecek tazminat taleplerine karşı sigortalanması da, gelişmiş ülkelerde olduğu gibi bir ihtiyaç halini almaktadır. Çok büyük miktarlara ulaşabilen tazminat taleplerinin hekimin malvarlığından karşılanamaması hem hekimler hem de hastalar için olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir.

Hekimin mesleki faaliyetini ifa ederken üçüncü kişilere verdiği zararların sigortalanması günümüzde özellikle riskli hekimlik branşları için önem kazanmaktadır. Hekimin Mesleki Sorumluluk sigortası ile hekimin hatalı teşhis tedavi ve uygulamalarından zarar görenlerin kendisine yönelttikleri tazminat talepleri sözleşmede belirtilen miktara kadar teminat altına alınmaktadır.

Uygulamada doğan ihtiyaç karşısında Mesleki Sorumluluk sigortası ÜŞKMMSUŞ'nın genel uygulamasından kurtarılarak, Hazine Müsteşarlığınca Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (MSSGŞ) ile özel olarak düzenlenmiştir. Hekimin mesleki sorumluluk sigortası ise, Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası klozu ile pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur.

TTK hükümleri ve MSSGŞ uyarınca, sigortalanan riziko hekimin akitten, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görme hükümlerinden doğan sorumluluğuna dayalı olarak kendisine tazminat talebinde bulunulmasıdır. Söz konusu riziko yer, zaman ve kişi bakımından olduğu gibi prim-riziko dengesine etki edebilecek yüksek riskli haller ile sigortalının kastı gibi sigorta hukuku ilkelerinden doğan istisnalar ile de sınırlandırılmıştır. Buna göre ancak hekimin, ülke sınırları içerisinde mesleki faaliyetini ifa ederken sözleşme süresinde ve öncesindeki zarar olayına dayalı sözleşme süresin yöneltilecek talepler ve/veya sözleşme süresinde meydana gelen zarar olayından kaynaklanan sözleşme süresi geçirildikten sonra ileri sürülen talepler teminat altına alınmaktadır.

Sigortacı sigorta ettirene ileri sürülen talepleri inceleyecek ve haklı bulduğu talepleri sigorta limitine kadar karşılayacaktır. Ayrıca hukuki himaye taahhüt etmesi halinde ise haksız taleplere karşıda sigorta ettireni himaye edecektir. Mağdur üçüncü kişilerin, sigortalı hekimin zarar gören hastalarının da sigortacıya doğrudan başvurabileceği kabul edilmektedir.

Sigorta ettiren de sigorta himayesine kavuşmak için sigorta primini ödemesinin yanı sıra yasal görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Buna göre sigorta ettiren ilgili TTK ve MSSGŞ hükümleri uyarınca sözleşme öncesi rizikoyu değerlendirmeye yarayacak hususları, rizikonun ağırlaştığını ve gerçekleştiğini bildirmekle yükümlü olduğu gibi, rizikonun gerçekleşmesinden sonra gerekli tedbirleri almak, zararın ağırlaşmasını önlemek, sigortacının haklarının korunması ve bilgi temini hususunda yardım etmekle de yükümlüdür.

Hekimin mesleki sorumluluk sigortası olağan veya olağanüstü fesih, dönme gibi yollarla sona erdirilebileceği gibi; işbu sözleşmeden doğan tüm talepler de iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

MSSGŞ düzenlemesi ile mesleki sorumluluk sigortaları uygulamasında tartışmalı olan birçok husus açıklığa kavuşmuş bulunmaktadır. Ne var ki söz konusu genel şartlar da açık olmayan hususlar bulunduğu gibi, hekimin sorumluluğu alanındaki gelişmeler karşısında söz konusu düzenlemenin uygulama içinde geliştirileceğini söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

A) GENEL YAPITLAR

ARSEVEN, Haydar, Sigorta Hukuku, İstanbul 1991.

BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004

CLARKE, Malcome, The Law of Insurance Contracts, 3th Edition, London 1997

DARRINGTON, Ashton, The Law of Liability Insurance, Londra 1990

DOĞANAY, İsmail - Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Cilt 3 –İstanbul 2007

DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1999

ERİŞ, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ankara 1987, C. 3.

KENDER, Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 9.Bası, İstanbul 2008.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, Droit des Assurances, 9e édition, Dalloz, Paris 1995

OĞUZMAN, Kemal- ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2006

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I Ankara 1985

TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/
ALTINTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, İstanbul 1993

TERCIER Pierre, Les Contrats Spéciaux, 3e édition, Zurich 2003

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, c.n, Özel Borç İlişkileri,
Ankara 1977

ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları,
İstanbul 2007

B) UZMANLIK YAPITLARI

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk,
Ankara 1991

İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006

OLGAÇ, Sezai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve ilgili
Özel Kanunlar, C.III, Ankara 1969

REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç
İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin sorumluluğu, Ankara 1998

C) TEZLER

ŞENOCAK, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000

ÜNAN, Samim, İsteğe Bağlı Genel Sorumluk Sigortasında Riziko,
İstanbul 1998.

D) SÜRELİ YAYINLAR

a) Makaleler

ATABEK, Reşat – Sezen Mehmet, “*Hekimin Mesuliyeti*”, İBD 1986, S.1 s.150-151

ATABEK, Reşat, Zarar Görenin Doğrudan Sigortacıya Müracaat Hakkı, Batıder, 1971 C.VI., S.I. s.3 vd.

BOZER,

Ali“*Hayat Sigortalarında İhbar Mükellefiyeti*”, *Batıder 1960, C.I, S.1,s. 93-100 (Anlış: Bozer,İhbar Mükellefiyeti).*

CAN, Mertol, “*Sigorta Ettirenin Sigorta Primini Ödeme Borcunu İfade Te merrüde Düşmesinin Sonuçları*”, *Batıder 2005, C.XXIII, S.1, s. 170*

DONAY, Sulhi,“*Doktorun Hukuki Sorumluluğu*”, İst. İkt. Tic.İl.Der. 1968,S.20, s.44-45.

FRANKO, Nisim, Sigorta Akdinde Rizikonun Ağırlaşması, IX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumuna Sunulan Tebliğ, Ankara 1992

KENDER, Rayegan, Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti Ve Türleri, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, Ankara 1977

METEZADE, Zihni, *Mesleki Sorumluluk Sigortaları ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu*, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e Armağan, İstanbul 2007, s.886 vd.

OĞUZMAN, Kemal- BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2006

OMAĞ, Kemal, Sağlık Sigortalarında Akdin Kuruluşundaki İhbar Mükellefiyetine İlişkin bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi (Sigorta Hukuku Dergisi 1999 Sayı: 1, s.107.)

OMAĞ, Kemal, *Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu*, Ankara 1985 (Anılış: M.Omağ, Ağırlaşma)

ÖZ, Bekir, Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu, ABD., 1984, 5.5, s.706

ÖZTAN, Fırat, Sigorta Akdinin İn'ikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966

REİSOĞLU, Seza, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983

TERCIER Pierre, *Les Contrats Spéciaux*, 3e édition, Zurich 2003

ÜNAN, Samim, 573 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle Getirilen Düzen Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edildikten Sonra Genel Şartlar Aracılığıyla Aynen İleri Sürülebilir Mi? *SHD 1999, S.1 s. 16.*

YONGALIK, Aynur, Çevre Sorumluluk Sigortası, Ankara 1998

b) Yargıtay Kararları için:

www.kazanci.com.tr

c)Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İçin:

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>(Son başvuru tarihi 23 Temmuz 2008)

ÖZGEÇMİŞ

Dilek Demirezen 1983 yılında İstanbul'da doğdu. İlk ve orta öğrenimini İstanbul'da tamamladı. 2000 yılında Sakıp Sabancı Anadolu Lisesi'nden ikincilikle mezun oldu. Aynı yıl Sabancı Vakfı Onur ödülüne hak kazandı. 2004 yılında Hızı Veldet Velidedeoğlu farazi dava yarışmasında Galatasaray Üniversitesi takımı ile birincilik ödülü kazandı. 2006 yılında Fribourg Üniversitesi değişim programına katıldı. 2006 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinden birincilikle mezun oldu. 2007 yılında avukatlık stajını tamamlayarak İstanbul Barosuna kaydoldu. 2008 yılına dek İstanbul'da Karaman Hukuk Bürosunda avukatlık yapmış olup, halen Ankara'da uluslararası bir hukuk bürosunda avukatlık yapmaktadır.