

İKİNCİL SİGORTA SÖZLEŞMELERİ

Damla KÜÇÜK*

ÖZ

İkincil sigorta sözleşmesi; sigortacının, zararın birincil sigorta sözleşmesinde belirlenen sigorta bedellerinin üstünde kalacak belli bir kısmını, birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin tüketilmesi koşuluyla ödemeyi üstlendiği bir sigorta sözleşmesi türüdür. Bir başka ifade ile risk gerçekleştiğinde ortaya çıkan zarar miktarı, birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelini aşmadığı ve bu bedel fiilen tüketilmediği sürece, sigorta ettiren ikincil sigorta sözleşmesini akdeden sigortacıya başvuramaz. Bu durum ikincil sigorta sözleşmesi bağlamında sigortacının tazminat ödeme borcunun ne zaman doğmuş sayılacağı, sigortacının sigorta ettireni savunma yükümlülüğünün olup olmadığı ve / veya sigorta ettirenin savunma masraflarını ödeme borcunun olup olmadığı ve bu meseleler bağlamında birincil sigortacı ile ikincil sigortacının ilişkileri bakımından, bir takım hukuki meselelerin doğmasına yol açmaktadır. Türkiye’de ikincil sigorta sözleşmeleri hali hazırda yapılıyor, dolayısıyla Yargıtay tarafından bu sözleşmeler bağlamında ortaya çıkan meseleler için bir takım içtihatlar oluşturulmuş olsa da, bu sözleşmelerle ilgili literatür oldukça kısıtlıdır. Bu bakımdan, çalışmada ikincil sigorta sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkan çeşitli hukuki meseleler Anglo Sakson - Amerikan Hukukunda bulunan çözümler ışığında, Türk Hukuku’nda geçerli kural ve ilkeler bakımından irdelenmeye, bazı önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İkincil sigorta sözleşmesi, Kapsamlı ikincil sigorta, Takip eden ikincil sigorta, Sigortacının tazminat ödeme borcu, Sigortacının savunma borcu.

EXCESS INSURANCE CONTRACTS

ABSTRACT

Excess insurance contract is a type of insurance contract in which the insurer undertakes to pay a certain portion of the loss which is excess to the insurance amount specified in the primary insurance contract, providing that the insurance amount in the primary insurance contract is exhausted. In other words, unless amount of loss which shows up when risk occurs exceeds the insurance amount in primary insurance contract, policyholder can't claim against insurer of excess insurance contract. This

* **Dr. Öğr. Üyesi;** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi E-Posta: dkucuk@sakarya.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-4246-0764

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733327

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/10/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/03/2020

situation, in the context of excess insurance contract, causes to raise some legal issues about when insurer's obligation to indemnify is born, whether insurer has a duty of defend and / or has an obligation to pay defense costs and relationship between primary and excess insurer. Although, excess insurance contracts is readily made in Turkey, and because of that, some precedent is developed by Supreme Court for issues shows up in the context of these insurance contracts, related literature is very limited. In this respect, in this work, it has been tried to examine some legal issues arising in the context of excess insurance contracts and brought some suggestions, in the light of the solutions found in the Anglo-Saxon - American Laws.

Keywords: *Excess insurance contract, Umbrella excess insurance, Following form excess insurance, Insurer's obligation to indemnify, Insurer's duty of defend.*

I. Giriş

İkincil sigorta sözleşmeleri, yurt dışında özellikle çevre sorumluluk, ürün sorumluluk veya yönetici sorumluluk sigortası gibi büyük meblağlarda zarara yol açabilen risklerin temin edildiği, sorumluluk sigortaları bağlamında yaygın olarak yapılan bir sigorta sözleşmesi tipidir¹.

Bu sözleşmeler, Türkiye'de aynı riski temin eden zorunlu – ihtiyari sigorta bağlamında zaten yapılmaktadır. Dahası son dönemlerde sigorta şirketlerinin zorunlu sigortaların olmadığı riskler kapsamında da “şemsiye”, “fazlaya ilişkin sorumluluk” ya da “tazmin edilemeyen zararlar için ilave fazla limit” gibi adlar altında, ikincil sigorta sözleşmeleri yaptıklarını duyurmaya başladıkları görülmektedir². Buna rağmen bu sözleşmelerin içeriği, koşulları, uygulamasında ortaya çıkabilecek sorunların ne olduğu / olabileceğine ilişkin yeterli çalışma yoktur.

Kökeni bakımından, hasar fazlası reasürans sözleşmelerinin³ sigorta

¹ Bkz. WELLS, s. 4; SEAMAN / KITTREDGE, s. 653.

² Bkz. “Sorumluluk Sigortaları”, (<https://www.chubb.com/tr-tr/corporate/liability-insurance.aspx>, Erişim Tarihi: 12.08.2019); “Yönetici Sorumluluk Sigortası”, (https://www.unicosigorta.com.tr/assets/uploads/Yonetici_Sorumluluk_Sigortasi.pdf, Erişim Tarihi: 23.05.2019); “İşveren sorumluluk sigortaları Türkiye’de kendine yaygın bir uygulama alanı buluyor.”, Haber Tarihi: 02.10.2018, (<http://www.bestyayincilik.com/Haberler/Haberler.aspx?HABER=11179>, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

³ Hasar fazlası reasürans sözleşmesinin (loss of excess reinsurance) ilk kez yirminci yüzyılın başlarında gerçekleşen San Francisco depreminin ardından Lloyd's piyasasında faaliyet gösteren Cuthbert Heath adlı bir sigortacı tarafından geliştirildiği kabul edilmektedir, bkz.

sözleşmelerine uyarlanmış şekli olan ikincil sigorta sözleşmelerinin, ana yurdu aynı nedenle Anglo Sakson - Amerikan ülkeleridir ve ülkemize de aynı pratiğin aktarılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Dahası bu hukuk düzenlerinde uzun bir geçmiş olan ikincil sigorta sözleşmeleriyle ilgili geniş bir literatür oluşmuştur. Bu nedenle çalışmada ilk olarak ikincil sigorta sözleşmelerinin Anglo Sakson - Amerikan Hukuku bağlamında bir takdimi yapılacaktır ve bu sözleşmelerle ilgili öne çıkan meseleler kısaca irdelenecektir. İkinci bölümde, ikincil sigorta sözleşmelerinin ülkemizdeki durumundan bahsedilecek, Türk Sigorta Hukuku'ndaki benzer kavramlarla bir karşılaştırması yapılmaya çalışılacaktır. Son bölümdeyse ikincil sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak ortaya çıkan meseleler, Türk Sigorta Hukuku'na ilişkin düzenleme ve ilkeler bağlamında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. Anglo Sakson – Amerikan Hukukunda İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Excess / Secondary Insurance)

A. Tanımı ve Genel Özellikleri

İkincil sigorta sözleşmesi; sigortacının zararın, birincil sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan kısmının üstünde kalan belli bir kısmını tazmin etmeyi taahhüt ettiği ve tazminat ödeme yükümlülüğünün, birincil sigorta sözleşmesinde kararlaştırılmış olan sigorta bedel/lerinin tamamının ödenmiş olmasına (tüketilmesi) bağlandığı sözleşmelerdir⁴. Bu nedenle ikincil sigorta

NOMER, s. 194; “How Umbrella Policies Started”, (<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BuVGFulrbKsJ:https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/how-umbrella-policies-started-part-1-early-liability-coverage&hl=tr&gl=tr&strip=1&vwsr=0>, Erişim Tarihi: 23.05.2019); BURLING, / LAZARUS, s. 11.

Hasar fazlası reasürans; sigortacının daha küçük zararlar için (zararın ilk kısmı) tüm sorumluluğu üzerinde tuttuğu, ancak hasarın reasürans sözleşmesinde tespit edilen (bu ilk) kısmının üstünde kalan ikinci kısmının, birincil reasürör tarafından üstlenildiği, birincil reasürörün ödeyeceği bu hasar kısmının üstünde kalan kısmın da bu şekilde belli limitler dahilinde ve katmanlar halinde ikinci, üçüncü vd. reasürör tarafından ödenmesinin kararlaştırılabildiği bir reasürans türüdür. Bu hususta bkz. NOMER, s. 194 vd; ATABEK, s. 37 vd; OMAĞ, (2002), s. 109, 110; “How Umbrella Policies Started”,

(<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BuVGFulrbKsJ:https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/how-umbrella-policies-started-part-1-early-liability-coverage&hl=tr&gl=tr&strip=1&vwsr=0>, Erişim Tarihi: 23.05.2019). Hasar fazlası reasüransın bu yönden kümül oluşturan hasarlarda ve katastrofik olaylarda, sigorta şirketinin mali dengesinin korunması için etkili sözleşmeler olarak kabul edilmektedir, bkz. “Hasar Fazlası Reasürans Anlaşması (Excess Of Loss Treaty)”, (<https://www.tsb.org.tr/reasurans.aspx?pageID=440>, Erişim Tarihi: 23.05.2019); ATABEK, s. 37.

⁴ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 656; MASTERS / STANZLER / ANDERSON, s. 13.7; TUCCI, s. 288; TUYTEL, s. 19; MARICK, s. 717; RICHMOND, s. 1; WELLS, s. 3 – 10,11;

sözleşmesi (excess / secondary / next layer – level) adıyla anılır⁵. Bu yönden ikincil sigorta sözleşmeleri, sigorta ettireni⁶ belli bir meblağın üstündeki katastروفik hasarlara karşı korumayı amaçlayan sözleşmelerdir⁷.

Tabi bu tanım birincil sigorta sözleşmesinin tanımlanmasını gerektirir ki birincil sigorta sözleşmesi (primary / underlying insurance) bu bağlamda; teminat kapsamındaki riskin gerçekleşmesiyle birlikte, sigorta tazminatının ilk önce (derhal) talep edilebileceği sigorta sözleşmelerini anlatır⁸. Keza birincil sigorta sözleşmesini akdeden sigortacılar, teminat kapsamına giren risk gerçekleştiğinde, sigorta ettirenin savunmasından ve tazmin edilmesinden ilk sırada sorumlu olan sigortacılar olarak görülürler⁹.

Bu söylenenleri örneklendirmek gerekir: Aynı sigorta dönemi için aynı riske karşı, bu riskin gerçekleşmesiyle ortaya çıkabilecek zararın ilk 100.000 TL kısmı için A sigortacısıyla, ikinci 100.000 TL kısmı için ise B sigortacısı ile ancak ilk sigorta sözleşmesi kapsamında tazminat ödemesi yapılması koşuluyla sigorta sözleşmesi akdedildiğinde birincil – ikincil sigorta sözleşmesi durumu ortaya çıkar¹⁰.

Birincil ve ikincil sigorta sözleşmeleri birbirinden bağımsız, ayrı sözleşmelerdir¹¹. Hatta verilen teminatın şartları bakımından doğrudan birincil sigorta sözleşmesine atıf yapılan “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleri”nde (follow – form policy) dahi bu durum birincil ve ikincil sigortacı arasında müteselsil bir sorumluluk halinin doğmasına; birincil sigortacının karar ve davranışlarının birincil sigortacıyı bağlamasına yahut ikincil sigorta sözleşmesinin birincil sigorta sözleşmesinin bir parçası haline gelmesine neden olmaz¹².

DOLDEN / RIDGWAY, s. 3.

⁵ Bu sigortalama tekniği ile böylece aynı risk, biri diğerinin üstünde yer alan katmanlar halinde birden fazla sigorta sözleşmesi ile temin edilebilir. Bir başka ifade ile üçüncül ve devamı sigorta sözleşmelerinden de bahsetmek mümkündür, bkz. WELLS, s. 3.

⁶ Makalede aradaki farka işaret edilmesi gerekli olmadıkça, sigorta ettiren kavramı sigortalıyı da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

⁷ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 656; MARICK, s. 715 – 718; FREDERICKS, s. 285.

⁸ Bkz. MASTERS / STANZLER / ANDERSON, s. 13.8; MARICK, s. 716; WELLS, s. 2; DOLDEN / RIDGWAY, s. 3; SEAMAN / KITTREDGE, s. 655.

⁹ Bkz. RICHMOND, s. 1.

¹⁰ Benzer bir örnek için bkz. WELLS, s. 2.

¹¹ Bkz. TUCCI, s. 288.

¹² Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 22; HUBERTY / ZELLER, s. 1.

İkincil sigorta sözleşmeleri, yangın vb mal sigortaları bağlamında da yapılsa da, üçüncü kişiye karşı doğacak tazminat sorumluluklarının önceden ölçülemeyecek, ciddi meblağlara ulaşabilme ihtimali nedeniyle, neredeyse sorumluluk sigortalarıyla özdeş haline gelmiş bir sözleşme tipidir¹³.

Birincil ve ikincil sigorta sözleşmelerinin ayrı sigortacılar tarafından akdedilmiş olmasına gerek yoktur¹⁴. Birden fazla birincil sigorta sözleşmesi ile temin edilmiş farklı risklerin tek bir ikincil sigorta sözleşmesi ile sigorta edilmesi ise mümkündür. Örneğin, hem aracına gelecek zararlar için, hem aracın işletilmesinden doğacak tazminat sorumluluğu için iki ayrı birincil sigorta sözleşmesi yaptıran sigorta ettiren, bu iki zarar riski için tek bir ikincil sigorta sözleşmesi yapabilir¹⁵.

Son olarak ikincil sigorta sözleşmelerinde sigorta primi, birincil sigorta sözleşmesinin varlığı nedeniyle tazminat ödeme riski daha düşük olduğu için, kural olarak daha düşük tespit edilir¹⁶.

B. İkincil Sigorta Sözleşmesinin Temel Alt Türleri

1. Gerçek İkincil Sigorta Sözleşmeleri (True Excess Insurance)

Bu sözleşmeler doğrudan ikincil sigorta sözleşmesi olarak düzenlenen sözleşmelerdir. Kendi içinde “bağımsız ikincil sigorta sözleşmeleri” (self-contained / stand alone excess insurance), “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleri” (following form excess insurance) ve “kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleri” (umbrella excess insurance) olarak üçe ayrılır:

a) Bağımsız İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Self-Contained / Stand Alone Excess Insurance)

Birincil sigorta sözleşmesinde verilen sigorta teminatının kapsamını genişletmeyen ve teminatın şartları, tanımlar ve istisnalar gibi sözleşme

¹³ Bkz. WELLS, s. 4. Nitekim çalışmadaki açıklamalar esas olarak sorumluluk sigortaları temelinde yapılmıştır.

Bu bağlamda tamamlayıcı sağlık sigortası adıyla anılan sigortalardan da bahsetmek gerekir. İkincil sigorta sözleşmesi ile benzer bir mantığa dayansa da, bu sözleşmeler sosyal sigorta olarak genel sağlık sigortası kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan tedavi masrafları için yapılmaktadır. Ayrıca bu nedenle de çalışmanın dışında tutulmuştur.

¹⁴ Bkz. WELLS, s. 4.

¹⁵ Bkz. MARICK, s. 719 – 725, 726.

¹⁶ Bkz. MARICK, s. 715 - 718; DOLDEN / RIDGWAY, s. 3; SEAMAN / KITTREDGE, s. 653 – 657, 658; FREDERICKS, s. 294.

hükümlerinin, birincil sigorta sözleşmesinden bağımsız bir şekilde belirlendiği, ikincil sigorta sözleşmeleridir¹⁷. Yani sadece birincil sigorta sözleşmesi ile taahhüt edilen sigorta bedelleri artırılmış olur¹⁸.

b) Takip Eden İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Following Form Excess Insurance)

Üçüncü kişi tarafından yapılan tazminat talebinin soruşturulması, sigorta ettirenin savunulması, savunma masraflarının ödenmesi, sigorta bedellerinin limitleri ve ikincil sigorta sözleşmesinde ayrıca düzenlenmiş olan hükümlerle uyumayan hükümleri hariç, teminatın şartları, tanımlar, istisnalar vb açısından doğrudan birincil sigorta sözleşmesine atıf yapan sözleşmelerdir¹⁹. Ancak bu sözleşmelerde de sadece birincil sigorta sözleşmesi ile taahhüt edilen sigorta bedelleri artırılmış olur.

c) Kapsamlı İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Umbrella Excess Insurance)

Kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleriye; sigorta ettirenin savunulması taahhüdü ile birlikte, birincil sigorta sözleşmesinin teminat kapsamını genişleten sözleşmelerdir²⁰. Bu nedenle hem birincil hem ikincil sigorta sözleşmesinin özelliklerini taşıyan karma sözleşmelerdir²¹. Örneğin, aracın işletilmesinden doğacak maddi kayba dayalı tazminat sorumluluğu için birincil sigorta sözleşmesi yaptıran sigorta ettiren, hem maddi tazminat hem birincil sorumluluk sigorta sözleşmesinde temin edilmeyen manevi tazminat taleplerini kapsayacak şekilde ikincil sigorta sözleşmesi akdedebilir²². Bu durumda risk gerçekleştiğinde, ikincil sigortacı manevi tazminat talepleri için birincil sigortacı gibi davranacakken, maddi tazminat talepleri bakımından ikincil sigorta sözleşmesine özgü hükümler uygulanacaktır²³.

¹⁷ Bkz. RICHMOND, s. 1; SEAMAN / KITTREDGE, s. 660; KELLEY, s. 1; WELLS, s. 6.

¹⁸ Bkz. RICHMOND, s. 1.

¹⁹ Bkz. RICHMOND, s. 1; DOLDEN / RIDGWAY, s. 4; MARICK, s. 718; WELLS, s. 5; SEAMAN / KITTREDGE, s. 658.

²⁰ Bkz. RICHMOND, s. 1; TUYTEL, s. 19; MARICK, s. 718, 719; WELLS, s. 4; SEAMAN / KITTREDGE, s. 660.

²¹ Bkz. MARICK, s. 719; DOLDEN / RIDGWAY, s. 4; SEAMAN / KITTREDGE, s. 660.

²² Krş. Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. 3.

²³ Benzer bir örnek için bkz. MARICK, s. 719 – 725, 726. Ayrıca bkz. WELLS, s. 4 - 11.

2. Tesadüfi İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Excess Insurance by Coincidence)

Zarar gören kişinin başvurabileceği ve “diğer sigorta klozu”nu²⁴ (other insurance clause) içeren birden fazla birincil sigorta sözleşmesinin olduğu durumlarda, bu kloz nedeniyle tesadüfi olarak ortaya çıkar. Bu yönden bilinçli olarak ikincil sigorta şeklinde düzenlenen gerçek ikincil sigorta sözleşmelerinden de ayrılırlar²⁵.

Verilen en yaygın örnek ise üçüncü kişinin tazminat talebine yol açan kaza esnasında aracın kendi sorumluluğunu ayrıca sigorta ettirmiş bir kişi tarafından sürülüyor olması durumudur. Sürücünün ve aracın sahibinin sorumluluk sigortaları, sözleşmelerde yer alan “diğer sigorta” hükümleri sayesinde rastlantısal bir silsileye dahil olacaklardır ki kural olarak malikin sigortası birincil, sürücününki ise ikincil sigorta olarak kabul edilmektedir²⁶.

C. İkincil Sigorta Sözleşmesi Bağlamında Ortaya Çıkan Belli Başlı Meseleler

Aynı risk ve zarar için hem birincil hem ikincil sigorta sözleşmesinin yapılmış olması, birincil sigortacı, ikincil sigortacı ve sigorta ettiren bakımından bir takım meselelerin de doğmasına yol açmaktadır. Bu başlık altında, genel hatları ile bu hususta öne çıkan meseleler üzerinde durulacaktır:

1. İkincil Sigortacının Sigorta Tazminatını Ödeme Borcunun Doğumu

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ikincil sigorta sözleşmesinde sigortacı birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin tüketilmesi halinde ve bu bedelin üstünde kalan belli bir zarar miktarı için sorumlu olur²⁷.

Genel olarak birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedeli, birincil sigorta sözleşmesinde verilen teminatın kapsamına göre sigortacının, sigorta

²⁴ “Diğer sigorta” klozlarının temel amacı aynı zarar için iki kez tazminat ödenmesini yani çifte sigortayı (double insurance) engellemektir, bkz. CAMPEN, s. 165. Bu klozlar hakkında ayrıca bkz. ŞENOCAK, (2002), s. 161 vd.

Sorumluluk sigortasında çifte sigortanın olup olamayacağı meselesi hakkında bkz. HIZIR, s. 296; ŞENOCAK, (2009), s. 201 vd.

²⁵ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 657; FREDERICKS, s. 286.

²⁶ Bkz. MARICK, s. 717, 718; SEAMAN / KITTREDGE, s. 657.

²⁷ Bkz. MARICK, s. 731; RICHMOND, s. 5; WELLS, s. 10.

[†]abi kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleri kısmen bu kuralın dışında kalır, bkz. WELLS, s. 11.

ettirenin bir sulh anlaşması veya mahkeme kararı neticesinde zarar gören üçüncü kişiye ödemesi gereken tazminatı ya da sigorta ettirenin savunma masraflarını yahut bu ikisini birlikte ödenmesiyle tüketilmiş olur²⁸.

Ancak sigorta sözleşmesinin içeriğine göre, aynı sözleşme bağlamında farklı sigorta bedeli kavramlarıyla karşılaşmak mümkündür. Örneğin birincil sigorta sözleşmesinde teminat kapsamındaki her bir zarar türü için ödenebilecek azami bir sigorta bedeli (per /each – occurrence policy limit) tayin edilmiş olabilir. Bu durumda, aynı tür zarardan kaynaklandığı sürece sigorta ettiren aleyhine üçüncü kişilerce yapılan taleplerin sayısının bir önemi yoktur²⁹. Zira sigorta bedeli bu talepler arasında paylaşılır. Ancak sigorta ettiren aleyhine yapılan talepler farklı türdeki zararlara ilişkin ise poliçede belirlenmiş bu sigorta bedeli her bir talep için indirim yapılmadan ödenir. Üstelik eğer sözleşmede ayrıca bir “toplam sigorta bedeli” tespit edilmemişse, sigortacı teminat süresi içinde gerçekleşen her bir zarar türü için tespit edilmiş sigorta bedelini, sınırlama olmaksızın tekrar ve tekrar ödemek zorunda kalır³⁰.

Örneğin, sigorta sözleşmesinde ürün sorumluluğu kapsamında gerçekleşecek bedeni zararlar için ödenebilecek azami sigorta bedeli olarak 1.000.000 TL tespit edilmiştir. Sigorta ettirene karşı iki tazminat talebi yapılmış, birinci talep için 900.000 TL, ikinci talep için 600.000 TL üzerinden sulhe varılmıştır. Bu durumda birincil sigorta kapsamında birinci talep için 900.000 TL, ikinci talep için ise sadece 100.000 TL tazminat alınabilecektir. Geri kalan 500.000 TL için ikincil sigortacıya başvurulabilecektir. Oysa sigorta ettirenin ürün sorumluluğu kapsamında biri bedensel diğeri mala ilişkin zarar için (mala ilişkin zararlar için de asgari sigorta bedelinin 1000 TL olarak tespit edildiği kabul edilirse) iki ayrı talep yapılmış olsaydı, her iki talep de tam değerleri üzerinden birincil sigortacı tarafından karşılanacaktı³¹.

Karşılaşılması olası ikincil sigorta bedeli ise teminat süresi boyunca yapılacak tüm talepler için toplamda ödenebilecek azami meblağı gösterir. Bu

²⁸ Bkz. WELLS, s. 11.

Birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedellerinin tüketildiğini ispat yükü ise sigorta ettiren kişinin üstündedir. Çünkü sigorta ettiren, bu bedellerin tüketilip tüketilmediği ve zamanını sigortacıya göre dahi iyi bilebilecek bir pozisyondadır, bkz. COUGHLIN / MIDLIGE / PEREZ / HRINEWSKI, s. 3; SEAMAN / KITTREDGE, s. 672.

²⁹ Bkz. WELLS, s. 11.

³⁰ Bu hususta bkz. WELLS, s. 12; O’CONNOR, s. 40 vd.

³¹ Örnek için bkz. WELLS, s. 12.

nedenle bu sigorta bedeli de “toplam sigorta bedeli” (aggregate / total policy limit) olarak adlandırılabilir³². Yukarıdaki örnek devam ettirilecek olursa, birincil sigorta sözleşmesinde aynı zarar türü için belirlenen sigorta bedeline ek olarak, bir de ürün sorumluluğu kapsamında ödenecek tüm tazminatlar için 2.000.000 TL’lik toptan sigorta bedeli tespit edilmiş olsaydı, biri bedensel diğeri mala ilişkin iki talebin karşılanması ile birincil sigorta sözleşmesi açısından sigorta bedeli tüketilmiş olacaktır³³.

Tabii mesele bu kadar basit değildir. Keza ortaya çıkan farklı durumlar birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin ne zaman ve hangi koşullar altında tüketilmiş, dolayısıyla ikincil sigortacının tazminatı ödeme borcunun ne zaman doğmuş sayılacağı hususunda çeşitli tartışmaların doğmasına yol açmaktadır³⁴ ki bu durumların ayrı alt başlıklar altında ele alınması daha doğru olur:

a) Birincil Sigorta Sözleşmesinin Olmadığı Durumlarda

Daha önce de ifade edildiği üzere, ikincil sigorta sözleşmeleri birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin üstünde kalacak zararın belli bir kısmını tazmin etmek üzere yapılan sözleşmelerdir. İkincil sigortacı, ancak belli bir meblağın üstündeki zararlar için tazminat ödeyeceği öngörüsü ile prim miktarını belirlemiş ve riski üstlenmiştir. Dolayısıyla, zararın ilk kısmını teminat altına alan bir sigorta sözleşmesinin olmaması, bu kısım için kendiliğinden ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğmasını sağlamayacaktır.

Zaten ikincil sigorta sözleşmelerine bu hususu garanti altına alacak hükümler koyulur ki bunlardan birisi “devam klozu” (maintenance clause) olarak çevrilebilecek hükümdür³⁵.

Bu kloz vasıtasıyla ikincil sigorta sözleşmesi yürürlükte olduğu sürece, sigorta ettirenden varlığını beyan ettiği ve zararın ilk kısmını temin eden birincil sigorta sözleşmesi veya sözleşmelerini devam ettirme taahhüdü alınır³⁶. Sigorta ettirenin bu taahhüdünü yerine getirmemesi sigorta tazminatını talep hakkını

³² Bkz. WELLS, s. 13.

³³ Örnek için bkz. WELLS, s. 13.

³⁴ Bkz. MARICK, s. 732.

³⁵ Örnek bir poliçe hükmü için bkz. Policy Excess Liability (Form: SXSG 10/12), Article 6.6, s. 8. (<https://www.ssr.co.uk/frontdoor/resources/catlin-excess-liability-wording.pdf>, Erişim Tarihi: 10.09.2019).

³⁶ Bkz. MARICK, s. 732; SEAMAN / KITTREDGE, s. 669.

tamamen kaybetmesine yol açabilmektedir³⁷. Buna örnek olarak, literatüre de yansımış olan ve Illinois Eyaleti Beşinci Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından verilmiş şu karar gösterilebilir:

Sigorta ettiren deniz ticareti ile uğraşan bir şirkettir. 50.000 Dolar bedelle birincil sigorta sözleşmesinin sürdürüleceği taahhüdünde bulunarak, 100.000 Dolar bedelle sorumluluk sigortası olarak ikincil sigorta sözleşmesi akdetmiştir. Ancak sigorta ettiren birincil sigorta sözleşmesini yapmayı ihmal etmiştir. İkincil sigorta sözleşmesinin yürürlükte olduğu bir dönemde gerçekleşen kaza neticesinde, bir kişi (Lanny Whitehead) yaralanmış ve açılan davada sigorta ettiren şirket 126.000 Dolar tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Yaralan kişi, daha sonra bu hükme dayanarak İllinois Eyaleti'nin Madison Bölgesi'nde (Madison Country) bulunan ilk derece mahkemesinde (trial court) açtığı davada, ikincil sigortacıdan 76.000 Dolar talepte bulunmuştur. Ancak sigortacı, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle, tazminatın herhangi bir kısmını ödemeyi reddetmiştir. Ortaya çıkan uyuşmazlıkta birinci derece mahkemesi, ikincil sigortacının, birincil sigorta sözleşmesi yürürlükte olsaydı, sorumlu olacağı 76.000 Dolar'lık kısmını ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak bu karar Temyiz Mahkemesi tarafından; beyan yükümlülüğü ihlali iddiası olsun olmasın, sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesini akdetmemesi halinin başlı başına bir ihlal olduğu; ikincil sigortacının, birincil sigorta sözleşmesinin olmadığı yerde, üstlendiği risk karşılığında aldığı prime yansıtılmayan daha büyük bir risk altında kaldığı gerekçesiyle sorumlu tutulamayacağı belirtilerek, bozulmuştur³⁸.

Bununla birlikte, sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesinin yapılması / devam ettirilmesi yükümlülüğünü ihlalinin, ikincil sigorta sözleşmesini geçersiz hale getirmeyeceği, ancak bu tür bir ihlal halinde ikincil sigortacının, sadece sigorta ettiren bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı, ödemek durumunda kalacağı miktarla sorumlu olacağına ilişkin hükümler içeren ikincil sigorta sözleşmeleri de vardır³⁹.

³⁷ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 669; FREDERICKS, s. 293.

³⁸ Bkz. "Whitehead v. Fleet Towing Co.", Appellate Court of Illinois (442 N.E.2d 1362 (Ill. App. Ct. 1982)). (<https://www.courtlistener.com/opinion/2056033/whitehead-v-fleet-towing-co/>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

Ayrıca bkz. MARICK, s. 732, 733.

³⁹ Bkz. MARICK, s. 733.

b) Birincil Sigortacının Borcunu Ödeyemez Hale Düşmüş Olması Durumunda

İkincil sigortacının tazminat ödeme borcu bağlamında tartışılan bir başka mesele de birincil sigortacının ödeme güçlüğüne düştüğü için sigorta tazminatı ödeyemiyor olmasının, ikincil sigortacıyı (onun yerine) tazminatı ifayla yükümlü hale getirip getirmeyeceğidir⁴⁰.

Meselenin çözümünde yine ilk etapta ikincil sigorta sözleşmesinde sigorta tazminatının hangi koşullar altında ödeneceğini gösteren hükümler esas alınmaktadır⁴¹. Eğer ikincil sigorta sözleşmesindeki hüküm; sigorta ettirenin birincil sigortacıdan ödeme güçlüğü nedeniyle tahsil edemediği bedeli de talep edilebileceği şeklinde yorumlanmaya müsait değilse; örneğin poliçede açık bir şekilde, birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin tüketilmesi şartı getirilmişse, ikincil sigortacının bir sorumluluğunun doğmadığı kabul edilir⁴². Tabii ikincil sigortacının -birincil sigortacı ödeme güçlüğüne düşmüş olsun olmasın- sadece birincil sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin üstündeki belirli zarar kısmı için sorumlu olacağını söyleyen bu tür açık sözleşme hükümleri dışında, aynı sonuca varılmasını sağlayan başka gerekçeler de bulmak mümkündür: Bir kere birincil sigortacının ödeme güçlüğüne düşmesinin, ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunu doğuran bir sigorta olayı olarak görülmesi zordur; keza birincil sigortacının ödeme güçlüğüne düşmesi veya iflası, ikincil sigortacının taşımayı üstlendiği bir risk değildir⁴³. Dahası ikincil sigortacı aldığı primi, sadece birincil sigorta bedelinin üstündeki zarar kısmından sorumlu olacağı varsayımına göre daha düşük belirlemiştir. Ayrıca ikincil sigorta sözleşmesinde sigorta ettirene, zararın ilk kısmı için birincil sigorta sözleşmesi yapma ve bunu sürdürme yükümlülüğünün getirilmiş olması da farklı bir sonuca ulaşmayı zorlaştırır⁴⁴.

Oysa ikincil sigorta sözleşmesindeki hüküm, sigorta ettirenin birincil sigortacıdan ödeme güçlüğü nedeniyle de olsa tahsil edemediği bedelin talep

⁴⁰ Bkz. WELLS, s. 15; SEAMAN / KITTREDGE, s. 670.

⁴¹ Bkz. MARICK, s. 735; RICHMOND, s. 6; WELLS, s. 16.

⁴² Bkz. MARICK, s. 733 vd; WELLS, s. 16, 17.

⁴³ Krş. ŞENOCAK, (2002), s. 157 vd.

⁴⁴ Bkz. “Zurich Insurance Company v. The Heil Company”, United States Court of Appeals Seventh Circuit (815 F.2d 1122 / 05.06.1987). (<https://openjurist.org/815/f2d/1122/zurich-insurance-company-v-heil-company>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

Ayrıca bkz. MARICK, s. 734; WELLS, s. 17; SEAMAN / KITTREDGE, s. 671, 672.

edilebileceği şeklinde yorumlanmaya müsaitse⁴⁵ (örneğin poliçede sadece birincil sigortacıdan tahsil (collectible) veya tazmin (recoverable) edilebilecek meblağların tüketilmesinden bahsedilmişse) ikincil sigortacı tazminat ödemek zorunda kalabilecektir⁴⁶.

Bu tür lehte veya aleyhte yorumlanabilecek hükümlerin yokluğundaysa, çoğunluk mahkeme birincil sigortacının ödeme güçlüğüne düşmüş olmasının, ikincil sigortacıyı ne birincil sigortacı tarafından ödenmesi gereken sigorta tazminatını ödemeye, ne yine aslında birincil sigortacı tarafından fonlanması gereken sigorta ettirenin savunmasını üslenmeye zorlayabileceğini kabul etmektedir⁴⁷.

c) Birincil Sigortacının Zarar Gören Üçüncü Kişi İle Sigorta Bedelinin Altındaki Bir Meblağ Üzerinde Sulh Olması Durumunda

Acaba, ikincil sigortacıya karşı tazminatı talep hakkı saklandığı halde, birincil sigortacının -ki zarar miktarı normalde birincil sigorta bedelinin tükenmesine yol açacakken- kendi sigorta bedelinin altında bir meblağ üzerinden ulaşılan bir sulh ile borcundan kurtulması⁴⁸, ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğması bakımından birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi olarak kabul edilebilir mi?

Bir başka ifadeyle birincil sigorta bedelinin tüketilmiş sayılması için bu bedelin fiilen ödenmiş olması gerekir mi⁴⁹?

Meseleyi bir örnekle açıklamak gerekebilir: Birincil sigorta sözleşmesinde, meydana gelecek zararın ilk 10 TL'si için, ikincil sigorta sözleşmesindeyse birincil sigorta bedelinin üstünde kalacak (ikinci) 10 TL'lik zarar miktarı için teminat sağlanmıştır. Teminat kapsamındaki risk gerçekleşmiş ve sigorta ettiren 15 TL tazminat ödeme ihtimaliyle karşı karşıya kalmıştır. Ancak birincil sigortacı zarar gören üçüncü kişiyle 8 TL üzerinden

⁴⁵ Keza poliçenin muğlak ifadelerinin düzenleyenin aleyhine yorum (contra proferentem) ilkesi gereği sigorta ettiren lehine yorumlanması esastır, bkz. MARICK, s. 735.

⁴⁶ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 671; MARICK, s. 734.

Örnek bir karar için bkz. "Reserve Insurance Co. v. Pisciotto", Supreme Court of California (S.F. No. 24323 / 02.18.1982>). (<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/30/800.html>, Erişim Tarihi: 20.06.2019).

⁴⁷ Bkz. RICHMOND, s. 6; TUYTEL, s. 19.

⁴⁸ Sigortacı ile sigorta sözleşmesindeki bedellerin altındaki bir tazminat miktarı için sulh olunmasına yol açan nedenler hakkında bkz. O'CONNOR, s. 42 vd.

⁴⁹ Bkz. COUGHLIN / MIDLIGE / PEREZ / HRINEWSKI, s. 3; FREDERICKS, s. 304 vd.

anlaşmaya varmış ve ibra edilmiştir⁵⁰. Böyle bir durumda birincil sigortacı tarafından ödenmeyen 2 TL'lik kısma sigorta ettiren kendisi katlanıp, birincil sigorta bedellerinin tüketildiğini iddia ederek, geri kalan 5 TL için ikincil sigortacıya başvurabilecek midir?

Azınlıkta kalan mahkeme tarafından ikincil sigorta sözleşmesindeki hükümlerin yorumuna dayanarak bu soru hayır şeklinde cevaplanmaktadır. Bu mahkemelere göre; her ne kadar aradaki zarar farkına sigorta ettirenin katlanması birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi ile aynı etkiyi yaratıyor olsa da, sözleşme hükümlerinin birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesi için, bu bedellerin tamamının fiilen sigortacı tarafından ödenmesini gerektiren açık ifadesi, ikincil sigorta sözleşmesi kapsamında tazminat istenmesine engel olur⁵¹.

Ancak hakim görüş; birincil sigortacı tarafından ödenmeyen kısma sigorta ettirenin kendisi katlandığı yani ikincil sigortacıya zaten ödemeyi taahhüt ettiği zarar kısmı için başvurulduğu sürece, bu tür anlaşmaların birincil sigorta bedellerinin tüketildiği anlamına geleceğini kabul etmektedir⁵².

d) Zararın Gerçekleşmesinden Sonra Birincil Sigorta Sözleşmesinde Değişiklik / Düzeltme Yapılması Durumunda

Bu mesele özellikle teminatın kapsamı bakımından birincil sigorta sözleşmesinin şart ve hükümlerine atıf yapan, takip eden ikincil sigorta sözleşmelerinde (following form excess insurance) ortaya çıkar⁵³. Zararın gerçekleşmesinden sonra, birincil sigortacı ile sigorta ettirenin, ikincil sigortacının da tazminat ödeme borcunun doğumuna yol açacak şekilde birincil sigorta teminatının koşullarında değişiklik ve düzeltme yapması halinde, bunun ikincil sigortacıyı tazminat ödemek zorunda bırakıp bırakmayacağı sorusunun cevaplanması gerekir.

Bu meseledeki baskın görüş ise ikincil sigortacının genellikle dayandığı birincil sigorta sözleşmelerini gözden geçirmeden, bu sözleşmelerin şart ve

⁵⁰ İlgili mahkeme kararları ve örnek için bkz. WELLS, s. 14; COUGHLIN / MIDLIGE / PEREZ / HRINEWSKI, s. 4, 5; MARICK, s. 735.

⁵¹ Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. BAILEY, s. 2 vd.

⁵² Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 24; WELLS, s. 14; COUGHLIN / MIDLIGE / PEREZ / HRINEWSKI, s. 4 vd; BAILEY, s. 1; O'CONNOR, s. 65.

⁵³ Bkz. MARICK, s. 737.

Ayrıca bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 659, 660.

hükümleri hakkında bir inceleme ve soruşturma yapmadan kendi sözleşmesini düzenlemesi nedeniyle, sonradan yapılan bu tür değişikliklerle bağlanacağı ve bir itirazda bulunamayacağı yönündedir⁵⁴:

Bu mesele için örnek olarak gösterilen bir davada sigorta ettiren aleyhine talep edilen tazminat, birincil sigortacı tarafından önce teminat dışı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. İkincil sigorta sözleşmesindeyse bu tür bir zarar açısından birincil sigorta sözleşmesinin şart ve hükümlerinin takip edileceği yazılıdır. Bu nedenle ikincil sigortacı da tazminat ödemeyi reddetmiştir. Ancak birincil sigortacının sözleşme yapılırken brokerin talimatlarını izlemekte kusurlu davrandığı ve zararın aslında teminat kapsamında kaldığı anlaşılmış ve birincil sigorta sözleşmesi buna uygun olarak düzeltilmiştir. İkincil sigortacı ise kararında direnmiştir. Mahkeme ise ikincil sigortacının kendi sigorta sözleşmesini düzenlerken birincil sigorta sözleşmesini hiçbir zaman gözden geçirmedeği, ayrıca ikincil sigorta sözleşmesi akdedilmeden evvel ne birincil sigortacı ne de sigorta ettirenin brokeri tarafından ikincil sigortacıya herhangi bir tavsiyede bulunulmadığı; bir yönlendirmenin yapılmadığı gerekçesiyle, ikincil sigortacının birincil sigorta sözleşmesinde yapılan değişiklik ve düzeltmelerle bağlı olacağına karar vermiştir⁵⁵.

e) Hasarın Dikkate Değer Bir Zaman Aralığına Yayılmış Olması Durumunda (Gradual / Progressive Injury / Damage)

Özellikle olay esaslı teminatın (occurrence based policy)⁵⁶ verildiği

⁵⁴ Bkz. MARICK, s. 737 vd.

⁵⁵ Karar için bkz. “LE Myers Co. v. Harbor Ins. Co.”, Supreme Court of Illinois, ((77 Ill. 2d 4 (1979) 394 N.E.2d 1200 / 09.19.1979). (<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1979/51675-6.html>, Erişim Tarihi: 17.06.2019).

Ayrıca bkz. MARICK, s. 737.

⁵⁶ Sigortacının tazminat borcunun doğumu, hasarın teminat süresi içinde meydana gelmiş olması koşuluna bağlanmış ise “olay esaslı teminattan” bahsedilir ki tazminat talebinin sözleşme süresi içinde ya da sonrasında yapılması mümkün olduğu gibi, hasara neden olan olayın da teminat süresi içinde gerçekleşmesine gerek yoktur. Buna karşılık sigortacının tazminat borcunun doğumu için, sigorta ettiren aleyhine yapılan tazminat talebinin sözleşme süresi içinde olmasının arandığı durumlarda “talep esaslı teminat” var demektir (claim made policy). Talep esaslı teminatın verildiği bazı sözleşmelerde ayrıca talebin sigortacıya ihbarının da teminat süresi içinde olması aranır (claims – made and reported policy), bkz. HOGG, s. 518 – 532; BONNER, s. 1.

İkincil sigorta sözleşmelerinin gerek olay esaslı gerek talep esaslı düzenlenmesi mümkündür, bkz. “Claims Made and Professional Liability Insurance Coverage”, Pennsylvania Bar Institute Publication, 2014, s. 13. (<https://www.reedsmith.com/-/media/files/perspectives/2014/01/employment-practices-liability-insurance-in-an-evo/files/pbi-insurance-recovery-article/fileattachment/websitepbi-insurance-recovery-article.pdf>, Erişim Tarihi: 20.06.2019).

sorumluluk sigortaları bakımından ortaya çıkan bir mesele de dikkate değer bir zaman aralığına yayılan bedeni veya mala ilişkin hasarlar söz konusu olduğunda, bu zaman aralığında yürürlükte olan hangi sigorta sözleşmeleri kapsamında sigorta tazminatının ödenmesi gerekeceği sorusudur⁵⁷. Bu konudaki en yaygın örnek ise asbestos içerikli ürünle temastan doğan zararlardır. Çünkü üçüncü kişinin maddeye maruz kalması ile bedeni hasarın (ölüm, hastalık, sakatlık vb) ortaya çıkması arasında dikkate değer bir zaman aralığı olabilmektedir⁵⁸. Aynı durum sigorta ettirenin inşa ettiği binadan sorumluluğu için de söz konusudur; ayıp yıllar sonra ortaya çıkabilmektedir.

Bu yönden hasarın nasıl ve ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına, dolayısıyla hangi sigorta sözleşmesi veya sözleşmelerini etkileyeceğine ilişkin farklı teoriler geliştirilmiştir⁵⁹:

Örneğin “zarara maruz kalma teorisi”ne göre (exposure – only trigger theory) bireyin veya malın hasara yol açan olaya maruz kaldığı anda yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri bağlamında tazminat istenebilecektir. Yani bu teoride hasarın, hasara yol açan olaya maruz kalınan anla eş zamanlı olarak, gerçekleştiği kabul edilir. Dolayısıyla fiili hasar (örneğin hastalık), maruz kalmanın gerçekleşmesinden yıllar sonra ortaya çıkmış bile olsa, maruz kalmanın gerçekleştiği anda yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri kapsamında tazminat ödenir⁶⁰.

Oysa “ortaya çıkma teorisi”nde (manifestation trigger theory) bedensel veya mala ilişkin hasarın ilk keşfedildiği veya (kendiliğinden) ortaya çıktığı anda yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri bağlamında tazminat talep edilebilir. Dolayısıyla hasara yol açan olay teminatın başlangıcından evvel gerçekleşmiş olsa dahi sigorta tazminatı talep edilebilir⁶¹.

Ayrıca bir mahkeme kararı için bkz. “Old Republic Insurance Company v. Ness”, United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, Case No. 03 C 5238 (N.D. Ill. Dec. 21, 2006). (<https://casetext.com/case/old-republic-insurance-company-v-ness> Erişim Tarihi: 20.06.2019).

⁵⁷ Bkz. RICHMOND, s. 6.

⁵⁸ Bkz. WELLS, s. 21.

⁵⁹ Bkz. WELLS, s. 21.

Krş. YONGALIK, s. 186 vd; ŞENOCAK, (2000), s. 78 vd.

⁶⁰ Bkz. GRAND Jr., s. 609; HOGG, s. 537; WELLS, s. 21.

⁶¹ Bkz. GRAND Jr., s. 609; HOGG, s. 537, 538; WELLS, s. 21.

Üçüncü bir teori ise “fili hasar teorisi”dir (injury – in – fact theory). Bu teoriye göreyse hasara yol açan olaya maruz kalınan, hasarın keşfedildiği veya ortaya çıktığı an dikkate alınmaksızın, hasarın gerçekleşme anının kesin olarak tespit edildiği anda yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri kapsamında tazminatın ödenmesi istenebilir⁶². Tabi bu teoride sigortacının tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için, bilirkişi raporu, tıbbi tespit gibi teknik ve bilimsel delillere ihtiyaç duyulur⁶³.

Ancak bu şekilde; zamanda tek noktaya bakan teoriler uygulandığında meselenin çözümü kolaydır. Zira sadece ikincil sigortacının sorumluluğunun isabet ettiği sigorta dönemine isabet eden birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi yeterli olacaktır⁶⁴.

Oysa zamanda tek bir noktaya bakan bu teorilerin dışında, toptan bir bakış açısına sahip bir dördüncü teori daha ortaya atılmıştır ki Anglo Amerikan Hukuku’nda giderek çoğunluk görüş haline gelmektedir⁶⁵. “Devam eden hasar teorisi” (continuous / triple trigger theory) olarak çevrilebilecek bu teoriye göre; hasara yol açan olaya maruz kalınan andan başlayıp, bedeni veya mala ilişkin hasarın keşfedildiği veya ortaya çıktığı ana kadar olan süreçte yürürlükte olan her bir sigorta sözleşmesi bağlamında tazminat talebi yapılabilmesine izin verilir⁶⁶.

İşte yıllara yayılan hasarlar bakımından hem birincil hem ikincil, birden fazla sigortacının sorumluluğunun doğduğunun kabul edildiği durumlarda ortaya çıkan bir sonraki sorun; zararın tazmininin birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi şartı bakımından sigortacılar arasında nasıl paylaşılacağı olmaktadır⁶⁷.

Meselenin çözümü için yatay ve dikey bölüştürme (horizontal / vertical allocation) olarak adlandırılabilir iki metot geliştirilmiştir:

⁶² Bkz. GRAND Jr., s. 610; HOGG, s. 538, 539; WELLS, s. 22.

⁶³ Bkz. GRAND Jr., s. 610; WELLS, s. 29.

⁶⁴ Örnek bir mahkeme kararı için bkz. “Columbia Casualty Company v. Plantation Pipe Line Company”, Court of Appeals of Georgia 08.31.2016. (https://www.huntoninsurancerecoveryblog.com/wp-content/uploads/sites/15/2016/09/Columbia_Casualty_Company_v._Plantation.pdf), Erişim Tarihi: 11.08.2019).

⁶⁵ Bkz. WELLS, s. 22.

⁶⁶ Bkz. WELLS, s. 22; GRAND Jr., s. 610; HOGG, s. 539.

⁶⁷ Bkz. HOGG, s. 536; WELLS, s. 22.

Dikey bölüştürmede (vertical allocation), ikincil sigorta ile aynı sigorta dönemine rastlayan birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedeli tamamen tüketildikten sonra, arta kalan zarar miktarı ikincil sigortacı tarafından ödenir⁶⁸. Dolayısıyla sorumluluğu diğer sigorta dönemlerine isabet eden birincil sigorta bedellerinin ödenmesine gerek yoktur⁶⁹. Dikey bölüştürmenin ikincil sigortacının zamana yayılan zararlar bakımından haksız olarak tazmin yükümlülüğünden kaçmasını engellediği, birincil ve ikincil sigortacıların sorumluluğunu azami veya asgari düzeye çekmeden zararın sigortacılar arasında verimli bir şekilde dağılımını sağladığı böylece eldeki kaynakların verimli kullanımını sağladığı için daha adil olduğu sürülmektedir⁷⁰.

Oysa yatay bölüştürmede ikincil sigortacıya başvurabilmek için önce zararın yayıldığı yani sorumluluk kapsamında kalan sigorta dönemlerinin isabet ettiği tüm birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi gerekir⁷¹. Bu metodun ikincil sigortacılar lehine olduğu çok açıktır⁷². Nitekim bu metodun uygulandığı bir dava şu şekilde sonuçlanmıştır:

Sigorta ettiren asbestos kaynaklı bedensel hasar nedeniyle yirmi iki yıla yayılan binlerce tazminat talebiyle karşı karşıya kalınca, bu süre içinde teminat vermiş ve aralarında ikincil sigortacıların da olduğu sigortacılara başvurur. İkincil sigortacı tazminat ödemeyi ret eder. Sigorta ettiren ikincil sigortacıya başvurabilmek için ikincil sigorta sözleşmesi ile aynı sigorta dönemine rastlayan birincil sigorta bedelinin tüketilmesinin yeterli olduğunu iddia eder. Ancak mahkeme ikincil sigortacıya başvurulabilmesi için önce yirmi iki yıllık dönem içinde teminat veren tüm birincil sigorta sözleşmelerindeki bedellerin tüketilmesi gerektiğine karar verir⁷³.

Bu yöntemlerden hangisinin uygulanacağına kural olarak ikincil sigorta sözleşmesinin ilgili hükümlerinin yorumlanmasıyla karar verilmekte ve dikey

⁶⁸ Bkz. WELLS, s. 29; JONES / HURWITZ, s. 36.

⁶⁹ Bkz. WELLS, s. 29.

⁷⁰ Bkz. WELLS, s. 29.

⁷¹ Bkz. RICHMOND, s. 6; WELLS, s. 30; JONES / HURWITZ, s. 33.

⁷² Bkz. WELLS, s. 30.

⁷³ Bkz. "Continental Casualty Co. v. Armstrong World Industries", U.S. District Court for the Northern District of Illinois (776 F. Supp. 1296 (N.D. Ill. 1991)).

(<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/776/1296/2340745/>, Erişim Tarihi: 12.08.2019).

bölüştürme şart koşulmadığı sürece yatay bölüştürme tercih edilmektedir⁷⁴. Yani ikincil sigorta sözleşmesinde, sigorta tazminatını ödeme borcunun doğumu, spesifik bir birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmiş olmasına bağlanmadığı sürece, baskın olarak yatay bölüştürmenin uygulanmasına karar verilmektedir⁷⁵. Bu metodu savunanlar ise, yatay bölüştürmenin aksine, dikey bölüştürme yönteminin birincil ve ikinci sigorta ayırımını bulanıklaştırdığını, ikincil sigortacının birincil sigortacıya daha az prim almasına rağmen tazminat öderken birincil sigortacılarının aslında yüklendikleri sorumluluklarından kaçmasını sağladığını ve sigorta ettirenin de sahip olduğu tazminat imkânlarını manipüle etmesine yol açtığını iddia ederler⁷⁶.

f) Sigorta Ettirenin Birincil Sigorta Sözleşmesini İhlal Etmesi Durumunda

Sigorta ettirenin, birincil sigorta sözleşmesinin hükümlerini ihlali, ihlal edilen türden bir hükmün olmadığı ikincil sigorta sözleşmeleri bakımından, ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğmasına yol açmaz. Bu hususa ilişkin olarak örnek olarak gösterilen davada, ikincil sigortacı, zorunlu trafik sigortasındaki 200.000 Kanada Doları sigorta bedelinin üstü için 1000.000 Kanada Doları'na kadar teminat vermiştir. Kazanın gerçekleştiği tarihte sigorta ettiren, sigortalama koşullarından birisini ihlal ettiği için, birincil sigortacı tazminat ödemekten kurtulmasına rağmen, yasa gereği zarar gören üçüncü kişiye tazminatı ödemiştir. Ancak sonra, kanun gereği yaptığı bu ödeme için, ikincil sigortacının borcunu üstlenen reasüröre rücu etmek istemiştir. Ancak mahkeme ikincil sigorta sözleşmesindeki hükümlerin yorumuna da dayanarak, ikincil sigorta sözleşmesiyle sadece birincil sigorta sözleşmesinde belirlenen bedelin üstünde kalan belli bir meblağ için teminat verildiğini, ayrıca sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesini ihlalinin ikincil sigortacının sorumluluğunu doğurmayacağını belirtmiştir⁷⁷.

⁷⁴ Bkz. RICHMOND, s. 6.

⁷⁵ Bkz. WELLS, s. 30; CORZINE, s. 1; JONES / HURWITZ, s. 36.

⁷⁶ Bkz. WELLS, s. 30; JONES / HURWITZ, s. 34, 35.

⁷⁷ Bkz. KELLEY, s. 1; TUYTEL, s. 19; DOLDEN / RIDGWAY, s. 25.

Ayrıca bkz. "Insurance Corporation of British Columbia v. Swiss Reinsurance Company Canada", The Supreme Court of British Columbia (2003 BCSC 893 / 2003.06.10).

(<https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2003/2003bcsc893/2003bcsc893.html>, Erişim Tarihi: 11.06.2019).

2. İkincil Sigortacının Sigorta Ettireni Savunma Yükümlülüğü

Bilindiği üzere sorumluluk sigortalarında sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün yanı sıra sigorta ettireni savunma yükümlülüğü de bir o kadar önemlidir⁷⁸. Nitekim bu yolla sigorta ettirenin tazminat ödemesinin önüne geçilebileceği gibi, ödenecek meblağın düşürülmesi de mümkün olabilecektir.

Birincil – ikincil sigorta sözleşmesi birlikteliğindeyse; tıpkı risk gerçekleştiğinde sigorta tazminatını ödeme borcunun ilk sırada birincil sigortacının yükümlülüğü olduğu kabul edildiği gibi, kural olarak zarar gören üçüncü kişi ile müzakere, sigorta ettirenin savunma ve savunma masraflarını ödeme yükümlülüğünün de sigorta bedelleri tüketilinceye kadar birincil sigortacıya ait olduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Nitekim ikincil sigorta sözleşmelerinde, sigortacı genellikle sigorta ettireni savunma taahhüdünde bulunmaz⁸⁰.

Dahası, ikincil sigorta sözleşmesinde sigorta ettirene karşı savunmasının üstlenileceği taahhüdünde bulunmuş olsa dahi⁸¹, ikincil sigortacının bu yükümlülüğünün birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelleri tüketilmedikçe doğmayacağı da kabul edilmektedir⁸². Bu anlayış üçüncü şahsın tazminat talebinin ikincil sigorta bedellerine ulaşacağını belli olduğu durumlar için de geçerlidir⁸³. Bu yönden, birincil sigortacının savunma

⁷⁸ Bkz. WELLS, s. 17.

⁷⁹ Bkz. MARICK, s. 715 - 721; DOLDEN / RIDGWAY, s. 3; TUCCI, s. 288.

⁸⁰ Bkz. MARICK, s. 717 – 721; SEAMAN / KITTREDGE, s. 655 - 662.

Pek tabii, sigorta ettirenin savunması ikincil sigorta sözleşmesi ile de üstlenilebilir. Bu durumda ikincil sigortacının savunma yükümlülüğünün ne zaman ve hangi şartlarda doğduğu doğal olarak sözleşmedeki hükümlere göre belirlenecektir, bkz. FREDERICKS, s. 293.

Bununla birlikte sözleşmede sigorta ettirenin savunmasının üstlenilmediğini açıkça gösteren bir hüküm olmadıkça, ikincil sigortacının savunma yükümlülüğünün olduğuna dair verilen ancak azınlıkta kalan kararlar da söz konusudur, bkz. MAYERSON / SEAMAN, s. 22; SEAMAN / KITTREDGE, s. 662, 663.

Ancak bu yaklaşım, sigortacıya savunma yükümlülüğü getiren yasal düzenlemelerin yokluğunda, sigortanın özel hukuk sözleşmesi niteliğini ve sözleşme özgürlüğü ilkesini göz ardı ettiği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir, bkz. MARICK, s. 722.

⁸¹ Bkz. MASTERS / STANZLER / ANDERSON, s. 13.9.

⁸² Bkz. RICHMOND, s. 3; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; TUYTEL, s. 21; FREDERICKS, s. 285 - 295.

⁸³ Bkz. RICHMOND, s. 3; FREDERICKS, s. 295.

Kanada mahkemelerinin bu husustaki tutumuyusa Amerika Birleşik Devletleri'nden farklıdır.

yükümlülüğünün sigorta bedelinin, ya uyuşmazlığı kesin olarak sona erdiren bir sulh anlaşmasıyla veya mahkeme kararı neticesinde fiilen ödenmesiyle sona ereceği kabul edilir⁸⁴.

Öte yandan ikincil sigortacı, ödeme yapmak zorunda kalabileceği büyük meblağlı tazminat taleplerinin olduğu durumlarda, kendi menfaati gereği sigorta ettirenin savunmasına katılmak ve hatta üstlenmek isteyebilecektir. Bu nedenle ikincil sigorta sözleşmelerine, sigorta ettirenin savunmasına katılma hakkını saklı tutan hükümler koyulur⁸⁵. Tabi bu tür hükümler, sigortacıya seçimlik hak veren hükümler olduğundan, sigorta ettirene karşı bir savunmayı üstlenme taahhüdü olarak görülmezler. Dolayısıyla sigortacı bu hükümlere dayanarak sigorta ettirenin savunmasını üstlenmeye zorlanamaz⁸⁶.

Her iki sigortacının savunmayı üstlenmeyi istemesi de söz konusu olabilir. Bu hususla ilgili olarak Kanada’da görülen bir davada, mahkeme bir karara varabilmek için, hangi sigortacının ödeyeceği meblağ bakımından daha büyük risk altında olduğuna bakmış ve savunma hakkının birincil sigortacıya danışmak şartıyla ikincil sigortacıda olduğu sonucuna ulaşmıştır⁸⁷.

3. İkincil Sigortacının Sigorta Ettirenin Savunma Masraflarını Karşılama Yükümlülüğü

İkincil sigorta sözleşmelerinde sigortacı, sigorta ettirenin savunma masraflarına⁸⁸ katkıda bulunmayı da taahhüt etmiş olabilir⁸⁹. Ancak ikincil sigorta sözleşmesinde aksini gösteren bir düzenleme olmadıkça, birincil sigorta bedelleri tüketinceye kadar, ikincil sigortacıdan bu yükümlülüğünü yerine getirmesi de istenemeyecektir⁹⁰.

Çünkü tazminat miktarının ikincil sigorta bedellerine ulaşma ihtimalinin olduğu durumlarda, genellikle ikincil sigortacının da savunma yükümlülüğünün doğduğuna karar verirler, bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 9 vd.

⁸⁴ Bkz. PORTNER, s. 1.

⁸⁵ Bkz. MARICK, s. 722; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; SEAMAN / KITTREDGE, s. 663.

⁸⁶ Bkz. MARICK, s. 722 vd; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; SEAMAN / KITTREDGE, s. 663.

⁸⁷ Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 18, 19.

⁸⁸ Savunma masrafları; avukatlık ücretleri, depozito masrafları, tanık ücretleri ve mahkeme tarafından istenen bilgi ve belgeler için yapılan harcamalar gibi bir iddianın savunulması bağlamında yapılan masrafları anlatır, bkz. “Sproles v. Greene”, North Carolina Supreme Court Decisions (407 S.E.2d 497 (1991)). (<https://law.justia.com/cases/north-carolina/supreme-court/1991/482pa90-0.html>, Erişim Tarihi: 16.08.2019).

⁸⁹ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 663.

⁹⁰ Bkz. RICHMOND, s. 3 vd.

Tabi bu durumda sigorta ettirenin ödemek zorunda kalacağı tazminatın, ikincil sigorta sözleşmesindeki bedellere ulaşmasının muhtemel olduğu durumlarda, birincil sigortacının -sigorta ettirenin savunmasını üstlenmekten kaçınmama⁹¹- hakkaniyet gereği ikincil sigortacının masraflara katılmasını isteyip isteyemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Nitekim bu andan itibaren birinci sigortacı, ikincil sigortacının menfaatine de hareket etmiş olacaktır⁹². Ancak yine de Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hakim görüş, birincil sigorta bedelleri tüketilmeden evvel, ikincil sigortacıya başvurulamayacağı şeklindedir⁹³. Buna gerekçe olarak ise; sigorta ettirenin savunması ve masraflarının ödenmesi hususunda ilk sırada sorumlu olan kişinin birincil sigortacı olduğu ve zaten bunun için uygun bir prim aldığı, buna karşılık ikincil sigortacının birincil sigortacıdan daha farklı şartlarda riski taşımayı üstlendiği, bu nedenle hakkaniyetin böyle bir paylaşımı gerektirmediği, iddiaları ileri sürülmektedir⁹⁴.

Tazminat talebinin ikincil sigorta bedellerine ulaşmasının muhtemel olduğu durumlar için azınlıkta kalan görüş ise -ki Kanada'da da hakim olan görüşdür⁹⁵- hakkaniyet temelinde (the doctrine of equitable contribution) savunma masraflarının sigortacılar arasında paylaşılması gerektiğini, savunur⁹⁶. Tabi böyle bir paylaşım için öncelikle ikincil sigorta sözleşmesindeki hükümlerin buna müsait olması gerekir⁹⁷. Savunma masraflarının hangi esasa göre paylaşılacağı hususu ise somut durumun özelliklerine ve kararı veren mahkemeye göre değişmektedir. Bu bakımdan masrafların, sigortacıların, ödenecek tazminattaki paylarına göre orantısız olarak yahut eşit paylarla yapılması gerektiği sonucuna ulaşılan farklı kararlara rastlamak mümkündür⁹⁸.

⁹¹ Bkz. RICHMOND, s. 4.

⁹² Bkz. MARICK, s. 726.

⁹³ Bkz. MARICK, s. 727; DOLDEN / RIDGWAY, s. 17.

⁹⁴ Bkz. MARICK, s. 728; MAYERSON / SEAMAN, s. 36, 37.

Örnek bir karar için bkz. "Keck, Mahin & Cate v. National Union Fire Insurance", Supreme Court of Texas (20 S.W.3d 692 (2000) / 05.25.2000). (<https://www.legale.com/decision/200071220sw3d6921676>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

⁹⁵ Bkz. TUYTEL, s. 21; DOLDEN / RIDGWAY, s. 13 vd.

⁹⁶ Bkz. MARICK, s. 728; DOLDEN / RIDGWAY, s. 17, 18.

⁹⁷ Bkz. LEDDY, s. 1.

⁹⁸ Bu hususta örnek kararlar için bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 13 vd; MAYERSON / SEAMAN, s. 38.

İkincil sigorta sözleşmesinde savunma masraflarının ödenmesinin açık bir şekilde taahhüt edilmediği durumlarda ortaya çıkan bir mesele de, bu masrafların ikincil sigorta sözleşmesinde sigortacının tazminini üstlendiği “zarar” (loss) kavramının içine girip girmediğidir. Bu konuda örnek olarak gösterilen bir davada mahkeme, ikincil sigorta sözleşmesinin ilgili hükmünün yorumu dışında, ayrıca zarar kavramının genel kabul gören anlamını dikkate alarak çözüme gitmiştir. Buna göre zarar kavramının; zarar gören üçüncü kişiye ödenecek tazminat bedelini ifade ettiği, ancak savunma masraflarını içermediği kabul edilmiştir⁹⁹.

4. İkincil Sigortacının Birincil Sigortacıya Karşı Talep Hakkı

Aslında birincil sigortacı ile ikincil sigortacı arasında akde dayalı bir ilişki yoktur¹⁰⁰. Bununla birlikte birincil sigortacının eylemleri, ikincil sigortacının menfaatlerini yakından etkiler¹⁰¹. Bu da iki sigortacı arasında bazı meselelerin doğmasına yol açar ki bunlardan üzerinde en çok durulanı; sigorta ettirenin savunmasıyla yükümlü birincil sigortacının ihmalkâr davranışları nedeniyle, ikincil sigorta bedellerine ulaşan miktarda bir tazminatın ödenmesine yol açmasıdır. Keza zarar miktarının ikincil sigorta sözleşmesindeki bedele ulaşabileceği durumlarda, birincil sigortacı nasılsa kendi bedelini aşan kısmın ikincil sigortacı tarafından ödeneceği düşüncesiyle kendi bedelleri dahilinde kalacak bir sulh teklifini reddetmiş ve sonradan ikincil sigorta bedellerine ulaşan bir tazminat kararının çıkmış olabilir. Yine baştan gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle zarar gören şahısla birincil sigorta sözleşmesindeki bedeli aşan bir sulhe varılmış olabilir¹⁰². Bu ihtimal, bu tür sulh ve kararların ikincil sigortacının menfaatini zedeleyip zedelediği,

⁹⁹ Ayrıca örnek bir mahkeme kararı için bkz. “Celina Ins Co v. Citizens Ins. Co.”, Michigan Court of Appeals (133 Mich. App. 655 (Mich. Ct. App. 1984 / 05.16.1984). (<https://casetext.com/case/celina-ins-co-v-citizens-ins>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

⁹⁹ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 665 vd.

¹⁰⁰ Bkz. MARICK, s. 717 – 738; FREDERICKS, s. 295; TUCCI, s. 288.

Ancak birincil ve ikincil sigortacıların arasındaki ilişkiyi düzenlemek amacıyla bir takım meslek kurallarının varlığı söz konusudur. Bu konuda bkz. MARICK, s. 738 vd; DOLDEN / RIDGWAY, s. 25 vd.

¹⁰¹ Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 19.

¹⁰² Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; RICHMOND, s. 9 vd.; MARICK, s. 741; SEAMAN / KITTREDGE, s. 703; BOGGS / Mc LAUGHLIN, s. 3.

Ayrıca bkz. “National Surety Corporation v. Hartford Casualty Insurance Company”, United States Court of Appeals Sixth Circuit (No. 06-6168 / 06.30.2007). (<https://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1385734.html>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

zedelediği kabul edilirse ikincil sigortacının bu nedenle ortaya çıkan zararını birincil sigortacıdan talep edip edemeyeceği problemlerini doğurmuştur.

Azınlıkta kalan bir kısım mahkeme bu tür anlaşmaların, ikincil sigortacının menfaatlerini zedelediğini kabul etmemektedir. Bu mahkemeleri göre birincil sigortacının davranışı açık bir şekilde kötü niyetli bile olsa, birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin üstünde kalan sulh veya kararlar, ikincil sigortacının prim karşılığında taşımayı üstlendikleri riskin tam da kendisidir. Dolayısıyla bu şekilde birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde ödeme yapmak zorunda kalan ikincil sigortacının bir zarara uğradığı söylenemeyeceğinden birincil sigortacıya karşı bu nedenle bir talep hakkı da olamaz¹⁰³.

Ancak bu görüş haklı olarak, birincil sigorta sözleşmesinde belirlenmiş sigorta bedelinin üzerinde kalacak zarar (riski) için taahhütte bulunan ve bunun gerçekleşme ihtimalini gözeterek primini belirleyen ikincil sigortacının, bu değerlendirmeleri yaparken birincil sigortacının iyi niyetli ve makul davranacağına güvendiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁴.

Zaten hakim görüş; somut olguların birincil sigorta sözleşmesindeki bedel içinde bir sulhun veya kararın elde edilebileceğini gösterdiği durumlarda, birincil sigortacının kötü niyetli hareketleri nedeniyle birincil sigorta sözleşmesindeki bedeli aşan kısım ister sigorta ettirenin kendisi tarafından ödenmiş olsun, ister ikincil sigortacı tarafından karşılanmış olsun, eşit derecede haksız olduğu, bu nedenle ikincil sigortacının da birincil sigortacıya karşı talepte bulunabileceğini kabul eder¹⁰⁵. Sigorta ettiren gibi¹⁰⁶ ikincil sigortacıya da dürüst olmayan davranışları nedeniyle, birincil sigortacıya karşı talepte bulunabilme hakkının verilmesi, aynı zamanda kamusal yararın da gereği olarak görülmektedir¹⁰⁷. Çünkü ikincil sigortacıya böyle bir talep hakkının verilmesi öncelikle birincil sigortacıyı makul sulh ve kararların çıkması için dürüst ve özenli bir şekilde davranmaya itecektir.

¹⁰³ Bkz. RICHMOND, s. 5; TUCCI, s. 291.

¹⁰⁴ Bkz. RICHMOND, s. 5.

¹⁰⁵ Bkz. RICHMOND, s. 4.

¹⁰⁶ Zira ikincil sigorta sözleşmesi olmasaydı, zararın birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan kısmı şahsen ödemek zorunda kalacak olan sigorta ettiren, dürüst olmayan davranışları için birincil sigortacıyı dava edebilecekti, bkz. RICHMOND, s. 4.

¹⁰⁷ Bkz. "Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.", United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

Bu sayede birincil sigortacının, ikincil sigorta bağlamında sigorta ettirene sağlanmış teminattan haksız olarak yararlanması önüne geçilerek, zararın iki sigortacı arasında adil dağıtımını sağlanabilecektir. Yine bu sayede birincil sigortacının maliyeti artıran bu tür davranışları nedeniyle (ödenen tazminat yapılan masraflar vb yönden) ortaya çıkacak ekonomik israf engellenebileceği gibi, ikincil sigortaların maliyetinin düşmesi de sağlanabilecektir¹⁰⁸.

İkincil sigortacının birincil sigortacıya karşı talep hakkının olması gerektiğini kabul edenler arasında, bu hakkın hukuki dayanağı bakımından ise farklı görüşler ortaya atılmıştır¹⁰⁹:

Bunlardan mahkeme kararlarına en çok yansıyan, dolayısıyla doktrinde en çok tartışılan iki görüşten ilkinde birincil sigortacının, sigorta ettirene karşı yapılan tazminat talepleri ile ilgili işlemleri (müzakere, savunma vb) gerçekleştirirken, sigorta ettirenin menfaatlerini korumakla; özenli ve dürüst davranmakla yükümlü olduğu gibi, ikincil sigortacıya karşı da bağımsız ve doğrudan dürüst davranma yükümlülüğü olduğu kabul edilir¹¹⁰. Keza ikincil sigortacı, üçüncü kişi tarafından yapılan tazminat taleplerinin çözüme ulaştırılması ve sigorta ettirenin savunulması hususlarında birincil sigortacıya güvendiği sürece, birincil sigortacının ikincil sigortacıya karşı doğrudan bir dürüst davranma; onun menfaatlerini koruma yükümlülüğünün olması hakkaniyetin bir gereğidir¹¹¹.

¹⁰⁸ Bu hususta bkz. RICHMOND, s. 4.

Ayrıca bkz. “National Surety Corporation v. Hartford Casualty Insurance Company”, United States Court of Appeals Sixth Circuit (No. 06-6168 / 06.30.2007). (<https://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1385734.html>, Erişim Tarihi: 04.07.2019); “Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.”, United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹⁰⁹ Örneğin metinde anılan baskın teorilerin dışında, ikincil sigortacının, birincil sigortacıya karşı talep hakkını sebepsiz zenginleşme uyarınca kullanabileceğini kabul eden mahkeme kararları da vardır, bkz. “St. Paul Fire & Marine Insurance Company v. Insurance Company of The State of Pennsylvania”, United States District Court N.D. California San Jose Division (Case No. 15-CV-02744-LHK / 03.28.2016).

(<https://www.leagle.com/decision/infdc020160329826>, Erişim Tarihi: 12.06.2019).

Ayrıca bkz. CAROLAN / MULLAN / SACKETT, s. 380 vd.

¹¹⁰ Bkz. RICHMOND, s. 5; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; MARICK, s. 741; SEAMAN / KITTREDGE, s. 703; FREDERICKS, s. 299 vd.

¹¹¹ Bkz. RICHMOND, s. 5; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19.

Ancak mahkemelerin çoğunluğu, iki sigortacı arasında herhangi bir akdî veya güvene dayalı bir ilişki (fiduciary relationship) olmadığından, ikincil sigortacıya karşı bu tür bir doğrudan dürüstçe ve adil davranma yükümlülüğünün varlığını reddeder¹¹². Çoğunluk görüşe göre birincil sigortacının ikincil sigortacıya karşı yükümlülüğü, birincil sigortacının sigorta ettirene karşı olan yükümlülüklerinden türer ki ikincil sigortacı birincil sigortacıyı hakkaniyete dayalı halefiyet¹¹³ temelinde dava edebilir¹¹⁴. Bu görüşün üzerine oturtulduğu mantık ise şöyledir:

Bilindiği üzere sigorta tazminatını ödeyen sigortacı, sigorta ettirenin işlediği haksız fiil bağlamında, diğer kişilere karşı sahip olduğu tüm talep haklarına halef olur. Öte yandan, sigorta ettirenin, kötü niyetli ve ihmalkâr davranışları nedeniyle cebinden ödeme yapmak zorunda kaldığı birincil sigortacıya karşı, bu nedenle talep ve dava haklarının olduğu da açıktır. İkincil sigorta sözleşmesinin olduğu durumlarda bu fazla ödemeyi ikincil sigortacı yapar. Dolayısıyla normal şartlarda ödemeyeceği bir tazminatı ödeyen ikincil sigortacının, sigorta ettirenin birincil sigortacıya karşı sahip olduğu bu hakka halef olarak ona başvurabilmesi gerekir¹¹⁵.

Ancak ikincil sigortacının bu tür bir talepte bulunabilmesi için, birincil sigortacının sigorta ettirene karşı yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve bu nedenle ödemesi gerekenden fazla ödeme yaptığını ispatlaması gerekir¹¹⁶. Çünkü ikincil

¹¹² Bkz. RICHMOND, s. 5; MARICK, s. 742; SEAMAN / KITTREDGE, s. 704.

¹¹³ Ortak hukuk (common law) kurumu olarak sözleşmede veya yasada sigortacıya halefiyet hakkını veren bir hükmün olmasına gerek duyulmadan, sigorta tazminatını ödeyen sigortacıya hakkaniyet temelinde sigortalısının haklarına halef olma hakkının verilmesidir. Örnek bir mahkeme kararı için bkz. “Oberai Forwarding Agency vs New India Assurance Co. Ltd. & Anr”, Supreme Court of India (1.02.2000). (<https://indiankanoon.org/doc/176706009/>, Erişim Tarihi: 27.09.2019).

¹¹⁴ Bkz. RICHMOND, s. 5; DOLDEN / RIDGWAY, s. 20; MARICK, s. 743; SEAMAN / KITTREDGE, s. 703.

Ayrıca bir mahkeme kararı için bkz. “Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.”, United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁵ Bkz. TUCCI, s. 291; FREDERICKS, s. 298.

Ayrıca bir mahkeme kararı için bkz. “National Surety Corporation v. Hartford Casualty Insurance Company”, United States Court of Appeals Sixth Circuit (No. 06-6168 / 06.30.2007). (<https://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1385734.html>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁶ Bkz. MANGINO / SCHIFFER / BOUHAN / KENNEDY / BROWN / BYRNE / NOVAK, s. 311; BOGGS / Mc LAUGHLIN, s. 3 - 6.

sigortacı halefiyet hakkını, sigorta ettiren ile aynı şartlarda kullanabilir¹¹⁷. Öte yandan sigortacı, sigorta ettirenin bu yöndeki haklarına ancak ödemek zorunda kaldığı zarar miktarınca halef olabilecek ve birincil sigortacının bu tür bir davada, sigorta ettirene karşı ileri sürebileceği tüm savunmalara maruz kalabilecektir¹¹⁸.

Bu tür bir hakkaniyete dayalı halefiyet davasında ikincil sigortacı, birincil sigortacı özenli ve dürüst davransaydı (sulh veya mahkeme kararı neticesi) ödenmesi gereken tazminat miktarıyla, böyle davranmadığı için ikincil sigortacının ödemek zorunda kaldığı miktar arasındaki farkı talep edebilecektir¹¹⁹.

İkincil sigortacının birincil sigortacıya karşı talep hakkının halefiyet kurumuna dayandırılmasının dezavantajı ise sigortacının talep hakkının sigorta ettirenin hakkından türüyor olmasıdır. Dolayısıyla sigorta ettirenin talep edebileceğinden daha fazlasını talep edemeyeceği gibi, sigorta ettirenin böyle bir hakkının olmadığı yerde, ikincil sigortacı da talepte bulunamayacaktır¹²⁰: Sigorta ettirenin birincil sigortacı ile hareket ettiği durumlarda olduğu gibi¹²¹. Bununla birlikte Anglo Amerikan Doktrini'nde bu iki teori arasında, hakkaniyete dayalı halefiyet yaklaşımı, sözleşme ve sigorta hukukuna daha uygun bir teori olduğu gerekçesiyle üstün tutulmaktadır¹²².

Ayrıca mahkeme kararı için bkz. "Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.", United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁷ Mahkeme kararı için bkz. "Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.", United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁸ Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 20; FREDERICKS, s. 298.

Ayrıca bkz. "Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co." United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁹ Bkz. RICHMOND, s. 5; SEAMAN / KITTREDGE, s. 703.

¹²⁰ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 704; FREDERICKS, s. 298 - 314.

¹²¹ Bkz. MARICK, s. 743; FREDERICKS, s. 314.

¹²² Bkz. RICHMOND, s. 5.

III. İkincil Sigorta Sözleşmesinin Türk Sigorta Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

A. İkincil Sigorta Sözleşmelerinin Türkiye’deki Durumu

İkincil sigorta sözleşmelerinin yapılmasının en büyük nedeni, sigorta ettirenin karşı karşıya olduğu risk için yaptırdığı sigorta sözleşmesindeki bedellerin üstünde kalacak zararı için, ek teminat sağlama ihtiyacı / isteğidir¹²³. Tabii maruz kalınacak zararın tümü için tek bir sigorta yapılmaması farklı nedenlerden kaynaklanabilir ki bunlardan birisi de yapılan ilk sigortanın, limitleri kanun tarafından belirlenmiş sigorta bedellerinin üstüne çıkılmayan zorunlu sigortalardan olmasıdır. Zaten en azından şu an için, ikincil sigorta sözleşmelerinin Türkiye’deki asıl uygulama alanı da, ortaya çıkacak zararın zorunlu sigorta bedeli limitleri üstünde kalan kısmı için yapılan ihtiyari sigortalardır.

Bunların arasında; Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası’ndaki limitlerin üstü için yapılabilecek “Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası” (ihtiyari trafik sigortası), Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası’ndaki limitlerin üstü için yapılabilecek “Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası”, zorunlu deprem sigortasındaki limitlerin üstü için yangın sigortası deprem ve yanardağ püskürmesi klozu kapsamında yapılacak “ihtiyari deprem sigortası” sayılabilir.

Görüleceği üzere bu sigortaların çoğunluğu sorumluluk sigortası olmakla birlikte aralarında mal sigortası da vardır. Tüm genel şartları kapsayan bir inceleme yapmak çalışmanın boyutlarını aşar. Ancak genellikle bu durumda yapılan ihtiyari sigortalarda sağlanan teminatın, birincil zorunlu sigortalardan daha geniş olduğu görülmektedir. Yani bu ihtiyari sigortaların aslen “kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleri” olduğu da söylenebilir¹²⁴. Örneğin ihtiyari trafik sigortasına ait genel şartlarda “bu sigortayla poliçede gösterilen aracın kullanılmasından doğan ve Karayolları Trafik Kanunu’na ve umumi hükümlere göre aracın işletenine terettüp eden hukuki sorumluluğun” yanı sıra zorunlu trafik sigortasının kapsamı dışında kalan manevi zararların da teminata dahil edilmesi mümkün kılınmıştır (m. 1 ve 3) ve bu zararlar açısından ihtiyari trafik sigortacısı, birincil sigortacı gibi davranmakla yükümlü tutulmuştur (m. 3).

¹²³ Bkz. O’CONNOR, s. 37, 38.

¹²⁴ Kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleri için bğl. krz. yuk. II, B, 1, c.

Öte yandan, daha önce belirtildiği üzere Türkiye için ikincil sigorta sözleşmelerinin en yaygın olarak görüldüğü alan, zorunlu / ihtiyari sigorta bağlamında yapılan sigortalar olsa da, sigorta şirketlerinin işveren veya yönetici sorumluluk sigortaları gibi, zorunlu sigortaların olmadığı riskler bağlamında ikincil sigorta sözleşmeleri yaptıklarını duyurmaya başladıkları da görülmektedir.

B. İkincil Sigorta Sözleşmesi ve Birden Çok Sigorta

Kanun'daki ifadesiyle birden çok sigorta, aynı menfaatin aynı risklere karşı, aynı süre için, birden çok sigortacıya, aynı veya farklı tarihlerde sigorta ettirilmesi hâlidir (m. 1465/1)¹²⁵.

Birden çok sigortaya ilişkin düzenlemelere Kanun'da, zarar sigortalarında geçerli olan zenginleşme yasağı doğrultusunda, aşkın sigortanın engellenmesi amacıyla yer verilmiştir. Bununla birlikte menfaat değeri aşılmadığı sürece, aynı menfaatin aynı risklere karşı birden çok sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınması zarar sigortalarında dahi yasak değildir¹²⁶. Bu anlamıyla ikincil sigorta sözleşmesinin yapılması ile ortaya birden çok sigorta halinin çıkacağı açıktır.

Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) müşterek sigorta (m. 1466), çifte sigorta (m. 1467)ve kısmi sigorta (m. 1468) olarak üç farklı birden çok sigorta hali düzenlenmiştir. Bu durum, ikincil sigorta sözleşmesinin akdiyle birden fazla sigorta halinin meydana çıktığı kabul edildiğinde, ikincil sigorta sözleşmesinin kanunda düzenlenen bu üç birden fazla sigorta hali ile ilişkisinin de sorgulanmasını gerektirir. Ancak öncesinde bir başka husus açıklığa kavuşturulmalıdır:

Müşterek, çifte veya kısmi sigortanın varlığından bahsedebilmek için, birden çok sigorta sözleşmesinin Kanun'da (veya doktrinde) tanımlandığı şekilde akdi yeterli midir, yoksa akdedilme şekline ek olarak bir aşkın sigortanın varlığı da gerekli midir?

Mesela kanun koyucunun tanımıyla müşterek sigorta, bir menfaat birden çok sigortacı tarafından, aynı zamanda, aynı süreler için ve aynı risklere karşı sigorta edildiğinde ortaya çıkar. Bu durumda her sigorta sözleşmesi ancak sigorta edilen menfaatin değerine kadar geçerli sayılır ve sigortacıardan her

¹²⁵ Bkz. CAN, (2018), s. 104.

¹²⁶ Bkz. CAN, (2004), s. 33 vd; CAN, (2018), s. 104.

biri sigorta bedellerinin toplamına göre, sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olur (m. 1466/1). Ancak sigortacıların müteselsilen sorumlu olacakları kararlaştırılabilir ki, bu nedenle sorumlu olduğundan fazlasını ödeyen sigortacı, bu kısım için diğer sigortacılara onların sorumlu olduğu oranda rücu edebilir (m. 1466/2).

Şimdi, acaba 100 lira değerindeki bir menfaat aynı risklere karşı, aynı süreler için, aynı günde iki farklı sigortacıya 50'şer lira bedelle sigorta edildiğinde mi, yoksa 70'er lira bedelle sigorta edildiğinde mi müşterek sigorta ortaya çıkar?

Bize göre sigorta tazminatının 1466. maddede tarif edildiği şekilde, orantısız olarak ödenmesi ancak aşkın sigorta durumunda söz konusu olabileceğinden, yapılan birden çok sigorta sözleşmesinin müşterek sigorta olarak tanımlanması ancak aşkın sigortanın varlığında önem kazanır¹²⁷. Keza aşkın sigorta olmadığı sürece, sözleşmelerin yapılış şekline (aynı veya farklı günlerde veya ortak veya bireysel iradeyle) göre verilen isim ne olursa olsun, sigorta tazminatının nasıl ödeneceği sözleşme özgürlüğü gereği tarafların iradesine bağlı olacaktır.

Aynı şey, kısmi sigorta ve çifte sigorta için de söylenebilir. Aşkın sigorta olmadığı sürece Kanun'da ne kısmi sigortaya ilişkin 1468. maddede getirilen akit sırasına göre sorumluluk hükmü uygulanma olanağı bulabilecek, ne çifte sigortanın engellenmesi için 1467. maddede getirilen istisna düzenlemelerine başvurulması gerekecektir.

Kısacası, yapılan birden çok sigorta, sigortacıların tazminatı ne şekilde ödeyeceklerini göstermesi bakımından ancak aşkın sigorta varsa; bir başka ifadeyle sigortacıların tazminat ödeme borçlarının üst üste gelmesi durumunda müşterek, kısmi veya çifte sigorta olarak tanımlanabilecektir. Oysa ikincil sigorta sözleşmelerinde, ikincil sigortacının tazminatı ödeme borcu, ancak birinci sigorta sözleşmesindeki bedellerin tüketilmesinden sonra doğar.

Ancak yapılan birden çok sigorta sözleşmesi, aşkın sigorta ortaya çıkmış olmasa da sırf sözleşmelerin akdediliş şekli itibarıyla kısmi veya müşterek sigorta¹²⁸ olarak tanımlanacak olsa bile ikincil sigorta sözleşmesinin özellikleriyle tam örtüşmez:

¹²⁷ Bu yönde bkz. CAN, (2004), s. 75; CAN, (2018), s. 123.

¹²⁸ Çifte sigorta ise her zaman bir aşkın sigorta halinin varlığını gerektirir, bkz. ŞENOCAK, (2002), s. 47 vd.

Yukarıdaki tanımından anlaşılacağı üzere, müşterek sigortanın ayırıcı unsuru birden fazla sigortanın aynı anda yapılmasıdır ki aynı andan kastın aynı gün olduğu da kısmi sigortanın düzenlendiği 1468. maddede açıklanmıştır. Oysa ikincil sigorta sözleşmesi, birincil sigorta sözleşmesi ile aynı veya farklı bir günde akdedilebilir. Ayrıca doktrinde müşterek sigortanın varlığından bahsedebilmek için, sözleşmelerin farklı sigortacılarla yapılması gerektiği de ifade edilir¹²⁹ ki, ikincil sigorta sözleşmesi, birincil sigorta sözleşmesini yapan sigortacı tarafından da yapılabilir.

Doktrinde Kender tarafından ileri sürüldüğü üzere müşterek sigortanın varlığını sözleşmelerin akdedilme anı yerine, birden çok sigortacının birlikte hareket ederek, riski müştereken taşıma iradelerinin varlığına bağlayan görüş¹³⁰ esas alınsa bile, zararın bir üst katmanını ve ancak birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin tüketilmesi koşuluyla tazmin etmeyi taahhüt eden ikincil sigortacı ile birincil sigortacı arasında müşterek bir iradeden bahsedilemeyeceği düşüncesindeyiz¹³¹. Ancak müşterek sigorta ile ikincil sigorta sözleşmesi arasındaki en büyük fark sigortacıların tazminat ödeme borçlarının ifa şeklinde ortaya çıkar. Keza müşterek sigortada, tazminat 1466. maddede öngörülen oran kuralı uyarınca ifa edilecekken, ikincil sigorta sözleşmelerinde sigortacının tazminatı ödeme borcu, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesinden sonra doğar ve sözleşmedeki bedel veya bedellerle sınırlı olmak koşuluyla zararın miktarına bağlı olur.

¹²⁹ Krş. CAN, (2004), s. 40.

¹³⁰ Bkz. KENDER, s. 336, 337, dn. 323.

Öte yandan Yazar primin tahsili, ihbarların yapılması gibi diğer sigortacıları da bağlayacak şekilde sözleşmelere koyulan ve akdedilen sözleşmeleri birbiriyle irtibatlı hale getiren şartlara rağmen, sadece kendi sözleşmesi bakımından taraf olarak hareket ettiği durumlarda müşterek sigortanın, buna karşın sigortacıların sigorta korumasını birlikte sunma konusunda anlaşıkları durumlardaysa “birlikte sigorta”nın olduğunu ve sigortacılar arasında müteselsil sorumluluğun oluşacağını ifade eder, bkz. CAN, (2018), s. 114 vd; CAN, (2004), s. 59 vd.

¹³¹ Gerçi Yazar aynı zamanda “sigortanın taliliği klozu” konularak, diğer sözleşmenin önce geleceği ve tali sigortacıya ancak önceki sigortanın kuvertürüne dahil olmayan zarar için başvurulabileceğinin kararlaştırıldığı halleri yani aslında ikincil sigorta sözleşmelerini de müşterek sigorta hali olarak tarif etmiştir, KENDER, bkz. s. 339.

Bu durum, birincil sigorta sözleşmelerinde yer verilen “diğer sigorta” klozu nedeniyle mahkeme yorumuyla yaratılan tesadüfi ikincil sigorta sözleşmelerini andırsa da, burada da iki sigortacı arasında riskin müştereken temin edilmesi iradesi yoktur. Kaldı ki, ikincil sigorta sözleşmesinin belli hükümlerinin yapılan atıflarla birincil sigorta sözleşmesine uygun olarak belirlendiği “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleri” de dahil, Anglo Sakson uygulamasında birincil ve ikincil sigortacı arasında ortak sigortalama iradesinin varlığından bahsedilmez, bğl. krz. yuk. II, B, 1, b. Zira Anglo Sakson Hukuku’nda birinci sigortacı ile ikincil sigortacı arasında akde dayalı bir ilişkinin olmadığı kabul edilir, bkz. MARICK, s. 717 – 738; FREDERICKS, s. 295; TUCCI, s. 288.

Kısmi sigortaysa; önceki sözleşmeyle değeri tamamen temin edilmeyen bir menfaatin, sonradan geri kalan değerine kadar bir veya birkaç defa daha sigorta ettirilmesi halidir (m. 1468/1). Bu takdirde, sigortacılar ortaya çıkacak zararı, sözleşmenin yapılaş tarihlerine göre sırayla tazmin edeceklerdir (m. 1468/1). Yani kısmi sigortanın ortaya çıkması için önceden yapılan sigortanın eksik sigorta olması gerekir¹³². Nitekim ikincil sigorta sözleşmesinin varlığı, önceden eksik sigorta olarak akdedilmiş diğer bir sigorta sözleşmesinin varlığını gerektirdiğinden kısmi sigortaya benzer. Ancak kanun koyucu müşterek sigortada olduğu gibi, kısmi sigortanın tespitinde de zaman kriterini esas almış ve sözleşmelerin farklı günlerde akdini aramıştır. Oysa ikincil sigorta sözleşmesi daha önce belirtildiği gibi, birincil sigorta sözleşmesiyle aynı veya farklı günlerde akdedilebilir.

Öte yandan doktrinde Kender, kısmi sigortanın varlığını, sigortacılar arasında riskin müştereken taşınması iradesinin yokluğuna bağlar ve yine de sigortacıların tarih sırasıyla sorumlu olacağını ifade eder¹³³. Eğer kısmi sigortanın varlığında bu kriter esas alınır, ikincil sigortacı ile birincil sigortacı arasında böyle bir ortak irade olmadığı için, ikincil sigorta sözleşmesi yine kısmi sigortayı andırır.

Ancak hangi kriter esas alınır, alınsın tıpkı müşterek sigortada olduğu gibi, ikincil sigorta sözleşmesiyle kısmi sigortada da, tazminat borcunun ifası, farklı kurallara tabidir. Keza kısmi sigorta halinde 1468. madde hükmü uyarınca sigortacılar, sözleşmelerin yapılaş tarihlerine göre sorumlu olacakken, bu kuralın ikincil sigorta sözleşmesinde uygulanması söz konusu olmaz. İkincil sigorta sözleşmesinin akdedilme tarihinin, sigortacının tazminat ödeme borcunun doğumu üzerinde bir etkisi yoktur. Zira ikincil sigorta sözleşmesi, birincil sigorta sözleşmesinden evvel yapılmış dahi olsa, birincil sigorta sözleşmesindeki bedel tüketilmeden ikincil sigortacıya müracaat edilemeyecektir.

Çifte sigortaya gelince, değerinin tamamı sigorta olunan bir menfaat, sonradan aynı veya farklı kişiler tarafından, aynı risklere aynı, süreler için sigorta ettirildiğinde ortaya çıkar (TTK m. 1467/1). Bu durumda sonradan yapılan sigorta sözleşmesi 1467. maddede gösterilen üç istisnai hal dışında geçersiz olur¹³⁴.

¹³² Bkz. CAN, (2004), s. 137.

¹³³ Bkz. KENDER, s. 342.

¹³⁴ Bu hususta bkz. CAN, (2018), s. 127, 128.

Bu yönden çifte sigorta, müşterek veya kısmi sigorta gibi bir akdedilme şeklini ifade etmez. Keza çifte sigortanın ortaya çıkması için menfaatin değerinin tamamının temin edilmiş olması gerekir. Dolayısıyla yapılan ikinci sigorta sözleşmesi, bu durum kanundaki çarelerle telafi edilmedikçe her zaman geçersiz olur. Yani çifte sigorta bir geçersizlik halini anlatır. Bu nedenle akdedilme şekli bakımından ikincil sigorta sözleşmesi ile karşılaştırılması da anlamsızdır.

Öte yandan, TTK'nin 1467/1 (c) maddesinde çifte sigortanın telafisi olarak; önceki sigortacının, ancak sonraki sigortacının ödemediği tazminattan sorumlu olacağına şart kılınması ve önceden yapılan sigortanın ikinci sigorta poliçesine yazılması halinde ikinci sigorta sözleşmesinin de geçerli sayılması üzerinde durulmalıdır. Keza bu durumda sonradan yapılan sigorta, ikincil sigorta olarak ortaya çıkacaktır. Can, bu durumda önceki sigortacının ödemediği tazminat kavramının içine, önceki sigortacının muafiyet ve istisna hükümleri dolayısıyla veya iflası ya da ödeme güçlüğüne düşmesi nedeniyle ödemediği tazminatlar dışında, sigorta ettirenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya zamanaşımı nedeniyle ödemediği tazminatların da dahil olduğunu ifade etmektedir¹³⁵. Bize göre bu sorun öncelikle ikincil sigorta sözleşmesi haline gelen sözleşmedeki hükümlerle çözümlenmelidir. Keza, sonradan yapılan sigortanın geçerliği her ne kadar sonraki sigortacının, önceki sigortacı tarafından ödenmeyen kısım için sorumlu olması koşuluna bağlanmış olsa da, bu düzenleme sonraki sigortacının, önceki sigortacı ile aynı şartlarda teminat vermesini zorunlu kılmaz. Bu yönden aşkın sigorta durumu ortaya çıkarmadığı sürece, sonraki sigortacının vereceği teminatın kapsam ve şartlarını tayin etme özgürlüğünün olduğu kabul edilmelidir.

Özetle, ikincil sigorta sözleşmeleri, müşterek ve kısmi sigorta kavramları birden çok sigortanın akdedilme şekillerini gösteren kavramlar olarak kabul edilse bile, bunlardan farklıdır. Ayrıca, ikincil sigorta sözleşmelerinde, sigortacının tazminat ödeme borcunun doğması için bir meblağ gösterilmeden, doğrudan “birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin tüketilmesinden” bahsedildiği için, ikincil sigorta sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, aşkın sigortanın ortaya çıkması da pek mümkün olmayacaktır¹³⁶.

¹³⁵ Bkz. CAN, (2018), s. 133; CAN (2004), s. 106, 107.

Nitekim Anglo Amerikan Hukuku'nda, aslında her ikisi de birincil nitelikte olan sigorta sözleşmelerinden birisinin, sözleşmelerde yer alan “diğer sigorta” klozları sayesinde (tesadüfi) ikincil sigorta sözleşmesi olarak kabul edilmesinin temel amacı da çifte sigortanın engellenmesidir, bğl. krz. yuk. II, B, 2.

¹³⁶ Ancak teorik olarak mümkündür: Örneğin 100 TL değerindeki bir menfaat için, birincil sigorta sözleşmesinde sigorta bedeli 80 TL olarak belirlenmişken, ikincil sigorta

C.İkincil Sigorta Sözleşmeleriyle İlgili Meselelerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Bu başlık altında, ikincil sigorta sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkan meseleler Türk Hukuku bakımından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Belirtilmelidir ki bu başlık altında bahsi edilecek meselelerin çözümünde, irade ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri uyarınca, öncelikle ikincil sigorta sözleşmesindeki hükümlerin dikkate alınması icap eder. Ayrıca ikincil sigorta sözleşmelerinin ülkemizde zaten uygulaması olduğu için, Yargıtay tarafından bu meselelerden bir kısmıyla ilgili çoktan bazı görüşler oluşturulmuş durumdadır. Dolayısıyla bu görüşlere de yer verilecektir.

1. Birincil Sigorta Yapılmadan İkincil Sigorta Sözleşmesinin Yapılıp Yapılamayacağı Meselesi

Meseleyi, sigorta yaptırma zorunluluğunun getirildiği riskler ile zorunlu bir sigortanın öngörülmediği riskler bakımından ayırmak gerekir:

Sigorta yaptırma zorunluluğunun olmadığı riskler bakımından, ikincil sigorta sözleşmesinin yapılabilmesi için öncesinde birincil sigorta sözleşmesinin akdedilmiş olmasına gerek yoktur. Keza ikincil sigorta sözleşmesiyle, birincil sigorta sözleşmesinden bağımsız olarak, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalacak zarar için teminat sağlanır. Bununla birlikte pratikte ikincil sigorta sözleşmesiyle, sigorta ettirene birincil sigorta sözleşmesi yapması ve bu sigortaları sürdürmesi yükümlülüğü getirilir. Ancak bunun nedeni ikincil sigortacının kendini güvene alma ihtiyacıdır¹³⁷.

Sigorta yaptırma zorunluluğunun getirildiği riskler bakımından ise meselenin çözümünde ilgili yasal ve idari düzenlemelere bakılması gerekir. Örneğin Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'nin (Zorunlu Deprem Sigortası Tebliği) "İhtiyari Sigorta" kenar başlığına sahip 9. maddesinde bağımsız bölüm veya binanın, zorunlu deprem sigortasıyla belirlenen sigorta bedeli tutarının üstünde kalan değeri için ihtiyari sigortanın yapılabilmesi, hali hazırda zorunlu deprem sigortasının yapılmış olmasına bağlanmıştır. Gerçi böyle açık bir düzenlemenin olmadığı zorunlu sigortalar bakımından da fiiliyatta benzer bir sonuç ortaya çıkacaktır. Keza TTK'nin

sözleşmesinde; rakam belirtilerek zararın ilk 50 TL'sinin üstünde kalan kısmın 100 TL'ye kadar tazmin edileceği taahhüt edildiğinde ve 70 TL bir zarar oluştuğunda, ilk 50 TL ile 70 TL arasındaki 20 TL zarar için aşkın sigorta ortaya çıkabilecektir.

¹³⁷ Bkz. FREDERICKS, s. 293.

1483/1. maddesine göre sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamayacaklardır. Dolayısıyla, zorunlu sigorta sözleşmesinin yapılmadığının anlaşıldığı bir durumda, sigortacı ihtiyari yani ikincil sigorta sözleşmesini akdetmeden önce zorunlu sigorta sözleşmesini akdetmek zorunda kalabilecektir.

Ancak -yargı kararlarına da yansıdığı üzere- zorunlu sigorta olmadığı halde ikincil olarak ihtiyari sigorta sözleşmesi yapılabilmektedir¹³⁸. Bize göre bu durum ikincil sigorta olarak yapılmış ihtiyari sigorta sözleşmesinin geçerliliğini etkilememelidir. Çünkü aksi yöndeki kabul, özellikle sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişinin tazminat olanaklarının azaltılmasına yol açar ki bu yönden Zorunlu Deprem Sigortası Tebliği'nin ZDSTTT'nin 9. maddesindeki düzenleme eleştirilebilir¹³⁹.

2. İkincil Sigortacının Sigorta Tazminatını Ödeme Borcunun Doğumu

Müteaddit defalar belirtildiği üzere ikincil sigorta sözleşmesinin, ona rengini veren temel özelliği; sigortacının tazminat ödeme borcunun, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesi halinde doğması ve bu bedelin üstünde kalan belli bir zarar miktarı için sorumlu olmasıdır¹⁴⁰ ki bu husus Yargıtay tarafından da aynen kabul edilmektedir¹⁴¹. Yargıtay'a göre zorunlu trafik sigortası yapan sigortacı ile ihtiyari sorumluluk sigortasını yapan sigortacı arasında müştereken ve müteselsil değil, sıralı bir sorumluluk vardır¹⁴². Dolayısıyla birincil zorunlu sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelleri aşılmadıkça, sorumluluğu doğmayacağından ikincil ihtiyari sorumluluk sigortacısına karşı tazminat talebinde bulunulamayacaktır¹⁴³.

¹³⁸ Örnek olarak bkz. Y. 10. HD, 14.01.2019, E. 2016/12849, K. 2019/48; Y. 17. HD, 13.03.2019, E. 2016/3171, K. 2019/2926.

¹³⁹ Çalışmada kullanılan Yargıtay Kararları On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından sağlanan Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı'ndan alınmıştır.

¹³⁹ Bu düzenleme, zorunlu sigortanın akdedilmesini sağlama amacı taşıyor olsa da, aynı amaç TTK'nin 1483/1. maddesindeki gibi sigortacıyı zorunlu sigortayı akdetmeye zorunlu tutan bir düzenleme ve ihlali halinde sigortacıya yaptırım uygulanması ile gerçekleştirilebilir. İkincil ihtiyari sigorta sözleşmesinin akdini birincil zorunlu sigortanın varlığına bağlamak, sigortacıdan çok zarar gören üçüncü kişiyi cezalandırmak olacaktır.

¹⁴⁰ Bkz. MARICK, s. 731; RICHMOND, s. 5; WELLS, s. 10.

¹⁴¹ Örnek bir karar için bkz. Y. 17. HD, 08.12.2015, E. 2015/13605, K. 2015/13625.

¹⁴² Bkz. Y. 17. HD, 13.03.2019, E. 2016/3171, K. 2019/2926.

¹⁴³ Örnek kararlar için bkz. Y. 11. HD, 23.10.1995, E. 1995/6749, K. 1995/7925; Y. 19. HD, 24.10.1996, E. 1996/2493, K. 1996/9438; Y. 17. HD, 26.11.2018, E. 2016/1166, K.

Peki acaba, birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin hangi koşullar altında tüketilmiş sayılacağına ilişkin Anglo Amerikan Hukuku'nda ortaya çıkan sorunlar, Türkiye'de akdedilecek ikincil sigorta sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkarsa ne şekilde çözülecektir?

a) Birincil Sigorta Sözleşmesinin Olmadığı veya Zorunlu Sigortalarda Belirlenmiş Sigorta Bedeli Limitinin Altında Sigorta Yapıtırılması Durumunda

Bu mesele Türk Hukuku'nda ihtiyari trafik sigortası bağlamında gündeme gelmiş olup, Yargıtay'a göre zorunlu trafik sigortası yapılmış olmasa da, ihtiyari sorumluluk sigortacısına başvurulamaz. Bu durumda zorunlu trafik sigortasındaki sigorta bedelleri aşıncaya kadar sadece Güvence Hesabı'na başvurulabilir¹⁴⁴. Aynı çözümün Güvence Hesabı kapsamında olan diğer zorunlu sigortalar için de geçerli olacağı söylenebilir.

Güvence Hesabı kapsamında olmayan zorunlu sigortalar ile hem birincil hem ikincil sigortanın ihtiyari nitelikte olduğu sigortalarda da –ikincil sigorta sözleşmesinde sigortacının bu yönde bir taahhütte bulunduğunu gösteren bir düzenleme olmadıkça- aynı sonucun benimsenmesi gerekir. Keza ikincil sigorta sözleşmesinde alınacak prim, sigortacının zararın ancak belli bir üst katmanından sorumlu olacağı, dolayısıyla tazmin yükümlülüğünün doğma ihtimalinin daha düşük olacağı öngörüsü ile belirlenir. Dolayısıyla ikincil sigorta bedeline ulaşıncaya kadar zarara sigorta ettirenin katlanması icap eder.

Zorunlu sigortalar bağlamında akdedilen ikincil sigorta sözleşmeleri bakımından çıkabilecek bir diğer problem de zorunlu sigortanın yapılmış olmasına rağmen, sigorta bedelinin mevzuatla belirlenmiş sigorta bedeli limitinin altında kalması olabilir. Keza ikincil sigortacının, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan kısım için tazminat ödeyeceğini düzenleyen sözleşme hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği sorunu ortaya çıkar. Bir başka ifade ile bu durumda ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğup doğmadığına karar verilirken, mevzuatla belirlenmiş sigorta bedeli limitleri mi, yoksa sözleşmedeki fiili bedel mi dikkate alınacaktır? Bize göre bu meselenin çözümünde de esas olarak ikincil sigorta sözleşmesine

2018/11277.

¹⁴⁴ Örnek kararlar için bkz. Y. 10. HD, 14.01.2019, E. 2016/12849, K. 2019/48; Y. 17. HD, 13.03.2019, E. 2016/3171, K. 2019/2926.

ait hükümler dikkate alınmalıdır. Örneğin ihtiyari trafik sigortasına ait genel şartlarda sigortacının zorunlu trafik sigortası hadleri üstünde kalan kısmından, poliçede yazılı sınıra kadar sorumlu olacağı düzenlenmiştir (m. 1). Dolayısıyla ihtiyari trafik sigortacısı ancak idari düzenleme ile belirlenmiş zorunlu sigorta bedelinin üstünde kalan kısımdan sorumlu tutulabilecektir. Ancak ikincil sigortacıyı mevzuatla belirlenen bedellerin üstündeki kısım için sorumlu tutan bu tür açık ifadelerin yokluğunda, sigortacının sorumluluğunu belirleyen hükmün, düzenleyen aleyhine yorum ilkesi uyarınca sigorta ettiren ve zarar gören üçüncü kişinin lehine yorumuyla, ikincil sigortacının birincil sigorta sözleşmesinde fiilen belirlenmiş sigorta bedelinin üstünde kalan kısımdan itibaren sorumluluğunun başladığı kabul edilmelidir.

b) Birincil Sigorta Sözleşmesinin Sonradan Feshedilmesi, Geçersiz Olması, Yenilenmemesi Durumunda

İkincil sigortacı tazminat ödeme yükümlülüğünü, meydana gelecek zararın birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan belli bir miktarına hasrettiği için, birincil sigorta sözleşmesinin sonradan feshedilmesi, geçersiz hale gelmesi veya süresinin bitmesi ve yenilenmemesi halinde de -ikincil sigorta sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadıkça¹⁴⁵- ikincil sigortacının, birincil sigortacının yerine geçmesi düşünülemez. Özellikle zorunlu sigortalılarla ilgili düzenlemelerde¹⁴⁶ sigortacılar için getirilen ve zorunlu yani birincil sigortanın olup olmadığını kontrol yükümlülüklerinin ihlali de bu sonucu değiştirmez.

Öte yandan Türkiye'deki sigorta genel şartlarında sigorta ettirenden, zararın ilk kısmını teminat altına alan sigortalıları ikincil sigorta sözleşmesi yürürlükte olduğu sürece devam ettirme yükümlülüğü getiren düzenlemelere rastlanılmaz¹⁴⁷. Ancak bu tür bir düzenlemeye özel şartlar içinde yer verilebilir.

¹⁴⁵ Keza yabancı ikincil sigorta sözleşmelerinde, birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin kısmi tazminat ödemesiyle azalması halinde, artık bu meblağın üstü için teminat sağlanacağı yahut tamamen tüketildiğinde, ikincil sigortanın kendi poliçesindeki hükümlerle birincil sigorta olarak teminat sağlamaya devam edeceğini belirten “drop down” klozlarına yer verilebilmektedir, örnek bir hüküm için bkz. Catlin Policy Excess Liability, Article 3/3.5, s. 4. (<https://www.ssr.co.uk/frontdoor/resources/catlin-excess-liability-wording.pdf>, Erişim Tarihi: 12.08.2019).

¹⁴⁶ Örneğin 15.02.2016 tarihli İhtiyari Deprem ve Yanardağ Püskürmesi Teminatına İlişkin Tarife ve Talimat ile sigorta şirketlerine ihtiyari sigorta yaptıklarında ve bu sigortalıların yenilenmesinde, zorunlu deprem sigortasının varlığını kontrol yükümlülüğü getirilmiştir.

¹⁴⁷ Bğl, krz. yuk. II, C, 1, a, dn. 35.

Bu yükümlüğün ihlali Anglo Amerikan Hukuku'nda sigorta ettirenin tazminat hakkını kaybetmesine yol açabilmektedir¹⁴⁸. Türk Hukuku'nda ise sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesini devam ettirme yükümlülüğünü ihlali, temel olarak TTK'nin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ihlalini düzenleyen 1449/1. maddesi uyarınca yaptırıma uğrayacaktır. Yani bu tür bir ihlal sözleşmenin sigortacı tarafından feshi ile sonuçlanabilecektir.

c) Birincil Sigortacının Borcunu Ödeyemez Hale Düşmesi veya İflas Etmesi Durumunda

Birincil sigortacının borcunu ödeyemez hale düşmesi veya iflası halinde, ikincil sigortacının birincil sigortacının yerine geçerek tazminatı ödemekle yükümlü olup olmayacağı meselesi de diğer meselelerde olduğu gibi, öncelikle ikincil sigorta sözleşmesinin hükümleri dikkate alınarak çözülecektir.

Ancak ikincil sigorta sözleşmesinde sigortacının, birincil sigortacının aczi veya iflası nedeniyle ödeyemediği kısımdan sorumlu olduğunu veya olmadığını gösteren bir düzenlemenin yokluğunda, ikincil sigortacının sadece birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan kısımdan sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Zira, sigorta konusu risk için birbirinden bağımsız olarak teminat vermiş iki sigortacı arasında, sigorta ettirene karşı doğan sorumluluk bakımından bir birliktelik olmadığı gibi, birincil sigortacının aczi veya iflası ikincil sigortacının üstlenmeyi taahhüt ettiği bir risk de değildir. Nitekim ikincil sigortacının aldığı prim de bu halleri kapsamamaktadır.

Öte yandan, Sigortacılık Kanunu'nun 14/1/(ç) ve Güvence Hesabı Yönetmeliği'nin 17. maddeleriyle, mali bünyelerinin zayıflığı nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatları iptal edilen ya da iflas etmiş sigortacıların ödemekle yükümlü olduğu maddî ve bedensel zararlar için de zorunlu sigorta bedeline kadar Güvence Hesabı'na başvurma imkânı getirilmiştir. Dolayısıyla bu durumda sigorta ettiren ilk olarak Güvence Hesabı'na başvurabilecektir.

d) Birincil Sigorta Sözleşmesinde Kısmi Tazminat Ödenmesi Durumunda

Özellikle sorumluluk sigortaları bağlamında¹⁴⁹ Türkiye'de yapılan / yapılacak ikincil sigorta sözleşmeleri bakımından da ortaya çıkabilecek bu meseleyle ilgili olarak Anglo Amerikan Hukuku'ndaki hakim görüşün Türk

¹⁴⁸ Bğl, krz. yuk. II, C, 1, a.

¹⁴⁹ Ancak bu tür bir mesele mal sigortalarında da ortaya çıkabilir.

Hukuku bakımından da benimsenmesi adil olacaktır¹⁵⁰. Yani fiilen ödenen tazminat miktarı ile birincil sigorta bedeli arasındaki farka sigorta ettiren tarafından katlanıldığı sürece, kısmi tazminat ödemelerinin de birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin tüketilmesi olarak kabul edilmesi gerekir.

e) Birincil Sigorta Sözleşmesinde Değişiklik veya Düzeltme Yapılması Durumunda

Mesele teminatın koşul ve kapsamı bakımından birincil sigorta sözleşmesinin şart ve hükümlerine atıf yapan “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleriyle” ilgilidir. Önceleri teminat dışında kaldığı için tazminat ödenmesine yol açmayan bir hususun, sonradan yapılan değişiklikle tazminat ödenmesine dolayısıyla birincil sigorta bedelinin tükenmesine yol açması, ikincil sigortacının da tazminat ödeme borcunun doğmasına neden olur mu?

Bize göre ister risk gerçekleşmeden evvel ister gerçekleştikten sonra yapılsın, meselenin çözümünde ikincil sigorta sözleşmesinde, birincil sigorta sözleşmesine hangi koşullarda atıf yapıldığı dikkate alınmalıdır:

İkincil sigorta sözleşmesi yapılırken, birincil sigorta sözleşmesinin hükümlerinin bulunduğu ve o sıradaki haline atıf yapıldığı ispat edilebiliyorsa, sonraki değişiklik ve düzeltmelerle bağlı olmaktan kurtulabilecektir. Örneğin kendi sözleşmesini, ibraz edilen ve haksız rekabetten doğan zararların teminat dışında bırakıldığı birincil sigorta sözleşmesini dikkat alarak düzenlemiş olan ikincil sigortacı, haksız rekabetin kapsama alınmasını sağlayan sonraki değişiklikle bağlı olmayacağını, dolayısıyla birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin haksız rekabetten doğan zararın tazmini nedeniyle tükenmesine rağmen, tazminat borcunun doğmadığını ileri sürebilmelidir.

Ancak, ikincil sigorta sözleşmesi yapılırken, birincil sigorta sözleşmesi incelenmeden genel olarak atıf yapılmışsa, ikincil sigortacının kendi teminatının koşul ve kapsamını, birincil sigorta sözleşmesinin hükümlerine tabi kıldığı oranda, bu hükümlerde yapılan değişiklik ve düzeltmelerle de bağlanacağı kabul edilmelidir. Keza ikincil sigortacının yaptığı atfa rağmen, iki sigortacı arasında bir ilişki yoktur ve birincil sigortacının ikincil sigortacıyı yönlendirmesinden bahsedilemez.

f) Birden Fazla Birincil Sigortanın Varlığı Durumunda

TTK'nin 1473/1. maddesine göre; “sigortacı sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan

¹⁵⁰ Bğl. krz. yuk. II, C, 1, c.

kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder.”

Aksi kararlaştırılabilecek olsa da, bu hükümlerle Türk Hukuku’nda sigortacının tazminat borcunun doğumu, sigorta olayının gerçekleşmesi olarak tek bir kriter gözetilerek, zamanda belli bir ana bağlanmıştır¹⁵¹. Dolayısıyla Türk Hukuku’nda birden çok yılı kapsayacak şekilde bir sorumluluğun ortaya çıkması zordur.

Ancak, sorumluluğun doğduğu yıl için yapılmış birden fazla birincil ve ikincil sigortanın olması olasıdır ki bu durumda da birden fazla sayıdaki birincil sigorta sözleşmesi bakımından, sigorta bedelinin tüketilmesi koşulunun neyi ifade edeceği üzerinde durulması icap eder¹⁵². Bize göre bu durumda ikincil sigorta sözleşmesi, spesifik bir birincil sigorta sözleşmesinin üstü için akdedilmişse, sigorta ettiren bu birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesinin hemen ardından ikincil sigortacıya başvurabilecektir. Ancak ikincil sigorta sözleşmesinde, var olan tüm birincil sigorta sözleşmelerinin tüketilmesinden bahsedilmişse, sigorta ettiren tüm bu bedeller tüketilmedikçe ikincil sigortacıya başvuramayacaktır.

Örneğin, müteahhit A kendi riski için 3000 TL bedelle birincil, 3000 TL bedelle ikincil sigorta sözleşmesi yapmışken, alt müteahhit B’de hem kendi hem A lehine 3.000 TL bedelle birincil, 3000 TL bedelle ikincil sigorta sözleşmesi yaptırmıştır¹⁵³. Her iki ikincil sigorta sözleşmesi de spesifik olarak altındaki birincil sigorta sözleşmesinin üstü için akdedilmiştir. B’nin kötü ifası nedeniyle 10.000 TL’lik bir tazminat talebiyle karşılaşıldığında, A, sigortalı olarak gösterildiği B’nin birincil sigorta sözleşmesi bağlamında 3000, ikincil sigorta sözleşmesi bağlamında 3000, kendi birincil sigorta sözleşmesi bağlamında 3000 ve ikincil sigorta sözleşmesi bağlamında 1000 TL talep

¹⁵¹ Gerçi bu durumda sözleşmede öngörülen sigorta olayının nasıl (ani veya zamana yayılan) ve ne zaman (olayın başlangıç anı yahut sonlanma anı) gerçekleşmiş sayılacağı sorularının cevaplandırılması da gerekir. Ancak netice itibarıyla sigortacının sorumluluğu “sigorta olayının gerçekleştiği an” olarak zaman içinde belli bir noktaya hasredilmiş bulunmaktadır, bğl. krz. yuk. II, C, 1, e.

¹⁵² Bu husus özellikle sigortalılardan birinin / bazılarının ödeme gücüne düşmüş veya iflas etmiş olması durumunda daha önemli olur.

¹⁵³ Yabancı ikincil sigorta poliçelerinde, sigortalı olanların kimlerden ibaret olduğuna dair ayrıca tanımlamalar yapılır ve birincil sigorta sözleşmesiyle sigortalı olarak gösterilen kişiler de bu kapsama dahil edilir. Örnek olarak bkz. Catlin Policy Excess Liability, Article 4/4.3, s. 5. (<https://www.ssr.co.uk/frontdoor/resources/catlin-excess-liability-wording.pdf>, Erişim Tarihi: 12.08.2019).

edebilecektir. Oysa ikincil sigorta sözleşmelerinde genel bir atıf yapılmış olsaydı, herhangi ikincil sigortacıya gidebilmek için önce 6.000 TL'lik birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi gerekirdi.

g) Sigorta Ettirenin Birincil Sigorta Sözleşmesinin Hükümlerini İhlal Etmesi Durumunda

Sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesini ihlali dolayısıyla sigorta tazminatını talep hakkının kaybına yol açan davranışı, ikincil sigorta sözleşmesinin de ihlaline yol açmadıkça, birincil sigorta bedelinin üstüne kalan kısım için ikincil sigortacıdan talepte bulunulabilmelidir¹⁵⁴.

Ancak zorunlu sorumluluk sigortalarında sigortacının, sigorta ettirene karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumluluğu zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder (TTK m. 1484/1). Bu durumda sigortacı borcu olmadığı halde kanun gereği ödemek zorunda kaldığı bu meblağı, kendi sigorta ettireninden talep edebilir. İşte böyle bir durumda ikincil sigorta sözleşmesinde aksini gösteren bir düzenleme olmadıkça, zararın zaten zorunlu sigorta bedelinin üstünde kalacak kısmı için taahhütte bulunmuş ikincil sigortacıdan bu bedelin talep edilmesi söz konusu olamayacaktır.

3. İkincil Sigortacının Sigorta Ettireni Savunma Yükümlülüğü

Sorumluluk sigortalarında sigortacının asli edimlerinden olsa da, Türk Hukuku'nda sigortacıya kanun seviyesinde sigorta ettirenin savunmasını üstlenme zorunluluğu getirilmemiştir. TTK'nin 1476. maddesinde sadece sigortacının 1475. maddeye göre yapılacak bildirimden itibaren beş gün içinde, sigorta ettirenin savunmasına yardım edeceğini açık bir şekilde bildirmedeği sürece, sadece kesinleşen tazminatı ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, taraflar sigortacının savunmayı üstleneceğini kararlaştırabilecekleri gibi, sigorta sözleşmesinin tabi olduğu genel şartlarda da sigortacıya savunma yükümlülüğü getirilmiş olabilir. Bu durumda birincil ve ikincil sigorta sözleşmeleri arasında sigortacının savunma yükümlülüğü bakımından farklı ihtimaller gündeme gelecek ve bu yükümlülüğün kimin

¹⁵⁴ Krş. "Insurance Corporation of British Columbia v. Swiss Reinsurance Company Canada", The Supreme Court of British Columbia (2003 BCSC 893 / 2003.06.10).

(<https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2003/2003bcsc893/2003bcsc893.html>, Erişim Tarihi: 11.06.2019).

tarafından yerine getirileceği sorusu ortaya çıkacaktır:

Örneğin birincil sigortacının, sigorta ettirenin savunmasını üstlenmediği (veya yükümlülüğünün geçersiz olduğu) ancak ikincil sigortacının savunma yükümlülüğünün olduğu durumlarda doğal olarak ikincil sigorta sözleşmesindeki hükmün koşulları esas alınacaktır¹⁵⁵. Ancak Türkiye açısından bakıldığında, savunma yükümlülüğü sigorta sözleşmesinin tabi olduğu genel şartlar nedeniyle doğmuş olabilir ki bu halde koşullar sigortacı tarafından belirlenemeyebilecektir. Bu durumda, öncelikle sigorta ettirene yöneltilen tazminat talebi ikincil sigorta bedellerine ulaşmadıkça ikincil sigortacıdan savunmayı üstlenmesi beklenmemelidir. Talebin ikincil sigorta bedeline ulaşması kuvvetle muhtemel olsa bile ikincil sigorta sözleşmesinin; sigortacının sadece birincil sigorta bedellerinin üstünde kalan kısım için sorumluluk üstlenmesine ilişkin temel özelliği nedeniyle, genel şartların ilgili hükmünün sadece ikincil sigorta bedellerine tekabül eden bir sorumluluk olduğu, dolayısıyla ikincil sigortacının yükümlülüğünün ancak uyumsuzluğu birincil sigorta bedelleri bakımından sona erdiren, sulh veya mahkeme kararı gibi bir nedenle ödenerek tüketilmesiyle doğacağı kabul edilmelidir.

İkinci olarak, her iki sigortacı da sigorta ettireni savunma yükümlülüğü olabilir. Bu da yine sigortacılarla kendi sigorta ettirenleri arasındaki anlaşma veya genel şart hükmü nedeniyle ortaya çıkabilir: Örneğin hem zorunlu trafik sigortasına ilişkin genel şartların B.2/2.4. maddesiyle, hem ihtiyari trafik sigortasına ilişkin genel şartların 1. maddesi ile sigortacılara sigorta ettireni savunma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak böyle bir durumda da, sigorta ettirene karşı yapılan tazminat talebi ikincil sigorta bedellerine ulaşmadıkça, ikincil sigortacıdan sırf bu hüküm nedeniyle savunma talep edilememelidir. Yine talebin ikincil sigorta bedeline ulaşmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda da ikincil sigortacıya ancak birincil sigorta bedelleri tüketildikten sonra başvurulabilmelidir.

4. İkincil Sigortacının Sigorta Ettirenin Savunma Masraflarını Karşılama Yükümlülüğü

TTK'nin "Hukuki Koruma" kenar başlıklı 1474/1. maddesiyle, sigorta bedelini aşmadığı sürece sözleşmede ayrıca bir hüküm olmasa da

¹⁵⁵ Tabi ikincil sigorta sözleşmelerinin yabancı uygulamasında, savunma yükümlülüğünün birincil sigortacıya ait bir yükümlülük olarak görüldüğü, ikincil sigortacıların istisnai olarak savunma yükümlülüğü altına girdiği hatırlatılmalıdır, bğl. krz. yuk, II, C, 2. Yani böyle bir ihtimalin gerçekleşme olasılığı düşüktür.

sigorta ettiren aleyhine sürülen isteme ilişkin makul giderlerin sigortacı tarafından ödeneceği belirtilmiştir. Kanun Gerekçesi'nde bu düzenlemenin mal sigortalarındaki zararı önleme / azaltma yükümlülüğünün bir anlamda sorumluluk sigortalarındaki uzantısı olduğu ifade edilmektedir. Bu bakımdan örneğin, bir dava açılmadan evvel düzenlenmiş ihtarname masrafları da pek ala sigortacı tarafından ödenecektir.

1476/1. maddede ise sigortacının sigorta ettirenin savunmasına yardım etmeyi kabul etmesi halinde, sorumluluk ve tüm giderlerin sigortacıya ait olacağı ifade edilmiştir. Doktrinde her iki madde kapsamında yapılacak masraflar da savunma masrafları olarak anılmaktadır¹⁵⁶. TTK'nin 1486/3. maddesine göreyse 1474 ve 1476. maddeler sigortalı aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse Kanun hükümleri uygulanır. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından, sigortacı en azından sigorta bedelini aşmayan masrafları ödemekten kaçamaz.

Ancak bu hükümlerin birincil – ikincil sigorta bağlamında, ikincil sigortacıyı ancak üstlenmeyi kabul ettiği sorumluluk kapsamında bağlayacağı unutulmamalıdır. Bir başka ifadeyle ikincil sigorta sözleşmesinin olduğu durumlarda, sigortacının savunma masraflarını ödeme borcu, kendi sigorta bedellerinin sınırları içinde doğabilir. Mesela ihtiyari trafik sigortasına ilişkin genel şartların 11. maddesinde; (ancak) Karayolları Trafik Kanunu Mali Sorumluluk Sigortası limitlerini aşan dava masraflarının sigortacıya ait olduğu düzenlenmiştir.

Dolayısıyla sigorta ettirenin savunulması üstlenildiğinde dahi -istenen tazminatın ikincil sigorta bedellerine ulaşma ihtimali olsun olmasın- ikincil sigorta sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadıkça ve birincil sigorta bedelleri tüketilmedikçe, gerek 1474, gerek 1476. madde bağlamında yapılacak masraflara birincil sigortacının katlanacağı kabul edilmelidir. Keza birincil sigortacı zararın ilk kısmının tazminini ikincil sigortanın varlığı veya yokluğundan bağımsız olarak taahhüt ettiği gibi, sigorta ettirenin savunmasını da ikincil sigortanın varlığını dikkate alarak veya buna güvenerek üstlenmemiştir.

¹⁵⁶ Bkz. CAN, (2018), s. 151 – 153.

Türk Usul hukuku bakımından yargılama giderleri bir dava bağlamında yapılan giderleri anlatan bir kavram olarak anlaşılır, bkz. ERCAN / ARSLAN, s. 168. Dolayısıyla TTK'deki savunma masrafları kavramının, yargılama giderlerinden geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir. Bu yönde bkz. ÜNAN, s. 309.

5. İkincil Sigortacının Birincil Sigortacıya Karşı Talep Hakkı

Sigortacıya TTK'nin 1476/3. maddesiyle savunmasını üstlenmesi durumunda, sigorta ettirenin hak ve menfaatlerini gözetme yükümlülüğü getirilmiş olsa da, bunun sadece savunmanın üstlenilmesi haliyle sınırlı olmayan bir yükümlülük olduğu açıktır. Sigortacının, sigorta ettirenin menfaatine aykırı hareket ettiğinin ve bu davranışların zarara yol açtığına ispat edilebildiği durumlarda, bunun tazmininin istenebileceği açıktır¹⁵⁷. Peki acaba sigorta ettirenin bu zararını sigorta tazminatı şeklinde ödeyen ikincil sigortacı, bu nedenle birincil sigortacıya karşı talepte bulunabilir mi? Bulunabilir denilirse, yasal dayanağı ne olabilir?

Anglo Amerikan Hukuku'nda bu konuda iki farklı görüşün olduğu, hakim görüşün ikincil sigortacının talep hakkını kabul ettiğinden bahsedilmişti¹⁵⁸. Gerçekten de her iki görüş de haklı yönleri olan gerekçelere sahiptir. Bize göre çözüm, dürüst olmayan davranışın engellenmesini sağlamak düşüncesiyle oluşturulmalıdır. Çünkü bu husus aynı zamanda toplumun düzen ve yararı ile de ilgilidir. Bu da birincil sigortacının neden olduğu zarar için tazminat ödemekle yükümlü tutulmasıyla gerçekleşebilir. Tazminatı talep edecek ilk kişi sigorta ettirenin kendisidir. Ancak bu zararı onun yerine ikincil sigortacı ödemek zorunda kalmışsa onun da talep hakkının olması gerekir.

Peki ikincil sigortacı, birincil sigortacıdan talepte bulunabilecekse bunun hukuki dayanağı ne olabilir?

Bu noktada çözümü gereken ilk husus, ikincil sigortacının sigorta tazminatı adı altında talep ediliyor olsa da, birincil sigortacının davranışları nedeniyle artan miktarın teminat kapsamında olup olmadığı yani gerçekten bir sigorta tazminatı ödemesi olup olmayacağıdır.

Keza kabul edilen illiyet bağı teorisine bağlı olarak ikincil sigortacının, birincil sigortacının kusurlu davranışlarının neden olduğu bu zarar kısmını ödemeyi taahhüt etmediği; bunun ikincil sigortacının üstlendiği bir risk olmadığı, dolayısıyla bu kapsamda yapılacak ödemenin teminat kapsamında yapılan bir ödeme olmayacağı iddia edilebilir. Böyle bir durumda ikincil sigortacı bu kısma isabet eden tazminatı ödemekten kaçınabilecek ya da ödersen bu ödeme lütuf ödemesi olarak kabul edilebilecektir ki bu durumda alacağın temlikli hükümlerine göre birincil sigortacıdan da talep edilebilecektir.

¹⁵⁷ Bu hususta örnek bir karar için bkz. YHGK, 18.10.2018, E. 2017/108, K. 2018/1459.

¹⁵⁸ Bğl. krz. yuk, II, C, 4.

Türk Sigorta Hukuku'nda zarara birden çok nedenin yol açtığı durumlarda bu nedenler arasındaki ilişkinin teminatın kapsamı bakımından tazminat ödeme borcuna nasıl etki edeceği çok da tartışılan bir husus değildir. Bize göreyse nihai zarara biri diğerini tetikleyen bir silsile içinde meydana gelen nedenler yol açtığında ve bunlardan birisi teminat dışındaysa ve zarara katkısı bulunabiliyorsa bu kısım tazminattan düşülmelidir¹⁵⁹.

Ancak zararın bu kısmının da ikincil sigorta teminatı kapsamında olduğu kabul edilirse, farklı sonuçlara ulaşılır. Zira bu durumda ödenen meblağ artık sigorta tazminatı olarak vasıflandırılmış olacaktır ki akla gelen ilk çözüm ikincil sigortacının halefiyet hakkının kullanılmasıdır. Zira bu durumda birincil sigortacıya karşı ikincil sigortacının talep hakkının olması gerektiğini söyleyen gerekçeler, sigortacıya halefiyet hakkının verilmesinin gerekçelerine benzer: Çünkü halefiyet hakkı bir yandan sigorta ettirenin zenginleşmesine, diğer yandan zarar veren kişinin eyleminin sorumluluğundan kaçmasına engel olmak için sigortacıya verilmiştir¹⁶⁰. Peki Türk Hukuku yönünden ikincil sigortacı, birincil sigortacıdan 1472 ve 1481 maddeler uyarınca halefiyet hakkına dayanarak böyle bir talepte bulunabilir mi?

Aslında her iki maddenin sözü de olumlu bir cevaba müsaittir. Zira her iki maddede de sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, hukuken sigorta ettirenin yerine geçip, gerçekleşen zarardan sorumlu olanlara karşı sahip olduğu dava hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla birincil sigortacının kusuruyla tazminat miktarının arttığı durumlarda, ikincil sigortacının ödemek zorunda kaldığı meblağ, sigorta tazminatı olarak kabul edilirse, gerçekleşen zarardan sorumlu olan kişi veya kişilere yani hem asıl riski gerçekleştiren kişiye hem birincil sigortacıya karşı halefiyete dayalı olarak rücu edebileceğinin de kabulü gerekir.

IV. Sonuç

İkincil sigorta sözleşmesi; sigortacının, meydana gelecek zararın, birincil sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan kısmının üstünde kalan belli bir kısmının tazminini üstlendiği sözleşmelerdir.

Ana vatanının Anglo Sakson – Amerikan Ülkeleri olduğu söylenebilecek ikincil sigorta sözleşmesinin, onu diğer sigorta sözleşmelerinden ayırt etmeye yarayan temel özelliği ise; birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedeli /

¹⁵⁹ Bu husustaki tartışmalar için bkz. KÜÇÜK, s. 173 vd.

¹⁶⁰ Bkz. OMAĞ, (2011), s. 43 vd.

bedelleri tüketilmeden evvel, ikincil sigortacıdan tazminatı ödemesi için talepte bulunulamamasıdır.

Sorumluluk sigortaları ile özdeşleşen ikincil sigorta sözleşmeleri Türkiye’de daha çok aynı riski temin eden zorunlu – ihtiyari sorumluluk sigortaları bağlamında akdedilir. Bununla birlikte konu hakkında yeterli düzeyde uygulama, doktrin ve yargı kararının bulunmaması, bu sözleşmelerin özelliklerinin ortaya koyulması bakımından Anglo Sakson – Amerikan Hukuku’ndaki başta yargı kararları olmak üzere, konuya ilişkin doktrinel çalışmaların ve pratiğin aktarılmasını zorunlu kılar.

Türk Sigorta Hukuku’ndaki benzer kavramlarla karşılaştırıldığında, aslında ikincil sigorta sözleşmesinin akdiyle birden çok sigorta halinin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte ikincil sigorta sözleşmelerinin TTK’de birden çok sigortanın alt türü olarak düzenlenen müşterek sigorta (m. 1466), çifte sigorta (m. 1467) ve kısmi sigortadan (m. 1468) farklı olduğu söylenebilir. Öncelikle, kısmi, müşterek veya çifte sigortanın varlığından bahsedebilmek için, aşkın sigorta durumunun oluşması gerekir. Oysa ikincil sigorta sözleşmelerinde sigortacının, birincil sigorta sözleşmesindeki bedeller tüketilmedikçe, tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz. Ayrıca ikincil sigorta sözleşmesi, kısmi ve müşterek sigorta sözleşmelerinin akdediliş şekli ile de tam uyuşmaz. Nitekim ikincil sigorta sözleşmeleri için sözleşmenin birincil sigortacı ile aynı veya farklı günde veya aynı veya farklı sigortacı ile akdedilmesinin bir önemi yoktur. Yine de en önemli fark tazminatı ödeme borcunun şeklinde ortaya çıkar. Akdi caiz olan ikincil sigorta sözleşmesinin bu yönden bir geçersizlik halini anlatan çifte sigorta ile karşılaştırılması ise anlamsızdır.

İkincil sigorta sözleşmesinin akdi, bir takım meselelerin ortaya çıkmasına da neden olur. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere konuyla ilgili çalışma ve yargı kararları kısıtlıdır. Dahası Yargıtay tarafından verilen kararların geneli zorunlu – ihtiyari sigorta bağlamında verilen kararlardır. Oysa Türkiye’de faaliyet gösteren sigorta şirketleri yönetici sorumluluk sigortası gibi zorunlu sigortaların olmadığı alanlarda da ikincil sigorta sözleşmesi yaptıklarını duyurmaya başlamışlardır. Bu durum, ikincil sigorta sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkabilecek meselelerin, ayrıca ve zorunlu – ihtiyari sigorta denkleminde bağımsız bir şekilde irdelenmesini de gerektirir. Bu yönden ikincil sigorta sözleşmelerinin bize göre çok daha uzun bir geçmişe sahip olduğu Anglo Sakson – Amerikan Hukuku’nda bu meseleler için bulunmuş çözümler, Türk Hukuku’ndaki kural ve ilkelerin süzgecinden geçirilmesi koşuluyla yardımcı olabilir:

Bu bağlamda, öncelikle birincil sigorta akdedilmeden, ikincil sigorta sözleşmesinin yapılabileceği kabul edilmelidir. Zira ortaya çıkacak zararın farklı katmanları için teminat sağlayan birincil ve ikincil sigorta sözleşmeleri birbirinden bağımsız sözleşmelerdir. Ayrıca sigorta yaptırma zorunluluğunun getirildiği riskler için de, zorunlu birincil sigortanın yapılmamış olmasının, ikincil sigorta sözleşmesinin akdini engellemeyeceği kabul edilmelidir. Keza aksinin kabulü, hem sigorta ettirenin menfaatlerini zedeleyecek ama özellikle zarar gören üçüncü kişinin tazminat olanaklarını azaltacaktır ki bu sorumluluk sigortalarının sosyal amacına ters düşer.

Birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelleri tüketilmedikçe, ikincil sigortacıdan tazminat talebinde bulunulamayacağı Yargıtay tarafından da kabul edilen bir husustur. Bu yönden birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin hangi koşullar altında tüketilmiş sayılacağına ilişkin ortaya çıkabilecek meseleler Türk Hukuku bakımından değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılabilir:

Birincil sigorta sözleşmesinin akdedilmemiş olduğu durumlarda; Güvence Hesabı kapsamında olan zorunlu sigortalar için, ikincil sigorta sözleşmesindeki limite ulaşıncaya kadar ancak Güvence Hesabı'na başvurulabilir. Güvence Hesabı kapsamında olmayan zorunlu sigortalar ile hem birincil hem ikincil sigortanın ihtiyari nitelikte olduğu sigortalarda da kural olarak aynı sonuç benimsenmeli ve ikincil sigorta bedeline ulaşıncaya kadar zarara sigorta ettirenin katlanacağı kabul edilmelidir.

Zorunlu birincil sigorta sözleşmesinin, mevzuatla belirlenmiş sigorta bedeli limitinin altında bir bedelle akdedilmiş olması ihtimaline karşılık, ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğup doğmadığına, mevzuatla belirlenen limite göre mi, yoksa sözleşmedeki fiili bedele göre mi karar verileceği meselesinin çözümündeysen, öncelikle ikincil sigorta sözleşmesine ait hükümler dikkate alınmalı, ikincil sigortacıyı ancak mevzuatla belirlenen bedellerin üstündeki kısım için sorumlu tutan açık ifadelerin yokluğundaysa, ikincil sigortacının sorumluluğunun, birincil sigorta sözleşmesinde fiilen belirlenmiş sigorta bedelinin üstünde kalan kısımdan itibaren başladığı kabul edilmelidir.

İkincil sigortacı ortaya çıkacak zararın, birincil sigorta sözleşmesinde belirlenen bedelin üstünde kalan belli bir kısmının tazminini taahhüt ettiğinden, birincil sigorta sözleşmesinin sonradan feshedilmesi, geçersiz hale gelmesi veya süresinin bitmesi ve yenilenmemesi, kural olarak ikincil sigortacının, birincil sigortacının yerine geçmesine yol açmaz.

Aynı sonuç, birincil sigortacının borcunu ödeyemez hale düşmesi veya iflası halinde de geçerli olmalıdır. Aksine bir anlaşmanın yokluğunda, ikincil sigortacının sadece birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan zarardan sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

Birincil sigorta sözleşmesinde kısmi tazminat ödemesinin yapılması durumundaysa bu ödeme, aradaki farka sigorta ettiren katlandığı sürece, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesi olarak kabul edilmelidir.

Sigorta teminatının koşul ve kapsamı için birincil sigorta sözleşmesinin şart ve hükümlerine atıf yapan “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleri” bakımından birincil sigorta sözleşmesinde, yapılan değişiklikle başlangıçta teminat dışı olan bir husus nedeniyle tazminat ödemesi yapıldığında; birincil sigorta bedelinin tükenmiş sayılıp sayılmayacağı da diğer meselelerin çözümünde olduğu gibi, öncelikle ikincil sigorta sözleşmesinin hükümleri dikkate alınarak çözülmeye çalışılmalıdır. Buna göre ikincil sigorta sözleşmesi yapılırken, birincil sigorta sözleşmesinin hükümlerinin bilindiği ve o sıradaki haline atıf yapıldığı ispat edilebiliyorsa, ikincil sigortacı, sonraki değişiklik ve düzeltmelerle bağlı olmaktan kurtulabilmelidir.

Sigorta ettirenin zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun doğduğu yıl için yapılmış birden fazla birincil ve ikincil sigortanın olduğu durumlarda, sigorta bedelinin tüketilmesi koşulu bakımından, ikincil sigorta sözleşmesinin spesifik bir birincil sigorta sözleşmesinin üstü için akdedilip akdedilmediğine bakılmalı, böyleyse birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmiş olması, ikincil sigortacıya başvurmak için yeterli sayılmalıdır. Ancak ikincil sigorta sözleşmesinde var olan tüm birincil sigorta sözleşmelerinin tüketilmesinden bahsedilmişse, ikinci sigortacıya başvurabilmek için tüm birincil sigorta sözleşmelerindeki bedellerin tüketilmesi gerekecektir.

Sigorta ettiren, birincil sigorta sözleşmesini ihlal ettiği için sigorta tazminatını talep hakkını kaybettiğindeyse, bu davranışı ikincil sigorta sözleşmesinin de ihlaline yol açmadıkça, birincil sigorta bedelinin üstüne kalan kısım için ikincil sigortacıdan talepte bulunulabilmelidir. Ayrıca birincil sigortacının, TTK'nin 1484/1. maddesi gereği sorumlu olmadığı halde zarar gören üçüncü kişiye yapmış olduğu ödemeleri de ikincil sigortacıdan talep etmesi söz konusu olamaz.

İkincil sigortacının yanı sıra, birincil sigortacı da sigortalıyı savunma taahhüdünde bulunmuş olsun veya olmasın, birincil sigorta sözleşmesindeki bedeller tüketilmedikçe, ikincil sigortacının savunma yükümlülüğünün

doğmayacağı kabul edilmelidir. Bu sonuç üçüncü kişinin sigortalıya karşı yönettiği tazminat talebinin, ikincil sigorta bedeline ulaşmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar için de geçerli olmalıdır.

Sigortacı tarafından ödenmesi gereken savunma masrafları bakımından da ikinci sigortacının borcunun ancak kendi sigorta bedellerinin sınırları içinde doğacağı açıktır. Bir başka ifade ile kural olarak birincil sigorta bedelleri tüketilmedikçe, TTK'nin gerek 1474, gerek 1476. madde bağlamında yapılacak masraflara birincil sigortacının katlanacağı kabul edilmelidir.

Son olarak her iki sözleşmenin de aynı menfaati, riski ve zararı teminat altına alıyor olması -bu sözleşmeler birbirinden bağımsız da olsa- birincil sigortacının eylemleriyle ikincil sigortacının menfaatlerini yakından etkilemesine neden olur. Bu durum birincil sigortacının davranışlarıyla zarar gören üçüncü şahsa daha fazla tazminat ödenmesine yol açması durumunda, ikincil sigortacının birincil sigortacıya karşı bir talep hakkının olup olamayacağı meselesini çıkarır. Bu meselenin çözümünde ise; zararın, birincil sigortacının davranışları nedeniyle artan kısmının da ikincil sigortanın teminatı kapsamında olduğu kabul edilebildiği sürece, ikincil sigortacının TTK'nin halefiyete ilişkin hükümleri uyarınca, gerçekleşen zarardan sorumlu olan kişiler olarak hem asıl riski gerçekleştiren kişiye, hem birincil sigortacıya rücu edebileceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

ATABEK, Reşat: **Reasürans Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

BAILEY, Dan A.: “Excess Policy Attachment: Policy Language Prevails”, s. 1 – 5 (sayfa numaraları çıktı üzerinden verilmiştir).

(https://baileycav.com/site/assets/files/1453/excess_policy_attachment.pdf.,ErişimTarihi:15.06.2019)

BOGGS, Beth / Mc LAUGHLIN, Daniel: “Primary Insurers’ Duty to Exercise Good Faith Toward Excess-Insurance Carriers”, Reprinted from **The Illinois Bar Journal**, 2002, Vol. 90, No. 1, s. 1 – 7. (<http://www.boggsfirm.com/documents/Primary-Insurers-Duty-to-Exercise.pdf>, Erişim Tarihi:16.06.2019).

- BONNER, Marianne: “What’s the Difference Between Claims-Made and Occurrence Policies?”. (<https://www.thebalancesmb.com/claims-made-versus-occurrence-policies-462581>, Erişim Tarihi: 20.06.2019).
- BURLING, Julian M. / LAZARUS, Kevin (editörler): **Research Handbook on International Insurance Law and Regulation**, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- CAMPSEN, Paul K.: “Primary Liability Under Excess Insurance Clauses: State Capital Insurance Co. v. Mutual Assurance Society Against Fire on Buildings”, **University of Richmond Law Review**, 1978, Vol. 13, Iss. 1, s. 165 – 173.
- CAN, Mertol: **Birden Çok Sigorta**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004. [CAN, (2004)]
- CAN, Mertol: **Türk Özel Sigorta Hukuku**, C.1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. [CAN, (2018)]
- CAROLAN, Michael / MULLAN, Brendan / SACKETT, Elizabeth C.: “Recent Developments in Excess Insurance, and Reinsurance”, **Tort Trial & Insurance Practice Law Journal**, 2017, Iss. 52:2, s. 369 – 391.
- O’CONNOR, John F.: “Insurance Coverage Settlements and the Rights of Excess Insurers”, **Maryland Law Review** 2003, Vol. 62, Iss. 1, s. 30 – 84.
- CORZINE, West: “What Is More Fair: Horizontal or Vertical Exhaustion?”. (<https://westcorzinelaw.com/what-is-more-fair-horizontal-or-vertical-exhaustion/>, Erişim Tarihi: 11.08.2019).
- COUGHLIN, Kevin T. / MIDLIGE, Suzanne C. / PEREZ, Maida / HRINEWSKI, Michael E.: “Are You Really Exhausted? Negotiating Settlements for Less than Policy Limits - Recent Trends and Decisions”, s. 1 – 17, s. 3. (https://www.coughlinduffy.com/uploads/29/doc/ARE_YOU_REALLY_EXHAUSTED__NEGOTIATING_SETTLEMENTS_FOR_LESS_THAN_POLICY_LIMITS_-_RECENT_TRENDS_AND_DE.pdf, Erişim Tarihi: 12.06.2019)
- DOLDEN, Eric A. / RIDGWAY, Lisa: “An Overview of Primary and Excess Coverage Issues for Claims Handlers and Claims Counsel” 2008, s. 1 – 37. (<http://www.dolden.com/wp-content/uploads/2016/06/116->

An-Overview-of-Primary-and- Excess-Coverage-Issues-for-Claims-Examiners-September-2008.pdf, Erişim Tarihi: 19.06.2019).

ERCAN, İbrahim / ARSLAN, Aziz Serkan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması İle İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C. 20, Sa. 2, s. 164 – 180.

FREDERICKS, James M.: “Excess Insurer’s Duty to Defend After Primary Insurer Settles Within Policy Limits: Wisconsin After Loy and Teigen”, **Marquette Law Review**, 1987, Vol. 70, Iss. 2, s. 285 – 319.

GRAND Jr., David T.: “Nailing Down Occurrence Triggers for Property Damage in the Wake of Redevelopment - Why a Distinction Should Be Made Between First and Third Party Policies”, **Louisiana Law Review**, 2008, Vol. 68, Num. 2, s. 605 – 629.

HIZIR, Serdar: “Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, Sa. 86, s. 268 – 312.

HOGG, James F.: “The Tale of a Tail”, **William Mitchell Law Review**, 1998, Vol. 24, s. 515 – 580.

HUBERTY, James / ZELLER, William: “Excess ‘Follow Form’ Policy Obligations: Determined by Primary Policy, not by Primary Insurer”.

(<https://www.lawjournalnewsletters.com/sites/lawjournalnewsletters/2008/01/30/excess-follow-form-policy-obligations-determined-by-primary-policy-not-by-primary-insurer/>, Erişim Tarihi: 20.09.2019).

JONES, Thomas M./HURWITZ, Jon: “An Introduction to Insurance Allocation Issues in Multiple – Trigger Cases”, **Illanova Environmental Law Journal**, 1999, Vol. X, s. 25 – 55.

KELLEY, Gail S.: “A Look at Insurance Options”. (<https://www.structuremag.org/?p=385>, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

KENDER, Rayegan: **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- KÜÇÜK, Damla: “Yangın Sigortasında Doğrudan Neden Kavramı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, C. 13, Sa. 163-164, s. 161 – 214.
- LEDDY, Chad: “Equitable Contribution”. (<https://www.canadianunderwriter.ca/features/cc-how-ontario-court-ruling-can-benefit-excess-insurers-at-the-expense-of-primary-carriers/>, Erişim Tarihi: 23.08.2019).
- MANGINO, Robert M. / SCHIFFER Jr. Larry P. / BOUHAN, Richard M. / KENNEDY, Stephen M. / BROWN, Robert J. / BYRNE, Matthew J. / NOVAK, Christopher C.: “Recent Developments in Excess Insurance, Surplus Lines Insurance, and Reinsurance Law”, **Tort & Insurance Law Journal**, 2001, Vol. 36, Num. 2, s. 309 – 334.
- MARICK, Michael M.: “Excess Insurance an Overview of General Principles and Current Issues”, **Tort & Insurance Law Journal**, 1989, Vol. 24, No. 4, s. 715 – 750.
- MASTERS, Lorelie S. / STANZLER, Jordan S. / ANDERSON, Eugene R.: **Insurance Coverage Litigation**, 2. Edition, Walters Kluwer, New York, 2019.
- MAYERSON, Marc S. / SEAMAN, Scott M.: “Excess Insurer’s Duty to Defend and Indemnify: Exhaustion, Claims Not Covered by Primary, Defense Cost Reimbursement Advocating Expanding or Limiting the Scope of Excess Insurer’s Obligations”. (<http://media.straffordpub.com/products/excess-insurers-duty-to-defend-and-indemnify-exhaustion-claims-not-covered-by-primary-defense-cost-reimbursement-2016-08-09/presentation.pdf>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).
- NOMER, Cahit: **Sigortanın Genel Prensipleri ve Reasürans, Çeltüt Matbaacılık, İstanbul, 1977.**
- OMAĞ, Merih Kemal: “Özel Sigorta Hukukunda Rizikonun Dağıtılması İlkesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, Sa. 1-2, s. 103 – 112. [OMAĞ, (2002)]
- OMAĞ, Merih Kemal: **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011. [OMAĞ, (2011)]
- PORTNER, Kenneth M.: “Exhaustion of Policy Limits and Termination of the Duty to Defend, The Legal Intelligence”, 2017.

(<https://www.wglaw.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-467506/media.name=/201061706%20Weber.pdf>, Erişim Tarihi: 23.07.2019).

RICHMOND, Douglas R.: “Excess Insurance and Umbrella Coverage”, New Appleman on Insurance Law Library Edition Chapter 24, s. 1 – 9 (sayfa numaraları çıktı üzerinden verilmiştir).(<https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/insurance/b/applemaninsurance/posts/excess-insurance-and-umbrella-coverage-new-appleman-on-insurance-law-library-edition-chapter-24>, Erişim Tarihi: 14.07.2019).

SEAMAN, Scott M. / KITTREDGE, Charlene: “Excess Liability Insurance: Law and Litigation”, **Tort & Insurance Law Journal**, 1997, Vol. 32, No. 3, s. 653 – 714.

ŞENOCAK, Kemal: **Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000. [ŞENOCAK, (2000)]

ŞENOCAK, Kemal: **Çifte Sigorta**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002. [ŞENOCAK, (2002)]

ŞENOCAK, Kemal: “Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği”, **AÜHFD**, 2009, C. 8, Sa. 1, s. 189 – 229. [ŞENOCAK, (2009)]

TUCCI, Theodore J.: “Primary and Excess Insurers and Their Common Insured: The Triangular Relationship with No Love Lost”, **Case Western Reserve Law Review**, 1981, Vol. 32, Iss. 1, s. 265 – 300.

TUYTEL, Neo J.: “Who’s on the Risk (and for How Much?): Allocating and Apportioning Indemnity and Defence Costs”, s. 1 – 30. (<https://static1.squarespace.com/static/5316d2f7e4b06ab55722a297/t/55aeb2efe4b0d3237adfc162/1437512431366/Who%27s+on+the+Risk+And+for+Ho+w+Much%2C+by+Neo+J+Tuytel.pdf>, Erişim Tarihi: 11.05.2019).

ÜNAN, Samim: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku**, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

YONGALIK, Aynur: **Çevre Sorumluluk Sigortası**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 1998.

WELLS, Bert: “Excess Insurance, Umbrella Insurance and Multi-Insurer Coverage Programs”, 2010, s. 1 – 30, s. 4.

(<https://www.cov.com/~media/files/corporate/publications/2010/01/excess-insurance-umbrella-insurance-and-multi-insurer-coverage-programs.pdf>, Erişim Tarihi: 09.05.2019).

“Claims Made and Professional Liability Insurance Coverage”, **Pennsylvania Bar Institute Publication**, 2014.

(<https://www.reedsmith.com/-/media/files/perspectives/2014/01/employment-practices-liability-insurance-in-an-evo/files/pbi--insurance-recovery-article/fileattachment/websitepbi-insurance-recovery-article.pdf>, Erişim Tarihi: 20.06.2019).

“Hasar Fazlası Reasürans Anlaşması (Excess Of Loss Treaty)”, (<https://www.tsb.org.tr/reasurans.aspx?pageID=440>, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

“How Umbrella Policies Started”,

(<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BuvGFulrbKsJ:https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/how-umbrella-policies-started-part-1-early-liability-coverage&hl=tr&gl=tr&strip=1&vwsrc=0>, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

“İşveren sorumluluk sigortaları Türkiye’de kendine yaygın bir uygulama alanı buluyor.”, Haber Tarihi: 02.10.2018,

(<http://www.bestyayincilik.com/Haberler/Haberler.aspx?HABER=11179>, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

“Sorumluluk Sigortaları”, (<https://www.chubb.com/tr-tr/corporate/liability-insurance.aspx>, Erişim Tarihi: 12.08.2019).

“Yönetici Sorumluluk Sigortası”,

(https://www.unicosigorta.com.tr/assets/uploads/Yonetici_Sorumluluk_Sigortasi.pdf, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

