

Milli Reasürans T.A.Ş.
adına sahibi
Cahit NOMER

İnceleme Kurulu
BAŞKAN
Barbaros YALÇIN
ÜYE

Hüseyin YUNAK
ÜYE

Candan EVREN
ÜYE

Ali N. YÜCEL
ÜYE

Feridun ÖZÜNAL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Y. Kemâl ÇUHACI

İnceleme Kurulu Sekreteri
Gonca GÜNiŞIK

Basın Yayın Koordinatörü
Ebru FERAY

Dizgi
Gonca GÜNiŞIK

Kapak Dizaynı
Umut SİLE

Renk Ayrımı
OLUŞUR GRAFİK

Baskı
CEYMA MATBAASI
Matbaacılar Sitesi
Yüzyıl Mah. 4. Cad. No.123
Bağcılar - İstanbul

Merkez
Teşvikiye Cad.43/57
34367 Teşvikiye / İstanbul

Tel : 0-212-231 47 30 / 3 hat
E-mail : reasuror@millire.com.tr
Internet: <http://www.millire.com.tr>

3 ayda bir yayınlanır.

**Dergide yer alan yazıların
içeriğinden yazı sahipleri
sorumludur.**

İÇİNDEKİLER

Sigorta Hukukunda Ağır Kusur ve Kırmızı Işık İhlâli Konulu Bir Hukuk Genel Kurul Kararı Değerlendirmesi ..	4
Türevler ve Kullanımları	19
Avrupa Birliği'ne Yeni Katılımlardan Sonra Vergi Değişikliklerinin Sigorta Sektörüne Etkileri	27
Yeni AB'de Reasürans	30
Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Veri Tabanı Oluşturma Planı	35

Reasürör Gözüyle

Yayınlanmaya başlandığı tarihten bu yana geçen süre içerisinde dergimiz Reasürör'de yer alan gerek telif, gerekse yabancı basından çeviri niteliğindeki çalışmalar, yayınlanma amacının bir gereği ve sektörümüzün bir düşünce platformu olma hedefine uygun olarak, büyük bir oranda sigorta ve reasürans içerikli olmakla birlikte, elden geldiği ölçüde, sigorta ve reasürans bağlantılı hukuk konularına veya hukukî sorunlara da yer verilmeye çalışılmıştır.

Bu sayımızda, Sayın Doç. Dr. Tekin Memiş tarafından kaleme alınan, "Sigorta Hukuku'nda Ağır Kusur ve Kırmızı Işık İhlâli Konulu Bir Hukuk Genel Kurul Kararı Değerlendirmesi" adlı çalışmada, işletenin eyleminden sorumlu olduğu kişinin kastı veya ağır kusuru nedeniyle meydana gelen bir kazada zarar görenlere tazminat ödemesinde bulunan sigorta şirketinin ödediği tazminat oranında işletene rücu etmesi ile ilgili hukuk genel kurul kararı incelenmektedir. Ülkemizde, sigortacılık sektörünün üretmiş olduğu toplam primin önemli bir bölümünün Motorlu Araç Sigortaları branşından kaynaklandığı göz önüne alındığında, söz konusu çalışmanın sigorta şirketlerimiz açısından ilginç olduğu düşüncesindeyiz.

Bu sayımızda yer alan diğer bir telif çalışma ise, Sigorta Denetleme Kurulu Uzmanı Sayın Erdinç Yurtseven tarafından hazırlanmış, "Türevler ve Kullanımları" adlı bir çalışmadır. Bu çalışmada, mali piyasalarda söz konusu olan ve faiz oranları, döviz kurları ve hisse senedi fiyatlarındaki dalgalanmalardan kaynaklanan finansman riskleri ile bu tür risklere karşı mücadelede kullanılan ve "türev" olarak adlandırılan mali araçlara değinilmektedir ve özellikle bireysel emeklilik şirketleri açısından önem taşımaktadır.

Yabancı Basından Haberler Bölümündeki ilk yazıda, ülkemizin de "Tam Üye" olmak üzere çalışmalarda bulunduğu Avrupa Birliği'ne yeni katılımlardan sonra, yeni katılan ülkelerin özellikle vergi mevzuatlarının, Birlik vergi mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesi konusunda doğabilecek zorluklar ve bu konuya ilişkin diğer sorunlara değinilmiştir. "Yeni Avrupa Birliği'nde Reasürans" adlı diğer çeviride ise, Avrupa Birliği'nin yeni katılımlarla 450 milyon nüfusa ulaştığı ve buna göre dünyanın en büyük ve en gelişmiş sigorta piyasasına sahip olduğu vurgulanmakta ve bu yeni durumun reasürans piyasasına etkileri incelenmektedir.

Sigorta Hukukunda Ağır Kusur ve Kırmızı Işık İhlâli Konulu Bir Hukuk Genel Kurul Kararı Değerlendirmesi

GİRİŞ

Sigorta hukukunda sigorta ettirenin/sigortalının kusurunun ağırlık derecesinin birbirinden farklı sonuçları bulunmaktadır. Genel olarak sigorta ettirenin/sigortalının kastının varlığı halinde sigorta tazminatından mahrumiyet öngörülmüştür (TTK. m. 1278). Kastın yanında sigorta ettirenin görevlerini yerine getirmede kusurunun derecesi, rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevinde olduğu gibi tazminatın indiriminde rol oynayabilmektedir (TTK. m. 1292/son)¹. Bunun yanında Zorunlu Trafik Mali Sorumluluk Sigortasında ise sigorta ettirenin sorumlu olduğu kişilerin kasdı bir hareketi ya da ağır kusuru ile kazanın meydana gelmiş

olması halinde, sigortacının zarar görene ödeyeceği tazminat oranında rücu edebileceği öngörülmektedir.

Bu çalışmada sigortalının ağır kusuru ile ilgili olarak önce genel açıklamalar yapılacak ve inceleme konusu olan Hukuk Genel Kurul Kararı² için teorik bilgiler verilecektir. Verilen bu bilgilerden sonra ise ana hatları ile Hukuk Genel Kurul Kararı okuyucuya sunulmaya çalışılacak ve bir sonraki bölümde ise karar üzerinde tartışmalar yapılacaktır.

Çalışmada ayrıca Türk Hukukunda ele alınmamış olmakla birlikte mukayeseli hukukta üzerinde sıkça tartışmaların vuku bulduğu “kısa bir anlık dikkatsizlik” savunması, ispat problemleri de ele alınacaktır. Konu ile ilgili ayrıca çok sayıda Alman mahkeme kararı da çalışmada kullanıl-

mıştır³. Sonuç Yerine ise kararın somut olarak kısa değerlendirmeleri ile çalışma sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SİGORTA HUKUKUNDA AĞIR KUSUR KAVRAMI

I. Kusur Kavramı mı, İhmal Kavramı mı?

Sorumluluk hukukunda Roma Hukukundan beri devam eden geleneğe göre kusur, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sorumluluk hukukunda fail ister kasıtlı olsun isterse bir ihmalle zarara sebep olsun tazmin borcuyla yükümlüdür⁴.

¹ Bu hükmün açıklama ve eleştirisi için bkz. *Rayegan Kender, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2001, s. 214.* Ayrıca ihbar görevinin ihmali ağır kusur sayılmasına engel haller için bkz. *Samim Ünan, İsteğe Bağlı Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s. 193.*

² HGK 10.12.2003, E. 2003/11-756, K. 2003/743 (*E-Akademi Dergisi, Sayı 28, Haziran 2004, www.e-akademi.org*).

³ Ayrıca sigortalının kırmızı ışık ihlâli ile ilgili iki ayrı Federal Mahkeme Kararının çevirisi de yayınlanmıştır: bkz. *E-Akademi Dergisi, Sayı 28, Haziran 2004 (www.e-akademi.org)*.

⁴ *Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1998, s. 556; Tekinay/Akman/Burcuoğlu*

Kanunlarımızda kast ve ihmali tanımları yapılmamıştır. Buna karşın öğretide kast, hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilerek istenmesi olarak tanımlanmıştır⁵. İhmal ise hukuka aykırı sonucun istenmesine karşın fail tarafından şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi olarak belirlenmiştir⁶.

Türk hukukunda ihmal kavramının yerine kusur kavramı da kullanılmaktadır. "Ağır kusur", "hafif kusur" hatta "en ağır kusur", "orta kusur" ifadelerine de rastlanılabilmektedir. Burada belirtmek gerekir ki "kusur" kelimesi, "ihmal" anlamında kullanılmaktadır. Bu çalışmada da "doktrin ve yargıda yanlış bir alışkanlık olarak ihmal yerine kusur" keli-

mesinin kullanıldığı eleştirisi⁷ bilinmekle birlikte sigorta hukukunda "ağır kusur" ve "hafif kusur" arasında ayırım yapıldığı ve ele alınacak içtihatlarda "ağır kusur" kavramı kullanıldığı için bu kavram tercih edilecektir⁸.

II. Ağır Kusur Kavramı

Ağır kusur (ihmal), aynı şartlar altında bulunan her insanın alması gerekli olan en basit tedbirin alınmaması olarak tanımlanmaktadır⁹. İsviçre Federal Mahkemesi de ağır kusuru, en basit ihtiyat kurallarının ihlâl edilmesi, aynı hal ve şartlarda bulunan her makul insanın zorunlu sayacağı tedbirlerin terk edilmesi, hal ve şartların ya da sözleşmenin yüklediği tedbir alma görevine

karşı aldırılmazlık olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Burada fail tarafından gösterilecek olan özen yükümünün tayini, objektif ölçülere göre yapılmaktadır¹¹.

Sigorta ettiren kimse, davranışının sigorta konusunun meydana gelmesine neden olacağı veya zararın artmasını bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde ağır kusurludur¹². Ancak burada sigorta ettiren kimsenin davranışı kasit derecesine de varmamıştır, yani sigorta ettiren kimsede hukuka aykırılık bilinci de bulunmamaktadır¹³.

Sigorta hukukunda ağır kusurun tayininde hem objektif hem de sübjektif şartlar birbiri yanı sıra mevcut olmalıdır. Ağır kusurun sübjektif şartları açısından bilinçli ve bilinçsiz ağır kusur kavramı ayırımı da yapılmaktadır. Bu her iki formda da kusur, ağır ya da hafif kusur olarak nitelenebilir¹⁴. Bilinçli ihmalde (kusur) hukuka aykırı sonuç, eylemde bulunan kişi tarafından görülmekte; ancak bu sonucun ger-

Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1988, s. 1167.

⁵ *Eren, s. 557; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1170; Selim Kaneti, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 52; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, "Borçlar Hukuku Dersleri", İstanbul 1995, s. 505; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995, s. 159; Hüseyin Hatemi (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku, II. Cilt, İstanbul 1994, s. 67.*

⁶ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1170; Eren, s. 559; Oğuzman/Öz, s. 506; Karahasan, s. 161; Haluk Tandoğan, "Türk Mesuliyet Hukuku", Ankara 1961, s. 48; Hatemi (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 68*

⁷ *Eren, s. 562, dn. 343. Eren ayrıca burada kusurun sadece kasd ve ihmali olarak ikiye ayrıldığı, ayrıca bununun ağırlığı, hafifliği ve ortasının olmayacağı vurgulamaktadır.*

⁸ *Ağır kusur kavramı aynı zamanda kanun koyucu tarafından da kullanılmaktadır. Örneğin taşıyıcının ağır kusur veya hilesinden kaynaklanan zararın tamamının tazminiyle yükümlü olduğunu belirten TTK m. 786 buna örnek olarak verilebilir. Bu sadece örnek nevindedir. Türk Ticaret Kanunu'nda bununla ilgili bir çok madde saymak mümkündür.*

⁹ *Ergun Özsunay, "Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından 'Kusur'un Etkisi", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 71; Eren, s. 562; Hatemi (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), s. 68.*

¹⁰ *Bkz. FMK 2.5.1961 ve FMK 27.11.1962 (Selim Kaneti, "İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), Ankara 1968, s. 101, 102).*

¹¹ *Hansjoachim Wussow, "Haftung und Versicherung bei der Bauausführung", Köln 1971, s. 34.*

¹² *BGH VersR 1980, s. 180.*

¹³ *Prölss/Martin, "Versicherungsvertragsgesetz" 26. Auflage, München 1998, s. 512, Rn. 10.*

¹⁴ *BGH NJW 89, 1354.*

çekleşmeyeceği umulmaktadır. Bilinçli olmayan ihmalde ise hukuka aykırı sonuç önceden görülmemekle birlikte gerekli özenin gösterilmesinde de bir umursamazlık söz konusu olmaktadır¹⁵.

Şayet sigorta ettiren kimse, zararın gerçekleşme ihtimalini artırdığını veya zararı kolayca azaltabileceğini bilmekle birlikte hiçbir şeyin olmayacağı düşüncesine veya artan zarar ihtimaline rağmen sigortacı tarafından tazmin edileceği ümidine dayanıyorsa bilinçli kusur, ağırdır. Bu nedenle ağır kusurun varlığında, sigortacı alternatif bir davranış tarzını ve bu davranışın sigorta ettirenden beklenebileceğini ispat etmelidir¹⁶. Buna karşın sigorta ettiren kimsenin artan zarar ihtimalini bilmediği veya daha az zararlı bir eylemi düşünemediği, yani alternatif davranışı tahmin edemediği hallerde bilinçsiz ağır kusur söz konusu olabilir¹⁷.

Ağır kusur isnadında bulunulabilecek durumlarda dahi sigorta ettirene kusurun isnadı mümkün değilse veya zihni melekeleri iptal eden bir hastalık dolayısıyla icra edilen bir eylem söz konusu ise bu hallerde dahi ağır kusura bağla-

nan sonuçlar uygulama alanı bulamaz¹⁸.

III. Ağır Kusurun İspatı

Sigorta ettirenin davranışının ağır kusurlu olduğu ve bu kusurla sigorta olayının gerçekleştiği veya zararın arttığı, sigortacı ispat etmelidir¹⁹. Aynı zamanda sigorta olayı sigorta ettirenin ağır kusurlu bu davranışı neticesi meydana gelmelidir. Bir başka nedenle meydana gelen ya da alternatif davranış türleri arasında sigorta ettirenin seçim hakkının kalmadığı olaylarda ağır kusurdan bahsedilemez²⁰.

Ağır kusurda kusur şekli olarak objektif bileşenler için genel hayat tecrübelerine göre veya uzmanların yardımıyla sigorta ettiren kimseden beklenebilir bir davranışı ihlâl eden vakıaların ispatı kafi sayılmalıdır²¹.

Sigorta ettiren kimse, ağır kusurun objektif unsurlarının bulunduğu ya da sigortacı tarafından ispatlandığı hallerde açıklama yükümlülüğü çerçevesinde olayla ilgili sübjektif unsurları, özellikle fiziki ve ruhi durumunu, olayın oluş biçimini ve hatalı davranışının nedenlerini açıklamalıdır. Bu du-

rum, ispat yükünü sigortacı üzerinden almak anlamına da gelmemektedir. Sigorta ettiren kimse, hatırlama zafiyetine dayanıyorsa bu takdirde onun iddia ettiği nedenler ve buna bağlı olarak inanılabilirliği da araştırılmalıdır²².

IV. Sigorta Hukukunda Ağır Kusur Örnekleri

Sigorta hukukunda sigorta ettiren kimsenin ağır kusuruna Türk ve Alman mahkeme içtihatlarından örnekler verilebilir.

Uyuyabileceğini hesaplayan sigorta ettiren kimsenin yatağında sigara içmesi ağır kusur olarak kabul edilmiştir²³.

Kontak anahtarını araç üzerinde bırakan araç işletenin aracının çalınması halinde kusurlu olduğu kabul edilmektedir²⁴. Buna benzer bir karar da Alman Eyalet Mahkemesi tarafından verilmiştir. Hırsızlığa karşı sigortada sigortalı aracın anahtarlarının kaybında gerekli önlemleri almayan sigorta ettiren, ağır kusurlu sayılmıştır²⁵.

Bir başka mahkeme kararında 100 metre önceden kav-

¹⁵ Tandoğan, s. 49 vd.; Özsunay, s. 72, dn. 16.

¹⁶ Anton Martin, "Sachversicherungsrecht", 3. Auflage, München 1992, s. 1113, 1114, Rn. 25.

¹⁷ Martin, s. 1113, 1114, Rn. 25.

¹⁸ Martin, s. 1115, Rn. 31.

¹⁹ Gottfried Baumgaertel/Jürgen Prölss, "Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 5 Versicherungsrecht", Köln-Berlin-Bonn-München 1993, s. 204, Rn. 1.

²⁰ Baumgaertel/Prölss, s.206, Rn. 4.

²¹ Martin, s. 1120, Rn. 48.

²² BGH VersR 1984, s. 480; NJW 2165.

²³ LG Köln VersR 1965, s. 993; LG Duisburg VersR 1985, s. 827.

²⁴ 11. HD. 31.05.1999, E. 1999/2579, K. 1999/4846, İBD 2000, C. 74, S. 4-6, s. 584-585.

²⁵ OLG Köln, 19.1.1999, 9 U 34/98, r+s 1999, s. 189; OLG Köln 17.6.1997, 9 U 204/96, r+s 1997, s. 409.

şağa yaklaşıldığı konusunda trafik levhaları bulunmasına rağmen, bunlara dikkatsizlik sonucu gerçekleşen hasar olayında sigorta ettirenin ağır kusurlu olduğu kabul edilmiştir²⁶.

Yolda bir tilkiye çarpma sonrasında gösterilen refleks sonucu kazanın meydana gelmesinde sigortalı ağır kusurlu bulunmaz iken²⁷; buna karşılık bir motor sürücüsü, caddeden geçen bir tavşana çarpmamak için yol vermesi dolayısıyla bir kazaya neden olması halinde ise ağır kusurlu kabul edilmiştir. Zira bu olayda sürücü, bir virajda bulunmakta idi ve bir çarpışmada virajdan aşağı yuvarlanma tehlikesi de söz konusu olabilecekti²⁸. Yani özen yükümünün boyutu, artan tehlikeye göre değişmektedir.

Bir şömineye 40 santim çapında odun ve kağıt dolduran bir sigorta ettiren, yangın çıkması sonucu, olayda ağır kusurlu bulunmuştur²⁹. Bir araçta ısı vantilatörünün dikkatsiz bir şekilde 15 dakikanın üzerinde çalıştırılması da sigorta ettirenin ağır kusurlu olarak kabul edilmesine neden olmuştur³⁰.

Bir başka olayda ise iki şeritli bir yol tek bir şeride in-

mektedir. Bu durum gerekli trafik ikazları ile belirtilmesine rağmen saatte 50 km'lik hız sınırının aşılması, mahkeme tarafından ağır kusur olarak nitelenmiştir³¹.

Bir başka mahkeme kararında ise sürücünün sürüş esnasında radyo ayarı ile uğraşması konu edilmiştir. Eyalet mahkemesi, burada sürüş esnasında radyo ayarlama durumunun her zaman ağır kusur olmayacağına dair bir hükme ulaşmıştır³².

Zorunluluk bulunmadığı halde geçiş üstünlüğü kullanılmış ise, kendisinden beklenen en ilkel (basit) özeni göstermeyen idare sürücüsü ağır kusurludur³³.

"Davacının "yolver" işareti bulunmasına rağmen kavşakta durmayarak yola devam etmesi ve tanık beyanında açıklandığı gibi aynı zamanda şehir içi hız sınırlandırmasına da uymadığı kabul edildiğinde olayda ağır ve birinci derecede kusurlu olduğu nitelendirilebilir. Çünkü davacı emredici trafik kuralına uymamakla trafik düzeninde göstermesi gereken en ilkel (basit) özeni göstermemiştir. O halde mahkemenin olaydaki olguları hatalı de-

ğerlendiren bilirkişi raporunu esas alarak hüküm kurması usul ve yasaya aykırıdır"³⁴.

İKİNCİ BÖLÜM

HÜKUK GENEL KURUL KARARINA GÖRE KIRMIZI IŞIKTA GEÇMENİN NİTELENDİRİLMESİ

I. Kararın Özeti

Karara konu olayda, kırmızı ışıkta geçen bir sürücü kazaya neden olmuştur. Sigortacı, zarar görene poliçe limitine göre ödemiş olduğu sigorta tazminatı için Zorunlu Trafik Sorumluluk Sigortası Genel Şartları 4/a maddesine (*) dayanarak işletene rücu etmek istemektedir. İstanbul 4. Ticaret Mahkemesi, sigortacının kısmen rücu edebileceği yönünde karar vermiş, temyiz aşamasında Özel Daire, ağır kusur şartının gerçekleşmediği gerekçesi ile mahkemenin kararını bozmuştur. Ancak Ticaret Mahkemesi, kararında direnmiştir. Bunun üzerine Hukuk Genel Kurulu, kırmızı ışıkta geçmenin her zaman ağır kusur sayılamayacağı gerekçesi ve oy çokluğu ile direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.

(*) Yayıncının notu: Yürürlükteki Genel Şartlar'da B.4/a maddesi olarak yer almaktadır.

³⁴ 4.HD. 4.4.1988, E. 1987/10812, K. 1988/3317 (Aşçıoğlu, s. 111).

²⁶ OLG Hamm, 18.8.1999, 6 U 151/98, DAR 1999, s. 217.

²⁷ OLG Jena, 29.1.1998, 4 U 1152/97, VersR 1998, s. 623.

²⁸ OLG Köln, 20.10.1998, 9 U 176/97, NVersZ 1999, s. 137.

²⁹ LG Frankfurt, 16.10.1998 2/7 S 162/98, NVersZ 1999, s. 41.

³⁰ OLG Hamm, 12.2.1997, 20 U 216/96, NJWE-VHR 1997, s. 169.

³¹ OLG Hamburg, 13.2.1998, 14 U 167/97, MDR 1998, s. 837.

³² OLG Dusseldorf, 6.2.1998, 4 W 50/97, NJWE-VHR 1998, s. 172.

³³ 4.HD. 3.11.1988, E. 6174, K. 9234 (Çetin Aşçıoğlu, "Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları", Ankara 1989, s. 110).

II. Hukuk Genel Kurul Kararı

Çalışmada Hukuk Genel Kurul Kararı'nın tam metni verilmemekle birlikte, somut olayın ve inceleme konusunun nasıl ele alındığı ve "kırmızı ışıktaki geçmenin" ne şekilde nitelendirildiğinin daha iyi ortaya konulabilmesi için karardan geniş alıntılar yapılacaktır.

"Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 4. Ticaret Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 29.12.1999 gün ve 1998/1794-1999/1380 sayılı kararın incelenmesi Davalıların vekilleri tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 02.10.2000 gün ve 2000/6218-7365 sayılı ilâmı ile (...Davacı vekili, davalıların mâlik ve sürücüsü olduğu aracın, müvekkiline Zorunlu Mali Mesuliyet Sigorta Poliçesi ile sigortalı olduğunu, 2.2.1998 tarihinde sürücünün kırmızı ışıktaki geçerek, ağır kusuru ile kazaya neden olduğunu, 3. araç sahibine müvekkilince poliçe limitinin ödendiğini, davalılar hakkında yapılan icra takibinin itiraz üzerine durduğunu ileri sürerek) davalıların itirazlarının iptallerine, takibin devamına, davalıların %40 inkâr tazminatına mahkumiyetine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı İETT vekili, kırmızı ışıktaki geçmenin Zorunlu Mali

Mesuliyet Sigortası Genel Şartlarının 4/a maddesi anlamında kati hareket olmadığını, rücu şartlarının oluşmadığını, kırmızı ışıktaki geçmenin dikkatsizlik, dalgınlık sonucu olduğunu, reeskont faizi ve inkâr tazminatı istenemeyeceğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Davalı Z..... B....., davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından davalı idarenin sürücüsünün kırmızı ışığa aldırılmadan hareket ederek sanki kasdi davranmışçasına diğer aracın geçiş yolunu tamamlamasına imkân bile tanımadan ona çarptığı, bu şekilde kasta yakın bir ağır kusurunun varlığını ortaya koyduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile takibin 250.000.000 TL üzerinden 13.7.1998 takip tarihinden itibaren reeskont faizi ile devamına, inkâr tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir."

Kararı her iki taraf da temyiz etmiş ve karar temyiz mercii olan 11. Hukuk Dairesi tarafından incelenmiş ve ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur.

"Dava, Zorunlu Trafik Sigortası gereğince zarar görenlere ödeme yapan sigortacının, kendi sigortalısına ağır kusurlu davranışı nedeniyle rizikonun sigorta teminatı dışında kaldığı gerekçesiyle açtığı rücu davasıdır.

"Taraflar arasında akdi ilişkiyi düzenleyen sigorta poliçesinin "sigortacının işletenin rücu hakkı" nı düzenleyen 4/a maddesi (sorumlu olduğu kişilerin kasdi bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise) sigortacının zarar görene ödeme yaptıktan sonra kendi sigortalısına rücu edebileceğini hükme bağlamıştır. Görüldüğü gibi bu maddede "tam kusurdan" değil, "kasit veya ağır kusurdan" söz edilmektedir. Ağır kusur kavramı, bir özel hukuk kavramı olup, kasit olmamakla beraber kasta yakın bir kusurun mevcudiyetini ifade eder. Dava konusu olayda ise davalı sürücünün kırmızı ışıktaki geçmekle kusurlu olmakla birlikte ağır kusurlu olmadığını kabulü gerekir. Aksi halde sigorta yaptırmanın bir anlamı da kalmaz.

Açıklanan durum karşısında olayda "ağır kusur" şartının gerçekleşmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmemiştir."

Fakat ilk derece mahkemesi kararında direnmiş ve olay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu, 11. Hukuk Dairesinin kararı yönünde oy çokluğu ile karar vermiştir. İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi de zorunlu olarak bu karar yönünde karar vermesi neticesinde somut olaya ilişkin karar kesinleşmiştir.

Hukuk Genel Kurul Kararı'nın tam metni bu çalışmada verilmemekle birlikte, belirli paragrafları aşağıda verilecektir: Bu arada kararın daha iyi anlaşılabilmesi için ara başlıklar eklenmiştir:

=> kırmızı ışıktaki geçiş, kusur olarak nitelenmelidir

Davalı idareye ait sigortalı araç sürücüsünün kırmızı ışıktaki geçtiğinde ve bu nedenle kusurlu olduğunda uyumsuzluk bulunmamaktadır.

=> ağır kusur nitelemesinin rolü

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk ise; davalı araç sürücüsünün rizikonun gerçekleşmesinde "ağır kusurlu" olup olmadığı, dolayısıyla bu şekilde gerçekleşen rizikonun sigorta teminatı dışında kalıp kalmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında sigortacının sahip olduğu rücu hakkı KTK'nun 95/2 maddesinde genel olarak düzenlemeye tâbi tutulmuş olup, bu düzenlemeye göre, maddenin ilk fıkrasında belirtilen ve sigortacının tazminat yükümlülüğünün azaltılması veya kaldırılmasına ilişkin haller, sigortacı tarafından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden, sigortacı zarar görene ödeme yaptıktan sonra sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre tazminatın kaldırılmasını veya indirilme-

sini sağlayabileceği oranda kendi sigorta ettirene rücu edecektir. Trafik ZMSS Poliçesi Genel Şartlarında yukarıda yazılı hususlar "zarar görenlerin haklarının saklı tutulması ve sigortacının işletene rücu hakkı" başlığı altında düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Nitekim eldeki rücu davası da sigorta ettirenin sözleşmeye aykırı davranışının varlığı iddiasına dayalı olarak açılmış akdi ilişkiye dayanılmıştır.

Bu nedendir ki, öncelikle taraflar arasındaki akdi ilişkinin irdelenmesinde yarar vardır.

.....Sigorta AŞ. tarafından nolu Karayolları Trafik Kanunu Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigorta Poliçesi ile davalı İETT'ye ait İkarus marka model plakalı otobüsün Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesine teyfikan 31.12.1997, 21.34-31.12.1998, 21.34 arası 365 gün süreyle sigorta kapsamına alındığı akdi ilişkinin böylece kurulmuş olduğu poliçe kapsamından anlaşılmaktadır.

Taraflar arasında akdi ilişkiyi düzenleyen sigorta poliçesi ve atıfta bulunduğu Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarının "Zarar Görenlerin Haklarının Saklı Tutulması Ve Sigortacının İşletene Rücu Hakkı" başlıklı 4. maddesi; "Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazmi-

nat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene rücu edebilir. Sigorta ettirene başlıca şu nedenlerle rücu edilir" hükmünü içermekte olup, rücu nedenlerinden birisi maddenin (a) bendinde "Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasdi bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise" şeklinde ifade olunmuştur.

Görülmektedir ki, sigorta Genel Şartlarının 4/a maddesinde sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasdi bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş bir olay nedeniyle sigortacının zarar görene ödemek durumunda kaldığı meblağı kendi sigortalısına rücu edebileceği, hükme bağlanmıştır.

Bu hükümden, sigortacının sigorta ettirene rücu koşulunun, tazminata konu olayın kasdi bir hareket veya ağır kusurla gerçekleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Eldeki davada da, ağır kusurun varlığına dayanılmaktadır. Hemen burada, kusur ve ağır kusur kavramları üzerinde durulmalıdır.

=> **kusurun tanımlanması**

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Genel kabul görmüş tanıma göre, kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır, kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesidir. İhmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir. Trafik kazaları, kural olarak, kusurun bu çeşidinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de; motorlu araçların ortaya çıkardığı sorumluluklarda kusur denilince "ihmal türü" anlaşılmalıdır. Öğretide ve yargısal uygulamada yerleşik şekliyle sadece kusurun "ihmal türü" kusur sözcüğü ile ifade edilmekte, "kast türü" ise yine "kast" olarak anılmaktadır.

=> **kusurun objektif ve sübjektif yönü**

Motorlu araçların neden olduğu kazalardan doğan so-

rumluluklarda "kusur kavramı"nın önemli rolü bulunmaktadır. Kusur, objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönlüdür. Kusurun sübjektif yönü; kusur ehliyetidir. Objektif yönü ise; hukuk düzeninin, somut olay için normatif nitelikte emredici bir davranış kuralları getirmesi halinde, bu kuralların kusurun belirlenmesinde ölçü alınmasıdır. Belirli davranış kuralları getirilmemiş olması durumunda da özenin gösterilip gösterilmediğinin objektif ölçüye göre; yani 'kusurun objektifleştirilmesi ile belirlenmesidir.

Karayolları Trafik Kanununda ve Tüzüğünde, karayolundan yararlanan motorlu araç sürücüleri, yayalar ve hayvan güdücülerin hal ve hareketleri belli kurallara bağlanmıştır. Bu kurallar kusurun belirlenmesinde önemli bir unsur olup, bunlara aykırı davranış, sorumluluk hukuku açısından kusurlu davranış olarak kabul edilir. Trafik kuralları nitelik açısından iki grupta toplanır. Bunlardan ilkinde, karayolundan yararlanacaklarının davranış biçimi teknik ve objektif olarak tüm kapsamıyla belirlenip tanımlanmış ve objektif hukuk normu haline getirilmiştir. İkincisi ise, karayolundan yararlananlara belli durum ve koşullarda özen yükleyen kurallardır. Ayrıca, her kusur sorumluluk için mutlak bir değer ifade etmez. Zararın uygun sebebi olan ve zarar tehlikesi ihtimalini artı-

ran kusurlar önemlidir.

Kusur, hukuki açıdan ağır, hafif ve orta olmak üzere bir ayrıma tâbi tutularak derecelendirilmektedir. Kusurun derecelendirilmesinde ölçü, nitelik olmaktan çok niceliktir. Birinden diğerine geçiş, çoğu zaman takdir ve değerlendirmeye dayalıdır.

İşte bu noktada "ağır kusur" kavramı somut olayda bu kusurun varlığından söz edilip edilemeyeceği irdelenmelidir.

=> **kusurun objektif yönü**

Ağır kusur, yargısal kararlarda "aynı durum ve koşullar altında her mantıklı insanın göstereceği en ilkel (basit) dikkat ve özenin gösterilmemesi" şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla ağır kusurda; hal ve şartların yüklediği özen gösterme ve tedbir alma ödevlerine veya bir hareket tarzı emreden kurallara "tam bir aldırılmazlık" söz konusudur. Ağır kusur, bağışlanması kesinlikle olanaksız olan irade eksikliği esasına dayanır.

Yukarıda da açıklandığı gibi, trafik kurallarının büyük çoğunluğu, karayolundan yararlanan sürücü ve yayalara belli durumlarda kesin olarak belirlenmiş objektif nitelikte bir hareket tarzı emreder. Bu kurallar karşısında kişinin bir takdir ve değerlendirme hakkı yoktur. Ne emredilmişse ona uymak zorunluluğu vardır; özenin ölçüsü kuralın kendisidir. Ancak, kusurun derecelendirilmesinde somut olayın

özelliği de gözetilmelidir, belli bir hareket tarzını emreden mutlak nitelikteki bir trafik kuralı ihlâl edilmesine rağmen, ağır kusur kavramından ayrılmak gerekebilir.

=> **asli kusur-tali kusur ayrımı**

Yeri gelmişken davalı sürücünün kazaya neden olan eylemin niteliği açıklanmalıdır.

Karayolları Trafik Kanununun 47/b maddesiyle, aynı Kanununun 108/b maddesi sürücülerin Trafik işaretlerine uyması mükellefiyetini getirmiştir. Bu işaretlere uymama halinde sürücüler para cezasıyla cezalandırıldıkları gibi, bir kazaya sebep oldukları takdirde aynı yasanın 84/a maddesi gereğince olayda asli kusurlu sayılırlar.

Somut olayda; davacı araç sürücüsünün kırmızı ışıkta geçmekte asli kusurlu olduğu tartışmasızdır. Dosyaya ibraz edilen trafik kazası tespit tutanağından olayın gerçekleşme biçimine ilişkin olarak yapılan açıklamalara göre, davalı araç sürücüsünün kırmızı ışıkta durması gerekirken, durmadığı belirginse de; bunu sırf diğer (kırmızı ışık yandığında kavşakta olup olmadığı belli bulunmayan, ancak kırmızı ışıkta, geçilmesinden sonraki aşamada gerçekleşen çarpma anında kavşakta olduğu açık bulunan) araca çarparak ona zarar vermek kastıyla yaptığını gösteren hiçbir delil bulunmamaktadır. Eş söyleyişle anılan davalının, salt söz konu-

su araca çarpıp, ona zarar vermek amacıyla kırmızı ışıkta geçtiğine dair herhangi bir delil yoktur. Esasen, davacı da, açıklanan nitelikte bir kastın varlığını ileri sürmemiş, kasta yaklaşan ihmalden söz etmiştir. Hal böyle olunca, davalı sürücünün, sigortalı araca çarpmak ve bu şekilde ona zarar vermek amaç ve kastı ile kırmızı ışıkta geçtiğinin kabulüne hukuken olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, açıklanan eylemin, sadece bir ihmalden kaynaklandığı kabul edilmelidir. Açıklanan bu ihmal, Yasa anlamında bir asli kusuru gösterse de, ağır kusur anlamına gelmemektedir.

=> **asli kusur, ağır kusur anlamına gelmez**

Karayolları Trafik Kanununun koyduğu kurallara uyulması zorunludur. Ancak bu kuralların her türlü ihlâli, sürücünün, kasta yakın bir kusuru olduğunu göstermemektedir. Anılan Kanununun 84. maddesinde belirtilen asli kusur hallerinin hepsinin, aynı zamanda ağır kusur olarak nitelendirilmesini gerektiren bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda açıklanan Genel Şartlar 4/a maddesinde de, asli kusurdan değil, ağır kusurun varlığından söz edilmiştir. Bu da asli kusuru aşan ağırlıkta bir kusurun arandığını göstermektedir. Kırmızı ışıkta geçmek bir dalgınlık sonucu olabileceği gibi, bir zamanlama hatasından da kaynaklanabilir. Dolayısıyla,

sırf kırmızı ışıkta geçtiği için herhangi bir olayda asli kusurlu kabul edilmesi gereken bir sürücü, buna rağmen, o olayın kendi özel yapısı içerisinde ağır kusurlu kabul edilmeyebilir. Somut olay kendi özel yapısı çerçevesinde bir değerlendirilmeye tabi tutulmaksızın, kırmızı ışıkta geçmenin her halükarda ağır kusur oluşturacağını kabul etmek, bu hal gibi kanunda asli kusur kapsamında düzenlenen diğer tüm halleri kapsayan rizikonun sigorta teminatı dışında bırakılması anlamına gelir ki, ne Kanunda ne de Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında böyle açık bir düzenlemeye yer verilmemiş; kısacası "asli kusur teminat dışıdır, tali kusur teminat kapsamındadır" gibi bir ayırma gidilmemiştir. Asli kusurun varlığı teminat kapsamında kalabileceği gibi, sonucun gerçekleşme şekli ağır kusuru gösteriyorsa, tali kusur halinde dahi teminat dışında kalma söz konusu olabilir. İşte bu nedenle, Genel Şartların 4/a maddesindeki düzenlemede, sadece kişilerin kasti hareketleri veya ağır kusurları sonucunda meydana gelmiş olma olgusuna yer verilmiştir. Buradan çıkan sonuç, nitelikleri gereği rücu davalarında, her somut olayın kendi özelliği çerçevesinde değerlendirilmesinin gerektiğidir. Somut olayda da; davalı sürücünün kusurlu olmakla birlikte ağır

kusurlu olduğunu kabule yerli bir olgunun varlığından söz edilemez.

=> **salt kırmızı ışıktaki geçiş, ağır kusur olarak nitelenmemelidir**

Açıklanan durum karşısında, olayda "ağır kusur" şartının gerçekleşmediği gerekçeyle davanın yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmemiştir. Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 10.12.2003 gününde oy çokluğu ile karar verilmiştir.

=> **Karşı oy yazısı**

Hukuk Genel Kurul Kararı, oy çokluğu ile alınmıştır. Karşı oy yazısında kırmızı ışıktaki geçmenin ağır kusur olarak nitelendirilmesi gerektiği vurgulanmış ve çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir. Karşı oy yazılarında belirtilen görüşlerden önemli satırlar aşağıda bu çalışmaya alınmıştır:

"Sigorta Sözleşmesi, Genel Şartlarının 4/a maddesi "...

Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasdi bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise..." hükmünü de içerdiğinden, bu sözleşmesel koşulların gerçekleşmesi durumunda, sigortacı, sigortalısına rücu edebilir. Davacı sigortacı da, sigortalısının ağır kusurlu davranışı nedeniyle rizikonun teminat dışında kaldığını ileri sürerek, kırmızı ışıktaki sü-rücünün geçmesi sebebiyle oluşan zararı ayrıca zarara uğrayan üçüncü kişiye ödenen tazminatı sigortalısından istemiştir.

=> **kusur tanımı ve türleri**

Genel olarak kusur, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanmasını içeren nitelendirilmesidir. Hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzına uygun olmasından ileri gelir; bu hareket tarzından sapma kusur olarak anlatılır (Prof.Tandoğan-Türk Mesuliyet Hukuku 1961 ve ayrıca Y.4.D.H.24.9.1984 T.1984/ 6027 E. ve 1984/6856 sayılı kararı).

İki tür kusur vardır: bunlardan birisi kast, öteki ise ihmaldir. Kast, hukuka aykırı eylemin sonuçlarıyla birlikte, bilerek ve isteyerek işlenmesidir (Prof. Tunçomağ - Borçlar Hukuku Dersleri 1.Cilt - 1965). Eylemi yapanın kasıtlı davranmış olduğunun söylenebil-

mesi için, bütün zararların önceden istenilmiş bulunması aranmaz (Prof. Schwarz - Borçlar Hukuku Dersleri, çeviren Bülent Davran). İhmal ya da taksir ise, kısaca hukuka aykırı eylemi yapanın, bunun önlenmesi ya da işlenmemesi için gerekli özeni göstermemesidir (Prof. Aybay - Borçlar Hukuku Dersleri). Eylemi yapan, eylemin hukuka aykırı bir sonuç yaratacağını görebilmiş olmasına karşın Zararlı sonucun meydana gelmeyeceği ümidi ile sonucu önlemek için gerekli iradi uğraşlarda bulunmaması durumunda bilinçli ihmali söz konusu olur. Bilinçli ihmali salt irade eksikliğidir. (Prof. Von Tuhr - Borçlar Hukuku, çeviren Cevat Edege 1953). Hemen vurgulamak gerekir ki, kusurun tartışılabilmesi için her şeyden önce özenin "beklenebilir" olması gerekir. Özenin ölçüsüne gelince; Türk Özel Hukukunda baskın görüş, özenin ölçüsünün objektif ölçülerle belirlenmesi gerektiği yolundadır (Y.4.H.D.20.11.1980 T.1980/10380 E. ve 1980/13359 K. Mustafa Raşit Karahan - Tazminat Davaları 1976) Gerekli dikkat ve özen göz önünde tutulup belirlenmelidir. Her insan kendi bilgi ve deney niteliklerini taşıyan bir kimseden genel görüş gereğince aranılan özeni göstermediği ölçüde kusurlu sayılacaktır. Kusurun belirlen-

mesinde doğru bir sonuca varılabilmesi için kural olarak şu yöntem izlenebilir: Öncelikle zararın oluştuğu alan içinde normal olarak yapılması gereken davranış ve çalışmalarını, daha sonra da olay içinde sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin gerçekleşen davranış ve tutumu belirlenerek; olması gerekenle gerçekleşen davranış ve tutum arasında bir fark varsa işte o zaman bir kusurun varlığından söz edebilecektir.

=> kırmızı ışıpta geçilmez kuralının niteliği

Bilindiği gibi, Karayolları trafik kurallarının büyük çoğunluğu, karayolundan yararlanan sürücü ve yayalar için, kesin olarak belirlenmiş durumlarda objektif nitelikte hareket tarzı emrederler. Bu kurallar karşısında kişinin bir takdir ve değerlendirme hakkı yoktur. Ne emredilmişse ona uyma zorunluluğu vardır "Kırmızı ışıpta geçilemez" kuralı da emredici niteliktedir. Gösterilecek özenin ölçüsü kuralın kendisidir. Somut olayda da tartışılan husus, davacı sigorta şirketine zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırılan davalı sigortalı İETT Genel Müdürlüğüne ait ve şehir içi yolcu taşımacılığında kullanılan otobüsün sürücüsünün kırmızı ışık yanarken geçmiş olmasının "ağır kusur" niteliğinde olup olmamasıdır.

Ağır kusurun tanımı ne-

dir? Yargıtay 11.H.D.'nin 12 Ekim 1986 tarih, 1986/4357 Esas ve 1986/4161 sayılı kararında; "ağır kusur, aynı durum ve koşullar altında her mantıklı insanın göstereceği en ilkel (basit) dikkat ve özenin gösterilmemesidir" şeklinde tanımlanmıştır. İsviçre Federal Mahkemesinin 02.05.1961 günlü kararında da ağır kusur işleyen kimse ise şu şekilde açıklanmaktadır: aynı durumda bulunan her makul insanın aklına gelebilecek ilkel koruyucu tedbirleri almayı ihmal eden kimse. Nitekim, hukuksal öğretilerde de ağır kusurun tanımı, yukarıda açıklanan yargısal uygulamadaki tanıma uygun olarak yapılmaktadır (Prof. Tandoğan - Türk Mesuliyet Hukuku 1961, Sayı 54: Prof. Fikret Eren - Borçlar Hukuku Cilt 2, İkinci Basım, sayı:119).

=> kırmızı ışıpta geçilmez kuralı, herkes tarafından bilinmektedir

Olağan yaşam kurallarına göre: ilkokula yeni başlayan bir çocuğun dahi "kırmızı ışıpta geçilmez" kuralını ve genelde de bu kurala uyulmasının zorunlu olduğunu bildiği tartışmasız kabul edilmekteyken; insan nüfusu yoğun olan İstanbul'da, zor ve kalabalık trafik akışı içinde insan taşıyan İETT otobüslerinin görevinde uzman sayılan sürücülerinin "kırmızı ışıpta" geçmiş olmasındaki kusurun "ağırlık" dere-

cesi ne olabilir? Yukarıda açıklandığı gibi, "kırmızı ışıpta geçilmez" kuralı, emredici nitelikte olup; bu kurala uymama, bir "ağır kusurlu" davranıştır. Çünkü, HAREKET TARZI EMREDEN bu kurala uymamış olmakla sürücü, tam bir aldırmazlık sergilemiştir. Bu kuralın ihlâli, en ilkel (basit) bir dikkat ve özenin gösterilmediğinin kanıtı olup, kasta yakın derecede ağır kusurlu bir davranıştır. Hatta, haksız eylemi işleyen zararlı bir sonuç doğması olasılığına karşı ilgisiz kalması, kasıtlı bir tutulmaktadır. Çünkü sürücü, meydana gelecek sonuca aldırış etmemiştir (Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Rafet Özdenur - Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1987, sayfa 104). Varılan bu sonuca göre de, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinin 4/a maddesine göre sigortacının sigortalısına rücu hakkı doğmuş olduğunun kabulü gerekir".

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK GENEL KURUL KARARININ HUKUK İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Karar Değerlendirmeleri

Hukuk Genel Kurul Kararının yukarıda yapılan geniş ahlâtlarından sonra burada ka-

kararın değerlendirilmesi yapılacaktır. Karar değerlendirmesi, hukuk ilkeleri açısından yapılacağı için sadece kararda ele alınan konularla sınırlı tutulmamış, bunların yanı sıra ele alınmayan hususları da kapsar şekilde incelenmiştir.

II. Kırmızı ışıkta geçmek kusurdur

Trafiğin düzgün bir şekilde işleyebilmesi ve kazaların engellenebilmesi için bir takım trafik kuralları ihdas edilmiştir. Bu kurallar içinde en önemlilerinden ve en bilinenlerinden biri de kırmızı ışıkta yaya ve taşıtların duracağı, geçemeyeceğidir. Kırmızı ışıkta durmak, en genel trafik kurallarından biridir. Trafığe katılan sürücülerden beklenen, onların kırmızı ışıkta durmalarıdır. Yani diğer bir deyişle beklenen ve makul hareket tarzı, kırmızı ışıkta geçilmemesidir.

Kırmızı ışıkta geçilmesi, makul ve mantıklı bir kimseden beklenen özenin gösterilmediği, durumun gerektirdiği en basit bir kurala bile riayet edilmediği anlamına gelmektedir.

Bilindiği gibi ihmalin (kusurun) ölçüsü objektiftir³⁵. Burada orta seviyede, akli başında (normal) makul bir kişinin, somut olayda durumun özellik ve gereklerine göre alması gerekli tedbirlere, göstereceği ö-

zene, harcayacağı çabaya göre değerlendirme yapılır. Bu nedenle hakim, önüne gelen olayda failin kişiliği ve özel durumlarını göz önünde bulundurmaz. Bilâkis makul ve ortalama bir tipin akli ve mesleki beceri ve davranışlarını ölçü olarak alır³⁶. Bu, her ne kadar fail için ağır sonuçlar verecek olsa da toplum halinde yaşayan kişilerde olması gereken asgari niteliklere sahip olmayı gerektirir. Kusur kavramının bu şekilde objektifleştirilmesi, kusur sorumluluğunu belirli bir ölçüde kusursuz sorumluluğa yaklaştırmaktadır ki bu da sorumluluk hukukunun subjektif ve ahlaki unsurunu geri plana ittiği eleştirilerine neden olmaktadır³⁷.

Bu açıklamalar sonunda değerlendirme yapıldığında kırmızı ışıkta geçmenin normal ve makul bir insan tipinin davranışına uymadığı; dolayısıyla da kırmızı ışıkta geçmenin kusur olarak nitelendirilmesi gerekeceği tabiidir.

III. Kırmızı ışıkta geçmenin ağır kusur sayılması sorunu

Her ne kadar kırmızı ışıkta geçmek kusur olarak nitelenmekte ise de, ağır kusur olup olmadığı konusunun özel bir incelemeye tâbi tutulması gerekmektedir. Sigorta Genel

Şartlarında bahsedilen ve sigortacının sigortalıya rücuuna imkân veren kusur, "ağır" olmalıdır. Burada objektifleştirilmiş kusur, sigortalıya rücu için kâfi değildir. Bu nedenle kusurun ağır olup olmadığı bu noktada sigortalının tavırları ölçü alınarak, yani adeta yeniden kusurun subjektif teorisine geri dönülerek belirlenmelidir.

Trafik kurallarının büyük çoğunluğu, karayollarından yararlanan sürücü ve yayalara belirli durumlarda kesin olarak belirlenmiş objektif nitelikte hareket tarzı emreder ve kişiye takdir ve değerlendirme alanı tanımazlar. Ne emredilmişse ona uymak zorundadırlar. Burada özenin ölçüsü, kuralın kendisidir. Kırmızı ışıkta geçilmemesi, trafiğin sağdan akması gibi. Bunlara uyulmaması en basit bir dikkat ve özenin gösterilmediğinin kanıtıdır³⁸.

Hukuk Genel Kurul Kararı'na verilen karşı oy gerekçesine göre³⁹ "kırmızı ışıkta geçilmez kuralı, emredici nitelikte olup; bu kurala uymama, "ağır kusurlu" bir davranıştır. Çünkü, hareket tarzı emreden bu kurala uymamış olmakla sürücü, tam bir "aldırmazlık" sergilemiştir. Bu kuralın ihlâli, en ilkel (basit) bir dikkat ve özenin gösterilmediğinin kanıtı

³⁸ Aşçıoğlu, s. 110.

³⁹ Söz konusu karşı oylar, İzzet Karakaş ve İbrahim Yolageldi tarafından kullanılmıştır.

³⁵ Kusurun objektifleştirilmesine ilişkin nedenler için bkz. Özsunay, s. 73 vd.

³⁶ Kaneti, s. 44; Oğuzman/Öz, s. 507, Eren, s. 559.

³⁷ Kaneti, s. 53; Eren, s. 560.

olup, kasta yakın derecede ağır kusurlu davranıştır.

“Ağır kusur” kavramı, hukukun bütün alanlarında aynı kalıplar içinde değerlendirilmez. Sigortacının ifa yükümlülüğü bağlamında somut sigortanın amacına göre kusurun ağır olup olmadığı tayin edilir. Örneğin kasko ya da sorumluluk sigortalarında, tipik insanı yetersizlikler sonucu meydana gelen bir anlık dikkatsizlik nedeniyle gerçekleşen rizikoların sigorta korumasının dışında tutulması, sigorta sözleşmesinin amacı ile bağdaşmaz⁴⁰.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi de 1992 yılında, kırmızı ışıkta geçiş yapan sürücünün kusurunun ağır kusur sayılmasına dair bir ilke kararı vermiştir. Bu karara göre kırmızı ışıkta geçmek, herkesin bildiği genel bir kural ihlâlidir ve buna riayetsizlik ağır kusur sayılmalıdır⁴¹.

Kırmızı ışıkta geçilmesi, her halükârda objektif olarak önemli bir tehlike taşıması nedeniyle “ağır kusur” olarak görülmelidir. Belirli şartlar altında ağır kusurda bulunması gerekli olan objektif ve sübjektif bileşenler eksik olabilir. Bu özelliklerle lambanın çok zor fark edilebildiği, meteorolojik nedenlerle görülemediği durum-

larda söz konusu olabilir⁴². Bir olayda sürücünün kırmızı ışıkta durmuş ve sonra lambanın yeşile döndüğü yanlış kanaati ile sürmeye devam etmesi halinde de kusurun ağır olmadığına karar verilmiştir⁴³. Bu örnekler, çoğaltılabilir. **Kırmızı ışıkta geçiş veya sigortalının davranışının ne zaman “ağır kusur” sayılacağı konusunda sadece genel kurallar geliştirilebilir, ancak kesin bir niteleme yapılamaz**⁴⁴.

Kusurun derecelendirilmesinde Hukuk Genel Kurul Kararında da vurgulandığı gibi “**somut olayın özellikleri**”, dikkate alınmalıdır. Belli bir hareket tarzı emreden mutlak nitelikteki bir trafik kuralının ihlâli mevcut olmasına rağmen, bu durum “ağır kusur” olarak derecelendirilmeyebilir⁴⁵.

Alman Mahkeme Kararlarında kırmızı ışıkta geçiş halinde ağır kusurun objektif bileşeninin bulunması, yani ağır kusur niteliğinin yapılmasına karşın aşağıda sayılan benzeri durumlarda sigortalının a-

ğır kusurunun söz konusu olmadığına hükmedilmiştir. Burada sayılanların da örnek kabildinden olduğu özellikle vurgulanmalıdır:

-Güneş ışığının yansıması, göz kamaşması dolayısıyla kırmızı ışığın fark edilememesi, yeşil ışık yandığı düşüncesi ile geçiş yapılması, “**makul bir mazeret**” olarak görülmede ve bir çok eyalet mahkemesi kararında sigortalının davranışı ağır kusur olarak nitelendirilmemektedir⁴⁶. Buna karşın kavşağa yaklaşıldığı esnada göz kamaşma halinin varlığına rağmen fren yapmaksızın lambalı bir kavşakta sürüşe devam edilmesi halinde sürücünün bu mazerete dayanamayacağı da mahkeme kararlarında vurgulanmaktadır⁴⁷.

-Yeşil ışığın birdenbire değişmesi ve bir başka sürücüye yol verilmesi halinde sürücünün eksik bir reaksiyon göstermesi mümkündür. Bazı eyalet yüksek mahkemesi kararlarına göre bu tür olaylarda sadece hafif (basit) kusur söz konusudur⁴⁸. Buna benzer bir gerekçenin inceleme konusu

⁴² Karş. OLG Hamm VersR 2002, s. 603 vd.; OLG Köln NVersZ 1999, s. 331 vd.; OLG Nürnberg NJW-RR 1996, s. 986 vd.; OLG Köln r+s 1991, 82 vd.

⁴³ OLG Hamm (r+s 2000, s. 232); OLG Jena (VersR 1997, s. 691 vd.); OLG München, NJW-RR 1996, s. 407.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 11. Juli 1967 - VI ZR 14/66, VersR 1967, s. 909.

⁴⁵ BGE 90 II 9 (Kaneti, s. 103).

⁴⁶ OLG Köln, 4.6.1996 - 9 U 257/95, r + s 1996, s. 478; OLG 4.8.1998 - 9 U 10/98, r + s 1998, s. 493 vd.

⁴⁷ OLG Dresden, 30.5.1995 - 3 U 154/95, VersR 1996, s. 577; OLG Hamm, 10.6.1996 - 6 U 12/96, MDR 1996, s. 1014.

⁴⁸ OLG Hamm, 30.4.1993 - 20 U 362/92, OLGR Hamm 1993, s. 259; OLG München, 28.7.1995 - 10 U 2249/95, NJW-RR 1996, 407 vd.

⁴⁰ BGH 29.01.2003, IV ZR 173/01.

⁴¹ BGH 8.7.1992, IV ZR 223/91, MDR 1992, s. 945.

kararımızda da dile getirildiği görülmektedir⁴⁹.

-Bir çok mahkeme kararında yolun iyi bilinmemesi durumunun, makul bir mazeret olarak dikkate alındığı görülmektedir. İçtihatlar, yolun iyi bilinmesindeki eksikliğin, gerçeğin yanlış anlaşılmasına neden olduğunu ve sürücünün komplike değişimi veya kavşak durumunu fark edemeyeceği gerekçesine dayanmaktadır⁵⁰.

Kırmızı ışık ihlâli yapılarak dümdüz geçişin yapıldığı "mutad" kırmızı ışık ihlâli ile hususi haller altında kırmızı ışıkta geçmek arasında kusurun derecesine karar verilmesinde ayrımlar yapılmaktadır. Özellikle araba sürücüsünün kırmızı ışıkta durduğu, sonrasında ise kırmızı ışığın yanmaya devam ettiği hallerde ayırım yapıp yapılmayacağı tartışmalıdır. Böyle bir durumda bir Mahkeme (Jena OLG), ayırım yapmakta ve araba sürücüsünün durma dolayısıyla kırmızı ışığa riayet ettiğini, doğruluğa bağlılık ve ilkesel bir dikkatin kafi derecede ortaya konuldu-

ğunu vurgulamaktadır⁵¹. Diğer mahkemeler ise bu olaylarda ayırım yapmak için kafi bir neden görmemektedir⁵². Kanaatimce de bu iki olay arasında diğer somut veriler de dikkate alınarak bir ayırım yapmak daha isabetli olacaktır.

IV. Ağır kusurun tespitinde bilirkişi raporlarındaki kusur derecelendirmesi

Ağır kusurun bulunup bulunmadığı sorunu hakim tarafından değerlendirilmelidir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 47/b maddesi ile 108/b maddesinde sürücülerin trafik işaretlerine uyması mükellefiyeti getirilmiş ve bu mükellefiyetlere uymama halinde bir kazaya neden olmaları durumunda, aynı Kanunun 84/a maddesi gereği olayda asli kusurlu sayılacakları belirtilmiştir. Karara konu olan olayda da kırmızı ışıkta geçen sürücü, asli kusurludur. Ancak sürücünün asli kusurlu olması, onun aynı zamanda kasıt ya da ağır ihmali (kusur) olduğu anlamına gelmemektedir⁵³. Aynı şe-

kilde inceleme konusu Hukuk Genel Kurul Kararında da isabetle belirtildiği gibi "asli kusurun varlığı teminat kapsamında kalabileceği gibi, sonucun gerçekleşme şekli, ağır kusuru gösteriyorsa tali kusur halinde dahi teminat dışında kalabilir".

Bir trafik kazasında tutulan polis tutanaklarında belirtilen kusur oranlarının, asli-tali kusur ayrımlarının hakim açısından fikir vermekten öte bir anlamı yoktur. Trafik zabıta memurlarının (polislerin) görevleri gereği düzenledikleri trafik kaza raporunda, trafik kazasına neden olan tarafların olaydaki kusur derecesini belirtme yetkisi yoktur⁵⁴.

"Somut olayda kusurun belirlenmesi ve derecelendirilmesi yargıca ait bir görevdir; bu yolda nitelendirme yapabilmek ve bir yargıya varabilmek için özel ve teknik bilgi gerektiren verilerin elde edilmesi için bilirkişi görüşüne başvurulabilir"⁵⁵. Hakim⁵⁶, kusurun derecelendirmesinde sonuca, somut olayda yapılması gerekenlerle yapılmaması gerekenleri de içeren bir olay de-

⁵¹ Thüringer OLG [Jena], 30.10.1996 - 4 U 819/95, VersR 1997, s. 692; OLG Hamm, 6.2.1991 - 20 U 253/90, OLGR 1991, s. 15.

⁵² OLG Hamm, 17.6.1994 - 20 U 390/93, VersR 1995, s. 92; OLG Oldenburg, 27.11.1996 - 2 U 197/96, r + s 1997, s. 148.

⁵³ "Olayda şoförün %100 kusurlu olması, onun kasti davranış içinde olduğunu göstermez, bu nedenle sigortacının %100 kusuru nedeni ile sebep olduğu bir kazada zarara uğ-

rayana ödeme yapan sigorta şirketi sigortalıya rücu edemez" 11.HD. 15.12.1968 E. 3550, K. 6901 (Özdemir, s. 343).

⁵⁴ 11.HD. 24.3.1980, E. 1609, K. 174 (YKD 1980, s. 284).

⁵⁵ 4.HD. 31.3.1994, E. 11994, K. 298 (Karahasan, s. 319).

⁵⁶ Özellikle olayı değerlendiren ilk derece mahkemesi hakimi kastedilmektedir.

⁴⁹ Kararda "...kırmızı ışıkta geçmek dalgınlık sonucu olabileceği gibi bir zamanlama hatasından da kaynaklanabilir" denilmektedir.

⁵⁰ OLG Frankfurt/M., 19.2.1991 - 14 U 214/89, VersR 1992, s. 230; Thüringer OLG [Jena], 30.10.1996 - 4 U 819/95, VersR 1997, s. 692; OLG Köln, 4.8.1998 - 9 U 10/98, r + s 1998, s. 494.

ğerlendirmesi ile ulaşmalıdır⁵⁷.

Kırmızı ışıқта geçiş yapmanın asli kusur sayıldığı belirtilmekle birlikte, ağır kusur kabul edilmemektedir. Çalışmamıza konu olan Hukuk Genel Kurul Kararında da kusurun nitelenmesinin hakime ait olacağı isabetle vurgulanmaktadır.

V. Sigortalının Bir Anlık Dikkatsizliği

Olayların bir çoğunda özellikle de uzun süre sürüş yapılan hallerde sürücünün, Hukuk Genel Kurul Kararının gerekçesinde de belirtildiği gibi bir anlık dikkatsizliğe, aslında kendisine yanmış olan kırmızı ışığı fark etmemiş olmasına veya değerlendirme hatası yapması ya da tamamen düşünme yetisini kaybetmesine dayanması mümkündür.

Sigorta sözleşmesi yaparak bir sigorta himayesini elde etmek isteyen sigorta ettiren kimsenin kısa bir anlık dikkatsizliğinin sigorta himayesinin dışında bırakılması, sigorta sözleşmesi yapma amacını ortadan kaldırır görünmektedir. Bu nedenle aslında dikkatli bir sürücünün de yapabileceği bu şekildeki mazur görülebilecek insani hatalar, ağır kusur olarak nitelenmemelidir⁵⁸.

Buna karşın meydana gelen kaza ve hasarlarda sigortalının sadece yalın "bir anlık kısa dalgınlığa" dayanması kabul edilmemiştir. Bir anlık kısa dalgınlığa dayanmak isteyen sigorta ettiren, objektif olarak ağır kusur sayılan bir davranışını mazur gösterebilecek olayın özelliklerini ortaya koyarak mahkemeyi iknaya çalışmalıdır⁵⁹. Örneğin trafiğe her çıkan sürücü, lamba ikazlı kavşaklarda gerekli dikkati göstermek zorundadır. Güneş ışığının lambalara vurması ve bu nedenle de ışıkların ayırt edilmesinin mümkün olmaması halinde sürücünün bir müddet bekleyip yeşil ışığın yandığı düşüncesi ile hareket etmesi ve kazaya neden olması halinde kısa bir anlık dikkatsizlik söz konusu değildir, bilakis ağır bir kusurdan söz edilmelidir⁶⁰.

Bir çok olayda kırmızı ışıқта geçiş yapan sürücüler, sağlık problemlerinin ve geçici rahatsızlığın yol açtığı bir dikkatsizliği mazeret olarak göstermektedir. Böyle bir durumda sadece yalın bir iddianın kabul edilip edilmeyeceği sorun olarak görülmektedir. Mahkeme kararlarına göre⁶¹ **yalın (ispatsız) bir sağlık so-**

runu ihtimali –kan basıncının düşmesi gibi- veya kısa bir anlık şuur kaybı ihtimali, ağır kusur ihtimalini ortadan kaldırmaz.

Sonuç Yerine:

Somut Olay İçin HGK Kararının Değerlendirilmesi

Hukuk Genel Kurul kararında kırmızı ışıқта geçilmesi bir kusur olarak kabul edilmiştir. Kusurun niteliği yani ağır kusur sayılıp sayılmayacağı noktasında da ilke olarak doğru bir sonuca ulaşılmıştır. Bu ilkeye göre kırmızı ışıқта geçişin "ağır kusur" sayılması gibi bir genel kural koymanın doğru olmayacağı belirtilmiştir. Yine kararda kusurun takdirinin hakim tarafından yapılacağı da isabetli bir şekilde vurgulanmıştır.

Ancak kararda eksik bırakılan hususlar da bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kusurun nitelenmesinde ilk derece mahkemesi ve failin hareketlerinin yeterince karara konu edilmemesidir. Karar metinleri okunduğunda kırmızı ışıқта geçerek kazaya neden olan kimsenin davaya gelmediği ve kırmızı ışıқта geçişini mazur gösterecek bir savunmayı ortaya koymadığı görülmektedir. Böyle bir halde temyiz mercilerinin kusurun ağır olup olmadığı konusunda nasıl kanaat sahibi oldukları da kararda belirtilmemiştir.

⁵⁷ BGH 20.6.1972, VI ZR 48/71, VersR 1972, s. 944.

⁵⁸ Dieter Haberstroh, "Grobe Fahrlaessigkeit in der Kaskoversicherung-Augenblickversagen in

der Rechtsprechung", MDR 2000, s. 1351.

⁵⁹ Haberstroh, s. 1351.

⁶⁰ OLG Frankfurt, 20.5.1998 – 7 U 61/97, OLGR 1998, s. 374.

⁶¹ OLG Frankfurt, 24.6.1992 – 17 U 108/91, OLGR 1992, s. 173; OLG Köln, 19.8.1997 – 9 U 25/96, MDR 1998, s. 594.

Münferit olaylarda kusurun ağır veya hafif olduğunun değerlendirilmesi ilk derece mahkemesi (olay) hakiminin takdirine kalmış bir konudur. Objektif ve sübjektif vakıaların tartılmasını gerektirir ve bu yüzden kapsamlı ve katı kuralların uygulanmasından kaçınılmalıdır. Hakimin bu takdirine temyiz aşamasında sadece sınırlı hallerde müdahale edilebilir. Bu müdahaleler, ilk derece mahkemesinin ağır kusur kavramını gözden kaçırıp kaçırmadığı veya kusurun derecesinin değerlendirilmesinde önemli durumların inceleme dışı bırakılıp bırakılmadığı hallerde söz konusu olabilir⁶².

Bütün bunlardan öte kararda ispat hukuku ilkelerine de yer verilmediğini görmekteyiz. Kırmızı ışıkta geçen kimsenin bu davranışı, ağır kusurun objektif yanını ortaya koymaktadır. Sigortacının kırmızı ışıkta geçme eylemini ispat ettikten sonra artık sigortalının bu eylemini mazur gösterecek bir vakıayı ortaya koyması gerekirdi. Şayet bu şekilde bir davranışa sigortalı ya da sürücü makul bir mazeret getiremiyorsa bu durumda kırmızı ışıkta geçiş somut olayda ağır kusur olarak kabul edilmelidir.

Karar incelendiğinde kırmızı ışıkta geçen kimsenin eylemini mazur gösterecek bir savunma bulunmadığına göre ağır kusurun varlığı kabul edil-

meli idi. Zira eylemi yapan kimse objektif olarak öngörülmüş bir kuralı ihlâl etmiştir.

Karar gerekçesinde belirtilen “dalgınlık” ve “zamanlama” hataları sonucu kırmızı ışıkta geçiş yapılması halinde “ağır kusur”un bulunmadığı “genel olarak” doğru olsa da, eksiktir. **Bir anlık dikkatsizlik, sağlık problemleri veya zamanlama hataları mazur görülebilir, ama sigortalının burada gerekli açıklamaları yapması kaydıyla.**

Karara konu olayda ise kırmızı ışıkta geçen sürücünün bu şekilde ileri sürdüğü bir mazeret bulunmamaktadır. Kaldı ki salt herhangi bir delil ve mahkemeyi ikna eden bir savunma yapmaksızın “dalgınlık”, “sağlık problemleri” ve “zamanlama hatalarının” ardına sığınılması da doğru değildir.

Bu nedenle kararda isabetli değerlendirmeler yapılmakla birlikte; kusurun nitelendirilmesi noktasında somut olay hakiminin değerlendirmeleri üzerinde durulmamıştır. Kanaatimce, somut olayda kırmızı ışık ihlâlinde bulunan kimsenin savunma yapmaması ve herhangi bir makul mazeret göstermemesi halinde bu tür ihlâller ağır kusur olarak kabul edilmelidir.

Tekin MEMİŞ
Kadir Has Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku
Öğretim üyesi

BİBLİYOGRAFYA

- **Anton Martin:** “Sachversicherungsrecht”, 3. Auflage, München 1992
- **Çetin Aşçıoğlu:** “Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları”, Ankara 1989
- **Dieter Haberstroh:** “Grobe Fahrlaessigkeit in der Kaskoversicherung-Augenblickversagen in der Rechtsprechung”, MDR 2000
- **Ergun Özsunay:** “Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından “Kusur”un Etkisi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980
- **Fikret Eren:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1998
- **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop:** Tekinay: Borçlar Hukuku, İstanbul 1988
- **Gottfried Baumgaertel/Jürgen Prölss:** “Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 5 Versicherungsrecht”, Köln-Berlin-Bonn-München 1993
- **Hansjoachim Wussow:** “Haftung und Versicherung bei der Bauausführung”, Köln 1971
- **Hüseyin Hatemi (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı):** Borçlar Hukuku, II. Cilt, İstanbul 1994
- **Kemal Oğuzman/Turgut Öz:** “Borçlar Hukuku Dersleri”, İstanbul 1995
- **Mustafa Reşit Karahasan:** Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995
- **Prölss/Martin:** “Versicherungsvertragsgesetz” 26. Auflage, München 1998
- **Rayegan Kender:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2001
- **Samim Ünan:** İsteğe Bağlı Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998
- **Selim Kaneti:** “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, “İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), Ankara 1968

⁶² Bkz. BGH 29.01.2003, IV ZR 173/01.

Türevler ve Kullanımları

I-GİRİŞ

Faiz oranları, döviz kurları, hisse senedi fiyatları ve mal fiyatlarında oluşan belirsizlikler ve bu belirsizliklerin getirdiği riskler “mali riskler” olarak adlandırılır ve gerçekleştikleri takdirde şirketler için çok olumsuz sonuçlar yaratabilir. Ancak, mali sistem risklerle dolu olmasına rağmen bu risklerle mücadele etme araçlarını “Türevler” (Derivatives) şeklinde kullanıma sunmaktadır. Yaptıkları iş risk almak ve bu riski çeşitli risk yönetim teknikleri ile yönetmek olan sigorta şirketleri de sigortacılığın doğasından gelen bu riskler yanında yoğun olarak yukarıda belirtilen türden mali risklerle de karşı karşıyadırlar. Emeklilik şirketleri, dolayısıyla emeklilik yatırım fonları da bu tür risklere yoğun olarak açıktırlar.

Mal piyasalarında gerçekleşen alım ve satımlarda ilgili varlığın hemen veya işlemden kısa bir süre sonra teslim edilmesi ve ödemenin de genellikle derhal yapılması gerekir. Bu özelliklerinden dolayı bu piyasalara nakit piyasalar veya spot piyasalar adı verilir. Satış yapılır, ödeme gönderilir ve mal veya hizmet teslim edilir. Mal piyasalarının tersine türev piyasalarda türev sözleşmesine

konu varlığın teslimi ve bununla ilgili ödemenin yapılması ileri bir tarihe bırakılmıştır. Türev sözleşmelerine konu varlıklar (dayanak varlıklar) tarım ürünleri, metal veya enerji kaynakları gibi gerçek varlıklar ile hisse senedi, döviz ve bono gibi mali varlıklar ve endeks değerleridir.

Türev piyasalarda karşılaşılan başlıca türevler, opsiyon (option), future, forward ve swap sözleşmeleridir. Bunlardan forward ve swap işlemleri ülkemizde daha fazla tanınırken, opsiyon ve future sözleşmeleri çok fazla bilinmemektedir. Ancak, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 40'inci maddesine göre, 19/10/2001 tarih ve 24558 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2001/3025 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulan İzmir Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası A.Ş. ile beraber opsiyon ve future sözleşmeleri ülkemizde de organize olmuş bir borsa çatısı altında kullanıcıların hizmetine sunulmuş olacaktır. Borsa henüz faal hale gelmemiş olmakla birlikte ilk aşamada faiz, döviz kuru, endeks, pamuk ve buğdaya dayalı sözleşmelerin kullanıma sunulması beklenmektedir.

Türevlerin en önemli amacı risk yönetiminde bir araç olarak kullanılmalarıdır ancak

bunun yanında yatırım aracı olarak da kullanılabilirler. Türev sözleşmeler, organize olmuş borsalarda işlem gören türevlerden türev aracıları tarafından alıcıların isteklerine göre hazırlanmış olan tezgâhüstü (over-the-counter) sözleşmelere kadar yaygınlaşmıştır. Organize borsalar, tezgâhüstü piyasalarda mevcut standardizasyon eksikliği ve likidite problemi ile kredi riskine çözüm için geliştirilmiştir. Dayanak varlıkların türü, sözleşmelerin büyüklüğü, vade tarihleri, işlem saatleri ve teslimat şekilleri (fiziki teslimat veya nakit hesaplama) gibi unsurlar borsa tarafından belirlenir. Organize borsaların tezgâhüstü piyasalara göre en önemli avantajı takas kurumunun varlığı nedeniyle tarafların yükümlülüklerini yerine getirmeme riskinin yani kredi riskinin olmamasıdır. İkinci avantaj, borsaların sözleşmeler için ikincil piyasalar oluşturması yani sözleşmelerin yapıldıktan sonra tekrar alınır ve satılır hale getirilerek pazarlanabilmeleridir.

Vadeli işlem ve opsiyon borsaları dünyanın bir çok ülkesinde faaliyet göstermektedirler. Bu ülkelere örnek olarak; ABD, İngiltere, Almanya, Hollanda, Fransa, İsveç, İtalya, Romanya, Macaristan, İsrail,

Çin, Japonya, Malezya, Singapur, Arjantin verilebilir. Dünyadaki en büyük ilk 10 vadeli işlem ve opsiyon borsasının 6 tanesi ABD'de (bunun 3 tanesi Şikago'da), diğerleri ise Almanya, İngiltere, Hollanda gibi Avrupa Birliği ülkelerinde, 1 tanesi ise Brezilya'da faaliyet göstermektedir. 2003 yılında dünya çapında borsalarda toplam 7,5 milyar adet türev sözleşmesi yapılmıştır.

II- TÜREV ÇEŞİTLERİ

Aşağıda dört adet temel türev çeşidi ile ilgili bilgi verilmiş, daha sonra verilen örneklerle konunun daha anlaşılır hale getirilmesine çalışılmıştır. Mala dayalı türevler yerine mali varlıklara dayalı türevlerin kullanımı ile ilgili örnekler tercih edilmiştir.

1- Opsiyon

Opsiyon (option) iki taraf arasında – alıcı ve satıcı- yapılan, alıcıya bir varlığı ileri bir tarihte üzerinde bugünden anlaşılan bir fiyattan satın alma veya onu satma hakkı veren bir sözleşmedir. Alıcı, alım veya satım hakkını kullandığında satıcının varlığı teslim etmek veya onu almak zorunluluğu vardır. Bir başka deyişle alıcı için bir seçimlik hak mevcut iken satıcı için bir zorunluluk söz konusudur.

Amerikan Opsiyonu (American Option) ve Avrupa Opsiyonu (European Option)

adı altında iki tip opsiyon mevcuttur. Vade tarihine (expiration date) kadar istenilen herhangi bir tarihte alıcı tarafından kullanılacak opsiyonlar Amerikan Opsiyonu, sadece vade tarihinde kullanılacak opsiyonlar ise Avrupa Opsiyonu olarak adlandırılırlar. Bu isimler sadece tanımlayıcı nitelikte olup opsiyonların işlem gördükleri kıtalarla bir ilgisi yoktur.

Alıcı sahip olduğu seçimlik hakka karşılık satıcıya "opsiyon primi" (option premium) adı altında bir bedel öder. Bir varlığı satın alma opsiyonu alım opsiyonu (call option), satma opsiyonu ise satım opsiyonu (put option) olarak adlandırılır.

1900'lerin başında kendilerini Put And Call Brokers and Dealers Association olarak adlandıran bir grup firma bir opsiyon pazarı oluşturmuşlardır. Bu pazarda bir kişi opsiyon satın almak isterse birliğin bir üyesi buna karşılık bir satıcı bulur, satıcı bulamazsa opsiyonu kendisi satardı. Böylece, üye firma ya broker (alıcı ile satıcıyı karşılaştırarak) veya dealer olurdu (işlemede pozisyon alarak).

Bu tezgâhüstü opsiyon pazarı işliyor olsa da bazı olumsuzluklar da mevcuttu. İlk olumsuzluk, opsiyon sahibine opsiyonun süresi dolmadan bu opsiyonu başkasına satma fırsatı verilmiyor olmasıydı. Opsiyonlar vade sonuna kadar elde tutmak için dizayn edilmiş-

ti. Bu şekilde tasarlanmış opsiyon sözleşmesi yok denecek kadar az bir likiditeye sahipti. İkinci olarak, satıcının bu sözleşmeye bağlılığı sadece broker-dealer firması tarafından garanti edilirdi. Eğer satıcı veya birlik üyesi şirket iflâs ederse, opsiyon sahibi için bu durum sadece şanssızlık olarak görülürdü. Üçüncü problem, yukarıdaki sebeplerden dolayı işlem maliyetlerinin göreceli olarak yüksek olmasıydı.

Mala dayalı vadeli işlem sözleşmelerinin ticaretinde dünyanın en eski ve en büyük borsası olan Şikago Ticaret Kurulu (The Chicago Board of Trade-CBOT) 1973'te sadece hisse senedine dayalı opsiyonların ticaretine özgü bir borsa organize etmiş, borsaya Şikago Opsiyon Borsası Kurulu (The Chicago Board Option Exchange-CBOE) adı verilmiştir. Bu gelişme opsiyon dünyasında bir devrim olarak kabul edilmiştir.

CBOE, opsiyon sözleşmelerini dizayn ederek bunlar için merkezi bir pazar oluşturmuş, daha önce opsiyon almış veya satmış olan yatırımcıya vadeden önce ilk pozisyonunu kapatacak şekilde opsiyonu alma veya satma hakkı verilerek likiditenin artması ve işlem maliyetlerinin düşmesi sağlanmıştır. CBOE ile beraber ortaya çıkan en önemli gelişme alıcıya satıcının yükümlülüklerini yerine getirmesi konusunda garanti veren takas kurumunun (clearinghouse) oluştu-

rulmasıdır. Böylece, tezgâhüstü piyasada görülmeyen bir şekilde, opsiyonu satın alan kimşenin artık satıcının kredi riski konusunda endişe etmesine gerek kalmamıştır. Bu durum opsiyonları kamuoyuna karşı daha çekici hale getirmiştir. CBOE çok kısa sürede önemli bir başarıya ulaşmış ve bundan sonra dünyanın bir çok yerinde benzer borsalar kurulmuştur. Günümüzde kullanıcılar sadece hisse senetleri üzerine değil; bono, döviz ve hisse senedi endeksleri üzerine de opsiyon alıp satabilmektedirler.

Örnek 1- Portföyünüzde 100 adet IBM hisse senediniz mevcut, hisse senedinin fiyatının düşebileceği endişesiyle vade sonu satış bedeli (exercise price- strike price) 50 USD olan bir adet satım opsiyonu aldınız (standart olarak 1 opsiyon sözleşmesi 100 adet hisse senedi için yapılır). Hissenin fiyatı artarsa veya değişmezse vade sonunda elinizdeki opsiyon değersiz hale gelecek, ancak artan fiyat nedeniyle hisse senedini satarak kâr edebileceksiniz. Hisse senedinin fiyatının 50 USD'nin altına düşmesi durumunda ise opsiyonunuzu kullanarak senedi 50 USD'ye opsiyon satıcısına satacak ve zarar etmeyeceksiniz, bir başka deyişle; malvarlığınızda bir azalma meydana gelmeyecektir. Kendinizi bu şekilde zarar etmeye karşı güvenceye almanızın maliyeti, opsiyonu alırken satıcıya ödediğiniz opsiyon pri-

mi olacaktır. Bu örnekte, opsiyon alıcısı gelecekte gerçekleşmesi mümkün olan bir riski (hisse senedi fiyatının düşmesi) bir prim karşılığında opsiyon satıcısına transfer etmiştir. Dolayısıyla, yapılan bu işlemi bir sigorta işlemi, opsiyon satıcısını "sigortacı", opsiyon alıcısını "sigortalı", opsiyon primini "sigorta primi" olarak da düşünebiliriz.

Örnek 2- Opsiyonlar yukarıdaki şekilde kullanılabilen gibi kâr elde etme amacıyla da kullanılabilirler. Buna örnek, portföyünde hisse senedi mevcut olan bir fon yöneticisinin aynı anda bu hisse senedi üzerine alım opsiyonu satması olabilir. Hisse senedinin fiyatı vade sonu satış bedelinin üzerine çıkmazsa opsiyon kullanılmaz ve satıcı başkaca bir maliyete katlanmadan opsiyon primine sahip olur. Hisse senedinin fiyatı vade sonu satış bedelini geçer ise opsiyon alıcı tarafından kullanılacak ve satıcı hisse senedini önceden belirlenen fiyattan alıcıya satmak zorunda kalacaktır. Bu durumda, satıcı opsiyon yazılmamış olsa idi hisse senedi daha yüksek fiyattan satılabileceği için fırsat maliyetini realize etmiş olur. Bununla birlikte, bu işlem ile ilgili herhangi bir zarar da mevcut değildir. Fon yöneticisi hisse senedini önceden belirlenmiş bir fiyattan ileriye doğru satmış ve parasını almış olur. Bu işlem dayanak varlığa yani hisse senedine sahip olunmadan da yapılabilir. Ancak

yapılan bu işlem artık çok riskli hale gelmiştir. Hisse senedinin fiyatının vade sonu satış bedelinden fazla olması durumunda senedin piyasadan satın alınması ve daha düşük bir fiyattan alıcıya satılması gerekecektir. Opsiyon primi bu farktan yüksek ise bir zarar sözkonusu değildir, düşük ise satıcı bu işlemde zarar etmiştir.

2- Forward

Forward sözleşmesi, alıcı ve satıcı arasında bir varlığın ileri bir tarihte üzerinde bugünden anlaşılan bir fiyattan alımı veya satımıdır. Forward sözleşmelerinin tanımından opsiyona benzediği görülebilir, ancak opsiyonda seçimlik bir hak söz konusu iken, forward sözleşmesi tarafları malın alım ve satımı konusunda böyle bir hakka sahip değildirler ve başlangıçtaki taahhütlerini yerine getirmek zorundadırlar.

Opsiyonların tersine forward sözleşmelerinin işlem gördüğü organize borsalar mevcut değildir. Forward sözleşmeleri alıcı ve satıcının direkt olarak karşı karşıya gelecek sözleşmeyi kendi belirledikleri şartlarda yaptıkları tezgâhüstü piyasalarda işlem görürler. Vade sonunda tarafların yükümlülüklerini yerine getirmemesi riski yani kredi riski söz konusudur.

Örnek- ABD'de yerleşik bir emeklilik fonu, nominal değeri 1 milyon Euro (€) olan 6 ay vadeli kuponsuz tahvile

yatırım yapmıştır. Fon vade tarihinde Euro'nun USD (\$) karşısında değer kaybedeceğinden ve vade sonunda daha az bir USD'ye sahip olacağından endişe etmektedir. Mevcut kur riskinden korunma düşüncesi ile 1 € = 1.2 \$ kurundan 6 aylık bir forward anlaşması yaparak vade sonunda 1 milyon Euro ödemeyi ve bunun karşılığında 1.2 milyon USD'lik bir tahsilât yapmayı garanti etmiştir. Fonun böyle bir anlaşma yapmamış olduğunu ve 6 ay sonunda da €/ \$ kurunun 1.1'e düştüğünü varsayalım, bu durumda fon tahvil karşılığında 1 milyon Euro elde edecek bu tutarı spot piyasada USD ile değiştirerek 1.1 milyon USD'ye sahip olacaktır. Fon forward anlaşmasına girerek 1.2 milyon USD'yi garanti etmiş ve 100,000 USD'lik kayıptan kurtulmuştur. Ancak 6 ay sonunda €/ \$ kuru 1.3'e çıkarsa fon tahvil karşılığında 1 milyon Euro elde edecek bu tutarı spot piyasada USD ile değiştirerek 1.3 milyon USD'ye sahip olacaktır. Fon forward anlaşmasına girerek 1 milyon Euro verip 1.2 milyon USD almayı taahhüt ettiğinden, ekstra 100,000 USD'ye sahip olamayacaktır. Ancak fonun tek yatırımının bu olmadığı, fon içerisinde bunun gibi daha bir çok nakit akımının gerçekleştiği ve bu nakit akımlarının miktarının önceden bilinmesinin diğer yatırım kararlarını da etkilediği dikkate alınırsa, 6 ay sonrasında ne

kadarlık bir nakit girdisine sahip olunacağına bilinmesinin fon yönetimi açısından çok önemli olduğu ortaya çıkacaktır.

Fonun forward anlaşmasına girmeden de "Money Market Hedge" olarak adlandırılan yöntemi kullanarak vade sonunda 1 milyon Euro'ya karşılık 1.2 milyon USD elde etmesinin mümkün olabileceği düşünülebilir. Bunun için fon, tahvilden elde edeceği 1 milyon Euro'nun bugünkü değeri kadar borçlanmak, bu tutarı spot kurdan USD'ye çevirmek, elde edeceği USD'yi vade sonunda 1.2 milyon USD'ye sahip olacak şekilde borç vermek şeklinde bir yol izleyebilir. Ancak, forward sözleşmelerine aracılık eden ve dolayısıyla forward oranlarını belirleyen büyük bankaların, uluslararası ve ulusal para piyasalarında fon ile karşılaştırıldığında daha düşük faiz oranlarından borçlanmaları ve yatırımlarını daha yüksek faiz oranlarından gerçekleştirmeleri çok daha kolay olduğundan, pratikte fonun yukarıdaki yöntemi kullanarak vade sonunda 1.2 milyon USD'ye ulaşması mümkün olamayacaktır. Bu bakımdan forward anlaşmasına girmek daha anlamlıdır.

3- Future

Future sözleşmeleri de esas olarak bir forward sözleşmesidir. Aralarındaki en önemli fark future sözleşmelerinin organize olmuş borsalarda işlem

görmeleridir. Future sözleşmelerine bir bakıma likit forward sözleşmeleri de diyebiliriz. "Likit"ten kasıt; işlemin yapılması sırasında işlemin yapılacağı karşı tarafın borsa aracılığıyla kolaylıkla bulunmasıdır. Future sözleşmesinde alıcı veya satıcı olarak pozisyon alan taraflar daha sonra bu sözleşmede ters pozisyon alarak yükümlülüklerinden istedikleri zaman kurtulabilir.

Future sözleşmelerinde alıcının pozisyonu uzun pozisyon (long position) satıcının pozisyonu ise kısa pozisyon (short position) olarak adlandırılır. Kısa (uzun) pozisyon sahibi dayanak varlığın fiyatı üzerinde anlaşılan tutarın altına düştüğünde (üzerine çıktığında) kâr ederken üzerine çıktığında (altına düştüğünde) zarar eder.

Tarımsal ürünler ve mallar (gümüş ve altın gibi) için spot ve forward piyasaları kayıtlı tarih kadar uzun bir zamandır mevcuttur. Bilinen ilk vadeli işlemler borsası 1700'lerin başında Japonya'nın Osaka kentinde pirinç piyasası için kurulmuştur. Modern vadeli işlemler piyasasının tarihi ise 1848 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Şikago kentinde kurulan CBOT'a gider.

İlk 120 yıl vadeli işlemler borsaları tarımsal mallar ve metal üzerine olan sözleşmelerin ticaretine imkân sağlamıştır. 1971 yılında Bretton Woods Anlaşmasının çöküşü ve döviz kurlarının dalgalanmaya bırakılması nedeniyle

yabancı para riskinde ortaya çıkan dramatik artışa cevaben 1972 yılında Şikago'da kurulu bir diğer vadeli işlemler borsası olan Şikago Ticaret Borsası'nda (The Chicago Mercantile Exchange-CME) yabancı para üzerine yapılan vadeli işlem sözleşmeleri işlem görmeye başlamıştır. Böylece mal üzerine yapılan vadeli işlemlerin yanında mali varlıklar üzerine yapılan vadeli işlemler de ilgililerin kullanımına sunulmaya başlanmıştır. Günümüzde mali vadeli işlem borsaları döviz, faiz oranları ve endeksler üzerinde işlem yapmaktadırlar.

Future sözleşmeleri, yukarıda da ifade edildiği üzere, organize borsalarda işlem görmektedir. Bu bakımdan kredi riski sistem içerisinde yok edilmektedir. Forward piyasalarında kredi riski future sözleşmelerine göre çok yüksektir. Taraflardan birinin vade tarihinde yükümlülüğünü yerine getirmemesi riski her zaman vardır. Future sözleşmelerinin kredi riski "marking to market" (pazara göre ayarlama) denen sistemle hemen hemen yok edilmiştir. Bu sisteme göre, borsa vasıtasıyla sözleşme alındığı veya satıldığı günden başlayarak müşteri hesapları izlenir. Her gün sonunda hesaplarda yükümlülükleri karşılayacak tutarın var olup olmadığı kontrol edilir. Bir açık söz konusu olduğu anda müşteriden bu açığı kapatması talep edilir, açık kapatılmazsa

hesabın hareket görmesine izin verilmez. Böylece kredi riski bir gün ile sınırlandırılmış olur, çoğunlukla daha önceden alınmış olan teminatlarla bu risk de yok edilir. Forward sözleşmesinde risk sözleşme süresinin sonuna kadar taşınır.

Örnek- Bir portföy yöneticisi 100 milyon USD'lik bir hisse senedi portföyü yönetmekte ve borsada önemli bir düşüş olacağını tahmin etmektedir. Portföydeki tüm hisse senetleri için ayrı ayrı koruma aramak yerine, ki bu yol çok pahalı ve karmaşık olabilir, bu riskten korunmak için endeks future sözleşmelerini kullanmayı tercih etmektedir.

Endeks future sözleşmeleri nakit hesaplama dayanan sözleşmelerdir. Endeks, hisse senedi portföyünü temsil ettiği için vade sonunda endekse dahil tüm hisse senetlerinin endeksteği ağırlıklarına göre teslimatının yapılması gerekir. Bu çok zor ve pratik olmayan bir teslim tarzı olduğu için "nakit hesaplama" (cash settlement) olarak adlandırılan bir teslim prosedürü geliştirilmiştir. Buna göre endeksin üzerinde anlaşılan değeri ile hesaplama arasındaki fark bir sabit rakamla çarpılır ve bu tutar lehine kâr oluşan tarafa nakit olarak ödenir. CME'de bu sabit tutar 250 USD'dir. Bu rakam ile endeks değerinin çarpılması sonucu bulunan tutara future sözleşmesinin fiyatı denir.

Örneğimizin takip edilebil-

mesini teminen, piyasada "Beta" olarak bilinen bir kavramın açıklanması gerekecektir. Varlık portföyü ile ilgili risklerden bir tanesi sistematik risktir (systematic risk). Bu risk "Beta" olarak adlandırılan bir konsept ile ölçülebilir. Beta, portföy getirisinin o portföye dahil olan varlık türündeki tüm varlık pazarının değerindeki değişikliklere olan hassasiyeti olarak tanımlanabilir. Pazar değerindeki %1 artış portföyünüzde %2'lik bir artışa yol açıyorsa portföyünüzün Betası 2'dir. Tüm pazar Standard and Poors 500 endeksine (S&P 500 index) dahil tüm hisse senetleri olarak kabul edilirse, istatistiksel metodlar kullanılarak endeksteği %1'lik bir değişikliğin portföy değerinde ortalama olarak % kaçlık bir değişikliğe sebep olacağını yani Beta'yı hesaplayabiliriz. Excel programı kullanılarak regresyon analizi yoluyla bu değeri hesaplamak mümkündür.

Örneğimizdeki portföyde hisse senetlerinin S&P 500 endeksine dahil olduğunu, future sözleşmesi ile üzerinde anlaşılan ileri tarihli endeks değerinin ve cari endeks değerinin 1,000 olduğunu ve Beta'nın da 1 olarak hesaplandığını varsayalım. Portföy yöneticisinin buradaki amacı; borsadaki düşüşle beraber kaybedeceği miktarı future sözleşmesi yoluyla geri almaktır. Future sözleşmesi ile alınacak pozisyon, borsa düştüğünde portföy

yöneticisine kâr getirecek pozisyon olmalıdır. Bu durumda portföy yöneticisinin S&P 500 endeks future sözleşmesinde kısa pozisyon alması gerekecektir. Organize borsada bu endeksle ilgili future sözleşmesinin fiyatı standart olarak; 250 USD x endeks değeri şeklinde belirlendiği için bir sözleşmenin fiyatı $1,000 \times 250 = 250,000$ USD olacaktır. Portföyde 100 milyon USD'lik bir hisse senedi mevcut olduğundan satılması gereken sözleşme sayısı da; Sözleşme sayısı = Beta x (portföy değeri / sözleşme fiyatı) formülünü kullanarak $1 \times (100 \text{ milyon} / 250,000) = 400$ olarak hesaplanabilir.

Hesaplaşma anındaki endeks değerinin %10'luk bir düşüşle 900 olarak gerçekleştiğini varsayalım. Bu durumda portföyde ortalama olarak 10 milyon USD'lik bir kayıp yaşanacaktır. Diğer taraftan, future pozisyonundan endeks değeri düştüğü için bir kar elde edilecektir, bu kar sözleşme başına; $250 \times (\text{üzerine sözleşme yapılan endeks değeri} - \text{gerçekleşen endeks değeri}) = 250 \times (1,000 - 900) = 25,000$ USD'dir. Diğer bir anlatımla; dayanak varlık olan endeks üzerinde anlaşılan fiyat olan 250,000 USD'ye satılmış, vade tarihinde bu tutar kadar tahsilât yapılması ve karşılığında dayanak varlığın teslim edilmesi üzerine anlaşılmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu tip bir sözleşme nakit hesap-

laşmaya tâbi olduğundan, endekse dahil hisse senetlerinin fiziki teslimatı yerine endeksin vade tarihindeki fiyatı satıcıya ödenecektir. Bu fiyat $900 \times 250 = 225,000$ USD'dir. 250,000 USD ile 225,000 USD mahsuplaşmış ve aradaki fark olan 25,000 USD satıcıya ödenmiştir. 400 adet sözleşme söz konusu olduğundan toplam kâr $400 \times 25,000 = 10$ milyon USD olacaktır. Sonuçta hisse senedi portföyünden 10 milyon zarar elde edilirken bu zarar future pozisyonundan aynı miktarda kâr edilerek kapatılmıştır.

Örneğimizde portföy değerinin korunması için endeks future sözleşmeleri seçilmiştir. Ancak endeks opsiyon sözleşmelerinin de bu amaç için kullanılabilceğini belirtmek gerekir. Eğer bu yol izlenmiş olsa idi, çalışmamızın opsiyonun temel ilkelerinin açıklandığı bölümünden de anlaşılacağı üzere, satım opsiyonu almak ve bunun karşılığında satıcıya opsiyon primi ödemek gerekecektir. Future sözleşmesi ile karşılaştırıldığında opsiyon sözleşmesinin opsiyon primi ödemek gibi bir dezavantaja sahip olduğu düşünülürse de, endeksin ve buna bağlı olarak portföyün değeri yükseldiğinde, bu yükselişten oluşan farkın şirket için bir kâr rakamı olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Endeksin yükselmesi portföy değerini arttırırken future sözleşmesinden oluşa-

cak zarar, bu kârı yok edecektir.

Aynı örnek, portföyünde hazine bonusu bulduran ve dolayısıyla faiz riski taşıyan yatırımcı için de verilebilir. Faizler yükseldiğinde elindeki bononun fiyatının düşmesi nedeniyle zarara uğrayacak olan yatırımcı, bu riski bono future sözleşmesinde kısa pozisyon olarak yok edebilir.

4- Swap

Swap, nakit akımlarının iki taraf arasında önceden belirlenmiş fiyatlardan gelecek belli bir süre için değiştirilmesidir. İki temel tip swap vardır: bir para birimi ile yapılan bir seri ödemeye karşılık eş zamanlı olarak bir başka para biriminden bir seri tahsilâtın yapıldığı döviz swapları (currency swaps) ve bir seri faiz ödemesine karşılık bir başka seri faiz tahsilâtının yapıldığı faiz swapları (interest rate swaps). Döviz swapları sözleşmenin yapılması sırasında anaparanın (notional principal) taraflar arasında değiştirilmesi, bu ana paraya belli dönemler itibarıyla faiz yürütülmesi ve vade sonunda da anaparaların tekrar değiştirilmesi esasına dayanır. Faiz swaplarında ise başlangıçta ve vade sonunda anapara değişimi söz konusu değildir. Anapara, sadece üzerinden faiz hesabı yapılabilmesine imkan sağlayan "fiktif" olarak adlandırabileceğimiz bir tutardır.

Örnek 1- Döviz swapları

Şirketlerin kendi ülkelerinde kendi para birimleri üzerinden borçlanmalarının maliyeti, ülke dışında bir başka ülkenin para biriminden borçlanmalarından daha düşüktür. Bunun sebebi; kendi ülkelerinde daha iyi tanınıyor olmaları dolayısıyla kredi risklerinin kredитор tarafından daha az maliyetle ve daha doğru bir şekilde ölçülebilir olmasıdır. Diyelim ki bir ABD şirketi Avrupa'daki faaliyetlerini genişletmek istiyor ve bunu sağlamak için de 10 milyon Euro (€)'ya ihtiyacı var. Şirketin düşüncesi; sabit faiz üzerinden üç yıl vadeli yıllık faiz ödemeli tahvil ihraç ederek finansman ihtiyacını karşılamaktır. Şirketin bir alternatifi; USD üzerinden borçlanıp bunu cari kur olan 1 Euro = 0.9804 USD'den Euro'ya çevirmektir. Böylece 9,804,000 USD borçlanmakla şirket istediği tutar olan 10 milyon Euro'ya sahip olacaktır (9,804,000 / 0.9804). Ancak burada bir kur riski mevcuttur. Gelecekte Euro değer kaybederse, şirket yatırımından sağlayacağı Euro ile daha az USD'ye sahip olacak veya bir başka deyişle, aynı miktar USD borç geri ödemesi için daha fazla Euro gerekecektir. Şirketin kendi para cinsinden borçlanarak finansman maliyetini düşürme amacına ulaşabileceği ve aynı zamanda kur riskinden de korunacağı bir yol mevcuttur. Ülke içerisinde USD ile borçlanmanın mali-

yetinin ülke dışında Euro üzerinden borçlanmaya göre daha düşük olduğunu hesaplayan şirket, ilk aşamada ABD'de %6.5 sabit faiz ile 9,804,000 USD tutarında üç yıl vadeli tahvil ihraç eder, daha sonra bir swap bankası ile swap anlaşması yapar. Bu anlaşmaya göre, şirket bankaya 9,804,000 USD verecek (gerekli nakit tahvil ihracı ile sağlanacaktır) bu tutar %6.5 üzerinden üç yılda tahsil edilecek, bunun karşılığında bankadan 10 milyon Euro alacak ve bu tutarı %4.35 faiz üzerinden yine üç yılda bankaya ödeyecektir. Buna göre her yıl sonu şirket bankadan $9,804,000 \times 0.065 = 637,260$ USD tahsil ederken bankaya $10,000,000 \times 0.0435 = 435,000$ Euro ödeme yapacaktır. Her yıl sonunda yapılacak bu ödemeleri şirketin $637,500$ USD ödeyeceği ve $435,000$ Euro tahsil edeceği ve bankanın da tam tersi pozisyona sahip olduğu bir seri forward sözleşmesine benzetebiliriz. Üç yılın sonunda şirket bankaya başlangıçta vermiş olduğu 9,804,000 USD'yi geri alarak, tahvil ihracından kaynaklanan aynı miktardaki borcunu ödeyecek, bankadan aldığı 10 milyon Euro'yu da iade edecektir.

Şirket böylece USD borcunu Euro borcuna çevirmiştir. Swap bankasından sağlayacağı USD ile USD borcunu ödeyecek, yatırımından elde edeceği Euro ile swap bankasına olan Euro borcunu kapatacaktır.

Örnek 2- Faiz Swapları

Şirketler faiz swaplarını temel olarak bir dizi sabit faiz esaslı ödemelerini değişken faiz esaslı ödemeye veya değişken faizli ödemelerini sabit faizli ödemelere çevirmek için kullanırlar. Örneğin, şirketin LIBOR+2,5 üzerinden bir borç ödemesi mevcuttur ve şirket faiz oranlarının yükseleceğini tahmin etmektedir. Eğer faiz oranları şirket beklentileri doğrultusunda yükselirse, borcun maliyeti de buna bağlı olarak artacaktır. Bu bakımdan şirket sabit faiz üzerinden borç ödemeyi tercih edebilir.

Şirket ödemeyi sabit faiz üzerinden tahsilâtı ise LIBOR + 2,5'lik değişken faiz üzerinden yapacağı bir swap anlaşması ile amacını gerçekleştirebilir. Burada faizin üzerinden hesaplanacağı anapara, orijinal borcun anaparasına eşit olmalıdır ki taksit tarihlerinde swap anlaşmasından sağlanan nakit akımı ile borcun ödenmesi için gerekli nakit akımı eşit olsun. Orijinal değişken faizli borç hala mevcuttur ancak faiz oranlarının artma riskinin getireceği ek maliyet swap anlaşması ile dengelenmektedir. Tabii faiz oranları şirketin beklentilerinin tersine düşerse swap anlaşması yapmış olmak şirket için kayıp anlamına gelecektir. Bir diğer olumsuzluk ise, swap sözleşmesinin yapıldığı karşı tarafın yükümlülüklerini yerine getirmeme, yani kredi riskidir. Bu risk tüm tezgâhüstü türev işlemleri için

mevcuttur.

Swap anlaşması ile sağlanan nakit akımına bir başka yol izlenerek de ulaşılabilir. Şöyle ki, şirket ödemelerini sabit faiz üzerinden yapacağı bir tahvil ihracı yoluna gider tahvil ihracından sağlayacağı nakdi değişken faizli tahvillere yatırım yapmak için kullanır. Böylece orijinal değişken faizli borcu için gerekli kaynağı değişken faizli yatırımından sağlayacağı nakit akımı ile öder geriye sabit faizle ihraç ettiği tahvillerin ödemesi kalır. Bu şekilde şirket değişken faizli borcu sabit faizli borca çevirmiş olur. Ancak tahvil ihracı yoluna gitmek oldukça maliyetli, zaman isteyen ve kanuni bir takım şartların karşılanmasını gerekli kılan bir süreçtir. Burada tercihimiz swap anlaşması olacaktır.

III- SONUÇ

Organize olmuş borsalarda ve tezgâhüstü piyasalarda işlem gören türevler risk yönetiminin etkin birer aracıdır. Firmalar risklerin gerçekleşmesi durumunda uğrayacakları kaybı düşünerek türevleri öngörülerini ve risk alma derecelerine göre kullanırlar.

Yukarıda belirtilen işlemlerin dışında türevler spekülatif amaçla da kullanılabilirler. Spekülatörler ilgilendikleri spot piyasaların yönü hakkında tahminlerde bulunarak işlem stratejileri geliştirir ve bu işlemlerden kâr etmeye çalışırlar.

Ülkemizde kurulmuş olan İzmir Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası A.Ş.'de işlem görecektür türevler mali sektörde faaliyet gösteren ve kurumsal yatırımcılar olarak adlandırılan bankalar, sigorta şirketleri, yatırım fonları ve emeklilik yatırım fonları ile reel sektörde faaliyet gösteren firmaların riskten korunmak için kullanacakları vasıtalar olmaları yanında yatırım yapılabilecek yeni enstrümanlar olmaları sebebiyle de önem arz etmektedirler. Türevler işlem maliyetleri düşük yeni yatırım araçları olarak bireysel yatırımcıların kullanımına da uygundur.

Risklerin kontrol edilebildiği bir ekonomi içerisinde yatırım kararı alınması, mevcut yatırımların korunması ve işletmelerin kârlılıklarının artırılması mümkün olabileceği için türev piyasaların kurulması ve bunların gelişimi ekonominin gelişimi anlamına gelecektir.

Yukarıda bahsedilen türevlerden başka, sigortacıların karşılaştıkları risklerden korunmak amacıyla özel olarak dizayn edilmiş türevlerin de mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Bunlar deprem ve su baskınları gibi doğal afetlere karşı koruma sağlanmasını amaçlayan ve reasüransa alternatif olarak ortaya çıkan araçlardır. Temel düşünce, sigortacının riski sadece reasürans piyasasına değil tüm mali piyasalara dağıtabilmesidir. Reasürans piyasasında zaman zaman

yaşanan kapasite darlığına çözümlenecek bu türevlerin kullanımını yaygınlaştığında hem kapasite artacak hem de reasürans maliyetleri düşebilecektir. Bu çalışmanın amacı türevlerle ilgili genel bilgiler vermek olduğundan sigortacıların kullanımına özgü olarak dizayn edilmiş olan türevlere değinilmemiştir. Bunların tanıtımı bir başka çalışmanın konusu olacaktır.

Erdinç YURTSEVEN Sigorta Denetleme Uzmanı

REFERANSLAR:

Kitaplar:

- Brealey, Richard A. & Myers, Stewart C.. "Principles of Corporate Finance". Sixth Edition. McGraw-Hill, 2000.
- Butler, Kirt C.. "Multinational Finance". Second Edition. South-Western College Publishing, 2000.
- Chance, Don M.. "An Introduction to Derivatives & Risk Management". Fifth Edition. Harcourt College Publishers, 2001.
- Mishkin, Frederic S. & Eakins, Stanley G.. "Financial Markets and Institutions". Third Edition. The Addison-Wesley Series in Finance, 2000.

Diğer:

- Hodgson, Allan. 1999. "Derivatives and Their Application to Insurance: A Retrospective and Prospective Overview". Working Paper. AON Group Australia Limited'in sponsorluğunu yaptığı "The Changing Risk Landscape: Implications for Insurance Risk Management" konulu konferanstan.
- Bank for International Settlements (BIS), Derivatives Statistics. <http://www.bis.org/statistics/derstats.htm>.

Yabancı Basından HABERLER

Avrupa Birliğine Yeni Katılımlardan Sonra Vergi Değişikliklerinin Sigorta Sektörüne Etkileri

Avrupa Birliği, kuruluşundan bugüne kadar olan en büyük genişlemesini 1 Mayıs günü gerçekleştirmiş ve 10 yeni ülkeyi bünyesine dahil etmiştir. Katılım ülkeleri olarak adlandırılan bu yeni üye ülkeler Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Litvanya, Letonya, Malta, Polonya, Slovak Cumhuriyeti ve Slovenya'dır. Sigorta endüstrisi, bu genişlemenin yeni AB ülkelerinde gelişecek sigorta sektörüne yatırımda bulunmak isteyen girişimciler için önemli fırsatlar doğuracağını görmektedir. Ancak yeni ülkelerin daha ha-

fif bir mevzuattan daha ağır bir mevzuata geçiyor olduğu düşünüldüğü takdirde bu durumun bazı zorluklar yaratması söz konusudur. Sigorta sektörü açısından, beklenen vergi değişikliklerinden kaynaklanacak fırsat ve zorluklar özellikle önem taşımaktadır.

Yeni üye olan ülkelerdeki vergi ve hukuki mevzuatın AB hukuku ile aynı paralele gelecek şekilde değişmesi gerekmektedir. Prensipite, bu durum tüm sektörlerdeki işletmelerin daha geniş bir coğrafi alanda daha etkin bir şekilde yatırımda bulunmasını, ticaret yapmasını ve faaliyet göstermesini

sağlayacaktır. Bu genişlemenin ardından mal, hizmet, sermaye ve işçiliğin 25 ülke ve 500 milyona yakın insandan oluşan büyük bir pazar içerisinde serbest olarak dolaşacağı öngörülmektedir. Buna bağlı olarak AB genişlemesi sadece katılım ülkelerinde değil tüm Birlik ülkelerinde pazar erişimini arttıracaktır. Eski Sovyet Bloku ülkelerinin "AB Kulübü"ne kabul edilmesinin daha doğudaki pazarları da açması ihtimal dahilindedir.

Sigorta sektörü için genişleme ile ilgili temel konu yeni katılan ülkelere serbestçe hizmet götürülmesidir. Bu uygu-

lama, ilgili ülkelerin sigorta mevzuatlarında, AB'nin hayat-dışı, hayat ve oto sigortalarıyla ilgili direktifleriyle ve iç pazarların liberalleşmesiyle uyum sağlayacak şekilde değişiklikler yapılmasını gerektirecektir. Bu değişiklikler son derece önemlidir ve bazı ülkelerde bu, ilgili ülkede oturmayan kişilerin bu sektörde serbestçe rekabet etmesini engelleyen kısıtlayıcı uygulamaların kaldırılmasını veya özelleştirmeyi gerekli kılacaktır.

Hâlihazırda başlamış olan uyum sürecinin 1 Mayıs'ta tamamlanmış olmasını ümit etmek fazla iyimserlik olacaktır. Bir çok katılım ülkesinde AB kanunlarına uyum sağlama konusunda bir hayli yol kat edilmiş olmakla beraber, halen alınması gereken önlemler bulunmaktadır. Katılımın ardından mevzuata ilişkin "boşluklar" devam ettiği takdirde, bu durumdan olumsuz şekilde etkilenebilecek sigorta işletmelerinin, gereken hallerde, bu boşluklarla ilgili olarak AB mahkemelerine başvurması söz konusu olabilecektir.

Diğer taraftan, vergi uyumu konusu da Tek Piyasa'nın temel taşı özelliğini taşımaktadır. Tüm katılım ülkelerinde, eski yerel vergi kuralları, yüksek korumalı tarifeler, iki taraflı gümrük anlaşmaları ve yerel vergi teşvikleri kaldırılmaktadır. Bunların yerine AB vergi mevzuatı ve içtihatları ile AB onaylı vergi avantajları getirilmektedir. Bu bir geçiş

dönemi olduğu için, değişik vergi rejimleri arasında arbitraj¹ fırsatları ve bunu etraflıca düşünmeyen işletmeler için gizli tehlikeler yaratması söz konusu olabilir.

Katılım ülkeleri bu alandaki temel AB direktiflerini (Birleşme Direktifi, Ana ve Tali Şirket Direktifi, Emisyon Vergisi² Direktifi) uygulamaya başladığında kurumlar vergisi ile ilgili bazı değişiklikler de söz konusu olacaktır. Faiz ve imtiyaz haklarına ilişkin sınır ötesi ödemelerle ilgili değişiklikler de beklenmektedir.

Katılım ülkelerinin ekonomisini harekete geçirmek için düşük genel vergi oranları düşünüldüğünden genişleme, dolaylı olarak bazı katılım ülkelerinde daha düşük vergi oranlarına neden olabilir.

Genişlemenin ardından sınır ötesi birleşmeler ve şirket içi işlemler yeni üye ülkelerde daha etkin bir vergilendirme çerçevesinde gerçekleştirilebilecektir. Ancak, aynı zamanda, Doğu Avrupa'da daha önce mevcut olan bazı vergi avantajlarının ortadan kalkması da ihtimal dahilindedir.

Muhtemel vergi değişikliklerinin bir takım fırsatların yanı sıra bazı zorluklar doğurması söz konusudur. Katılım ülkelerinde bulunan AB sigorta şirketleri, faaliyetlerini

ve mevcut yapılarını gözden geçirmek durumunda kalacaklardır. Yeni vergi kuralları bu şirketlerin artık 25 üyeli AB'de faaliyetlerini daha etkin bir şekilde yürütmelerini sağlayabilecektir. Ayrıca mevcut vergi avantajlarının kalkmasının etkilerinden korunmak amacıyla planlama yapılması da gerekecektir.

Yeni AB sınırlarında ticareti yapılan malların sınır kontrolünün de kalkması ile birlikte, genişlemenin vergi ile ilgili ilk etkileri, en fazla, dolaylı vergilendirme alanında (gümrük vergisi, tüketim vergisi ve katma değer vergisi) görülecektir. Genişlemenin hizmetlere uygulanan KDV üzerindeki etkisi de göz ardı edilmemelidir. Bu durum, katma değer vergisi muafiyetinin sigorta faaliyetlerine uygulanması ve satın almalarda katma değer vergi iadesi (kısmi muafiyet) gibi iki önemli konuda karışıklıkların yaşandığı sigorta sektöründe özellikle önem taşımaktadır.

AB merkezli sigorta şirketleri, KDV ve bilgisayar sistemlerini genişlemeye göre uyarlamak durumundadır. Örneğin yeni üye ülkelerde bulunan müşterileri ilgilendiren sigorta işlemleri, ödenmiş KDV dikkate alınmaksızın, KDV'den muaf olacaklardır. Bunun sonucu olarak da, ilgili masraf ve genel giderlere ait KDV iadesi miktarı azalacaktır. AB bünyesindeki sigortacıların, genişlemenin maliyet-

¹ *Arbitraj*: Değişik piyasalarda işlem yaparak kâr sağlamaya çalışmak.

² *Emisyon Vergisi*: Şirketlerin hisse senedi ihraç ettikleri sırada ödemek durumunda oldukları vergi.

ler üzerinde yaratacağı etkiyi değerlendirebilmeleri açısından, KDV iade yöntemlerini de gözden geçirmeleri gerekmektedir. Kullanılan yöntemlerin geliştirilmesi, KDV iadelerinden kaynaklanacak kayıpları karşılamakta yardımcı olabilecektir.

Katılım ülkelerindeki sigorta sektörleri açısından KDV'ye ilişkin önem taşıyan hususlar, AB mevzuatına uyum sağlamak amacıyla yerel mevzuatta, aşağıdaki konularda, yapılacak değişiklikleri içermektedir:

- * Muaf tutulan sigorta tanımı,
- * Hizmet arz yeri,
- * Maliyet ve sermaye kalemlerinde KDV iadesi,
- * KDV faturaları ile ilgili yeni şartlar,
- * Topluluk içi mal alımı.

Aracılık hizmetleri ve taşıronluk faaliyetleri hali hazırda Avrupa Birliği'nin problemli konuları olduğu için, bunlarla ilgili olarak muafiyet tanımı özellikle zor olmaktadır.

Bazı ülkelerde reklamcılık, IT, danışmanlık hizmetleri ve yasal hizmetler gibi "dışarıdan alınan hizmetler"e ilk defa olarak KDV uygulanacaktır.

AB genişlemesi, gerek yeni üye ülkelerdeki şirketler gerekse bu bölgelerde faaliyette bulunan şirketler açısından sigorta sektöründe önemli değişikliklere neden olacaktır. Her yeni üye AB'ye tamamen entegre olacağından, KDV ve

genel verginin yanı sıra hukuki ve faaliyete ilişkin konularda da değişiklikler meydana gelecektir.

Avrupa KDV mevzuatının, üye ülkelere, bankacılık ve finans işlemlerinin vergilendirilmesi konusunda seçme hakkı sağladığını hatırlamakta fayda vardır. Örneğin, Almanya ve Fransa bu hükmü ulusal KDV yönetmeliklerine koymuştur. Avrupa Birliği KDV mevzuatının uygulanması kapsamında yeni Üye Ülkeler bu şekilde hareket etmeye karar verme hakkına sahiplerdir. Bu senaryoda sigorta işletmeleri için satın alımlarda KDV indrimi (kısmi muafiyet) yapmak için yeni fırsatlar doğacaktır. Üye ülkeler, ayrıca, ulusal KDV mevzuatlarında KDV gruplama imkânını da getirebileceklerdir. Bu durumda, ilgili tüzel kişiler arasındaki mal ve hizmet arzı KDV'ye tabi olmayacaktır. Dolayısıyla yeni üye ülkelerin kanun koyucularının bu hükümleri ulusal mevzuatlarına alıp almayaceklerini izlemek ilginç olacaktır.

Tüm sigorta işletmeleri AB genişlemesinden doğan fırsat ve sorunların bilincinde olmak ve bunların etkileri ve uygulanması ile ilgili olarak plan yapmak durumundadır. Kendi deneyimlerimizden gördüğümüz kadarıyla ulusal kanun koyucular sunulan mevzuatı günden güne değiştirmektedirler. Eğer sigorta şirketleri KDV kanunlarına belli hü-

kümlerin (örneğin KDV gruplama imkânı) dahil edilmesini istiyorlarsa, bu konuyu ulusal kanun koyucular ile tartışmak mümkündür.

Ted Braakman
The Journal
Haziran 2004

Çeviren: Ekin Zarakol

Yeni AB'de Reasürans

Adrian Leonard bu yazısında AB'ne yeni katılımların reasürans sektörü üzerindeki etkilerini incelemektedir.

Avrupa'nın büyük siyasi deneyimi, 1 Mayıs 2004'te Polonya, Macaristan, Çek ve Slovak Cumhuriyetleri, Baltık Devletleri ve Slovenya'nın AB'ye katılması ile biraz daha zenginleşmiştir. Daha evvel komünist rejime sahip bu sekiz ülkenin, Malta ve Kıbrıs ada devletleriyle beraber birliğe girişi, tek bir piyasa halinde faaliyetlerini sürdüren AB sigorta ekonomisine; New York, Teksas ve Kaliforniya'nın toplam nüfusuna eşit olan 75 milyon kişinin daha eklenmesine yol açmıştır. Avrupa, şu anda toplam 450 milyon nüfus ve açık ara ile dünyanın en geniş, gelişmiş sigorta piyasasına sahiptir.

Avrupa sigorta ekonomisinin bu şekilde genişlemesi, birçok gözlemciye göre, sonuçlarının önceden kestirilmesi mümkün olmayan bir olanak

sunmaktadır. Daha evvel "Batı" olarak tanınan yapıya halihazırda enikonu yerleşmiş olan bu eski komünist sekiz ülke, sigorta şirketlerinin müşterilerinin mali güvenlikleri açısından önemli bir uygulama olan ödeme gücü standartlarının yükseltilmesi de dahil olmak üzere, sigortacılıkla ilgili kanunlarını AB direktiflerine uygun şekilde düzenlemişlerdir. Bir yandan AB'nin diğer üye ülkelerinden gelen rakip şirketlere sınırlarını açarak; bu şirketlere hem ülke dışından, hem de söz konusu ülkede yerel birimler kurmak suretiyle mali hizmetlerini pazarlama olanağı tanımış, diğer yandan eskiye oranla çok daha gelişmiş yerel denetim mekanizmaları geliştirmişlerdir. Ancak pratikte, 1 Mayıs'ın bütünüyle çığır açan bir etkisi olmamıştır, çünkü AB'nin doğu sınırı birleşme-

den çok daha önce aşılmıştır.

Aslında 1990'ların ilk yılları ve ortalarından itibaren, bir grup Avrupa şirketi Orta Avrupa piyasasına giriş yapmış ve bu ülkelerin AB'ne katılmasına kadar geçen süreçte bölgelerdeki direkt sigortacılık faaliyetlerinde önemli ve sürekli bir varlık göstermiştir. Üstelik bu gelişim süreci, bazıları için "yeterince" uzun olmuştur; örneğin Doğu Avrupa piyasasına giren Zurich ve Axa, bu bölgede şanslarını denedikten sonra piyasadan çekilmişlerdir. Reasürans alanında ise, bir avuç şirket ve kişiden oluşan çekirdek bir kadro, Berlin Duvarı'nın yıkılışı öncesinden beri Orta Avrupa'da faaliyette bulunmaktadır; aralarında dünyanın önde gelen reasürörlerinin de bulunduğu bu grup, hâlihazırda pazarda hakimiyetini sürdürmektedir.

BAŞLICA AKTÖRLER

Munich Re ve (2001 yılında bu bölgedeki reasürans sorumluluğunu Zürih'ten eski Bayerische Re'ye aktararak) organizasyonunda değişiklik yapan Swiss Re'nin öncülüğündeki ana bölgesel reasürörler; (kolu Frankona Rück aracılığıyla Varşova'da temsilciliği bulunan) ERC Grubu, (büyük ölçüde 1997 yılında bünyesine kattığı eski SAFR aracılığıyla) Partner Re, (bölgede öncülük etmiş Cologne Re'nin son zamanlarda çekilmeye başlamasına rağmen) General Cologne Re, (1970'lerden beri varlığını sürdüren, 1995'te kurduğu ve faaliyetlerine var gücüyle devam eden reasürans birimi aracılığıyla) Hannover Re, (selefi Agripina Rück'ün başarısı üzerine kurulan) Converium, (bölgedeki faaliyetlerini 2001 yılında Sorema'yı alarak genişleten ve günümüzde yaşamakta olduğu sıkıntıların çok az hissedildiği Orta Avrupa'da oldukça başarılı bir yenileme dönemi geçiren) SCOR, (eski CERES Konsorsiyumu'nun sponsor idari temsilcisinin başarısızlığı sebebiyle çökmesinden sonra Chaucer gibi acentelerin bölgeye olan ilgisinin tekrar artması nedeniyle) Lloyds, (Orta ve Doğu Avrupa'ya yönelik reasürans kabullerini Brüksel bürosu aracılığıyla yürüten) Everest Re, ve (Radke ailesinin bölgedeki potansiyeli önceden görmesi nedeniyle) ka-

tastrofik reasürör PXRE'dir.

Dolayısıyla, sözkonusu ülkelerin AB'ne katılımı tek başına, bu reasürörlerin hiçbiri için Orta Avrupa manzarasını çarpıcı bir şekilde değiştirmemiştir. Ancak, eski Comecon üyesi ülkelerde sigortacılık piyasasının gelişimi devam ettikçe; bu ülkelerin reasürans korunmasına duydukları ihtiyaç ve korunmanın uluslararası piyasalardan temin şekilleri değişmektedir. Sigorta piyasalarının gelişiminde; uluslararası reasürans piyasasında gözlenen belli alanlarda yoğunlaşma, kapasite daralması, fiyatlardaki döngüsel hareketler ve genel olarak daha teknik iş kabulü esaslarının uygulanması gibi trendlerin doğrudan etkilerinin yanısıra, belli başlı yerel faktörler de önemli rol oynamaktadır. Bu faktörler arasında sigorta şirketleri arasındaki birleşmeler, yabancı mülkiyet, zorunlu motorlu taşıt sigortalarının giderek gelişmesi, serbest piyasaya geçiş ve yerel iş kabulünde uygulanan yöntemlerde izlenen devamlı fakat yavaş seyreden modernleşme sayılabilir.

POLONYA

Yeni üyeler arasında en geniş sigorta piyasasına sahip ülke olan Polonya'da piyasa liderleri PZU ve Warta'ya ait primler hariç, 37 hayat-dışı sigorta şirketi, toplam primin %26.1'ini paylaşmaktadır. 2002 yılında toplam 5,728.1

milyon Euro olan prim geliri, 2003'te kur dalgalanmaları nedeniyle 5,225.2 milyon Euro'ya düşmüştür. Ancak, brüt prim Ziloti cinsinden ifade edildiğinde %7.4'lük bir büyüme görülmektedir. Kur farkı konusu, hayat-dışı primlerin %60.5'ine sahip PZU açısından daha az önem taşımaktadır, çünkü bu şirketin hala (büyük tartışmalar sonrasında) büyük bir bölümü devlete aittir ve bu nedenle, gelirlerinin Ziloti cinsinden olması PZU için kabul edilebilir bir durumdur.

Öte yandan, kur dalgalanmaları bölgedeki yabancı yatırımcılar açısından caydırıcı olacaktır. Polonya'nın en büyük ikinci hayat-dışı sigorta şirketi olan ve toplam primin %13.3'üne sahip Warta gibi şirketlerin hissedarları bu durumdan ciddi şekilde zarar görmüşlerdir. Bölgedeki önemli sigortacıardan biri olan ve Warta'nın %75.13'üne sahip (banka sigortacılığı faaliyetlerinde uzmanlaşmış) Belçika şirketi KBC, kendi para birimi olan Euro bazında kar elde etme amacı taşımaktadır. Bu şirket 2003 yılında, sigortacılık faaliyetlerinden kur farkı nedeniyle 10.6 milyon Euro zarar etmiştir ve kâr payındaki düşüşü kur dalgalanmalarına bağlamaktadır. Bu önemli bir husustur, çünkü Orta Avrupa'da faaliyet gösteren birçok yabancı yatırımcı, Euro bu bölgelerdeki önemli piyasaların para birimleri karşısında

değer kazandığı için, kur düşüşlerinin etkisini hissedecektir. KBC'nin 2003 yılı için ortalama kur değerleri; Ziloti için %13, Çek Korunası için %3 ve Macar Forinti için %4 oranında düşüş göstermiştir. Reasürörler bu kaybın yarattığı etkiyi, toplam prim ve kâr artışı göstergelerinde de hissedeceklerdir.

Polonya'da yabancı mülkiyet, en azından söz konusu şirketlerin sayısı açısından yüksektir. 38 hayat-dışı sigorta şirketinin 24'ü ağırlıklı olarak yabancı sermayeye sahiptir. Hayat şirketlerinde ise bu oran daha da yüksektir; 36 şirketin 28'i yabancı yatırımcıların kontrolündedir. Fakat, prim gelirleri açısından bir değerlendirme yapıldığında; durum, en azından Polonya için, farklılık göstermektedir. 2003'te yerli sermayedarlar tarafından kontrol edilen şirketlerin hayat ve hayat-dışı toplam prim geliri 13,934.7 milyon Ziloti (2,958.1 milyon Euro) iken, yabancı şirketler için bu rakam 10,821.4 milyon Ziloti (2,297.2 milyon Euro) olmuştur. PZU'nun piyasaya hakimiyeti, yerli şirketlerin toplam priminin %65.6'sını kontrol ettikleri hayat-dışı sigortalarda aradaki uçurumun göreceli olarak daha büyük olduğu anlamına gelmektedir.

Daha önceki hükümetin PZU'nun Hollanda şirketi Eureka'ya devredilmesine ilişkin yapmış olduğu anlaşmaya rağmen, Başbakan (eski ko-

münist Politbüro üyesi) Leszek Miller'ın yönetimindeki hükümet, kararlı bir şekilde bu şirketi yerel yönetim altında tutma mücadelesi vermiştir. Bu yaklaşımda herhangi bir değişiklik ancak Miller'ın partisinden ihracı ile gerçekleşebilir ki, bu da pek olası görünmemektedir. Polonya hükümetinin daha evvel verdiği taahhütlere karşın, Polonya'nın (veya herhangi bir yeni üye ülkenin) devlete ait sigorta şirketlerini yabancı yatırımcılara devretmek suretiyle özelleştirmesi için esaslı bir neden yoktur. Bu sekiz ülke içinde yalnızca Çek Cumhuriyeti'nde eski sigorta tekeli (Gosstrakh) hala Çek vatandaşlarının mülkiyeti altındadır. PZU (hisselerinin %20'si Eureka'ya, %20'si ise ortağı olan yerli bir bankaya aittir) ve Slovenya eski tekeli (yönetimi ile yaşanan şiddetli bir çekişme sonrasında neredeyse yeniden devletleştirilmiştir) ise hala devlete aittir. Eski Baltık tekelleri Eestri Kindlustus, Balta ve Lietuvous Draudimas, İskandinav sigorta şirketleri Sampo ve R&SA'nın yan şirketi (şu anda kendisi de satışa çıkarılmış olan) Codan'a satılmıştır. Allianz şirketi 1989'da Macar Biztosito'yu alarak bölgeye giriş konusunda öncülük etmiş ve onbir yıl sonra ise eski Slovak tekeli Sloveska poist'ovna'yı satın almıştır.

Birçok yabancıya göre gelecek, bölgede yavaş yavaş önem kazanmaya başlayan ha-

yat sigortalarındadır. 2003 yılında, yeni üye ülkelerde hayat-dışı primler toplam prim gelirinin üçte ikisinden fazlasına tekabül etmekteyken, Comite Europeen des Assurances'a (CEA) göre daha eski AB ülkelerinde bu oran sadece %40'tır. AB'nin 15 eski ülkesinde her bir vatandaş için yıllık toplam prim harcaması ortalama 2,168 Euro iken, yeni üyelere bu miktar yalnızca 196 Euro seviyesindedir. Ancak bu fark kapanmaktadır; Polonya'da 2002'de hayat işleri toplam prim gelirinin %48.3'üne eşitken, bu oran 2003'te %49.7'ye çıkmıştır. Bu artış, yeni üyeler genelinde de kendini göstermektedir. CEA Nisan 2004 bülteninde, 2003 yılına ait hayat sigortaları primleri itibarıyla Litvanya'da %50.5, Letonya'da %29, Çek Cumhuriyeti'nde %15.1, Polonya'da %12.7 ve Slovenya'da %9.3'lük artışlar kaydedilerek, "Orta ve Doğu Avrupa sigortacılık sektöründeki dinamizmin ispatlandığı" ilân edilmiştir.

ÇEK CUMHURİYETİ

Çek Cumhuriyeti, yeni üyeler arasında en hızlı büyüyen piyasaya sahip ülkedir ve sektörel gelişimi; sigorta yaygınlık oranının yüksekliği ve sigorta şirketlerinin sahip oldukları uygun reasürans teminatları nedeniyle, sağlam temeller üzerine oturmaktadır. Piyasanın bu özellikleri 2002

yılı Çek Cumhuriyeti Sel hasarlarında net bir şekilde hissedilmiştir. Reasürans brokeri Benfield'e göre, brüt hasar, 2001 yılı sivil, ticari ve sanayi sigortaları toplam prim geliri olan 449.6 milyon Dolarla kıyasla, 1,427 milyon Dolar'dır; ki bu rakam Çek sigorta şirketlerinin tümünün sermaye toplamının yaklaşık %130'una eşittir. Buna karşın, reasürörler, hasarın %97'sini ödeyerek piyasayı iflâstan kurtarmışlardır. Bu olay, öte yandan da ülkedeki sigorta yaygınlık oranının yüksekliğine işaret etmektedir. Benfield'in Orta ve Doğu Avrupa Yetkilisi Bruce Selby-Bennett'a göre "Çek Cumhuriyeti'nde selden kaynaklanan ekonomik hasarların %53'ü sigortalıyken, bu oran Almanya'da %15 seviyesinde kalmıştır. Piyasaların gelişmişliği ve çeşitliliği bakımından, Çek Cumhuriyeti'nde Almanya'dan daha fazla sigortacılık olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz."

Eski tekel, tıpkı Polonya'da olduğu gibi Çek sigorta piyasasında da ağırlıklı bir konuma sahiptir. Ceska poist'ovna'nın, 2003 yılında yaklaşık 1,151.4 milyon Euro tutarındaki prim geliri üzerinden piyasa payı %35.85'tir. Şirketin pazardaki hakimiyetinin sona ermesi; zayıf şirketlerin piyasadaki silinmelerine neden olan ve reasürans korunmasının önemini açıkça ortaya çıkaran 1997 yılı sellerinin de etkisiyle, 1990'ların ortalarından itibaren

sektörü daha sağlıklı bir piyasa için teşvik etmek amacıyla küçülme kararı almasıyla hızlanmıştır. En küçük 18 sigorta şirketinin toplam pazar payının %1'den az olmasına rağmen, piyasadaki diğer şirketler makul paylara sahiptirler ve sağlam temeller üzerine kurulmuş bir rekabet sözkonusudur.

En büyük ikinci sigorta şirketi olan Kooperativa, hayattışı işlerdeki %24.4'lük payı da dahil olmak üzere, 2003 yılında piyasanın %19.1'ine hakimdir. Bu şirket, aynı zamanda (Kooperativa, Komunalna ve Kontinuita aracılığıyla) Slovakya, (Union aracılığıyla) Macaristan, (Kompensa aracılığıyla) Polonya ve diğer Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde de faaliyet gösteren Avusturya sigorta şirketi Wiener Stadtische'nin kontrolü altındadır. Aslında Wiener Stadtische, yeni üye ülkelerde sigorta şirketlerini satın alarak kendi yönetimi altında birleştiren (konsolidasyon) birçok şirketten biridir. Çek Cumhuriyeti'ndeki önemli yabancı konsolidasyon şirketlerinden bir diğeri ise Generali'dir. Bu şirket; Çek Cumhuriyeti, Polonya, Slovakya ve Macaristan'da yerel olarak faaliyet gösteren Zurich Group'un portföyünü üstlendikten sonra, Çek Cumhuriyeti'nde hayattışı piyasada dördüncü büyük şirket konumuna yükselmiştir. Ne var ki, bu olaydan birkaç ay sonra, kısmen ticari riskler üzerine yoğunlaşması nede-

niyle, Zurich Group'un Çek Cumhuriyeti portföyünden kaynaklanan orantısız şekilde büyük sel hasarıyla karşı karşıya kalmıştır.

REASÜRANS ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Şirket birleşmeleri ve yabancı mülkiyet, Orta Avrupa reasürans sektöründe serbest piyasanın gelişiminin hızını kesen önemli faktörler olmuştur. Girişimci ruh, eski Sovyet Avrupası'nda yayılırken, birçok ülkede, küçük ve düşük sermayeli sigorta şirketlerinin sayısında hızla büyük artışlar yaşanmıştır. Bu şirketler büyürken; hem üstlendikleri riskler için trete bazında reasürans korunması sağlamak, hem de ürün tasarımı gibi uzmanlık sahibi olmadıkları konularda teknik bilgi edinmek amacıyla yoğun bir şekilde yabancı reasürör desteğine güvenmişlerdir.

Öte yandan, yabancı sermaye akışı, büyük sigorta şirketlerinin yerel piyasadaki en iyi şirketleri elde etmek için yarıştıkları 1990'ların sonuna doğru hızını iyice arttırmıştır. Yabancı şirketlerin yaptıkları yatırımlar yerel şirketler arasında serbest piyasa reasüransına yönelik talebi sürekli bir şekilde azaltmıştır; çünkü toplam reasürans hacmi artma eğilimi gösterse bile, primler dahili sesyon programları aracılığıyla ana şirketlerin bünyesinde tutulmakta ve dışarıdan

alınan reasürans korunmalarının temini gittikçe sınırlı sayıda merkezde toplanmaktadır. Bu trend, hala devam eden şirket birleşmeleri nedeniyle giderek güçlenmektedir. Converium'un Çek ve Slovak reasürans sorumlusu Helena Dive "2002 yılında Slovakya'da 2 sigorta şirketi büyük bir Avusturya sigorta şirketi tarafından satın alınarak reasürans piyasasından çekilmiştir; piyasanın en büyük sigorta şirketi ise aynı yıl Allianz tarafından satın alınmış, şimdi tüm reasürans korumasını bölüşmesiz programa dönüştürmeyi düşünmektedir" şeklinde bir açıklama yapmıştır.

Bazı durumlarda, 2003 yılında tasfiyeye (run-off) gide ne kadar Baltık Devletlerinde faaliyetlerine devam eden Zurich Financial Services Group örneğinde olduğu gibi, ana şirket tarafından üstlenilen

reasürans korunmasının oranı %100'ü bulmaktadır. 1995 yılında Makedonya'nın yabancı mülkiyet olmaksızın reasürans devri yaptığı miktar, toplam priminin %10'u kadarken, eskiden tekel olan bu şirket 2001 yılında uluslararası sigorta şirketi QBE tarafından satın alındıktan sonra bu oran %40'a çıkmıştır; fakat reasürans devirleri ana şirkete yöneltilmiştir. Bu tür özel sesyonlar piyasasında genelde konservasyon ve reasürans rakamlarını saptırmaktadır; çünkü denetçi ve birliklerin raporları, serbest piyasa ve dahili sesyonlar arasında ayırım yapmamaktadır. Bir diğer gelişme ise, daha güçlü finansman kaynaklarına sahip bazı sigorta şirketlerinin hasar fazlası korunma programlarına yönelmesi olmuştur. Örneğin eski Litvanya tekeli, Lietuvous Draudimas tüm motor riski portföyünü konser-

vasyonunda tutup, bu sorumluluğunu sadece afet sorumlulukları için aldığı bir hasar fazlası program ile korumaktadır. PZU da aynı uygulamayı benimsemiştir.

Zaman içinde, malların sigorta değerlerindeki artış, ekonomik gelişmenin hızlanması ve fertlerin gelir artışına bağlı hayat ve sağlık sigorta ürünlerindeki kaçınılmaz gelişme, Orta ve Doğu Avrupa sigorta şirketleri ve onların reasürörleri için daha fazla gelir yaratacaktır. Fakat tüm bunların bir gecede gerçekleşmesi beklenemez ve AB'ne giriş bu yolda yalnızca bir aşamadır.

Adrian Leonard
Global Reinsurance
Mayıs 2004

Çeviren: Güneş Koşar

Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Veri Tabanı Oluşturma Planı

Avustralya sigorta piyasasını düzenlemekle görevli kuruluş APRA, Avustralya sigorta şirketlerinin, sektörün ilgili riskleri fiyatlandırma ve ürün tasarımı konusunda yararlanması amacıyla, Sorumluluk Sigortaları'na ilişkin risk değerlendirme ve hasar kayıtlarını, bundan böyle, ulusal bir veri tabanına bildirmekle yükümlü olacağını açıklamıştır. Ulusal Hasar ve Poliçe Veri tabanının sigorta şirketlerine ve ilgili kuruluşlara tanıtılacağı ve sistemin, Genel Sorumluluk, Ürün Sorumluluğu ve Mesleki Sorumluluk poliçeleri ve hasarları hakkında bilgi içereceği, ayrıca sigorta bedeli, risk tipi, muafiyet miktarı ve ilgili poliçelere ait hasarların tüm ayrıntılarının sistem için gerekli olduğu ifade edilmektedir.

Sigorta şirketlerinden gelen bu ortak bilgiler, incelenmek amacıyla sektöre ve hükümete sunulacaktır. Sigorta şirketlerinin talep etmiş olduğu bilgilerin son şekline, şirketlerin yapmış olduğu iki aşamalı görüşmeler sonucunda varılmış-

tır. İlgili kuruluş (APRA), şu anda, verilerin ne şekilde rapor edileceği konusunda sektör ile danışmalarda bulunmaktadır. Veri tabanı oluşturma fikri, 2002 ve 2003 yıllarında, Genel Sorumluluk ve Mesleki Sorumluluk Sigortaları branşlarında yaşanmış olan ulusal krize bir tepki olarak, federal hükümetin talebi üzerine ortaya çıkmıştır. Hazine ve sigortacılık sektörü ile ilgili üst düzey yetkililerinin yapmış olduğu bir dizi toplantıdan sonra, veri tabanı ile ilgili ulusal bir muhtabakat elde edilebilmiştir. Başlangıçta, sektördeki şirketlerin büyük bir bölümünün olumlu yaklaştığı bu fikre, özellikle küçük piyasalardaki (niş piyasalar) bazı şirketler, ticari gizlilik konusunda bazı tereddütleri nedeniyle, özellikle sistemin raporlama aşamasına ilişkin bir takım şartları sürmüşlerdir ve bu şartlar, sistemin oluşturulması sırasında, ilgililer tarafından göz önüne alınmıştır. Bazı sigorta şirketleri, gerekli bilgilerin toplanabilmesi açısından, bu şartların sistemde değişiklik

anlamına geldiğini belirtmişlerdir.

APRA, sorumluluk sigortaları hakkındaki verilerin raporlanmasına ilişkin teklifinde, verilerin üç düzeyde sunulmasını önermektedir: En üst düzeyde toplu raporlama; ikinci düzeyde hasar üçgenleri ve fiyatlandırma tipleriyle ilgili bilgileri içeren veri raporlaması; en alt düzeyde ise, sigorta şirketlerinin kodlarının çıkarılarak sadece ham bilgilerin raporlanması. Bilindiği kadarıyla bu sistemin dünyada hiçbir uygulaması olmadığı, sistemin işleme için yeterli verinin sağlanmasının biraz zaman alacağı belirtilmekle birlikte, veri tabanının tamamlanıp kullanıma açılmasının çok faydalı olacağı ifade edilmektedir.

**Insurance Day
22 Nisan 2004**

Çeviren: Ekin Zarakol