

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW

III/1

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: III  
Sayı: 1  
Yıl: 2006



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

**Cilt : III  
Sayı : 1  
Yıl : 2006**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## Editör / *Editor*

Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Halûk Kabaalioglu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdoğan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Güzel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin Aslan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Yayın Komisyonu / *Editorial Board*

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Marmara Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halûk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Hayri Domaniç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Köni, Yeditepe Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi

Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Volkmar Gessner, Universität Bremen

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı,

Anayasa Mahkemesi eski üyesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı

Prof. Dr. Stefan Talman, Oxford Üniversitesi

Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ralf Alleweldt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sabih Kanadoğlu, Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sultan Uzeltürk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

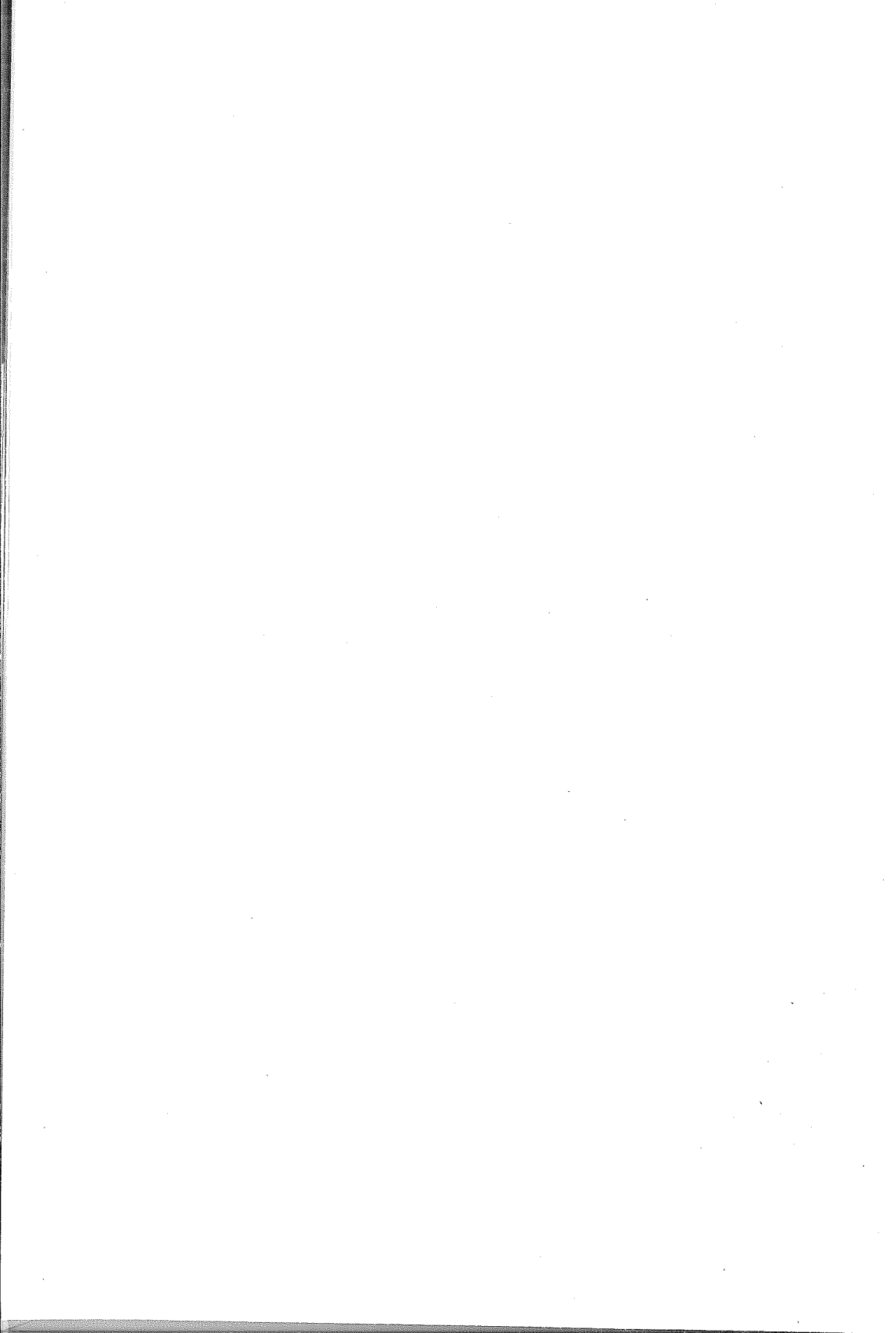
Yard. Doç. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Heidelberg Max-Planck-Institute

Yard. Doç. Dr. Salih Şahiniz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** yılda iki sayı olarak yayınlanan hakemli bir dergidir.

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Dergiye yapılan atıflarda "YÜHFD" kısaltması kullanılmalıdır.



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
Cilt : III Sayı : 2 Yıl : 2006

**İÇİNDEKİLER**

**KAMU HUKUKU**

**CEZA KANUNUNUN SUÇ SİYASETİ BİLİMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 3**

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Marmara ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakülteleri Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

**ULUSAL, AVRUPA VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA YENİ GELİŞMELER..... 15**

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich JESCHECK**

Max-Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü (Freiburg-Almanya) Emekli Müdürü

**Çeviren: Ar. Gör. Zeynel T. KANGAL**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

**COMPARATIVE ANALYSIS OF COLLECTIVE DOMINANCE..... 33**

**Şahin ARDIYOK**

İstanbul Barosu Avukatlarından

**BİR POLİTİKA ARACI OLARAK KAMU ALIMLARINDA YERLİ TERCİH/AVANTAJ UYGULAMASI..... 91**

**Yrd. Doç. Dr. Abdullah UZ**

Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

## ÖZEL HUKUK

### HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI'NA KATKI 117

**Prof. Dr. Bilge UMAR**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

### HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU (HMK) TASARISIYLA ŞİMDİKİ HUMK KURALLARINA GETİRİLMEK İSTENEN DEĞİŞİKLİKLERİN

**BAŞLICALARI ..... 161**

**Prof. Dr. Bilge UMAR**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

### TÜRK HUKUKUNDA VE ULUSLARARASI HUKUKTA HAVAYOLU İLE YÜK TAŞIMA SÖZLEŞMESİ..... 185

**Dr. Jur. Bülent SÖZER**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

### A CRITICAL ANALYSIS OF THE SOCIETAS EUROPAEA : ARE THE BENEFITS OVERESTIMATED? ..... 375

**Asst. Prof. Ferna İPEKEL**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## İÇTİHAH KRONİĞİ

### HUMK KAYNAK YASASI CPCN UYGULAMASI : NEUCHÂTEL MAHKEMELERİNİN KARARLARI ..... 393

**Prof. Dr. Bilge UMAR**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

### MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU ALANINDA SON YARGITAY KARARLARINDAN SEÇMELER..... 437

**Prof. Dr. Bilge UMAR**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı



**JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW  
Volume III No: 1 Year: 2006**

**CONTENTS**

**PUBLIC LAW**

- EVALUATING THE TURKISH CRIMINAL CODE IN THE PERSPECTIVE OF THE SCIENCE OF CRIME POLICY..... 3**  
**Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk**, Marmara University and Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal ProcedureLaw
- RECENT DEVELOPMENTS IN NATIONAL, EUROPEAN AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW – PERSPECTIVES FOR A NEW LEGAL POLICY FOR THE 21<sup>TH</sup> CENTURY?..... 15**  
**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck**, Former Director of Max-Planck Institute for Comparative and International Criminal Law (Freiburg-Germany), **Translated by Zeynel T. Kangal**, Research Fellow, Istanbul University Faculty of Law, Dept. for Criminal Law and Procedure
- COMPARATIVE ANALYSIS OF COLLECTIVE DOMINANCE..... 33**  
**Att. Şahin Ardiyok**, Istanbul Bar Association
- GIVING PREFERENCE TO NATIONAL SUPPLIERS IN PUBLIC PURCHASES AS A POLICY INSTRUMENT..... 91**  
**Asst. Prof. Abdullah Uz**, Süleyman Demirel University, Faculty of Economics and Administrative Sciences

## **PRIVATE LAW**

### **A CONTRIBUTION TO THE DRAFT CODE OF CIVIL PROCEDURE..... 117**

**Prof. Dr. Bilge Umar**, Yeditepe University Faculty of Law, Head of Chair for Civil Procedural and Insolvency Law

### **MAJOR AMENDMENTS TO THE PRESENT CODE OF CIVIL PROCEDURE PROVIDED FOR BY THE DRAFT CODE OF CIVIL PROCEDURE ..... 161**

**Prof. Dr. Bilge Umar**, Yeditepe University Faculty of Law, Head of Chair for Civil Procedural and Insolvency Law

### **CONTRACTS FOR CARRIAGE BY AIR IN TURKISH AND INTERNATIONAL LAW..... 185**

**Dr. Bülent Sözer**, Lecturer, Yeditepe University Faculty of Law

### **A CRITICAL ANALYSIS OF THE *SOCIETAS EUROPAEA*: ARE THE BENEFITS OVERESTIMATED?..... 375**

**Asst. Prof. Dr. Ferna İpek**, Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

## **CHRONICLE OF CASE REVIEWS**

### **COURT PRACTICE RELATING TO CPCN AS THE SOURCE OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE: NEUCHÂTEL CASE REPORTS ..... 393**

**Prof. Dr. Bilge Umar**, Yeditepe University Faculty of Law, Head of Chair for Civil Procedural and Insolvency Law

### **SELECTED RECENT REPORTED CASES OF THE COURT OF CASSATION IN THE AREA OF CIVIL PROCEDURE AND INSOLVENCY LAW..... 437**

**Prof. Dr. Bilge Umar**, Yeditepe University Faculty of Law, Head of Chair for Civil Procedural and Insolvency Law

## YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayınlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergide yayınlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.
3. Dergimize yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar Microsoft Word (98 ve üzeri versiyonlar) programında yazılmalıdır.

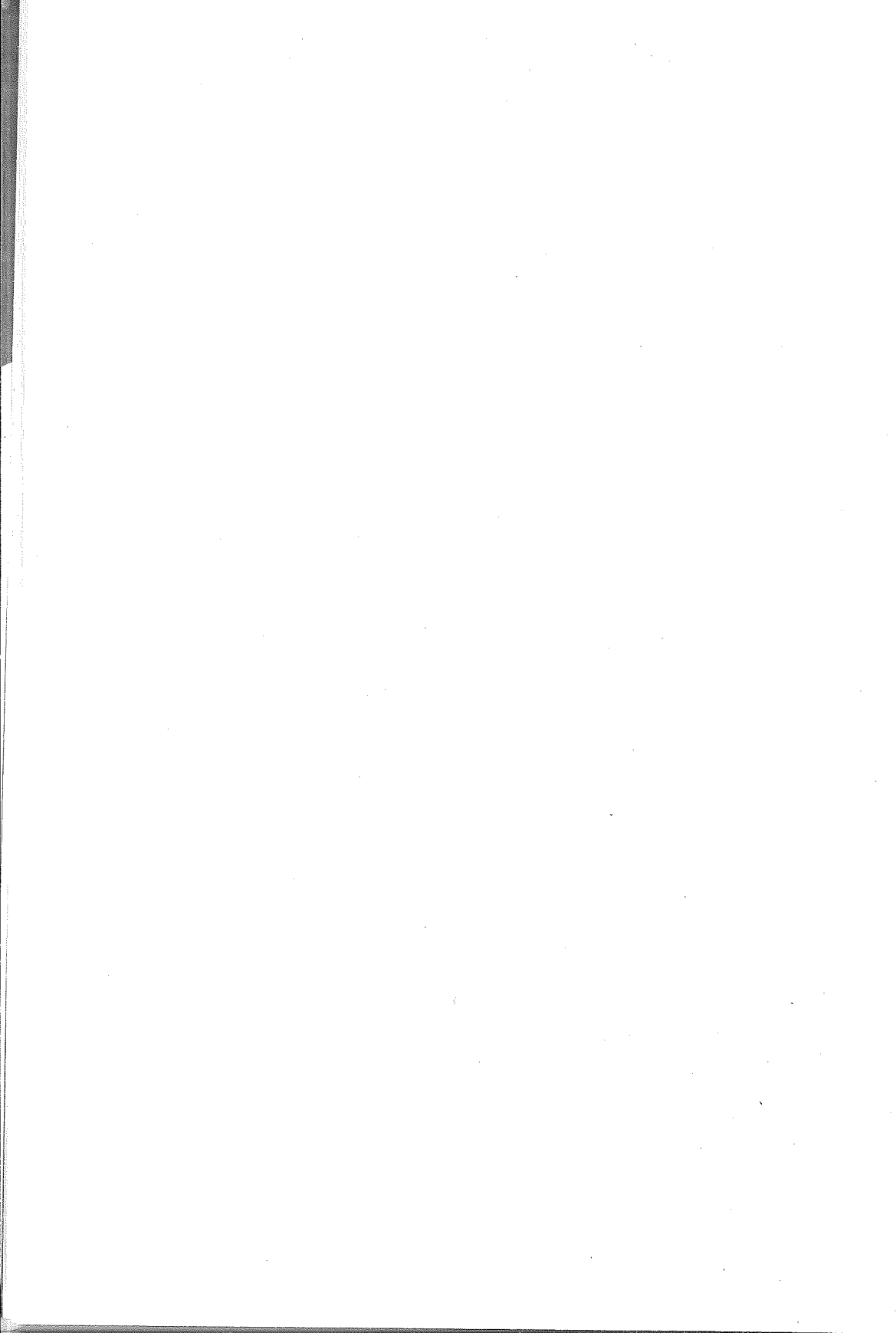
Yazıların teknik formatı şu şekilde olmalıdır:

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

5. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adını, ünvanını, çalıştığı kurumu, açık adresini, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon ve faks numaralarını, e-posta adresini içerir bir bilgi kağıdı da teslim edilmelidir.
6. Her yazı, kaydedildiği bir disketle birlikte (ve başlığının İngilizce çevirisi de eklenmek suretiyle) A-4 boyutunda ve iki nüsha olarak teslim edilmelidir.
7. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, disketteki biçimiyle "basılmaya hazır olarak" verildiği kabul edilir.
8. Yayın Kurulunda ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine yada yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir.
9. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, yayın kurulunca, tekrar hakeme gönderilebilir.



# KAMU HUKUKU



## CEZA KANUNUNUN SUÇ SİYASETİ BİLİMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK(\*\*)+

### 1- Genel Olarak

Suçla mücadelede belirlenen hedefler ve bu hedeflere ulaşmada kullanılan araçların zaman içerisindeki değişimine bağlı olarak suç politikası tanımı ile ilgili görüşlerde farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Suç politikası bilimi, Avrupa’da Aydınlanma çağında başlamış ve özellikle 19. yüzyılda gelişme göstermiştir. Bu konuda 1870’li yıllarda Lombroso’nun “Doğuştan Suçlu” adlı eserinin teşvik edici etkisi büyük olmuştur. Suçun nedenlerini araştıran bilimsel yöntemler ve suçlulukla planlı mücadelenin başlangıcı da bu dönemdedir<sup>1</sup>. Bu konuda vatandaşların hukuki bakımdan güvencelerinin sağlanması amacıyla kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine daha fazla önem verilmiş<sup>2</sup>, ortaçağdaki karşılık verme düşüncesi (kefare) ortadan kalkmıştır. Akla, zorunluluğa ve amaca uygunluğa dayandırılan ceza hukuku, suç ve ceza arasında orantı sağlayarak gerektiğinden fazla şiddeti reddetmiştir. Suçun esasının kefaret değil, hukuka aykırılık olduğu vurgulanmış, böylece ceza hukukunun

\* İstanbul Kültür Üniversitesi tarafından 2-4 Haziran 2006 tarihinde düzenlenen “Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu”na sunulan tebliğ metnidir.

\*\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

+ Bu çalışmanın tashihlerinde yardımcı olan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Mehmet Emin ALŞAHİN’e teşekkür ederim.

<sup>1</sup> v. Hippel, Robert, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932, s.64, dipnot 5.

<sup>2</sup> Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gelişimi için bkz. Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A.Caner, 5237 sayılı TCK’ya göre hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006, s.159vd.

genel ve özel hükümlerindeki kavramlar değişikliğe uğramıştır<sup>3</sup>. 19 uncu asrın başında Feuerbach “suç siyaseti” kavramını, tüm baskıcı (cezalandırıcı) yöntemlerle Devletin suça karşı müdahalede bulunması olarak ifade etmiştir. Bu ifade o dönemde başarı kazanmıştır<sup>4</sup>. Devlet suçların önlenmesinde siyasetinin gereği olarak bir takım yöntemlere müracaat etmiştir. Bu yöntemler önleyici ve cezalandırıcı olmak üzere iki türdür. Ancak suç siyasetinin yukarıdaki yöntemlerden önlemeyi kapsamadığı ileri sürülmüştür. Nitekim önlemenin Devletten beklenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>5</sup>. Ancak etkili bir önlemeden söz edebilmek için iyi bir suç siyasetinin varlığı gerekir. Bununla birlikte önleme ne kadar etkili olursa olsun, suç fenomenini ortadan kaldıramaz. Suç işlenince devletin ikinci görevi olan “cezalandırma” devreye girer.

Aşağıda suç siyaseti ile ilgili tanımlara yer verildikten sonra, bu konuda kabul edilen ilkeleri ve bu ilkelerin 5237 sayılı TCK’da bulunup bulunmadığı hususlarına değinilecektir.

## 2- Tanımlar

Suç politikası ile ilgili olarak doktrinde çeşitli tanımlara rastlanmaktadır. Buna göre suç politikası, suçun sebeplerini, bunun yanında Devletin suçla mücadelede bir araç olarak kullandığı cezanın ve bununla ilişkili yaptırımların, belirlenen kurallara olan etkisini bilimsel metotlarla inceleyen bir kavramdır<sup>6</sup>. Suç politikası, amaca uygun olarak ceza hukukunun incelenmesidir<sup>7</sup>. Suç politikası, suçun önlenmesi ve suçla

<sup>3</sup> v. Hippel, Robert, s.38; Yüce, Turhan Tüfan, Ceza Hukuku Dersleri, Cilt:1, Manisa 1982, s.33.

<sup>4</sup> Donnedieu De Vabres, H., la politique criminelle des états autoritaires, Paris, 1938, s. 3.

<sup>5</sup> Donnedieu De Vabres, H., s.4. Buna karşılık Doktrinde suç siyaseti daha geniş bir kapsamda değerlendirilmiştir. Grispigni’ye göre, suç siyaseti, “devletin suçları önleme ve cezalandırma amacıyla yaptığı faaliyetleri araştıran bilimdir”. Thonissen’e göre, bu siyaset, suça karşı mücadeleye uygulanan bütün tenkili ve tenkili olmayan ve hatta hukuki olmayan (din, ahlak) bütün vasitalardan teşekkül eder. Florian’a ise, sosyal politikadan çıkan suç siyasetinin ondan ayrıldığı, sosyal politikanın suçun sosyal faktörlerini ortadan kaldırmaya veya en azından azaltmaya yönelmesine karşılık, suç siyasetinin suçluyla uğraştığı görüşündedir.

<sup>6</sup> v. Liszt, Traite de Droit Pénal Allemand, Traduit sur la 17 edition allemande (1908), Tome 1, Paris 1911, s.108.

<sup>7</sup> v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Band I, Berlin 1925, s.534.



mücadelede devletin sahip olduğu bütün araçlardır<sup>8</sup>. Suç politikası, devletin suça karşı uyguladığı tepki, araçlar, metod ve kurallardır<sup>9</sup>. Suç politikası, toplumun korunmasını amaçlayan ceza hukukunun, bu amacı gerçekleştirebilmesine yönelik uygun bir şekilde tatbikidir<sup>10</sup>. Başka bir tanım vermek gerekirse, suç politikası; Anayasal düzen içinde kişi özgürlüklerine gösterilmesi gereken saygıyı göz ardı etmeden, toplumdaki suç ve suçluluk olayını en aza indirebilmede uygulanması gereken taktik, teknik ve stratejidir. Bunun yanında, “iyi bir sosyal politika, en mükemmel bir suç politikasıdır” şeklinde tanımlara da rastlanmaktadır<sup>11</sup>.

Doktrinde bir kısım yazarlar suç politikası yerine “ceza politikası” terimini kullanmaktadır. Buna göre ceza politikası, ceza hukukunun amacını sağlayacak biçimde nasıl düzenlenmesi sorununu inceleyen bir bilimdir. İyi bir ceza politikası ise, hangi suç için hangi cezanın ne ölçüde verileceğini araştırır<sup>12</sup>. Bu itibarla ceza politikası hem suçluluğun önlenmesi, hem de suç işlendikten sonra kişinin topluma nasıl intibak edeceğini ele almaktadır.

### 3- Suç Politikasının Ana İlkeleri

Suç politikasında hedeflenen amaca ulaşabilmek için üç ilkenin varlığı gereklidir. Bunlar; hukuk devleti, kusur ve ümanizm ilkeleridir<sup>13</sup>. Aşağıda bu ilkeler üzerinde durulacaktır.

#### a- Hukuk Devleti İlkesi

Bu ilke bütün özgürlükçü Devlet faaliyetlerine egemen olduğu gibi, ceza hukuku alanında da önemli bir yere sahiptir. Doktrinde ilkenin

<sup>8</sup> Mezger, zikreden: Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, İstanbul 1991, s.29.

<sup>9</sup> Schröder, zikreden: Önder, s.29.

<sup>10</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1988, s.18.

<sup>11</sup> v. Weber, zikreden: Önder, s.29.

<sup>12</sup> Yüce, s.33.

<sup>13</sup> Önder'e göre suç politikasının beş ilkesi vardır. Bunlar; hukuk devleti ilkesi, kusur ilkesi, hümanite ilkesi, ceza yaptırımlarının cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluşması, gereklilik ve amaca uygunluk ilkesidir. Önder, s.30.

biri biçimsel (maddi), diğeri şekli olmak üzere iki anlamının bulunduğu kabul edilmektedir<sup>14</sup>.

Şekli anlamda hukuk devleti ilkesi, devletin bireylere hukuk yoluyla sağladığı güvenceyi belirtir. Kişi hak ve özgürlüklerine en çok müdahalede bulunan hukuk dallarından biri olan Ceza Hukukunun, kişilere karşı kötüye kullanılmasının engellenebilmesi için hukuk devleti ilkesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu itibarla hukuk devleti ilkesi en fazla Ceza Hukuku alanında kendini gösterir.

Bu ilkenin bireyler açısından öngördüğü bir takım güvenceler bulunmaktadır: Bunların başında ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi gelmektedir. Suçta ve cezada kanunilik prensibi, ceza ve güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla öngörülebilmesi ve kanunda öngörülmeyen bir suçtan dolayı kimsenin sorumlu tutulmaması anlamına gelmektedir. Bu husus Anayasanın 38 inci maddesinde, “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” ve Türk Ceza Kanununun 2 nci maddesinde, “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*” şeklinde belirtilmiştir.

İdarenin suç ve ceza koyamayacağı, bu yetkinin sadece TBMM’de olduğu TCK.’nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasında; “*idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. 1982 Anayasası, TCK.’nin 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen netlikte olmasa da, 38 inci maddesinin 1, 2 ve 3 üncü fıkralarında suç ve cezada kanunilik ilkesine yer vermek suretiyle, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdasını yasaklamaktadır. Ayrıca Anayasanın 91 inci maddesi normlar hiyerarşisinde kanundan sonra gelen kanun hükmünde kararnamele suç ve ceza konulamayacağını belirtmiştir.

Bunun yanında ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamayacağı ve kıyas yasağı hukuk devleti ilkesini destekleyen kurallardır. TCK.’nin 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında; “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas*

<sup>14</sup> Önder, s.31; İçel, Kayıhan-Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2005, s.72.

yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” denilerek bu husus vurgulanmıştır. Ayrıca bu ilke açısından kanunun öngörmüş olduğu hükümlerin açık, anlaşılır ve belirli olması (belirlilik kuralı) gereklidir.

Ceza kanununun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin Türk Ceza Kanununun 7 nci maddesine göre; bir kimsenin işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaması, hukukun bireyler için sağladığı en önemli güvencelerden biridir. Bu konuda benzer bir hüküm Anayasanın 38 inci maddesinde, “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*” şeklinde yer almaktadır.

Devletin hukuka bağımlılığını en iyi bir şekilde gerçekleştirebilmesi için ceza hukukunun içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini maddi anlamda hukuk devleti ilkesi belirler.

Ceza kanunlarının insana saygı esasından hareket etmeleri zorunludur. Bu itibarla ceza, insancıl ve ahlaki olmalıdır. Nitekim 1982 Anayasası’nın 17. maddesine göre; “*kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*” denilerek insanlara saygı esasını anayasal güvence altına almıştır. Bu kuralı destekleyen hükümler ise, TCK.’nin “işkence” başlıklı 94 üncü ve “eziyet” başlıklı 96 ncı maddeleridir. 94 üncü maddeye göre; “*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi*” işkence suçundan dolayı sorumlu tutulur. 96 ncı maddeye göre ise, “*bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi*” cezalandırılır. Ayrıca insan onuruyla bağdaşmayan uygulamalardan kaçınılmalı, ceza işlenen suçun ağırlığına, suçlunun kişiliğine veya kusuruna uydurulabilmeli, cezanın şahsiliği ilkesi uyarınca, yaptırım sadece suç işleyen faile uygulanmalı, devlete mümkün olduğu kadar az yük getirilmelidir<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.18vd.

TCK.'nın 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrası ceza kanununun uygulanmasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamayacağını ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamayacağını ifade etmektedir. Ceza Kanununun 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre ise, ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmedilirken fiilin ağırlığının dikkate alınacağı (orantı ilkesi) ve ceza kanununun uygulanmasında kişiler arasında ayırım yapılmayacağı öngörülmek suretiyle maddi anlamda hukuk devleti ilkesine kanunumuzda yer verilmiştir. Fiilin ağırlığının yanı sıra cezanın kusurla, güvenlik tedbirinin ise failin tehlikeliliği ile orantılı olması da gereklidir<sup>16</sup>.

### **b- Kusur İlkesi**

Hak ile haksızlığı, doğru ile yanlış, iyi ile kötüyü ayırabilme ve bu anlayışa göre davranabilme yeteneği olarak tanımlanan isnat kabiliyetine (kusur yeteneğine) sahip kişi kusurlu hareket edebilir. Failin eyleminden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusur ilkesinin varlığı gerekir. Bu kişinin meydana gelen netice bakımından herhangi bir kusuru söz konusu değilse, sorumluluğundan bahsetmemiz mümkün değildir.

Türk Ceza Kanununun 21 (kast), 22 (taksir) ve 23 (netice sebebiyle ağırlaşmış suç) üncü maddelerinde bu konuda bir takım düzenlemelere yer verilmiştir. Kanunun bu düzenlemesi kusurluluk ilkesine uygundur. Zira 23 üncü maddeye göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir derecesinde bir kusurunun bulunması aranmış ve objektif sorumluluk prensibine son verilmiştir.

Kusur ilkesiyle bağlantılı konulardan biri de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesidir. Bu ilke, TCK.'nın 20 inci maddesinde; "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*" şeklinde yer almıştır. Buna göre, yaptırım sadece suç işleyen faile uygulanmalıdır. Bu konuda benzer bir hükme Anayasanın 38 inci maddesinde rastlanmaktadır.

<sup>16</sup> Roxin, Claus-İsfen Osman, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri, in: Suç Politikası, (çeviren:Osman İsfen) Ankara 2006, s.281.

### c- Ümanizm İlkesi

Ümanizm ilkesi, suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımların ve bu yaptırımların infaz biçiminin kişiyi sosyalleştirme ve topluma tekrar kazandırma amacı taşımasıdır. Bu bakımdan en önemli husus ceza kanunlarında ölüm cezasına yer verilmemesidir. Cezaların insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması gereklidir. Kişi yasal kısıtlamalar dışında başka bir kötülüğe uğratılmamalı, dövülmemeli, aç ve uykusuz bırakılmamalıdır<sup>17</sup>.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre cezalar hapis ve adli para cezası olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır (m.45). Hapis cezaları ise; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezasıdır (m.46). Görüldüğü gibi kanunumuzda ümanizm ilkesine uygun olarak ölüm cezasına yer verilmemiş ve insan onuruyla bağdaşabilir nitelikte cezalar olan hapis cezası ve adli para cezası öngörülmüştür. Bu itibarla dayak cezası, el-ayak kesme cezası gibi modern ceza hukuku ile bağdaşmayan yaptırımların hukukumuzda yer almaması gerekli ve yerindedir.

Ümanizm ilkesi açısından infaz rejimi de dikkate alınmalıdır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 2-5. maddelerinde ümanizm ilkesiyle bağlantılı düzenlemeler yer almaktadır. “İnfazda temel ilke” başlıklı 2 inci maddede, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kuralların hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, millî veya sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanacağı, “İnfazda temel amaç” başlıklı 3 üncü maddede, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak olduğu, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı belirtilmiştir.

<sup>17</sup> Yüce, s.36.

Suç siyaseti hareketi ile ilgili olarak 20. yüzyılda kanunlarda, tasarımlarda bir takım değişikliklere gidilmiştir. Bu konudaki en önemli değişiklikler şunlardır:

1- Kısa süreli hapis cezasının sakıncalarını gidermek amacıyla bunların yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler öngörülmüştür. Bu bağlamda hafif suçlar için yaptırım olarak para cezalarına yer verilmiştir.

TCK., süreli hapis cezalarını uzun ve kısa süreli olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Kısa süreli hapis cezası, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezasıdır (TCK. m.49/2). Bir yıldan fazla süreli hapis cezası ise, uzun süreli hapis cezası olarak kabul edilmiştir. TCK.'da suç politikasına uygun olarak kısa süreli hapis cezasına seçenek olan bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Buna göre; kısa süreli hapis cezası, "*suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a) Adli para cezasına, b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir*" (TCK. m.50).

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa, adli para cezasına çevrilebilir (TCK. m.50/4).

Ayrıca Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 110 uncu maddesinde kısa süreli hapis cezalarının özel infaz usulleri belirtilmiştir. Buna göre kısa süreli hapis cezasının diğer şartları da bulunmak koşuluyla hafta sonları veya geceleri cezaevinde ya da hükümlünün konutunda çektirilmesine mahkeme tarafından karar verilebilir.

2- Çocuk ceza hukuku alanında gelişmeler görülmüştür. TCK.'nun 6 ncı maddesinde çocuk kavramı "henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda kusur sorumluluğuna etkisi bakımından yaş küçüklüğü üç devreye ayrılmıştır (TCK. m.31). Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne surette uygulanacağı (TCK. m.56) 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda (ÇKK) gösterilmiştir. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (koruyucu ve destekleyici tedbirler) ise, ÇKK.'nın 5/1. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselelere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, yönelik tedbirdir.

3- Yarı akıl hastalarının ve tam akıl hastalarının tedavisi, düzenlenmesi ve alkolizmle mücadele konularında bir takım önlemler alınmıştır. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak tam-kısmi akıl hastalığını ayrı maddelerde düzenlememekle birlikte 32 nci maddenin birinci fıkrasında tam, ikinci fıkrasında ise, kısmi akıl hastalığına yer vermiştir. Akıl hastalarına ilişkin güvenlik tedbirleri ise, kanunun 57 nci

maddesinde belirtilmiştir. 57 nci maddenin son fıkrasına göre, suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder denilerek alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarına uygulanacak güvenlik tedbirleri gösterilmiştir.

4- Dilencilik ile mücadele, suç siyaseti hareketi ile hız kazanmıştır. TCK.'nun 229 uncu maddesinde, "*çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişi*"nin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bunun yanında dilencilik yapan kişi, Kabahatler Kanununun 33 üncü maddesine göre idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

5- Ceza sisteminin güvenlik tedbirleriyle tamamlanacağı düşüncesi gelişmiştir. Buna paralel olarak TCK.'da suç işleyen kişiye yaptırım olarak ceza (m.45vd.) ve güvenlik tedbiri (m.53vd.) uygulanacağı kabul edilmiştir.

6- Ölüm cezası, ceza sisteminde tartışılır bir hal almış ve birçok yabancı kanunda ölüm cezası kaldırılmıştır. Aynı şekilde TCK'da da ölüm cezasına yer verilmemiştir.

7- Cezaların tayininde hakime yetki verilmiştir. Cezanın gerek toplum, gerekse fail açısından etkili ve tatminkar olabilmesi, yasal nedenler dışında hakime takdir hakkının verilmesiyle mümkün olabilir. TCK'nun 62 nci maddesinde takdiri indirim sebepleri gösterilmiştir. Buna göre "*takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir*" (m.62/2).

8- Hapis cezalarının infazının iyileştirilmesi bakımından bir takım müesseseler kabul edilmiştir. Bu bağlamda TCK'nun 51 inci maddesinde hapis cezasının ertelenmesi, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107 nci maddesinde koşullu salıverme kurumları düzenlenmiştir. Kişi işlemiş olduğu suçtan dolayı müebbet hapis cezasına mahkum edilse bile, belirli bir süre sonra koşullu salıverme yoluyla topluma



tekrar dönebilme imkanına sahip bulunması suç siyaseti açısından bir zorunluluktur.

CGTİHK.'nun 3 üncü maddesinde ise, hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler belirtilmiştir. Ayrıca hükümlüye ceza infaz kurumunda avukat ve noterle görüşme (m.59), kültür ve sanat etkinliklerine katılma (m.60), kütüphaneden yararlanma (m.61), süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma (m.62), telefon ile haberleşme (m.66), radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma (m.67), mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme (m.68) ve dışarıdan gönderilen hediye kabul etme (m.69) gibi önemli haklar tanınmıştır.

## SONUÇ

Suçluluğu önlemek ve suç işlendikten sonra failin topluma nasıl kazandırılacağını inceleyen bir bilim olan suç siyasetinin hukuk devleti, kusur ve ümanite olmak üzere üç ilkesi bulunmaktadır.

Yasada gösterilmeyen fiillerin suç oluşturmadığı (suçların kanuniliği) ve yasanın suç saydığı bir fiilden dolayı ancak yasada karşılık olarak gösterilen cezanın veya güvenlik tedbirinin (cezaların kanuniliği) verilebileceği anayasalar ve ceza yasalarında bir kural olarak bildirilmiştir. Ancak, yasada gösterilen fiillerin suç sayılması ve bunlar hakkında yine yasada belirtilen ceza ve güvenlik tedbirlerinin hükmedilebilmesi, suçu ve cezaları kapsayan yasanın, fiil işlenmeden önce yürürlüğe girmiş olması şartına bağlıdır. TCK'nun 2 nci maddesinde, hem cezaların hem de güvenlik tedbirlerinin kanuniliğinden bahsedilmektedir. Buna göre kanunumuz "güvenlik tedbirleri" bakımından da kanunilik ilkesini benimsemiştir.

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak TCK.nun 2 nci maddesinde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilemeyeceği prensibi kabul edilmiştir. Ayrıca kanunda gerek suçun gerekse suç karşılığı öngörülen ceza veya güvenlik tedbirinin tespitinde kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamayacağı belirtilmiştir.

Çağdaş ceza hukukuna aykırı bir kurum olan objektif sorumluluğa TCK.'da yer verilmemiş olması yerinde bir düzenlemedir. 23 üncü maddeye göre, bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin olu-

şumuna sebebiyet vermesi durumunda, kişinin bu neticeden sorumlu tutulabilmesi, söz konusu netice açısından en azından taksire dayalı kusurunun varlığına bağlıdır (m.23).

Ceza kanunlarında suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımların insan onuruyla bağdaşır, insancıl ve ahlaki olması gerekir. Kişiler arasında ırk, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmamalıdır. Hükümlünün koşullu salıverme gibi müesseseler sayesinde topluma tekrar kazandırılması yoluna gidilmelidir.

Sonuç olarak TCK.'nın 1, 3, 21 ve 22 nci maddelerinde bir takım eksiklikler bulunmakla birlikte, suç siyaseti açısından kanunun düzenlenmesinin yerinde ve uygun olduğu düşüncesindeyiz<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Bu konuda bkz. Artuk, Mehmet Emin-Çınar, Ali Rıza, Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, Ankara 2004, s.37vd.; Artuk, Mehmet Emin, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005, s.11vd.; Artuk, Mehmet Emin, Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Yıl:2005, s.329vd.; Artuk, Mehmet Emin, Yeni TCK'nın Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler, Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi, Mayıs 2005, Sayı:17, s.14vd.

## ULUSAL, AVRUPA VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA YENİ GELİŞMELER

### 21. Yüzyılda Bir Suç Politikası için Perspektifler mi?\*

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich JESCHECK\*\***

**Çeviren: Ar. Gör. Zeynel T. KANGAL\*\*\***

Tebliğimde sizlere, ceza hukukunun yapısını ve etki şeklini derinden etkileyen *ulusal, Avrupa ve uluslararası ceza hukukundaki yeni gelişmeleri* sunmak istiyorum. Bugünkü durumu, 21. yüzyılda suç politikası için hangi perspektiflerin meydana çıkacağı noktasında ele alacağım.

*Ulusal ceza hukukundaki gelişmeleri* ele alan birinci kısmın konusu hafif ve orta dereceli suçluluk bakımından *ceza hukukunun geri plâna çekilmesi* ve onun yerine faili gerçek anlamda cezadan kurtarması veya cezayı hafifletmesi gereken tedbirlerin geçmesidir. Burada Alman ve İtalyan ceza hukukundan alınmış örnekler vasıtasıyla bir sonuca varmak bakımından, bu yolun devam ettirilmesinin ya da bugünkü düzeyeinde tutulmasının gerekip gerekmediği sorusunu yöneltmek istiyorum.

Tebliğimin ikinci kısmında, hızla ilerleyen *Avrupa hukuku* çerçevesinde içeriği ve sınırları uluslararası tartışmada münakaşalı olan cezaya ilişkin hukuk kısmının nasıl oluştuğunu anlatacağım. “Avrupa ceza hukuku”, bir tarafta Avrupa organlarının Avrupa Toplulukları’nın hukuksal

\* Bu çalışma 25 Eylül 2002’de İtalya’da Modena Üniversitesi’nde düzenlenen “21. Yüzyılda Bir Suç Politikası için Perspektifler” konulu kolokyumda İtalyanca tebliğ olarak sunulmuş, daha sonra “*Neuere Entwicklungen im nationalen, europäischen und internationalen Strafrecht: Perspektiven für eine Kriminalpolitik im 21. Jahrhundert?*” başlığıyla Almanca olarak Festschrift für Albin ESER, München 2005, sh: 991-1003’de yayınlanmış olup, yazarın izniyle tercüme edilmiştir.

\*\* Max-Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü ( Freiburg-Almanya ) Emekli Müdürü.

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

değerleri bakımından kendine özgü bir ceza hukuku korumasını amaçlaması ile diğer tarafta Avrupa Andlaşmaları'nın dar yetki sınırları arasındaki güçlü bir gerilim altında bulunmaktadır. Bu yetki sınırları, üye devletler tarafından ulusal ceza hukuku kültürünün yüksek değeri bakımından ve ikincillik ilkesine dayanılarak savunulmaktadır. Burada, Avrupa'nın gelişimi dolayısıyla Avrupa çerçevesinde ceza hukukunun ilerleyişi sonucuna varılıp varılmayacağı ve sınırın nerede çizilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Tebliğimin üçüncü kısmının ayrıldığı *milletlerarası ceza hukuku*, Birinci Dünya Savaşı'nın sonundan beri klasik uluslararası ceza hukukundan çıkan kendine özgü bir hukuk alanı olarak oluşmuştur ve şimdi de yapılanmaya devam etmek ve pratik olarak uygulanabilir olmak zorundadır. Bir defa burada ABD'nin direnmesine karşın milletlerarası topluluğun işlevsel organı olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması ve ikinci olarak da Roma Statüsü'ndeki suç tiplerinin üye devletlerin ulusal ceza hukukuna aktarılması sözkonusudur.

## I.

Karşılaştırmalı ceza hukukunda, uzun zamandan beri devlet ceza hukukunda hafif ve orta dereceli suçluluk alanında "ceza hukukunun geri plâna çekilmesi" olarak anlaşılabilen bir yapı değişikliği saptanabilmektedir.

Hukuk düzeninin muhafazası için devletin zor kullanma yetkisinin güvencesi olarak ceza hukukunun vazgeçilmezliği eski ilkesi geçen son onar yıllık zaman dilimlerinde gevşemiş ve bunun yerini hafif suçluluk bakımından kapsamlı bir suç olmaktan çıkarma, orta dereceli suçluluk alanında ise devlet tepkisinin başka biçimleri ceza olarak doldurmuştur. Ceza hukukunun geri plâna çekilmesinin nedenleri çeşitlidir. Hafif hak-sızlıklar bakımından gerçek anlamda cezanın önemli ölçüde gereksiz olduğu yönündeki kanı yayılmaktadır. Orta dereceli suçluluk alanında failin sosyal bütünleşmesi konusundaki endişe gittikçe damgalamayan, fakat buna karşın zorlayıcı yaptırımlara götürmektedir. Bu duruma bu iki alan bakımından önemli bir gerekçe olarak, ceza muhakemesi olmaksızın ya da basitleştirilmiş bir usul içerisinde yapılabilen olağan aykırı hareketler konusunda adalete yardım eklenmektedir.

1. Bu bağlamda Almanya'da klasik ceza hukukuna özellikle iki önemli müdahale zikredilebilir.

a) "Hafif suçların" suç olmaktan çıkartılması bakımından onar yıllık birçok zaman dilimi içerisinde aykırı hareketlerin yeni kategorisi olarak, kriminel nitelikte olmayan para yaptırımıyla tehdit edilen "düzene aykırılıklar"ın kabul edilmesi şeklinde radikal bir çözüm gerçekleşmiştir. Ceza hukuku reformu için atılan bu erken adım kapsamlı sonuçlara sahip olmuştur. 1968 yılında trafik kabahatleri düzene aykırılıklara dönüştürülmüştür. Ayrıca 1969 yılında kabahat suç şekli tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bu durum, bütün kabahat suç tiplerinin düzene aykırılıklara ya da cünhaya dönüştürülmesi veya tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğurmuştur. O zamandan beri ceza hükümlerinin yanında ya da yerine düzene aykırılıklar içeren federal ve federe kanunların sayısı sürekli artmaktadır.

Hafif haksızlıklarda ceza hukukunun geri plâna çekilmesinin kesinliği Düzene Aykırılıklar Hakkındaki Kanun'da (1987 tarihli yeni şekli) açıkça görülebilmektedir. Para yaptırımı (Geldbuße) gerçi para cezasına benzeyen zorlayıcı bir yaptırımdır, fakat sosyal etik bakımdan etkisiz olduğundan para yaptırımı ifadesinden dolayı ilgilinin itibarının azalması sözkonusu olmamaktadır. Gerçi yapısal bakımdan düzene aykırılıklar ceza hükümleriyle aynı yapıya sahiptirler. Bununla birlikte, hukuksal bakımdan ele alınmaları açısından önemli farklılıklar mevcuttur. Para yaptırımına hükmedilmesi bakımından idarî makamlar yetkilidir. Para yaptırımı adlî sicile kaydedilmez. İlk derece muhakeme usulü yalın bir idarî usuldür. Kefaret parasına ilişkin kararın icrası bakımından idarî makamlar yetkilidir. Para yaptırımının tahsil edilememesi hâlinde alternatif bir yaptırım yoktur. Aksine sadece, mahkeme tarafından karara bağlanması gereken zorlama tedbiri olarak zorlayıcı hapis mevcuttur. İlgili acz hâlindeyse, icra esas itibariyle yapılamaz. Öncelikle ilgili taraftan itiraz yerel mahkeme önünde adlî bir usule götürür. Bu mahkemenin kararına karşı belirli koşullar altında yüksek eyalet mahkemesine, temyizden kopya edilen hukuksal itiraz yolları mevcuttur.

Düzene aykırılıkların kabul edilmesi sayesinde hafif haksızlıklardan ceza hukukunun tamamen geri plâna çekilmesi kamuoyunun bilincinde başarılı olmuştur. Düzene aykırılıklardan dolayı muhakeme çok sık

gerçekleşmektedir. Bunlar kamuoyunda “küçük ceza muhakemeleri” olarak görülmemektedir. Vatandaş bunları gerçi can sıkıcı ve belki de masraflı bulmaktadır. Fakat yalnızca çok yüksek bir para yaptırımını (olağan hâllerde 1 000 avroya kadar) ve özellikle trafik düzenine bir aykırılığın yan sonucu olarak üç aya kadar trafikten meni ağır görmektedir.

b) Bundan başka ceza hukukunun geri plâna çekilmesi diversion’un\*\* çeşitli türleri sayesinde sınırlı olaylar bakımından da gerçekleşebilir.

En basit biçimi, basitlikten dolayı savcılık tarafından ceza muhakemesinin durdurulması şeklindeki 1924 yılında kabul edilen *takipsiz diversion*’dur (CMK § 153). Fail bakımından diğer zamanlarda olduğu gibi hissedilmeyen bu diversion’a savcılığın etkin olmak zorunda olduğu fail-mağdur uzlaşması ve zararın giderilmesi dâhil edilebilir (CMK § 155a). Fakat uygulamada takipsiz diversion’un desteklenmesi için biza-tihi makbul olan bu önleme araçları seyrek tatbik edilmektedir. Bilakis yılda 400 000’den fazla olayda uygulanan basitlikten dolayı mutlak takipsiz durdurma Almanya’da kuraldır ve zaman israfına yol açan katılım yükümlülüklerinden de mümkün olduğunca kaçınılmasını sağlayan adalete yardımın en önemli şeklidir.

Yükümlülüklerin ve talimatların yerine getirilmesinin ardından savcılık tarafından muhakemenin durdurulması şeklindeki müdahale eden diversion da (CMK § 153a) Almanya’da sık uygulama alanı bulmaktadır. Diversion’un bu şekli yılda yaklaşık 200 000 muhakemede gerçekleşmektedir. Savcılığın kitlesel sorunların çözülmesine yönelttiği rutin çalışmasında toplum yararına çalışma veya fail-mağdur uzlaşması gibi önleyici talimatların esasen Avusturya’dakinden farklı olarak sayısal olarak çöktüğü esnada, koşulların bütünsel katalogu içerisinde olayların yaklaşık %98’inde para yükümlülüğü uygulanmaktadır. Para cezasına benzeyen kefaret parasının egemenliğine karşın, Almanya’da CMK § 153a’ya göre durdurma bağımsız yaptırım olarak kendini kabul ettirmiştir. Buna

---

\*\* Diversion kelimesi “başka yöne çevir(il)me” anlamına gelmektedir. Ceza muhakemesi hukuku anlamında diversion, adli organların suça reaksiyon hususundaki rolünü azaltma yönündeki her türlü çabadır. Başka bir deyişle diversion, az tehlikeli faillerin hafif veya orta dereceli suçlarının olağan ceza muhakemesi kapsamından çıkartılarak, alternatif yollarla çözüme kavuşturulması yönündeki bütün girişimlerin üst başlığını oluşturmaktadır (Ç.N.).

karşın, büyük ekonomik, çevre ve vergi ceza muhakemelerinde CMK § 153a'daki olanakların fazla gerilmesi ve yüzbinlere gidebilen para yükümlülüklerine emredilmesi şeklindeki kaygılar ortaya konulmaktadır. Özellikle, güveni kötüye kullanma suçunun (CK § 266) objektif tipikliğindeki mevcut şüpheye rağmen, savcılığın 300 000 Alman Markı karşılığındaki durdurmasını mahkemenin son soruşturmadan kaçınmak için onayladığı, parti bağışlarını gizlemekten dolayı Helmut Kohl'a yönelik ceza kovuşturmasında gözlemlenebilen hassas ceza muhakemelerinin kapalı yapılması çabası da eleştirilmiştir.

1999 yılında CMK § 153b gereğince kabul edilen *radikal diversion* biçimi en ileriye gitmektedir. Bu durumda, yalnızca son soruşturma mahkemesinin dosya durumuna göre cezadan vazgeçebilmesi hâlinde muvafakatiyle birlikte, savcılık olması gereken bir fail-mağdur uzlaşmasını ya da önceden yapılan zarar giderimini dikkate alarak muhakemeyi durdurabilir. Böylece burada savcılık CK § 46'ya göre bizzat zamanı gelmiş olan mahkûmiyet hükmünü bile engelleyebilmektedir. Bir yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı bir cezada cezadan vazgeçilmesi uygulama tarafından çok hafif olarak görüldüğünden, kuşkusuz bu olaylara da seyrek rastlanacaktır. Fakat CMK § 153b'deki düzenleme Almanya'da radikal diversion'a kadar olan yasal gelişim bakımından ayırıcı özelliğe sahiptir.

2. İtalya'da da hafif suçluluktan ceza hukukunun genel bir geri çekilmesi ve bugün sınırlı olaylarda ilk *diversion* olanakları da mevcuttur.

a) Alman düzene aykırılıklar hukukuyla karşılaştırılabilecek olan hafif haksızlıkların suç olmaktan çıkartılması, 1981 yılında cezalandırma amacı güden idarî yaptırımın kabul edilmesiyle gerçekleşmiştir. Ne de olsa kabahatler suç olarak mevcut kaldığından İtalya'da bu adım çok da fazla ileriye gitmemiştir. Bununla beraber, kuşkusuz tek bir kanunda yer almayan kurallar, zaten tamamen çok benzer şekilde düzenlenmiştir. İdarî aykırı hareketler çok sayıdaki yasal düzenlemede saptanmıştır. Aynı şekilde yaptırımlar da kanunda belirlenen sınırlar içerisinde para yükümlülükleridir. Tercihin görünüşü, burada da haksızlık içeriğinde daha hafif aykırı hareketlerin dönüştürülmüş olduğunu ortaya koymaktadır. Almanya'daki gibi maslahata uygunluk ilkesiyle beraber idare yetkilidir. Para yaptırımları dışında hukuksal bakımdan Almanya'daki trafikten men ile karşılaştırılabilecek olan yan sonuçlar mevcuttur. İdarî yaptırımların

uygulanması bakımından Ceza Sisteminde Değişiklikler (“Modifiche al sistema penale”) Kanunu’nda (1981) ceza hukukundan kopya edilen genel ilkelerle ilgili bir bölüm öne alınmıştır. Para yaptırımlarının yerine getirilmesi doğrudan vergilerin tahsili için öngörülen idarî usul çerçevesinde gerçekleşmektedir. İtalya’da da idarenin kanun yolu muhakemesi yargıya götürmektedir. İdarî makamlarca karara bağlanan bir para yaptırımı veya bir yan sonuç yükümlülüğüne karşı ilgili bakımından uzlaşma hâkiminin (Giudice di pace) ve daha önemli durumlarda mahkemenin karara bağladığı itiraz (opposizione) usulü öngörülmüştür. Adli yargının son merciinde temyiz mahkemesine bile başvurulabilmektedir.

b) Buna karşın İtalya’da diversion olanağı Almanya’dakine göre çok daha sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Basitlikten dolayı, yükümlülüklerin ya da talimatların yerine getirilmesi karşılığında veya mahkeme tarafından cezadan vazgeçilmesi olanağı bakımından Almanya’daki diversion ile karşılaştırılabilecek savcılık tarafından ceza muhakemesinin durdurulma şekillerinden biri, Anayasa’nın 112. maddesi gereğince savcılık dava açmakla yükümlü olduğu için, mevcut değildir. Yalnızca, bir suçla bağlı olan idarî bir haksızlıktan dolayı bir tüzel kişiye yönelik yeni usulde bugün savcılık muhakemeyi durdurma olanağına sahiptir (8.6.2001 tarih ve 231 sayılı Kanun Hükmünde Kararname – Decreto legislativo – md. 58). Ancak burada bir ceza davasının açılmaması sözkonusu değildir. Gerek tek hâkimli gerek çok hâkimli mahkeme de yükümlülükler ve talimatlar karşılığında durdurma suretiyle diversion olanaklarına sahip *değildir*. Bu, dava açılmış olduğunda savcılığın muvafakatiyle mahkemeye basitlikten dolayı ya da yükümlülükler ve talimatlar karşılığında mahkemenin durdurulması olanağını veren Alman hukuku karşısında daha açık bir farklılıktır.

Diversion açısından adli yetki ilk önce uzlaşma hâkimi bakımından oluşturulmuştu. 28 Ağustos 2000 tarih ve 274 sayılı Kanun Hükmünde Kararname md. 2/2’ye göre, uzlaşma hâkimi, taraflar arasında mümkün olandan daha çok bir uzlaşma sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu düzenleme Almanya’da aşağı yukarı aynı zamanda kabul edilen, savcıya ve hâkime uygun hâllerde taraflar arasında bir uzlaşma sağlama görevi yükleyen CMK § 155a’ya uygun düşmektedir. Almanya’da, savcı ve hâkime bir fail-mağdur uzlaşması ya da bir zarar giderimi amacıyla,



Avusturya'daki en son diversion şeklinde (mahkeme dışı eylem uzlaşması) yardımcı olarak adlandırıldığı gibi, bir "çatışma düzenleyicisi" tayin etme olanağını veren CMK § 155b daha ileri gitmektedir. Ayrıca 34. maddeye göre, uzlaşma hâkimi bugüne kadar hâkimde olmayan muhakemeyi basitlikten dolayı durdurma olanağına sahiptir. Nihayet 35. maddeyle oluşturulan, daha önceden gerçekleştirilen zarar gideriminde suçun ortadan kalkmış sayılmasından (estinzione del reato) ibaret olan diversion'un yeni şekli özellikle önemlidir. Zararın giderimi açısından zaman kazanmak için uzlaşma hâkimi muhakemeye üç ay için ara bile verebilmektedir.

3. 21. yüzyılda hafif suçluluğun ele alınmasına göz atıldığında Alman düzene aykırılıklar hukukunun model olarak iyi görünümüne sahip olduğu peşinen söylenebilecektir. Bunun sayesinde genel önleme yeterince sağlanmaktadır. Aynı şekilde uygun bir ibret anlamında bireysel önleme de derecelendirilebilir para yaptırımı sayesinde garanti edilmektedir. İtalya açısından her şeyden önce tek bir kanunda bütünsel olarak konunun düzenlenmesi önemli görünmektedir. Çünkü bu sayede idare açısından genel fikir edinme ve sorumlular bakımından da etkinlik denetimi kolaylaşacaktır.

İtalya'da basit diversion'un benimsenmesini daha önceden *Grosso* tasarısı önermişti. Bunun, gelecekte kendiliğinden anlaşılması gerekecekti. Yükümlülükler ve talimatlar karşılığında muhakemenin durdurulması suretiyle müdahale eden diversion yayılacak ve hem savcıya hem de mahkemeye tanınabilecektir. Bununla beraber para yükümlülüğünün kötüye kullanmaları engellemek için bugün Almanya'dakine göre daha dar olarak sınırlamak ve daha katı olarak kanunen tanımlamak gerekmektedir.

Fransa'da da mevcut olan (médiation) savcı ve mahkemenin yükümlülüğü olarak bir fail-mağdur uzlaşması çabası gittikçe kendini kabul ettirecektir. Ancak belki zaman israfı dolayısıyla uygulamada seyrek kalacaktır. Verimli özel uzlaştırma mercileri de burada ceza adaletine yardım etmelidir.

## II.

Bundan böyle tebliğimin *Avrupa ceza hukukundaki yeniliklere ilişkin* ikinci kısmına değineceğim. Burada bir defa, kendine özgü bir Avrupa ceza hukukunun kabul edilmesinin gerekip gerekmediği ve hangi ölçüde kabul edilmesi gerektiği ve de ayrıca Avrupa yararlarının ve hukuksal değerlerinin korunması için bir Avrupa savcılığının zorunlu olup olmadığı sorunu sözkonusudur. Diğer taraftan, gerçek bir Avrupa ceza hukukundan şimdilik vazgeçilmesi hâlinde Avrupa Topluluğu'nun hukuksal değerlerinin korunması için hangi yaptırımların bugün gerekli olduğu ve bu yaptırımların yürürlükteki hukuka nasıl dâhil edilebileceği pratik sorusu ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği'nin ceza hukuku bakımından bir yasama yetkisi bulunmadığından gerçek anlamda bir Avrupa ceza hukuku henüz mevcut değildir. Bununla birlikte, üye devletlerin ceza ve idarî ceza hukuku aracılığıyla Avrupa Birliği'nin dolaylı korunmasından faydalanmanın yanısıra, bir idarî yaptırımlar hukuku bulunmaktadır. Bundan başka bilim alanında ve Komisyon'da çeşitli yollarda ve çeşitli ölçüde gerçek bir Avrupa ceza hukuku için hazırlıklar üzerinde çalışılmaktadır. Özellikle dolandırıcılık ve rüşvete karşı Avrupa Birliği'nin malvarlığı yararlarının uluslararası plânda hareket eden organize suçluluk karşısında ulusal adalet tarafından korunması yeterince sağlanamadığı için, böyle bir ceza hukuku ihtiyacı kabul edilmektedir.

1. 1953 yılında kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'ndan beri işletmelere yönelik *idarî yaptırımlar* olarak para yaptırımları Komisyon'un elinde bulunmaktadır. Faiz zammı, sübvansiyonların veya teminat vadesinin dışında bırakma gibi *bastırıcı* nitelikteki diğer zorlama araçları Avrupa Konseyi'nin 1995 yılındaki bir tüzüğünde düzenlenmiştir. Bu tüzükte "usulsüzlük" adı altında genel bir suç tipi de formüle edilmiştir. Fakat bu suç tipi o kadar belirsiz tutulmuştur ki, ortak idarî yaptırımlar hukuku bakımından temel norm olarak hukuk güvensizliğine götürmektedir. Burada zorunlu olan husus, uzun zamandır uygulanan, esasen idarî ceza hukuku olan bir zorlama aracı bakımından da bu arada beklenebildiği gibi, hukuk devleti açısından tasarlanan bir Avrupa yaptırımlar hukukudur. Bu durum özellikle, bugün rekabet kurallarına aykırılık hâlinde büyük işletmelere yönelik olarak yüzlerce milyon avroya varabilen para

yaptırımlarının tayini hakkındaki kesin ve yeterince belirli bir düzenleme açısından geçerlidir. Cezanın tayinine ilişkin temel kurallar hatıra geldiğinde, eylemin önemi, kusur kınamasının ağırlığı ve failin ekonomik ilişkilerini dikkate alan ve oldukça sade olan Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu § 17/3 model olarak kullanılabilir.

2. Avrupa Birliği'nin ve Toplulukları'nın hukuksal değerlerinin cezaî korunmasının ikinci yolu *üye devletlerin ceza ve idarî ceza hukukunun kullanılmasıdır*. Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi 1989 yılındaki temel bir kararında ifade etmiş olduğu gibi, üye devletler kendilerine yüklenen Avrupa sadakatinden dolayı yaptırım güçlerini faaliyete geçirmekle yükümlüdürler. Avrupa organlarının Avrupa Topluluğu Andlaşması md. 249/3 uyarınca yönergeler aracılığıyla ulusal *ceza* hukukundan taleplerinin üstlenilmesine ilişkin bir örnek, Almanya'daki CK § 264'deki sübvansiyon dolandırıcılığını önemli ölçüde genişleten ve bu sayede de olağan dolandırıcılıktan ayırmış bulunan 1998 tarihli Avrupa Toplulukları maliyesinin korunması kanunudur. Fakat Avrupa Birliği Andlaşması md. 34/2b'ye göre, Avrupa Birliği Konseyi'nin yalın çerçeve kararlarından dolayı da üye devletler adli işbirliğinin güçlendirilmesi için tedbirlerin yerine getirilmesiyle açıkça yükümlü kılınabilmektedirler. Bunun için üye devletlerin yaptırımlar hukukunun kullanılması bir bahsetme karşısında, üye devletlerin Avrupa önceliklerinin yerine getirilmesinde kendi idarî ve kriminal ceza hukuklarını bizzat uyarlayarak ve genişleterek uygulayabilme avantajına sahiptir. Fakat tam olarak çerçeve kararlar üye devletlerin hukukunun çok uzağına gidebilmektedirler. Bunun için bir örnek gelecekteki Avrupa tutuklama müzakeresi hakkındaki 7.6.2002 tarihli çerçeve karardır<sup>1</sup>. Bu Avrupa tutuklama müzakeresi, kararda yazılı, kısmen çok açık olmayarak işaret edilen 32 suç tipi bakımından, geri verme yasakları ve çifte cezalandırılabilme prensibi gibi çok önemli hukuksal güvenceler de dâhil olmak üzere şimdiye kadarki bütün geri verme usulünün yerine, sanığın tutuklama müzakeresini kesen devlete doğrudan verilmesini ikame etmektedir. Karar, üye devletler arasın-

<sup>1</sup> Avrupa tutuklama müzakeresi ve Avrupa Birliği üye devletleri arasındaki geri verme usulü hakkındaki çerçeve kararın dönüşümüne dair kanun (Avrupa tutuklama müzakeresi kanunu) Konsey'in kararındaki önceliklere göre 11.3.2004'te Federal Parlamento tarafından oylanmış, ancak henüz federal resmî gazetede yayınlanmamıştır. Bu kanunu Federal hükümetin 15.8.2003 tarihli gerekçeli tasarısıyla karşılaştırınız, Bundesrats-Drucksache 547/03.

daki bir geri verme sözleşmesi hakkındaki, ne de olsa burada onaylama sırasında hâlâ çekinceler ileri sürülebildiğinden, Konsey'in 27.9.1996 tarihli hukuksal işleminde kapsama dâhil edilen müdahaleler üzerinden gitmektedir. Fakat bu tür çerçeve kararlar, hatırlatılması gerekir ki, Avrupa Birliği Andlaşması md. 34/2b'ye göre, yalnızca ulaşması gerekli amaçlar bakımından bağlayıcıdır. Bununla birlikte, çerçeve kararlar şekil ve araçların seçimini üye devletlere bırakmaktadır. Buna göre, geri verme usulünün hızlandırılması için araç olarak Avrupa tutuklama müzekkeresinin kabul edilmesi üye devletlere mecburiyet olarak emredilememektedir. Böylece Avrupa tutuklama müzekkeresi hakkındaki çerçeve karara karşı, Avrupa tutuklama müzekkeresini kabul etmek istemeyen üye devletler tarafından Avrupa Topluluğu Andlaşması md. 230/2'ye göre Konsey'in yetki aşımından dolayı Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi'ne itirazda bulunulabilir.

3. Gerçek bir Avrupa ceza hukukunun geleceğini üye devletlerin *bilimsel hazırlıkları* göstermektedir. Bu çalışmalarda, ortaçağın başlangıcından beri İtalya ve İspanya'dan – öncelikle İtalya'da *Gandinus*, *Theodoricus* ve *Clarus* tarafından üzerinde çalışılan – “Jus Commune Europaeum” (Avrupa Müşterek Hukuku) olarak bütün Avrupa Üniversitelerine yayılan ve modern karşılaştırmalı hukuk sayesinde yeniden canlanmış olan ceza hukukunda ortak bir Avrupa temel inancının hâlâ bulunduğu iyi bilinmekteydi.

(1) Bu tür hazırlıklar bağlamında öncelikle, Paris I (Sorbonne) Üniversitesi'nden Profesör Mireille Delmas-Marty'nin başkanlığında Avrupalı bir çalışma grubu tarafından hazırlanan Avrupa Birliği'nin Malî Çıkarlarının Korunması'na dair 1998 tarihli *Corpus Juris* zikredilmelidir. Metin Avrupa suç tipleri olarak Avrupa Birliği'nin zararına olarak dolandırıcılığı, evrakta sahtekârlığı, rüşveti, memuriyet yetkilerinin kötüye kullanılması ve memuriyet yükümlülüklerine aykırılığı, karapara aklama ve yataklığı ve de bir Avrupa Savcılığı'nın kurulması önerisini içermektedir. Kuşkusuz *Corpus Juris* gittikçe artan oranda eleştiri bulmuştur. Eleştiri evvela, dolandırıcılık suç tipinin ağır taksir hâlinde cezalandırılabilir bir soyut tehlike suçuna kadar genişletilmesine yöneliktir. Ayrıca bir topluluk kusuru için kriterler gösterilmeksizin bütün *Corpus Juris* suçları bakımından tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna itiraz edilmektedir. Nihayet, Avrupa Savcılığı'na yönelik, her şeyden önce üye devletlerin uygu-

lamalarından kaynaklanan kaygılar mevcuttur. Bununla beraber bütün bu üç yenilik Komisyon'un yakın zamanda yayınladığı yeşil kitapta gelecek için talepler olarak tekrarlanmıştır.

Avrupa Birliği'nin yetkisinin topluluğun malî çıkarlarına yönelen "dolandırıcılık ve diğer hukuka aykırı her eylem" hakkındaki ceza hükümlerinin çıkartılmasına kadar genişletilmesi için, yeşil kitap tasarısında hatalı olarak belirtildiği gibi, Komisyon tarafından Avrupa Topluluğu Andlaşması'nın tamamlanması amaçlanmaktadır. Böyle bir tamamlama Alman hukukuna göre AY. md. 23/1c.2 gereğince Federal Konsey'in iştirakiyle bir onaylama yasasını gerektirir. Fakat böyle bir kanun için de onaylanan konunun, yetki devrinin kapsamının metinden açıkça anlaşılabilmesi ve ikincillik ilkesiyle ölçülü olabilmesi için hukuk devleti bakımından belirlenebilirlik ve öngörülebilirlik taleplerini yerine getirmesi gerekir. Fakat Komisyon tasarısındaki md. 280a/3a'nın metni (yeşil kitap s. 91 vd.) bunun için yeterli değildir.

(2) İkinci bilimsel girişim Corpus Juris'in çerçevesini aşmaktadır.

"Avrupa Birliği Ekonomi Ceza Hukuku" başlığı altında yayınlanan Freiburglu meslektaşım *Klaus Tiedemann*'ın başkanlığındaki başka bir Avrupa çalışma grubunun tasarısı Avrupa Topluluğu'nun maliyesiyle değil, müşterek bir Avrupa ekonomik sahasında ortak bir korumaya ihtiyaç duyulan alanların bizatihi ceza hukuku açısından korunmasına ilişkindir. Buna göre, bu tasarının özel bölümü, kısmen Avrupa ekonomi alanını dışarıya karşı koruması gereken, kısmen de bu alan içerisinde ekonomi ceza hukukunu standartlaştıran Avrupa suçlarını içermektedir. Burada organize insan ticaretine karşı işçilerin ve çalışma piyasasının korunması, tüketicilerin, rekabetin ve çevrenin, ticaret ve şirketler hukuku alanına ilişkin diğer ceza normlarının korunması ve önceden mevcut olan Avrupa ortak pazarının korunması hakkında ceza hükümleri öngörülmüştür.

Bütün bu suç tiplerinin Avrupa Konseyi'nin tüzüğü aracılığıyla gerçek anlamda Avrupa ceza hukukuna dönüştürülmesi gibi önemli bir sorun ve çözümü, Avrupa Birliği'nin ceza hukuku alanında kanun koyma konusunda açık bir yetkisi olmadan düşünülemez. Bununla birlikte, bu alanda topluluğun ve üyelerin ceza hukuku alanında kanun koyma otoritesi ilişkisini tersine çeviren böyle bir yetki dağılımı evvelâ, şu anda 2004

yılı için anayasa toplantısı ile hazırlanması gerektiği gibi, yeni dâhil olan devletlerin iştirakiyle bir Avrupa anayasasıyla yapılmalıdır.

Bir de her şeyden önce aşağıdakiler düşünülmelidir: Merkezî olarak uygulanan gerçek bir Avrupa ceza hukuku gerçek bir Avrupa ceza yargısını gerektirir ve bu da bir Avrupa ceza muhakemesi kanunu ihtiyacını ortaya çıkarır. Bu yöne doğru bir yol hızla rüya âlemine götürür. Buna karşın, yeşil kitabın da öngördüğü gibi, kısmî alanlar bakımından zorunlu Avrupa suçlarının ve onlara üye devletlerin kendi usul kanunlarına göre ceza adaletinin uygulanmasının üye devletlere bırakılması gerçekçi olur.

Fakat bu, savcılık için de geçerli olmalıdır. Buna karşın, Komisyon yeşil kitabında, topluluğun malî çıkarlarına karşı suçları iddia olgunlaşana kadar takip etmek için bir merkez bürodan ve üye devletlerde usulî bütün müdahale yetkileriyle donatılmış bağlı savcılardan meydana gelen bir Avrupa Savcılığı'nın oluşturulmasını 2004 yılı Avrupa Birliği zirvesi için öngörmüştü. Bununla birlikte, burada Avrupa fikri abartılmaktadır. Çünkü ekonomik suçların ayrıca sınırdışı uzmanları da kullanan üye devletlerin savcılığınca ulusal alanda kovuşturulması, yerel ilişkilere yabancı olan bir Avrupa makamının yapabileceğinden muhtemelen daha iyi yerine getirilecektir. Sınıraşan olaylar bakımından gerekli resmî yardım daha önce kurulmuş olan Europol, OLAF ve Eurojust<sup>2</sup> gibi Avrupa organları tarafından yerine getirilmeli ve ayrıca Avrupa Konseyi'nin mevcut hukukî yardım sözleşmeleri açısından yararlanılmalıdır. Failin ve eylem yerinin milliyetine bağlı bir Avrupa ülkesellik ilkesi Avrupa'da ulusötesi suçlulukla mücadeleyi kolaylaştıracaktır. Bunun her şey için yeterli olmadığını, yalnızca bir Avrupa Savcılığı'nın ayrıca dolandırıcılığa ve rüşvete karşı Avrupa Birliği'nin malî çıkarlarını yeterince güvence altına alacak durumda olması gerektiğini, Komisyon burada ikincillik ilkesini ihlâl etmemek için hâlâ ispatlamak zorundadır. Özellikle İngiliz düşüncesi bu ispatın yokluğunu hissetmektedir. Alman Federal Hükümeti'nin ve Federal Konsey'in yeşil kitap hakkındaki görüşüne göre, yalnızca kısmî bir alan bakımından yetkili, fakat tamamen bağımsız bir

<sup>2</sup> Ağır suçlulukla mücadelenin güçlendirilmesi için Eurojust'in kurulması hakkındaki Konsey'in 28 Şubat 2002 tarihli kararının (2002/187/JI) dönüştürülmesi hakkındaki kanunu [(Eurojust-Kanun-EJG), BGBI. 2004, Kısım I, S. 902] Eurojust'in teşkilatı, yükümlülükleri ve yetkileri ile karşılaştırınız.

Avrupa Savcılığı'nın ulusal ceza kovuşturması sistemiyle işbirliği ve bunun hukuksal denetimi bakımından beklenebilen çok büyük hukukî güçlükler düşünüldüğünde, bu adıma karşı zaten ölçülülük ilkesi de devreye girecektir.

4. Kurumlar (mahkemeler, savcılık, polis, ceza infazı) da dâhil olmak üzere ceza ve ceza muhakemesi hukukunun Avrupalılaştırılması için üye devletlere Avrupa organları tarafından yapılan baskı gelecekte daha da artacaktır. Ayrıca, Avrupa'da ceza hukukunun bilimsel gelişim durumunun ve üye devletlerin tarihinde kökleşmesinin çok çeşitliliğinin ortak Avrupa kurallarında toplanması olanaksız olduğu için, bu yolun daima yasama kalitesinde ve ulusal hukuk kültüründe bir kayba götürebileceği bilincinde olunmalıdır. Üye devletler bu baskıya ikincillik ilkesine dayanarak direnmeli ve ceza hukukunun daha fazla Avrupalılaşması talebi için esaslı bir gerekçe istemelidirler. Bununla birlikte, şu anda acil yükümlülük olarak Avrupa yaptırım hukukunun bir hukuk devleti standardına göre bir kodifikasyonu yönündeki her türlü çaba sarfedilmelidir.

### III.

Üçüncü ve son bölümde, bugün uluslararası ceza hukukunun en güncel gelişmesine; sayesinde klasik uluslararası ceza hukukuna barışın, insan haklarının ve uluslararası güvenliğin korunması için tamamen yeni yükümlülükler getirilmiş olduğu *milletlerarası ceza hukukuna* değineceğim.

1. Onar yıllık zaman süreçleri boyunca boş girişimlerin ardından 17 Temmuz 1998'de Roma'da bir devletler konferansı tarafından büyük bir güç çabası sayesinde aşağı yukarı oybirliğiyle bir *Uluslararası daimî Ceza Mahkemesi*'nin kurulması kararlaştırılmış ve Mahkeme'nin Statüsü kabul edilmiştir. Uluslararası daimî bir mahkeme bugüne kadar yalnızca iki devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından Milletler Cemiyeti'nin, ardından da Birleşmiş Milletler'in organı olarak mevcuttu. Oysa Uluslararası Ceza Mahkemesi başka bir şeydir. Bu mahkeme iki devlet arasındaki çatışmaların uzlaştırılması için kurulmamıştır. Aksine, uluslararası insancıl hukuka karşı en ağır suçlardan dolayı önünde itham edilen bireylerin ceza sorumluluğunu inceleme yükümlülüğü vardır. 11 Nisan 2002'de Statü'nün 60. onayıyla birlikte Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması yolu açılmış oldu. Statü 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girdi.

Mahkeme, ceza muhakemesi nizamnamesi ve kurulması için teşkilat ve malî kuralları önceden bir hazırlık komisyonu tarafından gerçekleştirildiğinden 2003 yılından itibaren faaliyetine başlamıştır. Böylece milletlerarası topluluğun, uzun yıllar süren bilimsel çabaları tamamlayan, siyasi, hukukî ve örgütsel çok büyük bir başarısının tanıkları olacağız.

ABD'nin Statü'ye katılmayıp, Uluslararası Ceza Mahkemesi'yle hatta hararetle mücadele etmesi, Amerikalıların Nürnberg'ten beri böyle daimî bir uluslararası merciyi her zaman desteklemelerinden dolayı, tabii ki üzücüdür. Fakat ben evvela bundan değil, bizatihi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden bahsetmek ve sonuç olarak Güvenlik Konseyi'nin 12 Temmuz 2002 tarih ve 1422 sayılı kararıyla ortaya çıkan hukuksal durumu tartışmak istiyorum.

2. Uluslararası Ceza Mahkemesi mevcut Yugoslavya Mahkemesi'nden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Yugoslavya Mahkemesi yer ve zaman bakımından sınırlı bir alanda, yani Eski Yugoslavya'da 1991'den beri işlenen ağır milletlerarası hukuk suçlarını mahkûm etmek için Güvenlik Konseyi'nin kararıyla ad hoc olarak kurulan, devlet yargısına *öngelen* Birleşmiş Milletler'in özel bir mahkemesidir. Buna karşın yeni Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir milletlerarası hukuk sözleşmesiyle oluşturulmuş, maddî vakıa bakımından Yugoslavya Mahkemesi'nin de yetkili olduğu aynı milletlerarası hukuk suçları bakımından yer ve zaman sınırlaması olmaksızın evrensel yetkiyle donatılmış *daimî, genel* bir Mahkeme'dir. Fakat yetkisi çok önemli iki hükümle sınırlandırılmıştır. Birincisi, sanığın ya sözleşen bir devletin vatandaşı olması ya da sözleşmeye taraf olmayan bir devletin vatandaşı olarak eylemi sözleşen bir devletin ülkesinde işlemiş olması zorunluluğudur. Burada dayanılan aktif kişisellik ilkesi ve ülkesellik ilkesi milletlerarası hukuk bakımından itiraz edilemeyen uluslararası ceza hukukunun kabul gören bağlantı noktalarıdır. İkincisi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bir olayı yalnızca, tamamlayıcılık ("complementarity") ilkesine göre, ceza kovuşturması bakımından öncelikle yetkili devlet, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin nihai yetkisine bağlı belirli bir suçu ciddî olarak aydınlatma ve kovuşturma arzusunda ya da kudretinde değilse, kendisine çekebilmesidir. Bir ceza mahkemesi kararının uluslararası bir merci tarafından denetlenmesinin kabul edilmesi sözleşen devletin egemenliği kapsamında yer almaktadır. Devlet yargısının isteksizliği ("unwillingness") ya da kudretsizliği



(“unability”) hâlinde böyle bir tamamlayıcı müdahalenin *kabul edilebilirliğine* (admissibility) şüphesiz Uluslararası Ceza Mahkemesi bizzat karar verecektir. Bununla birlikte, bu taviz de kuşkusuz sözleşen devletin egemenliğine ilişkin bir karardır. Mahkeme'nin etkinliği için vazgeçilemez olan ülkesellik ilkesi, ABD'nin vatandaşlarını, özellikle de yurtdışında bulunan askerlerini Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisinin esas itibarıyla dışında tutmaya yönelik girişimlerine karşı, burada aynı hukuk herkes için geçerli olmak zorunda olduğu ve ABD için bir istisna bütünü gözden düşüreceği için, sözleşen devletlerin büyük çoğunluğu tarafından dramatik bir mücadelede müdafaa edilmiştir.

Bütün hazırlık döneminin aksine olarak, Roma Statüsü'nün büyük ilerleyişi soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları *suç tiplerinin* etraflıca kurala bağlanmasında yatmaktadır. Soykırım bakımından Statü 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'nin tanımını kabul etmektedir. Soykırım bakımından Balkan Savaşı'ndan alınan temel örnek, bugün hâlâ kaçak olan sanık General Mladić'in emriyle Sırp birliklerince Sebrenica'da 7 000 Boşnak'ın katledilmesidir. İnsanlığa karşı suçlar devlet veya bir örgüt tarafından benimsenen bir politika çerçevesinde kendi sivil halkına ya da başka bir sivil halka yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen belirli ağırlıktaki suçlardır. Yakın geçmişten alman temel örnek, 1999 yılında sonuç olarak NATO müdahalesine götüren, Kosova'nın kötü ün kazanan “etnik temizliği”dir. Statü'de gösterilen savaş suçlarının listesi uzundur ve insanları çoğu yerde rahat bırakmayan *halk* savaşlarında milletlerarası savaş hukukuna karşı suçları da ana başlığında içermektedir. Hazırlık komisyonunun bu arada Statü metnine eklediği suçun unsurları (“elements of crime”) bu metnin yorumlanması bakımından önemli ipuçları vermektedir.

Ceza olarak yalnızca hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmüştür. Fakat Nürnberg'teki gibi ölüm cezasının da öngörülmemesi, kaldırılması yönündeki uluslararası hareketin kayda değer bir başarısını ortaya koymaktadır.

3. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin faaliyetine hazırlık için *Almanya* iki önemli adım atmıştır. Birincisi, Mahkeme ile işbirliğine ilişkindir. Statü'nün 9. maddesi bütün sözleşen devletler için buna ilişkin kurallar içermektedir. 89. madde sözleşen devletleri özellikle bu ödevle-

rini yerine getirmeleri için ulusal hukukta gerekli düzenlemeleri öngörmekle yükümlü kılmaktadır. Almanya Roma Statüsü'nü yerine getirmek için ayrıntılı bir kanunu 21.6.2002'de kabul etmiştir.

İkinci adım, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin daha sonra faaliyete geçeceğini gözdardı ettiğinden her zaman büyük önem taşıdığı için daha önemlidir. Federal Adalet Bakanlığı'nın görevlendirmesiyle bir çalışma grubu Alman *Uluslararası Ceza Kanunu* tasarısını hazırlamış, bu tasarı da Uluslararası Ceza Kanunu'nun kabul edilmesi hakkındaki 26.6.2002 tarihli kanunla (BGBl. I S. 2254) geçerli hukuk hâline gelmiştir. Bu kanunun amacı Statü'deki suç tiplerini Alman hukukuna nakletmek ve bu sayede Alman hukukunun Statü'deki suçların kovuşturulması bakımından boşluksuz olmasını, böylece de Almanya için kudretsizlik ("unability") durumunun yer bulamamasını sağlamaktır. Ayrıca bu dönüşüm sayesinde, ilke olarak Statü'deki suçların cezalandırılması kendi yetkisinden dolayı Alman hukukunca olanaklı kılınmaktadır. Bu da, milletlerarası hukukun etkili korunmasını her durumda garanti altına almaktadır. Uluslararası Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde bu yükümlülük bakımından, Alman hukukunun Uluslararası Ceza Kanunu gereğince bütün suçlar açısından eylem yeri ve failin vatandaşlığından bağımsız olarak yetkili olduğu anlamına gelen evrensellik ilkesi öngörülmüştür. Bununla birlikte, yurtdışında işlenen eylemlerde savcılığın dava açma yükümlülüğü, savcılığın eyleme yurtiçinde ilgi olmaması hâlinde harekete geçmek zorunda olmamasıyla hukuken sınırlandırılmıştır. Bu durumda savcılık yabancı veya uluslararası ceza kovuşturması makamlarına öncelik vermelidir.

*İtalya*'da bir grup muhalefet milletvekili, gerektiren sebepler açısından Almanya'dakine benzeyen, Uluslararası Ceza Kanunu ("Codice penale internazionale") olarak adlandırılan 9 Mayıs 2002 tarihli bir kanun tasarısıyla aynı yönde bir adım atmıştır. Tasarı soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları hakkındaki Statü'deki suç tiplerini münferit hükümlere bölerek İtalyan hukukuna aktarmaktadır. Ulusal ceza yetkisi, benzeri olan Alman hukukundan farklı olarak evrensellik ilkesiyle değil, daha dar olarak aktif ve pasif kişisellik (fail ve mağdura göre şahsilik) ilkeleriyle belirlenmektedir. Buna bağlı olarak, sözleşen bir devlet ya da Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından ceza kovuşturması yapılmayan Statü'deki suçlarda tamamlayıcı ceza yetkisinin bir türü ortaya çıkmakta-

dır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'yle işbirliği Almanya'daki gibi ayrıntılı olarak aynı kanun içerisinde tasarı tarafından düzenlenmiştir.

4. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin geleceği açısından Güvenlik Konseyi'nin 12 Temmuz 2002 tarihli kararıyla yeni bir durum ortaya çıkmıştır. Karar şunları ifade etmektedir: Birleşmiş Milletler tarafından yapılan ya da tasvip edilen bir operasyona katılan sözleşmeye taraf olmayan bütün devletlerin personeli 1 Temmuz 2002'den itibaren on iki aylık süre için Statü'nün 12. maddesinin 2a numarasındaki ülkesellik ilkesine göre Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ceza yetkisinin dışında tutulur. Güvenlik Konseyi aynı zamanda, bu kuralın gelecek her 1 Temmuz'da zorunlu olduğu takdirde aynı koşullarla yenilenmesi niyetini de ortaya koymuştur<sup>3</sup>.

Güvenlik Konseyi, kararı için, Güvenlik Konseyi BM Şartı'nın VII. Bölümüne göre alınan bir kararda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden talep ettiği takdirde, Statü'ye göre bir ceza kovuşturmasının 12 aylık bir zaman dilimi bakımından yapılamayacağını öngören Statü'nün 16. maddesine dayanmaktadır. Bununla birlikte, 12.7.2002 tarihli kararın BM Şartı Bölüm VII md. 39 ile ve böylece Statü'nün 16. maddesiyle de karşılanmadığından, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tamamlayıcı yetkisini yerine getirmesinde barışın tehdit edilmesi ve bozulması ve de saldırı eylemi açıkça mevcut olmadığı, aksine tam olarak barışın korunması amaçlandığı için, şüphe edilemez. Fakat Güvenlik Konseyi'nin kararı (Statü'nün üyesi Büyük Britanya ve Fransa'nın oyları da dâhil) oybirliğiyle alınmış olduğu için, fiili etkililiğinden de şüphe duyulamaz.

Bu durumda Statü'nün sözleşen devletleri bakımından gelecek için iki çözüm dikkate alınmalıdır:

Sözleşen devletlerin toplantı kararıyla BM faaliyetlerinde taraf olmayan devletlerin personeli lehine geçici bir istisna eklenebilir ya da Statü değiştirilmeden kalabilir ve gelecekte böyle bir durum ortaya çıktığında, Yugoslavya Mahkemesi'nde de Kosova çatışmasında Nato hava

<sup>3</sup> Dokunulmazlık kararının ilk yenilenmesi 1 Temmuz 2003'te gerçekleşmiştir. Güvenlik Konseyi'nde ABD'nin güçlü baskısına karşı 1 Temmuz 2004'te ikinci bir yenilemenin engellenmesine çalışılmıştır. Dünya kamuoyunu kızdıran çeşitli bölgelerdeki ağır milletlerarası hukuk ihlalleri karşısında Uluslararası Ceza Mahkemesi bugün faaliyetine engel olmadan başlayabilmelidir.

kuvvetlerinin faaliyetlerinden dolayı suç ihbarı açısından gerçekleştiği gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde karar davacıya bırakılabilir. Ben ikinci çözümden yanayım. Çünkü Statü'nün değiştirilmesi ABD'nin baskısıyla yetkisini aşmış olan Güvenlik Konseyi'nin kararının resmî olarak kabul edilmesi anlamına gelecektir. Buna karşın, münferit olayda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nce ceza kovuşturmasından, her ne kadar bu kovuşturma bizzat tamamıyla haklı da olsa, vazgeçilmesi uluslararası ve siyasî maslahata uygunluk nedenlerinden dolayı kabul edilebilir.

Soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları şeklindeki Statü'deki suç tiplerinin mümkün olduğunca çok devletin ulusal ceza hukukuna kabul edilmesi sayesinde dünya kamuoyunun bilincine geçerli hukuk olarak yerleştirilmesi ve devlet yargısı tarafından ulusal hukuka göre uygulanabilir kılınması da her durumda önemli kalmaktadır.

## COMPARATIVE ANALYSIS OF COLLECTIVE DOMINANCE

Şahin ARDIYOK\*

It passed more than a half of century after John K. Galbraith stated that "The final problem of antitrust policy is its inability to make satisfactory contact with oligopoly". By this time a new type of antitrust rules have evolved in Europe and progressed by practice. For, the theory of oligopolistic interdependence asserts that firms will be able to earn supra-competitive profits without entering into collusive agreements generally proscribed by antitrust laws; the topic is still hot on both side of the Atlantic Ocean.

Article 81 and 82 of the EC Treaty adopt two pronged attack<sup>1</sup> on antitrust problems in oligopolies similar to the Sherman Act. By using the wording of "one or more undertaking" in Article 82, the European Commission, developed "concept of collective dominance" in Italian Flat Glass case<sup>2</sup>. This concept created a basis for recognizing tacitly colluding oligopolists as possessing dominant position or market power. Along a couple of cases handled in collective dominance concept, existence of "economic links" among oligopolists evolved as a focal point for finding of collective dominance. And developments are likely to involve clarification of the substantive content of this term.

In 2002, the Commission was disappointed by a decision of Court of First Instance in *Airtours/First Choice merger*<sup>3</sup>. In that case the Com-

---

\*Istanbul Bar Association. I'd like to thank you to Judge and Prof. Richard A. Posner for his guidance through this study and to Prof. Sam Peltzman for his supports on the study.

<sup>1</sup> Agreements or concerted practices restraining competition and abuse of market power.

<sup>2</sup> *Società Italiana Vetro SPA, Fabbrica Pisana SPA and PPG Vernante Pennitalia SPA v. Commission*, Cases T-68/89, T-77/89, T-78/89, (1992) ECR II-1403.

<sup>3</sup> *Airtours v. Commission*, Case T-342/99, (2002).

mission had blocked the merger by foundation of collective dominance. Although the Court did not reject the existence of concept of collective dominance which was utterly accepted in *Gencor/Lonrho* case<sup>4</sup> six years ago; reasons such as “lack of enough evidence”, “substantial errors in the economic analysis” showed the importance of economic analysis and the problem of evidence in antitrust practices related to oligopolies.

The concept of collective dominance seems to be established as a matter of theory in Europe. It is actually used in cases either as a basis of liability under Article 82 of EC Treaty or as a reason to block mergers exist.

These happenings on both side of the ocean can not be overlooked. Practically, most of the US firms are doing business in EU. On the other hand, Chicago School which approaches antitrust problems through the lens of price theory and post-Chicago School who seeks to analyze the effect of strategic behavior on antitrust may provide some basis for evaluating collective dominance concept in EU and Turkey which adopted EU competition rules.

In this paper I will discuss EU concept of collective dominance by the lens of US antitrust law and industrial organization. An introduction to oligopolies will be given in the first part of this study by using economic tools. Secondly, US and EC case law on oligopoly will be summarized. In the third part, the concept of collective dominance will be argued under US antitrust law. And, conclusions reached will be recapitulated in the final part of the study.

### **I. Oligopoly Problem In Antitrust Law**

In his article Pascal Zachary<sup>5</sup> states that:

“If you want to understand the big force underlying the past decade of megamergers, here’s the one word: Oligopoly. Everywhere you look, industries are sorting themselves out into their own version of the big three auto makers. In cigarettes, as in cars, it’s the big three. Telecommunications, music, softdrinks and countless other industries are congealing

---

<sup>4</sup> *Gencor Ltd. v. Commission*, Case T-102/96 (1999).

<sup>5</sup> G. Pascal Zachary, *Big Business: Let's Play Oligopoly!*, THE WALL STREET JOURNAL, Mar. 8, 1999. at B.1.

into their own lineups or just a few dominant giants. And in the latest frenzy of deals, oligopolies are starting to go global. Look at Daimler AG's merger with Chrysler and British-based Vodafone Group."

Despite the usual exaggeration of a journalist, Zachary indeed attracts attention to a major problem of oligopolies not only for individual countries but also for the whole of the world.

Offending all oligopolies is a simplified argument, because the days of "Small Is Beautiful" (the title of E.F. Schumacher's 60's paean to smallness of economic scale) now seem a quaint relic of an earlier age. Most of the oligopolistic structures are the results of a continued passion towards efficiency as Harvey J. Goldschmid expressed:

"We can't go back to a Jeffersonian world or a literal Brandeis concern about human-sized institutions because we'd pay a terrible efficiency price in terms of technological innovation and global competitiveness."

The trick is to take account of the modern needs for efficiency but still use antitrust to ensure vibrant and competitive markets<sup>6</sup>.

On the other hand, American business leaders long have preferred oligopoly to monopoly because it allows them to retain a degree of competition without ceding too much control. Monopolies either must submit to regulation or risk having regulators break them up. Oligopolies occupy a different world<sup>7</sup>. Thus, most probably we witness a world of antitrust litigations between antitrust agencies and oligopolistic industry participants.

Issues of industrial concentration of monopoly and especially oligopoly hold center stage in current debates over antitrust policy<sup>8</sup>.

Generally, governments use antitrust laws to limit the market power exercised by firms and to control how firms compete with each other. The antitrust laws do not make market power illegal, but they control how firms attain and maintain their market power.

---

<sup>6</sup> Stephen Labaton, *Oligopoly*, N.Y. TIMES, Jun. 11, 2000, at 4.1.

<sup>7</sup> *Supra* note 5, at B.1.

<sup>8</sup> ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX 163 (1993).

For the consumer welfare point of view, the concern for antitrust law application is to prevent cartels and monopolies which harm to society. And antitrust law basically tries to promote efficiency by preventing cartels and monopolies hostile to welfare. In a free market economy, cartels and monopolies must have a power to harm society despite the competitors' pressure. Economists use both "market power" and "monopoly power" to refer to the power of a single firm or group of firms to price profitably above marginal cost<sup>9</sup>.

Antitrust law is similar to coin having two faces: One for monopolies and the other for cartels. If a firm does not have market power to exclude its rivals and/or to increase the price to monopoly level, it may manage those aims by jointly with its competitors. In another word, firms which seek to maximize their profits have an incentive to coordinate their activities.

An association of firms that agrees to coordinate its activities is called cartel. A cartel that includes all or most of the firms in a market is in effect of a monopoly, and the member firms share the monopoly profit<sup>10</sup>. A contract between sellers to fix the price or limit output is like any other contract in the sense that the parties would sign it unless they expected it to be beneficial for them. But this contract harms others, namely consumers who are not parties to the contract and costs to consumers exceed the cartelists' benefits<sup>11</sup>.

Antitrust rules about cartels embrace restrictions on cooperation among competitors. Cooperation or collusion can be explicit (express) or implicit (tacit). This terminology seems best explained as an effort to identify and acknowledge differences in the types of evidence used to establish the fact of cooperation<sup>12</sup>.

It is not normally possible for outside observers to decide whether the economic results they see constitute explicit or implicit collusion.

---

<sup>9</sup> Thomas G. Krattenmaker et al., *Monopoly Power and market Power in Antitrust Law*, 76 *GEO. L. J.* 241, 247 (1987).

<sup>10</sup> DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, *MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION* 121 (3d ed. 1999).

<sup>11</sup> RICHARD A. POSNER, *ECONOMICS ANALYSIS OF LAW* 287 (6<sup>th</sup> Ed. 2002).

<sup>12</sup> William E. Kovacic, *The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws*, 38 *THE ANTITRUST BULLETIN* 5, 19 (1993).



Furthermore, such a distinction is of lesser relevance to the economic impact of collusion than to the application of anti-trust law<sup>13</sup>.

Cooperation requires negotiations, monitoring mechanisms and mutual understanding and as the number of the parties involved increases the transaction (and monitoring) costs of achieving a conclusion raise. Therefore, number of the firms in market is a fundamental factor in cooperative antitrust analysis. Cooperative behaviors are more likely to occur when there are only a few firms: an oligopoly. An oligopoly is an industry in which a relatively small number of firms account collectively for most or all of the industry's total output. An oligopolistic market thus figures halfway between a monopoly, where only one party provides the supply, and an atomistic or perfect competition system, in which innumerable undertakings of all sizes operate<sup>14</sup>.

However, there are basically two main conclusions concerning oligopolies. On one hand, the mere structure of the oligopoly might lead to a profit-maximization since the conditions for tacit collusion are rather favorable. On the other hand, the competition on an oligopolistic market may be as active as in a situation of perfect condition, since the structure on the market still allows for a sufficient number of competitors. In other words we can classify oligopolies into two categories: cooperative and non-cooperative oligopolies. Cooperative oligopolistic behaviors can be defined as collusion in legal term.

Robert H. Lande and Howard P. Marvel<sup>15</sup> suggest to add a type III collusion to classical two-prong categorization: (a) Classical or "type I" collusion involves collective action to raise price directly, (b) "type II" collusion disadvantages rivals in a manner that causes the rivals' output to diminish or causes their behavior to become chastened, and (c) "type III" collusion to manipulate the rules under which competition takes

---

<sup>13</sup> ERHARD KANTZENBACH ET AL., *NEW INDUSTRIAL ECONOMICS AND EXPERIENCES FROM EUROPEAN MERGER CONTROL: NEW LESSONS ABOUT COLLECTIVE DOMINANCE* 10 (1995).

<sup>14</sup> Enrico Raffaelli, *Oligopolies and Antitrust Law*, 19 *FORDHAM INTL. L.J.* 915, (1996).

<sup>15</sup> Robert H. Lande & Howard P. Marvel, *Three Types of Collusion: Fixing Prices Rivals and Rules*, 2000 *Wis. L. REV.* 941, (2000).

place<sup>16</sup>. The goal of the first type of collusion is to mimic the result that a monopolist could obtain in the marketplace. In the second type collusion the purpose is to reach to take action jointly in order to harm existing or potential rivals that are not party to the collusion. For the third type, the aim is to change the rules of competition (such as restriction on advertising etc.) so as to decrease the price competition among members.

Exclusionary or type II conduct is important because it can delay or prevent prices from falling altogether by preventing the entry or raising the costs of more efficient competitors. For this result to be concluded; first colluding firms must reduce their rivals' revenues through such tactics as boycotts or predatory pricing. When effective, these practices cause rivals to exit the market or to curb their competitiveness. But to succeed these, colluders should have a degree of market power. After the victims have been removed or cowed, the colluders are able to raise their prices, presumably through a type I collusion among themselves<sup>17</sup>.

Collusion also may attract entry in response to profit opportunities. The colluding firms must either forestall entry, or convince entrants to abide by the cartel's output restrictions.

Firms' choices of how to collude will depend both on the anticipated severity of the cartel problem, and on the risk of antitrust scrutiny associated with different methods of collusion<sup>18</sup>.

Collusion cases typically involve one of three scenarios: (1) Defendants have allegedly entered into express collusive agreements on price or output about which direct evidence is available - "the smoke-filled room"; (2) defendants have allegedly agreed to adopt concerted practices that facilitate anticompetitive coordination about which circum-

---

<sup>16</sup> From the perspective of antitrust policy, the exercise of classical, Stiglerian market power and exclusionary, Bainian market power both lead to a consumer welfare loss: Restraining output below the efficient competitive level denies to consumers products that they value in excess of the marginal cost of production. For purposes of antitrust analysis, the crucial distinction is not between market power and monopoly power, but between two fundamentally different ways in which a firm or group of firms may exercise anticompetitive economic power - raising one's own prices (classical Stiglerian power) or raising competitor's costs (exclusionary Bainian power). Both methods reduce consumer welfare.

<sup>17</sup> *Supra* note 15, at 947.

<sup>18</sup> OECD, OLIGOPOLY 200 (1999).

stantial or indirect evidence is available - "signaling" or (3) defendants have coordinated their actions simply by observing and anticipating the conduct of their rivals - "informal belief".

In the first scenario which covers explicit collusion, prosecution is not problematic. Direct evidence, usually in the form of documents and/or testimony, proves that competitors agreed to eliminate competition in some meaningful sense, and the case becomes largely a matter of establishing appropriate relief and/or imposing appropriate punishment.

It must be stated that the corporate merger is the ultimate form of explicit collusion; when two firms merge they cease to have separate identities and act thereafter as a single unit<sup>19</sup>. For that reason, merger is another domain of oligopoly problem.

The other two scenarios present more difficult problems of analysis and proof. While second scenario can pose difficult issues of proof, the final one is likely to be the most arguable one as a matter of law. Therefore oligopolistic industries lies at the heart of the field of industrial organization since Sir Thomas Moore coined the term oligopoly in his *Utopia* (1516). A lot of economist studied on oligopoly and provided influential theories on these arguments<sup>20</sup>.

For the second and third scenarios oligopolistic market characteristics are very important. In oligopolistic markets the success of each firm's actions will depend, in part, on the direct responses of its rivals. Economic theory generally assumes that firms in an oligopoly recognize or perceive these interdependencies, leading to the potential for strategic coordination. Why there is interdependence among the market participants?

In a competitive market with many sellers, the individual firm is too small to affect market price. It is generally unable to sell at a price

---

<sup>19</sup> Alexis Jacquemin & Margaret E. Slade, *Cartels, Collusion, and Horizontal Merger*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION VOL. I 430 (Richard Schmalensee & Robert D. Willig ed., 1989).

David Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, in THE POLITICAL ECONOMY OF THE SHERMAN ACT 102-103 (E. Thomas Sullivan ed., 1991).

<sup>20</sup> For details see Carl Shapiro, *Theories of Oligopoly Behavior*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION VOL. I 330- 414 (Richard Schmalensee & Robert D. Willig ed., 1989).

above the market level and the effect of any decision by it to reduce its price will be too small to evoke significant reaction from competitors. By contrast, in an oligopoly a seller who substantially cuts price and expands output will have a direct, perceptible effect on the output of the remaining firms. Anticipating that its competitors will react to such a price reduction by matching it (thus nullifying the gains from employing such a strategy), the oligopolist is less likely to initiate a price cut in the first place. In short, oligopolists base pricing decisions in part on the anticipated responses of their rivals. As a result, vigorous price competition is avoided.<sup>21</sup>

However, it is far from inevitable that oligopolists will price supra-competitively<sup>22</sup>. While a collective incentive motivates collusion, strong private incentives will motivate firms to deviate from any coordinated scheme. Often an individual firm will find it profitable to undercut cooperative terms in order to expand its own sales. Faced with this scenario, the firm may well opt to deviate from, or "cheat" on, the collusive arrangement<sup>23</sup>. This temptation to cheat is compounded by the realization that other participating firms may have similar incentives. If a firm holds to the collusive price while its rivals cheat, it will be substantially worse off than had it priced non-cooperatively. Economists refer to this phenomenon as the "cartel problem" or "prisoners' dilemma."<sup>24</sup> It demonstrates that collusion is not inherently self-enforcing. Where the prospect of cheating is sufficiently strong, it will outweigh the incentive to cooperate in the first instance. So firms seeking to collude must first be able to

---

<sup>21</sup> See Donald F. Turner, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, 75 HARV. L. REV. 655 (1962).

<sup>22</sup> It is the view of many economists that oligopoly leads to supra-competitive prices even when each firm's pricing decisions are independent. The reasoning is that on the one hand each firm will be reluctant to cut prices, knowing that its price cut will have so immediate and substantial an effect on the market shares of its rivals that they will quickly match the cut, thus wiping out the first firm's gains, while on the other hand if the firm raises its price its competitors will raise their prices too, knowing that all will make higher profits at the higher price (*supra* note 12, at 302).

<sup>23</sup> Edward H. Chamberlin who was the author of masterpiece "Theory of Monopolistic Competition 1933" states that every agreement includes incentive to violate it.

<sup>24</sup> Jonathan B. Baker, *Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory*, 39 ANTITRUST BULL. 143, 154 (1993).

overcome the market uncertainties that give rise to the cartel problem<sup>25</sup>. Thus, they must be able to identify terms of coordination, detect deviation from those terms by individual participants, and punish deviators. This requires that cartel members have access to timely and reliable information about the behavior of all participants.

Oligopoly problem is most probable in a market which is characterized by both high concentration and high barriers to entry/expansion. But there are still two fundamental problems to be solved by colluders. Firstly, as noted by George Stigler, parties to collusion could face real difficulties in agreeing on the terms of their collusion<sup>26</sup>. Second, when the groups agrees to fix and abide by a price approaching the monopoly level, strong incentives are created for individual members to cheat on the agreement, i.e. to increase their profits by undercutting the fixed price slightly, gaining additional orders at a price that still exceeds marginal cost<sup>27</sup>.

Therefore, collusion would not last unless firms were able to detect and punish cheating. In short, collusion would only be a real possibility in situations where it would be reasonably easy to reach and police an agreement.

Employing a "one-shot game" model, Stigler concluded that incentives to cheat are typically so strong that oligopolists would seldom deem coordination worthwhile. Modern theorists have used "repeat game" models (in which participants interact repeatedly over time) to demonstrate that, where market uncertainties can be overcome, the short-term incentive to cheat can be outweighed by the long-term benefits from cooperation<sup>28</sup>. In particular, in dynamic settings firms can use information drawn from previous periods to condition their behavior in subsequent periods. Price and quantity strategies can then be used to 'signal' information to other firms, or to coordinate strategies over time, and to 'punish' deviations from coordinated behavior.

---

<sup>25</sup> George Stigler, *A Theory of Oligopoly*, 72 J. POL. ECON. 44 (1964).

<sup>26</sup> *Id.* at 44.

<sup>27</sup> FREDERIC M. SCHERER & DAVID ROSS, *INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE* 238 (3d ed. 1990).

<sup>28</sup> *Supra* note 24, at 153-69.

Abreu has analyzed the maximal sustainable degree of collusion in this setting, and showed that it is higher the more severe the available punishment for defection. Abreu's work also provided important insights into the factors that hinder or facilitate collusion. For instance, more frequent interaction, or market repetition, tends to facilitate collusion because it allows for swifter, and hence more effective, punishments in these models<sup>29</sup>.

Economic analysis based on repeated game theory has thus succeeded in clarifying the conditions under which successful collusion is likely to occur, and in identifying those factors which facilitate or hinder the implementation of sustainable collusive agreements. In particular, three key factors have been identified:

- Product homogeneity: Differentiated products compete less fiercely with one another, reducing the gains from collusion, and quality increases can be used to 'cheat' on collusive agreements. With homogeneous products on the other hand, it is easier to agree on price or quantity, and to identify defections from the collusive agreement.

- Frequency of interaction: More frequent market interaction reduces the time required to respond to deviations from the collusive agreement, making punishments more effective and collusion therefore easier to sustain.

- Not 'too much' uncertainty: A high degree of uncertainty concerning relevant market variables such as demand makes detecting and cheating more difficult, and hence reduces the efficacy of punishment strategies.

Ultimate success of any form of coordination (whether the result of concerted action or not) will often require the adoption of "facilitating devices" that make it easier to detect and punish deviations from the coordinated terms<sup>30</sup>. Such facilitating devices may themselves be the subject of an agreement among the participants, but need not necessarily be so.

---

<sup>29</sup> See Dilip Abreu, *External equilibria of oligopolistic supergames*, 39 JOURNAL OF ECONOMIC THEORY 191, (1986) and Dilip Abreu, *Toward a theory of discounted repeated games*, 56 ECONOMETRICA 383 (1988).

<sup>30</sup> Tom K. Willard, *Game Theory In The Everyday Life Of The Antitrust Practitioner*, 5 GEO. MASON L. REV. 457, 460 (1997).

While it is widely acknowledged that in oligopolistic markets firms do not necessarily need formally to communicate, in so far as they reach a shared perception about how to maximize joint monopoly profits, it is also recognized that certain oligopolies may be inherently characterized by a high degree of defection among the members. Firms in oligopoly markets therefore develop certain facilitating devices that make tacit collusion easier by reducing the benefits of cheating, or by increasing the likelihood of detection or the costs of punishments. Typically, these practices consist of some form of exchange of information designed to render the market more transparent (public announcement of prices, exchange of information regularly undertaken in the context of some professional associations and so on).

But there is a difference between economic conditions that facilitate cartelization and economic conditions that evidence it. For example if demand is inelastic at the competitive price, this makes cartelization attractive because an increase in price will not cause a proportional decrease in quantity demanded. But if a cartel is already formed, the cartel will keep raising price until that price is within the elastic region of the market demand curve<sup>31</sup>.

We can say that facilitating practices are on the halfway between tacit collusion and explicit collusion. And intention of facilitating interdependence and collusion makes those practices questionable under antitrust laws. Because those behaviors may aim to create a market conditions which were originally competitive and to decrease the information costs for the parties which intent to collude. Namely, facilitating practices are social "artifices", i.e., mechanisms that must be artificially designed to pursue a collective aim<sup>32</sup>.

The legal tradition, mainly in the US, usually classifies facilitating practices as "circumstantial evidence" of an anticompetitive agreement. In other words, the antitrust agency can only make use of the evidence on the facilitating practice to detect the main agreement whereby the parties

---

<sup>31</sup> *Supra* note 11, at 293.

<sup>32</sup> Grillo, Michele, *Collusion and Facilitating Practices: A new perspective in Antitrust Analysis*, 14 EUROPEAN JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 151, 160 (2002).

somehow reach a common understanding about prices or market segmentation.

What would happen if there is not any explicit collusion or facilitating practices which enable collusion but there is a collusion of market parameters and poor performance of oligopolistic market? At this point we face the hardness of third scenario.

Before analyzing the source of this hardness, it might be better to focus on measures for prevention rather than curing of oligopolistic inefficiencies. For these kind of *ex-ante* measures, merger control rules of antitrust law can be utilized.

These principles have been widely recognized. For instance, in the United States Horizontal Merger Guidelines we read:

“Whether a merger is likely to diminish competition by enabling firms more likely, more successfully or more completely to engage in tacit collusion depends on whether market conditions, on the whole, are conducive to reaching terms of co-ordination and detecting and punishing deviations from those terms.”

In addition under the EU Merger regulation, the policy is very similar to US counterpart. Therefore preventing the formation of market conditions by forbidding merger which creates environment and incentive for tacit collusion and facilitating practices is presumably the best solution for potential oligopolistic inefficiencies.

But questions arising for forbidding existent tacit collusion: Should the law throw up its hand in such a case, on the ground that there is no feasible remedy, or should it punish or enjoin the tacit cartel just as if it were an express cartel? If tacit collusion forbidden, how would a seller, in a market in which the market conditions enabled convergence on a joint maximizing price, set his price? Would he be compelled to adopt cost-plus pricing? Would entry into cartelized markets be deterred because an entrant who has successfully entered such a market charged the prevailing market price might be prosecuted as a tacit colluder?<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> *Supra* note 11, at 294.



When firms know they are highly interdependent, how can somebody help ensure they compete instead of find various ways to cooperate? That, in essence, is the "oligopoly problem" confronting antitrust law enforcers everywhere, especially in markets where collusion is particularly profitable and easy. Obviously, part of the solution is to prosecute and heavily sanction explicit collusion. Unfortunately, the more effective this is, the more firms interested in colluding will tend to substitute other means of co-operation which do not produce the kind of evidence for agencies need to win a cartel case<sup>34</sup>.

If we consider the normative analysis of tacit collusion; the question is whether we can do something beyond forbidding facilitating practices and mergers which create proper conditions for tacit collusion.

The traditional discussion on this question, about forbidding tacit collusion, between Posner and Turner now seems to focus on exploitative behaviors such as fixing prices. Tacit collusion on exclusionary conducts is much more open to interfere by antitrust agencies because of the relative easiness of applying remedies. But for the supra-competitive pricing resulted from tacit collusion the potential remedies are only (a) direct price regulation or (b) a structural deconcentration policy. Applicability of these remedies is arguable<sup>35</sup>.

Proofing is the key issue for *ex-ante* or *ex-post* investigations about tacit collusion. For reaching a conclusion that there is a real tacit collusion or oligopoly problem generally we must focus on concentration (number of firms in the market<sup>36</sup>) and barriers to entry<sup>37</sup>, ability of colluders to detect cheaters and applicability of a severe punishment mechanism for cheaters.

---

<sup>34</sup> *Supra* note 18, at 17.

<sup>35</sup> *Supra* note 18, at 228.

<sup>36</sup> A larger number of firms means higher "transactions costs" that require to engage in tacit collusion – both the number of meetings or direct communications that might be required (explicit collusion) and the costs of observing and adjusting to other firms' behavior grow faster than the number of firms colluding. More differing costs and other characteristics make it difficult to agree on a mutually profitable course of action.

<sup>37</sup> As such barriers drop, so generally does the profit pay-off to tacit collusion.

In the following part of the study, preceding discussions from explicit collusion to tacit collusion will be reviewed under the approaches of EU and US practices.

## II. US and EU Case Law on Oligopoly

Cases concerning collusions in restrained of trade present an apparent conflict between the individuals' presumptive right to freedom of contract and the public's interest in protection from the threat of uncontrolled economic power. The governing principle is that such behaviors are unenforceable and even accusable if the resulting combination tended to harm public's interest<sup>38</sup>. Hence it is normal for US and EU which adopted free market economic system to chase a vibrant exploration for a better system of balancing individual and public interests for collusions, combinations and other cooperative activities among competitors in a marketplace.

### *A. United States Case Law on Oligopoly*

In the United States the Sherman, Clayton and FTC Acts provide the basis for antitrust enforcement against oligopoly behavior. Section 1 of the Sherman Act prohibits agreements that restrain trade. Section 2 of the same act prevents, among other things, conspiracies to monopolize. Section 7 of the Clayton Act forbids mergers or acquisitions that, among other things, substantially increase the risk of anticompetitive coordination. Finally, section 5 of the FTC Act prohibits unfair methods of competition.

A plaintiff in a section 1 action must establish the existence of an agreement between two or more parties from which unreasonable anti-competitive effects result. Naked horizontal agreements to fix prices, restrict output, or allocate customers or markets have long been deemed to be per se illegal under the Act. Other agreements are judged by "rule of reason" analysis, under which their anticompetitive effects are weighed against any procompetitive benefits for which the agreements are reasonably necessary.

---

<sup>38</sup> David Millon, *The Sherman Act and the Balance of Power*, in THE POLITICAL ECONOMY OF THE SHERMAN ACT 102-103 (E. Thomas Sullivan ed., 1991).

In *Interstate Circuit* case<sup>39</sup>, the manager of two large theater circuits which sent identical correspondence to eight film distributors, requiring them to fix minimum admission prices for subsequent runs of movies. Each letter listed the names of all addressees. The Supreme Court found sufficient proof of conspiracy, as each distributor knew the others had received a similar letter. But 15 years later in *Theater Enterprises* case<sup>40</sup> the Supreme Court seems to adopt a more restrictive interpretation of Section 1 to be applied to oligopolies. The owner of a Baltimore movie theater complained about the refusal by the major distributors in Baltimore to provide his theater with first run releases; the owner claimed that an agreement in violation of Section 1 existed among the defenders. The Supreme Court expressed that:

“This Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but ‘conscious parallelism’ has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.”

However, one can distinguish *Theater Enterprises*, where little or no evidence of interdependence was found, from the *Interstate* analysis.

Typically, to infer an agreement, plaintiffs must prove the existence of parallel conduct along with certain “plus factors” which tend to show that the conduct was the product of an anticompetitive scheme. The cases usually frame the question as one of whether the plaintiff provided sufficient evidence to allow a reasonable jury to infer an agreement. Traditional plus factors include evidence that defendants’ actions were against their unilateral self-interest, proof of direct communication between rivals, evidence of opportunities to collude, evidence of anticompetitive intent on the part of the defendants, and lack of a legitimate business justification for defendants’ practices.

---

<sup>39</sup> *Interstate Circuit Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

<sup>40</sup> *Theater Enterprises Inc. v. Paramount Film Distri. Corp.*, 346 U.S. 537 (1954).

In part because of the inherent difficulties associated with circumstantial evidence, tacit collusion can be very difficult to prove<sup>41</sup>. In addition to evidence of parallel conduct, direct evidence of a conspiracy (both documents and testimony) will generally be most persuasive. This evidence can conclusively establish the existence of an agreement. Evidence of practices by the defendants (such as information exchanges) that facilitate collusion can also be effective, particularly where the practices in question serve no important legitimate business purpose.

Briefly, facilitating practices may be described as activities that tend to promote interdependent behavior among competitors by reducing their uncertainty as to each other's future actions, or diminishing their incentives to deviate from a coordinated strategy. Because uncertainty is the most general of the impediments to cartel-like results in oligopoly and collective practices reducing such uncertainty are dangerous to competition.

But on the other hand, facilitating practices may serve procompetitive, as well as anticompetitive purposes. For instance, advertising on pricing may eliminate price dispersion in the market and benefits consumer. Typically, challenges occur when firms in a concentrated industry agree to exchange competitively sensitive information such as price data<sup>42</sup>. Generally, when facilitating practices lack any countervailing efficiency justification, courts have found them unlawful given the substantial likelihood of their increasing tacit collusion among oligopolists<sup>43</sup>. And, agreements to engage in practices that "facilitate" anticompetitive coordination by reducing uncertainty or diminishing incentives to deviate from coordinated terms are also subject to challenge under Section 1. Such agreements are generally reviewed under the rule of reason, and their legality is determined by assessing whether plausible procompetitive business justifications exist for their use, and whether they are likely to result in substantial harm to competition.

---

<sup>41</sup> See e.g., *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209 (1993).

<sup>42</sup> *United States v. Airline Tariff Publishing Co.*, 836 F.Supp. 9 (D.D.C. 1993).

<sup>43</sup> See *National Macaroni Manufacturers Association v. FTC*, 345 F.2d 421 (7th Cir. 1965); *FTC v. Cement Institute*, 333 US 683 (1948); *United States v. Container Corp. of America*, 393 US 333 (1969).

But where no more can be shown than unilateral, parallel adoption of a facilitating practice by members of an oligopoly, the unique scope of section 5 of the FTC Act can be used to prohibit them as an "unfair method of competition" upon an appropriate showing. In *E. I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC* case<sup>44</sup> the Second Circuit Court of Appeals articulated the legal standard of liability under section 5 for unilateral conduct in an oligopolistic industry:

"Absent a tacit agreement, at least some indicia of oppressiveness must exist such as (1) evidence of anticompetitive intent or purpose on the part of the producer charged, or (2) the absence of an independent legitimate business reason for its conduct."<sup>45</sup>

In recent years, the FTC has entered into several consent agreements in cases alleging that an invitation to collude violated section 5 of the FTC Act. Under this theory, solicitations to engage in anticompetitive conduct such as price fixing or market division, under some circumstances, may be unlawful as an unfair method of competition, even in the absence of a showing that a consummated agreement would have created monopoly power, as alleged in the *American Airlines* case<sup>46</sup>.

In a case by 9<sup>th</sup> Circuit several oil companies were charged with fixing their wholesale prices to retailers<sup>47</sup>. The district court gave summary judgment for the defendants; the Ninth Circuit reversed. That court began by accepting the proposition that the simple oligopolistic price leadership model would not be a conspiracy. Nevertheless, the court allowed the jury to find a price-fixing conspiracy among the refiners because a defendant issued press releases announcing its price increase; another posted a sign outside its plant stating its price; and a third answered its telephone when the press called and answered questions about its current selling price. From these individual conducts, the court held that the jury might infer an agreement among the oil companies to publi-

---

<sup>44</sup> *E. I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC*, 729 F. 2d 128 (2d Cir. 1984).

<sup>45</sup> *Id.* at 140.

<sup>46</sup> *United States v. American Airlines, Inc.*, 743 F.2d 114 (5th Cir. 1984), cert. dismissed, 474 US 1001 (1985).

<sup>47</sup> *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation*, 906 F.2d 432 (9th Cir. 1990), cert. denied, 111 S. Ct. 2274 (1991).

cize price increases and might infer from that agreement, in turn, an agreement to fix prices.

The court apparently recognized publicizing price increases reduced the risk of price-leading. If A leads a price increase and quickly gets the news to its rivals, their response will occur sooner. If they follow, market prices rise; if they do not follow, A can retract quickly. The faster A gets the news out to rivals that it has increased prices, the more willing it is to lead a price increase. Publicity thus facilitates oligopolistic price increases. Publicity may also be legitimate. The Ninth Circuit replied that each defendant needed only to tell its dealers privately about its wholesale price. The court saw no legitimate need to tell the newspapers, the government, consumers, and rivals.<sup>48</sup>

In *Baby Food Antitrust Litigation* case<sup>49</sup>, plaintiffs were direct purchasers of baby food from the defendant manufacturers. The claim was the defendants were conspiring to create and maintain high prices for baby food in the United States. Court of Appeals for the Third Circuit found no direct evidence of agreement and discussed tacit collusion and oligopoly pricing:

“Because the evidence of conscious parallelism is circumstantial in nature, courts are concerned that they do not punish unilateral, independent conduct of competitors. They therefore require that evidence of defendant’s parallel pricing be supplemented with ‘plus factors.’ The simple term ‘plus factors’ refers to ‘the additional facts or factors required to be proved as a prerequisite to finding that parallel action amounts to a conspiracy.’ They are necessary conditions for the conspiracy inference.”

9<sup>th</sup> Circuit in *Esco Corp. v. United States* case<sup>50</sup> argued the controversy of tacit collusion with following example:

“While particularly true of price-fixing conspiracies, it is well recognized law that any conspiracy can ordinarily only be proved by inferences drawn from relevant and competent circumstantial evidence, in-

---

<sup>48</sup> Phillip Areeda, *Past Present and Future The State of Antitrust: Conspiracy*, 61 ANTITRUST L. J. 93, 95 (1992).

<sup>49</sup> 166 F.3d 112 (3d Cir. 1999).

<sup>50</sup> 340 F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1965).

cluding the conduct of the defendants charged. *Daily v. United States*, 282 F.2d 818, 820 (9th Cir. 1960). A knowing wink can mean more than words. Let us suppose five competitors meet on several occasions, discuss their problems, and one finally states - 'I won't fix prices with any of you, but here is what I am going to do -- put the price of my gadget at X dollars; now you all do what you want.' He then leaves the meeting. Competitor number two says - 'I don't care whether number one does what he says he's going to do or not; nor do I care what the rest of you do, but I am going to price my gadget at X dollars.' Number three makes a similar statement - 'My price is X dollars.' Number four says not one word. All leave and fix 'their' prices at 'X' dollars.

We do not say the foregoing illustration compels an inference in this case that the competitors' conduct constituted a price-fixing conspiracy, including an agreement to so conspire, but neither can we say, as a matter of law, that an inference of no agreement is compelled. As in so many other instances, it remains a question for the trier of fact to consider and determine what inference appeals to it (the jury) as most logical and persuasive, after it has heard all the evidence as to what these competitors had done before such meeting, and what actions they took thereafter, or what actions they did not take.”

Indirect evidence that tends to prove that each defendant's conduct would not be in its own individual self-interest in the absence of an agreement can also be persuasive. Courts sometimes refer to this as evidence that the defendant's conduct lacked independent business justification<sup>51</sup>. Next is evidence that the defendants' stated reasons for their conduct were merely pretextual. Finally, and least persuasive, is evidence that the defendants were exposed to opportunities to collude.

In the wake of the US Supreme Court's admonition that inferences of horizontal conspiracies must make “economic sense,”<sup>52</sup> courts are also

---

<sup>51</sup> The courts might have considered cheating was profitable than colluding but this arguments lost its credibility after game theory showed that in the long run cheating is not a plausible strategy. As the game theory suggest, in repeated games cheating is not a dominant strategy for oligopolist who would probably be retaliated by others. In another words, the ability to monitor and punish may be enhanced in a repeated game. Monitoring may become more accurate in repeated games because firms will have more frequent opportunities to gain wind of cheating by co-conspirators.

<sup>52</sup> *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574, 587 (1986).

increasingly likely to turn to evidence bearing on the conduciveness of the relevant market to collusion. Facts which tend to demonstrate that the defendants would find it feasible and profitable to reach terms of coordination, monitor compliance with those terms, and punish deviation can help persuade a court to infer collusion, while facts tending to show that a coordinated scheme is not economically plausible under current market conditions will militate against such an inference. Advances in economic analysis may also ultimately aid the determination of whether collusion has occurred<sup>53</sup>.

In *Petruzzi's IGA Supermarkets, Inc. v. Darling-Delaware Company, Inc.* case<sup>54</sup> the court said:

"To establish a conspiracy based on consciously parallel behavior, a plaintiff must show: - That the defendants' behavior was parallel; - that the defendants were conscious of each other's conduct and that this awareness was an element in their decision-making processes; and - certain plus factors ... However even without this evidence [the plus factors] purporting to show a traditional agreement, we have stated that a plaintiff can survive summary judgment if it shows that the defendants had a motive to conspire and acted contrary to their self-interest."

The Court in preceding case considered "a motive to conspire" and "acting contrary to its self-interest" as conditions for tacit collusion finding without facilitating plus factors. Neither of the condition is easily applicable for tacit collusions. A firms motive to conspire is a though evidence to bring up and self-interest argument is open to debate after strategic behavior approach introduced by game theory. So "acting contrary to its self-interest" should be considered when cheating is the dominant strategy after finding the market conditions favors cheating by either making detection difficult or retaliation less harmful.

In *Bogosian v. Gulf Oil Corp.* case<sup>55</sup> held by Third Circuit, plaintiff contended that independent self-interest test would indicate that each oil company seeks to market gasoline to their competitors' lessees, and that

---

<sup>53</sup> See, e.g., RICHARD POSNER & FRANK EASTERBROOK, ANTITRUST CASES, ECONOMIC NOTES AND OTHER MATERIALS 341 (2d ed. 1981).

<sup>54</sup> 998 F.2d 1224 (3d Cir. 1993).

<sup>55</sup> 561 F.2d 434, 445-46 (3d Cir. 1977), cert. Denied, 434 U.S. 1086 (1978).



the failure to so compete can be explained only by a mutual understanding, tacit or expressed, that gasoline be marketed to lessee-dealers on an exclusive basis. The motivation to participate in such an agreement, of course, is the elimination of price competition among oil companies at the wholesale level.

Tools provided by application of Section 1 of Sherman act and Section 5 of the FTC Act appear to be focused of explicit collusions and facilitating practices. And Courts' wisdom is far from constituting a pervasive rule for tacit collusion under these antitrust rules. Another possibility for resisting oligopolistic inefficiencies is using Section 2.

To prove a section 2 conspiracy violation, the plaintiff must establish (1) the existence of a combination or conspiracy, (2) some overt act in furtherance of the conspiracy, and (3) specific intent to monopolize<sup>56</sup>. The most important aspect of section 2 conspiracy cases is typically the existence of an agreement to engage in objectionable conduct. As with section 1, the agreement may be established through either direct or circumstantial evidence. Inferences of conspiracy under section 2 are governed by the same general principles applied in section 1 cases. The requirement that defendants possess a specific intent to monopolize can be proved by direct evidence of actual intent, or can be inferred from conduct<sup>57</sup>.

The decision in *American Tobacco* case<sup>58</sup> is important for the use of Section 2 as an effective oligopoly market control tool. In this case, the three leading cigarette manufacturers were alleged to violate Section 2. Though none had an individual position of monopoly power, on an aggregate basis they had a virtually impregnable share of cigarette production in excess of monopolistic levels. It was found that the firms could jointly act in a way which tended to raise prices and inhibit competitors;

---

<sup>56</sup> *American Tobacco Co. v. United States*, 328 US 781, 809 (1946).

<sup>57</sup> *Great Escape, Inc. v. Union City Body Co.*, 791 F.2d 532, 541 (7th Cir. 1986).

<sup>58</sup> *Supra* note 56, at 809.

therefore they could be guilty collectively of monopolizing in violation of Section 2<sup>59</sup>.

In *Bailey v. Allgas, Inc.* case<sup>60</sup>, the court remarked that;

“[t]he most reliable method of proving an oligopoly may be through extensive analysis of historical price and output data for all the competitors within a relevant market. By examining such data, and even comparing data with similar retailers operating in non-oligopolistic markets, it may be possible to discern whether there is an interdependence in price and output between *leading retailers* in the market.”

Despite these couple of cases stating somewhere that Section 2 can be applicable to tacit collusions. There is not any decision of Supreme Court or circuit courts finding tacitly collusive behaviors violation of Section 2 under shared monopoly concept. Furthermore Supreme Court's decision in *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*<sup>61</sup> can be considered to link Section 1 and Section 2 provisions for shared monopoly subject in a way that any type of collusion which does not violate the Section 1 can not be considered as a conspiracy to monopolize. In other words, while not all Section 1 claims amount to a conspiracy to monopolize, every combination or conspiracy that offends Section 2 can easily be held to be an unreasonable restraint of trade under Section 1. The Supreme Court affirms this reasoning, suggests that unless a plaintiff could prevail on its Section 1 claim it could not establish a conspiracy to monopolize.

The fact that a law that punished only cartelization could be evaded by consolidation of cartel members into one firm provides economic justification for refusal of majority of the Supreme Court in the *Northern Securities* case<sup>62</sup>.

Section 7 of the Clayton Act, prohibits mergers;

---

<sup>59</sup> Barry J. Rodger, *The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance: EC Developments in the Light of US Trends in Antitrust Law and Policy*, 2 COLUMBIA JOURNAL OF EUROPEAN LAW 25, 34 (1996).

<sup>60</sup> *Bailey v. Allgas, Inc.*, 284 F.3d 1237 (11th Cir. 2002).

<sup>61</sup> *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 119 S. Ct. 493 (1998).

<sup>62</sup> *Northern Securities Co. V. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

“where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.”

The focus of section 7 inquiry is whether a proposed transaction creates an “appreciable danger” of anticompetitive effects, regardless of whether those effects result from post-merger conduct that would be actionable under Section 1 or 2 of the Sherman Act. Accordingly, a merger that would substantially enhance the ability of firms in the post-merger market to engage in oligopoly pricing, conduct that by itself is outside the scope of the Sherman Act may be prohibited under Section 7.<sup>63</sup>

In general, as markets become more concentrated, coordination becomes easier and thus more likely. A merger in a market that is already susceptible to coordination, or which makes a market substantially more susceptible, is likely to violate section 7. However, concentration alone does not necessarily make a market conducive to coordination<sup>64</sup>. Whether a market is predisposed to such conduct depends upon the interaction of many factors affecting the ability and incentive of firms in the market to coordinate, detect deviations, and punish deviators.

In *Hospital Corporation of America v. FTC* merger case<sup>65</sup> the Court stated that:

“When an economic approach is taken in a section 7 case, the ultimate issue is whether the challenged acquisition is likely to facilitate collusion. In this perspective the acquisition of a competitor has no economic significance in itself; the worry is that it may enable the acquiring firm to cooperate (or cooperate better) with other leading competitors on reducing or limiting output, thereby pushing up the market price ... The fewer competitors there are in a market, the easier it is for them to coordinate their pricing without committing detectable violations of section 1 of the Sherman Act, which forbids price fixing ... Section 7 does not require proof that a merger or other acquisition has caused higher prices

---

<sup>63</sup> Philadelphia National Bank, 374 US 321 (1963); Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 US 209, 227-230 (1993).

<sup>64</sup> *Supra* note 53, at 41-43.

<sup>65</sup> *Hospital Corporation of America v. FTC*, 807 F.2d 1381, 1386 (7th Cir. 1986).

in the affected market. All that is necessary is that the merger creates an appreciable danger of such consequences in the future.”

In the merger guideline<sup>66</sup> which states principles pursued by agencies reviewing mergers in US, tacit collusions is given as an incident of coordinated interaction that harms consumers:

“A merger may diminish competition by enabling the firms selling in the relevant market more likely, more successfully, or more completely to engage in coordinated interaction that harms consumers. Coordinated interaction is comprised of actions by a group of firms that are profitable for each of them only as a result of the accommodating reactions of the others. This behavior includes tacit or express collusion, and may or may not be lawful in and of itself ... the Agency will examine the extend to which post merger market conditions are conducive to reaching terms of coordination, detecting deviations from those terms, punishing such deviations.”

It can be considered that merger control in US provides necessary tools to prevent mergers having potential to create a marketplace conducive to be available for explicit or tacit collusion and facilitating practices for collusion.

For general assessment of US case law on oligopolies, we may concede that explicit collusions and facilitating practices are much more deemed to be a violation of Section 1 of Sherman Act (and Section 5 of FTC Act for facilitating practices). As an *ex-ante* effort to prevent collusions the merger rules seems to be adequate for all type of collusions. But the practice based on Section 2 of Sherman Act does not provide a safer harbor for limiting inefficiencies created by tacit collusions. In other words, shared monopoly concept is not being used as heavily as collective dominance, its counterpart in EU legislation, for tacit collusions.

### *B. EU Case Law on Oligopoly*

In 30<sup>th</sup> Report on Competition Policy<sup>67</sup> of EU, it was stated that the competition policy is one of the pillars of the European Commission's

---

<sup>66</sup> US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, 1992, amended 1997, 4 CCH Trade Reg. Rep. 1113,104.

<sup>67</sup> [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2000/en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2000/en.pdf)

action in the economic field. This action is founded on the principle, enshrined in the Treaty, of "an open market economy with free competition."<sup>68</sup>

The same Treaty specifies rules that regulate agreements and concerted practices, and rules that control dominant firm behavior (Article 81 and 82). Together with the Merger Regulation, adopted in 1989, these provisions form the heart of European competition legislation. Article 81(1) declares that agreements that distort competition are incompatible with the common market; Article 82 on the other hand prohibits abuse of dominant position.

It seems that fighting to cartels or oligopolies has a particular priority for EU. In its 1999 Report on Competition Policy<sup>69</sup>, Commission declared that:

"Of all restrictions of competition, restrictive practices in the form of secret agreements are undoubtedly the most destructive ... The Commission is committed to an extremely tough stance against cartels, particularly following the adoption of the euro as a common currency. The changeover to the euro in 11 Member States should increase price transparency within the Union and, as a result, intensify competition to the benefit of consumers. This must not be countered by restrictive agreements designed to sidestep market confrontation by artificially fixing prices or other trading conditions, which in the long term could push up inflation and undermine the foundations of economic and monetary union."

Furthermore, creating a common market or eliminating national borders economically is the major aim of the founding Treaty<sup>70</sup>. Cartels or collusions dividing markets mainly nationally are the most hostile

---

<sup>68</sup> ELEANOR M. FOX, *THE COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN UNION* 784 (2002).

<sup>69</sup> EUROPEAN COMMISSION, *XXIXTH REPORT ON COMPETITION POLICY* (1999).

<sup>70</sup> Competition policy combined with the free movement principle is to the European Union what the free enterprise ethic combined with the interstate commerce clause of the Constitution is to the United States.

behaviors for EU market integration<sup>71</sup>. A territorial strategy has often been employed by firms in Europe, where national markets were historically isolated by trade barriers. French firms feared that if they began to sell in Germany, German firms, in retaliation, would dump their product on the French market, and vice versa. Patterns of mutual deference or spheres of influence developed, reinforcing oligopoly<sup>72</sup>.

In EU, oligopoly problem is being handled by both 81 and 82. As can be seen from subsequent cases, for explicit collusions and concerted practices article 81 has been used, and for tacit collusions and mergers creating oligopolistic inefficiencies article 82 has been the tool for competition law. This separation was created by the European Court of Justice (ECJ) and Court of First Instance (CFI) case law.

Article 81(1) provides that:

“The following shall be prohibited as incompatible with the common market: *all agreements* between undertakings, decisions by associations of undertakings and *concerted practices* which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market ...”

Similar to US practice in EU there is no hardship for condemning explicit collusions. For situations which fell short of a typical cartel the Commission has resorted more and more to the use of indirect means of proof to show the existence of collusion on the market in the absence of direct evidence of explicit collusion. In this context, the Commission usually resorts to the notion of “*concerted practice*” contained in Article 81(1) of EC Treaty. This concept is similar to collusions which can be proved by circumstantial evidences in US.

The reference to “concerted practices” in Article 81 brings under its control forms of collusive behavior that do not qualify as agreements and decisions by associations of undertakings. Concerted practices concept ensures that firms cannot avoid the prohibition on anti-competitive

---

<sup>71</sup> There are some exceptions to prohibition of cartels like maritime transportation exemptions.

<sup>72</sup> *Supra* note 68, at 805.

practices contained in Article 81 by providing that the collusive behavior is characterized by a lesser degree of formality than is inherent in either "agreement" or "decision", however expansively interpreted<sup>73</sup>.

Essential elements of the concerted practices have been clarified in the historical decision of ECJ in *Dyestuffs* case<sup>74</sup>. Commission fined several producers for alleged involvement in concerted practices to fix prices. Decision was based on evidence of similarity of the rate and timing of price increases, and of informal contact between the firms. ECJ held that:

"Although every producer is free to change his prices, taking into account in so doing the present or foreseeable conduct of his competitors, nevertheless it is contrary to the rules of competition contained in the Treaty for a producer to cooperate with his competitors, in any way whatsoever, in order to determine a coordinated course of action relating to a prices increase and to ensure its success by prior elimination of all uncertainty as to each other's conduct regarding the essential elements of that action, such as the amount, subject-matter, date and place of the increases."<sup>75</sup>

Later, in the *Suiker Unie* case<sup>76</sup>, ECJ explained that the criteria of "coordination" and "cooperation" in *Dyestuffs* did not require the working out of an actual plan. The Court defined a concerted practice as being:

"A form of cooperation between undertakings, which, without having been taken to the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes for the risks of competition, practical cooperation between them which leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market ... Such practical cooperation amounts to a concerted practice, particularly if it enables the persons concerned to consolidate established positions to the

---

<sup>73</sup> Trevor Soames, *An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance*, 1 ECLR 25, (1996).

<sup>74</sup> ICI v. Commission, Case 46/89, 1972 E.C.R. 619, 1972 C.M.L.R. 200.

<sup>75</sup> *Id.* at para. 64.

<sup>76</sup> *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie v. Commission*, Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, 1975 E.C.R. 1663, 1976 C.M.L.R. 295, p. 425.

detriment of effective freedom of movement of the products in the common market and of the freedom of consumers to choose their suppliers.”<sup>77</sup>

The insertion of the word “knowingly” in the extract cited above makes it clear that the ECJ considered that tacit collusion or unconscious parallel conducts could not constitute a concerted practice but left the door ajar for any direct or indirect contacts to be accused<sup>78</sup>. It appears from the following statement of ECJ that these kinds of contacts can be deemed as facilitating practices:

“... concerted practice had to be understood in the light of the concept inherent in the provisions of the Treaty relating to competition that each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market including the choice of the persons or undertakings to which he makes offer or sells.

Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object and effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market.”<sup>79</sup>

So, article 81 to be applied, there should be coordinated behavior that a result of direct or indirect contact and the purpose of such contact must be to affect market behavior.

The most illustrative expression of this principle in this respect remains the judgment of ECJ in the Wood Pulp decision<sup>80</sup>. In this case the Commission challenged the practices of 40 wood pulp producers. ECJ held that the practice of issuing quarterly price announcements in dollar terms did not infringe Article 81(1). The Court stated that parallel conduct cannot be regarded as furnishing proof of concerted practice, unless

---

<sup>77</sup> *Id.* at para. 26.

<sup>78</sup> *Supra* note 73, at 26.

<sup>79</sup> *Supra* note 76, at para. 173-74.

<sup>80</sup> *A. Ahlstrom Osakeyhtio v. Commission*, Cases C-89, 104, 114, 116-117, 125-129/85 (1992) ECR I-1307.



this practice constituted the only plausible explanation for such conduct. The Court found that the system of price announcements and the parallelism of the announced prices could be explained by the reasons other than consciously coordinated behavior, such as common business practices, rapid means of communication, and the transparency of the market. In other words, anti-competitive parallel behavior (for instance, announcing prices and adhering to the announcements) not only constitutes a conduct perfectly compatible with Article 81 of the Treaty but also provides for a defense against any claims of concerted practices based on parallel behavior on the market.

The position taken by the CFI in *Fiatagri and New Holland v Commission* case<sup>81</sup> may cast more light on this issue. In essence, CFI has upheld a Commission decision prohibiting a sophisticated system of exchange of information set up by a number of tractor manufacturers in the UK, aimed at monitoring the sales in the market with a view to preventing parallel imports. In endorsing the Commission position, the Court seems therefore to accept that these practices can be directly challenged even in the absence of more comprehensive anti-competitive agreement between the parties. Secondly, when pointing to the anti-competitive effects of the practice, the Court refers to the fact that;

“general use of exchange of price information on a highly concentrated oligopolistic market on which competition is already greatly reduced and exchange of information facilitated is likely to impair considerably the competition which exists between traders”.

In that respect, the Court seems to focus on the anticompetitive potential effects of the practice having regard to the structural conditions existing on the market at least whenever the exchange of information system implies the existence of an anticompetitive agreement. This judgment has also been recently upheld by the Court of Justice<sup>82</sup>.

The judgment of ECJ in *Woodpulp* case confirmed that Article 81 cannot be applied to tacit collusion and that it is not sufficient for Commission to rely on parallel behavior as proving, of itself, the existence of

---

<sup>81</sup> Case T-34/92, *Fiatagri and New Holland v Commission*, (1994) ECR II-907.

<sup>82</sup> *Supra* note 18, at 214-215.

concerted practices contrary to Article 81 unless, after detailed economic analysis, that is the only plausible explanation. It should be admitted that finding a pure case in which the only explanation of parallel behavior is tacit collusion is a very tough task. In this case, the concept of concerted practice is well defined but does not extend to tacit collusion.

As Article 81 does not provide a system capable of controlling tacit collusion in oligopolistic markets, the concept of joint or collective dominance under Article 82 has become of greater importance since it could provide such a means of usage<sup>83</sup>.

ECJ's definition for dominant position in *Hoffman-La Roche v. Commission* case<sup>84</sup> was as follows:

"The dominant position referred to in Article 82 relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers."

A dominant position connotes economic power in a market, for example, a power to impose market terms on competitors. For one or more undertaking to be held accountable for an antitrust infringement under Article 82, it is not enough to find them having dominance position. In addition, it should be proven that they have abused their market power. Article 82 lists four particular but non-exhaustive courses of conduct that may be abusive. The list includes some conduct that directly associated with the existence of market power and is often referred to as exploitative in that it represents the use of power over price to extract more than "fair" or "competitive" prices from customers. Imposing unfair prices and limiting production fall within this category. Other conduct on the list is coercive, such as requiring a contracting party to accept an obligation that has no relationship to the subject of the contract, or conduct that is otherwise unfair, such as discriminating among customers and thereby placing the disfavored customer at a competitive disadvantage.

---

<sup>83</sup> *Supra* note 73, at 29-30.

<sup>84</sup> *Hoffman-La Roche v. Commission*, Case 85/76, [1979] ECR 461, para. 4.

For oligopoly problem, Article 82's "one or more undertakings" clause has great importance. Article 82 prohibits abuse of joint or collective dominance created by more than one undertakings. Joint dominance is not simply cartel behavior, which is caught, if at all, by article 81.

Oil crisis in 1970's initiated a concern over the lack of supply in Europe. Commission assessed the risk of collusionary behavior by oil refiners. Despite of certain price regulations during the crisis, the refiners were seen as exercising a dominant position collectively on the market because of the relative shortage of oil. In spite of the fact that these structural changes on the market resulted in a Commission finding of a collective dominant position, neither conduct contrary to Article 81 nor collectively abusive practices were discovered. These led to the *BP-ABG* decision<sup>85</sup>, in which the Commission depended on the finding of collective dominance by the international oil companies in its Statement of Objections, even if it ultimately avoided the issue in the final decision. This was the first time the Commission recognized oligopolists as possessing such a dominant position<sup>86</sup>.

For the combined effects of the judgment of ECJ in a number of cases in which it sought to maintain a distinction between the application of Article 81 and 82, joint dominance did not rear its head again until the late 1980s when it became expedient for Commission to revive it with a view to its use as an additional method of concentration control if the Council of Ministers failed to adopt what was ultimately to become the merger regulation.

The first major decision that Commission was thought about collective dominance concept without stating so explicitly was *Magill* decision<sup>87</sup>. *Magill* an Irish publication company, decided to publish a weekly listing of all TV programs offered. At that time existing TV companies ITP, BBC and RTE were publishing weekly guides to only their own programs individually. All three companies refused to supply *Magill* with listing requested. Upon a complaint by *Magill*, Commission initiated

---

<sup>85</sup> *British Petroleum Maatschappij BV v. Commission*, Case 77/77, 1978 E.C.R. 1513, 1978 C.M.L.R.

<sup>86</sup> *Supra* note 59, at 40.

<sup>87</sup> 1989 O.J. (L 78) 43.

proceedings against TV companies under Article 82. In its decision Commission stated that each TV company individually held a dominant position. But the real concern was the removal of competitor from the market because of parallel conduct<sup>88</sup>.

The *Italian Flat Glass* case<sup>89</sup> was the first decision that CFI has directly approached the question of collective dominance under Article 82. The Commission held that three Italian producers of flat glass had infringed both Article 81 and 82. With regards to Article 82, the Commission found that the three producers enjoyed a collective dominant position, operating in a so-called "tight oligopoly" and thereby enjoying a degree of independence from competitive pressures that enabled them to impede the maintenance of effective competition. The Commission added that the undertakings present themselves on the market as a single entity and not as individuals<sup>90</sup>.

CFI declared that to establish an infringement of Article 82 "it is not sufficient ... to 'recycle' the facts constituting an infringement of Article 81...."<sup>91</sup> Because Article 82 is designed to control anti-competitive behavior by one or more firms enjoying a significant degree of market power, with a view to either exploit this position to gain supracompetitive profits (exploitative abuses) or to drive the other competitors out of the market (exclusionary abuses).

The most important statement of CFI regarding to collective dominance concept in *Italian Flat Glass* case was as follows:

"there is nothing in principle to prevent two or more independent economic entities from being, on a specific market, united by such economic links that, by virtue of that fact, together they hold a dominant position vis-à-vis the other operators on the same market. This could be the case where two or more independent undertakings jointly have, through agreements or licenses, a technological lead affording them the

---

<sup>88</sup> *Supra* note 59, at 42.

<sup>89</sup> *Supra* note 2.

<sup>90</sup> *Supra* note 2, at para. 78-79.

<sup>91</sup> *Supra* note 2, at para. 360

power to behave independently of their competitors, their customers and ultimately of their consumers".<sup>92</sup>

The precise meaning of "economic links"<sup>93</sup> is unclear. Does it refer to arrangements which would be capable of falling within the scope of Article 81 or does it refer to some other type of links?

In *Compagnie Maritime* case<sup>94</sup>, members of a shipping conference in the liner market between northern Europe and western Africa joined together to eliminate an independent competitor. Shipping conferences are authorized by regulation to cooperate on rates and allocation of cargo, and they enjoy a limited block exemption from Articles 81. In this case CFI reiterated the concept decided in *Italian Flat Glass* case: "It is settled case-law that Article 82 is capable of applying to situations in which several undertakings together hold a dominant position on the relevant market"<sup>95</sup>. Later CFI argued the links between shipping companies as follows:

"As a result of the close relations which shipping companies maintain with each other within a liner conference, they are capable together of implementing in common on the relevant market practices such as to constitute unilateral conduct. Such conduct may involve infringement of Article 82 if the other requirements for the application of that provision are also met."<sup>96</sup>

The liners defended Article 82 charges by stating that there were no economic links between them apart from the conference agreement, and that the Commission was merely transposing an Article 81 complaint to Article 82 application. Rejecting these arguments, the ECJ declared that;

"the critical question was whether from an economic point of view [the undertakings] present themselves or act together on a particular market as a collective entity ... A liner conference [as defined in the block

---

<sup>92</sup> *Supra* note 2, at para. 358.

<sup>93</sup> Even agreements or licenses were given as examples for it at para. 358.

<sup>94</sup> *Compagnie Maritime Belge Transport and others v. Commission*, Cases T-24/93, T-25/93, T-28/93, (1996), ECR II-1201.

<sup>95</sup> *Id.* at para. 60.

<sup>96</sup> *Id.* at para. 64.

exemption] can be characterized as a collective entity which presents itself as such on the market vis-à-vis both users and competitors."<sup>97</sup>

It seems from the following statements that the Commission satisfied the burden of proof for collective dominance stated previously in *Italian Flat Glass* case;

"it should be stressed that in the judgment in *Societa Italiana Vetro* the Court held, at paragraph 360, that, for the purposes of establishing an infringement of Article 82 of the Treaty, it is not sufficient to recycle' the facts constituting an infringement of Article 81, deducing from them the finding that the parties to an agreement or to an unlawful practice jointly hold a substantial share of the market; that by virtue of that fact alone they hold a collective dominant position, and that their unlawful behavior constitutes an abuse of that collective dominant position. In this case, contrary to what the applicants maintain, this cannot apply. The Commission has sufficiently proved that, quite apart from the agreements concluded between the shipping companies creating the Cewal conference, which are not contested, there were links between the companies such that they adopted uniform conduct on the market. In those circumstances, the Commission was fully entitled to consider that Article 82 could apply, subject only to the other requirements laid down by that provision being met."<sup>98</sup>

CFI clarified "economic links" to mean oligopolistic interdependence as follows in *Gencor*, a merger case:

"In its judgment in the *Flat Glass* case, the Court referred to links of a structural nature only by way of example and did not lie down that such links must exist in order for a finding of collective dominance to be made.

...

Nor can it be deduced from the same judgment that the Court has restricted the notion of economic links to the notion of structural links referred to by the applicant.

---

<sup>97</sup> *Id.* at para. 48.

<sup>98</sup> *Id.* at para. 67.

Furthermore, there is no reason whatsoever in legal or economic terms to exclude from the notion of economic links the relationship of interdependence existing between the parties to a tight oligopoly within which, in a market with the appropriate characteristics, in particular in terms of market concentration, transparency and product homogeneity, those parties are in a position to anticipate one another's behavior and are therefore strongly encouraged to align their conduct in the market, in particular in such a way as to maximize their joint profits by restricting production with a view to increasing prices. In such a context, each trader is aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share (for example a price cut) would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative. All the traders would thus be affected by the reduction in price levels."<sup>99</sup>

Two essential requirements are to be fulfilled for Article 82 to apply to tacit collusion: (a) the existence of a dominant position on a given market which enables several firms to act independently of its competitors, its customers and ultimately, of consumers and (b) conduct which is deemed abusive in the sense of Article 82.

Based then on the assumption that the members of an oligopoly enjoy a collective dominant position, any strategic conduct undertaken by these firms resulting from interaction on the market and designed to earn supracompetitive profits (such as price increase and output reduction) or excluding actual or potential rivals may be caught by Article 82. Supracompetitive prices set by the members of an oligopoly through some form of tacit collusion can be caught by article 82 (a)'s "directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions" provision, which notably prohibits unfair prices. However the Commission has so far never applied article 82 (a) to a pure oligopoly situation. But exclusionary behaviors like the ones in *Compagnie Maritime* case seem more easily adoptable in Article 82 scope.

In this connection, it must be noted that few cases of abuse of collective dominance judicially reviewed by the EC Courts concerned mar-

---

<sup>99</sup> *Id.* at para. 273-77.

ket situations characterized by the existence of economic links of a structural nature between the undertakings involved.

Struggle regarding to oligopolistic inefficiencies has two prongs. First one articulates *ex-post* interferes for current inefficiencies and the second one is taking necessary *ex-ante* steps to prevent the creation of market conditions conducive to oligopolistic inefficiencies. The latter one is the subject of merger regulations. Originally the EC Treaty of 1957 was not directed against mergers. By contrast, the European Coal and Steel Treaty which had been adopted six years earlier specifically prohibited mergers that created power. Later, Commission studied the subject and determined that Article 81 was not applicable to mergers but that Article 82 could be applicable in a proper case<sup>100</sup>. Some years later ECJ determined that Article 81 could catch agreements to acquire corporate control and could be used for merger control beside Article 82. Finally in 1989, the European Council promulgated the Merger Regulation, officially provided a merger control and pre-notification system like the one in US<sup>101</sup>.

As Richard A. Posner has suggested, "a strong antimerger policy should do much to prevent new oligopolies from emerging and loosely oligopolistic industries from becoming tightly oligopolistic."<sup>102</sup> If we interpret joint dominance as collusion in the economic sense, what is important in merger control is preventing coordination in circumstances where it looks likely that it could be sustained. The purpose of merger control shall therefore be to prevent, as far as possible, market structures, where the companies will have an incentive to coordinate their actions.

Article 2(3) of the new EU Merger Regulation<sup>103</sup> (ECMR) states that:

---

<sup>100</sup> See G. Bernini, *Jurisdictional Issues: EEC Merger Regulation, Member States Laws and Articles* 85-86, 1990 Fordham Corp.L.Inst. 611, 612 (B. Hawk ed. Transnational Juris 1991).

<sup>101</sup> *Supra* note 69, at 941.

<sup>102</sup> Richard A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, 21 STAN. L. REV. 1562, 1566 (1969).

<sup>103</sup> Council Regulation (EC) No. 139/2004 of January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24 29.1.2004.



“A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market.”

It is clear that ECMR prohibits merger that may impede effective competition and it does not limit it with the dominance.

Commission did not begin to explicitly address the issue of aggravated risk of collusion until the time of its discussion with Germany's Federal Cartel Office regarding the referral of the Alcatel/AEG Kabel case. The Henkel/Nobel decision does include a rudimentary discussion of the collective dominance problem. However, it was not until the Nestle/Perrier decision that a more thorough investigation of the threat to competition by collective market dominance was carried out<sup>104</sup>.

The Commission's first application of the concept of collective dominance in merger control is *Nestle Perrier* merger<sup>105</sup>. The Commission held that a concentration creating a duopolistic or oligopolistic dominance would be within the scope of the regulation. In that case, such a situation would be the result of a number of factors, including post-merger market share, barriers to entry and lack of present and future competition<sup>106</sup>. An interesting analysis of the decision expresses that there is an American influence on the assessment of the economics factors relevant to determining collective or oligopolistic dominance<sup>107</sup>.

But it was not until *Kali & Salz*<sup>108</sup> in 1998 that the ECJ confirmed collective dominance. Kali and Salz, the largest potash producer in the Community, proposed to acquire Mitteldeutsche Kali AG (MdK), formerly the state-owned potash producer in East Germany. MdK was the second largest potash producer in the Community. As a result of the acquisition, Kali & Salz and SCPA would hold 60% of the Community potash market outside of Germany. The Commission concluded that there

---

<sup>104</sup> *Supra* note 13, at 42.

<sup>105</sup> Case No. IV/M. 190, OJ 1992 L 356, p. 1.

<sup>106</sup> *Supra* note 59, at 45.

<sup>107</sup> Juan Briones Alonso, *Economic Assessment of Oligopolies under the Community Merger Control Regulation*, 14 EUR. COMP. L. REV. 118, 121 (1993).

<sup>108</sup> *France v. Commission*, Cases C-68/94, 30/95, [1998] ECR I-1375.

would probably be no effective competition remaining on the market because of the weak, fragmented fringe firms, the past behavior of merging entities, and the long standing and close commercial links between them, including their participation in an export cartel to third countries, a joint venture in Canada, and a buyer/supplier relationship in France.

France and SCPA sought annulment of the Commission's decision, arguing, among other things, that the ECMR proscribes only the creation or strengthening of a dominant position, not the creation or strengthening of oligopoly. The Court found that:

"... first of all, the applicants' submission, to the effect that the choice of legal bases in itself militates in favor of the argument that the Regulation does not apply to collective dominant positions, cannot be accepted ... Articles 87 and 235 of the Treaty can in principle be used as the legal bases of a regulation permitting preventive action with respect to concentrations which create or strengthen a collective dominant position liable to have a significant effect on competition.

Second, it cannot be deduced from the wording of Article 2 of the Regulation that only concentrations which create or strengthen an individual dominant position, that is, a dominant position held by the parties to the concentration, come within the scope of the Regulation. Article 2, in referring to a concentration which creates or strengthens a dominant position', does not in itself exclude the possibility of applying the Regulation to cases where concentrations lead to the creation or strengthening of a collective dominant position, that is, a dominant position held by the parties to the concentration together with an entity not a party thereto."<sup>109</sup>

The Court proceeded to examine the Commission's conclusion that the concentration would give rise to a collective dominant position. The Court concluded that the structural links were much less substantial than the Commission had alleged, and that competitive pressure from rivals, including imports, were much more substantial than the Commission had alleged:

"It is apparent that the Commission has not on any view established to the necessary legal standard that the concentration would give

---

<sup>109</sup> *Id.* at para. 165-166.

rise to a collective dominant position on the part of K+S/MdK and SCPA liable to impede significantly effective competition on the relevant market."<sup>110</sup>

This case illustrated that collective dominance is closely linked to dominance as defined in Article 82 and that it relies on a common policy, as is the case with tacit collusion.

After the failure of the holding in Kali & Salz case regarding proof of collective dominance. The need for links between collectively dominant firms was to be tested in Gencor/Lonrho case.

Two South African platinum and rhodium mining companies merged, combining Implats, a subsidiary of Gencor, having about 17% of world market sales, and LPD (a subsidiary of the UK firm, Lonrho), and having about 15% of sales. The combined firm would have had 32% of sales. The leading firm, Anglo American ("Amplats"), had about 43% of sales. Together the two resulting South African firms would have held about 89% of world reserves. Russia, through its firm Almaz, had a 22% share of sales and 10% of reserves. North American producers accounted for 5% of sales and had 1% reserves; and recycling firms accounted for 6% of sales. Russia was expected to dispose of its stocks in two years<sup>111</sup>.

The Commission found that the concentration would create a dominant duopoly and was therefore incompatible with the common market, and it prohibited the concentration. Consequently, Gencor appealed the decision. CFI analyzed as follows the evidence regarding whether the merger did indeed create a market structure in which the resulting two leading firms would gain collective dominance:

"Given the similarity in the market shares, shares of world reserves and cost structures of the undertakings at issue, the Commission was entitled to conclude that, following the concentration, the interests of Amplats and Implats/LPD with regard to the development of the market would have coincided to a higher degree and that this alignment of inter-

---

<sup>110</sup> *Id.* at para. 249.

<sup>111</sup> *Supra* note 68, at 970-71.

ests would have increased the likelihood of anti-competitive parallel behavior, for example restrictions of output.”<sup>112</sup>

The identification of collective dominance with tacit collusion was strengthened and its usage justified in *Gencor*:

“That conclusion is all the more pertinent with regard to the control of concentrations, whose objective is to prevent anti-competitive market structures from arising or being strengthened. Those structures may result from the existence of economic links in the strict sense argued by the applicant or from market structures of an oligopolistic kind where each undertaking may become aware of common interests and, in particular, cause prices to increase without having to enter into an agreement or resort to a concerted practice.”<sup>113</sup>

In above-mentioned decisions the court adopted a high standard of proof for the Commission. And those cases, i.e. *Kali & Salz* and *Gencor/Lonrho*, were both mergers to duopoly. The cases show the difficulties of proving that even a merger from three to two significant firms will produce collective dominance, in the sense of probable tacit collusion. The theory of collective dominance was tested further in *Airtours/First Choice* merger, involving a merger from four to three firms in the short haul holiday (air and hotel) package market.

The Commission found that the market was characterized by stagnant demand, a low level of innovation, low price sensitivity, and similar cost structures of the three market leaders, with commercial links, transparency, and interdependence among them. It found that the merger would have significantly reduced fringe firms’ ability to provide charter airline seats, thereby reducing the competitive threat of mavericks. Necessarily, the Commission found that the resulting three leading firms would hold a collective dominant position after the merger, and it prohibited the merger.

*Airtours* appealed the case to CFI. The Court first reiterated its understanding of collective dominance, its meaning for oligopolies and the

---

<sup>112</sup> *Supra* note 4, at para. 222.

<sup>113</sup> *Supra* note 4, at para. 277.

difference between agreement or concerted practice and collective dominance as following:

“A collective dominant position significantly impeding effective competition in the common market or a substantial part of it may thus arise as the result of a concentration where, in view of the actual characteristics of the relevant market and of the alteration in its structure that the transaction would entail, the latter would make each member of the dominant oligopoly, as it becomes aware of common interests, consider it possible, economically rational, and hence preferable, to adopt on a lasting basis a common policy on the market with the aim of selling at above competitive prices, without having to enter into an agreement or resort to a concerted practice within the meaning of Article 81 EC and without any actual or potential competitors, let alone customers or consumers, being able to react effectively.”<sup>114</sup>

Later, CFI listed three conditions which were necessary for a finding of collective dominance:

“(a) First, each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy. As the Commission specifically acknowledges, it is not enough for each member of the dominant oligopoly to be aware that interdependent market conduct is profitable for all of them but each member must also have a means of knowing whether the other operators are adopting the same strategy and whether they are maintaining it. There must, therefore, be sufficient market transparency for all members of the dominant oligopoly to be aware, sufficiently precisely and quickly, of the way in which the other members' market conduct is evolving.

(b) Second, the situation of tacit coordination must be sustainable over time, that is to say, there must be an incentive not to depart from the common policy on the market. As the Commission observes, it is only if all the members of the dominant oligopoly maintain the parallel conduct that all can benefit. The notion of retaliation in respect of conduct deviating from the common policy is thus inherent in this condition. In this

---

<sup>114</sup> *Supra* note 3, at para. 61.

instance, the parties concur that, for a situation of collective dominance to be viable, there must be adequate deterrents to ensure that there is a long-term incentive in not departing from the common policy, which means that each member of the dominant oligopoly must be aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative.

(c) Third, to prove the existence of a collective dominant position to the requisite legal standard, the Commission must also establish that the foreseeable reaction of current and future competitors, as well as of consumers, would not jeopardize the results expected from the common policy.<sup>115</sup>

As a general principle, the CFI stated that in carrying out its review of concentrations involving collective dominance, the Commission must undertake a close examination of all the relevant circumstances and, if it proposes to block a proposed merger, "it is incumbent on it to produce convincing evidence". At the same time, the CFI recognized that in undertaking its economic analysis, the Commission has a certain discretionary margin which the courts must recognize.

By evaluating under preceding three conditions CFI accepted each of Airtours' following claims: (a) Commission had failed to prove that the market had become noncompetitive<sup>116</sup>, and (b) that it had failed to prove that the three remaining large tour operators would have an incentive to cease competing with each other<sup>117</sup>. (c) In any event, cooperating industry members would have no means to discipline a cheating (competitive) member<sup>118</sup>; and (d) in any event, smaller operators, new entrants, and consumers could and would react to any capacity restrictions by, in the case of suppliers, adding capacity, and in the case of consumers, shifting their business to the smaller operators<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> *Supra* note 3, at para. 62.

<sup>116</sup> *Supra* note 3, at para. 120.

<sup>117</sup> *Supra* note 3, at para. 165-72.

<sup>118</sup> *Supra* note 3, at para. 197-98.

<sup>119</sup> *Supra* note 3, at para. 213.

As a result, CFI concluded that the Commission has failed to prove that the result of the transaction would be to alter the structure of the relevant market in such a way that the leading operators would no longer act as they have in the past and that a collective dominant position would be created<sup>120</sup>.

The CFI's judgment is particularly important for a number of reasons. In the first place, it clarifies the test for collective dominance. Because prior to this appeal there has been some doubt as to precisely what elements need to be established for a finding of collective dominance<sup>121</sup>, (beyond the factors which are needed to establish individual dominance). In addition, the approval of three necessary criteria is much more in line with economic theory. Secondly, the CFI was harsh in its criticism of the analysis undertaken by the Commission. Thirdly, the case may have implications for the conduct of merger reviews in the future<sup>122</sup>.

Commissioner Monti has responded to the Airtours judgment by stating that the case proves that the Commission's decisions are subject to judicial review. The UK Government's response to the Commission's Green Paper about new merger legislation, includes a number of suggestions for improving the internal procedures of the Commission<sup>123</sup>. These include:

- Improving accountability by splitting responsibility for consideration of cases in phase I and phase II, through the establishment of a new team for phase II, reporting up a separate chain of command (FTC type organization).

- The appointment of a Chief Economist in DG Competition who would head a specialist economic unit<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> *Supra* note 3, at para. 293.

<sup>121</sup> Commission has developed a checklist of factors, but without identifying a particular hierarchy amongst the factors.

<sup>122</sup> In new merger guideline it is stated that; "... the present notice is intended to preserve the guidance that can be drawn from past decisional practice and to take full account of past case-law of the Community Courts." As a result in this guideline's "Coordinated Effects" section there are two references to Airtours decision of CFI.

<sup>123</sup> FIELD FISHER WATERHOUSE, COLLECTIVE DOMINANCE: THE AIRTOURS APPEAL 6, 3 (2002).

<sup>124</sup> This suggestion was realized in 2003.

- Increasing the transparency of the Advisory Committee.<sup>125</sup>

As a conclusion EU practice on oligopolies is guided by court decisions. Explicit collusions may be easily prosecuted under Article 81. The "concerted practices" expression in Article 81 provides the antitrust law enforces enough tools for condemning cooperation other than agreements. Facilitating practices as circumstantial evidence to collusions are in the scope of Article 81. Exclusionary tacit collusion was the first type of tacit behaviors handled by the concept of collective dominance in Article 82. But exploitative tacit collusions like price fixing were not tested under this concept. Collective dominance concept developed in incidents of Article 82 cases provides EU the ability of blocking mergers which have coordinated effects. But the case law, especially about concerted practices and oligopolistic merger reviews set a very detailed and high evidence standard which requires sophisticated economic analysis.

### III. US Antitrust Law and Collective Dominance

Competition legislation in EU is roughly similar to the US antitrust rules. Namely Article 81 is an anti-cartel provision like Sherman Act's section 1. Article 82 is an anti-monopoly provision and similar to Section 2 of Sherman Act.

Behaviors under Section 1 are examined by two methods; per-se and rule of reason. EU application is different in this sense. Article 81(3) enables antitrust law enforcers to exempt certain kind of agreements from 81(1)'s prohibitions. This kind of agreements should contribute to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit. Furthermore, ECJ has clarified that Article 81 is not applicable where the impact of the agreement on intra-Community trade or on competition is not appreciable. Then the Commission in a notice<sup>126</sup> quantified, with the help of market share thresholds, what is not an appreciable restriction of competition under Article 81 of the EC Treaty. This

---

<sup>125</sup> There is an ongoing critic about non-transparent procedures of institutions which have effects on decision makings regarding the antitrust law issues in EU.

<sup>126</sup> Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis) (2001/C 368/07).



“de minimis” notice exclude agreements, between parties which have less market share than the thresholds determined by notice, from application of Article 81 sanctions.

The monopolization offense under Section 2 and the abuse of dominant position provisions under Article 82 are similar in that both require substantial market power (monopoly power or dominant position) and anti-competitive or undesirable behavior (monopolizing or exclusionary conduct or abuse). But Article 82, unlike Section 2 sets forth a non-exhaustive list of abuses<sup>127</sup>.

Section 2 policy objectives are less defined than those under Article 82. Most of the time Commission and the appeal courts discuss the issues under the broad scope of Rome Treaty. Accordingly, community law stresses as its cardinal principle the free movement of goods and people across Member State lines. Moreover, community law evolved from a tradition of hospitality to industrial concentration combined with receptivity to government regulation<sup>128</sup> that would limit the exercise of power<sup>129</sup>. United States antitrust law evolved from a tradition of inhospitality to concentration and a strong preference for competition over government regulation of performance<sup>130</sup>.

It is safe to conclude, however, that the Section 2 policies are probably narrower than those under Article 82. Many Article 82 policies are inconsistent with the efficiency orientation of Section 2 seen in much of the recent US case law<sup>131</sup>. But in contrast to the law in the United States, the European regime is more concerned with the ability of dominant firms to exert market power than with the possibility of market-wide collusion.

---

<sup>127</sup> Barry E. Hawk, *The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?*, ECMLR 78, (1988).

<sup>128</sup> Europeans have a different political tradition. They tend to be less hostile to government as regulator and more skeptical of private corporations as servants of the public interest.

<sup>129</sup> For a detailed historical analysis of circumstances which affected the creation of EU competition law tradition see: David J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberals, Competition Law and the New Europe*, 42 AM. J. COMP. L. 25, (1994).

<sup>130</sup> Eleanor M. Fox, *Monopolization and Dominance in US and EU: Efficiency, Opportunity and Fairness*, 61 NOTRE DAME L. REV. 981, 983 (1986).

<sup>131</sup> *Supra* note 127, at 82.

On the other hand, the Article 82 policy considerations of fairness<sup>132</sup>, market integration and regulatory notion<sup>133</sup> prompt the EU to characterize as an abusive conduct that would be viewed either neutrally or favorably under Section 2 because of the conduct's efficiency effects.

For application of Article 81 in EU and Section 1 in US to oligopolies we may mention about some parallelism. For both legislations there is no problem for explicit collusions. Facilitating practices seems to be violations on either side of the Atlantic Ocean. In EU, "concerted practices" wording encompasses facilitating practices as circumstantial evidence to collusion. But in US there is not a strict common understanding whether Section 1 provision is enough to cover facilitating practices. For that reason "unfair method of competition" wording in Section 5 of FTC Act which does not explicitly require direct or inferred agreement provides legal basis for sanctioning facilitating practices which do not contain any agreement. We may state that the courts in EU and US require a high burden of proof standard, in order to distinguish behaviors facilitating collusion and behaviors which raise competition in marketplace. For instance in EU the *Wood Pulp case* articulates the basic idea that economic evidence relating to facilitating practices can prove collusion, clearly, however, the burden on the Commission is heavy<sup>134</sup>.

Despite the recognition of facilitating practices in both EU and US approaches, implicit cooperation, i.e. tacit collusion, without facilitating practices are not accepted as behavior defined in Article 81 or Section 1 which distorting competition.

For tacit collusions the other approach, which has been taken in EU, is to entertain the possibility of shared monopoly (called 'joint domi-

---

<sup>132</sup> Protection of suppliers and buyers from dominant firms.

<sup>133</sup> The tendency to use Article 82 to regulate directly dominant firms' prices and outputs. Excessive prices are explicitly prohibited by Article 82. It is not illegal for a U.S. firm, acting alone, to restrict its output and to charge monopoly prices. This is because the U.S. law is not regulatory but rather concentrates on preserving conditions whereby free market forces constrain price and induce optimal production. American law rests on the principle that price should be controlled by the free market unless Congress has in effect determined that the market cannot work and has established a regulatory commission. If a firm attains monopoly on its competitive merits and if the firm prices at monopoly levels, the high price itself may invite new entry and expanded competition, and market forces would gradually wear away the monopoly power.

<sup>134</sup> *Supra* note 80, at para. 71.

nance' in EU terminology). If firms acting together as a group mimic the results that would be expected from a single dominant firm, than the EU has the legal tool with which to address the situation. Up to now the cases handled in scope of this concept have been regarding to exclusionary abusive behaviors. The core of tacit collusion, namely parallel supracompetitive prices never questioned in EU by collective dominance concept.

On contrary to EU, efforts in the United States to develop a shared monopoly doctrine against tacit collusions have been notoriously unsuccessful. But it does not mean that the possible solutions are not discussed by antitrust law theorists. For example, George A. Hay rejects the economist's traditional dichotomy in which noncompetitive performance results either from agreement or from individual profit-maximizing behavior in an oligopolistic context<sup>135</sup>.

Although the *ex-post* intervention to tacit collusion is limited in both systems, *ex-ante* methods aiming creation of marketplace conducive to tacit collusion by merger controls has flourished adequately.

Cases about merger control in EU establish that collective dominance clearly includes tacit collusion. *Airtours* case, in spelling out a three-part test, has provided a clear standard based more precisely on the underlying economic theory of tacit collusion. It also makes clear the correspondence between collective dominance and the US concept of coordinated effects. Actually coordinated effects concept provides necessary tools in US in order to inhibit mergers which may potentially create tacit collusion. But similar to the approach to facilitating practices adopted by the courts of both systems, courts reviewing mergers carry out a close-look approach to detect any negativity like blocking a merger which would have increased efficiency. Accordingly economic analysis of post-merger situation gains importance in both systems. For EU, the externality created by this necessity seems to impact its other antitrust law practices.

For the practices of the courts regarding to tacit collusions we may articulate two obstacles. The first obstacle is the difficulty in finding evi-

---

<sup>135</sup> George A. Hay, *Oligopoly Shared Monopoly and Antitrust Law*, 67 CORNELL L. REV. 439, 442 (1982).

dence of a "meeting of the minds," the second problem is how to take measures against oligopolistic market behavior.

It seems that the crucial dilemma arises when we confront the evidentiary requirements with classic oligopoly theory which suggest that neither direct nor circumstantial evidence of a "meeting of minds" is required. Court's practice does not cover the full spectrum of oligopolistic market situations or behaviors, and the reliance on the assessment of factual situations leads to a less transparent application of the legal rules than in other areas of antitrust law. This dependence on divergent factual circumstances combined with a lack of legal transparency is clearly illustrated by comparing *Interstate Circuit* and *Theater Enterprises*. As recognized by Richard A. Posner the fundamentally most difficult question is that of proof.

The detail of the proof required by the courts creates a situation where every case has its own characteristics to reach a conclusion about whether there is a tacit collusion or not. This vindicates a case-by-case approach when a tacit collusion suspect is in hand. But it does not mean that we must ignore the standards developed by case law. Indeed case law about collusion provides a check list to evaluate the current situation. We may see this kind of check lists in ECMR and US Horizontal Merger Guideline. In addition Richard A. Posner, who stands for effective measure against tacit collusion, lists a comprehensive bundle of parameters that should be taken into account for a finding of tacit collusion<sup>136</sup>. This listing actually compromises almost all principles in both merger control guidelines.

Other obstacle which creates a reluctance to take measures against tacit collusion is inadequacy of possible remedies. In a study about oligopoly by OECD, it is stated that by a process of elimination, and putting aside vigorous cartel enforcement, there is only four reasonably good ways to reduce the incidence and severity of tacit collusion<sup>137</sup>:

a) Prohibit mergers which significantly increase the probability of tacit collusion and fail to offer sufficient efficiency benefits.

---

<sup>136</sup> RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW* 69-93 (2d ed. 2001).

<sup>137</sup> *Supra* note 18, at 20.

- b) Discourage the use of practices facilitating tacit collusion.
- c) Make appropriate divisions in state owned firms prior to their being privatized.
- d) Lower barriers to entry or otherwise widen the product or geographic dimensions of markets<sup>138</sup>.

First way was reviewed in preceding part and it is an *ex-ante* solution to tacit collusion. The second one is related to exercise of statutes prohibiting facilitating practices. Third way is a reflection of first option in the context of privatization. Final solution is limited to the situation in which government has applied some restrictions on entry to market or on market dimensions.

Except the facilitating practices OECD's proposals are focused on *ex-ante* solution. But when the tacit collusion has already existed only inhibiting facilitating practices makes sense. Furthermore when there is a pure tacit collusion and if we suppose that it should be remedied, there are only two possible remedies whose applications are not easy: Price control and divestiture.

Price control, at least in theory, is a direct "remedy" for tacit collusions. Agencies may be empowered to impose price controls in response to "high pricing" considered as an abuse of dominance (defined to include collective as well as single dominance). As with all price regulation, such controls are fraught with difficulties<sup>139</sup>. In any case, even if prices can be set at correct levels, there will still be the ongoing hard task of having to monitor actual pricing behavior and quality levels as well. Faced with these significant difficulties, agencies would be wise either to avoid using price controls to address oligopoly pricing, or at least to

---

<sup>138</sup> One of the most obvious barriers to entry in many markets is government restrictions on international trade and investment. International differences in product and service standards as well as regulations covering who can provide various goods and services are commonplace. In reaction to this, especially in markets where there is only a small number of competing domestic firms promotion of the adoption of internationally harmonized standards and/or an expanded use of mutual recognition agreements may be introduced.

<sup>139</sup> Price regulation substitutes the regulator's judgment for the mechanisms of the free market, inevitably leading to inefficient outcomes.

combine such controls with other means of getting at the root of the problem<sup>140</sup>.

One such other means is forced divestiture of leading firms. As with price control, this too is a cure that may be worse than the disease. Even occasional reliance on forced division could cause large firms to be very hesitant about increasing their market share through efficiency improvements and prices set close to marginal costs. In other way, it creates explicit disincentives for moderate and larger firms to continue to invest and expand, for fear of triggering antitrust scrutiny simply by dint of their size.

Divestiture may be undesirable because it imposes substantial costs on society, including those from the possible loss in efficiencies created by economies of scale and scope, the expenses of litigation incurred to force the dissolution of large enterprises, and the disruption of economic activities in the industry<sup>141</sup>. Donald F. Turner argued that the last point is irrelevant:

“There remains the question whether the application of divestiture remedies to monopoly and oligopoly would have significant disincentive effects or other adverse effects on business decisions ... If, apart from cases involving plainly questionable conduct, divestiture policy is limited to substantial degrees of market power that have persisted for a considerable period of time (thus indicating the unlikelihood that anything other than direct action will provide a cure), it seems unlikely to me that any business firm would subdue its competitive efforts because of the possibility that it would be so successful for so long that divestiture would be applied. Even should it come to that, divestiture would leave untouched the monopoly profits gained in the interim, and the only value destroyed by divestiture is the opportunity to obtain monopoly profits from the same source in the future.”<sup>142</sup>

But problems in applying the remedies should stop the discussions for finding better way to defeat oligopolistic inefficiencies? Those en-

---

<sup>140</sup> *Supra* note 18, at 19.

<sup>141</sup> See *supra* Note 24.

<sup>142</sup> Donald F. Turner, *Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies*, 82 HARVARD L. REV. 1207, 1216 (1969).

gaged in collusive cartel behavior that risks being seen as falling within the prohibition of Article 81 or Section 1, are generally taking great attention to cover their tracks. For example, they try to ensure that no written record exists of their contacts or those that did exist were not retained. This is clearly evidenced by a review of many of the major cartel cases of recent years<sup>143</sup>. As a reaction to this, the degree of activities may be increased to reveal explicit collusions which seem tacit collusion at the outset. And advantages and disadvantages of prohibiting tacit collusions after very detailed economic analysis may be weighed again.

There are two different categories of approach about prohibiting tacit collusions. Those approaches are expressed by Richard A. Posner and Donald F. Turner.

In *High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation* case<sup>144</sup>, Judge Posner took the occasion to revisit the agreement requirement of Section 1, in the following passage:

“Section 1 of the Sherman Act forbids contracts, combinations, or conspiracies in restraint of trade. This statutory language is broad enough, as we noted in *JTC Petroleum Co. v. Piasa Motor Fuels, Inc.*, 190 F.3d 775, 780 (7th Cir. 1999), to encompass a purely tacit agreement to fix prices, that is, an agreement made without any actual communication among the parties to the agreement. If a firm raises price in the expectation that its competitors will do likewise, and they do, the firm's behavior can be conceptualized as the offer of a unilateral contract that the offerees accept by raising their prices. Or as the creation of a contract implied in fact. ‘Suppose a person walks into a store and takes a newspaper that is for sale there, intending to pay for it. The circumstances would create a contract implied in fact’ even though there was no communication between the parties ... Nevertheless it is generally believed, and the plaintiffs implicitly accept, that an express, manifested agreement, and thus an agreement involving actual, verbalized communication, must be proved in order for a price-fixing conspiracy to be actionable under the Sherman Act.<sup>145</sup>”

---

<sup>143</sup> *Supra* note 73, at 27.

<sup>144</sup> *High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651 (7th Cir. 2002).

<sup>145</sup> *Id.* at 654.

“Because price fixing is a per se violation of the Sherman Act, an admission by the defendants that they agreed to fix their prices is all the proof a plaintiff needs. In the absence of such an admission, the plaintiff must present evidence from which the existence of such an agreement can be inferred ... The evidence upon which a plaintiff will rely will usually be and in this case is of two types -economic evidence suggesting that the defendants were not in fact competing, and noneconomic evidence suggesting that they were not competing because they had agreed not to compete. The economic evidence will in turn generally be of two types, and is in this case: evidence that the structure of the market was such as to make secret price fixing feasible (almost any market can be cartelized if the law permits sellers to establish formal, overt mechanisms for colluding, such as exclusive sales agencies); and evidence that the market behaved in a noncompetitive manner. Neither form of economic evidence is strictly necessary, see *United States v. Andreas*, 216 F.3d 645, 666 (7th Cir. 2000), since price-fixing agreements are illegal even if the parties were completely unrealistic in supposing they could influence the market price. But economic evidence is important in a case such as this in which, although there is noneconomic evidence, that evidence is suggestive rather than conclusive.”<sup>146</sup>

Richard A. Posner actually points out the importance and adequacy of economic evidences for tacit collusion. Economic evidences may be important than explicit evidences like agreements, facilitating practices, etc. Because, in the enforcement of the Sherman Act against cartels and conspiracies, emphasis has been placed on proving an agreement to fix prices, rather than on proving the effects of sellers' conduct on price and output. But smoothly functioning cartel is less likely to generate evidence of actual agreement. What the law mainly punishes is the attempt to fix prices. The completed conspiracy often escapes attention<sup>147</sup>. He thinks that Section 1 is broad enough to cover tacit collusions which do not have any actual communications.

On the other side of the discussion, Donald F. Turner argued that price fixing and oligopoly are two quite different things, and that oligop-

---

<sup>146</sup> *Id.* at 655.

<sup>147</sup> *Supra* note 11, at 289.



oly is effectively out of reach of the antitrust laws. In his opinion, each firm in an oligopoly market is forced by circumstance to consider its own profit-maximizing rate of output, given the output of rivals and their anticipated responses to its own price and output decisions. To ignore these issues would be completely irrational. Furthermore, no court could draft a decree that would force the firms to ignore each other in their market decision making<sup>148</sup>.

In a significant sense, Posner and Turner arrive at different conclusions on the suitable legal response in theory to oligopolistic interdependence by approaching the problem from points on the opposite sides of a legal treatment continuum. Both implicitly view the oligopoly as located between the monopoly and the formal cartel. Posner, however, argues that oligopolies are like formal cartels; Turner claims that they are like monopolies<sup>149</sup>.

After having served as the head of the Antitrust Division, Donald F. Turner wrote an article<sup>150</sup> in which he modified his views concerning the applicability of antitrust law to oligopolies. Firstly he stated that monopolistic and oligopolistic structures have too long been tolerated. Then He added that an "attack on shared monopoly is a highly important aspect of any effective competition policy". He reasserted his position tacit collusive pricing by oligopolists could not reasonably be attacked as a conspiracy to fix prices, or as a conspiracy or combination to monopolize. But he argued that other "exclusionary behavior without adequate business justification" by oligopolists could be deemed an unlawful attempt to monopolize under Section 2. For example, a lease-only policy, or packaging machines and service at a single price, was viewed as having a sufficiently substantial anticompetitive effect to justify a finding of illegality if each oligopolist engaged in similar conduct. He clarified his argument as follows:

"Where it appears that their [oligopolists] decisions to carry on particular exclusionary practices are interdependent, where one would not

---

<sup>148</sup> *Supra* note 21.

<sup>149</sup> John E. Lopatka, *Solving the Oligopoly Problem: Turner's Try*, 41 ANTITRUST BULL. 843, 872 (1996).

<sup>150</sup> *Supra* note 143.

have carried on the practice unless the others had gone along, they may also be charged with a conspiracy or combination to monopolize. Finally, where each of the companies effectively sharing monopoly power has engage in possibly justifiable conduct that nevertheless has unnecessary exclusionary effects, it seems logical an appropriate to me to charge each with having individually monopolized in violation of Section 2. Each has obtained and maintained monopoly power-real, though shared- to which factors other than skill, foresight, industry and the like have contributed.”

Some critics charged that this kind policies would penalize firms for exploiting scale economies in production and that they would encourage large firms to charge very high prices in order to limit their own market share by preserving high-cost fringe suppliers in the marketplace<sup>151</sup>. Accountability of these preservations, mainly taking market share as the major argument for market power, can be arguable but it seems that Turner’s latter position is parallel to the practices of EU by the concept of collective dominance. Now, the only difference between Posner and Turner’s position regarding to tacit collusion is how to treat exploitative tacit collusion which directly harms consumers unlike coercive or exclusionary tacit collusion aiming to harm competitors directly. But Turner’s conclusion that persistent, poor economic performance in highly concentrated markets should warrant a court decree breaking the firms into smaller units that would give the market a more competitive structure makes his arguments implicitly close to Posner’s normative conclusion. Because Posner’s 17-item-list on “conditions favorable to collusion” and 14-item-list on “relevant types of economic evidence” may be used to recognize persistent, poor economic performance in highly concentrated markets<sup>152</sup>.

Posner’s approach is criticized in manner that it might discourage entry into market by eliminating incentives for potential entrants who

---

<sup>151</sup> *Supra* note 24, at 174.

<sup>152</sup> *Supra* note 136, at 69-93.

would not see a signal of market price over costs<sup>153</sup>. He replied this argument by a hypothetical example<sup>154</sup>:

“... Take the case of monopoly, where we want to encourage entry. If the monopolist responds to a new entrant by curtailing its output, and entrant responds to that response by limiting its own output, the entrant might be held liable, along with the monopolist, for having tacitly colluded to limit the market’s output. Even if the rate of entry were reduced by this legal threat, the entry that did occur would result in larger market output, and the effect might be offsetting.”

In addition, forbidding tacit collusion may enable more accurate signals about cost structure required to enter the market. And a potential entrant may consider entering if its cost structure is more efficient than the existent actors in the market.

In EU for tacit collusion exclusionary behaviors can be deemed to be a violation counted as abuse of collective dominant position under Article 82. This practice is consisted with both Posner and Turner’s arguments. But prohibition of exploitative tacit collusions favored by Posner was never tested in EU. But as price regulation is more plausible in the EU’s system than in US, deciding on remedy including price regulation is easier in EU<sup>155</sup>. For that reason, it is more likely for EU antitrust agencies to reach a conclusion of prohibiting exploitative tacit collusion in the future. But this prohibition will be under Article 82’s established “collective dominance” concept, unlike the Posner’s suggestion under Section 1.

For US we are not able to consider that the exclusionary tacit collusions may be handled by Section 2’s shared monopoly concept as defended by Turner. Nor can we consider that exploitative tacit collusions can be threaten by sanctions of Section 1 after Supreme Courts decision in *Monsanto Co. v. Spray Service Corp.* case<sup>156</sup> which described as

---

<sup>153</sup> Dennis M. Carlton et al., *Communication Among Competitors: Game Theory and Antitrust*, 5 GEO. MASON L. REV. 423, 429 (1997).

<sup>154</sup> *Supra* note 136, at 98.

<sup>155</sup> In contrast, breaking up the firms as a remedy was never been applied in EU. So, It can’t be a possible solution after *ex-post* tacit collusion finding.

<sup>156</sup> *Monsanto Co. v. Spray Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984).

“unfortunate dictum” by Richard A. Posner. Because that decision requires the plaintiff in a price-fixing case to present evidence that tends to exclude the possibility of defendants’ independent action. And tacitly collusive behavior deemed to be independent action by the court.

#### IV. Conclusion

Most countries seem to accept the need for some form of antitrust policy. It is believed that many monopolies and cartels are detrimental to the public interest and that therefore public authorities governing antitrust policy should be wary. So the aim of the antitrust policies comes out as ensuring social welfare by efficient functioning of markets for public interest. But efficiency concerns, ordinarily, limit the number of the firms in a market and concentrated market structures turn out to be unavoidable.

Concentrated industries are more hospitable to coordination, and to achieving higher than competitive prices. This view from theory is confirmed by what can be inferred about business practice from the lectures of academic business strategists. Business school faculty teaching strategy routinely counsels their students that managers working for oligopolists should implement practices that would facilitate coordination. Some of these practices can be detected by antitrust enforcing system but the remaining ones result in a marketplace of tacit collusion. As a result the information asymmetry between agencies and market participants is boosting inevitably.

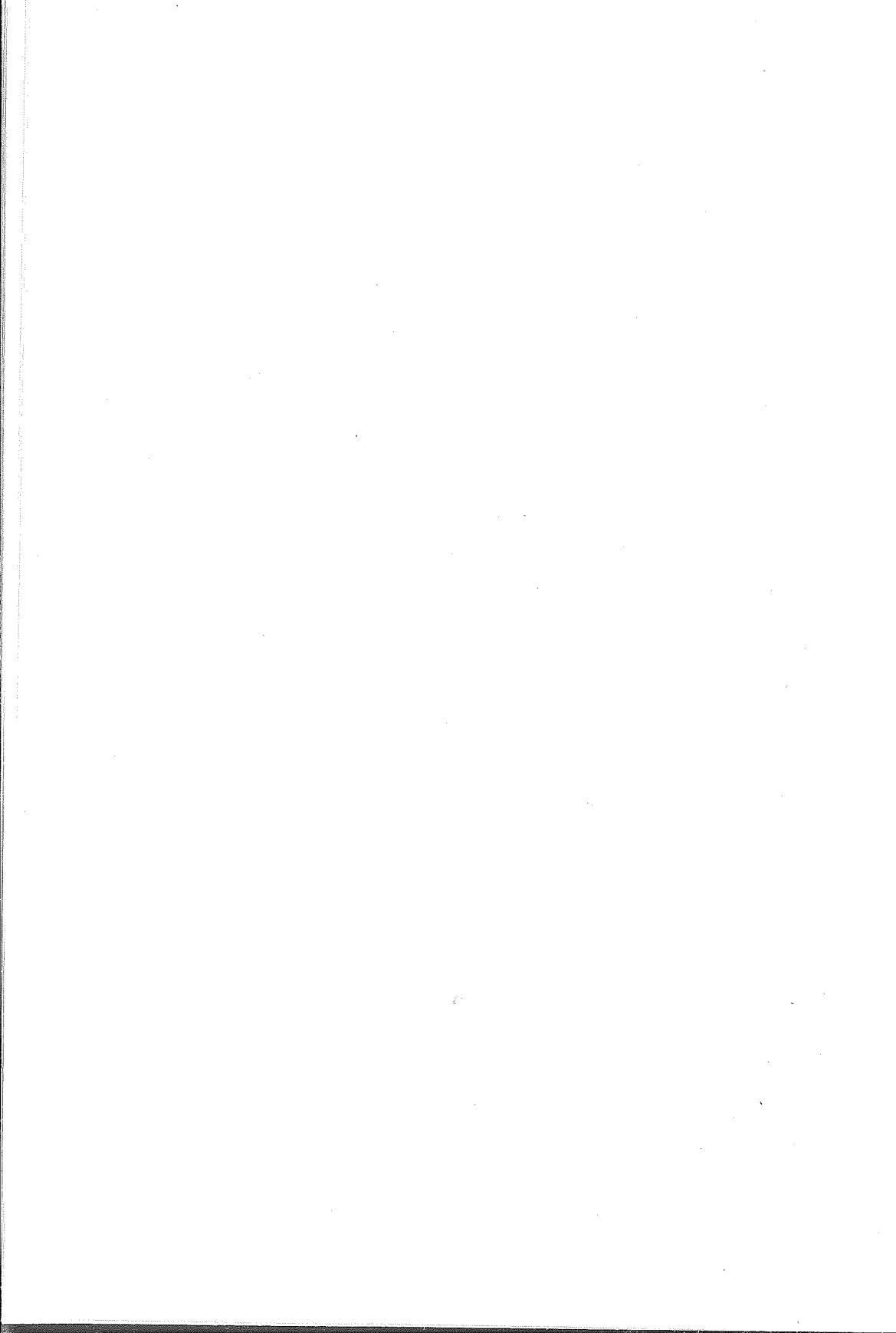
Under the circumstances summarized earlier in this study, accepting parallel exclusionary behaviors and mainly fixed prices as a fate of oligopolistic interdependence appears to take the easy way out of a finding solution. Seeing that a solution to the disagreement on a certain theory of oligopoly has not been accomplished, the most dangerous propensity would be a bias towards conclusion of “tacit collusion is legal”. Although Stigler’s theory of oligopoly, which focus on the assumptions (without price dispersion etc.) of classics like Cournot and Bertrand and shows us how market conditions can shake an oligopoly equilibrium, has been criticized by game theorists, his conclusions reflecting the difference between oligopolies in textbooks and real world indicates how difficult to find colluding-monitoring-detecting-punishing mechanisms

working together smoothly. Posner's normative approach to the oligopoly, by testing a comprehensive list of mostly economic parameters, tries to explore markets where those mechanisms do not work properly but the result in the market is parallel exclusionary and exploitative behaviors. Insisting not to provide a measure, not using the well-behaving force of punishment seems to refute detailed economic evidences by prejudices and rough generalizations about oligopolistic interdependence.

We may express that the practice in EU appears to be more courageous to take measures against oligopolies by paradoxically reinforced by the system's sympathy to regulation but antipathy to market power. Nevertheless, there is no case of prohibiting price fixing based on tacit collusion. And appellate courts scrutinize every decision of the Commission. This "close-look" approach has motivated EU authorities to modernize the legal tools of antitrust policy in EU. Although *ex-post* practice regarding oligopolies has some shortcomings, *ex-ante* measures by merger control proved to be adequate. US practice traditionally depending on efficiency and economic analysis seems to be more sophisticated than EU. But for both EU and US, *ex-post* steps for exploitative oligopolistic inefficiencies need to be taken further.

working together smoothly. Posner's normative approach to the oligopoly, by testing a comprehensive list of mostly economic parameters, tries to explore markets where those mechanisms do not work properly but the result in the market is parallel exclusionary and exploitative behaviors. Insisting not to provide a measure, not using the well-behaving force of punishment seems to refute detailed economic evidences by prejudices and rough generalizations about oligopolistic interdependence.

We may express that the practice in EU appears to be more courageous to take measures against oligopolies by paradoxically reinforced by the system's sympathy to regulation but antipathy to market power. Nevertheless, there is no case of prohibiting price fixing based on tacit collusion. And appellate courts scrutinize every decision of the Commission. This "close-look" approach has motivated EU authorities to modernize the legal tools of antitrust policy in EU. Although *ex-post* practice regarding oligopolies has some shortcomings, *ex-ante* measures by merger control proved to be adequate. US practice traditionally depending on efficiency and economic analysis seems to be more sophisticated than EU. But for both EU and US, *ex-post* steps for exploitative oligopolistic inefficiencies need to be taken further.



## BİR POLİTİKA ARACI OLARAK KAMU ALIMLARINDA YERLİ TERCİH / AVANTAJ UYGULAMASI

Yrd. Doç. Dr. Abdullah UZ\*

Genel olarak her tür kamu harcamasında olduğu gibi, kamu alımları da diğer kamu politikaları üzerinde az veya çok bir etkiye sahiptir. Ülkelerin kamu alımları yoluyla; endüstriyel, sosyal ve çevresel politikalar gibi bazı kamu politikalarını etkilemeye çalıştıkları yaygın olarak gözlenmektedir.<sup>1</sup> Bu konuda ABD’de hazırlanmış olan bir hükümet komisyonu raporunda; kamu alımları sürecinin sosyal değişim için güçlü bir araç olduğuna ve 80 civarında sosyo-ekonomik programın kamu alımları sürecinden olumlu ya da olumsuz şekilde etkilendiğine dikkat çekilmektedir.<sup>2</sup>

Ancak bir kamu politikası aracı olarak kamu alımlarının etkili olduğu konusunda tereddütler de söz konusudur.<sup>3</sup> Bu çerçevede, kamu alımlarının diğer politikaları etkilemek amacıyla bir enstrüman olarak kullanılması, AB ülkelerinde yoğun tartışmalara neden olmaktadır. Nitekim Avrupa Adalet Divanı kararlarında, kamu alımlarının diğer politikaların aracı olarak kullanılmasına izin veren ulusal düzenlemeler ve idari

<sup>1</sup> Sandra SORENSEN-Matthew SENGER, “Public Services and Procurement” Discussion paper prepared for Public Services International, August 29 2002, <http://www.epsu.org/affiliates/default.cfm>, Cerdic WARRILOW, “Market-Oriented Public Procurement Systems”, International Trade Forum, July-September 1995, No.3, s. 27-28, Nick JOHNSTONE (I), “Budget, Financial and Accounting Issues in Greener Public Purchasing”, Report on Workshop held in Vienna on October 29th-30th, 2001, Working Party on National Environmental Policy, ENV/EPOC/WPNEP/RD(2001)6, s. 15.

<sup>2</sup> President’s Private Sector Survey on Cost Control, 1984, s. III-327.

<sup>3</sup> Christopher BOVIS, “The Regulation of Public Procurement as a Key Element of European Economic Law”, European Law Journal, Vol.4 No.2, (June 1998), s. 229, dn.37.



uygulamaların Birlik Hukukunu ihlal edici nitelikte olduğu vurgulanmaktadır.<sup>4</sup>

Aynı şekilde, GPA ve NAFTA gibi uluslararası ve bölgesel düzenlemeler, "Offsets" yani kamu alımları yoluyla yerel/bölgesel kalkınmayı teşvik etmek veya ödemeler dengesini geliştirmek, ulusal güvenlik ya da savunma gibi amaçlarla konulan ve tedarikçilerin yerli firma olması veya yabancı firmaların sunacakları malların belli bir oranda yerli ürün ya da yatırım içermesi, teknoloji lisansı alması, ya da ihaleyi yapan ülkeden mal ve hizmet ithal edilmesi (karşılıklı ticaret) gibi koşullara<sup>5</sup> yer verilmesini yasaklamıştır.<sup>6</sup> Dolayısıyla herhangi bir ayrımcılık içermese bile, kamu alımlarında bu tip ön koşullara yer vermek, hem daha az firmanın ihaleye katılması sonucunu doğurduğu için rekabeti olumsuz etkilemekte ve hem de bunun bir sonucu olarak, kamu alımlarında etkinlik ve uygun fiyat ilkeleri gerçekleştirilememektedir. Ancak her ne kadar bu tür uygulamalar Anlaşmalar tarafından yasaklanmış olsa da eşik değerlerin altındaki kamu alımlarında bu yasak uygulanamayacağı gibi, eşik değerlerin üzerinde yani bu Anlaşmalara tabi ihalelerde de ülkeler bir şekilde bu tür uygulamaları sürdürme eğilimindedir.

Diğer yandan GPA, Anlaşmaya taraf olma müzakereleri sırasında gelişmekte olan ülkelerin, yerli ürün içirme koşulu gibi offset kullanımını Anlaşmaya taraf olmak için bir koşul olarak öne sürmesine izin vermektedir. Ancak bilinmelidir ki bu izin, özellikle gelişmekte olan ülkelerin

<sup>4</sup> ibid, s. 233. Kamu alımlarının sosyal politika aracı olarak kullanılması konusunda İtalya ve Hollanda ile ilgili AAD'nin vermiş olduğu kararlarda (Case C.360/89 Commission v. Italy (3.7.1992), Case C.31/87 Gebroeders Beenjes B. V. V.The Netherlands 1989 ECR 4365.), çalışma hayatına ilişkin unsurların ihale sürecindeki seçim kriterleri (selection criteria) içerisinde yer alamayacağı, tedarikçilerin seçiminde sadece düzenlemelerde sınırlı olarak belirlenmiş teknik ve mali kriterlerin esas alınabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda; Komisyon ve Divanın, Yönergelerdeki hükümleri esnek yorumlamakta isteksiz olduğu ve daraltıcı ve lafzi bir yorum yaptıkları konusunda bkz. **Cristopher BOVIS**, s. 238. Bununla birlikte Yönergeler, ihaleyi yapan kuruluşların tedarikçilerden ulusal çalışma ve iş mevzuatını gözetme ve uyumu isteme imkanı sunmaktadır. Nitekim üye ülkeler, iş mevzuatına uyum konusunu, tedarikçilerin ihalelerden hariç tutulması ve diskalifiyesi için temel almaktadır. Diğer yandan AAD Hollanda davasında, sosyal politika düşüncelerinin kamu alımları sürecinde, ihalenin verilmesi kriterlerinin (award criteria) –özellikle de ekonomik olarak en avantajlı teklifin seçileceği durumlarda- bir parçası olabileceğine hükmetmiştir. Divana göre, ekonomik olarak en avantajlı teklif kriterinin içereceği faktör ve parametreler, Yönergelerde sayma yoluyla belirlenmiş değildir.

<sup>5</sup> Bkz. GPA m. XVI d.n. 7.

<sup>6</sup> GPA (m. XVI), NAFTA (m. 1006).

Anlaşmaya taraf olmasını teşvik etmek amacıyla ve sadece müzakereler sırasında GPA'ya taraf ülkeler ile üzerinde uzlaşılacak konularda ve koşullarda kullanılmak üzere verilmiştir. Ayrıca offset, sadece ihalelere katılmada yeterliliğin belirlenmesi için kullanılabilir olup, ihalenin verilmesi kriteri olarak kullanılamaz.<sup>7</sup>

Yerli firmaların desteklenmesinin dışında hükümetlerin kamu alımları yoluyla etkilediği diğer sosyal politikalar arasında; KOBİ'leri desteklemek<sup>8</sup>, işsizlik oranının yüksek olduğu bölgelerdeki firmaları desteklemek, kadınlar ve özürülüler gibi dezavantaja sahip sosyo-ekonomik grupların desteklenmesi,<sup>9</sup> yeni teknolojileri geliştiren firmaların

<sup>7</sup> Sandra SORENSEN-Matthew SENGER, <http://www.epso.org/affiliates/default.cfm>, Importance of Good Public Procurement, <http://www.intracen.org/ipsms/import/ppimprt.htm>.

<sup>8</sup> Ekonomik durgunluk (recession) ve onun sanayideki gerileme, işsizlik ve sosyal dışlanma gibi yan etkileri ile mücadele edebilme yollarından biri olan bölgesel kalkınma politikasının ister merkezi ister adem-i merkezi olsun öncelikli gündeminde, az gelişmiş bölgelerde veya ekonomik düşüşün yaşandığı ve sanayinin yeniden yapılandırıldığı bölgelerdeki KOBİ'lerin desteklenmesi yer almaktadır. Genel olarak bakıldığında KOBİ'ler piyasadaki teşebbüslerin çoğunluğunu oluşturmaktadır. Nitekim, AB'de KOBİ'lerin toplam işletmeler içerisindeki oranı %95'tir. AB içerisindeki yıllık ticari faaliyetlerin %64'ü KOBİ'ler tarafından yerine getirilmektedir. Ancak ülkelere göre farklılık göstermekle birlikte KOBİ'ler, teknolojilerinin yetersizliği, ihalelere teklif hazırlamadaki zaman ve sermaye sıkıntısı, ihale ilanlarının takibindeki güçlükler, şartnamelerdeki standartları karşılayamama, diğer ülkelerdeki ihalelerde istenen kalite güvencesini elde etmedeki güçlük, ödemelerdeki gecikme ve yabancı dil sorunu gibi nedenlerle kamu alımları piyasasında yeterince rekabet edememektedir. Nitekim; AB düzeyinde kamu alımlarının rakamsal büyüklüğünün AB GSYİH'nın %17'sine denk çıktığı ve 1.5 milyar Doları geçtiği düşünülecek olursa, KOBİ'lerin bu piyasadaki %3 civarındaki payı çok küçük bir oranı ifade etmektedir. Christopher BOVIS, s. 235. Bu nedenle, kamu alımları sürecinde KOBİ'lerin desteklenmesi amacıyla bölgesel tercihler ve korumacılık yöntemi uygulanmaktadır. Bu bağlamda AB ülkeleri 1992 yılındaki kamu alımları düzenlemeleri öncesinde, tercih projelerini (preference schemes) uygulamışlardır. Günümüzde ise AB Yönergeleri ile kamu ihalelerinde alt yüklenici kullanımı teşvik edilmiştir. (Bkz. özellikle, 93/36 sayılı Mal Alımları Yönergesinin 17. ve 20. maddeleri) Örneğin bayındırlık işlerinde, imtiyaz sahibinden, asıl sözleşmenin konusu olan işin en az %30'unun alt yükleniciler tarafından üstlenilmesini sağlaması istenebilir. (Bu konuda AB yönergelerine sadece KOBİ'lerin katılabileceği kamu alımları eşik değerleri konulması, ihaleyi yapan kuruluşların belli miktardaki ihaleyi KOBİ'lere tahsis etmesi, fiyat avantajı ya da kamu teşviki uygulanması teklifi için bkz. Christopher BOVIS, s. 237).

<sup>9</sup> Kamu alımları; belli ırk ve etnik gruba mensup olanların desteklenmesi, kadınların gerek iş kurma gerek işçi olarak çalışmasının teşvik edilmesi, engellilerin desteklenmesi gibi sosyal amaçların gerçekleştirilmesinde de çok güçlü bir araç olarak kullanılabilir. (J. Denis BÉLISLE, s. 20-21.) Genel olarak, olumlu eylem (affirmative action) ya da uyumlu ihale (contract compliance) şeklinde tanımlanan bu uygulamalar az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde daha sık görülmekle birlikte belli ırk ve azınlıklara yönelik olarak ABD'de ve cinsiyet, ırk, din ve engellilere yönelik ayrımcılıkla mücadelede AB ülkelerinde söz konusu olabilmektedir. Böylece belli ırk, cinsiyet, din ya da etnik gruba

desteklenmesi, askeri teçhizat üreten firmaların desteklenmesi, sendikaya üyelik oranının yüksek olduğu firmaların desteklenmesi sayılabilir.<sup>10</sup>

### **Kamu Alımlarında Bir Ayrımcılık Türü Olarak Yerli Tercih/Avantaj Uygulaması**

Genel olarak kabul edildiği üzere, sanayi politikalarının amaçları nedeniyle ihalelere katılacak tedarikçilerin sınırlandırılması, rekabet düzeyi ve kamu alımlarının etkinliği üzerinde önemli bir etki yapmaktadır. Gerçekten ihalelere katılma önündeki engellerin kaldırılması, hem etkinliği artırmakta hem de teklif sahiplerinin aralarında anlaşmalarını asgari düzeye indirmektedir. Dolayısıyla ihale şartnamelerinin potansiyel yerli ve yabancı isteklilerin katılımını engellemeyecek şekilde hazırlanması gerekir. Diğer bir ifade ile, gerçekten nötr bir şekilde hazırlanacak teknik şartnamenin önemi yadsınamaz. Bu çerçevede şartnamelerde, uluslararası kabul gören standartlara yer verilmesi gerekir.<sup>11</sup> Ancak; uluslararası ticaret açısından en korumacı alanı oluşturan kamu alımları kararlarının hassas doğası ile birlikte yerli alım politikaları (buy national policies) çoğu ülkede uygulanmaya devam etmektedir. Bu çerçevede; rekabetçi olmayan ihale usullerine örnek olarak; fiyat avantajı (price preference), tek kaynaktan alım (single tendering), offsets, yerli içerik kriteri (local content criteria) ile ulusal ve bölgesel tercih uygulamaları gösterilebilir.

Aslında bu tür uygulamaların kaldırılarak kamu alımlarının serbestleştirilmesi, WTO ve AB düzeyinde uzunca bir süredir tartışılmaktadır. Nitekim AB Komisyonu, üye ülkelerin kamu alımlarında rekabet ve saydamlığı tesis etmek ve ayrımcılığı önlemek üzere, 1977 yılından bu yana bir dizi Yönerge çıkartmış, bu düzenlemelere özellikle 1980'lerin sonu ve 90'ların başında hız verilmiştir. Ancak yerli alım uygulamasının tespit edilmesi, özellikle yayım şartının yerine getirilmemesi nedeniyle

---

mensup olanlara yönelik piyasadaki eşitsizliklerin kamu alımları politikası ile düzeltilmesine çalışılmaktadır. Güney Afrika'daki belli hedefleri içeren kamu alımları politikası (Targeted Procurement Policy) bu çerçevede değerlendirilebilir. Söz konusu politikaya göre, zencilere ait bir firma olması ve zenci işçi çalıştırılması, ihaleye katılım için gereklidir. Bu yaklaşımla Güney Afrika'daki yapım işleri ihalelerinde, zencilerin sahibi olduğu firmaların payı 1995'te %2.5 iken 2000 yılında %30'un üzerine çıkmıştır. (Sandra SORENSEN-Matthew SENER, <http://www.epsu.org/affiliates/default.cfm>).

<sup>10</sup> C. JEANRENAUD, "Public Procurement and Economic Policy", *Annals of Public and Cooperative Economy*, 1984, S. 55, C.2, s.151-158.

<sup>11</sup> Cerdic WARRILOW, s. 27.

oldukça zor olabilmektedir. Yerli isteklilerin desteklenmesi konusunda açık bir düzenlemenin olmaması halinde, yani mevzuattan kaynaklanmayan bir fiili ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda bunun tespiti daha da güçleşmektedir. Bu çerçevede AB’de, yabancı firmaların da ihalelere katılabilmesini olabilir kılmak amacıyla, belli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımlarının AB Resmi Gazetesinde (OJEU) yayımlanması koşulu getirilmiştir. Böylece, 1987 yılında 12 binlerde olan OJEU’da ilan edilen ihale sayısı, 1995’te 90 binlere çıkmıştır.<sup>12</sup>

Ancak yerli tercih uygulamasına ilişkin kanıtların elde edilebilmesi için, ihale usullerinden çok ihalenin sonucuna bakılması yerinde olacaktır. Bu bağlamda ithalat içerisindeki özel sektör payı ile kamu alımlarının ithalat içerisindeki payının karşılaştırılmasının bir fikir verebileceği ileri sürülmektedir.<sup>13</sup> Buna göre; eğer herhangi bir yerli alım uygulaması yoksa bu oranların benzer olması gerekir. İthalattaki payı etkileyen diğer nedenler de olmakla birlikte, oranlar arasındaki büyük farklılık yerli alım uygulamasının varlığı konusunda bir işaret olabilir. Nitekim AB Komisyonu, Birlik içerisinde gerçekleştirilen kamu alımlarındaki ithalat oranını oldukça yetersiz görmektedir. Yapılan istatistiklere göre; Avrupa Birliği’ndeki kamu ihalelerinde ithalat oranı orta düzeydedir. Doğrudan sınır ötesi ticaret oranı 1987’de %1.4 iken 1995’de bu oran %3’e çıkmış, ithalatçılardan ya da yerel şubelerden yapılan alımlar da ise oran 1987’de %4 iken 1995’de %7’ye yükselmiştir.<sup>14</sup> 1994’te AB ülkelerindeki kamu alımlarının sadece %3’ü diğer üye ülkelerden karşılanmıştır.<sup>15</sup>

Diğer bir çalışmaya göre, OECD ülkelerinden bazılarındaki duruma bakıldığında; toplam ithalat harcamaları içerisindeki kamu-özel sektör oranı (%K- %Ö), Almanya’da %23- %24, İspanya’da %10- %27, Fransa’da %13- %27, İtalya’da %12- %24), İngiltere’de %27- %29 dur.<sup>16</sup> 1980’lerde OECD ülkeleri üzerinde yapılan bir çalışmaya göre, bu

<sup>12</sup> Alfons J. WEICHENRIEDER, s. 1 vd.

<sup>13</sup> Federico TRIONFETTI (1), s. 5 vd.

<sup>14</sup> Public Procurement in The European Union: Exploring The Way Forward, Communication adopted by the Commission on 27th November 1996.

<sup>15</sup> European Commission, “Economic Evaluation of Internal Market”, European Economy: Reports and Studies, 4/1996, s. 24.

<sup>16</sup> Federico TRIONFETTI (1), s. 5 vd.

ülkelerde kamu alımlarının Gayri Safi Yurtiçi Hasılaya oranı %10 ile %12 arasında değişmektedir.<sup>17</sup>

Yukarıda da vurgulandığı üzere; kamu alımları uygulamalarında yerli tedarikçilerin desteklenmesi/ kayırılması amacıyla ayrımcılık yapma, pek çok ülkede kullanılan yaygın bir yöntemdir.<sup>18</sup> İşsizliğin önlenmesi, belli ırk ve etnik gruba mensup olanların korunması,<sup>19</sup> bölgesel kalkınma, cinsiyet ayrımının önlenmesi, ulusal güvenliğe ilişkin kaygılar<sup>20</sup> gibi belli ekonomik ve sosyal amaçlarla ayrımcılık uygulamasında, özellikle de yerli tercih sisteminde, ödemeler dengesi düşünceleri, daha düşük ulaştırma giderleri, daha hızlı sunum ve dağıtım, satış sonrası daha etkin bir servis hizmeti gibi avantajlar da etkili olmaktadır.<sup>21</sup>

Yerli ayrımı (home biased) yapılan kamu alımları, uluslararası uzmanlaşma ile de yakından ilgilidir. Yani yerli alım uygulaması, ticaretin yönünde ve uluslararası uzmanlaşmada etkili olabilmektedir. Ancak bu, genel olarak piyasa yapısı üzerinde bütünüyle aynı olmayıp, sektörler göre farklılık arz etmektedir. Diğer bir ifade ile aynı ayrımcı uygulama, farklı sektörlerde farklı sonuçlar verebilir. Özellikle, monopolistik bir rekabet ve artan oranda gelirin olduğu sektörlerde yerli alım uygulamasının uluslararası uzmanlaşma üzerindeki etkisi, rekabetin iyi işlediği ve sabit gelirin olduğu sektörler göre daha fazladır. Bu da belli sektörlerde aşırı yığılmaya neden olabilmektedir. Aynı şekilde, ayrımcı kamu alımları politikası, yurt içi gelirin artması ile sonuçlanabilirken, bazı sektörlerde ithalat oranında düşüşe neden olabilmektedir.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> **Federico TRIONFETTI (2)**, "Home Biased Government Procurement and International Specialisation". Commissariat Général du Plan (No. 5-2000). The Management Centre King's College London, s. 3 vd.

<sup>18</sup> Public Procurement, SIGMA Policy Brief No.3, <http://webnet1.oecd.org/htm/M00025000/M00025348.htm>.

<sup>19</sup> **Howard S. RASHEED**, "Capital Access Barriers to Public Procurement Performance: The Moderating Effects of Ethnicity, Gender and Education", *Journal of Entrepreneurial Development*, [www.coba.usf.edu/departments/management/faculty/rasheed/jdebarriers.pdf](http://www.coba.usf.edu/departments/management/faculty/rasheed/jdebarriers.pdf)

<sup>20</sup> **Simon J. EVENETT -Bernard M. HOEKMAN**, "Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules", October 2002 JEL classification: F13, H57, s. 2 vd.

<sup>21</sup> **Cristopher BOVIS**, s. 231, Yerli firmalar, hizmet ve yapım işleri ihalelerinde, hammadde ve işçilik bakımından avantaja sahiptir. Diğer yandan mal alımlarında ise, ulaştırma, dil ve yerel iş koşullarına aşinalık gibi avantajları bulunmaktadır bkz. **Cerdic WARRILOW**, s.27-28.

<sup>22</sup> **Federico TRIONFETTI (2)**, s. 3 vd.

Her ne kadar gerek uluslararası düzeyde WTO-GPA gibi düzenlemelerde, gerek AB<sup>23</sup> ve NAFTA gibi bölgesel düzenlemelerde yabancı tedarikçilere karşı ayrımcılığın önlenmesine yönelik hükümlere yer verilmiş olsa da bu düzenlemelere üyeliğin sınırlı olması ve sadece belli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımlarında geçerli olabilmesi nedeniyle, ayrımcılığın önlenmesi kolay görünmemektedir.<sup>24</sup>

Yerli tedarikçilerin kayırılması, açık bir şekilde (explicit) düzenlemeler yoluyla sağlanabileceği gibi, hükümetler tarafından zımni (implicit) olarak da yürütülebilmektedir.

Bu çerçevede ayrımcılık, bir yandan açık bir şekilde yerli alım politikalarının (buy local policies) benimsenmesi ile gerçekleştirilmektedir. Örneğin ABD’de “Buy American Act” düzenlemesi ile, yerli tedarikçiler için % 6 oranında bir fiyat avantajı sağlanmış olup bu oran, işsizliğin yüksek olduğu bölgelerdeki firmalar ile KOBİ’ler için %12’ye, askeri malzeme alımlarında ise %50’ye kadar yükseltilebilmektedir. Aynı şekilde Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda ve Türkiye gibi ülkelerde de açıkça düzenlemeler yoluyla belirli avantajlar uygulanmaktadır. Bu bağlamda AB düzeyinde 90/531 sayılı Yönerge ile doğal tekel niteliği taşıyan su, enerji, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde yürütülecek kamu alımlarında %3 oranında bir fiyat avantajı öngörülmüştür.<sup>25</sup>

Diğer yandan kayırmacılık, belli ihale yöntemleri (özellikle pazarlık usulü ve sınırlandırılmış ihale yöntemi) kullanılarak ya da belli ihale kriterleri (özellikle, ekonomik olarak en avantajlı teklif kriteri) ile<sup>26</sup> zımni olarak da yürütülebilmektedir. Örneğin AB ülkeleri açıkça bir yerli alım politikasına sahip olmamakla birlikte, 1988 tarihli Atkins Management Consultants raporuna göre,<sup>27</sup> kamu alımlarının sadece %2’sinde ihaleleri

<sup>23</sup> AB Adaylık Anlaşmaları, sadece adaylık süreciyle sınırlı olacak şekilde bu tür yerli avantaj uygulamalarına izin vermektedir. A Comparison of the EC Procurement Directives and the UNCITRAL Model Law CCNM/ SIGMA/PUMA(2000)32, <http://www.oecd.org/puma/sigmaweb>.

<sup>24</sup> Sandra SORENSEN-Matthew SENGER, <http://www.epsu.org/affiliates/default.cfm>, Cerdic WARRILOW, s.27-28, Federico TRIONFETTI (3), “Discriminatory Public Procurement and International Trade”, *The World Economy* (2000), Vol. 23/1, s. 57 v.d.

<sup>25</sup> Florence NAEGELEN-Michel MOUGEOT, “Discriminatory Public Procurement Policy and Cost Reduction Incentives”, *Journal of Public Economics*, 1998, Vol. 67, s. 349.

<sup>26</sup> Cristopher BOVIS, s. 231.

<sup>27</sup> Atkins Management Consultants, (1988), *The Cost of Non-Europe*, Commission of the EU, Office for Official Publications of the European Community, Luxembourg.

yabancı teklif sahipleri kazanabilmiştir. 2000 yılı verilerine dayanılarak hazırlanmış olan AB Komisyonu raporuna göre de, yerel yönetimlerin kamu alımları esas olarak yerli (local) tedarikçilerden karşılanmakta olup ihalelerin sadece %10'unu diğer üye ülkelerin firmaları alabilmiştir. Genel olarak bakıldığında ise, ekonominin büyüklüğüne bağlı olarak ülkelerin bu konudaki durumlarında farklılık gözlenmektedir. Örneğin büyük bir ekonomisi olan Almanya'da yabancı firmaların kamu alımlarındaki payı %5 iken, İrlanda'da bu oran %32'ye kadar çıkabilmektedir.<sup>28</sup> Görüldüğü gibi AB düzeyinde bile üye ülkeler arasında fiili bir kayırmacılık hakimdir. Komisyona göre, ayrımcılık ve yerli firmaların kayırılmasından kaynaklanan gümrük dışı engellemelerin kaldırılması halinde, yılda 20 milyar Euro tasarruf sağlanabilecektir.<sup>29</sup>

Benzer şekilde Japon bilgisayar piyasasında, ABD firmalarının payı %40 oranında olduğu halde, kamu bilgisayar alımlarındaki payı sadece %0.4'tür.<sup>30</sup> Japonya gibi teknoloji üreten bir ülkede, özel sektörün yaklaşık yarısına hükmeden büyük ABD firmalarının, kamu bilgisayar alımlarındaki payının neredeyse yok denecek kadar az olması da göstermektedir ki, Japon kamu alımları piyasasında da yoğun bir yerli avantaj uygulaması egemendir.

Yukarıda da görüldüğü gibi uluslararası (WTO-GPA) ve bölgesel (AB, NAFTA, EFTA, APEC) düzenlemelerin ayrımcılığın önlenmesine ilişkin hükümlerine rağmen kayırmacılık devam etmektedir.<sup>31</sup> Bunda, kayırmacılığın tespit edilmesini güçleştiren asimetrik enformasyonun

<sup>28</sup> **Business Europe** (18.4.2001), Vol. 41, Issue 8, s.1.

<sup>29</sup> Ayrıca ayrımcılık ve yerli tercih uygulaması ile mücadele, arz tarafını da ilgilendiren üç büyük etki aracılığı ile etkinliği de sağlayabilir. Söz konusu üç büyük etki, ticari etki (trade effect), rekabet etkisi (competition effect) ve yeniden yapılanma etkisi (restructuring effect) olarak sıralanabilir. Ticaret etkisi, kamunun daha düşük fiyata alım yapması ile elde edilebilecek gerçek ve potansiyel tasarruflarla ilgili olup statik bir yönü vardır. Rekabet etkisi, ayrımcı kamu alımları uygulamaları yoluyla rekabetten korunan ulusal firmaların fiyata ilişkin davranışlarının değişmesi ile ilgilidir. Son olarak da rekabetin artırılması sonucunda firmaların yeniden yapılandırılmasını beraberinde getiren yeniden yapılanma etkisinden söz edilebilir ki bu etki, uzun dönemde kamuya mal ve hizmet sunan sanayi ve sektörlerin yeniden düzenlenmesi sonucunu doğuracak dinamik bir niteliğe sahiptir. **Cristopher BOVIS**, s. 229.

<sup>30</sup> **Florence NAEGELEN-Michel MOUGEOT**, s. 350, dn. 2.

<sup>31</sup> **Gosta WESTRING**, "The International Legal Context for Public Procurement in Central and Eastern European Governments" **Public Management Forum**, Vol. IV, No. 2, 1998.

(asymmetric information) yanı sıra ülkelerin bu uygulamadan vazgeçme konusundaki isteksizliği de etkili olmaktadır.<sup>32</sup> Kayırmacılık ve korumacılık uygulaması genel olarak, belli menfaat gruplarının gücü/baskısı ya da bebek endüstrilerin desteklenmesi gereği ile açıklanmaktadır.

Diğer yandan bu uygulamalar, hükümetlerin rasyonel kararlar almasına da bağlanabilir. Nitekim, yabancı firmaların maliyet avantajının olduğu sektörlere yönelik kamu alımlarında hükümetler, rekabetin teşvik edilmesi ve ihalelerde beklenen maliyetleri minimuma indirmek amacıyla yerli firmalar lehine ayrımcılık uygulayabildikleri gibi kamu alımlarında yerli kazancı yabancı kazanca tercih etmeleri halinde de yabancı firmalara yönelik ayrımcılığa gidebilirler.<sup>33</sup> Bu çerçevede özellikle ekonomistler tarafından yürütülen pek çok çalışmada, belli koşulların varlığı halinde ayrımcılık uygulamasının etkinliği artırmasının mümkün olabileceğine işaret edilmektedir. Nitekim, rekabetin başarısız yürütüldüğü ve az sayıda firmanın yer aldığı bir piyasada, yabancı firmalara karşı yürütülen ayrımcılık uygulaması bu bağlamda değerlendirilmektedir. Bazılarına göre, sadece az sayıda yerli ve yabancı firmanın yer aldığı ve yerli firmaların maliyet dezavantajının olduğu mal ve hizmet sektörlerinde ayrımcı kamu alımları uygulaması, ulusal refahı artırabilme potansiyeli taşımaktadır.<sup>34</sup> Söz konusu görüş sahiplerine göre, karşılaştırmalı üstünlük etkisi ile firmaların maliyetleri, sistematik olarak, ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Nitekim, yüksek maliyetli bir firmanın desteklenmesi ihalenin bu firma üzerinde kalma olasılığını artırabileceği gibi düşük maliyetli bir firmanın ihaleyi kazanabilmek için teklifini daha da düşürmesi sonucunu da doğurabilir. Tercih uygulamasının kamu alımlarında daha düşük fiyatı beraberinde getirebilmesi için, yüksek maliyetli firmaların desteklenmesi gerekir. Ancak tercih uygulamasında, sadece kötü rekabet koşullarına sahip endüstrilerin rekabet ortamının iyileştiril-

<sup>32</sup> Florence NAEGELEN-Michel MOUGEOT, s. 349-350.

<sup>33</sup> F. BRANCO, "Favoring Domestic Firms in Procurement Contracts", *Journal of International Economics*, (1994) Vol. 37, s. 65 v.d, Simon J. EVENETT, "Is There a Case for New Multilateral Rules on Transparency in Government Procurement", in *The Singapore Issues and The World Trading System: The Road to Cancun and Beyond*, World Trade Institute Publication, Switzerland, s. 25 vd.

<sup>34</sup> *ibid*, s. 24 v.d., Simon J. EVENETT -Bernard M. HOEKMAN, s. 3 v.d., Juan-Jose GANUZA-Esther HAUK, "Economic Integration and Corruption, the Corrupt Soul of the European Union", November 2001, JEL classification numbers: D72, F15, H57, s. 4.



mesi bir hedef olmalıdır. Eğer rekabet koşulları iyi olan bir endüstriden kamu alımları yapılacaksa sıfır tercih (zero preferences) en optimal olanıdır<sup>35</sup>. Optimal ayrımcılık politikası, kamunun talep ettiği mal ya da hizmeti daha düşük fiyata almasını sağlar. Örneğin eğer yerli endüstrinin maliyet avantajı söz konusu ise, kamu alımlarının maliyeti, sıfır tercih oranında %10'luk tercih oranına göre daha düşük olacak, hatta yabancı firmalar lehine bir avantaj uygulansa bile sonuç değişmeyecektir<sup>36</sup>.

Bu çerçevede, tercih uygulamasında optimal orana ulaşmak, diğer bir ifadeyle iyi ayarlanmış (finely-tuned) tercih uygulamasını gerçekleştirmek yerine, ülkelerin sabit (fixed) oranlar geliştirdikleri gözlenmektedir. Nitekim ABD'de %6, Kanada'da %10 gibi belli oranlarda tercih uygulanmaktadır. Diğer taraftan bazı ülkeler, tercih uygulaması yerine, açık ya da zımnî olarak, kamu alımlarına yabancı isteklilerin katılmasını engellemektedir. Bu uygulamaların rekabeti azaltması nedeniyle kamu alımlarındaki maliyetin arttığı (bazı durumlarda %50'nin üzerinde bir artış) açıkça görülmektedir<sup>37</sup>.

Sonuç olarak, eğer hükümetlerin hedefi, kamu alımlarındaki maliyetleri minimize etmek ise, karşılaştırmalı avantaja sahip olmadığı (comparative disadvantage) sektörlerde yerli isteklilerin desteklenmesi gerekir. Aksine karşılaştırmalı avantaja sahip olduğu endüstrilerde ise, yabancı firmaların desteklenmesi gerekir. Diğer yandan eğer maliyetlerin düşürülmesinin yanı sıra yerli firmaların kârının artırılması kamu alımlarındaki hedefler arasında ise, bu durumda da yerli firmaların desteklenmesi gerekir. Ancak bu destekleme sektörler göre farklılık arz etmelidir. Yani ülkeler, karşılaştırmalı avantaja sahip olduğu sektörlerde, karşılaştırmalı avantaja sahip olmadığı sektörler göre daha az oranda bir yerli tercih uygulamalıdır.<sup>38</sup> Ancak bütün bu söylenenlere rağmen, yerli tercih

<sup>35</sup> R. Preston McAFFE-John McMILLAN, "Government Procurement and International Trade", *Journal of International Economics*, S. 26, 1989, s.297-301. Özellikle herbir ülkeden pek çok tedarikçinin katıldığı bir ihalede optimal tercih sıfırdır.

<sup>36</sup> ibid, s. 302-303, ayrıca bkz. Jin Hee LEE, The Agreement on Government Procurement and Expanding Membership, Ewha Womens University, (tez) 1999 <http://saturn.ewha.ac.kr/publication/thesis/1999/leejinhee.doc>.

<sup>37</sup> R. Preston McAFFE-John McMILLAN, s. 303.

<sup>38</sup> ibid, s. 304.

uygulamaları, her ne kadar kısa dönemde kullanılabilir görünse de, uzun dönemde ekonomi üzerinde olumsuz etkileri olabilecektir.<sup>39</sup>

### **Türkiye’de Kamu Alımlarına Uluslararası Katılım ve Yerli İsteklilere Avantaj Uygulanması**

2886 sayılı Kanun döneminde, eğer ihaleyi yapan kuruluşlar, yabancı isteklilerin de katılmasının uygun olacağını düşünmüşlerse, ilan edilmesi düşünülen ülkedeki Türk Büyükelçiliğine ihale ilanı gönderilir ve bu ilan söz konusu ülkenin dilinde gazetelerde yayımlanır ayrıca ilgili kuruluşlara da duyurulurdu. 26.01.1984 tarihli ve 18293 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik uyarınca, ilanın son teklif verme tarihinden 60 gün önce ilgili ülkedeki Türk Büyükelçiliğine gönderilmesi ve tekliflerin verileceği son günden en az 45 gün öncesinde de gazetelerde yayınlanması gerekirdi.

27 Mart 1985 tarih ve 85/9342 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, uluslararası katılıma açık olacak bir ihale için, ihale bedeli 2 milyar Türk lirasına kadar ise ihaleyi yapan kuruluş amirinin izni, 20 milyar liraya kadar ilgili Bakanın izni, 20 milyar liranın üzerinde ise Bakanlar Kurulunun izni gerekli kılınmıştı. Bu koşullarda yabancı isteklilerin de katılabildiği ihalelerde, daha önce ihale dokümanında göstermiş olmak kaydıyla yerli istekliler lehine %15 fiyat avantajı uygulanabilirdi. Ayrıca bütün isteklilerin tebligata esas olacak bir adres gösterme ve Türkiye’de Sanayi ve/veya Ticaret Odasına kayıtlı olduğuna ilişkin bir belge sunma zorunluluğu vardı.<sup>40</sup>

Ancak 2886 sayılı yasa döneminde kamu alımları sistemi, daha çok yerli isteklilere dönük olarak işletilmiş, yabancı firmalar ise bu piyasada daha çok yerli firmalarla ortaklık, ortak girişim gibi yollarla iş yapabilmıştır. Mevzuattan kaynaklanan sorunların yanı sıra ödemelerdeki gecikmeler, fiyat ayarlama mekanizmasının yetersizliği ya da uzun dönemli sözleşmeler için fiyat ayarlama mekanizmasının olmayışı gibi nedenler de eklenince yabancı istekliler, Türkiye’deki kamu alımları piyasasına çok fazla katılamamıştır. Bu nedenle AB, IMF ve Dünya Bankası başta olmak üzere uluslararası kuruluşlar, yabancı isteklilerin katılımını engel-

<sup>39</sup> Public Procurement, SIGMA Policy Brief No. 3, <http://webnet1.oecd.org/html/M00025000/M00025348.htm>.

<sup>40</sup> Government Procurement, in Trade Policy Review, WT/TPR/S/44, s. 88-91.

leyici nitelikte gördükleri Türkiye’de adresin olması ve Odalara kayıtlı olma şartı getiren mevzuat hükümlerinin çıkartılmasını, standart ihale dokümanlarının belli bazı yabancı dillere de çevrilmesini, yerli avantaj uygulamasının yerli istekliler için değil sadece yerli katkı için uygulanmasını, belli ülkelerde ilan yerine bütün yabancı isteklilerin katılımına imkan sağlayacak şekilde uluslararası yayın organlarında ilan edilmesini önermiştir.<sup>41</sup>

Bu öneriler doğrultusunda hazırlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun temel yeniliği, kamu ihalelerinin yabancı firmalara açılması olmuştur. Daha önce istisnai bir durum olan yabancı firmaların kamu ihalelerine katılması, bu Kanun ile genel bir düzenleme haline getirilmiştir.

4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde yerli istekli tanımı yapılmış olup buna göre, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler yerli istekli olarak tanımlanmıştır.<sup>42</sup> Buna göre, gerçek kişilerin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduklarına dair nüfus cüzdanı suretini, tüzel kişilerin ise Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulduklarını gösteren belgeleri ihaleye başvuru belgeleri ile birlikte sunmaları gerekmektedir. Uygulama Yönetmeliklerinde düzenlendiği şekliyle, tüzel kişi isteklilerin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kuruldukları;

- *Şirketlerde şirket merkezinin bulunduğu yeri gösterir ticaret sicil gazetesi veya ilgili ticaret sicil memurluğunca verilen belge,*
- *Derneklerde, ilgili mülki amirlikçe verilen alındı belgesi,*

<sup>41</sup> World Bank Reprot -Turkey Draft Country Procurement Assessment Report, Volume I, 6 March 2001.

<sup>42</sup> Ancak uygulamada idareler bu tanımı bazen yanlış yorumlayabilmektedir. Örneğin Kamu İhale Kurumu tarafından incelemesi yapılan bir ihalede idare, yerli istekliyi anılan Kanunun bu hükmünden farklı olarak Giresun ve ilçelerinde 6 ay süreli ikamet edenler olarak algılamış ve ilana ve idari şartnameye ihaleye yerli isteklilerin katılacağı ve Giresun ve ilçelerinde 6 ay süreli ikamet belgesi isteneceği hükmünü koymuştur. Kamu İhale Kurulu bu düzenlemeyi ihaleye katılımı engelleyen, 4734 sayılı Kanunun eşitlik ve rekabetin sağlanması ilkesine aykırı bir düzenleme olarak nitelendirmiştir. Bkz. Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi: 30.12. 2003, Karar No: 2003/UK.Z-894.

• *Vakıflarda, Vakıflar Genel Müdürlüğüne tutulan merkezi sicile kayıtlı olduklarına dair merkezi sicil kaydının örneği veya yayımlandığı Resmi Gazete ile,*

• *Kooperatiflerde, ilgili Bakanlıkça düzenlenen belge,*

• *Diğer tüzel kişiliklerde, ilgili mercilerce düzenlenecek belge,*

ile tevsik edilmelidir. Ortak girişim isteklilerde ise bu şartların, ortak girişimi oluşturan her ortak için ayrı ayrı aranması gerekir.

Bilindiği üzere, 4734 sayılı Kanunun “Eşik Değerler” başlıklı 8. maddesinde, 4734 sayılı Kanunun 13. ve 63. maddelerinde yer alan hükümlerin uygulanmasına esas olmak üzere, yaklaşık maliyet dikkate alınarak kullanılacak eşik değerler belirtilmiştir. Eşik değer, kuruluşların yapısına ve ihale konusu işlerin türüne göre ihalelere yabancıların katılabilecekleri sınırlar ile buna bağlı olarak yerli isteklilere avantaj uygulanmasını belirleyen ve ilan sürelerinde kullanılan parasal değerleri ifade etmektedir.

4734 sayılı Kanunun “Yerli İstekliler İle İlgili Düzenlemeler” başlıklı 63. maddesi hükmü uyarınca, idarelere,

1) Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelerde, ihaleye sadece yerli isteklilerin katılması hususunda ihale dokümanlarına hüküm konulabilmesine,

2) Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin üzerindeki ihalelerde ise; hizmet alımları ve yapım işlerinde bütün yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine, % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması hususunda ihale dokümanlarına hüküm konulabilmesine, imkan tanınmıştır.

Burada bir hususun altını çizmek gerekir. İhale dokümanlarına sadece yerli isteklilerin katılması hususunda hüküm koymak suretiyle ihalenin yabancı isteklilerin katılımına kapatabilmesi, ancak yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında olan ihaleler için söz konusu olup, yaklaşık maliyeti eşik değerinin üzerinde olan ihalelerde ihale dokümanlarına sadece yerli isteklilerin katılması hususunda hüküm koymak suretiyle yabancı

isteklilerin ihaleye katılımının engellenmesi mümkün değildir. Bu son durumda, yani yaklaşık maliyeti eşik değerlerin üzerinde olan ihalelerde ihale dokümanlarına, hizmet alımları ve yapım işlerinde bütün yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine, % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanmasını öngören hükümler konulmak suretiyle ihaleye katılacak yerli isteklilere fiyat avantajı tanınabilecektir. Ancak, söz konusu %15'lik oran, her ihale için uygulanması zorunlu tek oran olmayıp, idareler ihalelerinin özelliklerine göre, Kanunla belirlenen üst limit olan %15 oranının aşılmaması kaydıyla, farklı oranlar belirleyebilecektir.

Görüldüğü üzere; idarelerce ihalelerde yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması, sadece yaklaşık maliyeti eşik değer üzerinde olan ihalelerde mümkün olup, yaklaşık maliyeti eşik değer altında olan ihalelerde, idarelerin yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulamaları mümkün değildir. Ayrıca, yaklaşık maliyeti eşik değer üzerinde olan hizmet alımları ve yapım işlerinde, isteklilerin fiyat avantajından yararlanabilmesi için “yerli istekli” olması yeterli iken, yaklaşık maliyeti eşik değer üzerinde olan mal alımları ihalelerinde, isteklilerin fiyat avantajından yararlanabilmesi için “yerli istekli” olmasının yanı sıra “yerli malı” sayılan malları da teklif etmesi gerekir. Yaklaşık maliyeti, eşik değer üzerinde olan mal alımları ihalelerinde, yerli malı olarak değerlendirilecek mallara ilişkin belirleme, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak, Kamu İhale Kurumu tarafından yapılmış olup, idarelerin Kurumca “yerli malı” sayılan malları yerli malı olarak değerlendirmesi ve bu malları teklif eden yerli istekliler lehine ihale dokümanında öngörülen fiyat avantajını uygulaması gerekmektedir.<sup>43</sup>

Yerli istekliler lehine uygulanacak fiyat avantajının hesaplanması, ihaleye katılan yabancı isteklilerin tekliflerinin, teklif ettikleri bedelin idarece öngörülen oran kadar artırılması suretiyle yapılacaktır. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin, fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alın-

<sup>43</sup> V. Arif ŞİMŞEK, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Ve Bilişim Sektörü”, Bilişim Dergisi, Eylül 2003, Sayı: 87.

rak belirleneceği ihalelerde ise, öncelikle fiyat dışı unsurlar, daha sonra yerli malımı teklif eden yerli istekliler lehine fiyat avantajı dikkate alınarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir.<sup>44</sup>

Yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanacağı belirtilen ihalelerde, fiyat avantajından yararlanmak isteyen yerli isteklilerin, “yerli istekli” olduğuna ilişkin ilgili Uygulama Yönetmeliğinde belirtilen belgeleri de, teklifleri kapsamında idareye sunmaları gerekir.<sup>45</sup> Söz konusu avantajın uygulanacağı belirtilen mal alım ihalelerinde ise, yerli isteklilerin “yerli istekli” olduğuna ilişkin belgelerin yanı sıra, teklif ettikleri malların “yerli malı” olduğunu tevsik eden “yerli malı belgesi” ni de sunmaları gerekmektedir.

Bu bağlamda, yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanacak mal alım ihalelerinde, ihale konusu malın yerli malı olarak değerlendirilebilmesi için Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen kriterleri<sup>46</sup> şu şekilde sıralamak mümkündür:

1- Tamamen Türkiye’de üretilen veya elde edilen ürünler ile üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemi Türkiye’de yapılan ürünler, yerli malı olarak kabul edilecektir. Bir malın yerli malı olarak değerlendirilebilmesi için Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğine bağlı ilgili Oda tarafından “Yerli Malı Belgesi” ile belgelendirilmesi şarttır. Belgelendirme işlemi, ilgili oda tarafından belirtilen kriterler çerçevesinde yerine getirilir.

2- Sanayi ürünlerinin yerli malı kabul edilebilmesi için, a) Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından düzenlenen Sanayi Sicil Belgesine sahip firmalar tarafından üretilmesi, b) Üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemin Türkiye’de yapılmış olması şartları aranır. Bu iki şartın bulunması halinde

<sup>44</sup> Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (Madde 59).

<sup>45</sup> Kamu İhale Kurulu; başlığı “yerli istekli belgesi” olmamakla birlikte ticaret ve sanayi odası tarafından düzenlenen, şirket adresini belirten ve firmanın yerli istekli olduğu hususunu tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan belgeleri (oda sicil kayıt sureti, faaliyet belgesi ve ticari ikametgah belgesi) de yeterli görmektedir. Bkz. Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi: 10.12. 2004, Karar No: 2004/UM.Z-1329.

<sup>46</sup> Ayrıntı için bkz. 2004 Kamu İhale Genel Tebliği.

“Yerli Malı Belgesi”, sanayi ürününün üretildiği yer Sanayi Odası veya Sanayi ve Ticaret Odası tarafından düzenlenir.

3- Gıda ve tarımsal ürünlerin Yerli Malı olarak kabul edilebilmesi için, a) Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca düzenlenen Gıda Sicil Belgesi ile Gıda Üretim Sertifikasına sahip üretici tarafından üretilmesi, b) Üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemin Türkiye’de yapılmış olması şartları aranır. Bu iki şartın bulunması halinde “Yerli Malı Belgesi”, gıda ve tarımsal ürünü üreten üreticinin bulunduğu yer Sanayi Odası veya Sanayi ve Ticaret Odası tarafından düzenlenir.

4- Türkiye’de toplanan bitkisel ürünler, Türkiye’de doğan ve yetiştirilen canlı hayvanlar ve bunlardan elde edilen ürünler, Türkiye’de yetiştirilen ve avlanan su ürünleri yerli malı kabul edilir. Bunların dışındaki ham tarım ve hayvancılık ürünleri tümüyle Türkiye’de üretilmesi veya üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemin Türkiye’de yapılmış olması şartıyla yerli malı kabul edilir. Tarım ve hayvancılık ürünlerine ilişkin “Yerli Malı Belgesi”, ürünün elde edildiği yerin Ticaret Borsası tarafından, Ticaret Borsasının bulunmadığı yerlerde ise Ticaret Odası veya Ticaret ve Sanayi Odaları tarafından düzenlenir.

5- Esnaf ve sanatkarlarca üretilen ürünler, Türkiye’de çıkarılan madenler ve madencilik ürünleri ile yukarıda belirtilen ürünler dışında kalan ve bu kategorilerin hiçbirine girmeyen diğer ürünler, tümüyle Türkiye’de üretilmesi veya üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemin Türkiye’de yapılmış olması şartıyla yerli malı kabul edilir. Bu ürünlere ilişkin “Yerli Malı Belgesi”, üretildiği yerin Sanayi Odası veya Ticaret ve Sanayi Odası tarafından düzenlenir.

Öte yandan; 4734 sayılı Kanununun 63. maddesi gereğince, yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanacağı belirtilen ihalelerde, yabancı isteklilerle iş ortaklığı veya konsorsiyum şeklinde ortak girişim oluşturmak suretiyle ihaleye katılan yerli istekliler, anılan fiyat avantajından yararlanamayacaktır.

## Sonuç ve Değerlendirme

Yerli malına fiyat avantajı uygulanmasına ilişkin düzenlemenin koşulları özetle; yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerinde olan ihalelerde, başka bir deyişle isteklinin yerli istekli olup olmadığına bakılmaksızın tüm isteklilerin teklif verebildiği ihalelerde, ihale dokümanına yüzde 15'i aşmayacak bir oranda fiyat avantajı uygulanacağına ilişkin hüküm konulması şartıyla, yerli malını teklif eden yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması mümkün olacaktır.

4734 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümleri esas alındığında yerli fiyat avantajı uygulamasına yönelik bir kısım eleştiriler ve bunlara yönelik öneriler de dikkat çekicidir. Dünya Bankası Türkiye Raporunda da vurgulandığı üzere,<sup>47</sup> yerli isteklilere yönelik bir fiyat avantajı yerine yerli içerik (local content) ya da yerli girdi (local input) için fiyat avantajı sağlanması teklif edilmektedir. Ancak teorik olarak ve amaca hizmet etmesi bakımından daha yerinde bir uygulama gibi görünen kamu ihalelerinde "yerli katkı" ya da "yerli katma değer" gibi ölçütlere bakılması ve tekliflerin bu ölçütlere göre puanlandırılması ya da yerli katkı ölçüsünde fiyat avantajı sağlanması konusuna, uygulamada yaşanacak bazı sorunlar nedeniyle uygulayıcılar tarafından sıcak bakılmamaktadır.

Burada önemli olan husus hangi ürünün yerli malı olarak değerlendirilmeye alınacağıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, 4734 sayılı Kanunun 63'üncü maddesinde yerli malını belirleme yetkisi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşü alınmak kaydıyla Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir. Kurum tarafından, yerli malının tarihinin yapılması ve belgelendirme usulünün belirlenmesi için, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı başta olmak üzere konunun tarafı olan kamu ve özel kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak yürütülen süreçte, mal alımları kapsamına giren ürün çeşitliliğinin oldukça fazla olması ve bu ürünlerin üretim sürecinin birbirinden farklı karakteristik özelliklerinin bulunması, bir ürünün yerli malı kabul edilmesi için temel kriterlerin tespit edilmesinde güçlükler yaşanmasına neden olmuştur. İlk bakışta, yerli katkı oranı referans alınarak değerlendirme yapılması ilke olarak benimsenmiş ise

<sup>47</sup> World Bank Reprot -Turkey Draft Country Procurement Assessment Report, Volume I, 6 March 2001.



de, bu orana ilişkin sınır değerler sektörler için farklı belirlenmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmış ve bu yöndeki çalışmalar bu noktada tıkanmıştır. Örneğin imalat girdilerinin çoğunluğunu ithal girdilerin oluşturduğu elektronik sektöründe yerli katkı oranının daha düşük, mobilya sektöründe ise daha yüksektir. Bu nedenle, mal kalemlerinin sektörler itibariyle belli başlıklar altında gruplandırılıp yerli katkı oranı için ayrı ayrı sınır değerler tespit edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Böyle bir gruplandırma yapıp, farklı oranlar tespit edilse dahi, piyasa ekonomisinin gereği olarak üretim sürecindeki malzeme girdilerinin menşindeki değişikliklerin, belli marka-model üründeki yerli katkı oranının sürekli değişkenlik göstermesine neden olacağı ortadadır. Daha açık bir ifade ile, bir firmanın ürettiği bir büro koltuğunda yerli kumaş kullanılırken yerli katkı oranı belirlenen sınır değer altında kalabilecekken, aynı koltuk için ithal kumaş kullanılması halinde yerli katkı oranında ortaya çıkacak değişiklik nedeniyle aynı koltuğun yerli malı olma özelliğini kaybedeceği öngörüldüğünden, böyle bir oran belirlenmesinin uygulamada çeşitli sorunları beraberinde getireceği sonucuna ulaşılmıştır.<sup>48</sup>

Diğer yandan, yerli katkı oranına dayalı olarak sektörler için farklı değerler sağlıklı bir şekilde tespit edilse dahi, Türkiye’de üretilen herhangi bir ürünle ilgili yerli katkı oranına ilişkin kullanılabilir bir veri tabanının olmayışı, bu tip bir uygulamanın benimsenmesini zorlaştırmıştır. Bir ürünün yerli malı olup olmadığının ayırımında, o ürünün üretim sürecinde geçirdiği evrelerde malzeme ve işçilik olarak yerli katkı oranına bakılması daha doğru bir bakış açısı olmakla birlikte, yukarıda anlatılan nedenlerle yerli katkı oranına ilişkin bir sınır değer tespit edilmesinin ortaya çıkaracağı muhtemel sorunlar da dikkate alınarak, bir ürünün yerli malı sayılması için piyasaya sunulduğu haliyle yerli malı kimliğini taşıyıp taşımadığının tespit edilmesinin gerekli olduğu yaklaşımı benimsenmiştir.

Buradan hareketle sürdürülen çalışmalar sonucunda, 18.12.2002 tarih ve 24967 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2002/DK-8 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı alınmıştır. Anılan Kararın 1 inci maddesinde "Tamen Türkiye’de üretilen veya elde edilen ürünler ile üretim sürecinin

<sup>48</sup> O. Sener AKKAYNAK, "Kamu Alımlarında Yerli Malı" ASOMedya Forum, Mayıs 2004, [www.e-aso.org.tr/html/TUR/asomedia/mayis2004/forummayis2004.html](http://www.e-aso.org.tr/html/TUR/asomedia/mayis2004/forummayis2004.html).

önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemi Türkiye’de yapılan ürünler yerli malı olarak kabul edilir şeklinde düzenleme yapılmış, izleyen maddelerde kamu alımlarına konu olabilecek ürünler gruplara ayrılarak bu gruplar için belgelendirmeye ilişkin usuller sıralanmıştır.

Anılan Kararda yer alan "...üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemi Türkiye’de yapılan ürünler..." ifadesi ile her hangi bir malın piyasadaki ekonomik değerine Türkiye’de yapılan malzeme ve işçilik katkısıyla ulaşılmış olma koşulu getirilmiş olmaktadır. Bu koşul, ürünün üretim süreci ve piyasaya sunulmuş halinin teknik yönden incelenerek karar verilmesini gerektirdiğinden, belgelendirme işlemi için ürünün konusuna göre TOBB’a bağlı Ticaret ve/veya Sanayi Odaları veya Ticaret Borsaları yetkilendirilmiştir.Yapılan düzenlemenin özünde, bir ürünün yerli malı kabul edilebilmesi için ürüne ekonomik yönden nihai katkının Türkiye’de yapılmış olması gözetilmektedir. Yerli katkı oranıyla ilgili oransal bir sınır tespit edilmesinin ve yerli katkı oranının hesaplanmasının uygulamada ortaya çıkaracağı güçlükler dikkate alınarak bu genel yaklaşım benimsenmiştir.

Kamu alımlarında yerli malına öncelik verilmesine ilişkin isteklerin ve imalat sanayinden gelen taleplerin karşılanabilmesi için, idarelerce ihale dokümanına bu yönde hüküm konulmasının gerekli olduğunun altını bir kez daha çizmekte yarar vardır. Ülkemizin kalkınma ve üretim stratejileri dikkate alınarak, ilgili kurum ve kuruluşların katılımıyla kamu alımlarında fiyat avantajı uygulanması öngörülen sektörlerin belirlenmesi ve ihalelerde idarelerin uygulamalarında yeknesaklığın sağlanması için mal kalemlerinde yapılacak kodifikasyonun bir an önce devreye sokulması gibi bir takım idari kararların alınması ve idarelerin bu yönde teşvik edilmesi halinde Kanunun 63 üncü maddesinde öngörülen yerli malını teklif eden yerli isteklilere fiyat avantajı uygulanması hükmünün daha yaygın uygulanmasını sağlayacaktır.<sup>49</sup>

4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yapılan ihalelere bakıldığında yerli fiyat avantajı uygulamasının çok da yaygın

<sup>49</sup> O. Sener AKKAYNAK, "Kamu Alımlarında Yerli Malı"ASOMedya Forum, Mayıs 2004, [www.e-aso.org.tr/html/TUR/asomedyamayis2004/forummayis2004.html](http://www.e-aso.org.tr/html/TUR/asomedyamayis2004/forummayis2004.html).

olarak idarelerce işletilmediği gözlenmektedir. Nitekim Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan 2005 yılı istatistik raporunda belirtildiği üzere, adet bazında ihalelerin % 1'i , tutar bazında ise % 6'sı için yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanmıştır.<sup>50</sup> Yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanan ihalelere ilişkin tablo adet ve tutar bazında aşağıda verilmiştir.

İhale türü	Yerli İstekliler Lehine Fiyat Avantajı Uygulanan İhaleler				Yerli İstekliler Lehine Fiyat Avantajı Uygulanmayan İhaleler			
	Miktar		Tutar		Miktar		Tutar	
	Adet	%	1000 YTL	%	Adet	%	1000 YTL	%
Mal Alımı	307	63	79.931	7	38.091	58	7.121.805	41
Hizmet Alımı	152	31	414.530	38	21.141	32	4.484.779	26
Yapım İşi	31	6	584.919	54	6.705	10	5.733.305	33
<b>TOPLAM</b>	<b>490</b>	<b>100</b>	<b>1.079.379</b>	<b>100</b>	<b>65.937</b>	<b>100</b>	<b>17.349.889</b>	<b>100</b>

**Kaynak: 2005 Yılı İstatistik Raporu, Kamu İhale Kurumu İstatistik ve Sicil İzleme Dairesi Başkanlığı, s. 71 v.d.**

<sup>50</sup> 2005 Yılı İstatistik Raporu, Kamu İhale Kurumu İstatistik ve Sicil İzleme Dairesi Başkanlığı, s. 71-73 [www.ihale.gov.tr/istatistik/istatistikraporu2005y%C4%B1%C4%B19ayl%C4%B1k.pdf](http://www.ihale.gov.tr/istatistik/istatistikraporu2005y%C4%B1%C4%B19ayl%C4%B1k.pdf).

## KAYNAKÇA

## MAKALELER

**BÉLISLE, J. Denis:** “Trade Aspects of Procurement”, in **Report of the Conference on Public Procurement Reform in Africa** 30 November to 4 December 1998, Abidjan, Côte d’Ivoire Co-Sponsoring Organisations: African Development Bank International Trade Centre UNCTAD/WTO United Nations Development Programme The World Bank s. 13-21.

**BOVIS, Cristopher:** “The Regulation of Public Procurement as a Key Element of European Economic Law”, **European Law Journal**, Vol.4 No.2, (June 1998), s.220-242.

**BRANCO, F. :** “Favoring Domestic Firms in Procurement Contracts”, *Journal of International Economics*, (1994) Vol. 37, s. 65-80.

**EVENETT, Simon J. :** “Is There a Case for New Multilateral Rules on Transparency in Government Procurement”, in *The Singapore Issues and The World Trading System: The Road to Cancun and Beyond*, World Trade Institute Publication, Switzerland.

**EVENETT, Simon J.-Bernard M. HOEKMAN:** “Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules”, October 2002 JEL classification: F13, H57.

**GANUZA, Juan-Jose -Esther HAUKE:** “Economic Integration and Corruption, the Corrupt Soul of the European Union”, November 2001, JEL classification numbers: D72, F15, H57, s.4.

**JEANRENAUD, C.:** “Public Procurement and Economic Policy”, *Annals of Public and Cooperative Economy*, 1984, S. 55, C.2, s.151-158.

**JOHNSTONE, Nick:** “Budget, Financial and Accounting Issues in Greener Public Purchasing”, **Report on Workshop held in Vienna on October 29th-30th, 2001**, Working Party on National Environmental Policy, ENV/EPOC/WPNEP/RD(2001)6, s. 3 v.d.

**LEE, Jin Hee:** The Agreement on Government Procurement and Expanding Membership, *International Studies of Ewha Womans*

University, May 1999, (Yayınlanmamış Master Tezi), <http://saturn.ewha.ac.kr/publication/thesis/1999/leejinhee.doc>.

**McAFFE, R. Preston -John McMILLAN:** "Government Procurement and International Trade", **Journal of International Economics**, S. 26, 1989, s.291-308.

**NAEGELEN, Florence -Michel MOUGEOT:** "Discriminatory Public Procurement Policy and Cost Reduction Incentives", **Journal of Public Economics**, 1998, Vol. 67, s. 349-367.

**RASHEED, Howard S.:** "Capital Access Barriers to Public Procurement Performance The Moderating Effects of Ethnicity, Gender and Education", **Journal of Entrepreneurial Development**, [www.coba.usf.edu/departments/management/faculty/rasheed/jdebarriers.pdf](http://www.coba.usf.edu/departments/management/faculty/rasheed/jdebarriers.pdf).

**SORENSEN, Sandra -Matthew SENGER:** "Public Services and Procurement" **Discussion paper prepared for Public Services International**, August 29 2002, <http://www.epsu.org/affiliates/default.cfm>.

**TRIONFETTI, Federico (1) :** "Government Procurement, International Specialization, and Income Inequality" <http://cidei.eco.uniroma1.it/wp/cidei42.doc>.

**TRIONFETTI, Federico (2) :** "Home Biased Government Procurement and International Specialisation". Commissariat Général du Plan (No. 5-2000). The Management Centre King's College London.

**TRIONFETTI, Federico (3) :** "Discriminatory Public Procurement and International Trade", **The World Economy** (2000), Vol. 23/1, s. 57-76.

**WARRILOW, Cerdic:** "Market-Oriented Public Procurement Systems", **International Trade Forum**, July-September 1995, No.3, s. 24-32.

**WEICHENRIEDER, Alfons J. :** "Public Procurement in the Presence of Capital Taxation", **CESifo Working Paper Series Working Paper No. 257**, March 2000.

**WESTRING, Gosta:** “The International Legal Context for Public Procurement in Central and Eastern European Governments” **Public Management Forum**, Vol. IV, No. 2, 1998.

### **DİĞER KAYNAKLAR**

• A Comparison of the EC Procurement Directives and the UNCITRAL Model Law CCNM/ SIGMA/PUMA(2000)32, <http://www.oecd.org/puma/sigmaweb>.

• Atkins Management Consultants, (1988), The Cost of Non-Europe, Commission of the EU , Office for Official Publications of the European Community, Luxembourg.

• Business Europe (18.4.2001), Vol. 41, Issue 8, s.1.

• European Commission, “Economic Evaluation of Internal Market”, European Economy: Reports and Studies, 4/1996 s. 24.

• Government Procurement, in Trade Policy Review, WT/TPR/S/44, s. 88-91.

• Importance of Good Public Procurement, <http://www.intracen.org/ipsms/import/ppimprt.htm>.

• President’s Private Sector Survey on Cost Control, 1984, s. III-327.

• Public Procurement in The European Union: Exploring The Way Forward, Communication adopted by the Commission on 27th November 1996.

• Public Procurement, SIGMA Policy Brief No. 3, <http://webnet1.oecd.org/htm/M00025000/M00025348.htm>.

• World Bank Reprot -Turkey Draft Country Procurement Assessment Report, Volume I, 6 March 2001.



# ÖZEL HUKUK





## HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI'NA KATKI

Prof. Dr. Bilge UMAR\*

## I. Sunuş

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısı'nın hazırlanışı, şimdi bulunduğu aşama ve hukukumuzda getireceği başlıca yenilikler üzerine hukukçular toplumunu ve özellikle de hukuk öğrencilerini bilgilendirmek; ayrıca, ister istemez şimdiki hukukumuzda göre yapılacak Medenî Usul Hukuku öğretimi sırasında, yakın zamanda gerçekleşmesi beklenen değişikliklerin hiç değilse önemli veya önemlice olanlarını toplu biçimde gösteren bir metni öğrencilerimizin eline sunmak amacıyla ve YTÜ HF Dergisi'nde yayınlanmak üzere "HMK tasarısıyla şimdiki HUMK kurallarına getirilmek istenen değişikliklerin başlıcaları" başlıklı bir inceleme yazısı hazırlamak, Medenî Usul Hukuku dalında öğretim üyeliği görevimin gereği idi; bu görevi, o yazıyı hazırlayarak yerine getirdim.

Sanırım ki, bununla yetinmeyip, hazırlanma çalışmalarında görev almadığım tasarının ortaya çıkmasından sonra onu özenle inceleyip genel bir değerlendirmeye varmak ve ayrıca onun yasalaşması öncesinde şurasında burasında değişiklikler, eklemeler yapılmasının yerinde olacağını görürsem (daha doğru ve daha az iddialı bir ifadeyle, "olacağı kanısına varırsam") bu yolda öneriler ve uyarılar içeren ikinci bir inceleme yazısını hazırlamak dahi, görevimin gereğidir. Bunu da şimdiki yazıyla yerine getiriyorum<sup>1</sup>.

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

<sup>1</sup> Bu yazı, (tabii ki, şimdi eklediğim dipnotları eksik olarak) "Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı" organizasyon komitesi adına komite sekreteri Doç. Dr. Muhammet Özkes'in davet yazısına uymakla katıldığım 2006 yılı toplantısında diğer katılımcılara da dağıtılmıştır. O toplantı 8 ve 9 Eylül 2006'da Ankara Hâkimevi'nde yapıldı. Toplantıda, HMK Tasarısı Taslağı'nı hazırlayan komisyonun Başkanı Prof. Dr. Hakan

## II. Genel değerlendirme

Önce, genel değerlendirmeyi ifade edeyim: Bu yazıda belirteceğim üzere tasarıda “yeniden ele alınması” gereken bazı kurallar veya ifadeler bulunduğu kanısında isem de, bütün olarak değerlendirildiğinde, hiç abartmaya düşmeden diyebilirim ki, tasarımı hazırlayan değerli meslekdaşlarım, ortaya ZPO gibi bir hukuk anıtı koymuşlardır. Kendilerini içtenlikle kutlarım.

## III. Değişiklik veya tamamlama önerileri

1. Şimdiki m. 7 f. III, tasarıda yer almıyor ve gerekçede onun bile rek kaldırıldığı yolunda bir işaret bulunmuyor. Oradaki kural doğru ve yararlıdır; onu Tasarıda m. 8 sonuna f. II olarak eklemek uygun olur.

2. Sulh Hukuk Mahkemelerinin görev alanı belirtilirken, f. I bent b alt bent 1’de, “kiraya ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan tüm uyumsuzluklar” in sözü edilmiş. “Kiraya ilişkin mevzuatın ve sözleşmenin” denmeliydi. Örneğin, kira akdinin bir maddesine dayanılarak tahliye isteminin öne sürülmesi durumunda, kira mevzuatı değil sadece sözleşmenin tahliyeye ilişkin maddesi uygulanacaktır; bu davayı da şimdi HUMK m. 8 f. II bent 1 çerçevesinde olduğu üzere Sulh Hukuk Mahkemesinin görev alanında tutmak istiyorsak ifade böyle düzeltilmelidir.

3. Tasarıda m. 12 f. I sonuna şu ekleme yapılmalıdır: “Şu kadar ki, kanunun davacıya davasını açacağı yer konusunda seçenek sağlamak amacını güden bir kuralının bütün davalılara uygulanabilir olması duru-

---

Pekcanitez’in yaptığı “HMK Tasarısı Genel Tanıtımı ve Sunuş” konuşmasının ardından, dalmızın en kıdemli öğretim üyeleri yâni Prof. Dr. Baki Kuru, Prof. Dr. Bilge Umar, Prof. Dr. Yavuz Alangoya ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz, hazırlanan metin hakkında değerlendirmelerini dile getirdiler (Prof. Dr. Saim Üstündağ, sağlığına ilişkin mâzereti nedeniyle toplantıya katılamadı). Geriye kalan zamanda, daha genç öğretim üyesi meslekdaşlarımızdan ve toplantıya katılan hukukçu (hâkim, avukat) konuklardan bazıları konuşular. Metni hazırlayan komisyonun mensupları birkaç konuda kısa açıklamalar yaptı. Toplantı sonunda, Komisyon Başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, katılanlara teşekkür etti ve öne sürülen görüşleri, eleştirileri de göz önüne alarak komisyonun son bir elden geçirme çalışması yapacağını ifade etti.

Bu yazı, öğrencilerimizi bilgilendirmek için YTÜ HF Dergisi’nde ve hukuk uygulamasında çalışan hâkimlerimizi, avukatlarımızı bilgilendirmek için de TBB Dergisi’nde yayınlanmaktadır.

Aynı tasarı taslağı metni hakkında Prof.Dr. Yavuz Alangoya/Prof.Dr. Kâmil Yıldırım/Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım’ın kendi değerlendirmeleri de “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı-Değerlendirme ve Öneriler” başlığıyla yakın zamanda İstanbul Barosu tarafından yayınlanmış bulunmaktadır.

munda, davacı bu seçeneği kullanmak istemezse diğer yetkili mahkemelerin yetkisi saklı kalır". Gerekçe: Yasanın davacıya kolaylık ve seçenek sağlamak için getirdiği bir kuralın birden çok ihtiyarî davalıya uygulanabilir olması hâlinde birdenbire kesin yetki kuralına dönüşüp yasadaki tüm yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırır diye yorumlanması mantığa ve yasanın amacına aykırıdır.

4. Tasarıda m. 14 f. I'de "bir malvarlığına ilişkin dava, ihtilâf konusu malvarlığının bulunduğu yerde de açılabilir" ifadesi değiştirilmelidir. Aslında kastedilen, malvarlığı değil, bir malvarlığı parçası olsa gerek; çünkü bir malvarlığının bütünüyle bir tek yerde (yargı çevresi yâni ilçe kapsamında) bulunması son derecede az görülür ve malvarlığı çeşitli yerlere dağılmış ise bu ifadeye göre bu kural uygulanamaz. Keza, ihtilâfın konusunun bir mal değil de bir malvarlığı olması belki milyonda bir görülecek haldir. *Demek, kastedilen, bir malvarlığı parçasıdır. Bu durumda, doğru ifadeyi kullanmalı: "bir malvarlığı parçasına ilişkin dava, ihtilâf konusu malvarlığı parçasının bulunduğu yerde de açılabilir".*

5. Tasarıda m. 22-24 düzenlemesiyle, yetki sözleşmesinin yapılması konusunda getirilen sınırlamayı ve hatta daha da çok, o sınırlamanın mantığını alkışlıyorum. Gerçekten, tasarı, gerekçesinde *kamu tüzel kişilerle tâcirlerin (gerçek kişi veya tüzel kişi olanların) bu iki nitelikten birine sahip olmayan diğer gerçek veya tüzel kişiler karşısında çok daha güçlü olduklarını ve onlarla yaptığı sözleşmelere kendi işlerine gelen, karşı tarafın aleyhine olan maddeler koydurageldikleri gerçeğini vurgulayarak*, karşı taraftakiler kitlesini korumak için, bunlarla onlar arasında yetki sözleşmesini yasaklamış yâni yapılacak yetki sözleşmelerini yahut diğer sözleşmeler içine sokuşturulacak yetki şartlarını geçersiz saymıştır. Tasarıya göre, kamu tüzel kişileri kendi aralarında; tâcirler kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilirler, keza kamu tüzel kişileriyle tâcirler arasında yetki sözleşmesi yapılabilir; bu türden yetki sözleşmesinde gösterilen mahkeme inhisarî yetkili olur yani yasanın gösterdiği yetkili mahkemede veya mahkemelerde dava açılmaz (m. 22). Ne tâcir ne de kamu tüzel kişisi olan diğer kişiler, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilir ama bu sözleşme, davacıya ek ve seçimlik olanak sağlayıcı işlevde olur, kanunun gösterdiği yetkili mahkemenin veya mahkemelerin yetkisini

kaldırmaz (m. 23). Böylece, m. 22'deki kişilerle m. 23'deki kişiler arasında yetki sözleşmesi yapılmasına cevaz verilmemektedir<sup>2</sup>.

6. Gerekçedeki, bu konuya ilişkin bölümde bir yanlışlık yapıldığını görüyoruz. Gerçekten, Tasarıda m. 22 ve 23'ün getirdiği yeni sisteme göre, bir tâcir veya bir kamu tüzel kişisi; ne tâcir ne de kamu tüzel kişisi olan benim gibi biriyle *yetki sözleşmesini hiç yapamayacaktır*; bu kuralın benim gibileri korumak için getirildiği gerekçede açıkça söyleniyor. Oysa aynı gerekçede (m. 23 ile ilgili bölümün sonunda) şöyle deniyor: “Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, bir tâcir veya kamu tüzel kişisi ile, tacir olmayan bir gerçek veya tüzel kişi, örneğin bir gerçek kişi olan tüketici, aralarında yetki sözleşmesi yapmak istedikleri takdirde...” (burada duruyorsunuz ve “sözleşme geçersiz olur” denmesini beklerken, şaşkınlıkla, şunu okuyorsunuz:) “yapılacak yetki sözleşmesi, münhasır olmayan yetki sözleşmesi şeklinde olabilecektir”; yâni, yasanın yetkili saydığı mahkemelerin yanı sıra diğer bir mahkemede dava açabilmek için davacıya seçenek sağlayıcı türden olacaktır. Oysa, m. 22 ve 23'ün ifadeleri açıktır; m. 22, sözünü ettiği kişilerin kendi aralarında, m. 23 de, sözünü ettiği kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmasına izin veriyor. Birinde sözü edilenlerin diğerinde sözü edilenlerle yetki sözleşmesi yapmasına izin veren hiçbir madde yoktur<sup>3</sup>.

Gerekçedeki bu bölüm çıkarılmalıdır.

<sup>2</sup> Yukarıda dn. 1'de sözü edilen toplantıda Prof. Dr. Yavuz Alangoya, böyle bir yasağın yürürlüğe girmesi hâlinde; yetkisiz mahkemede dâva edilen kişi yetkisizlik ilk itirazında bulunmadığı takdirde mahkemenin yetki kazanacağı kuralı dolayısıyla zımnî yetki sözleşmesinin geçerli olarak yapılmış sayılmasının bir çelişki ifade edeceği görüşünü belirtmişti. Böylece, yanlış anlamadıysam, “Çelişkiye yer vermiş duruma düşmemek için, ya tasarıya böyle bir yasak konmamalı, yahut da yasak kapsamına giren durumlarda davalının yetkisizlik itirazını öne sürmemesi hâlinde mahkeme zımnî bir yetki sözleşmesi sayesinde yetki kazanmış sayılmamalı, hâkim yetkisizliğini re’sen nazara almalıdır kuralı tasarıya eklenmelidir” demiş olmaktadır. Ben o durumda bir çelişki görmüyorum. Yasaklama kuralı, güçlü tarafın hazırlayıp güçsüz tarafın önüne sürdüğü, onu imzalamak zorunda bıraktığı sözleşme içinde yetkili mahkemeyi de kendi işine geldiği gibi belirlemesini engellemek amacı güdüyor ve böyle olduğu gerekçede belirtilmiştir. Yetkisiz mahkemede dava açılması durumunda ise, güçsüz taraf yetkisizlik itirazı ile kendini koruyabilmektedir; yâni, yetkisiz mahkemede dava açılmasını kendi yönünden sakıncalı saymazsa yetkisizlik itirazında bulunmayıp o mahkemeye (zımnen yetki sözleşmesi yapılmışçasına) yetki kazandırmasını yasanın engellemesi için bir neden yoktur.

<sup>3</sup> Gerekçede yanlış ve yanıltıcı ifade kullanıldığını, sözü geçen toplantıda, Prof. Dr. Alangoya da belirtmiştir.

7. Tasarıda m. 26 f. I'deki "bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren" ifadesinin başına "En geç" sözcükleri eklenmelidir. Çünkü davası reddedilen kişi hükmün kesinleşmesini beklemeden de davanın diğer mahkemede sürdürülmesi için dilekçe verebilir.

8. Tasarıda m. 30 başlığının "Tasarruf ilkesi" değil "Taraflarca tasarruf ilkesi" diye yazılması daha doğru olacaktır. Burada söz konusu olan, az masraf yapılmasına dikkat etmek anlamında "tasarruf ilkesi" değildir.

9. HUMK m. 149, gizlilik kararının verilmesi için taraf talebini aramamaktadır. Tasarı m. 34 f. II'de ise tarafların gizlilik talebi'nden söz edilmekte ve re'sen gizlilik kararı verilemeyeceği gibi bir görünüş doğmaktadır. Bu nedenle f. II'de cümle 1 ile 2 arasına ekleme yapılmalı: "mahkeme kendiliğinden de gizlilik kararı verebilir".

10. Tasarıda m. 35 f. II, "Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını *gerçeğe uygun bir biçimde* yapmakla yükümlüdürler" diyor. Gerekçede, böylece ifade edilen Wahrheitspflicht çığnıense ne olur, o konuda açıklama yapılmıştır ama özellikle belirtilmesi gereken şey söylenmemiştir<sup>4</sup>: Bu tutumdan dolayı zarara uğrayan diğer taraf, BK m. 41 f. II'ye dayanan yeni bir dava açarak tazminat isteyebilir. Dolayısıyla, m. 35 gerekçesi sonuna şu eklemeyi yapmak yerindedir: "Hatta BK m. 41 f. II'ye dayanan yeni bir davada ondan tazminat istemesine yol açabilir".

11. Tasarıdaki, hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin m. 37, keza tasarının "Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır" diyen 198. maddesi, taraflarca iddia etme yükünün gereğince yerine getirilmemesi, özellikle de davacının dava temeli vakıa iddialarını öne sürmekte eksiklik bırakmış olması durumunda ne olacağını belirtmiyor. Hâkimin, istem veya savunma dayanağı olabilecek iken iddia edilmemiş vakıaları taraflara hatırlatması yasak olduğuna göre (HUMK m. 75/Tasarıda m. 31) bu durumun kaçınılmaz sonucu, istemin veya savunmanın reddidir.

<sup>4</sup> Bu konudaki eksikliğe, toplantıda birkaç konuşmacı da değinmiştir.

Bu konudaki önemi ve ilginçliği nedeniyle, Neuchâtel Kanton Mahkemesinin RJN c. V, 1. Kısım, s. 63-66'da yayınlanmış 6 Mart 1967 günlü kararının konuya değinen bölümünü aktarıyorum:

İsbat yükü konusu İsvMK m. 8/TMK m. 6'da düzenlenmiş ise de, federal hukuk (yâni, İsvMK) iddia etme yüküne değinmez (ATF 78 II 97). Buna karşılık Neuchâtel yargılama usulü hukuku, kendisine isbat yükü düşen kişiye ayrıca iddia etme yükünü de yükler (RJN c. I, 1. Kısım, s. 212, 241, 309; c. II, 1. Kısım, s. 115, 198; c. III, 1. Kısım, s. 100); o, "iddiasının [isteminin] dayanağı olan *bütün* vakıaları" yahut savunmasını dayandırdığı bütün vakıaları iddia etmelidir (CPCN m. 152 bent a/HUMK m. 179 bent 3, CPCN m. 176 bent a/HUMK m. 201 bent 1, CPCN m. 186/HUMK m. 211).

Tarafın iddiası, onun yaptığı usul işleminin "istihdaf ettiği maksadı" [hedeflediği amacı] (CPCN m. 76 f. II/HUMK m. 82 f. II) gerçekleştirebilmesine yeter olmalıdır. Kanton Asliye Hukuk Mahkemesinin daha önce karara bağlamış bulunduğu üzere, dava dilekçesinde öne sürülen istem açıklamasının (CPCN m. 152 bent c [HUMK m. 179 bent 5; orada pek saçma çeviriyle, conclusion karşılığı olarak "varılan sonuç, öne sürülen istem" denecek yerde "iddia ve savunma" denmiştir] ve 7 Aralık 1953 tarihli karar) ikili işlevi vardır; bu işlev bir yandan, çekişme konusunu yargıcın gözünde sınırlandırmaktır, diğer yandan da davalıyı davacı tarafından ona karşı değerlendirilen [isteme dayanak edinilen] iddianın niteliği ve kapsamı [işin nereye varacağı] hakkında bilgilendirmektedir; bunun yapılması, bir dereceye kadar, her olay bakımından geçerli olacak biçimde niteliğini peşinen belirlemek imkânı olmayan, ama yine de mutlaka bulunması gereken bir açık-seçikliğe ihtiyaç gösterir; bu konuda her bir davanın kendi niteliği göz önünde tutulmalıdır. İddia, özlü biçimde ifade edildikten başka, diğer tarafın işin içeriğini kendi kendine belirleyebilmesine olanak verecek derecede yeterince açık seçik olmalıdır (CPCN m. 175 bent a/HUMK m. 200 bent 1 [doğrultusunda davalı tarafından cevap verilebilmesine yetmeli]); eğer gerekli olacaksa tahkikat işlemlerinin konusunu sınırlayıcı [belirleyici] olmalıdır (CPCN m. 212/HUMK m. 238), her iki tarafa delil sunma önerisinde bulunmaları gerektiğini bilmek olanağı vermelidir ve *gıyapta bile, sırf dava dilekçesinde iddia edilmiş vakıalara dayanılarak istemin hükme bağlanabilmesine olanak vermeli-*

*dir* (CPCN m. 353)<sup>5</sup>. Geri kalan bütün koşullar gerçekleşmişse, yasanın öngördüğü istisnalar hariç kalmak kaydıyla, bir istemin kabul edilebilir [hüküm altına alınabilir] olması için, dayanılan hukukî sebebin [diyelim, BK' m. 41'deki, haksız fiil fâilinin tazminatla sorumlu tutulabilmesini düzenleyen kuralın] öngördüğü çeşitli uygulanma öğeleri çerçevesi içindeki vakıa iddialarını içeriyor olması gerekir. Gerekli olan iddialar yapılmış olup da bunların doğruluğu kabulleniliyorsa delil ibrazına ihtiyaç yoktur (CPCN m. 191 [HUMK m. 217; ayrıca bkz. CPCN m. 212/HUMK m. 238; o kuraldan da aynı sonuç çıkar]); yeter ki öne sürülen iddialar, eğer [hasımca] kabul edilmişlerse, kendi başlarına, bir hüküm verilmesine gerekçe olabilsinler. *Eksikli yapılmış iddiaya bağlanan yaptırım, duruma göre, farklı olur: şekli bir eksikliğe bulaşmış bir takdim, şekli kusurdur ve dava dilekçesinin iptaline yol açabilir* (CPCN m. 76 ve m. 162 bent g/HUMK m. 82 ve m. 187 bent 7); *oysa önemli bir vakıa bakımından iddianın yokluğu, hâkimin, esas hakkında karar verirken o vakıayı gerçekleşmemiş saymak zorunda kalmasına yol açacaktır* (CPCN m. 69 f. I başı/HUMK m. 75 f. I); ayrıca bu iki tür usulî eksiklik aynı zamanda kendini gösterebilir, bu da her iki çeşit yaptırımın uygulanmasına yol açar.

İşte bu nedenle, Tasarıda m. 37'ye f. II olarak şu kuralın eklenmesi doğru olacaktır: “İddianın belirsiz ya da çelişkili olarak dahi öne sürülmemiş olması durumunda, bu eksiklik sonradan hukuka uygun genişletme yoluyla giderilmezse, hâkim, iddia veya savunmayı, dayandığı vakıa temeli isbat değil iddia bile edilmemiştir gerekçesiyle reddeder. Şu kadar ki, vakıanın iddia edilmemesine rağmen gerçekleştiğinin kanıtının dava dosyasına usulüne uygun yolda girmiş bulunması durumunda hâkim vakıanın varlığını ve kanıtlandığını kendiliğinden göz önüne alır”.

<sup>5</sup> Bu maddeye göre, esasa cevap vermiş olmaksızın hakkında gıyap kararı çıkmış ve kesinleşmiş olan taraf, hasmın öne sürdüğü vakıaları ikrar etmiş sayılabilir. Bizde, vaktiyle uygulanan gıyap müessesesi, buna ilişkin bütün maddeler (HUMK m. 398-408) kaldırılmakla, tarihe karışmıştır ve dolayısıyla CPCN m. 353'ün karşılığı olan HUMK m. 408 de artık yoktur. Aktardığımız kararda, davacının dava temeli vakıaları açık seçik iddia etmiş bulunması gereğinin varlık nedenlerinden biri olarak bu CPCN m. 353 de gösteriliyor; iddia açık seçik yapılmalı ki esasa cevap vermeden hakkında gıyap kararı kesinleşmiş kişinin neyi ikrar etmiş sayıldığı belirlenebilsin ve bu ikrar etmişliğe dayanılarak onun aleyhine hüküm çıkabilsin.



12. Tasarıda m. 47 bent b'deki "ve" düzeltilip "veya" yazılmalıdır (şimdiki HUMK m. 35 bent 3'de böyledir).

13. Sözü edilen maddede f. II "Bu hallerde red talebi, toplu mahkemelerde reddedilen hâkimin müzakereye katılmasıyla; tek hakimli mahkemelerde ise, reddedilen hâkimin kendisi tarafından geri çevrilir" diyor. Bu fıkra çıkarılmalı ve şimdiki f. III, f. II olmalıdır. "Red talebinin dayanağı olarak gösterilen deliller inandırıcı değil" diye yahut "Talebin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyor" diye red talebini reddetmek yetkisini reddedilen hâkimin kendisine vermek, yanlıştan çok öte, abes bir çözümdür.

14. Tasarıda m. 72 ifadesi, mantık tırmalayıcıdır: "Üçüncü kişi, davayı kazanmasında yararı bulunan taraf yanında ...davada yer alabilir". "Davayı kazanmasında yararı bulunan taraf" deyişi aslında her iki tarafı anlatmıyor mu? Her iki tarafın, davayı kazanmakta yararı yok mu? İfade şöyle olmalı: "Üçüncü kişi, *davayı kazanmasında kendisinin hukukî yararının bulunduğu taraf yanında ... davada yer alabilir*".

15. Tasarı m. 75, fer'i müdahaleyi düzenlerken, şimdiki HUMK m. 57 cümle 3 kuralını almamış; bunun niçin yapıldığı yâni "Mahkeme iltihak olunan tarafla müdahil arasında tahaddüs edecek hakkı rücu dâvasını birlikte halledebilir" diyen o kuralın varlığında ne sakınca görüldüğü de gerekçede belirtilmiyor. Ben herhangi bir sakınca bilmiyorum. Böyle bir rücu tazminatı davası, eldeki davaya aşılandığı takdirde bunun dilekçé vermekle yapılması gerektiği; mahkemenin de önce asıl davayı hükme bağlayıp o hükme göre müdahil lehine veya aleyhine bir rücu hakkı doğuyor ise ancak o zaman harcın ödenmesini isteyerek harç ödendikten sonra aşılansın davada hüküm verebileceği; rücu hakkı zaten doğmuyor ise, asıl davaya ilişkin hükmünde, "Yanlış beklentiye dayandığı anlaşılan ve zaten harcı da ödenmemiş olan rücu davası hakkında karar verilmesine mahal olmadığına" diye birkaç satır eklemekle yetinebileceği şimdiki kurallar çerçevesinde dahi varılması gereken sonuçlardır kanısındayım.

16. Tasarıda m. 90, *Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatantaşının* burada dâva açması, davacı yanında dâvaya katılması veya icra tâkibi yapması durumunda teminat yatırması yükümlülüğünü öngörüyor.

Görüldüğü üzere, teminat gösterme gereği artık HUMK m. 97'deki düzenlemenin tersine, “*Türkiyede ikametgâhı bulunmayan*” Türk vatan-daşı kişiler (yabancıların teminat gösterme yükümlülüğü 2675 sayılı MÖHUHHK m. 32'de düzenlenmektedir) için değil, “*Türkiye’de mutad meskeni olmayan*” Türk vatandaşı kişiler için aranmaktadır. Gerekçeye bakılırsa, “yabancı ülkede yerleşim yeri olan Türk vatandaşlarını, salt bu nedenle Türkiye’de dava açmaları veya takip yapmaları hâlinde teminat gösterme zorunluluğundan kurtarmak amacıyla ... mutad mesken kavramı ölçütü getirilmiştir”.

Yeni ölçütün, yabancı ülkede yerleşim yeri bulunan Türk vatan-daşları için daha elverişli, daha kayırcı olmasına ben imkân göremiyorum. Çünkü bu vatandaş ancak Türkiye’de mutad meskeni varsa teminat gösterme yükümlülüğünden kurtulacaktır ki, *yerleşim yeri ya-bancı ülkede* olan kimsenin, hâlâ Türk vatandaşı kalmış bulunsa da, Tür-kiye’de *mutad meskeni* olması, görülebilecek hâl midir ? Bir yerde mutad mesken edinmek (gerekçedeki tanımlamayla, “tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması”), hemen hemen sadece, artık yerleşmek niyetiyle orada yaşamaya başlamak durumunda gerçekleşir ve bu da eski ikametgâhın değişmesi, yeni ikametgâhın/yerleşim yerinin edinilmesi demektir. Yerleşim yeri Türkiye’de olan Türk vatandaşı ise zaten (şimdiki kurala göre) dava açarken teminat göstermez. Oysa, yerleşim yeri Türkiye’de olduğu halde mutad ikametgâhı yurt dışında ise, şimdi teminat göstermesi gerekecektir.

Dikkat edelim: Türk vatandaşlarının büyük sayılarla göç etmesi, dışarıdan Türkiye’ye doğru değil, Türkiye’den dışarıya doğrudur. Demek ki, çoğunluğun gerek ikametgâhı gerek mutad meskeni Türkiye’de iken, bunların bir haylisi, yurt dışında kalıcı olmak niyeti bulunmaksızın yâni ikametgâhlarını değiştirmeksizin, yurt dışında iş buldukları kentte mutad mesken edinmekte, yıllar sonra Türkiye’ye dönmektedirler. Bir kısmı da, orada kalıcı olmakta; dolayısıyla hem mutad meskenleri hem ikametgâh-ları Türkiye dışına geçmektedir. Her iki kategorinin mutad meskeni yurt dışında oluyor ve bütün bu kitleyi Türkiye’de dava açarken teminat gös-terme yükümlüsü yapıyoruz. Oysa ölçüt, yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması olarak kalsa idi hiç değilse, yurt dışında kalıcı olmak niyeti bulunmaksızın orada mutad mesken edinmiş yüzbinlerce vatandaşımızı bu teminat gösterme yükümlülüğünün dışında tutacaktık.

17. Tasarıda m. 105, eski hâle getirme konusuyla ilgilidir ve HUMK m. 171 kuralının dili sâdeleştirilip işlenmiş biçimidir. Ancak, oradaki, devletin teminat gösterme yükümlülüğünden bağışık olacağı kuralı tasarıya alınmamıştır. Tasarı, keza, ihtiyâti tedbir isteyen kişinin teminat gösterme yükümlülüğü konusunda devlete bağışıklık tanıyan HUMK m. 110 cümle 3 kuralını da, “vatandaşla devlet arasında eşitlik kurmak” amacıyla, benimsememiştir (Tasarıda m. 396). Bunu doğru bulmuyorum.

Genel olarak teminat gösterme yükümlülüğü konmasının amacı, uğranılacak zararın ödeneceğinden kuşku duymak caiz ise, örneğin tasarıda m. 90'da sözü edilen, dava açarak davalının birtakım masraflara katlanmasına yol açacak ve sonra da belki haksız çıkacak kişinin ileride o zararı tazmin edeceğinden, hakkında daha şimdiden aciz belgesi çıkmış olması nedeniyle, kuşku duymak câiz ise, zararın mağdura ödenmesini sağlama bağlamaktır. Devleti, hakkında aciz belgesi düzenlenmiş kişiyle aynı kefeye koymak (bkz. Tasarıda m. 90 f. I bent b) asla doğru olamaz.

Kaynak yasada (1925 tarihli CPCN'da) HUMK m. 110 ve 171 karşılığı olan maddelerde (CPCN m. 103 ve 144) Kanton (devlet) için böyle bir bağışıklık öngörülmediğini bilmiyor değilim. Ama orada dahi hâkimin, kendisinden teminat istenecek tarafı teminat gösterme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen bağışık tutmak yetkisi (gerek CPCN m. 103'de gerek m. 144'de) olduğu için bu böyledir. *Hâkim, devleti bu yükümlülüğünden bağışık tutmayacaksa kimi tutacaktır?* İşte bu yüzden devletin teminattan bağışık tutulacağını ayrıca ifade etmeye gerek duyulmamıştır. Bizde, Tasarı m. 105 bu içerikte olduğu yâni hâkim, oradaki talebi öne süren taraf devlet olsun olmasın teminat gösterilmeden de talebi kabul edebileceği için, elbette ki devletin teminat göstermesini aramayacaktır; *araması skandal olur*. Buna karşılık Tasarıda m. 396, şimdiki HUMK m. 110'un ve bunun kaynak yasadaki karşılığının tersine, ihtiyatî tedbir isteyen tarafın kişiliğine ve olaydaki duruma göre teminat aramasızın isteği kabul etmek yetkisini hâkime vermemiş, mutlak olarak teminat gösterme zorunluluğunu kabullenmiş görünüyor: böyle bir yetki sadece “talep, resmî belge veya başkaca kesin delillere dayanıyorsa” mahkemeye verilmektedir. Bu tutumda isabet yoktur; çünkü devlet, şimdi ihtiyatî tedbir talep ettiği davada haksız çıksa ve dolayısıyla haksız iken bir ihtiyatî tedbir kararı almış durumuna düşse, bu tedbir dolayısıyla ha-

sım taraf zarara uğramış bulunsa ve devletten o zararı talep etmek hakkı olduğunu kabullenmek kaçınılmaz da olsa, o zarar talep edildiğinde, kim devletten daha sağlam bir borçludur ? Ayrıca, unutmamalı ki, hasım taraf lehine teminat nakit olarak bir yere yatırılrsa bile, davada haklı çıkan bu taraf, paranın yatırıldığı bankaya gidip “Ben şu kadar zarara uğradım, verin paramı” demekle parayı alıp gidemez; uğradığı zararın tutarının ayrı bir dava içinde belirlenmesi gerekir ve o davada elde ettiği hükmü ibraz ederek o hükümde belirlenmiş zarar miktarını yatırılan paradan alabilecektir (bu davanın açılması gereğine tasarıda m. 396 f. II’de ve m. 403’de de işaret edilmektedir). Yani, zarar miktarı konusunda iki taraf arasında anlaşma olmazsa, mağdurun ikinci bir dava ile uğraşp zarar miktarını belirleyen bir eda hükmü alması gerekecektir. Kendi aleyhine çıkmış böyle bir eda hükmü varken devletin hükme bağlanmış tazminatı ödemesi düşünülebilir mi ki, devleti daha ihtiyatî tedbir isteme sırasında teminat göstermek zorunda tutmanın mantığı olsun ? *En doğrusu, m. 396 f. I cümle 2’de bulunan “Talep, resmî belge veya başkaca kesin delillere dayanıyorsa, mahkeme gerekçesini ayrıca belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir” kuralını çıkarıp onun yerine, tıpkı 1925 tarihli CPCN m. 103 ve HUMK m. 110’da olduğu üzere, “Hâkim, durumun gereğine göre, teminat armaksızın da ihtiyatî tedbir istemini kabul edebilir” içeriğinde kural koymaktır.*

18. Tasarıda, adlî tatilin sürelerine etkisi konusunu düzenleyen m. 110’a şöyle bir ekleme yapılması gerekir: “Ancak, adlî tatile tâbi olan dâva ve işlerle ilgili bulunsa dahi adlî tâtıl içinde yapılabilen, dava, cevap, istinaf dilekçesi vermek gibi işlemlerin süresi uzamaz”. Gerçekten, bunların dahi süre uzamasından yararlanmaları, davaları boşu boşuna uzatmaktan başka hiçbir işe yaramaz.

19. Tasarıda m. 117’ye konan “Seçimlik dâva” başlığı, doğru bir terim değildir; “Seçimlik borç dâvası” demek gerekir. Gerçekten, seçimlik olan, dâvanın kendisi değil, dava temeli edinilen, davalının borcudur. Maddede f. I’de de bu düzeltme yapılmalıdır.

20. Tasarıdaki m. 124 f. I bent f, şimdiki HUMK m. 179 bent 3’ün karşılığıdır. Bildiğimiz üzere davacı dava dilekçesinde “yemin” delilini de anmış değilse Yargıtayımız içtihatlarına göre, o bentteki “delillerinin nelerden ibaret olduğu” ifadesi dolayısıyla bir “*delillerini hasretme*”

*tasarrufu yapmış duruma düştüğünden*, sonra yemin delilini kullanamaz ve hâkim de ona, isbat yükünü yerine getiremedi diye, yemin teklifinde bulunmak hakkı olduğunu kendiliğinden hatırlatamaz. Ben Yargıtayımızın bu gibi “zımnen feragat” varsayımlarının tümünü haksız ve kanunsuz buluyorum. Asıl olan hiç kimsenin hiçbir hak veya yetkisinden feragat etmek istemeyeceğidir. Şimdi asıl konumuza gelelim; Tasarıdaki m. 124 f. I bent f ifadesinde böyle bir “nelerden ibaret olduğu” bölümü yoktur; buna göre Yargıtaym, değiştirdiğimiz varsayımı kabullenirken göz önünde tuttuğu “dayanak” tarihe karışıyor. Kaldı ki artık yasa (bu f bendi) davacının dava dayanağı (temeli) olan bütün vakıalar bent e gereğince tek tek gösterildikten sonra onların her birinin hangi delille isbat edileceğinin belirtilmesini buyuruyor; yâni şimdiki uygulamada yapılageldiği üzere dava dilekçesinde delil türlerinin adlarını saymak yahut “Delillerimiz: Bilocümle kanunî deliller” gibi bir lâf etmek, yetmeyecektir. Ama, ilke olarak, hiçbir davacı istem dayanağı şu veya bu vakıayı belirttikten sonra onun isbat aracı diye yemini göstermez, anmaz; yeminle isbatlamaya güvenerek dava açmaya kalkışılması pek seyrek karşılaşılabilecek bir haldir. Taraf, işe yarayacağını umduğu diğer kanıtları kullanamazsa yahut onlardan beklediği sonucu alamazsa işte o zaman yemin teklifinde bulunur. Zaten aslında yemin teklif edilmesi, kendi başına, delil değil bir taraf usul işlemidir; ama *yemini edadan kaçınmak*, ikrarda bulunmuş sayılma fiksiyonuna yol açtığı için, tıpkı ikrar gibi, isbat edilecek vakıayı münazaalı olmaktan çıkarıyor ve dolayısıyla o vakıa HUMK m. 238 (tasarıda m. 191) gereğince isbata muhtaç olmaktan çıkıyor, isbat edilmiş gibi oluyor. Bu tahlilin ve gözlemin sonucu şudur ki, dava dilekçesinde yeminden söz etmeyen davacıyı veya cevap yazısında yemin’i anmayan davalıyı, yemin’i dışta bırakır surette delillerini hasretmiş saymanın mantığı hiç mi hiç yoktur yani konu sadece “hasretmiştir” varsayımının dayanaksızlığı da değildir.

Yine de, duraksamayı gidermek için, bent f’nin bitişini şöyle yazmak yerinde olur: “...edileceği; şu kadar ki, yeminden yararlanılacağı belirlenmemesi, isbat yükü yerine getirilemezse tarafın yeminden yararlanmaya hakkı olduğunun ona mahkemece hatırlatılmasına yahut onun kendiliğinden yemin teklif etme yetkisini kullanmasına engel olmaz.”

21. Tasarıda m. 137 f. II’de, “görevli mahkemeye” deniyor; “Görevli ve yetkili mahkemeye” denmesi gerekirdi.

22. Tasarıda m. 147, “Ön inceleme oturumu tamamlandıktan sonra, hâkim *tahkikata başlamadan önce*, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve defileri karara bağlar” demektedir.

Bu yeni kural, özünde, çok yerinde ise de, ifadesinde iki yönden tırmalayıcılık vardır: a. Dava konusu alacağın veya diğer hakkın böyle dava yoluyla istenmesi bir hak düşüren süreye bağlanmış idiyse, o sürenin geçmiş olması gerçekten bir itiraz temeli olmakla birlikte, diğer itiraz temeli vakıalar bakımından da doğru olduğu üzere, hâkim bu vakıanın gerçekleştiğini usulü dairesinde dosyaya intikal etmiş bilgiler arasında görüp öğrenince, onu re’sen göz önüne alır ve istemi reddeder (ve bu karar, tahkikat aşamasından önce verilebilir); bunun için davalının bir itiraz öne sürmüş bulunması zorunlu değildir. Maddenin, hakim *itirazı karara bağlar* demesi bu yönden pek doğru olmuyor. b. Hâkimin bu konuyu ele almasının tahkikata başlamadan önce yapılacağını söylemesi de tam doğru olmamıştır, çünkü istemin öne sürülmesinin bir hak düşüren süreye bağlandığını (bu konudaki hukuk kuralını) bilmesi gereken hâkim, sürenin geçmiş olup olmadığını ilke olarak bilemez ve bir itiraz temeli olan, sürenin geçmiş bulunduğu vakıasını davalıya hatırlatamayacağından, o süre geçti mi diye sorgu sual de edemez; demek, sürenin geçtiği dosyaya usulü dairesinde girmiş belgelerde görülüyor değilse, davalının süre geçti diye iddia ve itirazda bulunmasını beklemek zorundadır. Bu itiraz öne sürülmüş ise, hak düşüren sürenin geçmiş olup olmadığı incelenecektir (geçmiş olduğunun dosyadan anlaşılır olmadığını varsayıyoruz); öyleyse, o hak ne zaman doğmuş idi, bunun tahkik edilmesi zorunludur; ancak bu inceleme sonunda, hakkın doğduğu günden davanın açıldığı güne kadar arada hak düşürücü süre geçti mi sorusuna yanıt verilebilir. Bu konuda yapılacak inceleme ise, tahkikat’ın ta kendisidir. Öyleyse bu incelemeyi ve karara varma aşamasını tahkikat aşamasının dışında görmek, “tahkikata başlamadan önce” demek, doğru olmuyor. “Tahkikata başlamadan önce veya, araştırma yapılması gerekiyorsa, tahkikat aşamasına geçildikte ilk iş olarak” denmesi daha doğru olurdu.

23. Tasarıda, yeni delil gösterilmesi konusuna ilişkin m. 150, ilk cümlesinde, tarafların yasada belirtilen süre sonrasında yeni delil gösteremeyecekleri kuralına yer verdikten sonra, ikinci cümlede, birbirinden “veya” sözcüğüyle ayrılmış olarak, buna iki istisna getiriyor: “Ancak yeni

delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir". Madde gerekçesinde de, orada *iki istisna* öngörüldüğü, demek ki "veya" sözcüğünün bilinçli olarak kullanıldığı açıkça söylenmiştir. (Gerekçede "Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi..." ifadesi besbelli, dalgalık ürünüdür yahut yazım yanlışdır; "sonradan delil sunma yasağı kuralına" denmeliydi). Orada *veya* denerek iki istisna yaratılmasını doğru bulmuyorum; sırf yeni delil öne sürülmesinin yargılamayı geciktirme amacı taşıması bu geç öne sürmenin câiz olduğunu kabul nedeni sayılamaz, sayılmamalıdır; aksi takdirde yani bu mantığa bağlı kalırsak, yapılan her bir usul hukuku kuralı ihlâlini, ihlâlde bulunan kişi davayı sürüncemeye sokmak amacı gütmüyor idiyse, bağışlayıvermek gerekecekti. Bu da şu sonuca yol açacaktı ki davacının kendi davasını sürüncemeye sokmak istemiş olamayacağı besbellidir ve onun bütün usul hukuku ihlallerini, aklına estiği zaman bir yeni delil öne sürmelerini, câiz ama davalının bu gibi davranışlarını kabul edilemez saymalı idik. Doğrusu, m. 150 cümle 2'de, veya sözcüğünün ve ondan önceki sözcüklerin atılması, şöyle denmesidir: "Ancak yeni delilin süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir".

24. Tasarıda m. 152 f. I'de bir unutmaya olmuş, "Taraflar, dava ve cevap dilekçelerini vermelerinden veya bunlar için belirlenen sürelerin geçmesinden sonra duruşma için dâvet edilirler" denmiştir; "...sürelerin geçmesinden *ve mahkemece ön inceleme'nin yapılmasından* sonra .." denmeliydi. Çünkü tasarıya göre, lâyhalar teatisinden sonra ve tahkikata başlamadan önce bir ön inceleme aşaması vardır (m. 142); bu amaçla bir oturum/duruşma da yapılır (m. 144); tahkikat için duruşma dâveti daha sonra yapılır (m. 149); m. 152'de düzenlenen dâvet, işte bu dâvettir.

25. Tasarıda m. 152 f. II, HUMK m. 213'ün öz yönünden aynıdır. Ancak, m. 155 gerekçesi, bu m. 152 uyarınca yazılacak davetiyeye konacak ihtar hakkında yanlış bilgi veriyor. Söz konusu m. 155 gerekçesine bakarsak, bütün duruşmalara çağrı yazılarına (Tasarıda m. 152 f. II'de düzenlenmiştir), tıpkı ön inceleme duruşmasına çağrı yazısında (m. 144'de düzenlenmiştir) olduğu gibi, "duruşmaya gelmezseniz hasmınız sizin yokluğunuzda iddia veya savunmasını değiştirebilir, genişletebilir"

diye ihtar konmalı imiş. Bunda bir yanlışlık var. Duruşma davetiyelerini düzenleyen m. 152, sadece, “Duruşmada hazır bulunmazsanız yokluğunuzda işlem yapılır ve yapılan işlemlere sonradan itiraz edemezsiniz” ihtarının davetiyede bulunmasını ister. Şimdiki HUMK m. 409’u yansıtan m. 155 dahi, m. 409’dan farklı olarak, sadece, taraflardan birinin geçerli özrü olmaksızın duruşmaya gelmemiş olması hâlinde bu kişinin yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceğini söyler. *Hiçbiri, gelmeyenin hasmı aklına estiği gibi iddia veya savunmasını genişletebilir, değiştirebilir ve bu genişletme, değiştirme geçerli sayılır demez.* Diyemez de; çünkü, Tasarıda m. 146 f. I cümle 3, açık açık, “Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez” demekte yani *hasmın açık rızasıyla yapılan değiştirmeyi, genişletmeyi dahi geçersiz saymaktadır.* Gerekçedeki yanlışlık çok açıktır.

26. Tasarıda m. 169, yargılama usulü hukukumuzda önemli bir boşluğu doldurmakta ve bekletici sorun konusunu düzenlemekte ise de, bazı yönlerden tekrar “ele alınması” gerekiyor:

a. Maddede f. I, “Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir dava, idarî makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idarî makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir” deniyor. Bir kez, burada “başka bir davaya” denmesi eksiktir; “başka bir *derdest* davaya” denmelidir. Ortada derdest dava yoksa ancak o davanın açılması için süre verilmesi yoluna gidilir yoksa şimdiden, açılıp açılmayacağı belli olmayan o davadan çıkacak sonucun beklenmesine karar verilmez.

b. Hükümün verilmesi “dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı” ise, kimin ne yapması beklenerek bir bekletici sorun sayma kararı verilecek? Elbette ki, o ilişkinin mevcut olup olmadığına mahkeme hükmüyle yahut idarî kararlarla tesbiti beklenecek. Oysa bu durum zaten daha önceki ifadenin kapsamına giriyor ve yapılacak iş de bundan sonraki ifadenin kapsamındadır. Madde gerekçesindeki anlatım da böyle; yâni şimdi ele alınan durum için dahi “Burada beklenen sorun, bir mahkemede açılmış ve görülmekte olan bir dava ya da idarî makamın kararıdır” deniyor. Görüldüğü üzere, “yahut



dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına” deyişi, fuzulîdir.

c. Bu m. 169 gerekçesinde de bazı düzeltmeler yapılmalıdır. Orada söze, “Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incele-  
nebilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için, *mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle*, görevli yargı makamınca çözümlenmesine kadar bek-  
lenilmesi gereken sorunlara, bekletici sorun denir” tanımlaması veriliyor. Oysa, mahkeme o sorunu çözmek için görevli de olabilir. Bağlantılı sorun hâlen derdest bir davaya konu olmuş idiyse, o sorunu, örneğin mülkiyet kimdedir sorununu, davaya (diyelim, men-i müdahale davasına yahut ecri misil dâvasına) bakan hukuk mahkemesi kendisi çözmekten ise, diğer bir hukuk mahkemesindeki, doğrudan doğruya bu sorunu konu alan davanın, diyelim, mâliki yanlış gösteren (araziye müdahalesinin men’i istenen yahut ecri misil ödemesi gereken kişiyi malik diye gösteren ve onun tarafından savunma dayanağı edinilen) tapu kaydının düzeltilmesi davasının, sonucunu bekleyebilir.

ç. Gerekçede, “Birinci hâl, bir dâvada hüküm verilebilmesi, başka bir dâvaya veya idarî makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme görülmekte olan dâvanın sonuçlanmasına ya da idarî makamın kararına kadar yargılamayı bekletir” diyor. Bunu, “Birinci hâl, bir dâvada hüküm verilebilmesi başka bir *derdest* davaya veya idarî makamın *sonuçlandırmaya giriştiği* [idarî makama başvuru dahi yapılmamış idiyse idarî makamın tesbitinin beklenmesine karar çıkamaz, önce oraya başvuru yapsın diye ilgiliye süre vermek gerekir] tespitine [yahut...olmadığına deyişi atılıyor] kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme görülmekte olan dâvanın sonuçlanmasına ya da idarî makamın kararına kadar yargılamayı bekletir” diye yazmak doğru olur.

27. Tasarıda, isticvapla ilgili m. 173’de f. II, “İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur” diyor. Burada sadece “davanın” demeyip “davanın veya savunmanın” demek gerekir.

Gerekçeye bakılırsa, Tasarıda m. 173 f. I, şimdiki HUMK m. 230 f. I cümle I’in, ifadesi sadeleştirilmiş biçimdir (doğru); m. 173 f. II de, HUMK m. 230 f. II’nin güncelleştirilmiş biçimidir (pek de öyle değil).

Tasarıdaki m. 173 f. II şöyledir: “İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur”. HUMK m. 230 f. II ise, “İsticvap müddeabihe veya onunla münasebeti olan hallerle vakıalara taallük etmek icap eder” demektedir. Dikkat edilirse, davalının da kendi savunma temelini oluşturan vakıalar konusunda isticvap edilmesine, HUMK m. 230 f. II’deki ifade, müddeabih’den söz etmesine rağmen, engel değildir; tasarıda m. 173 f. II ise açıkça engeldir ve isticvap konusu *davanın temelini oluşturan vakıalardır* demeye gelmektedir. Aslında, HUMK m. 230 f. II ifadesi dahi kaynak yasadan (1925 tarihli CPCN, m. 204 f. II) dosdoğru çevrilmemiştir; kaynak yasa, “L’interrogatoire peut porter sur les faits du procès et sur toutes les circonstances de la cause” (=İsticvap, dâva sürecinin vakıalarına [yâni, davanın çözümüne etkili olabilecek nitelikte, çekişmeli vakia iddialarına; HUMK m. 238] ve dâvanın bütün ayrıntılarına [circonstances burada hâller, koşullar değil ayrıntılar anlamındadır] ilişkin olabilir) der. Bu ifadeden, davalının da kendi savunmasının temeli olan vakıalar konusunda isticvap edilebileceği son derecede açık olarak anlaşılır. Tasarıda m. 173 f. II’nin de aynen bu ifadeyi kullanması yerinde olur.

28. Tasarıda m. 191 f. I, şimdiki HUMK m. 238 f. I kuralını sadeleştirerek aktarırken, oradaki münazaalı sözcüğünü ayrı ayrı çevirilerle iki kez karşılamıştır: “İspatın konusunu  *tarafların üzerinde anlaşamadıkları* ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek  *çekişmeli* vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir”. Bunlardan birincisi hem uzun hem fuzulîdir.

29. Tasarıda ispat hakkına ilişkin m. 193 ve gerekçesi, yeniden ele alınmalıdır:

Önce, gerekçede, ilk söz olarak, “1086 sayılı kanunun [HUMK’nun] 218 ve 287 nci maddelerindeki düzenlemelere kısmen karşılık gelen bu madde...” diyor. Aslında sadece f. III, HUMK m. 287’nin ve f. IV de HUMK m. 218’in karşılığıdır denebilir. İlk iki fıkra tümüyle yenidir.

Maddedeki f. I, “Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir” diyor. Dâvada isbat aslında kendi başına hak değildir; usulî işlemler yapmak yetkisinin bir kullanılış biçimidir. İfade şöyle olmalıdır: “Taraflar, mahkemede hak arama ve bu süreçte

usulî işlemler yapma yetkisinin bir parçası olarak, isbat işlemleri yapmak yetkisi anlamında, isbat hakkına sahiptirler”. Aslında böyle bir ifadenin yasada yer almasının hiç gereği yoktur ve bu ifade bulunmazsa hiç kimse tarafların isbat hakkını yasa tanımıyor demez, hâkimler isbata izin vermemeye kalkışmaz.

30. Tasarıda m. 194 f. I'de getirilen isbat yükü kuralı, TMK m. 6'dakinden, öz itibariyle, farklı değildir (gerekçesinde de aksine iddia yok). Böyle iken tasarıda m. 453 ile TMK m. 6'nın yürürlükten kaldırılıp o güzel yasanın daha başlangıç bölümünde eksik bir dış çirkinliği yaratılmasının, kuralın buraya (HMK'na) alınmasının gereği yoktu. Üstelik, m. 194 gerekçesinde “ispat yükü kurallarının maddî hukuk temelli olmakla birlikte bir usul hukuku müessesesi olması sebebiyle” denmesi pek de doğru olmamıştır. Maddî hukukla ilgili konularda ispat yükünü belirleyen kural doğrudan doğruya maddî hukuktan çıkar. Örneğin, başkasının arsasına a. İyiniyetle, b. Kendi malzemesiyle inşaat yaptığı ve c. İnşaatın değerinin arsa değerinden belirgin biçimde daha yüksek olduğu vakıalarına dayanılarak ve bu vakıaların varlığı hâlinde arsa mülkiyeti âdil bir karşılık ödenmesiyle ona bırakılsın diye istem öne sürmesine hak tanıyan yasa kuralına dayanarak dava açan kişi, isteminin kabul edilebilmesi için bizzat o yasa kuralının aradığı bu vakıaların gerçekleştiği sâbit olmazsa istemini elde edemeyeceğinden, onların veya onlardan herhangi birinin isbatsız kalmasının riskini (işte isbat yükü budur) taşır, bu takdirde istemini elde edemez. Görülüyor ki herhangi bir hukuk normuna dayanarak bir hak, bir yetki öne süren kişiye, o maddenin uygulanabilmesi için bizzat o maddenin aradığı vakıaların somut yaşantıda gerçekleştiğini isbat yükü yükleyen, o normun kendisidir ve ortada bir maddî hukuk normu söz konusu ise demek ki isbat yükünü de maddî hukuk belirlemektedir. Maddî hukukun Medenî Hukuktan ibaret olmadığı tartışılmaz ise de tarihsel gelişme bakımından hiç kuşkusuz ki bütün hukukun anası Medenî Hukuktur; pratikte ezici çoğunluğuyla maddî hukuk normlarının uygulanması işlerinde karşımıza çıkan isbat yükü sorununun çözümünü belirten genel kuralın Medenî Kanunda yer alması da hakça olan, doğru olan, yakışık alan tercihtir.

Tasarıdaki m. 194'ün karineleri konu alan f. II kuralı ise, her hukukçunun bildiği şeyleri söylemektedir. Bunlara ders kitabında yer vermek, bilmeyen öğrencilere öğretmek kaçınılmaz ise de, yasada yer ver-

menin hiç gereği yoktur. Kaldı ki, o fıkrada "...kanunî karinenin aksini ispat edebilir" denmesi de pek doğru değildir; kanunî karine bir yasa kuralıdır ve kuralın aksi isbat edilmez, kişi, "...kanunî karineden çıkan sonucun doğru olmadığını" (örneğin, babalık karinesine uyar durumda bulunmasına rağmen kendisinin baba olmadığını) ispat edebilir.

31. Tasarıdaki m. 207 bent b kuralıyla ilgili olarak gerekçede bir ifade yanlışı vardır. Gerekçede, "senede *bağlanması teamülden olmayan işlemlerde*" tanıkla isbatın mümkün olmasının amaçlandığı söyleniyor. Bildiğimiz gibi, şimdiki HUMK m. 293 bent 4 de bu doğrultudadır ve öğretilde, orada bir ifade zaafı olduğu, kuralın aslında "senede *bağlanması teamülü bulunan*" hukuksal işlemlerin senetsiz ispat edilebileceğini anlatır yolda yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Tasarıda da bu görüşe uyulmuş ve m. 207 bent b'de, "*senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan* hukukî işlemler" denmiştir. Gerekçede bunlar unutulmuş görünüyor.

32. HUMK m. 293'deki, haksız fiillerin isbatının senetle isbat gerekliliği dışında bulunduğunu belirten bent 2'nin fuzulî olduğu; çünkü zaten bu gerekliliğin yalnız hukukî işlemleri kapsamına aldığı, oysa haksız fiilin hukukî işlem olmadığı, öğretilde oybirliğiyle belirtilmişti. Bu eleştiriye tasarıda da kulak verilmiş ve o bent, m. 207'ye alınmamış, alınmamasının nedeni de gerekçede belirtilmiştir. Oysa, HUMK m.293 bent 5 kuralı dahi tıpatıp aynı nedenle (orada sözü edilen durum yâni hukuksal işlemin hataya, hileye, ikraha dayanması veya sözleşmede gabin bulunması iddiası kendi başına bir hukukî işlem iddiası niteliğinde olmadığından ve böylece zaten senetle isbat gereğinin dışında kaldığından) fuzulî idi, buna da öğretilde neredeyse herkes değinmiştir; hal böyleyken aynı fuzulî kuralın Tasarıda m. 207'de bent ç olarak yer alabilmiş olduğunu görüyoruz.

33. HUMK m. 298 senette yapılmış çıkıntılarının yâni çıkıntıyla eklenmiş yazıların "ve kezâlik senedin metninde veya hâmişindeki hâk ve silinti" nin, ayrıca tasdik edilmemiş ise, inkâr hâlinde keenlemeyekûn (yok) sayılacağını söylüyor. Aynı kural, ifadesi sadeleştirilerek, tasarıda m. 211 cümle 1'e de alınmıştır: "Senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkâr hâlinde göz önünde tutulmaz". Çıkıntı yapılarak veya yapılmayarak senette yer alan ve eklenmiş olduğu anlaşılan

yazıların inkâr hâlinde geçersiz sayılması ilkesinin anlaşılmayacak yanı yoktur ama, kazıntı ve silintiler bakımından durum öyle değil. Kazıntı veya silintinin inkâr hâlinde göz önünde tutulmaması ne demek? Orada kazımayla bir boşluk oluşmuş, eskiden yazılı olan sözcükler okunamıyor; senede dayanan tarafın hasmı orada bir erteleyici şartın öngörülmüş iken kazımayla silindiğini iddia ediyor ama bu yolda kanıtı yok; hâkim şimdi “kazımayı göz önüne almıyorum, talikî şartın varlığını kabul ediyorum” diyebilecek mi? Kanıt yokken bunu kabul edemez, ama o zaman da, her ne tutum izlenirse izlensin, bu tutuma “kazımayı göz önüne almamak” tutumu denemez. Öyleyse, kazıma ve silinti faraziyesinde hâkim kazımayı, silintiyi göz önüne almaz ifadesi anlam taşıyor, gidilecek yolu göstermiyor.

Maddedeki cümle 3, sözünü ettiği faraziye bakımından, sorunu, Gordion düğümüne kılıç çalarak, paldır küldür çözüyor: “Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemece senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir”. Ama o zaman, senedin kazıntılı olmayan bölümlerinde açık seçik yer alan ifadelerin isbat gücü de yok edilivermiş, senedi sunan kişi burada ifade edilmiş vakıalar ve hukukî işlemler bakımından da yazılı delilinden yoksun bırakılmış olacaktır.

*Belki en doğrusu, kazıntılı bölümde şu yazılıydı diyen hasmın iddia ettiği içerik bakımından senedin şimdiki kazıntılı hâliyle suskunluğuna bir isbat değeri tanımamaktır.* Örneğin, hasım taraf o kazıntının yerinde bir erteleyici şart veya bir ecel (süre) maddesi vardı (diyelim, satış bedelinin gelecek yıl 1 Temmuz'a kadar ödenmiş olması gerektiği yazılı idi) diyorsa, senedin bu noktadaki suskunluğuna, öyle bir erteleyici şart yahut vâdenin kararlaştırılmış olmadığı bu senetteki suskunlukla kanıtlanmış olması değeri tamammakla birlikte, senedin geri kalan bütün (şimdi görünen) içeriği yönünden isbat değerini tanımak olur. İhtilâflı kalan vakıa için de sırf hasmın iddiasında kalan içerik, sadece kazıntının var olduğuna bakılarak, ispatlandı sayılacak değildir. O konuda isbat yükü, genel kural çerçevesinde kime düşüyorsa, onun, kendi lehine hukuksal sonuç doğuracak içeriği kanıtlaması istenir. Yapılacak isbat, *senede karşı* öne sürülen bir vakıa iddiasının isbatı sayılmayacaktır çünkü senetteki metnin erteleyici şartı, vâdeyi öngörmediği, kazıntı sebebine, anlaşılamamaktadır (yâni, orada bir erteleyici şart vardı diyen kişi, senet metniyle ispatlanmış

bir hâlin aksini öne sürüyor değildir), öyleyse bu isbat şimdiki HUMK m. 290, tasarıdaki m. 205 kuralına tâbi olmayacaktır, tanıkla da yapılabilecektir. İhtilâflı kalan konuda isbat için genel kurallar uygulanınca, lehte veya aleyhte, emarelerle isbat da yapılabilecektir. Örneğin ancak üç kelimenin sığabileceği bir yerde kazıma yapılmış iken davalı, “Orada bir erteleyici şart vardı ve şöyleydi, erteleyici şart henüz gerçekleşmediğinden davacının alacağı talep yetkisi henüz yoktur” diyerek erteleyici şart kararlaştırıldığını tanıkla kanıtlamaya kalkışıyorsa, üç kelimelik yere bir erteleyici şart maddesi yazılamıyacağından, hâkim onun iddiasının doğru olmadığını kanıtlanmış sayabilir ve onun tanık dinletme talebini kabul etmeyebilir.

34. Tasarıda m. 212 f. I kuralı şöyledir: “Taraflardan biri, kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen bir belgedeki imza veya yazıyı inkâr etmek isterse, sahtelik iddiasında bulunmalıdır; aksi halde belge, aleyhine delil olarak kullanılır”. Bu kural, özellikle, şu veya bu sebeple davalı duruşmalara gelmediği, dava onun gıyabında yürüdüğü takdirde son derece sakıncalı ve adaletsizdir. Madde gerekçesinde şöyle deniyor: “Bir belge hakkında tarafların sahtelik iddiası söz konusu değilse, kanunda öngörülen haller dışında kural olarak doğruluğunun ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Bu sebeple yazı ve imza inkârında bulunan tarafın bunu açık bir sahtelik iddiası ile ileri sürmesi gerekir”. Söz konusu ifade beni hayretler içinde bırakmıştır. Bütün yargılama hukuklarında delil takdir yetkisi ve görevi mahkemenindir ve dolayısıyla isbatı gerekli vakıta iddiası bakımından bir belgenin yeterli isbat gücü olup olmadığını belirlemek de hâkimin görevidir. Senetle isbat zorunluluğu çerçevesinde olsun olmasın, bir iddianın isbatı için herhangi bir belge sunuluyorsa, bunun belge diye kabul edilmesinin vazgeçilmez evrensel şartı, kime karşı isbat yapılacaksa ondan sâdir olmasıdır. Tasarıda m. 203 gerekçesinde belirtildiği üzere, tasarı, senedi tanımlamaktan kasden kaçınmıştır ama m. 206 f. II’de yazılı delil başlangıcının tanımı verilmiştir ve orada, bir belgeyi yazılı delil başlangıcı saymak için onun “kendisine karşı ileri sürüldüğü [sürülen denmesi Türkçe bakımından daha az doğrudur] kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş” olması “lâzime” si özellikle vurgulanmıştır. Senet için bu gereklilik evleviyetle ve hiç tartışılmaz biçimde geçerlidir. Demek, *her yargılama sürecinde hâkimin önüne senet diye veya yazılı delil başlangıcıdır diye bir belge konuştuğunda hâkimin ilk*

*araştıracağı, bu belgenin hasımdan sâdir olup olmadığıdır.* Ortada hasmın aidiyet ikrarı bulunmadıkça bu araştırma daima re'sen yapılır; yâni, ilâmsız icra takiplerindeki durumun tersine, “inkâr vaki olmadıkça imzanın o kişiye aidiyeti mefruz” değildir, böyle bir yasal yahut fiilî karine asla yoktur.

Toplumsal düzende egemen olan çirkin “altta kalanın canı çıksın” ilkesi zaten son onyıllarda hukuk düzenimize, hele hele icra tâkiplerinin hukuku düzenimize yeterinden fazla sızmıştır; bir de, “Türk milleti adına” hüküm verilirken yürütülen süreçte, senedin aidiyetinin re'sen araştırılması gereği gibi hayatî bir konuda bu utançsız ilkeye hukukumuzda yer vermeyelim. Hâkimin adaleti bulup uygulamasının önüne bir barikat daha dikmeyelim.

35. Tasarıda m. 229, hangi hallerde yemin teklifinin yapılamayacağı sayarken, bent a'da şöyle diyor: “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar”. İfade şöyle olmalıydı: “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalarda dava veya savunma temeli oluşturan vakıalar”. Çünkü yeminin konusu dava değil, belli bir vakıa (o arada, belli bir hukuksal ilişkinin varlığı) olabilir. Dava için yemin teklif etmek diye bir hâl olamaz.

36. Aynı maddede bent b'de, “Bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği *haller*” deniyor. “...görülmediği hallerde, *bu irade açıklamaları*” denmeliydi. Çünkü yasaklanmak istenen, örneğin kefillik sözleşmesi için yasa sırf tarafların irade açıklamasını yeterli görmeyip ayrıca bu irade açıklamasının yazıya dökülmesini istemiş iken, böyle yazılı kefalet sözleşmesinin yapılmamış olmasına ve sözlü beyanlarla yetinilmiş olmasına rağmen kefalet akdinin varlığı iddiasıyla dava açan davacının, davalıya, sözlü olarak bu konuda karşılıklı irade açıklamaları yapıldığını kanıtlamak amacıyla “yapmadığımıza yemin etsin” diye yemin teklifinde bulunmasıdır. Aynı yolda, Yargıtay içtihatlarının da belirttiği üzere, “haricen” taşınmaz mal satışını geçerli sanıp öyle bir satışa dayanarak dava açan kişinin, dava temelinin kanıtlamak için, “onun yazıhanesinde dairenin bana şu kadar bedelle satışı sözleşmesini yapmıştık; inkâr ediyor, başka delilim yok, yapmadığımıza yemin etsin” gibi bir yemin teklifinde bulunması da işe yaramaz

ve karşı tarafın yemin etmeyeceğini söylemesi halinde akdin yapıldığı sübut buldu denemez.

37. Aynı maddede bent c sonunda da “hâller” yerine “vakıalar” denmesi daha doğru olur.

38. Tasarıda, bilirkişiye ilişkin m. 270 sisteminde çok önemli bir yanlışlık vardır. Şimdiki HUMK m. 275, “Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez” demiş, hukukla ilgili konularda bilirkişiye başvurulamayacağı içeriğinde mutlak bir yasaklama getirmekten kaçınmıştır. Doğrusu da budur. Her hâkimin yanıtını bilmesi gereken veya bilmiyorsa, unutmuşsa bile zorluk çekmeden öğrenebileceği hukuksal sorunlar için bilirkişi görevlendirilmesinin yasaklanması elbette ki çok doğrudur (bir tarihte, ben İzmir’de görevli iken bana Manisa’nın bir ilçesinin mahkemesinden, bir miras işinde kimliği belli mirasçılardan kime ne kadar bölüşme payı düşeceğini raporla belirtmem için bilirkişilik görevi gelmişti; Miras Hukuku dersini görmüş fakülte öğrencilerinin bile, hem de yasaya bakmadan, çözümünü açıklaması gereken böyle bir sorun için dahi bilirkişi atamasına gidilmiş olduğu, gerçektir). Ancak, günümüz dünyası, Nasreddin Hoca’nın kadı görevi yaptığı zamanın ve toplumun dünyası değildir; ilişkiler ve hukuk sistemi son derecede karmaşıklaşmıştır. Örneğin, Bankacılık Kanunu’nun düzenlediği, banka batırmakla suçlanan kişilere karşı açılacak, bankaya verdikleri (ve şimdi TMSF’nun sırtına yüklenen) zararın kendilerine ödetilmesi ve ödemezlerse kişisel iflâslarına karar verilmesi davasında ortaya pek çok hukuksal sorun çıkmaktadır; kimi davalılar, “Bizim bankaya zarar verdiği söylenen işlemlerimiz şimdiki yasal düzenlemenin öncesinde idi, o zaman yapılmış işlemler için bugünün hukuku gereğince bize karşı iflâs davası açılmaz” yolunda savunma öne sürmüşlerdir. Bazı davalarda davalılar, “Bizim olmayacak kişilere kredi diye para verdirip sonra bu kredilerin geri ödenmemesi suretiyle bankanın batmasına yol açtığımız öne sürülüyor. Oysa para alanlara karşı banka veya sonra bankaya ardıl olan TMSF icra takibi yapmış ve bu takip içinde o kişilerden para alınamayacağı sabit olarak onlar hakkında aciz belgesi düzenlenmiş değildir. Bize karşı açılan şimdiki davanın zorunlu dinlenme şartı eksiktir. Davanın hemen ve tahkikata girilmeden reddi gerekir” savunmasında bulunmuşlardır. Bu gibi savunmaların yerinde olup olmadığı, düzenlemenin yeniliği nedeniyle,



henüz yerleşmiş içtihatlarla belirlenmiş değildir ve icra-ıflâs hukukunun uzmanı olmayan hukukçuların gerek yayınlarında gerek taraflara verdiği danışma raporlarında yanlış çözümlerin savunulduğu görülebilmektedir. Bu nedenle, bilgili ve deneyimli üç hâkimin görev yaptığı ticaret mahkemelerimizde bile, bu gibi davalarla karşılaşıldığında, içinde hem banka ve ticaret hukuku alanında hem de icra ve iflâs hukuku alanında uzman kişilerin bulunduğu bilirkişi kurullarının görevlendirilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Yapılan bu uygulama yerinde ve hatta zorunludur. Hal böyle iken, tasarıda, hukukla ilgili konularda bilirkişiye başvurmanın mutlak olarak yasaklanmak istendiğini görüyoruz (tasarıda m. 270 ve bunun gerekçesi; m. 274 gerekçesinde c). Böyle bir değişiklik ve yasaklamada isabet yoktur. Şimdiki sistem doğrudur ve HUMK m. 275 cümle 2'deki kuralın aynen alınmasıyla yetinilmesi yerinde olacaktır.

Böyle olunca, Tasarıda m. 283 bent 4'e konan "Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukukî değerlendirmelerde bulunamaz" kuralının da değiştirilmesi ve "Bilirkişi, özel uzmanlık gerektiren bir hukuk sorununun çözümü için görevlendirilmiş değilse, raporunda..." denmesi gerekir.

39. Tasarıda, bilirkişi sayısını belirleyen m. 271'in gerekçesinde bilirkişilik görevinin konusu sadece maddî vakıaların aydınlatılması olabilir gibi "açıklığa kavuşturulması gereken *maddî vakıa*" denmesi doğru olmamıştır. Bilirkişinin görevi, örneğin, Osmanlı yazısı hakkındaki özel bilgisi nedeniyle, delil diye sunulmuş, Kanunî Süleyman'dan kalma bir fermânın okunup günümüz yazısına çevrilmesi de olabilir. "Mahkemenin ihtiyaç duyduğu bilginin elde edilmesi" denmesi daha doğru olur.

40. Tasarıda m. 285 gerekçesinde şöyle deniyor: "Rapora itiraz için öngörülmüş yedi günlük süre kesin süredir; hak düşürücü bir nitelik taşır. Taraflar bu süre içerisinde itirazlarını dile getirmez ise bilirkişi raporu, taraflar bakımından kesinleşir". Oysa tarafların itiraz etmemesi hâlinde bile bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayacağı kabul edilince (HUMK m. 286 f. I; tasarıda m. 286 ve gerekçesi), artık taraflar bakımından kesinleşmeyi kabul imkânı da kalmaz. Çünkü yargılama usulü hukuklarının genel ve temel ilkelerinden biri, "hâkimin bir işlemi yapmak yetkisi bulunduğu sürece, taraflar, o işlemin yapılmasını ve o doğrultuda tutum izlenmesini talep edebilirler" ilkesidir. Örneğin hâkim tahkikat aşaması

boyunca her zaman re'sen keşfe veya bilirkişi görevlendirilmesine karar verebileceğinden (HUMK m. 275, 363) taraflardan herhangi biri de tahkikat aşamasında, daha önce istememiş bulunduğu halde sonradan keşif veya bilirkişi incelemesi isteyebilir. Bilirkişi raporuna itiraz bakımından da durum aynıdır; hâkim bilirkişi raporunun şu veya bu bölümüne, gerekçe göstererek, itibar etmemek yetkisine gerek şimdiki düzende gerek tasarının getireceği düzende, sahip bulunduğu göre, taraflardan her birinin de, aynı gerekçeleri öne sürüp hakimin rapora itibar etmemesini isteyebileceği kuşkusuzdur.

41. Tasarıda m. 295 f. III'de, "Keşif, *üçüncü kişi için uygun olan zamanda yapılır*" deniyor. Bu imtiyaz ve iltimasın nedeni, gerekçede belirtilmiş değildir. Keşfin zamanını belirlerken, "o gün o saatte olmasın da şu gün şu saatte olsun" demesine değer verilmesi gereken kişiler çoktur: hâkim (ve kurul hâlinde gidiliyorsa, hâkimlerin her biri); dâvacı; vekili; dâvalı; vekili; bilirkişiler götürülüyorsa, bunlar; tanıklar orada dinlenecekse, tanıklar; ve keşif yapılacak taşınmazı kiracı sıfatiyle işgal eden kişi gibi, üçüncü kişiler. Bu sonuncuların tedirgin edilmemesine üstün dikkat gösterilmesi gerektiği anlamına gelen şimdiki ifade doğru ve âdil değildir; doğru ve âdil olan, sayılan bütün bu kişilerin rahatlarının olabildiğince az ölçüde bozulmasını sağlayacak bir zamanlama yapılmasıdır. O kişilerden birinin ve sadece onun uygun zamanını kollamak, diğerlerininkini umursamamak tutumunu yasa buyuramaz. En iyisi, "Keşif zamanının belirlenmesinde hazır bulunacakların en azının en az ölçüde tedirgin edilmesi gözetilir" demektir.

42. Tasarıda m. 296 yeni olmaktan başka, çok tartışma götürebilecek bir kuralı benimsiyor: Soybağının belirlenmesi gerektiğinde, kişiler, bu amaçla bedeninden kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır; haklı sebep olmaksızın bu yükümlülüğe uyulmaması hâlinde hâkim, *incelemenin zor kullanılarak yapılmasına* karar verir. Gerekçe bölümünde, bu kuralın gerekçesine ilişkin ifade, doğrusu pek cılızdır: "İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş" imiş, hatta *üçüncü kişilerin* tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğün kaçınma yolu da kapatılmış.

Tabloyu şöyle bir göz önüne getiriniz:

Murisin (merhum ünlü şarkıcı falanca) oğluna karşı açılan, onun aslında murisin oğlu ve dolayısıyla mirasçısı olmadığına tesbiti ve nüfus kaydında da buna göre gerekli değişikliğin yapılması davasında davacı (merhum şarkıcının beşinci ve sonuncu eşi olan hanım), şimdi 40 yaşında olan çocuğun gerçek babası olarak, diyelim, Prof. Dr. S'nin adım veriyor; hâkimden bu meslekdaşımızın falanca hastahaneye filân günde gidip kan ve doku aldırması emri, ara kararı olarak çıkıyor, ona tebliğ ediliyor; meslekdaşımız çok sinirleniyor ve öfkesinden mazeret dahi bildirmeksizin (zaten mazereti yok), oraya gitmiyor; hâkim ilk duruşmada, incelemenin zor kullanarak yapılmasına karar veriyor (seçeneği yok; yasa “karar verir” demiş); tasarındaki ihtiyatî tedbirlere ilişkin m. 397 f. II cümle 2 kuralını kıyas yoluyla uygulayıp, kararın yerine getirilmesiyle yazı işleri müdürünü görevlendiriyor. Yazı işleri müdürü aynı maddede f. III kuralı gereğince, S'nin konutuna en yakın karakola yazılı başvuruda bulunuyor; önde müdür, ardında 5 polis, S'nin konutuna geliyorlar, öfkeli meslekdaşımız direniyor, kendisini ipe sarıp sarmalıyorlar, polislerin kimi kollarından kimi bacaklarından tutarak onu hastahaneye götürüyorlar, S'nin bağırması çağırması arasında *viucudundan kan ve doku örnekleri alınıp kavanozlara konuyor*, sonra S'yi bırakıyorlar.

Böyle bir uygulama, Sultan IV. Murat zamanında olabilirdi ama şimdi olabileceğini sanmıyorum<sup>6</sup>.

43. Tasarıdaki m. 298 f. III'le ilgili gerekçe bölümünde bir yanlışlik vardır ve fıkra yeni bir kural gibi gösterilmektedir: “Burada hüküm

<sup>6</sup> Toplantıda, tasarı taslağı metnini hazırlayan Komisyonun Başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, bu kuralın Alman hukukundan alınmış bulunduğunu belirtmiş, ama kuralın kendisinin çok yerinde olduğunu iddia etmekten geri durmuştur. Kanımca bir kuralın başka bir ülkenin hukukunda, hatta çok uygar ve ileri bir hukuk düzenine sahip bir ülkede yürürlükte olması, o kuralın yerindeliğini tartışılmaz etmez, edemez.

Muhakkak olan, kişinin kan ve doku örneği vermekten kaçınması hâlinde, iddiayı ispatlanmış sayıvermenin doğru olmayacağıdır. Çünkü bu takdirde, olayımızdaki Profesör kan ve doku örneği vermekten kaçındı diye onun baba olduğu iddiasını ispatlanmış saymak yâni davalı kişinin, ünlü şarkıcının oğlu olmadığını ispatlanmış saymak gerekirdi. Oysa bir üçüncü şahsın, bir davranışta bulunmaktan geri durması şöyle dursun, açık açık “Evet asıl baba benim” demesi bile olaydaki davalı oğulun babasının nüfus kaydında babası olarak görünen kişi (anasının kocası) olmadığını ispatlanmış saymaya ilke olarak asla yetemez. HUMK m. 240'ı unutup değılim; ama sırf üçüncü kişinin lâfına bakıp da öyle bir davada davalı oğlu, anasının kocasından değil başka kişiden peydahlanmış çocuk sayma yolunda hüküm verilecek bir hâkim düşünülemez.

Buna göre, uygulanabilecek tek yol, örnekteki Profesörün hastahaneye gitmesi yolundaki ara kararına uymak için para ve/veya hapis cezası yaptırımıyla zorlanmasıdır.

sonucunun duruşma tutanağına geçirilmesi zorunluluğu konmuş, böylece tefhim edilen hüküm sonucunun, sonradan başka suret ve şekilde kaleme alınması ... tehlikesinin önlenmesine çalışılmıştır". Oysa şimdiki HUMK m. 381 f. II şöyledir: "Kararın tefhimi, en az 388 inci maddede belirtilen hüküm sonucunun *duruşma tutanağına geçirilerek* okunması suretiyle olur". Zaten, tutanaklarla ilgili HUMK m. 151 f. II sonunda da, verilen her kararın ne olduğunun ve nasıl tefhim edildiğinin tutanağa geçirilmesi emredilmiştir.

44. Tasarıda m. 299 f. III şöyle diyor: "Hükmün müzakeresi sırasında, yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği oturumda hazır bulunan hâkim bulunmuyorsa, tarafların sözlü açıklamaları tekrar dinlendikten sonra müzakere edilir ve hüküm verilir". Niçin bu yola gidildiği konusunda gerekçede işaret yoktur. Burada, "gereklilik görüldüğü takdirde" denmesi doğru olur; çünkü bir önceki duruşmada tarafların son sözlü açıklamaları tutanağa geçmiştir ve o tutanak dâhil, dâva dosyasının okunmasıyla yeni hâkim, çoğu zaman, nasıl karar verileceğini duraksamasız kestirebilir, tarafları yeniden dinlemeye gerek olmayabilir.

45. Tasarıda m. 301 f. I kuralının yazılmasında bir atlama olmuştur; "Hüküm, 'Türk Milleti Adına' verilir ve ...." diye başlanacak iken, "Türk Milleti Adına verilir" diye başlanmıştır.

46. Tasarıda kesin hükme ilişkin m. 307'de f. I'e bazı eklemelerin yapılması doğru olacaktır. Bu kural, tasarıdaki biçimiyle, şöyledir:

Bir dâvaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir dâvada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki dâvanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk dâvanın hüküm fıkrası ile ikinci dâvaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

Kuralın (keza, şimdiki HUMK m. 237 kuralının) önemli eksikliği, kesin hükmün iki tür etkisinin doğumunun ayrı ayrı gerekliliklere bağlı olduğunu gözden kaçırmasıdır. Daha açık söyleyişle, kuralda söylenen, sadece kesin hükmün yeni bir dava açılmasına engel olma etkisi bakımından doğrudur; ama kesin hükmün gerek mahkemelerde gerek her zeminde bir kesin delil, tartışılmaz delil etkisine sahip olması için o kuralda aranan gerekliliklerin aynen gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bu nedenle, kesin hüküm ne zaman vardır konusunu düzenleyen yasa kuralı,

kesin hükmün iki etkisinin doğabilme koşullarını ayrı ayrı belirtmelidir ve şöyle yazılması doğru olur:

Bir dâvaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir dâvanın açılmasını engelleyecek maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki dâvanın taraflarının, *istem temellerinin* ve ilk dâvanın *hüküm fıkrasında hükme bağlanan istem* ile ikinci dâvaya ait istemin aynı olması gerekir. *Buna karşılık, şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün diğer bir davada kesin delil işleviyle kullanılabilmesi için bu şartlar aranmaz; hükmün çıktığı dâvanın taraflarından her birinin kendine ve haleflerine karşı diğer bir dâvada ve her yerde, o hüküm, kesin delil işlevindedir.*

Tabii ki, tasarıda madde gerekçesinin de bu doğrultuda düzeltilmesi gerekecektir.

47. Tasarıda, “Kötüniyetle veya haksız dâva açılmasının sonuçları” başlıklı madde 332, konunun çok büyük önemiyle ve bu maddede etkili yaptırımlar getirilebilirse maddenin hukuk uygulamasına, mahkemelerin iş yüküne getireceği hafifleme yararı ile, kişilerin kötüniyetli davacı veya davalılar sebebine mahkemelerde eziyet çekmelerinin, çeşitli zararlara uğramalarının önüne geçebilme yararı ile orantılı olmayan bir ürkeklik ve yetersizlik gösteriyor.

a. Madde, kötüniyetli davalıdan söz ediyor ve bu kişi hakkında bazı cılız yaptırımlar öngörüyor, ama kötüniyetli davalı kimdir, dâvalı hangi hallerde kötüniyetli sayılacaktır, belirlemiyor.

b. Madde, hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan davacıyı bazı cılız yaptırımlara uğrattırıyor ama onun bu yaptırımlara uğraması için kötüniyetini aramıyor; demek ki dava sonunda haksız çıkmak davacının bu yaptırımlara uğramasına yetecektir. Bunun da âdil olmadığı ve ayrıca, Anayasal bir “hak” olan mahkemeye başvurup dava açma yetkisinin kullanılmasını asla kabul edilemeyecek bir tehdide, caydırıcı riske tâbi kıldığı açıktır.

c. Maddede f. II cümle 2, “Bu hallere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin cezası vekil hakkında uygulanır” diyor ve “Bu haller” nedir, belirtmiyor. Ayrıca haklı olduğunu bildiği bir davada davayı yokuşa süren, asılsız inkâr veya savunmalarda bulunan vekilin bu tutumu müvek-

kilinin haberi ve rızası olmadan izlemesi, yaşam deneyimimizle biliriz ki, hemen hemen hiç olmayacak hâldir; vekil en azından müvekkilinin bilgisi ve onayı ile, onun hoşnut teşvikleri ile haklı davayı yokuşa sürmektedir. Böyle iken onun tutumundan dolayı yalnızca onu sorumlu tutmak yanlış-  
tır. Diğer yandan, Avukatlık Kanunu m. 2'de avukatlık mesleğini yücel-  
tici lâf edebiyatı aşırı dozda bulunmakta ise de herkes bilir ki avukat,  
hakkın ve hukukun tarafsız hizmetkârı asla değildir, olamaz. O, hem işle-  
vinin niteliği gereği hem de yasanın gereği olarak müvekkilinin hizme-  
tindedir. Gerçek şu ki, adam öldürmeden sanık kişiye karşı açılmış ceza  
davasında sanık avukatı sanığın gerçekten suçlu olduğunu bizzat onun  
ağzından duymuş bile olsa (bu öğrendiğini açığa vurmamaya Avukatlık  
Kanunu m. 36 gereğince "mezun" ve hatta mecbur olarak!) onu kurtar-  
maya çalışır, çalışmalıdır; mesleğinin gereği budur. Hukuk dâvasında  
avukatın işlevi bundan farklı değildir. Toplumsal düzen bu işlevde bir  
mesleğin yürütülmesine izin veriyor hatta yürütülmesini istiyorsa; avukatı  
haksız ve asılsız savunmalarda bulundu diye yaptırım karşısında bırak-  
mak bir çelişki ifade eder. Bu nedenle, davada haksız tutum izlenmesinin  
yaptırımını yalnızca dava taraflarının kendilerine hasretmek ve tasarıdan  
m. 333 f. II cümle 2 kuralını çıkarmak doğru olur.

Benim önerdiğim m. 333'de, önce, f. I'de, davalının davaya mu-  
hatap olunca dürüstlük ilkesine uygun davranması gereği vurgulanmakta;  
f. II'de, bu yükümlülüğü çiğneyen davalının kötüniyetli dâvalı sayılacağı  
ve bunun yaptırımlarına uğrayacağı belirtilmekte; f. III'de, özel hukukun  
genel bir karinesi şimdiki konuya uygulanmakta; f. IV'de, davacının hangi  
halde kötüniyetli sayılacağı açıklanmakta; f. V'de, tasarının f. I kuralıyla  
kabullendiği yaptırım benim önerimde de kabul edilmekte; f. VI'da,  
tasarının f. II kuralıyla kabul ettiği yaptırım, (icra inkâr tazminatı  
müessesesinin hukuk davalarına da aktarılması diye özetleyebileceğim  
yolda) çok daha şiddetlendirilip etkinleştirilerek benimsenmektedir.  
Önerdiğim metin, şöyledir:

Haklı olduğunu daha dava dilekçesinin kendisine tebliği sırasında  
bildiği bir dâvada dâvalı, dürüstlük ilkesine uymanın gereği olarak, in-  
kârda veya asılsız savunmalarda bulunmayıp cevap dilekçesinde veya en  
geç ön inceleme duruşmasında davayı kabul etmek yükümlülüğündedir.  
Cevap dilekçesinin vekil eliyle verilmesi onu bu yükümlülüğünden sıyırmaz.

Bu yükümlülüğünü çiğneyerek haksız inkârda bulunan veya süresinde esasa cevap vermeyerek madde 133 gereğince inkârda bulunmuş sayılan yahut asılsız savunma dayanakları öne süren dâvalı, kötünietlidir ve kötünietli dâvalı olmanın bu maddede belirtilen yaptırımlarına uğrar.

Bilmesi gerekmek, bilmek hükmündedir; davanın haklı olduğunu bilmesi gerekir durumda bulunan kişi, onun haklılığını biliyor sayılır.

İstemi öne sürmeye hakkı olmadığını daha davayı açarken bilen veya bilmesi gerekir durumda bulunan davacı kötünietlidir ve kötünietli davacı olmanın yaptırımlarına uğrar.

Kötünietli davalı veya davacı, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarın fâhiş bulunması hâlinde bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.

Kötünietli davalı veya davacı, bundan başka, harca esas dava değerinin yüzde 40'ı tutarında ve maktu harca tâbi davalarda 500 TL'dan 5 000 TL'na kadar tazminatı diğer tarafa ödemeye mahkûm edilir. Bunun için talep gerekmez.

48. Tasarıda, yargılanmanın yenilenmesine ilişkin m. 379'da, yargılanmanın yenilenmesi nedenlerinden birini (kesinleşmiş bir hüküm oluşmuş iken aynı taraflar arasında aynı konuda ikincisinin çıkmış ve kesinleşmiş olması; şimdi HUMK m.445 bent 10) gösteren bent 1'da ve bu nedenle yargılamanın iadesine gidilince işin nasıl sonuçlandırılacağını gösteren (şimdiki HUMK m. 450 f. II'nin karşılığı) m. 384'de bazı ifade zaafırları olmuştur. Şöyle ki:

HUMK m. 445 bent 10'da, şimdiki metnin de pek açıkça ifade edememesine rağmen, önem taşıyan ölçüt, birbirine aykırı iki kesin hükümden hangisinin daha eski tarihte mahkemece *verilmiş* olduğu değil, hangisinin daha önce *kesinleşmiş* olduğudur. Çünkü, iki davadan biri diğerinden daha sonra açılmış da olsa, gelişmeler öyle denk getirmiş ve o davada çıkan hüküm (diğerinde çıkan hükümden ister daha eski tarihli ister daha sonraki tarihli olsun) diğerinde çıkan hükme göre daha önce *kesinleşmiş* ise; onun kesinleştiği anda diğer davanın görülmesini, hükme bağlanmasını engelleyen bir dâva şartı eksikliği ortaya çıkmış olur. Böyle

bir kesin hükmün oluştuğu diğer davadaki mahkemenin bilgisine varınca, o diğer mahkeme, elindeki davayı, kesin hükmün varlığı nedeniyle reddetmek zorundadır. Reddetmemişse, onun verdiği hüküm hakkında kanun yoluna başvurulduğunda, hükmü bozulur. Kanun yoluna gidilmemesi nedeniyle onun hükmü dahi kesinleşmiş ise işte bu faraziyede HUMK m. 445 bent 10'da (tasarıda m. 379 bent 1'da) düzenlenen yargılanma yenilenmesi nedeni ortaya çıkar. Yasa koyucunun amacı, acaba hangi hükümdeki çözüm daha doğrudu diye araştırma yapılmasına asla gidilmeksizin (böyle olduğu şimdiki HUMK m. 450 f. II'den ve tasarıdaki m. 384'den de açıkça anlaşılıyor) *ilk kesinleşmiş hükümden yararlanan taraf lehine, daha sonra kesinleşmiş hükmün iptal edilmesidir*. Hangi hükmün daha eski tarihli olduğu yahut hangi davanın daha önce açılmış bulunduğu önemli değildir. Bu konuda yanlışa düşülerek, o dava daha önce açılmıştı veya o davada hüküm daha önce verilmişti diye, sonradan kesinleşmiş hükmün geçerli bırakılarak daha önce kesinleşmiş hükmün iptal edilmesi, kesin hükmün engelleyici etkisi dediğimiz ilkeyle asla bağdaşamaz, yasa koyucunun amacına uymaz.

Böyle iken, HUMK m. 445 bent 10 ve m. 450 f. II'de olduğu gibi, tasarıda m. 379 bent 1 ve m. 384 metinlerinde de, sözünü ettiğimiz düzenlemeyi tam ifade edemeyen, yanlış anlamalara yol açabilecek deyişler yer almıştır. Bent 1 şöyle yazılmalıdır: "Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, ister daha sonra ister daha önce açılmış olsun, tarafları, konusu ve istem temeli aynı olan ikinci bir dâvada, ister diğer davadakinden önce ister daha sonra verilmiş olsun, başka içerikte bir hükmün kesinleşmiş ve böylece ortaya birbirine uymayan iki kesin hükmün çıkmış olması".Tasarıda m. 384'ün bu 1 bendiyle ilgili bölümü de şöyle olmalıdır: "...başka bir inceleme yapılmaksızın, kesinleşmesi daha sonra gerçekleşmiş hüküm iptal edilir".

Tasarıdaki m. 384 gerekçesinde de bu değiştirmeye uygun değiştirmeler yapılmak gerekir. Oradaki ilgili bölüm, şimdi, "kesinleşmiş olan *birinci davanın* kararı, dava engeli oluşturacağından, *ikinci kararın* iptali ile yetinilecektir" deniyor. Bunu, "ilk kesinleşmiş olan karar, diğer dava bakımından dava engeli oluşturacağından, diğer davada daha önce veya daha sonra çıkmış olup kesinleşmesi daha sonra gerçekleşen kararın iptali ile yetinilecektir" diye ifade etmelidir.



49. Tasarıda m. 386 f. II, tüm çekişmesiz yargı işlerini, “Özellikle, aşağıdaki işler çekişmesiz yargı işidir” girişiyle (ve “özellikle” sözcüğüyle de listenin tahdidî olmadığını vurgulayarak) benzeri görülmedik uzunlukta bir liste hâlinde saymaya çabalamaktadır. Bu çirkin uzunluk-taki fıkra yerine “Özellikle listelenmesinde yarar bulunan çekişmesiz yargı işleri Ek Madde 1’dedir” deyip, listeyi, Harçlar Kanunu’na bağlı tarifeler misali, oraya atmak daha doğru olacaktır sanırım.

50. Tasarıda, ihtiyatî tedbir talebine ilişkin m. 394 f. IV kuralının yazımında bir yanlışlık yapılmıştır. O fıkranın sonu, “ihtiyatî tedbir sebe-bini ve türünü açıkça belirtmek ve yaklaşık olarak ispat etmek zorunda-dır” diye değil, “ihtiyatî tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve *davanın esası yönünden kendisinin haklılığını* yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır” diye bitmeliydi.

51. Tasarıda m. 396’da, devletin ihtiyatî tedbir istemesi durumunda teminat göstermek yükümlülüğünden bağışık sayılması yolundaki kurala yer verilmemesini doğru bulmadığımı ve bunun gerekçesini yukarıda belirtmiştim. O kural buraya (m. 396’ya) konmalı ve gerekçe de buna göre değiştirilmelidir kanısındayım.

52. Tasarıda m. 405’de f. III’ün, “Esas hakkında açılan davada, delil tesbiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez” denmesini çok doğru ve yerinde buluyorum. Bu konudaki görüşümü daha önce YTÜHFD’de (Fakültemin dergisinde) c. I/1 s. 511-514’de çok ayrıntılı olarak belirtmiştim. O nedenle şimdi aynı şeyleri söylemeyeceğim; “Delil delildir ve yetkisiz hâkim tarafından tesbit edilmiş olmakla delil olmaktan çıkamaz, *murdar* olmaz” demekle yetineceğim.

53. Tasarının (m. 22-24), kamu tüzel kişilerinin veya tâcirlerin (özellikle de bankaların) yaptığı akitlerde, karşılarındaki bizler gibi sıradan vatandaşlara göre güçlü durumda oldukları ve onlara kendilerine uygun içerikte sözleşme dayatabildikleri için, bu üstünlüklerini hiç değilse yetki sözleşmesi sırasında kullanamamalarını sağlamak amacıyla getirilen adaletçi düzenlemeyi alkışlamıştık.

Tıpatıp aynı özenin tahkim sözleşmesi ve şartı konusunda da göze-tilmesi, *çok daha baskın* bir ihtiyaktır.

Örneğin, yurt dışına gezi düzenleyen firmaların önünüze sürdüğü ve aranızdaki ilişkiyi düzenleyecek olan basılı (değiştirmenizin, şurasına burasına itiraz edebilmenizin söz konusu olmadığı), o küçücük harflerle yazılı uzun sözleşmeye, bakarsınız, bir tahkim şartı sokuşturulmuş ve üstelik, bu madde, Turizm ve Seyahat Acentaları Birliği'nin oluşturduğu hakem kurulu'na hakem olma yetkisi veriyor! Yâni, "Kadı ola dâvacı ve muhzir dahi şahit". Bu firmaların bazısının "kesretle" yapageldiği üzere hukuksal niteliği düpedüz dolandırıcılığa uzanan yalan dolanlarla sizin aklınızdan bile geçirmedığınız koşullarla bir gezi yapmanız, örneğin kalacağınız otellerin hep gidilecek Roma gibi kentlerin merkezinde bulunduğu vaadiyle aldatılıp geziye katılmanız sağlandıktan sonra, merkez şöyle dursun büyükkent kapsamı içinde bile olmayan, metro düzeninin uzandığı son istasyondan dahi 6 km. ileride Anagnina semtindeki bir otele sizi otobüsle bırakıvermekten utanmayan o firmaya karşı tazminat davasını bu "hakem mahkemesinde" açarsanız, lehinizde karar çıkması şansı var mıdır ? İşte bu durum dolayısıyla, kamu tüzel kişileriyle tâcir sıfatına sahip kuruluş ve kişilerin, bu niteliklere sahip olmayanlarla yetki sözleşmesi yapabilmesine konan yasağın ve getirilen geçersizlik yaptırımının aynı tahkim şartı veya sözleşmesi konusunda da tasarıda m. 412 f. II'de görmeyi beklerdik ve bekleriz. Böyle bir yasaklamanın, "devlerin gölgesindeki" TBMM'nden geçebilmesine devlerin fırsat vereceğini elbette ki asla ummuyorum; ama biz hukukçu öğretim üyeleri devlerin değil toplumumuzun hizmetindeyiz ve görevimiz sömürüyü önleyecek kuralları hazırladığımız yasa tasarılarına koymak; bunları oradan yok etmenin utancını, yok edecek devlere bırakmak, onların toplum hizmetinde olmadığını toplumun gözüne sokmaktır.

54. Tasarıdaki m. 412, yalnız bu eksiklik yönünden değil, başka bir eksiklik yönünden de eleştirilmelidir. Bu kural, taşınmaz üzerindeki aynî haklarla ilgili hükümlerin verilmesini gerektirecek uyuşmazlıkları, tahkim sözleşmesine konu olamaz sayıyor. Gerekçede bu çözüme, 4684 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1 f. III (IV denmeliydi) kuralına uyum sağlamak için gidildiği belirtiliyor. Oysa, *Türkiyedeki* bir taşınmazın üzerindeki aynî haklarla ilgili uyuşmazlıkların münhasıran Türk yargısına tabi sayılması çözümü çok doğru ise de, Türk *mahkemesi* yargısına tâbi olmasını zorunlu ve Türk hakemlerin yargısına tâbi kılınmasını yasaklanmış saymak için neden yoktur. Şimdiki HUMK m. 518 dahi böyle bir

yasak getirmeden, sadece, tasarı m. 412'de de sözü edilen, "iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıklar"ı tahkim dışında bırakmaktadır; tasarının buna biraz önce sözü edilen yasağı da eklemesi ne gereklidir, ne de doğru olmuştur.

55. Tasarının yine tahkimle ilgili m. 413 kuralının, "Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise, ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir" diyen ilk cümlesindeki "taraf-ların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme ... uyulmaz ise" deyişi, anlaşılamiyor. Gereğe bakıyoruz; şöyle deniyor: "Maddede, tahkime uygulanacak emredici mahiyette olmayan kurallara ... uyulmaz ise, ilgili tarafa bu aykırılığa itiraz etme hakkı tanınmıştır". Hakem veya hakemler, gerek (HUMK m. 416'nın temyiz başvurusu üzerine hakem hükmünün bozulması nedenleri arasında maddî hukuk kurallarının yahut usul hukuku kurallarının çiğnenmiş olmasını *saymamasından* anlaşıldığı üzere) şimdiki HUMK m. 516-536 düzenlemesinde, gerek tasarının m. 411-448 düzenlemesinde, hüküm verirken maddî hukuk kurallarıyla bağlı olmadıkları gibi, yargılama aşamalarında ve hükmün verilmesi aşamasında HUMK kurallarıyla yahut diğer yasalardaki yargılama usulü hukuku kurallarıyla da bağlı değildir. Böyle olunca, hakemlerin bu kurallara uymaması hukuka aykırı değildir, yetkilerindedir ve demek ki böyle tutum izlemelerine itiraz edilemez. Hatta buyurucu kurallar bakımından bile bu böyledir; örneğin HUMK m. 287 delil sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını istemiştir; taraflar sözleşmeyi yazısız yapsalar ve ayrı bir sözleşme ile, bizim yaptığımız delil sözleşmeleri yazısız dahi geçerli olacak diye anlaşsalar; yazısız delil sözleşmesi mahkeme gözünde yok hükmündedir; keza HUMK m. 288 veya m. 290 hükümlerine aykırı olarak tanıkla isbat yapılmaya kalkışıldığında böyle yapmanın caiz olacağı hususunda tarafların *önceden* mutabakata varmış olmaları, HUMK m.289'un açık kuralı gereğince, geçerli değildir. Bunlara rağmen hakemler, dava mahkemede görülse idi HUMK m. 288'in uygulanacağı türden iddialar için, tanık dinleyip iddiayı sâbit olmuş sayabilir. Maddî hukukta da yasanın getirdiği şekil şartı kurallarının tümü buyurucudur; örneğin taraflar anlaşıp, bizim aramızdaki ilişki bakımından, taşınmaz satışı sözleşmesi tapu dairesinde yapılmadan müteahhit yazıhanesinde sözle yapılmakla bile geçerli olacak ve mülkiyeti geçirecek deseler, ne satış sözleşmesi geçerli olur ne de mülkiyet geçer. Böyle iken, hakemler, örneğin, mahalle kahvehanesinde

sözle yapılmış kefil olma akdini geçerli sayıp böyle akitle kefil olanı sorumluluk altına girmiş diye kabul edebilir, o doğrultuda hüküm verebilir; çünkü onlar, *şimdiki hukukumuz*a göre, genelde, maddî hukukla bağlı değillerdir. Bu durumda, tasarıdaki “ tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme ... uyulmaz ise” deyişine anlam vermek çok zorlaşıyor. Diğer yandan, tarafların aksini kararlaştırabileceği bir hükme ve yalnız bu gibilere uyulmaz ise itiraz edilsin, tarafların aksini kararlaştıramayacağı hükme uyulmazsa evleviyetle itiraz caiz olmak gerekirken itiraz edilemesin, buna da akıl erdirilemiyor. Herhalde, bunlara uyulmamasının, itiraza gerek olmaksızın re’sen göz önüne alınacağı söylenmek istenmiştir; ama iş hakem kurulu önünde iken ve itiraz suretiyle mahkemeye başvuru yapılmamışken mahkeme nasıl olacak da re’sen iptal kararı verecek ?

56. Tasarıda m. 416 f. IV’ün, **“Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyumsuzlığa ilişkin olduğu itirazında bulunamaz”** **çözümünü yanlış, hatta çok yanlış, hatta pek çok yanlış buluyorum.**

Bunun getiriliş nedeni madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Herhalde, etkin ve güçlü “dev”ler, seçeneksiz ve çaresiz tüketicinin vesairenin önüne koydukları sözleşmenin ifası için bizzat o sözleşme gereğince kendi işlerine gelen yolda oluşturulmuş hakem mahkemesinde dava açtıklarında, mutlaka çıkacak olan kendi lehlerindeki hükmün, “Sözleşme geçersizdir” itirazıyla önlenmesini veya en azından gecikmesini arzu buyurmamaktadırlar. Her ne kadar, bütün toplumsal düzenlerde, o düzenin “kaymağını yiyenler” takımının, hukuku kendi çıkarlarına hizmet edecek doğrultuda yönlendirmeğe çalışmaları doğal ve “memleket dâhilinde iktidara sâhip olanlar”m bu egemenler takımı ile çıkar özdeşliği içinde bulunması, hatta çoğunun onlardan olması, demek ki yasaların dahi söylenen doğrultuya yönelmesi kaçınılmaz ise de, hukukun oluşturulması sürecine katılmak görev ve fırsatı kendilerine verilmiş vicdan sahibi hukuk akademisyenlerinin “bu tekere çomak sokmak” için elinden geleni yapması namus borcudur; başarı kazanılacak olsa da olmasa da. Asıl konumuza bir kez daha eğilince, tasarınn bu maddesini böyle kalem alan arkadaşlarımızın dahi buradaki hukuksuzluğu ve mantıksızlığı görecekleri kanısındayım. Bir sözleşme şu veya bu nedenle, tümüyle geçersiz olacak da onun içindeki falanca madde olan tahkim şartı bu geçersizlikten etkilenmeyecek ve geçerli kalacak, öyle mi? Böyle şey olur

mu? Yahut da, evet o dahi geçersizdir ama bu geçersizliği söylemek yastaktır, bu yasak konunca da mahkeme onun geçersizliğini değerdendiremez, geçersiz madde geçerli sayılır; öyle mi ?

Yine dolandırıcı seyahat acentası örneğine dönelim. Onun, gezi ilânına kanan kişiyi aldatarak o kişiyi imzalamaya yönlendirdiği, geziye katılma sözleşmesi BK gereğince hile sebebiyle, aldatılan yönünden geçersizdir (askıda geçersizlikle sakatlanmıştır), biliyoruz. Bu kişinin, kendisine ödetilen parayı, sebepsiz zenginleşme davası ile geri istemek hakkı vardır, onu da biliyoruz. Şimdi bu kişi dava açsa, davalı yüzüstü firma, tahkim şartına dayanarak ilk itiraz ön sürecek; dâvacı, sözleşme kendisi yönünden tümüyle geçersiz olduğuna göre oradaki tahkim şartının da geçersizliğini cevaba cevap yazısında belirtecek. Tasarıdaki maddeye bakılırsa mahkeme onun bu karşı savunma dayanağını nazara almayıp davalının ilk itirazını kabul, dolayısıyla davayı usulden reddedecek ve dolandırılmış müşteri, dolandırıcı firmanın mensubu olduğu meslek kuruluşunun oluşturduğu hakem kuruluna başvurup onlardan adalet isteyecek, ödediği paranın iadesine hüküm isteyecek. Bu hükmü oradan zor alır. Tasarıdaki çözümün hukuka aykırılığı bir yana, yâni bütünüyle geçersiz olan bir akdin içindeki tahkim maddesini geçerli kalır sayması abes olduktan başka, o çözümün pratikte de nasıl haksızlığa ve sömürüye hizmetkâr olacağı bu örnekten apaçık bellidir<sup>7</sup>.

57. Tasarıda m. 417 f. I'in, tahkim şartı veya sözleşmesi varken mahkemede dava açılmışsa davalının "tahkim ilk itirazı" öne sürebileceğini söyledikten sonra, "Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, *tesirsiz veya uygulanması imkânsız* değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder" demesi, anlaşılamiyor. Tahkim sözleşmesinin tesirsiz olması ne demektir, bundan kastedilen ne gibi hallerdir? Tahkim sözleşmesinin uygulanması, ismen seçilen hakemin ölmüş bulunması gibi hakeme veya hakemlere özgü imkânsızlık halleri dışında, hangi hallerde imkânsız sayılabilir ? Bu fıkranın 4 satırlık gerekçesinde, yalnızca fıkra hükmü aktarılmakta, hiçbir açıklama verilmemektedir.

<sup>7</sup> Eleştirdiğimiz kuralı yasaya sokuşturmak isteyen ekonomi devlerinin amacı da, işte tıpatıp bu sonucun elde edilebilmesidir.

58. Tasarının, tahkim sürecinde ihtiyatî tedbir veya delil tesbiti kararı verilmesini konu alan m. 418 kuralında f. II'de bir yazım yanlışı yapılmıştır; “Mahkeme ...icra edilebilirliğine karar verir” değil, “icra edilmesine karar verir” denecekti ve maddenin gerekçesinde de ifade doğru olarak öyledir: “hakem kararının *icrasına* hükmedilecektir”..

59. Tasarıdaki m. 426 f. I, biraz önce eleştirdiğimiz m. 416 f. IV'deki yanlış ve çok sakıncalı çözümde ısrar ve inat ediyor: “...bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz”. Değerli meslekdaşlarımızın hazırladığı tasarıda böyle bir maddenin yer alabildiğine, gözümle görmemiş olsaydım, asla inanamazdım. Bu, tasarı hazırlayanların harcadığı büyük emeğin ve ortaya çıkarılan başarılı eserin hak kazandığı saygınlığı pek şiddetle eksiltecek çok ciddi bir hatadır. Gerekçe bu defa, baklayı ağzından çıkarıyor: “Amaç, tahkim şartının geçersizliğini öne sürerek tahkimi bertaraf etmenin önüne geçmektir” imiş. Sözleşme bütünüyle geçersiz ve dolayısıyla tahkim şartı dahi bütünüyle geçersiz olacak, yine de tahkim şartı ayakta sayılacak, öyle mi ? Bu inanılmaz kuralı oraya birtakım etkin devler koydurmuş ise bile, o kuralın böyle utanç yoksunu baskılara boyun eğilmeden hemen çıkartılması kanımca namus borcudur. Böyle bir maddenin altında değerli arkadaşlarımızın imzası olamaz, olmamalıdır.

60. Tasarıdaki, tahkim sürecine ilişkin m. 434 f. I bent b, “Davalı, cevap lâyihası vermezse; bu durum davacının iddialarının ikrarı veya davanın kabulü olarak değerlendirilmeyip yargılamaya devam edilir” diyor ki bu, genel esaslara ve ayrıca tasarıdaki m. 133 kuralına uygundur. Yalnız, şöyle bir ekleme yapılmasında yarar vardır kanısındayım: “Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu kanundaki isticvap kurallarını uygulamaya yetkilidir”. Kendiliğinden anlaşılacağı üzere, aslında bu ekleme olmasa da o yetki vardır; ama bu ekleme, bir yol gösterme, hatırlatma ve hatta tavsiye işlevinde olacaktır.

61. Tasarıdaki m. 438, “Tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir” dedikten sonra, sözü şöyle sürdürüyor: “Tarafların *talebini uygun bulan* hakem veya hakem kurulunca sulh, hakem kararı olarak tespit edilir”.

Elbette ki, sulh sözleşmesinin içerdiği koşulları hakemin veya hakemlerin beğenmesi, uygun bulması kastedilmiyor; onlar sadece, bu sözleşmenin hakem kararı biçiminde yazılması veya daha doğru deyişle hakem kararının o sözleşme çözümleri aynen tekrarlanarak yazılması mı doğru olur, yoksa öyle yapılmasın da “Tarafların sulh olmaları nedeniyle karar verilmesine mahal bulunmadığına” diye biçimsel bir kararla mı süreç sonuçlandırılınsın, hangisi kendilerine uygun görünüyor, o konuda seçenek sahibidirler. Böyle olduğu da m. 438 gerekçesinde cümle 3’den anlaşılabilir. Oysa sözleşmenin icra tâkibine konu edilebilmesi yönünden, böyle bir seçeneğe yer vermeyip sulh sözleşmesinin hakem kararına yansıtılması çözümü yeğlenmeli idi.

62. Tasarıda m. 443, hakem kararına karşı kanun yolu olarak yalnız iptal davasını öngörüyor ve iptal davasının kabul kararı ile hükme bağlanabilmesinin hangi hallerde mümkün olduğunu sayarken, kararın maddî hukuka aykırı olmasını yahut yargılama sırasında yargılama hukuku kurallarına uyulmamış olmasını anmıyor. Yâni, şimdiki durumu kabulleniyor. Bu tercihin dayanağı, m. 443 gerekçesinde şöyle belirtilmiştir: “Tahkim sözleşmesel bir kurumdur. ...riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez”. Bu ifade gerçekçi değildir ve yine egemen devlerin kendi işlerine gelen çözümü dayatmasını yansıtıyor. Hele hele tasarı, yetki sözleşmesi yapılmasına getirdiği sınırlamayı tahkim sözleşmesinin yapılması konusunda *getiremediğine* göre ve bizim eleştirimiz farz-ı muhal kabul görüp de o sınırlama tahkim konusuna da konacak olsa bile egemen devlerin daha sonraki yasalaşma aşamasında bu sınırlamayı oradan çıkarttıracakları “kaviyen melhuz” bulunduğuna göre, konunun önemi çok daha artıyor. Yine egemen devler, tüketicinin vesairenin önüne sundukları mukaddes ve değiştirilmez sözleşmelere, kendi işlerine gelen içerikle tahkim şartı sokuşturacaklar ve oradaki hakemden yahut hakem kurulundan, maddi hukuku bağırta bağırta katleden çözümler doğrultusunda kararlar çıkacak, böyle hakem kararlarına karşı iptal davası açılmayacaktır. Böyle mi olsun? Bizler bu utanmazlıklara âlet mi olalım? Bize düşen, sömürüyü engelleyecek çözümleri düşünüp önermektir; vicdanımızın huzurunu ve saygınlığımızı korumanın kaçınılmaz gereği budur. İşte bu inançla, m. 443’e, f. II bent b’de mahkemenin iptal sebebi dayanağı edineceği haller arasına konup orada alt bent 2’de “Kararın

kamu düzenine aykırı olduğu” diye pek dar bir çerçeveye sıkıştırılmış kuralın şöyle yazılmasını öneriyorum:

Kararda maddî hukuka aykırı çözüm benimsendiği

Tabii ki bu önerim kabul edilirse, gerekçenin uygun içerikle değiştirilmesi gerekecektir.

#### IV. Yukarıdaki 62 değerlendirmenin, içerikleri yönünden dökümü

Görüldüğü üzere, Tasarının 455 maddesiyle ilgili olarak, bazıları aynı madde içinde olmak üzere 62 yerde “takıldım”. Ancak, bu “takılma”ları ifade eden 62 tane, sevgili hocam İlhan Postacıoğlu’nun kullandığı deyimle, remarque’larımdan 33 tanesi (No. 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, 39, 40, 43, 45, 48, 49, 50, 55, 57, 58, 60), sırf dil konusunda var olduğu kanısına vardığım bazı düzeltme gerekliliklerine, gerekçede düşünülmüş bir ifade hatasına veya da kuralın orada değil şurada yer almasının daha doğru olduğuna değinen, yahut birkaç yerde her nasılsa yapılmış yazım yanlışlarına, kelime eksikliklerine değinen içeriktedir; öze ilişkin herhangi bir değerlendirme ve eleştiri içermiyorlar. 62 remarque’tan 2 tanesi (No. 5, 53), yapılmak istenen değişikliğin özellikle alkışlanması gerektiğine değiniyor; *yerinde ve doğru olan değişiklik önerilerinin her birini belirtmeye gerek görmedim*. Buna karşılık, yerinde ve doğru saymadığım değişikliklere yahut eksikliklere daima değinmeğe çalıştım ve 62 remarque’tan 27 tanesi (No. 1, 2, 3, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 23, 32, 33, 34, 38, 41, 42, 44, 46, 47, 51, 53, 54, 56, 59, 61, 62) bu içeriktedir. 455 madde içinde binlerce kural içeren bir yasa metninde, var olan hukuk kurallarına göre en azından yüzlerce küçük büyük orta boy değişiklik yapılırken bir usul hukuku uzmanının özenle her kuralı gözden geçirerek yaptığı değerlendirme incelemesinde sadece bu kadar yerde öze ilişkin eleştiri belirtmiş olması, ortaya konan eserin başarısının açık bir göstergesidir. Değerli meslekdaşlarımı bir kez daha kutluyorum.



## EK

**TASARIYA SOKUŞTURULMAK İSTENEN “SÖZLEŞME  
BATIL DA OLSA İÇERDİĞİ TAHKİM ŞARTI GEÇERLİ KALIR”  
KURALININ DIŞ DAYATMA DEĞİL İÇ DAYATMA ÜRÜNÜ  
OLDUĞU**

Yukarıda dn. 1’de sözü edilen toplantıya gidince orada aldığım, “Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Çalışma Grubu tarafından hazırlanan Türk Tahkim Kanunu Taslağı” metnini (bu tasarı önerisini tartışmak üzere adı geçen Enstitünün düzenleyeceği “Türk İç Tahkim Hukukunda Yeni Yasa Önerileri Sempozyumu” hakkında bilgi veren bröşürde) gördüm ki, HMK Tasarısı taslağına sokuşturulan bu akıl almaz kural, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün hazırlattığı o öneride bulunan m. 6 f. IV’den alınmıştır ve söz konusu fıkra, “Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı ... itirazında bulunulamaz” demektir! Yâni, tam tahmin ettiğim üzere, egemen devletler’in en önde gidene, insanların önüne bir metin sürüp “önce şunu imzala bakalım” uygulamasının padişahları bankaların baskısıyla o kural huku-kumuza sokuşturulmak istenmektedir.

Bizim toplantıda, HMK Tasarısı taslağını hazırlayan (ve ne yazık ki o akıl almaz kurala da metinde yer verebilen) komisyonun başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, toplantı bitiminde vedalaşırken yaptığımız ayakküstü konuşmada, bu kuralın “model kanun”da bulunduğunu ve uluslararası toplum’un bize de onu aynen almak konusunda mecburiyet yüklediğini söylemişti. Ancak, konuşmamızın kısalığı yüzünden şunu söyleyememiş olmalı: “model kanun”un sistemi tasarı taslağındaki gibi değildir ve tasarı taslağındaki kural, BTHAE’nün hazırlattığı metinde bulunan, biraz yukarıda aktardığımız maddeye uymaktadır.

Şimdi, büyük önemi dolayısıyla, bu “model kanun” konusuna eğilelim. Kastedilen, BM örgütünün kısaca UNCITRAL diye anılan bir birimince hazırlanan bir yasa önerisidir. Bu metin hakkında Türkiyede de pek çok yayın vardır; bunlardan birinde (Prof.Dr. Mahmut T. Birsal/Alı Cem Budak, Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Tahkim Örneği, BTHAE’nün Ankara’da 1997’de yayınladığı “Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?” adlı kitapta c. I’de s. 171

vd.'da yer alan "Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği" başlıklı yazıda, s. 201-202) şu açıklamaları buluyoruz:

UNCITRAL Kanun Örneği'nin amacı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, millî mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir. Devletler, UNCITRAL Kanun Örneği'ni ... bir bütün olarak iktibas edebilecekleri gibi, kısmen veya çeşitli değişikliklere tâbi tutarak da kullanabilirler.

Kanun örneği, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) nezdinde kurulan bir çalışma grubu tarafından hazırlanmış ve UNCITRAL'in 21 Haziran 1985 tarihli toplantısında kabul edilmiştir.

Buna göre, ilk tesbitimiz şu oluyor ki, ortada bir zorlama, mecbur etme yoktur; ortada sadece öğütlenen bir metin vardır, bunun aynen yasalaştırılması diye bir zorlama şöyle dursun talep karşısında bile değiliz.

İkinci tesbitimiz de şudur: "Sözleşmenin geçersiz olması hâlinde bile orada yer alan tahkim şartı geçerli kalır" içeriğinde bir kural, UNCITRAL metninde yoktur. Orada m. 16'da, çok farklı ve çok daha ılımlı bir sistem öğütleniyor. Oradaki sistemde, ortada geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartı olup olmadığına *ilk kademede hakem veya hakemler; ama nihaî aşamada mahkeme* karar vermektedir. Tuhaf görünen şudur ki, hakemler, tahkim şartını içeren sözleşmenin geçersizliğini tesbit etseler bile, kendilerine yetki sağlayan tahkim şartı bu ikrardan etkilenmeyecektir yani yine de esas hakkında hakem sıfatıyla karar vereceklerdir. Ama, dikkat edelim, hakem kurulunun kendi yetkisini kabullenip ona göre karar vermesi hâlinde taraflardan her biri belli süre içinde *mahkemeye başvurup o konu hakkında karar vermesini* talep edebilmektedir. Demek ki, *hakemin, sözleşme geçersizdir ama içindeki tahkim şartı ayakta kalmıştır ve uyuşmazlık mahkemelik değil hakemliktir* diyen kararını *mahkeme bozabilecektir*. Gerçekten, m. 16 f. III aynen şöyledir: "Tahkim mahkemesi, ikinci fıkrada belirtilen itirazı bir ön sorun olarak veya esasa ilişkin kararında karara bağlar. *Tahkim mahkemesinin konuyu ön sorun olarak inceleyip yetkili olduğu doğrultusunda karar vermesi hâlinde, taraflardan her biri, bu kararı aldığı tarihi izleyen 30 gün içinde, 6 ncı maddede belirtilen mahkemeden bu konu hakkında karar vermesini talep edebilir.* Mahkemenin kararı temyiz edilemez. Böyle bir

talep hakkındaki dava görülürken, tahkim mahkemesi tahkime devam edip hakem kararı verebilir.

Üçüncü tesbitimiz de şudur: Avrupa Birliğinin hazırlattığı model kanun, UNCITRAL model kanunu'nun tahkimle ilgili sistemini kabul etmiyor, onlara yer vermiyor, bir yollamada yahut onların kabul edilmesi tavsiyesinde de bulunmuyor! Gerçekten, Pekcanitez/ Yeşilova'nın "Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel'e Armağan"da (İzmir 2001) s. 335-367'de yayınlanan "Avrupa Medenî Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi" başlıklı yazısının bu başlığında adı geçen taslağın metni de, o yazı içinde verilmiştir. Bu metin, kendi içinde 14.1, 14.2 gibi bölümlere ayrılan (onların da bazısı alt bölümlere ayrılmaktadır) 14 maddeden ibarettir; bunun hakkında Pekcanitez/Yeşilova şu bilgiyi veriyorlar:

Holanda'nın Utrecht kentinde 1987 yılında yapılan 8. Uluslararası Usul Hukuku Kongresi'nde, Avrupa Birliği'ne dahil üye ülkelerin hukukçuları, özel bir çalışma grubu oluşturdular. Belçikalı Profesör Marcel başkanlığındaki, üye 12 devletin temsilcilerinden oluşan çalışma grubu, 1988 yılında çalışmanın ana hatlarını ve *ortak bir Avrupa Usul Kanunu'nun gerekliliğini* tesbit etti. Söz konusu çalışma grubu, 1992 yılında bir model kanun ve verilen ek süreyle 1993 yılında da bu kanunun madde gerekçelerini hazırladı. ... Bazı konulara ilişkin model kanun'da hüküm bulunmamaktadır. ... Tahkim, fiil ehliyeti .... konuları da düzenlenmiş değildir.

Şimdi, düşünelim. Ortada uluslararası bir dayatmanın izi eseri yok ama, diyelim ki öyle bir zorlama bulunsun. Türkiye Cumhuriyeti, tarihi boyunca, anayasal bir ilke olarak, devletin halkçılığı ilkesine bağlı kalmıştır ve bugün de aynı ilke anayasamızdaki "sosyal devlet" ilkesi olarak geçerliliğini sürdürmektedir. Oysa, hiç kuşku götürmez ki bu ilkenin en başta gelen gereklerinden biri, halkın, yabancı ya da yerli, sömürücü devlere karşı korunmasıdır. Tüketiciyi Koruma Kanunu gibi kanunlar bu nedenle çıkarılıyor. Ekonomi devlerinin, insanlar önüne süreceği ve imzalatacağı bir sözleşme içinde, sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili olarak uyumsuzluk çıkarsa o uyumsuzluğu çözümlemesi için *devletin mahkemesine gidilmeyeceği ve ekonomi devinin kendi işine gelen bir hakeme yahut hakem kuruluna gitmenin zorunlu olacağı* yolundaki kuralların geçerli sayılmasını, Pekcanitez başkanlığındaki komisyonun yetki sözleşmeleri

konusunda çok isabetli teşhis ve tutumla yaptığı gibi, kabul etmemesi gerekirken burada tam tersine çok daha ağır sonuçları olabilecek hakem şartlarının geçerli sayılması; hele hele, bununla da yetinilmeyerek, sözleşmenin kendisinin batıl olması hâlinde dahi onun içindeki, onun bir parçası olan hakem şartının geçerli olacağı yolunda bir inanılmaz kurala yer verilmesi, hangi mantığa, hangi vicdana hizmet eder? “Uluslar arası toplum” bizi bu doğrultuda zorluyormuş. O “uluslar arası toplum” bize Sèvres’de de kendi isteklerini dayatmağa kalktı. Şimdi de, tiksintiyle gördüğümüz haritalar yayınlayıp, bize yine kendi isteklerini dayatmanın hazırlığı içindedirler. Atatürk Türkiye’si, geçmişte bu tür utanmazca dayatmalara başarıyla göğüs gerdi ve şimdi de aynı yeni dayatmalarla karşılaşsa bile (ki asıl konumuz yönünden, Prof. Dr. Pekcanitez’in endişesine rağmen, öyle bir dayatmanın emaresini göremiyoruz) aynı direnişi gösterecektir, göstermelidir. Onların dayatmalarının, isteklerinin, utanmazlıklarının, hepimiz görmekteyiz ki, sonu yoktur. Atatürk Türkiye’si, tek yol gösterici olarak bilimi ve akli kabul ettiği için, hukukunda, Kur’anın açık ifadelerine hatta emirlerine uymayan nice kurala yarım yüzyıldan beri yer vermektedir; üç beş devletin güdümündeki BM örgütünün hazırlattığı “model yasa”, Kur’andan daha mukaddes bir metin midir ki orada yer verilseydi bir vicdansızlık başyapıtı kurala bizim de iç hukukumuzda aynen yer vermemiz gerekli olsun? Siyasetçilerden hiç umudum yok, biliyorum ki onların tutumu dıştaki, içteki devlerin her isteğine boyun eğiciliktir; ama ben meslekdaşım bilim adamlarının genç kuşağına sesleniyorum: halkımıza sahip çıkmakta, devletimizin bağımsızlığına ve haysiyetine sahip çıkmakta Atatürk yolunu izlemekten geri durmayın, bize dışarıdan dayatılmak istenecek bile olsa bu kuralı tasarıdan çıkarın, onu yeniden oraya koymanın utancını işbirlikçilere bırakın.

Sayın Pekcanitez, vedalaşma konuşmamızda yine ayak üstü, “Tahkim sürecini yokuşa sürmek isteyen tahkim davalılarının, içinde tahkim şartının yer aldığı sözleşme hakkında geçersizlik iddiasını öne sürüp mahkemeye gidivermesiyle, anlaşmazlığın hakemlere intikalini ve hakemlerce hükme bağlanmasının geciktirildiği oluyor; bu nedenle tasarıdaki maddeye ihtiyaç vardır” demişti. Daha derin düşününce bu gerekçenin ne kadar abes olduğunu farkedeceğinden eminim. Çünkü istisnasız her yasal savunma dayanağı, aslı astarı yokken, davayı uzatmak amacıyla öne sürülüp kötüye kullanılabilir; örneğin borçlu, tamamen uydurma bir

karşı alacak iddiasında bulunup takas hakkını kullandığını belirterek o nedenle alacak davasının reddini isteyebilir ve uydurma alacak iddiasının tahkikat işlemleri süresince davayı geciktirebilir. Böyle kötüye kullanılma olanağı vardır diye bütün savunma olanaklarını hukuktan çıkaracak mıyız? Çıkaramıyacağımız ortadadır. O halde, hakem şartı içeren bir sözleşmeye taraf olmuş kişinin, kesinlikle haklı olabilecek, "Sözleşme batıldır, dolayısıyla onun içindeki tahkim şartı maddesi de batıldır" savunmasını öne sürmek olanağını niçin ondan gasbedeceksiniz, hak hukuk duygusunun ırzına geçeceksiniz? Bir hukuk devletinde böyle kural olabilir mi? Tasarıya konmak istenen o kural gerçekten yasada yer alırsa, o kurala karşı Anayasa Mahkemesine başvuracak vicdan sahibi hiçbir hakim çıkmayacak mı, Anayasa Mahkemesi o kuralı iptal etmeyecek mi ?

Böyle iken, o kuralın HMK Tasarısı taslağında yer alabilmesi, bir daha söyleyeyim, Tasarayı hazırlayanların genel planda gösterdiği başarının hak kazandırdığı saygınlığı pek şiddetle zedeleyecek, hatta hiç'e indirgeyebilecek bir haldir. Değerli meslekdaşlarım bir an önce, o tasarı maddesine yandaş olmanın sakıncalarını görüp imzalarını onun altından çektiklerini açıklamalıdır.

## HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU (HMK) TASARISIYLA ŞİMDİKİ HUKUK KURALLARINA GETİRİLMEK İSTENEN DEĞİŞİKLİKLERİN BAŞLICALARI

Prof. Dr. Bilge UMAR\*

### I. Çalışmaların şimdiki durumu hakkında çok kısa bilgi

Değerli meslekdaşımız -kendisinin akademik mesleğe DEÜHF'nde adım atışında girdiği, o zaman başkanı bulunduğum kürsüde sonradan hayr ül halef'im ve Fakülte Dekanı olmasıyla övünç duyduğum- Prof. Dr. Hakan Pekcanitez başkanlığındaki komisyonun Adalet Bakanlığınca görevlendirilerek hazırladığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (bundan sonra kısaca HMK) Tasarısına son şeklini veren toplantı 18.5.2006'da yapıldı. Metin Adalet Bakanlığı'nın İnternet'teki Web sitesinde Kanunlar Dairesi bölümünde yayınlandı ve ben de oradan yazımını çıkartarak bu metni inceledim. Bilindiği gibi bu metin TBMM'ne gönderilme sonrasında orada da komisyon incelemesinden geçip sonra genel kurula gidecek ve genel kurulda müzakeresi yapıлып, güçlü olasılıkla (İİK değişikliklerinde gördüğümüz üzere) bankalar gibi süper güç odaklarının telkin ve istekleri doğrultusunda birtakım değişiklikler geçirdikten sonra büründüğü içerikle yürürlüğe konacaktır.

Önümüzdeki metin, 12 puntoluk Times New Roman karakterleriyle yazıcıdan çıkmış hâliyle, 96 sayfa tutuyor; buna s. 97-108 olarak 12 sayfalık bir "Genel Gerekçe", sonra s. 109-234 olarak 125 sayfalık bir "Madde gerekçeleri" bölümü eklenmiştir. Genel Gerekçe bölümünde, yeni bir usul kanunu tasarısının hazırlanmasının sebepleri, tasarının ha-

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

zırlanmasında esas alınan ilkeler, komisyonun oluşumu, yararlanılan kaynaklar, tasarısı ile getirilen yenilikler (genel bakışla) anlatılmıştır.

Tasarıda öngörülen yeniliklerden bazıları TBMM'deki çalışma aşamalarında kaldırılacak mıdır ve öyle olacaksa hangileri kaldırılacaktır, keza bunlara bazı yenilikler eklenecek midir ve öyle olacaksa ne gibi yenilikler eklenecektir, şimdiden bilinemez. Yine de, tasarının öngördüğü değişiklikler hakkında hukukçular toplumunu ve hukukçu adaylarını yâni hukuk öğrencilerini, bu arada Fakültemdeki sevgili öğrencilerimi bilgilendirmekte yarar olacağını düşünerek, Fakültemiz dergisinde yayınlanmak üzere, okumakta olduğunuz yazıyı hazırladım.

## II. Başlıca yenilikler

1. HUMK m. 2, istem para dışında birşey idiyse, görevli mahkemeyi belirlemek için onun değeri hakkında davacının beyanına bakılacağını, ancak *karşı taraf bu bildirimde itiraz ederse o zaman mahkemenin değer takdirine gideceğini* söyler. Kuru hocamız maddenin lâfzen anlaşılıp uygulanmasını şiddetle eleştirir ve görev konusunda taraflar sözleşme yapamayacağına göre davalının değer konusunda susmakla, bildirilen değere itiraz etmemekle görevsiz mahkemeyi görevli hâle getiremeyeceği görüşünü savunur. Oysa yasada açık açık "iki taraf kıymetinde uzlaşmazlarsa" deyişi vardır. Tasarı (m. 2 f. IV) şimdi bu deyişi kaldırıyor ve "*dava konusunun değerini mahkeme kendiliğinden tespit eder*" diyor.

2. HUMK m. 4 f. I ve II'deki, alacağın bir kısmı için dâva açıldığında, görevli mahkemeyi belirlemek için, alacağın tamamı münazaalı ise bütünü tutarına bakılır içeriğindeki kural değiştiriliyor ve Tasarı m. 5, *münazaalı olsa da olmasa da alacağın tamamına bakılacağı* kuralını getiriyor.

3. HUMK m. 8 f. II bent 1'de Sulh Hukuk Mahkemesinin görevine verilen, kira sözleşmesiyle ilgili davaların kapsamı genişletiliyor ve Tasarı m. 8 f. b bent 1'de, "*kiraya ilişkin mevzuatın uygulanmasından kaynaklanan tüm uyumsuzlukları konu alan davaları*" deniyor.

4. HUMK m. 9 f. I'deki, "...Davalının ikametgahı belli değilse; davaya *Türkiye'de son defa oturduğu yer* mahkemesinde bakılır" kuralı yerine, tasarıda m. 14, "*Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin*

*bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, bir malvarlığına ilişkin dava, ihtilâf konusu malvarlığının bulunduğu yerde de açılabilir”* diyor.

5. Sözleşmeden doğan bir davanın, o sözleşmenin vaktiyle yapılmış olduğu yer mahkemesinde açılabilmesi için HUMK m. 10’un aradığı *“müddeialehy veya vekili dava zamanında orada bulunmak şartıyla”* kaydı kaldırılıyor; tasarıda m. 15 bu şartı aramıyor.

6. Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkili olmasına ilişkin HUMK m. 21 kuralı genişletiliyor: Tasarıda m. 21, *“Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir”* diyor.

7. Tasarıda m. 22 ve m. 23, *yetki sözleşmesiyle ilgili HUMK m. 22 kuralında çok önemli değişiklik* yapıyor. Madde 22’ye göre, *“Tâcirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi tararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemede açılır”*. Madde 23’e göre de, *“Tâcirler ile kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, kanunen yetkili kılınan genel ve özel yetkili mahkemeler yanında başka bir mahkemeyi de yetkili kılabilirler”*. Bu ifadelere göre, önce, yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerin çerçevesi sınırlanıyor; çünkü m. 22’ye göre tacirler, kendi aralarında; kamu tüzel kişileri kendi aralarında; bir tâcir ile bir kamu tüzel kişisi, kendi aralarında; ayrıca m. 23’e göre de ne tâcir ne kamu tüzel kişisi olan kişiler, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilecek; ama dikkat edilirse bu sonuncularla bir tâcir veya bir kamu tüzel kişi arasında yetki sözleşmesi yapılamayacak. Gerekçede, tâcirlerle kamu tüzel kişileri güçlü oldukları, sözleşmelerde diledikleri koşulları tâcir yahut kamu tüzel kişisi olmayan muhataplarına kabul ettirdikleri için bu sonuncuları korumak amacıyla böyle bir düzenleme yapıldığı açıkça söyleniyor (böyle iken gerekçede bir ifade yanlısına düşülmüştür, bkz. HMK Tasarısına Katkı yazımızda No. 5). İkinci olarak da, bugünkü yasamızın sisteminde m. 22 yetki sözleşmesi yapmakla *ancak yetkili olmayan mahkemeye yetki kazandırıcı içerikte* sözleşme yapılacağını ve dava orada açılırsa o mahkemenin yetkisizlik kararı veremeyeceğini söylediği, yani yasaya göre yetkili bir



mahkemenin yetkisini kaldırıcı sözleşme yapılmasına olanak tanınmadığı, uygulamamız da yıllardır bu doğrultuda olduğu halde, tacirlerin kendi aralarında veya kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında veya bir tacirle bir kamu tüzel kişisi arasında yapılacak yetki sözleşmesinin, taraflarca aksi kararlaştırılmış değilse, belirlenen mahkemeye inhisarî yetki vereceğini yani yasadaki yetkili mahkemenin veya mahkemelerin yetkisini kaldıracağını söylüyor. Oysa m. 23’de düzenlenen faraziyede yâni ne tâcir ne de kamu tüzel kişisi olan kişilerin kendi aralarında yaptığı yetki sözleşmesi için böyle bir sonuç ve etki kabul edilmemiştir.

Değişikliğin önemi ortadadır.

8 ve 9. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesinden sonra yapılacak işlem konusunda HUMK m. 193’de iki yönden değişiklik yapılıyor. Tasarıda m. 26’ya göre, davası böylece reddedilen davacı, artık, dilerse kararı veren mahkemeye dilerse dosyanın gönderileceği mahkemeye dilekçe vererek davasını o yeni mahkemede devam ettirmek olanağına sahip değildir; dilekçesini sadece ve sadece, *kararı vermiş mahkemeye* sunabilir. İkinci olarak, bunu artık kararın kesinleşmesinden başlayarak 10 gün içinde değil *15 gün içinde* yapabilecektir.

10. Tasarıda m. 33 tümüyle yenidir; bununla, “en temel yargısal hak olarak kabul edilen ve uluslararası sözleşmelerle anayasalarda yerini bulan hukukî dinlenilme hakkı, tüm unsurlarıyla ortaya konulmuştur”.

11. HUMK m. 149 f. III, “Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar açık duruşmada açıklanır” diyor. Tasarıda m. 34 f. III ise, gizliliğin amacının ortadan kalkmaması için, *gizlilik kararı gerekçesinin hemen değil de esas hakkındaki kararla birlikte açıklanmasını* kabul ediyor.

12. Tasarıda m. 35, TMK m. 2’deki dürüstlük ilkesinin dâva süreci içinde de geçerli olduğunu vurguladıktan başka, buna uyulmamasının yaptırımlarından biri, gerekçede belirtiliyor: “Doğruyu söyleme ödevi, hem yazılı hem de sözlü beyan ve açıklamalar için geçerlidir. Bu ödevi aykırılık hâlinde *beyanlar mahkemeye dikkate alınmayacak* ve değerlendirilmeyecektir”.

13. HUMK m. 28, hâkimin taraflardan biriyle nişanlı olmasını bir yasaklılık nedeni olarak anmamıştır, bu ancak m. 29 bent 6 kapsamında

bir red sebebidir. *Tasarıda m. 40 ise nişanlılığı yasaklanmışlık nedeni sayıyor.*

14. HUMK m. 30, iki tarafın yazılı rızası bulunduğu, hakkında yasaklanmışlık nedeni olan hâkimin davaya bakabileceğini söyler; bu kural Tasarı m. 41'de kaldırılmıştır yâni  *taraflar yazıyla razı olsalar hatta talep etseler bile yasaklılık durumu olan hâkim davaya bakamayacaktır.*

15. HUMK m. 34 f. V'deki, red sebebinin kanıtlanması için yazılı kanıt sunulamamış diye, inceleme merciinin red talebini hemen reddetmek veya gösterilen tanıkları dinleyerek karara varmak seçeneği bulunduğu yolundaki kural, Tasarıda m. 44'de yer almamaktadır. Mercî, *yazılı kanıt sunulamamış olsa da incelemesini yapacaktır.*

16. *Tasarıda m. 52 gerçek bir devrim kuralıdır ve hâkimin kusurlu davranışlarından dolayı sadece kendisinin pek sınırlı bir çerçeve içinde sorumlu tutulabileceği ilkesini (HUMK m. 573) nihayet kaldırarak devlete karşı tazminat açılabilmesi kuralını getirmektedir.* Bu konu, Tasarıda hayli ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aslında, Yargıtayın HUMK m. 573'ü, sadece hâkime karşı dava açılmasına imkân veriyor ve devletin dava edilmesini yasaklıyormuş gibi yorumlayan bazı kararlarına rağmen bu görüşün yanlış olduğu; Anayasamızın ve İdare Hukukumuzun ilkeleri karşısında devlete karşı da birinci dereceden sorumluluk davası açılabilmesi (yâni hakim dava edilip de ondan tazminat alınması yolunda karar elde eden mağdur kişi yaptığı icra takibinde alacağını tahsil edemezse tahsil edilemeyen kısım için devleti dava etmesi gerekir diye bir ikinci kademedede sorumluluk kabul etmenin de doğru olmayacağı) öğretide yakın zamanda, hatta monografi türü yayınla, çok ayrıntılı olarak ortaya konmuştu.

17. Dâvanın ihbarına ilişkin HUMK m. 49 yalnızca, dava tarafı kişinin davayı kaybederse bir üçüncü kişiye rücu edebileceği durum varsa o kişiye ihbarda bulunmasını düzenlemekte iken, tasarıda m. 67 f. I, *üçüncü kişinin dava tarafına rücu edebileceği durumda dahi* dava tarafının ona (üçüncü kişiye) davayı ihbar edebileceğini belirtmektedir.

18. HUMK m. 49 f. II'ye göre, "Dâvanın her hâlinde ihbar câizdir"; tasarıda m. 67 f. I ise, *tahkikat sonuçlanıncaya kadar* ihbarın yapılmasına izin vermektedir.

19. HUMK m. 49, davanın ihbar edildiği kişinin, *ihbarı yapan tarafın hasmı yanında* ona yardımcı olmak için davaya müdahale edemeyeceği izlenimini uyandıran bir ifade kullanmaktadır. Oysa hasım taraf yanında müdahil olmakta üçüncü kişinin çıkarı varsa bu kişi kendisine ihbarda bulunulmadan önce veya sonra HUMK m. 53 uyarınca böyle bir müdahale yapabilir. Bu nedenle tasarıda m. 69, biraz bozuk ifadeyle, “Kendisine dava ihbar edilen kişi, *davayı kazanmasında hukukî yararı olan taraf yanında* davaya katılabilir” demekte, “ihbar edenin yanında davaya katılabilir” demekten geri durmaktadır. İfadedeki yanlışlık şuradadır ki, davadaki *her iki tarafın* o davayı kazanmakta elbette hukuksal yararı vardır. Bu yanlış ifadenin tasarıda m. 72’de de kullanıldığını görüyoruz. Her iki yerde, “...kişi, davayı kazanmasında *kendi* hukukî yararının bulunduğu taraf yanında...” denmeliydi.

20. HUMK m. 49 düzenlemesinde, ihbarda bulunan, üçüncü kişiye, “*makamına kaim olarak davayı takip veya davada üçüncü şahıs [yâni, fer’i müdahil] olarak kendisine iltihak etmesi lüzumunu*” bildirir. Tasarı m. 69 düzenlemesinde ise üçüncü kişinin sâdece onun yanında veya hasımın yanında *fer’i müdahil olabilmek* yahut dava dışında kalmak seçenekleri vardır. Onun avukatıymış gibi onun iradî temsilcisi olmak yetkisi yoktur.

21. Tasarıda m. 70, dâvanın bir üçüncü kişiye *hâkim tarafından re’sen ihbar edilmesine* de olanak tanımaktadır.

22. Aslî müdahale, HUMK’da düzenlenmiş değildi; Tasarıda m. 71 bu eksikliği gidermektedir.

23. Tasarıda m. 75, fer’i müdahalenin etkisini, daha doğrusu üçüncü kişinin fer’i müdahil olarak katıldığı davadaki hükmün fer’i müdahile etkisini düzenlemektedir.

24. Ancak, bu arada, HUMK m. 57 cümle 3’deki, “mahkeme iltihak olunan tarafla müdahil arasında tahaddüs edecek hakkı rücu davasını birlikte halledebilir” kuralı (kaynak yasada, 1925 tarihli CPCN m. 52’de yoktu) tasarıya alınmamıştır; niçin bu yola gidildiği de gerekçede belirtilmiş değildir.

25. Bazı hukuk dâvalarında kendisine görev verilen Cumhuriyet Savcısı’nın (örneğin bkz. TMK m. 146 f. I: “[Evlilikte] Mutlak butlan dâvası, Cumhuriyet Savcısı tarafından re’sen açılır”; TMK m. 298 f. I:

“Ana, çocuk ve çocuğun ölümü hâlinde altsoyu, Cumhuriyet Savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanınmanın iptalini dâva edebilirler”) “hukuk davalarındaki görevlerinin niteliğini ve temelini açıklığa kavuşturmak için, taraf olduklarının [Tasarıda m. 76’da] açıkça belirtilmesine gerek duyulmuştur” (Gerekçeden).

26. Tasarıdaki diğer bir devrim kuralı da, “Avukat ile temsil zorunluluğu” başlıklı m. 77’dir. Buna göre, Sulh Hukuk, İş ve Kadastro Mahkemelerindeki davalar ile değeri 50 000 YTL’den az olan diğer davalar dışındaki bütün davalarda, davacının/davacıların ve davalının/davalıların kendini yahut kendilerini *bir avukatla temsil ettirmeleri zorunlu* olmaktadır.

27. Tasarıdaki m. 90 da çok önemli değişiklikler getiriyor. Bu maddeye göre, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı Türkiye’de dava açarken, davacı yanında fer’i müdahil olurken veya icra dairesinde icra tâkibi yaptırırken teminat göstermek zorundadır ve bu zorunluluğun yerine getirilmesi *re’sen istenecek, gözetilecektir* (HUMK m. 187 bent 1’deki ilk itiraz, kaldırılmaktadır). Tasarıda m. 91, 119 bent 3 ve m. 121 de artık teminat gösterme zorunluluğunun bir ilk itiraz nedeni değil bir dâva şartı olduğunu belirtir içeriktedir.

Bu maddenin “Türkiye’de mutad meskeni olmak-olmamak” ölçütünü benimsemesi doğru olmamıştır; bu konuda “HMK Tasarisına Katkı” yazımıza bkz.

28. Tasarıdaki m. 90’ın getirdiği önemli değişikliklerden biri de, yukarıda No. 27 dikkatle okunmuşsa farkedilmiş olacağı üzere, Türkiye’de *icra tâkibi yaptırılırken de* teminat gösterme yükümlülüğünün kabulüdür.

29. Tasarıdaki m. 90 ile, gerekçeden aktaralım, “teminat gösterme zorunluluğu doğuran haller arasına, ... davacının daha önceden iflâsına karar verilmiş, hakkında konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemededen aciz belgesinin varlığı gibi ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerin varlığı hâli de eklenmiştir”.

30. Tasarıda m. 94, hâkim tarafından belirlenen süre içinde *teminatın gösterilmemesi hâlinde, davanın usulden reddedileceğini* belirt-

mektedir. Böylece, HUMK m. 99'daki, teminat vermeyen kişi duruşmada hazır bulunmamış sayılır diyen kuralın öngördüğü tuhaf ve etkisiz yaptırım tarihe karışmaktadır.

31. Tasarıda m. 102, eski hâle getirme isteminde bulunma süresini (HUMK m. 168'de 10 gün) 15 güne çıkarmaktadır.

32. Tasarıda m. 103, eski hale getirme isteminde bulunulurken, daha önce yapılamamış işlemin de o sırada (eski hale getirme istemini öne sürme süresi içinde) yapılmasını istemektedir; böylece o işlemin yapılması için süre istenip verilmesinin getireceği zaman kaybını önlemek amacı güdülmüştür.

33. Tasarıda m. 105, eski hâle getirme istemekle yetinmeyip bir de bu istemi nedeniyle yargılamanın ertelenmesi yahut hükmün icrasının ertelenmesi yolunda karar verilmesini isteyen dava tarafı devlet idiyse onun teminat göstermek yükümlülüğünden başışık sayılacağı yolundaki HUMK m. 171 cümle 3 kuralını kaldırmaktadır. Bunu ve HUMK m. 171 cümle 3'ün yollama yaptığı HUMK m. 110 cümle 2'deki benzer başışıklık kuralının dahi (ileride göreceğimiz üzere, tasarıda m. 396'da) kaldırılmasını doğru bulmuyorum. Bu konuya "HMK Tasarisına Katkı" yazımda değindim.

34. Tasarıda m. 109'un yeni içeriğiyle, *Sulh Hukuk Mahkemelelerinde görülen işler, adli tatilde görülebilecek işler olmaktan (HUMK m. 176 bent 10) çıkarılmıştır.*

35. Tasarıda m. 114, kısmî dava konusunda önemli bir yenilik getiriyor: Alacak tutarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda, alacaklı, kısmî dava açamayacaktır. Şimdiki HUMK m. 204-206'daki sınırlamalar içinde böyle bir kural yoktur.

36. Tasarıda m. 115, Yargıtayımızın yerleştirdiği çok haksız bir uygulamaya son verecektir. Yeni kuralın açıkça belirttiği ve zaten hâlen de hukukumuzun genel kurallarının gereği olduğu üzere, kısmî dava açılırken, öne sürülen istem dışında kalan alacak bölümünü ayrı dava ile istemek hakkının saklı tutulduğunun kaydedilmemiş olması, o bölümden feragat edildiği anlamında yorumlanamayacak ve dolayısıyla kişinin saklı tuttuğunu belirtmeye asla mecbur olmadığı bakiye kısmı ayrıca dava etmesine, bundan feragat etmiş sayıldın diye, hukuken engel bulunduğu vehmedilemeyecektir

(Yargıtayın bu vehmi yansıtan görüşünün eleştirilmesi için bkz. YTÜ HF Dergisi c. I/1 s. 419-426'daki yazımızda s. 425-426).

37. Tasarıda m. 117, HUMK'da düzenlenmeyen, seçimlik borçların ifa ettirilmesi davası diye tanımlayabileceğimiz davayı düzenlemektedir. Ancak, bunun seçimlik dava diye adlandırılması pek doğru olmuyor; çünkü seçimlik olan dâva değildir, o davanın açılmasına yol açan borçtur; seçimlik borç davası dense daha uygundur. Dikkat edelim: alacaklının bu davayı isterse şu içerikte isterse bu içerikte açabilmek bakımından bir seçim olanağı yoktur.

38. Tasarıda m. 118, "Grup dâvası" başlığıyla, özel hukukumuzda yeni bir dâva türü getiriyor. Bu maddeye göre, "Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının veya temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için, dava açabilirler". Batı ülkeleri yargılama hukuklarının çoğunda kabul gören bu dâva türü, Türk İdare Hukukunda, İdare Mahkemelerimizin içtihatları ile, hayli zamandır yerleşmiş bulunmaktadır.

39. Tasarıda m. 119, dava şartlarını tek tek saymaktadır; HUMK'da böyle bir kural yoktu. Sözü geçen madde, bent 1'de, aynı konuda derdest bir davanın bulunmamasını dava şartları arasında saymakla, derdestliği ikinci kez aynı davanın açıldığı mahkemece re'sen gözetilmesi gereken bir dava şartı eksikliği niteliğine getirmektedir. Böylece, sözü edilen durum, HUMK m. 187 bent 4 ve m. 194 kurallarındaki düzenlemenin tersine, artık bir ilk itiraz konusu olmayacaktır.

40. Tasarıda m. 121, ilk itirazları tek tek saymış ve bunların sayısını üçe indirmiştir (yetki itirazı, işin tahkimlik olduğu itirazı, işbölümü itirazı).

41. Aynı madde, ilk itirazların "dâvanın bidayetinde/başlangıcında ve esasa girilmezden önce, *esasa cevap süresi içinde*" (HUMK m. 187 f. I, m. 188, m. 189 f. I) değil, *cevap dilekçesinde* öne sürülmesini istemektedir. Bu değişiklik yalnızca basit yargılama usulü bakımından önem taşıyor. Çünkü tasarı, sözlü yargılama usulünü kaldırmaktadır (o usulde davalı gerek ilk itirazlarını gerek esasa cevabını ilk duruşmada sözlü ola-

rak açıklayabiliyor; HUMK m. 478); seri yâni hızlandırılmış yargılama usulü dahi tasarıda kaldırılmakla birlikte o usulde zaten, sadece süreler yönünden kısaltmalar vardır (HUMK m.504, 505, 506); esasa cevabın ve ilk itirazların cevap süresi içinde cevap dilekçesiyle bildirilmesi gereği tıpkı yazılı usuldeki gibidir (HUMK m. 503). Basit yargılama usulünde ise durum farklıdır. Tasarı, bu yargılama usulünü muhafaza ediyor (m. 320-326); ancak, HUMK m. 509 ve 510 kurallarına göre, davalı, hâkim bir ara kararı ile esasa cevabın ve ilk itirazların yazılı olarak bildirilmesini istemiş olmadıkça, bu bildirim *ilk duruşmada sözlü olarak da* yapabileceği halde, Tasarı m. 323, kuralı değiştiriyor, *basit yargılama usulünde de cevap dilekçesi verilmesini* istiyor ve m. 122, yargılama usulü farkı gözetmeksizin, ilk itirazların cevap dilekçesinde bildirilmesini emrediyor.

42. HUMK m. 179 bent 6, cevap süresinin, davacı tarafından dava dilekçesinde gösterilmesini ve davalıya dava dilekçesi tebliğinin bu kayıtla yapılmasını buyurmaktadır. Öğretide ve mahkeme içtihatlarında - bildiğim kadarıyla, oybirliğiyle- benimsenen görüş; süreyi aslında HUMK m. 195 (şimdi, dava dilekçesi tebliğinden başlamak ve o gün HUMK m. 161 f. I gereğince sayılmamak üzere 10 gün olarak) belirlediği için, davacı dilekçede daha kısa bir süre yazmışsa bunun hükmü olmayacağı, davalının yine de yasal süre içinde cevap verebileceğini; ancak, davacı daha uzun süre bildirmişse davalının o daha uzun süre içinde cevap vermek hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Oysa davacının, yasa ile belirlenmiş bir süreyi uzatması geçerli olmamak gerekir. Bu nedenle tasarıda m. 127, süreyi *10 günden 15 güne* çıkarırken, “Davalının onbeş gün içinde davaya cevap verebileceği *tebliğ zarfında gösterilir*” demektedir.

43. Bugünkü uygulamamızda, davacının davalı tarafta, hasmının rızasıyla değişiklik yapabilmek şöyle dursun ıslah yoluyla dava dilekçesini yenileyerek bile bunu yapabilmesi kabul edilmemektedir. Tasarıda m. 129 ise, *hasmın rızası ile hasım değiştirmeye* (dikkat edelim, yalnız davalı taraftakini veya onlardan birini değil, keza davacı taraftakini veya o taraftakilerden birini dahi değiştirmeye) izin veriyor: “Bir davada taraf değişikliği ancak, karşı tarafın açık rızası ile mümkündür”.

44. Şimdiki HUMK m. 186 kuralı değiştirilmekte ve davacının dava konusu mal veya hakkı üçüncü kişiye temlik etmesi durumunda *yeni*

*malikin kendiliğinden mevcut davada davacı yerine geçebileceği yolunda* Yargıtayımızın, aslında uygun ve yerinde bir çözüm getirdiği teslim edilmekle birlikte HUMK m. 186'nın açık ifadesine uymuyor diye eleştirilen görüşü, Tasarı m. 130 f. II ile, kabul edilmektedir.

45. Cevap süresinin, tasarıdaki m. 132'de, 10 günden 15 güne çıkarıldığına yukarıda değinmiştik.

46. Davalının, yasal cevap süresi içinde esasa cevabını hazırlaması zor olacaksa kendisine mahkemenin yeni bir süre verebileceği yolundaki HUMK m. 197 kuralı o yeni sürenin en çok ne kadar olacağını söylemiyordu, bu konuda bir sınırlama yoktu. Tasarıda m. 132 yeni sürenin *bir ayı geçemeyeceğini* belirtmektedir.

47. Cevap süresi içinde mahkemeye başvurup da yeni süre istemek yetkisini kullanmış olmayan davalının ilk duruşmada yeni süre isteyebileceği ve kendisine 3 günü geçmemek ve kesin süre niteliğinde olmak üzere böyle bir süre verilebileceği yolundaki *HUMK m. 198 kuralını, tasarıda m. 132 kaldırmakta*, böyle bir imkân tanımamaktadır. Ancak, davalının yasal cevap süresi içinde cevabını hazırlayamaması ve ek süre de isteyememiş olması bir zorlayıcı nedenden ileri gelmiş idiyse, eski hâle getirme talebinde bulunmasına engel yoktur.

48. Tasarıdaki, sözünü etmekte olduğumuz, cevap süresine ilişkin m. 132, HUMK m. 195 f. II'nin, *dâvada Hazine Avukatı tarafından temsil edilen kamu kuruluşları için cevap süresini pek iltimash olarak 30 gün diye belirleyen kuralını, eşitlik ilkesine aykırı olması nedeniyle, kaldırmakta, benimsememektedir.*

49. Tasarıdaki m. 137, karşı dava açmanın yasal koşulları gerçekleşmediği halde bir davanın karşı dava olarak açılması durumunda yasaya aykırılığın ancak ilk itiraz öne sürülürse mahkemece göz önüne alınabileceği kuralını (HUMK m. 187 bent 8) benimsememekte; tersine, mahkemenin talep üzerine *yahut kendiliğinden* ayırma kararı verip, karşı dava olarak açılan davayı görevli ve yetkili mahkemeye (nedense yalnız "görevli mahkemeye" denmiş) göndereceği kuralını getirmektedir.

50. HUMK m. 203'e göre, karşı dâva, cevap lâyihası ile açılır. Tasarıda m. 138, davalının karşı davasını isterse böyle, isterse yine *cevap süresi içinde vereceği ayrı bir dilekçe ile* açabilmesini kabul etmektedir.



51. Cevap dilekçesi verme süresinin 10 günden 15 güne çıkarılmasına paralel olarak, o dilekçeye davacının verebileceği “cevaba cevap” dilekçesinin süresi de 15 güne çıkarılmıştır (Tasarıda m. 141).

52. Tasarıda m. 142, davaya, layihalar teatisi aşamasından sonra ve tahkikat aşamasının öncesinde, bir “ön inceleme” aşaması eklemektedir. Aslında o aşamada yapılacağı belirtilen incelemeleri hakim (toplu mahkemede tahkikat hakiminin) tahkikat aşaması başlarken yapmasına bugünkü yasamızda da hiçbir engel yoktur, hatta HUMK’daki çeşitli maddelerin arayışları o incelemenin o sırada yapılmasını gerektirir; ancak uygulamada pek çok kez böyle yapılmadığı ve bu yüzden işlerin karıştığı, uzadığı görülmektedir; bu nedenle m. 142 kuralının getirilmesi yerinde olmuştur.

53. Söz konusu maddede f. II gereğince, “Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için oturma günü verilemez” demektedir. Gereğince belirtildiği üzere, bu kural, eski alışkanlıkların sürdürülmesini kesinlikle engellemek amacıyla gütmektedir ve yasanın açık kuralına aykırı davranış, hâkimin sorumluluğunu gerektirecektir.

54. Dava temeli vakıalara ilişkin iddiaların, istemin ve savunma temeli vakıalara ilişkin iddiaların değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı (HUMK m. 185, 202) kaynak Neuchâtel yasasında (m. 160, 170) ve uygulamasında, bizdeki uygulamaya göre çok daha serttir. Kaynak yasa da tıpkı bizdeki gibi, hasmın rızası olmaksızın bu değiştirme ve genişletmenin yapılamayacağını söyler ve bizim uygulamamızda hasmın itirazda bulunmaması her ne hikmetse yapılan zımmen muvafakat verme sayıldığı, itiraz olmadıkça hâkim re’sen değiştirme ve genişletmeyi geçersiz saymadığı, keza (HUMK m. 75’deki ilke nedeniyle) itiraz olanağını hasma hatırlatmadığı halde Neuchâtel’deki yerleşik uygulama, hasmın açık rızası yokken yapılan değiştirme veya genişletmeyi mahkemenin re’sen geçersiz sayacağı yolundadır (örneğin Kanton Mahkemesinin 15.9.1971 günlü, RJN c. V, 1. Kısım, s. 138’de yayınlanmış kararı, genişletme yoluyla öne sürülen iddiayı re’sen geçersiz saymayan hükmü bozmuştur). Bizdeki uygulama, hasmın itiraz etmemesini zımmen razı olmak saydığı ve hâkimin genişletme ya da değiştirmeyi re’sen geçersiz saymasını kabul etmediği için, yasağı pek yumuşatmıştır. Şimdi de tasa-

rıda m. 144, yasağı bir diğer yönden yumuşatıyor: Lâyhalar teatisinden sonra ön inceleme duruşmasına çağrılan taraflardan biri bu duruşmaya gelmezse, kendisinin muvafakati olmasa da diğer tarafın iddia veya savunmasını genişletip değiştirmesi caizdir ve böyle olduğu, gönderilecek çağrı yazılarında belirtilecektir.

55. Yasağın bir diğer yönden de daha yumuşatılması, tasarıda m. 146'da görülüyor. Şimdiki sistemde, değiştirme ve genişletme yasağı, davacı için, dava açılmasıyla başlar, çünkü bu yasağın ortaya çıkması, "dâva ikamesi ile hâsıl olan neticeler"den biridir (HUMK m. 185). Davalı için ise, yasağın başlaması cevap lâyihasının davacıya tebliğ edilme ânında olur (HUMK m. 202). Dolayısıyla, dâvacı, cevaba cevap yazısında yalnızca davacının cevap lâyihasında söylediklerine cevap verebilir; kendi dava dilekçesindeki dava temeli vakıaları yahut istemi genişletemez, değiştiremez. Dâvalı dahi, ikinci cevap yazısında, kendisine davacı tarafından tebliğ ettirilen bu cevaba cevap yazısında söylenenlere cevap verir, kendi cevap layihasında öne sürülmüş savunma temeli vakia iddialarını değiştiremez, genişletemez. Oysa tasarıda m. 146'ya göre, bu ikinci lâyhaların teatisi aşamasında hasmın rızasına muhtaç olmadan, bir önceki yazıları içeriğine göre değiştirme veya genişletme niteliğinde iddialar öne sürebileceklerdir. Yukarıda No. 54'de değindiğimiz birinci yeni yumuşatma kuralı dahi bu m. 146'da (f. I cümle 2'de) yer alıyor: "Ön inceleme oturumuna taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir".

56. Ön inceleme aşamasında her iki taraf hazır bulunursa, üzerinde durduğumuz yasak bakımından, farklı bir çözüm vardır; bu takdirde, Neuchâtel'deki gibi, taraf ancak *hasmın açık rızası ile* iddia veya savunmasını değiştirebilir (tasarıda m. 146 f. I cümle 1, 2. yarım). Yâni, itiraz edilmemesini zımnî muvafakat sayıp genişletme veya değiştirmeye geçerlilik tanımak mümkün olamayacaktır.

57. Bunlara karşılık, *ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunmanın (hasmın muvafakatiyle dahi!) değiştirilemeyeceği*, tasarıdaki aynı m. 146'da, f. I cümle 3'de ifade edilmekle, yasak, ön inceleme sonrası aşamalarda, Neuchâtel'dekinden bile daha katı hâle getirilmektedir.

58. Tasarıda m. 147, yeni bir kural getiriyor: “Ön inceleme oturumu tamamlandıktan sonra, hâkim *tahkikata başlamadan önce*, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve defileri karara bağlar”. Gerekçede de belirtildiği üzere, uygulamada, öne sürülmüş zamanaşımı savunmasının öncelikle incelenmesini davalı borçlu ısrarla istediği halde hâkimin buna kulak tıkaması, davanın yıllarca sürmesi sonrasında konunun ele alınıp davanın zamanaşımından reddi gibi haller pek de az olmayarak görüldüğünden, boşuna zaman ve emek harcanmasını önlemek amacıyla yeni kural getirilmektedir.

59. Tarafların, dava sürecinin hangi aşamasında delillerini sunabilecekleri bugün de yasada belirtilmiştir (HUMK m. 179 bent 3, m. 180, m. 200 f. II, m. 218, m. 220, m. 244, m. 378). Buna rağmen uygulamada, tarafların, yasada belirtilmiş dava aşamasında veya mahkemenin ara kararı ile verilen süre içinde delil sunmakta her zaman titizlik gösterdikleri söylenemeyeceği gibi onların titizlik göstermemesine mahkemenin yasal yaptırımları uygulamadığı da görülebilmektedir. Bu hallere son vermek için, tasarıda m. 150 f. I cümle 1 kuralı getirilmiştir: “Taraflar, kanunda belirtilen süreden sonra yeni delil gösteremezler”. Maddede cümle 2, bu kurala iki istisna getiriyor: “Ancak yeni delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya [böyle: ve değil, veya] süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir”.

İki ayrı durumun iki ayrı istisna için temel sayılması doğru değildir; bu konuya “HMK Tasarısına Katkı” yazımızda değiniyoruz.

60. Tasarıda m. 154, içinde bulunduğumuz *teknoloji çağının gereklerine uymak* amacını taşıyor ve şöyle diyor: “Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden oturuma katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir./Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme, bir tanığın, bilirkişinin veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir”.

61. HUMK m. 409 kuralı, tasarıda m. 155’e aktarılmıştır ve bu m. 155 gerekçesinde cümle 2’ye bakarsak, hükümlerde bir değişiklik olmamıştır. Maddeler incelendiğinde, gerçekten de, özde değişiklik yok; ama

m. 155 gerekçesinin daha sonraki satırları (satur 9-15) çok farklı bir havadan çalmaktadır (maddenin uygulanacağı durumda yâni duruşmaya taraflardan birinin gelmiş diğzerinin gelmemiş olması durumunda, gelenin, eski iddia veya savunmasını aklına estiği gibi değıştirip genişletebileceği doğrultusunda bir kural değışikliği getirilmiş gibi ifadeler kullanmaktadır). Burada düşülen yanlışlığa, "HMK Tasarisına Katkı" yazımızda değındik.

62. Tasarıda m. 157 f. I, yeni bir kural getiriyor: "*Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz.* Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz". Gerekçede, bu kuralın konma nedenleri üzerine akla yakın açıklama veriliyor.

63. *HUMK, bekletici sorun konusunu düzenlemez. Bu eksik, HMK Tasarisında m. 169 ile giderilmiştir.* Yeni maddenin getireceği düzen, hâlen öğreti ve uygulamanın kabul etmiş bulunduğu düzendir. Ancak, kullanılan ifadelerde bazı değışiklikler ve eklemeler yapılması yerinde olacaktır; bu konuya, HMK Tasarisına Katkı yazımızda m. 169 ile ilgili bölümde değıiniyoruz.

64. Tasarıdaki m. 170'e göre, artık, ayrı yargı çevrelerinde yer alan, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılan davalarda *birleştirme talepleri, ikinci davanın açıldığı mahkemede, her zaman ileri sürülebilecektir* (HUMK m. 45 f. II'deki ilk itiraz düzenlemesi tarihe karışacaktır). Birleştirme kararı kesinleşince dosya ilk davanın açıldığı mahkemeye gönderilecek ve o mahkeme, birleştirme kararıyla bağı olacaktır.

65. HUMK m. 45 f. III'dekinden farklı kural getiren tasarıda m. 170, birleştirme talebine dayanak olarak öne sürülecek "davalar arasında bağlantı"nın kabulü için, *davaların benzer sebeplerden doğmuş bulunmasını* da yeterli görmektedir.

66. HUMK m. 47'deki "Kanunu Medenî mucibince müştereken dâva ikame etmeleri veya aleyhlerine ikame olunması iktiza edenlerin davalarında tefrik kararı verilemez" kuralı, mecburî dâva arkadaşlığında zaten birden çok değil tek dava bulunması nedeniyle ayırma düşünülemediğinden, tasarıya alınmamıştır. Ancak, gerekçede böyle açıklama verilmesi doğru olacakken "uygulanma alanının bulunmaması sebebiyle ve teorideki düşüncelere de uygun olarak bu tasarıda yer almamıştır" deniyor.

67. Tasarıdaki m. 173'ün gerekçesinde, bu maddenin bir değişiklik getirmiyor gibi gösterilmesinin doğru olmadığını, HMK Tasarısına Katkı yazımızda anlattık ve getirilen değişikliği belirttik.

68. HUMK m. 231, tasarıya m. 174 olarak geçmiş, ama mahcurlar ve küçüklerle ilgili düzenlemesi alınmamıştır yani bunların yerine *yasal temsilcilerinin isticvap edileceği kabul edilmemiştir*.

69. Tasarıda m. 176 f. I cümle 2, yeni bir kuraldır: "Ancak, isticvap edilecek kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda [simültane, eşzamanlı olarak] ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile isticvap edilmesi mümkün değil ise istinabe yolu ile isticvap edilir".

70. Tasarıdaki m. 176 f. II de, gerekçede böyle olduğu belirtilmemekle birlikte, yenidir: "*İsticvap edilecek kimse hastalık, sakatlık veya benzeri sebeplerle mahkemeye bizzat gelemeyecek durumda ise, bulunduğu yerde isticvap edilir*". Ancak, benzer yolda davranış, tanıklara ilişkin HUMK m. 255 f. I cümle 2'de kabul edilmişti; o kuralın isticvap konusunda da kıyas yoluyla uygulanması olanağı vardı.

71. Tasarı m. 177 f. III'deki yeni düzenlemede, *karşı tarafın isticvapta hazır bulunması hâkimin iznine bağlı olmaktan (bkz. HUMK m. 233 f. I cümle 1) çıkarılmıştır*.

72. Tasarı m. 177 f. IV ve m.179, isticvap'ı tarafın kendi davasında tanıklığına kıyas ederek, *tanıklara ilişkin (tanıklıktan çekinme nedenleri öngören HUMK m. 252, 253 vb. maddeler gibi) bazı kuralların isticvap konusunda da uygulanacağını* kabul etmektedir.

73. Tasarıdaki m. 182, HUMK m. 86 kuralında bazı değişiklikler yapmaktadır. Örneğin, ıslah sebebiyle bazı işlemlerin geçersiz hale gel-

mesi yüzünden karşı tarafın yalnız uğradığı zarar değil *uğrayabileceği zarar da* teminatın belirlenmesinde göz önüne alınacaktır.

74. Tasarıdaki m. 184, davanın tümüyle ıslah edileceğinin bildirilmesinden sonra yeni dava dilekçesi verme süresini (HUMK m. 88’de üç gün iken) *yedi güne çıkarmaktadır.*

75. Tasarıda n. 185, kısmen ıslahta bulunacağını bildiren tarafı dahi, *hangi işlemi ne suretle ıslah ettiğini yedi gün içinde bildirmek* yükümlülüğünde tutmaktadır.

76. Tasarıdaki m. 186, *kötü niyetle ıslah yapmanın sonuçlarına ilişkin m. 90’da önemli değişiklikler* öngörüyor: a. Bu faraziyede mahkeme, yapılan ıslahı dikkate almadan karar verebilecektir; b. şimdiki kuralda, sonda, “mahkûm edebilir” denerek hâkime takdir yetkisi bırakılmış ilen yeni kural mutlaka ceza verilmesini buyurmaktadır; c. Öngörülen para cezası, arttırılmıştır.

77. Tasarıda m. 188, HUMK m. 375’deki düzenlemeyi değiştiriyor. Şimdiki düzenlemede, tahkikat sonunda, talep vukuunda, tarafların son bir layihalar teatisi yapmalarına ve dolayısıyla, layihalar mahkemeye sunulduğu için, son diyeceklerini böyle yazılı olarak bildirmelerine izin veriliyordu. *Yeni sistemde ise tahkikat sonunda layiha vermek yoktur, hâkimin taraflara ikişer kez söz vermesi kabul edilmiştir.*

78. Tasarıdaki m. 197, delil sözleşmesi konusunu yeniden düzenlerken, birkaç onyılda beri yasa değişikliklerinde hele İİK değişikliklerinde en pervasız ölçüde güçlülere, özellikle bankaları kollayan kurallar getirilmesini artık kanıksamış iken bize pek şaşkırtıcı gelen, sömürü engellemeye çabalar bir tutum gösteriyor: *Taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır.* Demek ki bundan böyle, örneğin bankalar, yaptıkları sözleşmelere “Bu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlık ve davalarda münhasıran bankanın kayıtları delil olarak kabul edilecektir” gibi utanmazlık kanıtı maddeler koyamayacaklardır, koysalar da madde geçersiz olacaktır. Aslında şimdi dahi TMK m. 2’deki dürüstlük ilkesini çiğneyen bu gibi maddelerden, onu koydurup karşı tarafa imzalatanlar lehine hiçbir yetki doğmadığının kabulü gerekir. “Omnipotent/Gücü herşeye yeten Bankacılık Sektörü” TBMM’nin bu kuralı yasalastırmasına izin verecek

mi, TBMM egemenliğin bu sektörde değil de millette ve milletin temsilcisi sıfatıyla yasama işlevi bakımından kendisinde olduğunu kanıtlayacak mı, göreceğiz.

79. Tasarıda m. 198, isbat hukukuna yeni kurallar getiriyor: “Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır./Tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispata için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur”. Tabii ki bu işleri davacının dava dilekçesinde, davalının cevap layihasında kendi dayanağı vakıaları gösterirken yapması ve sonradan yeni vakıa iddiası ne zaman öne sürülürse bu kurala hemen o sırada uyulması gerekir. Somutlaştırmadan kasıt şudur ki, “Kusurlu davranışıyla zararına yol açtı” gibi vakıa iddiası kabul edilmeyecektir; kusurlu davranışın hangi somut davranışta kendini gösterdiği açıkça söylenecek ve o somut davranışın yapıldığının nasıl kanıtlanacağı belirtilecektir.

80. Tasarıda m. 203, senedi ve yazılı delil başlangıcını da kapsayacak bir üst kavram olarak belge kavramını düzenliyor, ancak senedi tanımlamıyor ve bundan kasden kaçınıldığı gerekçede belirtiliyor. Konunun önemi özellikle bu m. 203 tanımlamasına giren *ama yazılı olmayan (fotoğraf, film, hatta ses kaydı gibi) belgelerin de* tanımlaması m. 206’da yapılan *yazılı delil başlangıcı kavramı kapsamında olacağı*nın böylece belli edilmesindedir.

81. HUMK m. 288’deki 400 TL (YTL) sınırı tasarıda m. 204’da 500 TL’na çıkmaktadır.

82. Tasarıda m. 207’de, senede karşı *üçüncü kişilerin* öne sürdüğü muvazaa iddiasının tanıkla da isbat edilebileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

83. Tasarıda m. 210, mühürlü veya parmak izi basılmış senetler konusunu yeni bir düzenlemeye tâbi tutmaktadır. “Hey’et-i ihtiyariye” ye ve “mahallince maruf iki şahıs”a (HUMK m. 297) mühür veya parmak izi tasdik ettirme tarihe karışmaktadır.

84. Tasarıda m. 212-218, imzanın veya yazının inkâr edilmesi ve sahtelik iddialarının öne sürülmeleri, incelenmeleri konusunda bugünlere göre daha ayrıntılı kurallar getirmektedir.

85. Tasarıda m. 214 yenidir ve güvenli elektronik imzanın inkârı konusunu düzenlemektedir.

86. Tasarıda m. 217'de, haksız yere sahtelik iddiası öne sürülmesinin yaptırımları düzenlenmiştir.

87. Tasarıdaki, yeminle ilgili maddeler arasında şimdi HUMK m. 355-356'da düzenlenen, hâkimin re'sen yönelttiği tamamlayıcı yemine yer verilmemiştir.

88. Tasarıdaki m. 236, yemin formülünü lâikleştirmektedir. HUMK m. 339'daki formülde, "...Allahınız ve namusunuz üzerine yemin eder misiniz?" diye soruluyordu. Oysa herkes, Allah'ı tanıyan islâm dinine mensup değildir, hatta tek Tanrı'yı tanıyan bir dine mensup olmayabilir ve hatta hiçbir dinsel dinancı benimsemiyor olabilir. Tasarının benimsediği formülde, "...namusunuz, şerefimiz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?" diye sorulacak ve kişi de aynı formülü tekrarlayıp sonunu "...üzerine yemin ediyorum" diye bitirecektir.

89. Tasarıdaki m. 244, hâkimin, ispat edilmek istenen vakıalar hakkında tanıklardan bir kısmının tanıklığı sayesinde yeterli bilgi edinmişse, geri kalan tanıkların dinlenmesinden vazgeçilmesine karar vermek yetkisini tanımaktadır.

90. Tasarı, tanıklarla ilgili kurallarda ufak tefek pek çok değişiklik yapmaktadır. Örneğin tanık artık telefon, faks veya elektronik posta gibi araçlarla duruşmaya çağırılabilir (m. 246); gelmeyip de zorla getirilen sanığa, neden gelmemiş olduğu sorulacak ve gelmeyişinin haklı nedene dayanmaması hâlinde adli para cezası verilebilecektir (m. 248); gelen tanık, çağırılmasına neden olmuş dava hakkında ve özellikle aydınlatması istenen olay hakkında hâkim tarafından bilgilendirilecektir (m. 263).

91. Bilirkişi konusunda da durum böyledir yâni tasarı bu konuda da çeşitli yeni kurallar getirmektedir, örneğin bilirkişi kurulunun en çok üç kişiden oluşacağı yolundaki HUMK m. 276 f. III cümle 2'nin getirdiği bu sınırlama kaldırılmaktadır; hatta değişikliklerden kimi, örneğin hukuk sorunları hakkında bilirkişiye başvurulmasının kesinlikle yasaklanması (bunu doğru bulmadığımızı HMK Tasarısına Katkı yazımızda belirtiyoruz) büyük önem taşıyan değişikliklerdir. Keza, bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü altında olmak için, "malumatına müracaat edilecek hususu



bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve *alenen icrayı sanat eden kimse*" (HUMK m. 278) olmak gerekmeyecek; mesleği icra etmeyen kişi de bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü altında olacaktır (m. 274 f. I bent b), hatta vaktiyle de o mesleği icra etmiş olması gerekmeyecek ve sadece icra etmeye resmen yetkili kılınmış olması yetecektir (m. 274 bent c). Bilirkişiler için Adalet Bakanlığı bir ücret tarifesi hazırlayacak ve bu tarife her yıl güncelleştirilecektir (m. 287).

92. Keşif konusuna ilişkin maddelerde de ufak tefek birtakım değişiklikler getirilmiştir. Bunlardan m. 296 özellikle önemlidir. Sözü geçen maddenin, "...herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir" kuralı getirmesini, HMK Tasarısına Katkı yazımızda eleştiriyoruz.

93. Ayrı bir bölümün tek maddesi olan m. 297, Anglo-Sakson yargılama usulü hukuklarında uygulanması yaygın bir kurumu, uzman tanık işlevindeki "taraf bilirkişisi" kurumunu bizim hukukumuzda almaktadır.

94. Hükmün verilmesi, tefhimi, tebliği ile ilgili kurallara bazı değişiklikler getirilmektedir. Bunlardan belki en önemlisi, "İlâm almak isteyen taraf, karar ve ilâm harcından ancak, hüküm sonunda kendisine yüklenmiş olan kısmı öder" diyen m. 306 f. I cümle 1'in getirdiği yeni kuraldır.

95. HUMK, sulh kurumunu düzenlememiştir. Tasarıda m. 317 bu eksikliği gideriyor ve kurumu şimdiki uygulanış biçimiyle düzene bağlıyor.

96. Tasarı, sözlü ve seri (hızlandırılmış) yargılama usullerini kaldırmakta, yazılı usulün yanında yalnızca basit yargılama usulünü bırakmaktadır. Bu usul, HUMK'dakine göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Basit yargılama usulüne ilişkin eski kuralların çoğu da geçerli kalmaktadır. Yapılan en önemli değişiklik, bu usulde davalının bir cevap dilekçesi sunmaksızın ilk oturuma gelip cevaplarını oturumda söyleyebilmesi olanağının kaldırılmış bulunmasındadır; m. 321'e göre, cevap, tıpkı yazılı yargılama usulünde olduğu gibi 15 günlük süre içinde ve dilekçeyle verilecektir.

97. Tasarının getirdiği en önemli ve en isabetli değişikliklerden biri de, Avukatlık Kanunu m. 164 f. V'deki, avukatların bir koyundan iki posteki çıkarması kuralı işlevinde olan "Dava sonunda ... karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir" kuralının kaldırılmasıdır (Tasarıda m. 334). Ancak sayın avukatlar besbelli ki buna rağmen şimdiki tasarımı pek seveceklerdir, çünkü gördüğümüz üzere tasarı kişilerin bazı istisnalar dışında bütün davalarda kendilerini avukatla temsil ettirmek mecburiyeti ilkesini getiriyor.

98. Yine yargılama giderleriyle ilgili kurallar arasında bulunan m. 336'daki f. III, bir yenilik getiriyor. Bu, hükümden sonra (örneğin, istinaf ve/veya temyiz aşamasında) hükmün kesinleşmesine kadar yapılan giderlerin tesbit edilmesi, dava taraflarından kime bunların tutarından ne kadarının yükleneyeğinin belirlenmesi ve bu hususta mahkemenin vereceği kararın hükme eklenmesi maddesidir. Bu aslında, gerekçede de belirtildiği üzere, mahkemenin hüküm kesinleştikten sonra yaptığı bir idarî işlemdir ve ilâmın icrası sırasında önem taşıyacaktır.

99. Adli yardım konusu tasarıda şimdiki HUMK kurallarındakine göre çok daha ayrıntılı düzenlenmiştir; dolayısıyla bu konuda getirilen yenilikler çoktur; o arada kanun yollarına başvurma aşamasında da adli yardımdan yararlanılabileceği kabul edilmiştir (m. 340).

100. HUMK m. 427'nin, hazine avukatı tarafından temsil edilen kamu kurumları için temyiz yoluna başvurma süresini uzun tutan kuralı, "devletle kişiler arasında mahkeme karşısında eşitlik ilkesi dikkate alınarak" ve tıpkı davada esasa cevap süresi konusunda yapıldığı üzere, terkedilmiştir, tasarıya konmamıştır (m. 365).

101. Yargılamanın yenilenmesi konusundaki kurallar ufak tefek değişiklikler getirmektedir.

102. Çekişmesiz yargı başlıklı kısımda yer alan kurallar (m. 386-392) tümüyle yenidir. Ancak, şimdiki uygulama buraya yansıtılmakla yetinilmiş, uygulamadakine göre sapma denebilecek değişiklikler getirilmemiştir.

103. İhtiyatî tedbirlerle ilgili kurallarda önemli değişiklikler vardır. Birinci olarak, dava öncesinde ihtiyatî tedbir kararı vermeye yetkili ve görevli mahkeme konusunda şimdiki düzenin başıboşluğu giderilmekte

ve açık seçik kural konmaktadır (m. 394). Kanun yolu aşamasında da, başvurulmuş yüksek mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verebileceği (aynı maddede) kabul edilmiştir. İhtiyatî tedbir talebi reddedilirse bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilecektir (m. 395). Devletin ihtiyatî tedbir isterken teminat göstermekten başışık olduğu kuralı (HUMK m. 110 cümle 2) kaldırılmıştır; bunu doğru bulmadığımızı ve gerekçelerimizi HMK Tasarısına Katkı yazımızda açıkladık. İhtiyati tedbir kararı alındıktan sonra bunun uygulanması konusunda HUMK bir süre öngörmemiş iken, tasarıda m. 397, öngörüyor. İhtiyatî tedbirin, hâkim tarafından aksine karar verilmiş değilse, esas hakkında hükmün tefhim veya tebliğ edilmesiyle kalkacağı yolundaki, pek sakıncalı sonuçları olabilen HUMK m. 112'deki ilke değiştirilmiştir; şimdiki bu düzenlemenin tam tersine, aksi hâkim tarafından kararlaştırılmadıkça tedbir kararı nihaî kararın kesinleşmesine kadar geçerli olacaktır. Haksız ihtiyati tedbir kararından dolayı zarara uğrayan kişi, teminat yatmış olmasına rağmen, zararını bu teminattan veya sorumlu kişinin diğer malvarlığı parçalarından tahsil edebilmek için bir tazminat davası açıp hüküm almak ve bu hükmü icraya koymak ihtiyacında olduğundan, o dava konusunda düzenleme yapılmıştır (m. 403).

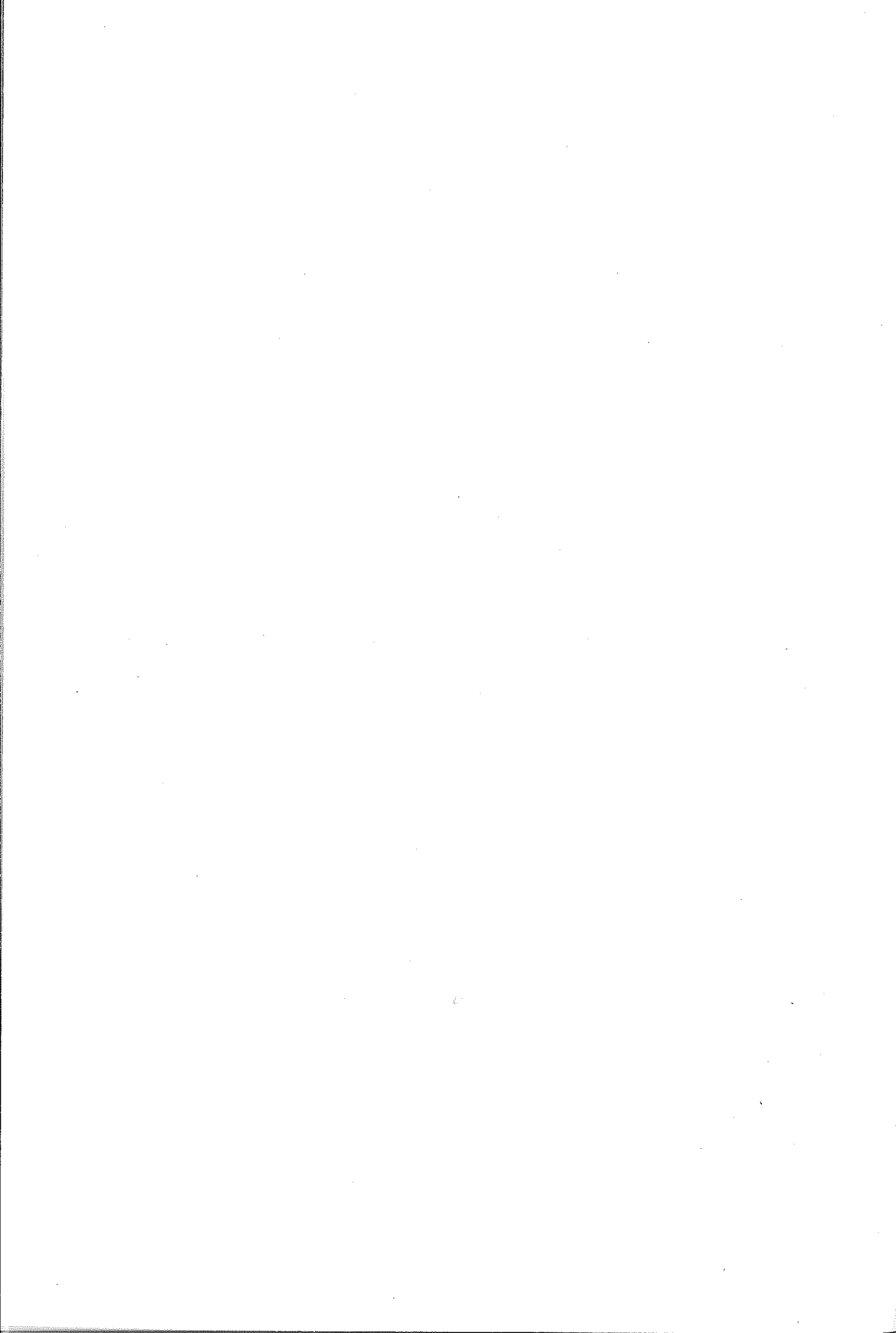
104. Tasarıda m. 405'de f. I ve IV, HUMK m. 370'in tersine, delil tesbitinde görev ve yetki konusunu açık seçik kurala bağlamaktadır: "Henüz dâva açılmamış olan hallerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir" (f. I); "Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir" (f. IV). Ancak, esas hakkında açılan davada, tesbit yoluyla dosyaya girmiş bir delil kullanılmak istendiğinde o tesbitin görevsiz ve/veya yetkisiz mahkeme eliyle yaptırılmış olması elbette ki delilin delil niteliğini eksiltmez ve hakim bu delili dahi değerlendirip isbat gücünü takdir etmek yetkisi bâki kalır; tesbiti yapıp delili dosyaya koyan mahkeme mutlaka bu delili "murdar" ve şimdi kullanılamaz sayacak değildir; aksi görüşün de savunulmuş olması nede niyle duraksamayı önlemek için yasa f. III'te de yeni bir kuralla konuya açıklık getiriyor: "Esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez".

105. Tasarıda m. 412, Türkiyedeki taşınmazlara ilişkin aynî haklarla ilgili uyumsuzluklarda tahkime gitmek olanağını artık tanımıyor; bu değişikliği gerekli ve hatta yerinde saymadığımı, “HMK Tasarisına Katkı” yazımda belirtiyorum.

106. Tasarıda m. 422, hakemin reddedilmesi sürecine bazı yenilikler getirmektedir.

Tasarı, aslında, 455 madde içinde bulunan binlerce kuralından bir haylisi ile, pek çok sayıda yeniliği hukukumuzda getirmektedir; bu yeniliklerin bana göre en önemlileri yukarıda listelediklerimdir.

Gerekçe, m. 423'te de bir değişikliğin (hatta çok önemli bir değişikliğin) yapıldığını söylüyor: “Maddede, hakem veya hakem kurulunun sorumluluğu, görevi kabul edip yerine getirmemiş olması hâli ile sınırlandırılmış; böylelikle görevin, sorumluluk davası tehdidi olmaksızın yapılması sağlanmıştır”. Ben maddede böyle bir sınırlayıcı kural görmedim (zaten olamazdı); bakalım siz görecek misiniz: “Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hâkim, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür.” Bundan daha doğal ne olabilir? Ama tarafların her ikisinin bir işini görmeyi üstlenmiş, BK m. 386 anlamında onlarla vekalet akdi yapmış olan hakemin, üstlendiği görevi “Hüsnü surette ifa mükellefiyeti” ni (BK m. 390 f. I, II) ayaklar altına alıp çiğneyerek sonuçta iki taraftan birinin yahut her ikisinin zararına sebebiyet vermesi durumunda akitler hukukunun genel ilkeleri gereğince tazminat davasına muhatap olabilmesi de bir o kadar doğaldır ve tasarıdaki, yukarıda aktardığım m. 423 metni, gördük ki, bunu asla engellemiyor; “Hakem sadece, görevi kabul etmişken yerine getirmemesi halinde bu tutumundan doğan zararı tazminle yükümlüdür, ona karşı başka temelde tazminat istemi öne sürülemez” demiyor.



## TÜRK HUKUKUNDA VE ULUSLARARASI HUKUKTA HAVAYOLU İLE YÜK TAŞIMA SÖZLEŞMESİ

Dr. Jur. Bülent SÖZER\*

### I. GENEL OLARAK TAŞIMA

#### 1. Taşıma Fiili (İşlemi)

Taşıma fiili (işlemi/eylemi) en genel geçer ifadesi ile, bir yer değiştirme faaliyeti, bir yerden alınıp bir başka yere götürme işlemidir. Bu bakımdan, taşıma fiili zaman ve mekân unsurlarını içerir. Dolayısı ile de taşımayı öngören sözleşme, belli bir zaman dilimi içinde ve mekân değiştirilerek ifa edilir.

Konuya yine genel olarak bakıldığında, taşıma işleminde mutlaka belli niteliklerin bulunması aranmamaktadır. Taşımanın mesafesi, yapıldığı ortam, başlangıç ve bitiş noktaları her hangi bir surette tayin edilebilir, hatta, taşıma başlangıç noktasına dönülerek, başladığı yerde de bitebilir veya belli bir bitiş noktası tesbit edilmemiş de olabilir. Aynı şekilde, taşımada kullanılan araçta belli bir özellik aranmayabilir ve hatta araç kullanılmayabilir de<sup>1</sup>.

Ancak, hemen belirtelim ki, bütün bu hususların, aşağıda ayrıntılı surette inceleneceği surette, mesele *Taşıma Hukuku* açısından ele alındığında, ciddî tahlil ve tafsile tabî tutulması icab edecektir; gerçekten, yukarıda sadece basit birer örnek olarak andığımız hususlar, taşıma işlemleri için yapılacak sözleşmelerin niteliğini belirlemede büyük rol oynamaktadırlar. Her yer değiştirme işlemi, *Taşıma Hukuku*<sup>2</sup> anlamında

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> ARKAN, 10-11.

<sup>2</sup> Bilindiği üzere, pozitif hukukumuzda *Taşıma Hukuku Mevzuatı* diye gösterebileceğimiz tek bir metin mevcut değildir. Hatta, taşıma hukuku için umumî hükümler niteliğinde

taşıma işlemi olarak kabul edilmeyeceği gibi, amacı yer değiştirme işlemi olan her sözleşme de bir *taşıma sözleşmesi* sayılmaz<sup>3</sup>.

## 2. Taşımanın Konusu

Taşımanın konusu, doğal olarak, canlı yaratıklar, yani insanlar veya -cansız- cisimler olacaktır. Bu ayırımı göre ya yolcu taşıması ya da yük (veya eşya) taşıması söz konusu edilecektir. Burada hemen iki hususu belirtmemiz gerekmektedir: Hayvanlar, yük olarak nitelendirilir, dolayısı ile de cisimler kategorisine girer<sup>4</sup>; yolcu taşımalarında, kural olarak, yolcunun bagajı da dahildir, bu bakımdan, yolcu taşıma sözleşmeleri hem canlıları ve hem de cisimleri içermiş olur<sup>5</sup>.

Aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere, taşımanın, taşıma işini üstlenen kişinin nezareti ve sorumluluğu altında ve taşıt aracı ile yapılması gerekir ve taşıyan taşıdığı mal üzerinde zilyedliğe sahip olur. Bu bakımdan, boru hatlarından akaryakıt veya su veya doğalgaz iletilmesi veya kablo üzerinden elektrik nakli, taşıma hukukunun ilgi alanına girmez.

Buna paralel olarak, kablolu veya kablosuz olarak bilgi iletişimi, telefon hatlarından sesli mesaj iletilmesi veya internet ortamında bilgi iletilmesi de, Taşıma Hukuku anlamında taşıma işlemi değildir. Dolayısı

---

kabul edilecek maddeleri topluca ihtiva eden bir kurallar topluluğu da yoktur. Bununla beraber, meseleye teorik açıdan yaklaşıldığında, kuşkusuz *Taşıma Hukuku* diye bir disiplinden söz etmek mümkündür. Gönül arzu eder ki, hukuk fakültelerimizde bağımsız bir Taşıma Hukuku dersi başlatılsın ve buna paralel olarak da bir Taşıma Hukuku Ana Bilim Dalı kurulsun.

Bu arada bir hususa değinmek istiyoruz: Türk Ticaret Kanunu'nun yenilenmesi için yapılan çalışmalar sonucunda ortaya çıkarılan *Taslak*'da, Taşıma Hukuku'nun bağımsız bir disiplin olarak ele alındığı ve taşıma hukukunun umumî hükümlerini ihtiva eden maddelere yer verildiği beyan edilmektedir. Söz konusu Tasarı üzerinde yapmış olduğumuz incelemelerden gördüğümüze göre, ortada bu beyanı doğrulayacak bir sonuç yoktur; *Tasarı*'da, *Taşıma İşleri* başlığı bulunan bir *Dördüncü Kitap* yer almakta olup, bunun da *Birinci Kısım* başlığı *Genel Hükümler* ise de, burada yer alan hükümler, hiç de *Taşıma Hukuku'nun Umumî Hükümleri* olarak nitelendirilebilecek muhtevaya sahip değildir.

Görünen o ki, bizler daha uzun bir süre, *Kendigelen / Aydın*'ın, çok yararlı eserinin başlığının yaptığı çağrışımlar ile yetineceğiz.

<sup>3</sup> ÜLGEN (Tebliğ), 3.

<sup>4</sup> ARKAN, 11; ÜLGEN (Hava), 42.

<sup>5</sup> Cenaze de cisim olarak kabul edilir; ARKAN, 11; ÜLGEN (Hava), 42.

ile, kullanıcılar ile İnternet Servis Sağlayıcılar arasındaki sözleşme, taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmez <sup>6</sup>.

### 3. Taşıma Türleri (Kategorileri)

Gerçi bir anlamda “Malûm-u İlâm” gibi olacak ama, taşıma türlerini (Modes of Carriage), fizikî şartların sınırlaması dolayısı ile, karayolu ile - denizyolu ile - demiryolu ile ve havayolu ile taşıma olmak üzere belirlemekteyiz. Ne var ki, bir taşıma sözleşmesi bazen söz konusu fizikî ortamların birkaç tanesi kullanılarak veya hatta tamamı üzerinden de ifa edilebilmektedir; bu tür taşımalara İngilizce’de, genellikle, *Multimodal Transport* denmektedir <sup>7</sup>. Türkçe kaynaklarda “Karma Taşıma” veya “Kombine Taşıma” deyimleri kullanıldığı gibi, “Multimodal Taşıma” deyimine de rastlanmaktadır.

### 4. Taşımada Kullanılan Araç

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, her yer değiştirme işleminde mutlaka bir araç kullanılması gerekmez; bedenî güç ile de insanların ve/veya eşyaların taşınması mümkündür <sup>8</sup>. Fakat, Taşıma Hukuku anlamında bir taşıma işleminden söz edebilmek ve dolayısı ile de bir taşıma sözleşmesinin varlığını kabul edebilmek için, taşımanın bir taşıt aracı ile yapılması gerekmektedir <sup>9</sup>. Taşıma Hukuku, taşıt aracı kullanılarak yapılan taşıma işlemlerini ve bu işlemler dolayısı ile ortaya çıkan ilişkileri düzenler <sup>10</sup>.

Bu noktada, Taşıma Hukuku’nun uygulanmasında belirleyici unsur olarak kabul ettiğimiz taşıt aracı kavramının hukukî düzenlemelerdeki yerine de temas etmekte yarar görmekteyiz. Bilindiği gibi; taşıma ile ilgili

<sup>6</sup> Kullanıcılar ile İnternet Servis Sağlayıcıları arasındaki hukukî ilişki, genel-geçer kural olarak, akit serbestisi ilkesine tabî olup, taraflar sözleşmenin içeriğini serbest iradeleri ile tayin edebilirler. Ancak, bir nitelendirme lüzumunun ortaya çıktığı hallerde, bu sözleşme prensip olarak ve özellikle de menfaatler dengesi dikkate alınarak, istisna akdi olarak nitelendirilmelidir. Tartışmaya açık olmakla beraber, bu ilişkinin vekâlet akdi olarak da kabul edileceği ileri sürülmektedir. Bkz. SÖZER, *Elektronik Sözleşmeler*, BETA Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 2002, 13 vd.

<sup>7</sup> Combined Transport deyimini de kullanılmaktadır.

<sup>8</sup> ARKAN, 12.

<sup>9</sup> ÜLGEN (Tebliğ), 3, 6.

<sup>10</sup> CAN, Mertol, 4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu’na Göre Karayoluyla Yapılan Taşımaların Tabî Olduğu Hukukî Esaslar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran-Aralık 2005, C: IX, S. 1-2, s. 11-63, 14.



konuları düzenleyen uluslararası sözleşmelerin bir çoğunda, işin kapsamı dikkate alınarak, uygulama alanına girecek olan taşıt aracının tarifi verilir. Havayolu ile yapılan taşımalar açısından bu hususa aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz. Burada birkaç örnek olarak; Konişmentolu Nakliyat Hakkındaki 1924 Brüksel Konvansiyonu'nun 1/a maddesini <sup>11</sup>, Denizyolu İle Yolcu ve Bagaj Taşınmasına Dair 1974 Atina Konvansiyonu'nun 1/3 maddesini <sup>12</sup>, Çatmalarda Zararın Takdirine İlişkin 1988 Lizbon Kuralları'nın Tanımlar başlıklı maddesinin tarifini <sup>13</sup>, Karayolu ile Yapılan Taşımaları düzenleyen 1956 Cenevre Konvansiyonu'nun (CMR) 1/2 maddesini <sup>14</sup> hatırlatmakla yetineceğiz.

Benzer düzenleme iç hukukta da mevcuttur. Burada örnek olarak; TK. nun 816. md. sine, SHK. nun 3/b, c ve d md. sine ve özellikle Karayolu Taşıma Kanunu'nun 3. md. sine atıf yapabiliriz.

## II. TAŞIMA HUKUKU BAKIMINDAN KAVRAM OLARAK “TAŞIMA”

### 1. Aslî Borcun Muhtevası

Yük/eşya taşıma sözleşmesinde, taşıyanın aslî borcu, yükün taşınması, yani sözleşmede belirtilen yerden yine sözleşmede belirtilmiş olan yere taşımaktır.

Ne var ki, taşıma sözleşmesinde, taşıyanın aslî borcu böyle tek bir edimden ibaret değildir.

Taşıyan önce taşınacak yükü, sözleşmede belirtilmiş olan yerden veya sözleşme hükümleri uyarınca daha sonra belirtilecek olan yerden teslim alacaktır. Teslim almak, bir taraftan yük üzerindeki zilyedliğin devir alınması ve aynı zamanda yükün fiilen taşıma aracına yüklenmesi işlemini içerir <sup>15</sup>. Bu açıdan bakınca, taşıyanın aslî borçlarından iki tanesi daha ortaya çıkmaktadır: Malı yüklemek ve teslim almak <sup>16</sup>.

<sup>11</sup> “Ship” means any vessel used for the carriage of goods by sea.

<sup>12</sup> “Ship” means only a seagoing vessel, excluding an air-cushion vehicle.

<sup>13</sup> “Vessel” means any ship, craft, machine, rig or platform whether capable of navigation or not, which is involved in a collision.

<sup>14</sup> For the purposes of this Convention, “vehicles” means motor vehicles, articulated vehicles, trailers and semi-trailers ...

<sup>15</sup> Bu genel-geçer kural olmakla beraber, yüklemenin taşıtan tarafından yapılacağı da kararlaştırılabilir; böyle bir şart karşısında, taşıyanın fiilen yükleme işlemi ile bir sorum-

Bu aşamayı, fiili taşıma süresi veya daha doğru bir ifade ile, yolculuk safhası takip eder. Taşıma taahhüdünden doğan borcun asıl ifa aşaması bu yolculuk dönemidir.

Taşıyan, taşıma süresi boyunca yükü korumak borcu altında olup, onun bakım ve muhafazasından sorumludur. Bu bakım ve muhafaza yükümlülüğü de taşıyanın aslı borçlarındandır.

Taşıma sözleşmesinin *mekân* boyutu vardır; kira, vedia, istisna, hizmet vb. akitler gibi, tanımlanmış bir fizikî ortamda ifa edilmez, fakat *mekân* içinde bir noktadan diğerine doğru yapılan bir hareket ile gerçekleşir.

Ayrıca da *zaman* boyutu söz konusudur. Bu taşıyanın sözleşmeyi ifa etmek için kullanabileceği süreyi tanımlar. Bu açıdan, istisna akdi ile paralellik gösterir; her iki tür sözleşmede zaman bir tarafın (taşıyanın - müteahhidin) aleyhine çalışan bir faktördür; ifanın belirlenmiş ya da tayin edilebilen sürenin içinde tamamlanması gerekir.

Ani ifalı sözleşmelerden olmayıp, sürekli sözleşme ilişkisidir, bu itibarla ifası kesintisiz bir vetire (süreç) içinde gerçekleşmektedir. Ama, yine de bu ifa süreci *ezelden ebede* kadar gitmeyecektir, taşıyan taşıma taahhüdünden doğan borcunu belli bir zaman dilimi içinde ifa etmelidir; aksi takdirde gecikmenin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu söz konusu olur. Taşıma süresini taraflar sözleşmede belirtebilirler. Sözleşmede bu yolda bir şart yoksa, kanunî hükümlere bakılır; meselâ, karayolu ile yapılan taşımalarda TK. md. 779 hükmü uygulanır; havayolu ile yapılan taşımalarda SHK. md. 121 ve 122 hükümlerine başvurulur.

Fiilî taşıma süresinin sonunda, yükün gönderilene teslim edilmesi de <sup>17</sup>, taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan aslı borçlarından bir tanesidir. Teslim, taşınmış olan mal üzerindeki zilyedliğin gönderilene devri ile birlikte, malın taşıt aracından fiilen boşaltılarak gönderilene teslim edil-

luluğu olmaz, fakat, meselâ, denizyolu ile yapılan taşımalarda sorumluluk için bkz. TK. 975, ÇAĞA/KENDER II, 135-136.

<sup>16</sup> Yükün taşıyan tarafından tesellümü ile taşıt aracına yüklenmesi her zaman aynı anda cereyan etmez ve bu gibi durumlarda hangisinin diğerine tekaddüm ettiği önem taşır; bu hususu asıl inceleme konumuz olan havayolu ile taşımalar çerçevesinde ele alacağız.

<sup>17</sup> Taşıma sözleşmesinde gönderenin mevki ve gönderenin taşıma sözleşmesinin unsurlarından bir tanesi olup olmadığı hk. Bkz, bu bölümde 4.

mesini içerir <sup>18</sup>. Teslim, taşıma sözleşmesinden doğan borçların ifasının son aşaması ve tüm akdî ve kanunî borçların tam ve gereği gibi ifa edilmiş olmaları şartı ile, taşıyanın sorumluluktan kurtulmasını sağlayan işlemdir.

Şu halde taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan borçlarını, taşımanın muhtelif aşamalarını da dikkate alarak, şu şekilde tafsil edebiliriz:

Taşıma sözleşmesi, yükün bir yerden alınıp, taşıyanın muhafaza ve nezareti altında, bir başka yere götürülmesidir.

- |                        |                      |
|------------------------|----------------------|
| # Yükün alınması       | * Tesellüm           |
|                        | * Yükleme            |
| # Yükün götürülmesi    | * Taşımak            |
|                        | * Korumak            |
|                        | * Zamanında götürmek |
| # Yükün geri verilmesi | * Boşaltma           |
|                        | * Teslim             |

## 2. Taşıt Aracı Kullanılması

Acaba yolcu ve/veya yükün yer değiştirmesini öngören her faaliyet ve dolayısı ile, de yer değiştirmeyi öngören her sözleşme bir taşıma sözleşmesi midir ? Bu soruya ilk aşamada olumlu cevap verilebilir. Hatta, genellikle olumlu cevap verilmektedir de <sup>19</sup>. Bununla beraber, mesele biraz tafsile tabî tutulduğu takdirde, cevabın bu kadar kısa ve kolay olmaması gerektiği sonucu ortaya çıkacaktır.

Önce konunun şu yönünü ele alalım: Yolcu ve/veya yükün yer değiştirmesini, bir yerden bir başka yere götürülmesini öngören bir sözleşmenin, taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, bu yer değiştirme faaliyetinin, diğer bir deyişle, yer değiştirmeyi öngören sözleşmenin, yer değiştirmeyi üstlenene yüklediği borcun yerine getirilmesi için bir taşıt aracı kullanılması şart mıdır ?

<sup>18</sup> Boşaltmada da, yüklemede olduğu gibi taraflar bu işlemin kimin tarafından yapılacağını aralarında kararlaştırabilirler. Burada da, fiili boşaltma işlemi ile yük üzerindeki zilyedliğin gönderilene teslimi aynı anda gerçekleşmeyebilir.

<sup>19</sup> ARKAN, 12.

Kanaatımızca, bu soruya olumlu cevap verilmesi gerekmektedir. Hatta, aracın sıradan bir araç olması da yetmez, belli özelliklere de sahip olması lâzımdır<sup>20</sup>.

Meseleyi tartışmaya, "... tüm taşıma dallarının anası durumunda olan ... deniz taşımacılığı ..." nı<sup>21</sup> düzenleyen hükümler ile başlayacak olursak, bir navlun sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için, zorunlu şartlardan bir tanesi olarak, taşımanın bir *gemi* ile yapılması lâzımdır (TK. md. 1016)<sup>22</sup>. Gemi TK. nun 816. md. sinde tarif edilmiştir<sup>23</sup>. Doktrinde, bir cismin TK. md.816 anlamında gemi olarak kabul edilmesi için, onun teçhizatının önem taşımadığı ve kendi kendine hareket imkânının bulunmasının da şart olmadığı ileri sürülmektedir. Teknenin hacmi bakımından da, "... denizcilik âleminin telâkkileri ..." nin ölçü olarak alınabileceği ve meselâ, sandalların gemi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>24</sup>.

Kanaatımızca, mesele Taşıma Hukuku açısından ele alınınca, ortada bir navlun sözleşmesinin bulunup bulunmadığına karar verebilmek için, TK. nun 816. md. sinin yanı sıra, TK. md. 817 hükümleri ile birlikte TK. nun 1019. md. sini ve taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen diğer kurallarını da dikkate almak icab edecektir. Şu halde, taşıma taahhüdü içeren bir sözleşmeyi Taşıma Hukuku konsepti çerçevesinde ele aldığımız zaman, bunun TK. md 1016 vd. hükümleri anlamında bir navlun sözleşmesi olup olmadığının tayininde, akdin ifasında kullanılacak aracın fizikî yapısı ve özellikleri de önem taşıyacaktır. Bu hususta, TK. nun 816. md. sinin, ve oldukça muğlak olması bir yana, işi daha ziyade teknik taraftan ele alan, basit tarifi ile yetinemeyiz ve TK. nun yukarıda değinilen hükümlerinden yararlanarak bir sonuca varmamız gerekir. Şu halde, bir sözleşmenin, TK. md. 1016 vd. hükümleri anlamında navlun sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için, taşımada kullanılacak aracın -geminin-, belli fizikî yapıya sahip bir tekne olması lâzımdır. Sıradan bir sandal veya bot ile hatta mavna ile yapılacak bir taşıma, navlun sözleşmesi sayılma-

<sup>20</sup> ÜLGEN (Tebliğ), 3.

<sup>21</sup> ARKAN, 9.

<sup>22</sup> ÇAĞA/KENDER II, 2.

<sup>23</sup> Tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması, denizde hareket etmesi imkanına imkânına bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekne "Gemi" sayılır.

<sup>24</sup> ÇAĞA/KENDER I, 46-47.

yacağı gibi, bir malın bir yerden bir başka yere yüzerek götürülmesi de navlun sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir<sup>25</sup>.

Bu prensibin mantıkî sonucu olarak da, ancak yukarıda tanımlanan kriterlere uygun bir gemi ile ifası gereken bir sözleşme navlun sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir ve meselâ ufak bir sandal veya bot ile ifa edilebilecek cins ve türden yükün söz konusu olduğu bir sözleşmeyi, navlun sözleşmesi olarak nitelendiremeyeceğiz.

Havayolu ile yapılacak yük taşımalarının da, havada tutunabilecek ve seyir edebilecek bir araç ile yapılması kaçınılmaz bir şart olarak ortaya çıkmaktadır; insanoğlu kendi mutad, doğal fizikî yapısı ile hava sahasında hareket etmek kabiliyetine sahip değildir. Netekim, *Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme*'nin<sup>26</sup> 1/1. md. si açıkca Sözleşme'nin "... uçak ile ...yapılan ... taşımalara ..." <sup>27</sup> uygulanacağını söyleyerek, taşımanın uçak ile yapılmasını, havayolu ile yapılacak taşıma sözleşmelerinin bir unsuru olarak öngörmüştür. Varşova Konvansiyonu sadece uçak ile yapılan taşımalara uygulanır, helikopter, planör, hovercraft vb. araçlar Konvansiyon hükümlerinin dışında kalır<sup>28</sup>.

SHK. nun 106. md. si, yukarıda değinilen Varşova Konvansiyonu'na atıf yapmakta olduğu<sup>29</sup> cihetle, iç hukuk kuralları bakımından da, taşımanın uçakla yapılması, sözleşmenin, Taşıma Hukuku anlamında

<sup>25</sup> Bu fikre karşı denecektir ki, TK. md. 817 ve md. 1019, sorumluluğu düzenleyen hükümlerdir, bir sözleşmenin navlun sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde başvurulacak unsurları ihtiva etmezler ve TK. md. 1016 anlamında bir navlun sözleşmesi bulunup bulunmadığını tesbit için, taşımada kullanılacak aracın gemi olup olmadığı, sadece TK. md. 816 hükmü açısından belirlenir. Ancak, her ne kadar TK. md. 817 ile TK. md. 1019 bir sözleşmenin, navlun sözleşmesi olup olmadığının belirlenmesinde unsur olacak şartları ihtiva ettiği kabul edilmese bile, bu hükümler ile Kanun taşıyana taşıma sözleşmesini belli nitelikleri ve vasıfları bulunan bir araç ile yapmasını borç olarak yüklemiş ve bu borcun müeyyidesi olarak da bir sorumluluk getirmiştir. Bu anlayıştan ilerleyerek, bir sözleşmenin, TK. md. 1016 vd. hükümler anlamında navlun sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, taşımanın belli niteliklere sahip bir gemi ile yapılacağını öngörülmüş olması icab edecektir.

<sup>26</sup> Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air.

<sup>27</sup> "This Convention applies to all ... carriage ... performed by aircraft ..."

<sup>28</sup> SÖZER (Milletlerarası Taşımalar), 393-394; karş. ÜLGEN (Hava), 16, 42.

<sup>29</sup> "Havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda; bu Kanunda hüküm bulunmadıkça, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ... uygulanır." Maddenin bu ifadesi ile, yurt dışı taşımalar Kanun'un kapsamı dışında tutulmakta olduğu cihetle, uluslararası taşımalara zaten Varşova Sözleşmesi ve tadilleri uygulanacaktır.

bir -havayolu ile- taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için zorunlu bir unsur olmaktadır.

Burada da, *uçak* ile neyin kast edildiği sorusu ortaya çıkmaktadır. SHK. nun 3. md. sinin (b) bendinde, uçak, daha doğrusu Kanun'un kullandığı deyim ile, *hava aracı*, şöyle tanımlanmıştır: *Havalanabilen ve havada seyredilme kabiliyetine sahip her türlü araç*.

Ne var ki, iş bu kadar basit değildir. Uluslararası konvansiyonlarda, sadece, 13 Ekim 1919 tarihinde Paris'te imzalanmış olan "Hava Seyrüseferlerinin Düzenlenmesi Hakkında Sözleşme" nin (A) Eki'nde uçak "*Hava reaksiyonlarından atmosferde destek sağlayabilen her türlü araç*"<sup>30</sup> olarak tarif edilmiştir. Söz konusu Paris Sözleşmesi ise, 1944 Şikago Sözleşmesi'nin 80. md. si ile yürürlükten kaldırılmıştır. Şikago Konvansiyonu uçağın tarifini vermemektedir. Fakat Annex'lerinde uçak şöyle tarif edilmektedir: *Havanın, dünya sathı üzerindeki reaksiyonları hariç olmak üzere, hava reaksiyonlarından atmosferde destek sağlayabilen her türlü araç*.<sup>31</sup> Bu tanımın amacı, "Hovercraft" ı uçak olarak kabul etmemektir. Fakat, Şikago Konvansiyon'u Devletler Umumî Hukuku'nun alanına girmektedir ve özel hukuku ilgilendiren taşıma sözleşmeleri için ne ölçüde uygulanacağı tartışma konusudur. Bununla beraber, hatırlatma olarak zikrederim ki, prensip olarak, Şikago Konvansiyonu'nun Annex'lerindeki tanımlar, Konvansiyon'a taraf olan ülkelerde de geçerlidir<sup>32</sup>.

Demiryolu ile yapılacak taşımanın da, traverslerden hoplayarak giden bir el arabası ile veya bir ayağı bir rayda diğeri öbür rayda ve yük de sırtında, koşarak giden bir kişi tarafından yerine getirileceğini düşünmek, olsa olsa bir karikatüre konu teşkil edebilir.

Kalıyor geriye karayolu ile yapılan taşımalar .. Hemen belirtelim ki, CMR md. 1/2 uyarınca, CMR kapsamına giren taşıma sözleşmelerine CMR hükümlerinin uygulanabilmesi için, taşımanın ancak değinilen maddede tanımlanan tür araçlar<sup>33</sup> ile yapılması gerekmektedir; taşımanın

<sup>30</sup> "Any machine that can derive support in the atmosphere from the reactions of the air."

<sup>31</sup> "Any machine that can derive support in the atmosphere from the reactions of the air other than the reactions of the air against the earth's surface."

<sup>32</sup> SÖZER (Kanun), 71-72.

<sup>33</sup> Bu araçlar: Motorlu taşıtlar, dizi halinde taşıtlar, römorklar ve yarı römorklardır (Motor vehicles, articulated vehicles, trailers and semi-trailers).

değil yaya veya hayvan gücü kullanılarak yapılması, tanımlananlardan başka tür bir taşıt aracının kullanılması halinde dahi, o taşıma sözleşmesine CMR uygulanamaz.

Buraya kadar olan ve büyük ölçüde de özet niteliğindeki açıklamalardan görülmektedir ki, gerek mevzuatta ve gerekse de uluslararası anlaşmalarda, taşımanın araç kullanılarak yapılması taşıma işleminin bir şartı, ya da unsuru olarak öngörülmektedir. Hatta, ilgili hükmün uygulanabilmesi için, aracın ayrıntılı bir tanımı dahi verilmektedir.

Şu halde, burada söylenecek olan şudur: Değınilen hukukî düzenlemelerin kapsamına giren taşıma sözleşmelerinin geçerli olarak kurulabilmesi için, taşıma işını üstlenen tarafın bu borcunu bir taşıt aracı ile yerine getireceğini -zımnın de olsa- taahhüt etmesi ve ayrıca, ilgili hükümlerde bu taşıt aracı hakkında bir tanım yapılmışsa, aracın o tanıma da uyması, sözleşmenin bir taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için zorunlu bir unsur teşkil eder.

Bunların dışında kalan taşıma işlemlerinin taşıt aracı kullanılmadan yapılıp yapılamayacağına gelince: TK. nda, karayolu ile yapılan sözleşmeler hakkında -dar bir kapsam içinde de olsa- umumî hükümler ihtiva eden md. 762-767 bu konuda her hangi bir açıklık ihtiva etmemektedir. Karayolu ile eşya taşıma sözleşmelerini düzenleyen 768-797. md. hükümlerinden de kesin bir sonuç çıktığını söylemek doğru olmaz. Bununla beraber, bütün bu hükümlerin taşımanın bir araçla yapılacağıının farz ve kabul edilerek kaleme alınmış olduğunu söylemek mümkündür.

Yolcu taşıma sözleşmesinin ise bir taşıt aracı kullanılarak yapılacağı bir çok maddenin içeriğinden kolaylıkla anlaşılmaktadır (bkz. meselâ md. 799, 803, 806)<sup>34</sup>.

Şu halde; gerek açık hukukî hükümler, gerekse de işın kaçınılmaz doğası ve niteliğı bakımından, bu güne kadar, en azından hukuk fakültelerinin ilgili kürsülerinde okutulmakta bulunan konular ile sınırlı olarak da incelense, taşıma hukukunun içinde ele alınan tür taşıma işlemlerinin mutlaka bir taşıt aracı ile yapılması gerekmekte ve dolayısı ile de taşıt

<sup>34</sup> Konumuz yük taşıma sözleşmeleri olduğu için, yolcu taşımaları ile ilgili hükümlere sadece konu ile olan ilgileri ve mukayese amacı ile değınilecektir.

aracı kullanılması anılan taşıma sözleşmelerinin tanımlanmasında bir *unsur* olarak karşımıza çıkmaktadır.

### 3. Taşıyanın Yüke Zilyed Olması

İnceleme konusu olan taşıma türlerinin (kategorilerinin) hepsinde, taşıyanın başlıca sorumluluğu taşınan yükün korunması ve yüke özen gösterilmesidir. Taşıyanın bu sorumluluğu üstlenebilmesi için, doğal olarak, yükü kendi nüfuz ve egemenlik alanına almış olması icap eder. Bu da taşıyanın yükün üzerinde doğrudan-vasitasız (fakat, fer'i) zilyed olması ile mümkün olabilir. Gerçekten, taşıma sözleşmelerinin ayırt edici unsurlarından bir tanesi, taşıyanın yükün üzerinde doğrudan/vasitasız zilyetlik elde etmesidir<sup>35</sup>. Taşıyanın, taşımayı taahhüt ettiği yük üzerinde vasitasız zilyetliği elde etmediği bir sözleşme taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilemez<sup>36</sup>.

Taşıyan, vasitasız fakat fer'i zilyet durumundadır; aynı zamanda, *başkası için zilyedir*. Zira, taşıyan yükü kendisi için egemenliği altında tutmamakta, fakat taşıtan için tutmaktadır. Taşıyan taşımak üzere teslim aldığı yük üzerinde malikinin<sup>37</sup> mülkiyete dayanan üstün hakkını inkâr etmediği gibi, varma yerinde gönderilene teslim taahhüdünde bulunmakla, yük üzerinde gönderilenin de üstün bir hakkı olduğunu ikrar etmiş olmaktadır<sup>38</sup>.

Şu halde, bir taşıma sözleşmesinin varlığını tayin için, tarafların ortak iradeleri dikkate alınarak, taşıtanın yükün vasitasız zilyetliğini taşıyana geçirmek niyetinde olup olmadığına karar verilmek icap etmektedir. Taşıtanın böyle bir iradesinin söz konusu olmadığı veya olamayacağı ortamlarda, *taşıma hukuku anlamında*, bir taşıma sözleşmesinin kurulmadığı sonucuna varmak gerekecektir.

<sup>35</sup> ARKAN, 13; ÇAĞA/KENDER II, 3; ÜLGEN (Hava), 96.

<sup>36</sup> AKINCI, Sami, *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, İstanbul 1968, s. 12; OKAY, Sami, *Deniz Ticareti Hukuku II/1*, İstanbul 1968, s. 2-3.

<sup>37</sup> Yükün maliki taşıtan olabileceği gibi, bir başka kişi de olabilir.

<sup>38</sup> HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, 251-252; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 10. bası, İstanbul 2004, s. 51, 58; bu yazara göre, başkası için zilyedlik, bir malın, üzerinde hiçbir ayrı veya şahsî hak iddia etmeksizin, sırf başkası için elde tutmak olup, hem aslî ve hem de fer'i zilyedlikten ayrı bir statüdür.



Taşıma faaliyetinin ifa edildiği veya diğer bir deyişle, taşıma taahhüdünün bulunduğu bir çok işlemde, taşıma işini görenin (burada kasıtlı olarak *taşıyan* kelimesi kullanılmamıştır), taşınan mal üzerinde zilyedliği elde etmiş olduğu söylenemeyecektir. Diğer bir deyişle, malı taşıttıranın, mal üzerindeki zilyedliğini, taşıma işini yapan kişiye devir iradesine sahip olmadığı görülecektir. Bu cümleden olmak üzere; çarşı-pazar yerlerinde veya tren istasyonu-hava alanı gibi yolcu terminallerindeki taşıma hizmetlerini; aynı binada veya civar yerlere ev veya iş yeri eşyası taşınmasını öngören hizmetleri zikredebiliriz. Bu gibi işleri, gerçek anlamı ile taşıma sözleşmesi olarak kabul edemeyiz<sup>39</sup>. Bu tür girişimlerde, malı taşıttıran, mal ile birlikte olmakta, malı izlemekte ve onun üzerindeki fiili egemenliğini terk etmek niyetini göstermemektedir; dolayısı ile de vasatasız zilyedliğin taşıma işini gören kişiye devir edildiğine dair bir irade uyuşmasından söz etmek imkanı olmaz.

Bu tür taşıma işlerinde, taşımayı yapan kişinin mal üzerindeki egemenliği sadece *zilyed yardımçılığıdır*, malı taşıttıran ise dolaysız zilyedliğini korumaya devam eder<sup>40</sup>.

Genellikle taraflar taşıma sözleşmesinin kurulmasına ilişkin işlemlerin aşamaları içinde taşıyacak malın taşıyanın zilyetliğine geçeceği hususundaki iradelerini belirten açık bir anlaşma yapmış olmazlar dahi. Çoğunlukla, tarafların malın taşınmak üzere taşıyana teslim edildiği sıradaki ortak iradelerinin yorumlanması ile bir sonuca varılabilir. Burada, - bir çok benzer durumda olduğu gibi- genel hayat tecrübelerinden, ticarî uygulamalardan, iş hayatının genel-geçer usullerinden yararlanılacaktır<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Bu ve benzeri tür ilişkiler esasında isimsiz sözleşmeler grubuna girer ve genel anlamı ile hizmet sözleşmesinin türleri olarak nitelendirilebilirler. Bir de, yük sahibinin taşıt aracını bizzat veya adamları vasıtası ile kullanarak taşımayı yapması vardır ki, çoğunlukla araç kiralannmış olabilir veya bir *charter* sözleşmesi ile yük sahibinin kullanımına tahsis edilmiştir.

<sup>40</sup> HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, age., 252; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, age, 51.

<sup>41</sup> Tarafların iradelerinin yorumlanmasında dikkate alınabilecek kriterlerden bir tanesi, hatta nisbeten önemli olanı, malın taşıyana teslim edilmesinden sonra kat edilecek mesafe olacaktır. Eğer, taşımanın icra edileceği mekânın boyutları veya taşımanın başlangıç noktası ile bitim noktası arasındaki mesafe, taşıtanın malı zilyetliği altında tutmaya devam etmesine imkân bırakmayacak derecede ise tarafların mal üzerindeki doğrudan zilyetliğin taşıyana geçeceği hususunda anlaşmış oldukları sonucuna varılabilir ve dolayısı ile sözleşmenin gerçek anlamda bir taşıma sözleşmesi olduğu kabul edilebilir. Mesafe unsuru-nun lüzumu yönünde bkz. ÜLGEN (Tebliğ), 5.

Şu halde, ancak taraflar arasında taşınacak yük üzerinde taşıyanın zilyedliğe sahip olacağına dair bir irade uyuşmasının bulunduğu sözleşmeleri, *Taşıma Hukuku* anlamında taşıma sözleşmesi olarak kabul edebiliriz<sup>42</sup>.

#### 4. *Yükleme / Boşaltma - Tesellüm / Teslim*

Yaygın olarak kullanılan bir ifade ile taşıma sözleşmelerinde taşıyanın borcu ve dolayısı ile de sorumluluğu, malı taşımak, malı korumak ve zamanında teslim etmek olarak belirtilir. Ne var ki -ve hemen yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere- taşıma işleminin gerçekleştirilebilmesi için önce malın teslim alınması lâzımdır. Taşıma sözleşmesinde yükün taşıyanın zilyedliğine geçmesi söz konusu olduğu cihetle, tesellüm işlemi ayrıca önem ifade etmektedir. Aşağıda etraflıca inceleneceği üzere<sup>43</sup>, tesellüm işlemi, yükleme fiili ile bağlantılıdır. Bu itibarla, malın taşıyana nerede teslim edileceği, dolayısı ile de yükleme yeri taşıma sözleşmesinde belirtilmiş olmalıdır. Konuya hukukî açıdan bakınca, yüklemenin ve yükü tesellüm etmenin, taşıyanın borçlarından bir tanesini oluşturduğu ortaya çıkar.

Taşıma fiili ise bir kere başladıktan sonra sonsuza kadar devam etmez ve zaten taşımının amacı malın bir yerden bir başka yere nakledilmesi olduğu cihetle, taşıma malın nakledildiği yerde son bulur<sup>44</sup> ve mal taşıyan tarafından geri verilmeli, yani teslim edilmelidir. Teslim, taşınan yük üzerindeki zilyedliğin gönderilene devredilmesi demektir. Teslim işlemi ise, boşaltma fiili ile bağlantılıdır. Hukukî niteliği bakımından teslim, taşıma sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmesidir. Şu halde, taşıma sözleşmelerinde, varma yeri ve yükün teslim edileceği kişinin belirtilmesi icab eder<sup>45</sup>.

Ancak, doktrinde varma yeri ile gönderilenin sözleşmedeki değeri ve fonksiyonu bakımından bazı farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, varma yeri, esasında, taşıma sözleşmesinin bir unsuru olmakla be-

<sup>42</sup> Yük taşıma sözleşmelerindeki bu durumu, yolcu taşıma sözleşmelerinde de görmekteyiz; yolcu, taşıyanın talimatına ve kurallarına uymakla yükümlüdür, SÖZER (Sorumluluk I), 777-784.

<sup>43</sup> Makalenin sınırlarını fazla zorlamamak için, bu hususu asıl konumuz olan havayolu ile yapılan taşımalar çerçevesinde ele alacağız, bkz. § 4/I, 1.

<sup>44</sup> ÇAĞA/KENDER II, 1.

<sup>45</sup> ÇAĞA/KENDER II, 1, 5.

raber, bu yerin taşıma sözleşmesinde açıkça gösterilmesi zorunlu olmayıp, sözleşmede bu yolda hüküm bulunması şartı ile, taşıma sırasında da tesbit ile taşıyana bildirilmesi mümkündür <sup>46</sup>.

Diğer taraftan, gönderilenin sözleşmenin esaslı unsurlarından olmadığı kabul edilmekte, meselâ, denize atılacak çöp veya benzeri yükler bakımından, bir gönderilenin söz konusu olmayacağı ve buna bağlı olarak bir varma limanının da bulunmayacağı ifade edilmektedir <sup>47</sup>. Şu halde, varma limanı da sözleşmenin bir unsuru olarak ele alınmamalıdır.

Kanaatımızca, konu biraz tafsile muhtaçtır ve özellikle taşıma sözleşmesinden doğan borcun ifa edilebilmesi, hatta ifası kabil bir borç olarak nitelendirilebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Bir kere varma yeri ve/veya gönderilenin sözleşmede belirtilmemesi, fakat, taşıma sırasında tayin edilip, taşımanın belli bir aşamasında taşıyana bildirileceğine dair bir anlaşma yapılması, kuşkusuz, caizdir. Asıl önemli olan, varma yerinin ve/veya gönderilenin hiç olmamasıdır.

Hemen yukarıda değinmiş olduğumuz üzere; doktrinde, atık maddelerin (meselâ, çöp, cüruf, enkaz) ortadan kaldırılması/atılması, meselâ, denize dökülmesi, için yapılacak sözleşmeler de, bunların belli bir yere ve belli bir alıcıya teslimi söz konusu olmamasına rağmen, taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

Bazı durumlarda, bu gibi maddelerin nereye atılacağı taraflar arasında kararlaştırılabilir ve hatta sözleşmenin bir şartı haline de getirilebilir; özellikle, kimyasal veya nükleer maddeler, vb. gibi tehlikeli atıklar bakımından, yetkili kamu otoritelerinin koyduğu kurallara uyulmaması halinde ağır müeyyidelerin söz konusu olduğu hallerde, taşımayı yaptıran, sözleşmeye taşıyanı bağlayıcı hükümler koymak yoluna gidebilir hatta ilgili mevzuat ile buna mecbur tutulmuş da olabilir. Bu ihtimalde,

<sup>46</sup>ARKAN, 10; ÇAĞA/KENDER II, 1. Karayolu ile yapılan taşımalarda varma yeri ve gönderilenin belirtilmesindeki önem açısından bkz. TK. 769/I, I ve III; taşıma senedinde gönderilen ve malın gönderildiği yerin yazılmaması halinde, bu belge kıymetli evrak olarak kabul edilmez. Karş. TK. 1098/5 ve 1101; ancak, konișmentoda gönderilenin adı yazılmaz ve emre kaydı da bulunmaz ise, bu hamile yazılı konișmento olarak kabul edilir, ÇAĞA/KENDER II, 75.

<sup>47</sup> ÇAĞA/KENDER II, 2 ve 5; aynı fikirde OKAY, age, 7; mütereddit AKINCI, age, 9.

bir ölçüde de olsa varma yerinin tayin edildiği kabul edilse bile, gönderilen yoktur.

Böyle bir durumda, boşaltma yeri olarak çok geniş bir alan belirlendiği ve fiili boşaltma noktası taşıyanın tercihinin bırakıldığı takdirde veya hiçbir boşaltma alanı tesbit edilmeyip, tercihin tamamen taşıyana ait olduğu bir halde, farazî bir boşaltma yeri dahi bulunmayacaktır.

Ne var ki; taşıma sözleşmesinin belirleyici öğelerinden bir tanesi, bilindiği gibi, yükün üzerindeki vasıtasız fakat fer'i zilyedliğin taşıyana geçmesidir. Çöp, cüruf, enkaz vb. maddelerin -meselâ denize- atılmasında, yük üzerindeki zilyedlik ne olacaktır ? Buna paralel olarak, yük üzerindeki mülkiyet hakkı nasıl hükme bağlanacaktır ?<sup>48</sup>

Taşıma sözleşmesinde taşıtan, olayların büyük bir çoğunluğunda, malı, üzerindeki mülkiyet hakkını bir başkasına, yine olayların büyük bir çoğunluğunda ve mantıkan, gönderilene, devir etmiş olduğu için taşıttırır. Taşıtanın taşıma işlemine girişmesi, malı, satmış olduğu kişiye teslim borcunu ifa etmek içindir ve alıcıyı gönderilen olarak gösterir<sup>49</sup>. Ancak pek seyrek olarak da, taşıtan malı varma limanında yine kendisi almayı plânlamıştır ve dolayısı ile gönderilen olarak kendisini gösterir<sup>50</sup>.

Buna karşılık, tartışılan faraziyede, malik, mal üzerindeki mülkiyet hakkını, onu başkasına devir etmek amacını gütmeksizin, mutlak olarak kaybetmek amacı ile davranmaktadır (*derelictio*) (MK. md. 778).

Burada üzerinde durulması gereken birinci husus, mülkiyetin malik/taşıtan tarafından hangi aşamada terk edilmiş sayılacağıdır. Eğer mülkiyet, malın taşıyana teslim edildiği zaman terk edilmiş sayılacak ise, taşıyan sahipsiz bir malı elinde bulundurmaktadır. Taşınan malın kime ait olduğu önemli değildir; taşıtana da ait olabilir, başkasına da, hatta hiçbir

<sup>48</sup> İhtiyaten hatırlatalım ki, bu tartışmada şu ayrımın yapılması gerekmektedir: Çöp, cüruf vb. mallar da pek alâ herhangi bir ticarî met'a olarak satılabilir veya maliki tarafından belli bir sebeple, meselâ, tekrar kullanılmak amacı bir yerden bir başka yere gönderilebilir ve bu gibi durumlarda ortada tereddütsüz bir taşıma sözleşmesi vardır. Asıl önemli olan, malların atılması, ortadan kaldırılması, imha edilmesi amacı ile yapılan taşımaların hangi hukuki rejime tabi tutulacağıнын tayin edilmesidir.

<sup>49</sup> Tartışma konusu ile sınırlı olmak kaydı ile ve konuyu fazla dağıtmamak düşüncesi ile, buradaki açıklamalarımızda, taşıma yükümlülüğünün satıcının üzerinde olduğunu, malın da doğrudan doğruya alıcıya teslim edileceğini farz ve kabul etmekteyiz.

<sup>50</sup> ARKAN, 10; ÇAĞA/KENDER II, 75.

maliki de bulunmayabilir <sup>51</sup>. Taşıma sözleşmesinin yapıldığı zaman taşıtanın mülkiyetinde bulunan bir mal, taşıyana teslim edildiği anda, sahipsiz bir mal haline gelmiş durumdadır. Taşıyanın, malın mülkiyetini kazanmak iradesi de olmadığı için, ortada sahipsiz bir mal vardır <sup>52</sup>. Sözleşme yapıldığı zaman, malın nereye atılacağı belirtilmiş olabilir. Taşınan malın mülkiyet hakkının kime ait olduğu önem taşıdığı cihetle, malikin, mülkiyetini terk etmek niyetinde olduğu bir mal için önce taşıma sözleşmesi yaptığı ve bu malı taşıyana teslim ile birlikte, üzerindeki mülkiyet hakkından vaz geçtiği kabul edilebilir. Olaya bu açıdan bakıldığında, ilk nazarda tarafların arasında bir taşıma sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilebilir.

Ancak, burada tarafların gerçek iradesi bir malın belli bir yere taşınması olmayıp, mülkiyet hakkından vaz geçilen bir malın, malikinin arzusu dairesinde ortadan kaldırılması, bir anlamda, imha edilmesinin temini olmaktadır. Böyle olunca, bu sözleşme bir taşıma sözleşmesi olarak kabul edilebilir mi, yoksa bir vekâlet veya istisna sözleşmesi olarak mı nitelendirilmelidir ? Ya da bir karma akit <sup>53</sup> olarak mı görülmelidir ?

Ayrıca, konu bir de zilyedlik hükümleri açısından ele alınınca, karışımıza başka sorular da çıkacaktır. Taşıtan/malik, taşıma sözleşmesinin konusu olan mal üzerindeki mülkiyet hakkını terk etmekte olduğuna göre, aynı zamanda mal üzerindeki zilyetliğini de terk etmiş olacaktır. Bu kişinin amacı, mülkiyeti terk olduğuna göre, zilyedliği taşıyana devir etmek gibi bir iradesi de olamaz. Bu durumda, taşıyan maldaki zilyedliği neye göre elde etmiş sayılmalıdır ? Fer'î zilyedlik olamaz, çünkü ortada aslî zilyed yoktur. Aslî zilyedliği iktisap ettiğini de var sayamayız, çünkü taşıyan mala onun mülkiyetini elde etmek iradesi ile zilyed olmamaktadır. Taşıyanın böyle bir iradesinin bulunması halinde mesele daha da karışır; terk edilmiş bir mal (*res derelictae*) üzerinde malik sıfatını kazanmış olan taşıyan, daha önce yapmış olduğu bir sözleşme uyarınca bu malı imha etmek ile yükümlü tutulabilir mi ?

<sup>51</sup> Gümrüklere terk edilmiş malların, yetkili makamlar tarafından taşıtırılmasında olduğu gibi.

<sup>52</sup> Kamu hukuku, özellikle gümrük mevzuatı bakımından, sahipsiz bir malın taşınmasının ne gibi sonuçları davet edeceği ve benzeri gibi hususları ve bunların taşıma sözleşmesi üzerindeki etkilerini şimdilik ele almamaktayız.

<sup>53</sup> Daha da doğru bir ifade ile *karışık muhtevali akit*; bkz. KUNTALP, *Karışık Muhtevali Akit*, Ankara 1971.

Bir başka faraziye olarak, taşıtanın henüz malın maliki iken bunun fer'î zilyedliğini taşıyana devrettiğini ve mülkiyeti daha sonra terk ettiğini düşünecek olsak dahi, mülkiyetin terki ile, aslî zilyedliğin de sona erdiğini ve dolayısı ile, taşıyanın fer'î zilyedliğinin de ortadan kalktığını kabul etmemiz gerekecektir. Özellikle, taşıyanın zilyedliğinin, başkası için zilyedlik olduğunu dikkate alacak olursak, taşıyanın zilyedliğinin sona ermesi kaçınılmaz olacaktır. Zilyedliğin taşıyana geçmediği bir halde de, taşıma sözleşmesinden bahis etmek mümkün olamayacaktır.

Buna karşılık, taşıtan sıfatındaki malikin, mal üzerindeki mülkiyet hakkının, malın denize, veya karada herhangi bir yere, atılması ile birlikte sona erdiği kabul edilecek olursa, karşımıza yine benzer sorular çıkacaktır: Evvelâ malik bu sözleşmeyi gerçekte malı bir yerden bir başka yere taşımak amacı ile mi yapmıştır, yoksa maldan “kurtulmak” amacı ile mi? Bu soruya cevap olarak, ikinci ihtimalin daha ağır bastığını söyleyebiliriz ve o zaman da yine sözleşmenin bir taşıma sözleşmesi mi yoksa bir vekâlet veya istisna sözleşmesi mi olduğu meselesi ile karşı karşıya geliriz.

Her iki durumda da, taşıyanın fer'î zilyedliği elde ettiğini kabul edecek olsak dahi, malların denize atılması ile, bu zilyedliğin akıbeti de tartışılmak gerekecektir. Taşıyan, bir taşıma sözleşmesinde olacağı gibi, malı teslim etmiş olduğu zaman devir almış olduğu fer'î zilyedliği kimseye devir etmemiştir. Esasen, sadece başkası için zilyed durumunda olduğu için, aslî zilyedliğe sahip olanın, bu sıfatını terk etmesi ile, başkası için zilyed olmak mevkiini de kayıp etmiştir.

İmdi, sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: Bir kere taşıma sözleşmesi yapılması ile güdülen amaç ve özellikle de taşıma işleminin tanımı ve esas mahiyeti dikkate alındığı takdirde, gönderilenin ve varma yerinin taşıma sözleşmesinin aslî unsurlarından olduğunu söyleyebiliriz. Zaten bunun böyle olması kaçınılmazdır, aksi takdirde, borçlu borcunu nasıl, nerede ve kime ifa edeceğini bilemez. Tarafların taşıma sözleşmesinde varma yerini ve gönderileni tanımlamaması halinde, BK. nun 73. md. sinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Diğer taraftan, varma yeri olarak, denizin ortasında veya karada bir yer gösterilip, yükün oraya dökülmesi kararlaştırıldığı hallerde de, söz-

leşmenin taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışması ortaya çıkacaktır.

### III. TAŞIMA SÖZLEŞMESİ

#### 1. Tanımı

##### a. Mevzuat Hükümleri

Taşıma sözleşmesi, eski hukukumuzda, bir taraftan BK. nunda diğer taraftan ise ETK. nunda olmak üzere, iki ayrı yerde düzenlenmişti.

BK. nun, konunun ele alındığı ve *Nakliye Mukaveleleri* başlıklı *Onaltıncı Bab*'ının, 431-448. md. lerinde, taşıma sözleşmesi tanımlanmış olmayıp, sadece md. 432'de *taşıyan*, Kanun'un kullanmış olduğu deyim ile, *nakliye müteahhidi* tarif edilmişti: "*Nakliye müteahhidi, ücret mukabilinde eşya naklini deruhte eden kimsedir. Atideki hükümler mahfuz olmak üzere, vekâlet kaideleri nakliye mukaveleleri için de tatbik olunur.*" Bu hükümler, bilindiği üzere, TK. nun Tatbikat Kanunu ile (md. 41/I) kaldırılmıştır<sup>54</sup>.

Diğer taraftan ise, ETK. md. 887 taşıma sözleşmesini "*Bir nakliyecinin ücret mukabilinde eşya veya eşhasın karada, sularda nakillerini taahhüt eylesine nakil mukavelesi itlak olunur.*" şeklinde tanımlamakta idi.

Carî mevzuatımızda taşımanın, dolayısı ile de taşıma sözleşmesinin genel-geçer amaçlı ve değerinde bir tanımı mevcut değildir. Sadece değişik taşıma türlerinin düzenlendiği hükümlerde yer alan münferit tarifler vardır.

Esas itibarı ile karayolu ile yapılan taşımaların düzenlendiği TK. 762 vd. hükümlerde taşıma sözleşmesi değil, fakat taşıyan tarif edilmiştir: *Taşıyıcı, ücret mukabilinde yolcu ve eşya (yük) taşıma işlerini üzerine alan kimsedir* (md. 762).

<sup>54</sup> Görüldüğü gibi, burada sadece yük taşımaları düzenlenmiş, yolcu taşımalarına değinilmemiştir. İkinci ilginç husus, taşıma sözleşmesi ile vekâlet akdî arasında ilişki kurulması ve dolayısı ile de, münferit olaylarda taşıma sözleşmelerine uygulanacak hüküm bulunmadığı hallerde, vekâlet akdini düzenleyen hükümlerin taşıma sözleşmelerine de uygulanacağına belirtilmiş olmasıdır.

Karayolu ile yapılan taşımalar için daha özel nitelikte bir kanun olan KTK.<sup>55</sup> ise, tanımların yer aldığı 3. md. sinde taşımayı tarif etmektedir: *Yolcunun taşıta bindiği veya eşyanın taşımacıya teslim edildiği yerden varış noktasına götürülmesidir.*

TK. nu denizyolu ile yük taşımalarını 1016 vd. md. lerde düzenlemektedir. TK. 1016. md. nin ifadesinden esinlenerek, taşımanın şu şekilde tanımlanması mümkündür: ... *navlun karşılığında ... eşya (y) denizde taşıma (k) ....*

Aynı maddeyi incelediğimiz zaman, taşıma sözleşmesinin şu surette tanımlandığını görmekteyiz: ... *navlun karşılığında ... gemi ile ... eşya (mn) ... denizde (taşınmasının) ... taahhüt (edilmesi) ... .*

SHK. ise, ne taşımayı ne de taşıyanı tarif etmiştir.

Gerek mevzuatta yer alan başlıca hükümleri ve gerekse de işin mahiyetini dikkate alarak, taşımayı şu surette tanımlayabiliriz. *Taşıma, yolcunun veya eşyanın bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesidir*<sup>56</sup>.

Taşıma sözleşmesi için ise ve sözleşmenin esaslı unsurlarını da göz önünde tutarak, şu tarif verilebilir: *Taşıma sözleşmesi, taşıyanın, ücret karşılığında, yolcu veya yükü, bir yerden bir başka yere götürmeyi üstlendiği sözleşmedir*<sup>57</sup>.

## **b. Muhtevası İtibarı İle**

Taşıma sözleşmesi tam iki taraflı ve rızâî bir akittir. Bir tarafında yolcu veya yük sahibi, diğer tarafında taşıyan bulunur. Diğer bir deyişle, taşıma sözleşmesi, bir taraftan yolcu veya yük sahibi ile diğer taraftan taşıyan arasında kurulmuş olan bir akittir.

Bir başka tanımla, taşıma sözleşmesi; bir taraftan kendisini bir yerden bir başka yere nakletmek isteyen kişi, ki sözleşmenin kurulması ile

<sup>55</sup> Kanun No. 4925 - Tarih 10 Temmuz 2003, RG. 19 Temmuz 2003 - 25173. Bu vesile ile, çok özet olarak da olsa belirtelim ki, bu Kanun'un asıl amacı karayolu ile yapılan yolcu ve yük taşımalarını belli ölçüde disiplin altına almak olup metinde daha ziyade kamu hukuku hükümlerine yer verilmektedir. Fakat, bir çok *taknîn* tasarrufunda görüldüğü gibi, bu Kanun da, adeta bir çok meseleye bu vesile ile çare bulunması gibi, yasama tekniğine aykırı düşen görüşlerin kurbanı olmuş ve ortaya tam anlamı ile bir *yamalı bohça* halinde çıkmıştır.

<sup>56</sup> ARKAN, 10.

<sup>57</sup> ARKAN, 10; ÜLGEN (Hava), 41.



birlikte *yolcu* sıfatını alacaktır veya malını bir yerden bir başka yere taşımak isteyen kişi, ki sözleşmenin kurulması ile birlikte *taşıtan* sıfatını alacaktır; ile, diğer taraftan kişiyi veya yükü bir yerden bir başka yere taşımayı taahhüt eden kişi, ki sözleşmenin kurulması ile *taşıyan* sıfatını alacaktır, arasında yapılan bir sözleşmedir.

Taşıma sözleşmesi, tam iki taraflı bir akittir, bir taraf, yani yolcu veya taşıtan, bu taşıma işi için ücret ödemeyi taahhüt eder, taşıyan ise, yolcuyu veya yükü bir yerden bir başka yere götürmeyi taahhüt eder.

Taşıma sözleşmesi, temsilci kullanılarak da yapılabilir. Temsilcinin, sıfatını ve nam ve hesabına akit yaptığı asili açıklayarak sözleşme yapması daha sık rastlanan tür işlem olmakla beraber, temsilcinin sıfatını beyan etmeksizin, temsil ettiği kişi hesabına sözleşme yapması da mümkündür<sup>58</sup>

Taşıma sözleşmesi, rızaî bir akittir; Borçlar Hukuku'nun genel-geçer sistemi içinde, sadece tarafların karşılıklı ve birbiri ile uyuşan iradelelerinin açıklanması ile kurulur; ne yolcunun kendisini, taşınmak üzere, hazır bulundurması, meselâ, taşıt aracına girip oturması ne de yükün taşıyana teslim edilmiş olması lâzımdır. Bununla beraber, bu konu kısmen tartışmalı olup, aşağıda kısaca üzerinde duracağız<sup>59</sup>.

## 2. Unsurları

### a. Taşıyan Bakımından

#### aa. Taşıma Taahhüdü

Bir taşıma sözleşmesinden bahis edebilmek için ayırt edici unsur olarak ortada bir taşıma taahhüdünün bulunması gerekir. Sözleşmede, taşıma taahhüdü taşıyanın aslî edimi olarak beyan ve kabul edilmiş olmalıdır<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Konunun ayrıntılarına aşağıda yer vereceğiz. Bkz. § 2/II.

<sup>59</sup> Bkz. aşağıda, § 2/IV.

<sup>60</sup> Burada kast edilen taşıma taahhüdü, yukarıda tanımlamaya çalıştığımız kriterleri ihtiva eden bir taşıma taahhüdüdür; yoksa, bir hava meydanında veya tren istasyonunda elde veya sırta veya tekerlekli araba ile bagaj taşınması için veya bakkalın, müşterisinin almış olduklarını peşinden çırağı ile göndermesi için yapılan uyuşma değildir.

Taşıma sözleşmesinde, taşımayı üstlenecek olan taraf, yani taşıyan<sup>61</sup> diğer tarafa, bir taşıma işlemini, aslî edim olarak taahhüt etmektedir. Bu taahhüt yolcu taşımalarında, yolcunun bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesini, yük taşımalarında ise, eşyanın bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesini içerir<sup>62</sup>.

Yukarıda da<sup>63</sup> işaret edilmiş olduğu gibi, bu taahhüt sadece taşıma işleminin üstlenilmesinden ibaret değildir. Sözleşme ilişkilerinin, büyük çoğunluğunda görüldüğü üzere, taşıma taahhüdü, işin mahiyeti ve icra biçimi dolayısı ile, başka edimler ile birlikte (*müterafik olarak*) bulunur. Bir sözleşmenin, taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için taşımanın, taşıyanın gözetimi ve sorumluluğunda yapılması da gerekir. Taşıma işi, kişinin veya eşyanın, taşıyanın gözetimi ve sorumluluğu altında yer değiştirmesi amacı ile yapıldığına göre, taşıyan kişi (yolcu) veya yük, taşıyanın egemenlik alanına girer, diğer bir deyişle, taşıyan tarafından *devir ve teslim alınır*. Taşıma sırasında, yük taşıyanın zilyedliğine geçer ve onun egemenliği altında bulunur; yolcular ise, ... *taşıyıcılar tarafından iç hizmetleri tanzim için konmuş olan usul ve talimatı ihlal etmemekle mükelleftir* ... (TK. md. 798) ve taşıyanın ... *bütün talimatına uymağa mecburdur* ... (TK. md. 1120).

Taşıma sözleşmesi, yolcunun taşıyan tarafından *esir alındığı* anlamına gelmediği gibi, eşyaya *temellük etmek* hakkını da vermez. Bu itibarla, taşıma işleminin sonunda, yolcu tekrar -ve olabildiği kadar !!- kendi iradesi ve tercihleri ile serbestçe hareket edebileceği ortama *iade olunur* ve yük de hak sahibine *teslim edilir*.

Daha önce de kısaca belirtmeye çalıştığımız gibi, taşıma sözleşmesi, taşımanın yanı sıra, saklama ve koruma yükümlülüğü ile birlikte, teslim ve teslim borçlarını da içerir.

Bunların ayrıntılarını, asıl konumuz olan havayolu ile yük taşıma sözleşmesi bağlamında ele alacağız.

<sup>61</sup> *Taşıyan* deyiminin tercih edilmesi ve kullanılması hakkındaki açıklamalar için bkz. aşağıda 3, a, aa.

<sup>62</sup> İşçilerin, öğrencilerin ev ile işyeri veya okul arasında taşınmaları, hastanın ambulans ile hastahaneye götürülmesi ve hatta başladığı yerde biten turistik geziler taşıma sözleşmesi sayılmazlar. Bu gibi sözleşmelerde, taşıma fiili, aslî edimin ifasını sağlayan bir faaliyettir. Aksi görüş, ARKAN, 11; ÜLGEN (Tebliğ), 6, fakat, ayrıca krş. 8.

<sup>63</sup> Bkz. yukarıda II/1.

### **bb. Tesellüm / Teslim**

Yine yukarıda <sup>64</sup> değinilmiş olduğu üzere; taşıyanın taahhütlerinden bir tanesi, taşımayı taahhüt ettiği yükü ve taşıma amacı ile devir ve teslim almak ve taşıt aracına yüklemektir <sup>65</sup>.

Bu anlamda, yükün taşıyanın zilyedliğine geçmesi de taşıma sözleşmesinin ayırt edici unsurlarından bir tanesidir. Yük, taşıtanın -veya malikinin- doğrudan zilyetliği altında kaldığı takdirde, ortada bir taşıma sözleşmesi yok demektir.

Yükü, taşıma sözleşmesinin ifası amacı ile tesellüm etmenin karşısında, varna noktasında, onun yine taşıma sözleşmesi icabı teslim almaya yetkili olan kişiye teslimi taahhüdü yer alır. Taşıyan, yükü satın almadığı ve dolayısı ile mülkiyetine geçirmediği cihetle, onu elinde sadece dolaylı zilyet ve başkası için zilyet sıfatı ile tutmaktadır. Esasen taşıma sözleşmesinin yapılmasında tarafların ortak iradeleri, yükün bir yerden bir başka yere taşınmasında olduğu gibi, varna yerinde, yükün tesellümünü talep etmek hakkını haiz olan kişiye tesliminde de birleşmiş olmalıdır. Yükün, bu şekilde iadesini öngörmeyen bir sözleşme, malın üzerindeki mülkiyet hakkının terk edilmiş olduğu anlamına gelir ve dolayısı ile de bir satış akdi olur. Buna paralel olarak, yükün taşıyan tarafından imha edileceği yolunda bir anlaşma yapılmışsa, bu bir istisna akdi olarak kabul edilebilir <sup>66</sup>.

### **cc. Bakım ve Koruma**

Taşıma sözleşmesinin ifası sırasında, taşıyan yükü korumak ve herhangi bir zıya veya hasara uğramadan gönderilene teslimini sağlamakla yükümlüdür. Taşıyanın bu sorumluluğu, yüke zilyed olması ile paraleldir. Taşıyanın yükün zilyedliğini elde etmediği hallerde, herhangi bir bakım ve koruma borcundan da söz edilemez. Zaten, taşıyan yükün -

<sup>64</sup> Bkz. yukarıda II/4.

<sup>65</sup> Yükün fiilen yüklenmesi taşıtanın sorumluluğu altında olabilir. Bu gibi şartların bulunduğu taşıma sözleşmelerinde taşıyan, taşıtanın, üstlenmiş olduğu yükleme işlemini sözleşmeye uygun ve gereği gibi yapabilmesini sağlayacak ortamı hazırlamak ve önlemleri almakla yükümlüdür.

<sup>66</sup> Bkz. yukarıda II/4.

doğrudan fakat fer'i- zilyedliğinin taşıyana intikal etmediği bir düzen, taşıma sözleşmesine de vücut vermemiş olacaktır<sup>67</sup>.

### b. Taşıtan Bakımından - Ücret Ödeme Taahhüdü

Taşıma sözleşmesini, taşıyacak olan yolcu veya yük tarafından belirleyen unsur ücret ödenmesidir. Bir taşıma taahhüdü ücret karşılığı olmadan yapılmış ise, taraflar arasında bir taşıma sözleşmesinin kurulmuş olduğu söylenemez. Ücretsiz olarak yapılacak bir taşıma, taşıma sözleşmelerini düzenleyen hükümlere değil, fakat *vekâlet* sözleşmesini düzenleyen hükümlere tâbi tutulmak gerekecektir<sup>68</sup>.

Bununla beraber, ücret kavramının geniş anlamı ile yorumlanması gerekir. Dolayısı ile mutlaka bir nakdî karşılık olarak ele alınmamalı, nakit ve peşin para olarak anlaşılmalıdır. Burada önemli olan, taşıyanın taahhüdüne karşılık teşkil etmek üzere taahhüt edilen ve onun mameleki bakımından değer ifade eden bir edimin var olmasıdır.

Ücretin, taşıma sözleşmesinin diğer tarafı tarafından ödenmesi de şart değildir; belli bir taşıma taahhüdünün karşılığını teşkil edeceği kabul olduğu takdirde, herhangi bir üçüncü şahıs tarafından sağlanan edim, taşıma ücreti olarak nitelendirilebilir.

Bu unsur ile ilgili ayrıntılar da, asıl konumuzun tartışılacağı bölümde ele alınacaktır.

### 3. Tarafları

#### a. Kategorik Olarak

##### aa. Taşıyan

Yukarıda vermiş olduğumuz basit izahata göre, taşıma sözleşmesinin taraflarını belirleyecek olursak, taşıma işlemini üstlenen tarafı *taşıyan* olarak adlandırabiliriz.

<sup>67</sup> ARKAN, 13.

<sup>68</sup> Her ne kadar, taşıma sözleşmesi, nitelik olarak istisna akdi olarak kabul edilmekte ise de, istisna sözleşmesini düzenleyen hükümler, ancak bir taşıma sözleşmesine uygulanacak akdî veya sözleşmeyi düzenleyen özel kanunî hükümlerde (meselâ, TK. veya SHK.) bir boşluk bulunduğu hallerde söz konusu olabilir. Ücret ödeme şartı olmadığı için, esas itibarı ile bir taşıma sözleşmesi vasfını kazanamamış olan akitler, ücretin zorunlu koşul olmadığı vekâlet akdî hükümlerine tâbi tutulmak gerekir; ayrıca bkz. ARKAN, 15.

Taşıyan sıfatı, genel-geçer sözleşme ilkelerine uygun olarak, tamamen akdî ve iradî bir tasarrufa dayanır ve yapılmış olan bir taşıma taahhüdünün karşı tarafça kabulü ve bir ücret ödeme taahhüdü üzerine kazanılır.

Mevzuatta, taşıyan sıfatını almak için, başka herhangi bir şart aranmamaktadır<sup>69</sup>.

Ne var ki, taşıma sözleşmesinin, taşıma taahhüdünde bulunmuş olan tarafını tarifte, mevzuatımızda yeknesaklık yoktur.

TK. nun Deniz Ticareti ile ilgili hükümleri içeren Dördüncü Kitab'ında *taşıyan* kelimesi kullanılmıştır. Buna karşılık, TK. nun karayolu ile yapılan taşımaları düzenleyen maddelerinde (md. 762 vd.) *taşıyıcı* kelimesi kullanılmaktadır. KTK. unda ise *taşımacı* kelimesi yer alır (md. 3 vd.). SHK. da *taşıyıcı* kelimesini kullanmıştır (md. 106 vd.)<sup>70</sup>.

Biz mensubu olduğumuz disiplinin terminolojisine sadık kalmayı tercih ettiğimizden, hatta SHK. nundaki deyimle rağmen, bu çalışmamızda *taşıyan* kelimesini kullanacağız.

### **bb. Yolcu**

Taşıma sözleşmesinin konusu *insan* olduğu hallerde, sözleşmenin diğer tarafı *yolcu* olarak adlandırılır. Yolcu, taşıyan ile yapmış olduğu bir taşıma sözleşmesine dayanarak, sözleşme hükümleri uyarınca, bir yerden diğerine götürülmesini talep hakkına sahip olan kişidir. Daha faklı bir ifade ile yolcuyu, taşıt aracında, taşıyan ile yapmış olduğu taşıma sözleşmesi uyarınca bulunan kişi olarak da tanımlayabiliriz.

<sup>69</sup> Her ne kadar KTK. ve bu Kanun'a dayanılarak çıkartılmış olan Karayolu Taşıma Yönetmeliği, taşıma sözleşmesi yapabilmek ve taşıyan sıfatını alabilmek için bir takım sınırlamalar koymakta ve özellikle Yönetmeliğin 13. md. sinde taşımaların yapılacağı araçların mülkiyetine sahip olmak gibi bazı şartlar aramakta ise de, kanaatimizce, bu gibi hükümler, taşıma sözleşmelerinin düzenlendiği temel mevzuat bakımından taşıma sözleşmesinin kurulmasına ve taşıyan sıfatının alınmasına etkili olamazlar. Söz konusu KTK. taşıma faaliyetinde bulunacak olan veya bulunan -özel veya tüzel- kişiler ile yetkili kamu idareleri arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Anılan Kanun'da veya bu Kanun'a dayanılarak çıkarılacak tüzük veya yönetmelik gibi ikinci derece mevzuatta yer alacak hükümlerin müeyyidesi idarî ve/veya cezaî olabilir, fakat söz konusu hükümler ile aranan şartları havi olmayan kişilerin yapacakları taşıma sözleşmeleri, ilgili hükümler, meselâ TK. veya SHK. bakımından, geçerli birer taşıma sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

<sup>70</sup> Taşıyan veya taşıyıcı kavramı ile ilgili genel amaçlı izahat için bkz. ARKAN, 20 vd.

Taşıyan ile bir taşıma sözleşmesi akdetmiş olmadıkları için kaçak yolcular, mahallî kamu yetkilileri tarafından sınır dışı edilen kişiler yolcu sıfatında olmazlar.

Taşıt aracında, aracın sevk ve idaresi veya taşıma işlemi ile ilgili belli fonksiyonların ifa edilmesi için, yasal hükümler ve/veya işletme kuralları gereğince görevli bulunan kişiler de yolcu olarak nitelendirilemezler.

Yolcu, prensip olarak, taşıma sözleşmesinin tarafıdır. Bu sözleşmeyi bir temsilci marifeti ile yapmış olabilir. Hatta, sözleşmeyi bizzat akdetmiş olması da gerekmez; yolcu taşıma sözleşmesini bir başkası da yapabilir ve böyle bir halde, sözleşme, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilir.

Yolcu kelimesinin kullanılmasında mevzuat müttefiktir; TK. hem karayolu ile yapılan taşımalarda (md. 762, 763, 798 vd.) ve hem de denizyolu ile yapılan taşımalarda (1119 vd.) yolcu kelimesini kullanmıştır.

Aynı tutumu SHK. nda görmekteyiz (md. 107-109, 117, 120, 122).

KTK. da, yolcu kelimesini kullanmaktadır (md. 2, 3, 6, 7, 17 vd.)

### *cc. Taşıtan*

Taşımanın konusu yük (eşya) olduğu zaman, yine bir deyim kargaşası yaşanmaktadır.

TK. nunda karayolu ile yapılan eşya taşıma sözleşmeleri için, *gönderen* kelimesi kullanılmış (md. 768 vd.), buna mukabil denizyolu ile yapılan eşya taşıma sözleşmeleri için ise, *taşıtan* kelimesi kullanılmıştır (md. 1016 vd.).

SHK., oldukça hatalı bir tutumla, *yükleten* kelimesini tercih etmiştir (md. 110 vd.).

KTK. nda, *gönderen* kelimesi yer almaktadır (md. 3, 6/I).

Burada, bu kelimeler üzerinde mukayeseler yapmak veya etimolojik tartışmalara girişmek niyetinde değiliz; sadece, *taşıyan* kelimesinin kullanımı ile ilgili prensibimize paralel olarak, yine mensubu bulunduğumuz disiplinin terminolojisine sadık kalmayı tercih ettiğimizi ve dolayısı ile, *taşıtan* kelimesini kullanacağımızı, teyiden ifade etmek isteriz.

Taşıma sözleşmesini yük sahibi bizzat yapabileceği gibi, temsilci marifeti ile de yapabilir. Ayrıca taşıtan sıfatının tayininde, o kişinin yük üzerinde mülkiyet veya başka tür bir aynî veya şahsî hakka sahip olması gerekli değildir; herhangi bir kişi, elinde tuttuğu herhangi bir malı, bulunduğu yerden bir başka yere göndermek için taşıma sözleşmesi yapabileceği gibi, bir malı bulunduğu yerden kendi bulunduğu yere getirtmek için de taşıma sözleşmesi yapabilir. Bunun tipik örneğini, uluslararası ticarete, FOB (Free on Board) <sup>71</sup> satışlar gereğince, alıcı (ithalatçı) tarafından yapılan navlun sözleşmeleri teşkil eder.

### b. Terminoloji

Bu çok kısa inceleme gösterdi ki, mevzuatımızda taşıma sözleşmesinin aslı taraflarının belirlenmesi için dahi terim birliğine varılamamıştır.

Bu durumun oldukça tedirgin edici olduğu aşikârdır; çünkü, bir kavramın, velev ayrı metinlerdeki kullanımları söz konusu olsa dahi, aynı kelime ile tanımlanması ve ifade edilmesi, bilimsel bakımdan olduğu kadar, uygulama disiplini bakımından da yararlı, ve hatta zorunludur. Temennimiz odur ki, yetkili makamlar, büyük bir heves -ama biraz da gayretkeşlik- ile sürdürdükleri *mevzuat yenileme çalışmaları* arasında, hiç olmazsa, temel kanunlarda terim birliğini sağlayacak girişimlerde bulunmayı da düşünür ve gereken tedbirleri alırlar <sup>72</sup>.

Ne var ki, uluslararası konvansiyonlarda dahi karşımıza çoğu zaman hiç de yeknesak olmayan düzenlemeler çıkmaktadır.

Meseleyi çalışma konumuz olan Varşova/La Haye Sistemi'nin hükümleri açısından ele aldığımız zaman şu kavramların kullanılmış olduğunu görmekteyiz: Sözleşmenin bir tarafı olan taşıyanı ifade etmek üzere, *carrier* <sup>73</sup> kelimesi yer almaktadır. Bu kelime, Türkçe'deki taşıyan kelimesi ile eş anlamlıdır ve dolayısı ile taşıma sözleşmesinin bir tarafını

<sup>71</sup> Bkz. TK. md. 1138 vd.

<sup>72</sup> Hemen belirtelim ki, belli ölçüde da olsa ümit bağlanmış olan yeni Ticaret Kanunu Taslağı hiçbir müsbet gelişme kaydetmemiş olup, bu konuda aynı hatalar ile malûl bulunmaktadır, bkz. SÖZER, Bülent, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Taşıyanın Sorumluluğu ile İlgili Hükümleri Hakkında Bazı Eleştiriler ve Öneriler*, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı Ocak 2006, 301-337.

<sup>73</sup> Fransızca metinde *transporteur* kelimesi kullanılmıştır, ki Türkçe'deki taşıyanın tam karşılığını teşkil etmektedir.

ifade etmek üzere Türk hukukunda da kullanılmakta olan taşıyan kelimesini karşılamaktadır.

Sözleşmenin diğer tarafını tanımlamak için, *consignor*<sup>74</sup> kelimesi kullanılmıştır. Bu kelime Türkçe'ye, taşıma sözleşmeleri bağlamında, *gönderen - sevki eden*<sup>75</sup> olarak tercüme edilebilir. Standart anlamı ile ve Konvansiyon metnindeki kullanımı bakımından, *consignor* kelimesinin taşıma sözleşmesinde taşıyanın karşısında yer alan tarafı belirtmekte olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısı ile de, makûl bir yorum ile, taşıyanı tanımladığını kabul etmemiz icab eder.

Varşova/La Haye Sistemi'nde *consignor* kelimesi kullanılırken, Konişmentolu Nakliyata dair 1924 Brüksel Sözleşmesi'nde<sup>76</sup> "*shipper*" kelimesi kullanılmıştır. Bu deyim, daha sonra 1924 Brüksel Konvansiyonu'nda değişiklik yapan Visby Protokolü'nde<sup>77</sup> ve hem 1924 Brüksel Konvansiyonu'nun ve hem de Visby Protokolü'nün yerine geçen Hamburg Kuralları'nda da aynen yer almaktadır<sup>78</sup>.

Demiryolu ile yapılan uluslararası taşımalara ilişkin 1980 Bern Konvansiyonu<sup>79</sup> ve Konvansiyon'un yük taşıma sözleşmelerini düzenleyen "B Eki"<sup>80</sup> de *consignor* ve *consignee* kelimelerini kullanmıştır.

Karayolu ile yapılan uluslararası taşımaları düzenleyen 1956 Cenevre Konvansiyonu<sup>81</sup> taşıyanı tanımlamak için *carrier* kelimesini kul-

<sup>74</sup> Fransızca metinde *expéditeur* kelimesi kullanılmıştır, ki Türkçe'ye *gönderen* olarak çevrilmesi gerekir.

<sup>75</sup> *To consign* emanet etmek, özellikle, satış amacı ile emaneten tevdi etmek için de kullanılır.

<sup>76</sup> International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, 25th August 1924.

<sup>77</sup> The Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, signed at Brussels on 25th August 1924, Brüksel 23 Şubat 1968 (Yürürlük 23 Temmuz 1977). Türkiye bu Protokol'e taraf değildir.

<sup>78</sup> United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, Hamburg 31 Mart 1978 (Yürürlük 1 Kasım 1992). Türkiye bu Konvansiyon'a taraf değildir.

<sup>79</sup> Convention Relative aux Transport Internationaux Ferroviaires (COTIF), Bern 9 Mayıs 1980 (Yürürlük 1 Mayıs 1985). Türkiye bu Konvansiyon'a 1 Mayıs 1985 tarihi itibarı ile tarafıdır (Onay kanunu 21 Mart 1985-3172, RG. 27 Mart 1985-18707).

<sup>80</sup> Règles Uniformes Concernant le Transport International Ferroviaires des Marchandises (CIM). Türkiye için bkz. yukarıdaki dn.

<sup>81</sup> La Convention Relative aux Contrat de Transport International de Marchandises par Route, Cenevre 19 Mayıs 1956 (Yürürlük 2 Temmuz 1961). Türkiye bu Konvansiyon'a 31 Ekim 1995 tarihi itibarı ile tarafıdır (Onay kanunu 7 Aralık 1993-3939, RG. 14 Aralık 1993-21778).



lanmış, bunun karşısındaki âkit taraf için ise *sender* kelimesine yer vermiştir. Bu kişi, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, taşıtan olarak kabul edilebilir. Gönderilen için *consignee* deyimini kullanılmıştır. Konvansiyon *sender*'i yüklerin yüklenmesi, istiflenmesi işlemleri ile bağlantılı olarak kullanmış ve yüklemenin veya istiflemenin *sender* veya taşıyandan başka herhangi bir kişi tarafından yapılmış olması halinde, yüklerde vaki olacak hasar veya ziyadan taşıyan lehine bir sorumsuzluk karinesi öngörmüştür.

### c. Taşıma Sözleşmelerinde İlgili Kişiler

Yük taşıma sözleşmesinde, işin özelliği dolayısı ile, taşıyan ve taşıtandan başka bazı kişilerin de ilgisi bulunmaktadır. Bunlar, özellikle gönderilen ile yük üzerinde hak sahibi olan kişilerdir.

#### aa. Gönderilen

Gönderilen, taşıyanın varma yerinde yükü teslim edeceği kişidir. Taşıtan aynı zamanda gönderilen olabilir. Taşıyanın taşıdığı yükü sahiplenmesi -ki bu hem taşıma sözleşmesine ve hem de hukuka aykırı bir iş olur- söz konusu olmadığı cihetle ve taşıma sözleşmesi ile taşıyan taşımak üzere aldığı yükü, almış olduğu hali ile iade etmek mecburiyetinde bulunduğu göre, yükü teslim edecek bir kişinin de varlığı, taşıma sözleşmesinin niteliği icabı, zorunlu olmaktadır<sup>82</sup>.

Doktrinde genellikle rastlanan tasnife<sup>83</sup> uyarak biz de gönderileni, ilgili kişiler başlığı altında gösterdik. Halbuki, gönderilen, her ne kadar taşıma sözleşmesinin tarafı değilse de, taşıma sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olarak nitelendirilmek gerekir. Bir kere, taşıma sözleşmesi gönderilen bakımından üçüncü kişi yararına sözleşme olup, ifayı talep hakkı gönderilene aittir. Bu açıdan bakıldığı zaman, taşıma sözleşmesinden doğan borçların asıl alacaklısı durumunda olan kişi, gönderilen olmaktadır. Buna paralel olarak, taşıyan da borcunu yükü gönderilene teslim ederek yerine getirmiş olabilmektedir. Ne var ki, gönderilen yükün teslimini talep edebilmek için, taşıma sözleşmesinin hükümlerine uymak mecburiyetindedir.

<sup>82</sup> Bkz. yukarıda, II, 4.

<sup>83</sup> ARKAN, 25; ÇAĞA/KENDER II, 5; ÜLGEN (Hava), 70.

Daha da önemlisi, gönderileni olmayan bir sözleşme, taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü, taşıma sözleşmesinde tarafların ortak iradesi, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, yükün bir kişiden alınıp bir başka kişiye teslimi noktasında birleşmiştir<sup>84</sup>.

Gönderilen taşıma sözleşmesinin tarafı sıfatında olmadığı için, taşıyan haklarını, özellikle ücret alacağını, taşıma sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, doğrudan doğruya gönderilenden talep edememektedir.

#### ***bb. Taşınan Yük Üzerinde Hak Sahibi Olan Kişiler***

Taşınan yük üzerinde aynı veya şahsî hakka sahip olan bulunan kişiler de bulunabilir.

Meselâ, FOB (Free on Board) satışlarda, navlun sözleşmesini alıcı (ithalatçı) yapmış olmakla beraber, satıcı (ihracatçı), sözleşmeye uygun biçimde belgeleri alıcısına teslim edinceye kadar, satılan ve dolayısı ile de taşınmakta olan malın maliki olmaya devam eder.

Yük için, meselâ konişmento gibi, kıymetli evrak niteliğinde bir belge düzenlenmiş olduğu hallerde, bu belgeyi rehin cirosu ile devir almış olan kişi, o yük üzerinde rehin hakkı sahibi olur.

Böylece, bir FOB satışta, alıcı taşıyan mevkiinde iken, mal ile ilgili belgeleri teslim edinceye kadar satıcı malik mevkiinde kalır ve belgelerin bir başkasına, meselâ işlemi finanse etmiş olan bir bankaya rehin cirosu ile devri halinde de, banka mürtehin sıfatını almış olur.

#### ***4. Hukukî Niteliği***

Taşıma sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında, başlıca iki görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre taşıma sözleşmesi vekâlet akdi niteliğindedir, bu nedenle, taşıma sözleşmesinde veya herhangi bir somut olaydaki taşımayı düzenleyen kanunî hükümlerde olaya uygulanabilecek kural bulunmadığı takdirde, BK. nun vekalet akdini düzenleyen hükümleri uygulanmak gerekir.

<sup>84</sup> ESCALADA, 394.

Diğer bir görüş ise, taşıma sözleşmesinin, istisna akdi niteliğinde olduğunu ve somut olaya, sözleşmede veya ilgili kanun hükümlerinde uygulanacak madde bulunmadığı hallerde, BK. nun istisna akdi hükümlerine başvurulması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>85</sup>.

Ülgen, prensip olarak, taşıma sözleşmesinin BK. nunda düzenlenmiş olan akit tiplerinden ayrı, bağımsız bir akit niteliğinde olduğunu ifade ile, taşıma sözleşmesinin niteliğini tayin için vekâlet veya istisna sözleşmelerine başvurulmaması gerektiği görüşündedir. Yazara göre, somut olaylarda ve sadece tamamlayıcı olarak uygulanacak olan hükümlerin tayini başka bir husustur ve bu açıdan bakıldığı zaman, yolcu taşıma sözleşmesine vekâlet akdini düzenleyen hükümlerin, yük taşıma sözleşmelerine ise, istisna akdini düzenleyen hükümlerin uygulanması gerekecektir<sup>86</sup>.

Kanaatımızca, taşıma sözleşmesi, istisna akdi niteliğindedir ve burada yolcu taşıma sözleşmesi ile yük taşıma sözleşmesi arasında bir ayırım yapılmasının da hiçbir gereği yoktur.

#### IV. ÇALIŞMANIN KONUSU VE PLANI

Bu çalışmamızın konusu havayolu ile yapılan yük taşımalarıdır. Konuyu hem Türk Hukuku ve hem de uluslararası konvansiyonların hükümlerini dikkate alarak incelemeye çalışacağız.

Havayolu ile yük taşıma sözleşmeleri ile taşıyanın sorumluluğu, Türk Hukuku'nda Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Üçüncü Kısım ile Dördüncü Kısım, Birinci Bölüm'de, 106-132 numaralı maddelerde düzenlenmiştir.

Bu hükümler 1929 Varşova Konvansiyon'unun 1955 La Haye Protokolü ile değiştirilmiş olan metninden alınmıştır; hatta diyebiliriz ki bu hükümler -biraz acemice yapılmış olan eklemeler ve değişiklikler hariç- ilgili maddelerin tercümesidir.

Varşova / La Haye Sistemi, 1999 Montreal Konvansiyonu ile *consolide* edilmiş ve 1999 Montreal Konvansiyonu 4 Kasım 2003 tarihinde,

<sup>85</sup> Özellikle navlun sözleşmesi bakımından ÇAĞA/KENDER II, 12. Her iki görüş için ayrıca bkz. ARKAN, 29-30 ve zikredilen yazarlar.

<sup>86</sup> ÜLGEN (Hava), 8-9, 45-46.

onaylamış devletler arasında, yürürlüğe girmekle, taraf devletler bakımından, 1929 Varşova Konvansiyonu'nu, bütün ekleri, değişiklik yapan protokoller ve sözleşmeler ile birlikte ilga etmiş olup, havayolu ile yapılan uluslararası taşımalarda uygulanacak bazı kuralları ihtiva eden tek uluslararası sözleşme mevkiine gelmiştir.

Türkiye henüz 1999 Montreal Konvansiyonu'nu onaylamamıştır. Buna rağmen, biz bu çalışmamızda, havayolu ile yapılan taşımalar için hazırlanmış olan, ve daha öncekileri ortadan kaldırıp, bir bakıma da en modern olduğunu varsaymak durumunda olduğumuz hükümleri ihtiva eden 1999 Montreal Konvansiyonu'nu esas alacağız ve açıklamalarımıza önce Konvansiyon hükümlerinin incelenmesi ile başlayacağız.

Ancak, Türk hukukunun kaynağını oluşturması ve dolayısı ile de Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun hükümlerinin anlaşılmasını kolaylaştıracağı mülahazası ile, açıklamalarımızda Varşova / La Haye Sistemi'ni de, 1999 Montreal Konvansiyonu ile mukayeseli olarak inceleyeceğiz.

Ne var ki, Varşova / La Haye Sistemi'nin çerçevesinin çizilmesi lâzımdır. SHK. nun kaynağını La Haye Protokolü ile tadil edilmiş olan Varşova Konvansiyonu teşkil etmektedir. Halbuki, Türkiye'nin 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü kabul etmesi üzerine, Türkiye bakımından Varşova / La Haye Sistemi artık Varşova/La Haye/Montreal 4 olmuştur. İşte bu hususu da dikkate alarak, 4 Numaralı Montreal Protokolü ile Varşova / La Haye Sistemi'ne getirilmiş olan değişikliklere de işaret edeceğiz.

Ayrıca ve okuyanları fazla da sıkmamak için, 1929 Varşova Konvansiyonu'ndan, 1999 Montreal Konvansiyonu'na kadar olan devrede hiç değişmemiş hükümler söz konusu olduğu hallerde, sadece Varşova / La Haye Sistemi'nden söz edilerek, beyan hacminden tasarruf cihetine gidilecektir.

## § 1 - YASAL DÜZENLEME

### I. VARŞOVA / LA HAYE SİSTEMİ

#### 1. Varşova / La Haye Sistemi'ne Genel Bakış

Yirminci Asır ile birlikte sivil havacılıkta yaşanmaya başlanan ve özellikle Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra daha da hızlanan olağanüstü gelişmenin yarattığı sorunların, bir taraftan klâsik hukuk kurallarının söz

konusu sorunlara çözüm getirmekteki yetersizliği ve diğer taraftan da mevcut kuralların esasen bir ülkeden diğerine çok farklı olması dolayısı ile, çıkan uyumsuzlukların tatminkâr surette sonuçlandırılmaması ve aynı zamanda havayolu ile yapılan taşımalara uygulanacak uygun bir hukuk sisteminin olmayışı, sivil havacılığın problemlerine çare bulunamamasına ve dolayısı ile gelişmesinin engellenmesine sebep olmak istidadını gösteriyordu.

Bu gibi meselelere, hiç olmazsa, belli ölçüde de olsa çare bulabilmek amacı ile başlatılmış olan girişimlerden bir tanesinin sonucu, 1929 Varşova Konvansiyon'u olmuştur<sup>87</sup>.

12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve onaylayan devletler arasında 13 Şubat 1933 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan "*Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme*", aşağıda da değinileceği üzere, birçok defa ve değişik şartlar ve gelişmeler dikkate alınarak, bazen genel yapısı itibarı ile (meselâ 1955 La Haye Protokolü ile yapılan tadilat) bazen de belli sınırlı amaçların gerçekleştirilmesi için (meselâ sorumluluk ilkeleri açısından Guatemala City ve Montreal'de yapılan tadilat) değiştirilmiştir.

1929 Varşova Konvansiyonu'nda önce 1955 yılında La Haye'de sonra 1971 yılında Guatemala City'de ve daha da sonra 1975 yılında Montreal'de toplanmış olan uluslararası konferanslarda alınan kararlar ile çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, âkit taşıyanın yanı sıra fiili taşıyanın statüsüne ilişkin 1961 Guadalajara Sözleşmesi de bu sistemin bir parçasıdır. Bunlara ek olarak, taşıyanların arasında düzenlenmiş olan 1966 Montreal Intercarrier Agreement ile 1995 Kuala Lumpur IATA Intercarrier Agreement on Passenger Liability de bulunmaktadır.

Yukarıda yer alan kısa bilgiden de anlaşılacağı üzere, 1929 Varşova Konvansiyonu, sonunda *efrad-ı ailesi*' ile birlikte oldukça karmaşık ve hatta kolay kolay içinden çıkılmaz bir kurallar manzumesine -ya da kurallar karmaşasına- dönüştüğü için ve esasında 1975 Montreal Konferansı'nda alınmış bulunan Karar uyarınca, bununla beraber hayli uzun çalışmalar neticesinde, 10-28 Mayıs 1999 tarihinde Montreal'da toplanmış olan Uluslararası Hava Hukuku Konferansı'nda kabul edilen "*Hava-*

<sup>87</sup> SÖZER (Milletlerarası Taşımalar), 372-375.

yolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalar İçin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme” ile, sözü edilen 1975 Montreal Konferansı’nda alınmış bulunan Karar çerçevesinde “Consolidate” edilmiş, deyim yerinde ise, kendisine çeki düzen verilmiştir<sup>88</sup>.

## 2. Varşova / La Haya Sistemi’nin Düzenlediği Alan

Varşova Konvansiyonu esas olarak havayolu ile yapılan uluslararası taşımalarda (i) düzenlenecek taşıma belgeleri ile (ii) meydana gelecek zararlardan dolayı taşıyanın sorumluluğunu düzenlemiştir.

Konvansiyon’un sistematigi; bu iki konuyu düzenleyen II. ve III. Bölümlerin (Chapters) yanı sıra, Sözleşme’nin uygulama alanını belirleyen ve ilgili kavramların tariflerini veren I. Bölüm ile karma taşımalara ilişkin kuralları içeren IV. Bölüm ve her uluslararası sözleşme metninde işin doğası gereği- bulunan Genel ve Son Hükümler Başlıklı V. Bölüm’den oluşmaktadır.

Konvansiyon’un bu sistematigi ile bölüm başlıkları, yapılan değişikliklerin hiç bir tanesinde bozulmamış ve son 1999 Montreal Sözleşmesi’nde de aynen korunmuştur.

### a. Taşıma Belgeleri (Documents of Carriage)

Varşova Konvansiyonu’nun ele aldığı birinci konu olarak; yolcu bileti (md. 3), bagaj kuponu (md. 4) ve hava konişmentosu (md. 5-16) hakkında hüküm sevk etmiş, söz konusu belgelerin nasıl ve kimin tarafından düzenleneceğine, bunların hangi bilgi ve kayıtları içermesi gerekeceğine dair esasları belirlemiş ve bu belgelerin hiç veya usulüne uygun surette düzenlenmemelerinin taşıma sözleşmesi ile taşıyanın tabi olduğu sorumluluk rejimine olacak etkisini tanımlamıştır.

Md. 3/2 hükmüne göre; yolcu biletinin yokluğu, hatalı düzenlenmiş olması veya kaybı taşıma akdinin varlığını veya geçerliğini etkilemez ve akit yine Sözleşme’nin hükümlerine bağlı olur. Fakat, taşıyan kendisine bilet verilmemiş bir yolcuyu kabul ettiği takdirde, Sözleşme’nin sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerinden yararlanamaz.

<sup>88</sup> Varşova / La Haya Sistemi ve tarihçesi hakkında özet bilgi için bkz. SÖZER (Montreal), 145 vd.

Konvansiyon'un 4. md. si bagaj kuponuna ilişkin şartları içermektedir. Bu hükme göre; bagaj kuponunun yokluğu, hatalı düzenlenmiş olması veya kaybı taşıma akdinin varlığını veya geçerliğini etkilemez ve akit yine Sözleşme'nin hükümlerine bağlı olur. Fakat, bu maddenin 4. bendi uyarınca; bagaj kuponu vermeden bagaj kabul ettiği veya bagaj kuponu maddenin 3. fıkrasının 'd', 'f' ve 'h' bentlerinde yazılı bulunan kayıtları içermediği takdirde, taşıyan Konvansiyon'un sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerinden yararlanamaz.

Konvansiyon'un 5 - 16. md. leri hava konişmentosu ile ilgili kuralları içermektedir. 5. md. nin 2. fıkrası, hava konişmentosunun yokluğunun, hatalı düzenlenmiş olmasının veya kaybının taşıma akdinin varlığını veya geçerliğini etkilemeyeceğini beyan etmektedir. Ancak, 9. md. ye göre, hava konişmentosu düzenlenmeden yük alındığı veya hava konişmentosunun 8. md. nin 'a - i' bentleri ile 'q' bendinde yazılı bilgileri içermemesi halinde, taşıyan Konvansiyon'un sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerinden yararlanamaz.

#### **b. Taşıyanın Sorumluluğu**

Varşova Konvansiyonu'nda ele alınan ikinci konu taşıyanın sorumluluğu olmuştur. Bu sorumluluk, taşıma sözleşmesinden doğan ve diğer bir deyişle, taşıma sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan akdî sorumluluktur.

Varşova Konvansiyonu'nun hükümlerine göre taşıyan:

a. Yolcunun ölmesi, yaralanması veya başka bir şekilde bedensel bir zarara uğramasından (md. 17);

b. Yolcu bagajının hasara uğramasından veya kayıp olmasından (md. 18/1);

c. Yükün hasara uğramasından veya kayıp olmasından (md. 18/1);

d. Yolcu, bagaj ve yük taşımalarında vaki olacak gecikmelerden (md. 19)

dolayı meydana gelecek zararlardan sorumludur.

### 3. 1929 Varşova Konvansiyonu'nda Yapılan Değişiklikler

#### a. 1955 La Haye Protokolü

Varşova Konvansiyonu'nda ilk değişiklik ve metne bazı ilaveler, 28 Eylül 1955 günü La Haye'de imzalanıp tasdik eden devletler arasında 1 Ağustos 1963 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olan "12 Ekim 1929'da Varşova'da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşmeyi Tadil Eden Protokol"<sup>89</sup> ile yapılmıştır,

La Haye Protokolü ile Varşova Konvansiyonu'nda yapılan değişikliklerin önemlilerini, aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:

1) Sözleşme'nin 3. ve 4. maddelerinde düzenlenen yolcu bileti ve bagaj kuponu ile ilgili hükümler basitleştirilmiş ve söz konusu belgelerde bulunması gereken kayıtlar sadeleştirilmiştir. Ayrıca, her iki belgenin isbat vasıtası olmak bakımından hukukî değeri hakkında hüküm konmuştur;

2) Hava konişmentosu ile ilgili 8. madde değiştirilerek ihtiva etmesi gereken kayıtların sayısı azaltılmış ve metnin yolcu bileti ve bagaj kuponunu düzenleyen hükümlerin metinleri ile paralel hale gelmesi sağlanmıştır;

3) 20. maddenin 2. fıkrası kaldırılmıştır, ki böylece taşıyana tanıyan kurtuluş beyinelerinden bir tanesi eksiltilmiş olmaktadır;

4) Taşıyanın sorumluluğunun sınırını belirleyen eden 22. madde değiştirilmiş ve sorumluluk sınırı yükseltilmiştir<sup>90</sup>;

5) Yeni bir madde eklenerek (25 A), taşıyanın adamlarının veya yardımcı kişilerinin<sup>91</sup> aleyhine, taşıyan ile birlikte veya ondan ayrı olarak, dava açılması halinde, bu kişilerin de Konvansiyon'un taşıyanın so-

<sup>89</sup> Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Signed at Warsaw on 12 October 1929

<sup>90</sup> Yolcunun ölümü veya yaralanması halinde: Varşova Sözleşmesi : 125.000 Frank - La Haye Protokolü : 250.000 Frank; "Frank" kavramının anlamı ve ifade ettiği değer için bkz. Sözleşme md. 22 (5).

<sup>91</sup> Varşova/La Haye Sistemi bakımından taşıyanın adamları ve yardımcı kişileri hakkında bkz. SÖZER (Görüşler), 124 - 137.



rumluluğunu sınırlayan veya kaldıran hükümlerinden yararlanmaları kabul edilmiştir<sup>92</sup>.

### b. 1966 Montreal Intercarrier Agreement<sup>93</sup>

Gerek Varşova Konvansiyonu ve gerekse La Haye Protokolü ile saptanmış olan sorumluluk sınırlarının yetersiz oluşu ve havayolu şirketlerinin karşısındaki kişilerin ve özellikle kendi vatandaşlarının menfaatlerini korumaktan uzak bulunuşu gerekçesi ile Amerika Birleşik Devletleri 15 Kasım 1965 tarihinde Polonya Hükümeti'ne resmî bir nota vererek kendi bakımından Varşova Konvansiyonu'nu, 39. md. hükümleri dairesinde feshettiğini bildirdi<sup>94</sup>.

Dünya sivil havacılığında Amerika Birleşik Devletleri'nin işgal eylemekte olduğu mevkiin önemi; bir taraftan Amerikan havayolu işletmelerinin trafik kapasitesi ve diğer memleketlerin havayolu şirketlerinin Amerika'ya yaptıkları seferlerin sayısı; öbür taraftan da Amerika'da yaşayanların dünya havayolu trafiğindeki sayıları itibarı ile yarattıkları talep hacmi dolayısı ile, inkâr edilemezdi.

Belli bir uyuşma zemini yaratıp Amerika Birleşik Devletleri Hükümetini bu fesih kararından vaz geçirmek ve böylece Amerika'nın Varşova Konvansiyonu ile kurulan sistemden ayrılması üzerine doğacak sorunları engellemek amacı ile yapılan yoğun çalışmaların sonucunda 13

<sup>92</sup> Böylece, sorumluluk prensibi bakımından taşıyan ile adamları ve yardımcı kişileri aynı rejime tabi tutulmuş oldular.

<sup>93</sup> Agreement Relating to Liability Limitations of the Warsaw Convention and the Hague Protocol. Montreal Interim Agreement olarak da anılır. Hemen belirtelim ki, bu Anlaşma bir uluslararası diplomatik konferansta kabul edilmiş bir belge olmayıp, IATA tarafından düzenlenmiş bir toplantıda bazı havayolu şirketleri ile Amerika Birleşik Devletleri Sivil Havacılık Dairesi (Civil Aeronautics Board) arasında yapılmış bir anlaşmadır. Devletlerin temsilcileri tarafından değil, sadece toplantıya katılmış olan havayolu işletmelerinin temsilcileri tarafından imzalanmış ve Amerika Birleşik Devletleri Sivil Havacılık Dairesi tarafından da onaylanmıştır. Montreal Geçici Anlaşması hakkında geniş bilgi için bkz. LOWENFELD and MENDELSON, *The United States and the Warsaw Convention*, 80 Harvard Law Review, 497 vd.

Bir uluslararası sözleşmenin bu şekilde değiştirilmesinin hukukan caiz olup olmadığını tartışmakta yarar görmekteyiz; ancak bu konuya, aşağıda 1995 IATA Intercarrier Agreement'i incelerken değineceğiz.

<sup>94</sup> Amerika Birleşik Devletleri La Haye Protokolü'nü, imzalamış olmasına rağmen onaylamamıştır. İşin ilginç yönü, Varşova Konvansiyonu'nu ise, imzalamamış olmasına rağmen onaylamıştır. Böylece, Amerika Birleşik Devletleri, 4 Numaralı Montreal Protokolü'nün kendisi bakımından yürürlüğe girdiği 4 Mart 1999 tarihine kadar, sadece Varşova Sözleşmesi'ne taraf durumunda idi.

Mayıs 1966 günü Montreal'de ICAO'nun düzenlediği konferansta, konferansa katılan havayolu şirketleri, aşağıdaki esaslar üzerinde anlaşarak, Amerika'nın feshi ihbar beyanını geri almasını sağladılar.

Buna göre; taraflar (taşıyan ile yolcu) arasındaki taşıma sözleşmesinin hükümlerinin Amerika Birleşik Devletleri'nin ülkesinde bir hareket, varma veya uğrak yeri öngörmesi halinde:

1) Varşova Sözleşmesi'nin 22. md. sindeki sorumluluk sınırı, mahkeme masrafları ve vekâlet ücreti de dahil olarak \$ 75.000.- veya mahkeme masrafları ve vekâlet ücreti hariç \$ 58.000.- olarak saptanmıştır;

2) Taşıyan, yolcunun ölümü, yaralanması veya başka bir bedensel zarara uğraması dolayısı ile doğacak tazminat taleplerine karşı Varşova/La Haye'in 20. maddesinde<sup>95</sup> yer alan kurtuluş beyyinesinden yararlanmayacaktır<sup>96</sup>.

Bu ikinci hüküm ile, Varşova/La Haye Sistemi'ne -ayrıntılarını ileride etraflı bir surette inceleyeceğimiz- mutlak sorumluluk prensibi, yolcu taşımaları ve Amerika bağlantılı seferler ile sınırlı da olsa, ithal edilmiş oldu<sup>97</sup>. Aynı zamanda bu Anlaşma, başta Amerika Birleşik Devletleri vatandaşları olmak üzere, Amerika Birleşik Devletleri'ne yolculuk yapanlar lehine büyük bir avantaj sağlamış ve dolayısı ile de uluslararası hava hukuku uygulamasında ciddi bir ayırımcılığa yol açmış oldu.

### c. 1971 Guatemala City Protokolü

1955 La Haye Protokolü ile değiştirilmiş olan 1929 Varşova Konvansiyonu'ndaki sorumluluk sisteminin ve sorumluluğu sınırlayan hükümlerin yetersiz kaldığı ve bunların gözden geçirilmesinin kaçınılmaz olduğu anlaşılmakla, 9 Şubat 1971'de Guatemala City'de toplanan 6. Uluslararası Hava Hukuku Konferansı'nda konu ele alınmış ve 8 Mart

<sup>95</sup> Anlaşma'da 20. maddenin 1. fıkrasına atıf yapılmaktadır. Halbuki, 20. maddenin 2. fıkrası La Haye Protokolü ile kaldırılmış olduğu için, madde Montreal Interim Agreement imzalandığı zaman tek fıkradan oluşmakta idi. Ancak, atfın bu şekilde yapılmış olmasının gerekçesi, tüm girişimin amacının Amerika Birleşik Devletleri'nin isteklerine çözüm getirmek olması ve Amerika Birleşik Devletleri'nin de sadece Varşova Sözleşmesi'ne taraf bulunmasıdır.

<sup>96</sup> Md. 20: "Taşıyan; zararı önlemek için kendisinin ve adamlarının gereken bütün tedbirleri almış olduğunu veya bu tedbirleri almak imkânının olmadığını isbat ettiği takdirde, sorumlu olmaz."

<sup>97</sup> DIEDERIKS-VERSCHOOR (Air Law), 75.

1971 tarihinde "28 Eylül 1955'de La Haye'de Yapılan Protokol ile Muaddele 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da İmzalanmış Bulunan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme'nin Değiştirilmesine İlişkin Protokol" imzalanmıştır. Ancak, yeteri kadar onay sağlanamadığı için, 1971 Guatemala City Protokolü yürürlüğe girememiştir.

Bu Protokol ile Varşova/La Haye Sistemi'ne getirilen değişiklikler aşağıda özetlenmektedir:

1) 3. ve 4. maddelerde düzenlenen yolcu bileti ve bagaj kuponunun içerikleri daha sadeleştirilmiş ve maddelere bu belgelerde yer alması istenen bilgilerin elektronik bilgi işlem cihazları ile -manyetik ortamda- tutulmasına olanak veren hükümler eklenmiştir.

Ayrıca, Varşova/La Haye Sistemi'ne göre yolcu bileti ve bagaj kuponunu düzenleyen maddelerde yer alan hükümlere uyulmadığı takdirde, taşıyanın sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran hükümlerden yararlanma imkânı bulunmamasına rağmen, Guatemala City Protokolü ile bu ilke de değiştirilmiş ve 3. ve 4. maddelerdeki esaslara uyulmasa dahi taşıyanın yine de sınırlı sorumluluktan yararlanacağı kabul olunmuştur.

2) Varşova/La Haye metninin 20. maddesi değiştirilmiş ve taşıyanın yolcunun ölümü veya yaralanmasından doğan zararlardan ileri gelen sorumluluktan kurtulmasına olanak sağlayan kurtuluş beyyinesi kaldırılarak mutlak (kusursuz) sorumluluk prensibi teyid edilmiştir<sup>98</sup>.

3) Sorumluluğun sınırı 1.500.000 Frank'a yükseltilmiştir.

#### **d. 1975 Montreal Protokolleri**

Gerek ICAO Hukuk Komitesi'nin ve gerekse bu Komite'nin kurduğu alt komitenin çalışmaları ve özellikle Hukuk Komitesi'nin 3-22 Ekim 1974'de Montreal'de düzenlediği 21. toplantısında cereyan eden müzakerelerin sonunda, Varşova/La Haye Sistemi'nde tekrar bazı değişiklikler yapmak amacı ile 3-25 Eylül 1975 tarihlerinde Montreal'de bir Uluslararası Hava Hukuku Konferansı toplandı.

<sup>98</sup> 1971 Guatemala City Protokolü'nde Varşova/La Haye Sistemi'nin sadece yolcu taşıma sözleşmelerini düzenleyen hükümleri ele alındığı için, yük taşımalarından doğan sorumluluk yine kusur prensibine bağlı kalmakta devam etmiştir. Ayrıca, yolcu taşımalarında gecikmeden doğan zararlar da kusur sorumluluğuna tabi tutulmuştur.

Bu Konferans aldığı kararlar ile dört ayrı Protokol kabul etti. Bu Protokoller'den:

1 Numaralı Montreal Ek Protokolü <sup>99</sup> ile 1929 Varşova Konvansiyonu,

2 Numaralı Montreal Ek Protokolü <sup>100</sup> ve 4 Numaralı Montreal Protokolü ile <sup>101</sup> 1955 La Haye Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonu ve

3 Numaralı Montreal Ek Protokolü <sup>102</sup> ile de, 1971 Guatemala City Protokolü ile değişik La Haye Protokolü ile değiştirilmiş olan Varşova Konvansiyonu

tadil edildi.

Söz konusu Protokoller ile yapılan değişiklikler ve ilaveler şu suretle özetlenebilir <sup>103</sup>:

1) Taşıyanın sorumluluğunun sınırını belirlemek için kullanılan sabit değer birimi olan Poincaré Frankı'nın yerine Özel Çekme Hakları (Special Drawing Rights - SDR) <sup>104</sup> kabul edilmiştir.

Bununla beraber, Uluslararası Para Fonu'na üye olmayan veya kanunları Özel Çekme Hakları'nın kullanılmasına izin vermeyen devletler

<sup>99</sup> Montreal Additional Protocol No. 1, 1975 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929. Bu Protokol 15 Şubat 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>100</sup> Montreal Additional Protocol No. 2, 1975 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955. Bu Protokol 15 Şubat 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>101</sup> Montreal Protocol No. 4, 1975 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955. Bu Protokol 14 Haziran 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>102</sup> Montreal Additional Protocol No. 3, 1975 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955 and at Guatemala City on 8 March 1971. Bu Protokol yürürlüğe girmemiştir.

<sup>103</sup> McGILCHRIST, Neil, *Four New Protocols to the Warsaw Convention*, (1976) LMCLQ 186 vd.; MATTE, Mircea Mateesco, *The Most Recent Revision of the Warsaw Convention: The Montreal Protocols of 1975*, (1976) XI ETL 6, 822 vd.

<sup>104</sup> Bilindiği üzere, SDR "Special Drawing Rights" (ÖÇH - Özel Çekme Hakları) Milletlerarası Para Fonu (IMF) yaratılmış bir farazi - fiktif değerdir.

için, sorumluluk sınırının Poincaré Frankı'na göre belirlenmesi imkânı muhafaza edilmiştir<sup>105</sup>.

2) Yük taşımalarında, hava konişmentosu yerine elektronik bilgi işlem cihazlarının kullanılması öngörülmüştür.

3) Ayrıca 4 Numaralı Montreal Protokolü ile taşıyanın, yükün hasara uğramasından veya kaybolmasından dolayı meydana gelecek zararlar karşısında sorumluluğunun sınırlı ve mutlak sorumluluk prensibine tabi olması benimsenmiştir.

Diğer taraftan, yukarıda açıklanan çeşitli değişiklik ve ilaveler ile gayet karmaşık bir düzen halini almış bulunan Varşova/La Haye Sistemi'nin etraflı bir incelemeden sonra, tek bir metin içinde toplanması da karar altına alınmıştır<sup>106</sup>.

#### e. 1995 IATA Intercarrier Agreement

Varşova/La Haye Sistemi'nin, taşıyanın sorumluluğunu sınırlandıran limitlerinin giderek yetersiz kalmakta olduğu ve başta Amerika Birle-

<sup>105</sup> Ancak, Protokol metinlerinde Poincaré Frankı deyimini kullanılmayıp, "parasal birim" (monetary unit) kullanılmıştır.

<sup>106</sup> Söz konusu karar ancak 1999 Montreal Sözleşmesi ile ve çeyrek asırlık bir mesainin sonucunda amacına erişmiş oldu ! Önemi dolayısı ile ve bir anlamı ile de 1999 Montreal Sözleşmesi'nin genel gerekçesini oluşturan hüviyetini dikkate alarak, kararın metnini aşağıda veriyoruz:

"The International Conference on Air,

WHEREAS

1. the Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air of 12 October 1929, The Hague Protocol (1955), the Guadalajara Convention (1961), the Guatemala City Protocol (1971) and the Montreal Protocols form a complicated system;

2. the Legal Committee of the International Civil Aviation Organisation has not excluded from the basic work of the present Conference the possibility of conducting further studies, with a view to combining the above-mentioned instruments into a single Convention;

RESOLVES

1. that, in accordance with the established procedure, the necessary measures be taken for the Legal Committee to study and prepare a draft consolidated text which would make no change in substance to existing instruments pertaining to the Warsaw Convention or that Convention as amended or supplemented, except insofar as such change is necessary to maintain consistency within the consolidated text;

2. that, the said draft be examined at a Diplomatic Conference to be convened by the Council of the International Civil Aviation Organisation in accordance with the established procedure as soon as possible."

şik Devletleri'ndeki mahkemeler olmak üzere, bir çok ülkenin yargı organlarının davacıların taleplerini hükme bağlarken bu limitleri bertaraf etmek için azamî imkânlarla başvurmakta olması ve aynı zamanda, aşağıda daha ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, bazı taşıyanların kendi tercihleri ile sorumluluk rejimini değiştirmeye yönelmeleri IATA'yı da bazı hazırlıklar yapmaya zorladı. Böylece, IATA 24 Eylül 1993 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Ulaştırma Bakanlığı'na başvurarak, Varşova/La Haye Sistemi'nin taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen hükümlerinde gereken değişikliklerin yapılabilmesi için girişimde bulunmak amacı ile yetki istedi<sup>107</sup>. Bu isteğe cevap ancak 22 Şubat 1995 tarihinde geldi.

Bu cevap üzerine gereken çalışmaları başlatan IATA, konu ile ilgili çalışmaların belli bir olgunluğa erişmesinden sonra, 19 - 23 Haziran 1995 tarihinde Washington'da bir "Airline Liability Conference" düzenlemiştir. Bu Konferans'ta yolcu taşımalarından doğan sorumluluğu düzenleyecek bir genel (umbrella) nitelikli Intercarrier Agreement yapılması hususunda mutabakat sağlandı.

Devam eden çalışmaların sonucunda da IATA'nın 30 - 31 Ekim 1995 tarihinde Kuala Lumpur'da toplanan 51. Yıllık Genel Kurulu'nda "IATA Intercarrier Agreement on Passenger Liability (IAA)" imzalandı<sup>108</sup>.

Ayrıntılarına aşağıda değinilecek olan bu Anlaşma'nın asıl önemli hükmünü teşkil eden 1. maddesi ile taşıyanlar, yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunda doğan zararların tazmini için açılacak davalarda, Varşova/La Haye Sistemi'nin sınırlı sorumluluk hükmünün ileri sürülmesinden prensip olarak feragat edilmesini sağlayacak tedbirleri almayı kararlaştırmışlardır<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Bu yetki isteği Amerika Birleşik Devletleri mevzuatının "anti-trust" hükümleri gereğince yapılmıştır, ancak meselenin bu yönü konumuzun ilgilendirmediğinden üzerinde durulmayacaktır.

<sup>108</sup> Türk Hava Yolları A.O. da bu anlaşmayı imzalamıştır.

<sup>109</sup> "To take action to waive the limitation of liability on recoverable compensatory damages in Article 22 paragraph 1 of the Warsaw Convention as to claims for death, wounding or other bodily injury of a passenger ..."

Diğer taraftan, 2. madde ile de, isteyen taşıyanın, herhangi bir defiden, belli bir parasal limite kadar feragat edebileceklerini kabul etmişlerdir <sup>110</sup>.

Taşıyanlar, ayrıca bu Anlaşma'yı en geç 1 Kasım 1996 tarihinde - veya ilgili resmî makamlardan izin alınması gerektiği hallerde, bu iznin alınmasından sonra derhal- uygulamaya koymayı da kabul etmişlerdir.

Daha sonra, bu "Umbrella Agreement"ın uygulanmasını sağlayacak yöntemin tesbiti amacı ile çalışmalar sürdürülmüş ve bu çalışmaların sonucunda ortaya konan birinci tasarı 1 Şubat 1996 günü Miami'de yapılan bir toplantıda, prensip olarak, kabul edilmiştir. Bu tasarıda yapılan değişiklikler üzerinde Montreal'da 2 Nisan 1996 günü yapılan toplantıda nihai metin ortaya çıkmış ve sonunda "Measures of Implementation Agreement (MIA)" <sup>111</sup> kabul edilmiştir.

Taşıyanlar, bu uygulama anlaşmasının hükümlerini, taşıma sözleşmelerine <sup>112</sup> ve tarifelerine koyacakları bir deklarasyonla beyan etmeleri de karara bağlanmıştır <sup>113</sup>.

IATA Intercarrier Agreement ve bunun uygulanması için kabul edilen uygulama anlaşması ile getirilen düzenlemenin esası şöyle özetlenebilir:

IAA ile taşıyanlar yolcunun ölümü, yaralanması veya başka herhangi bir bedeni zarar uğraması sonucunda açılacak davalarda sorumluluğu sınırlandıran 22. madde hükmünü ileri sürmemeyi kabul etmişler, fakat diğer bütün savunma imkanlarını saklı tutmuşlardır. Bununla beraber, isteyen taşıyanın herhangi bir defiden, belli bir parasal limite kadar feragat edebileceği de öngörülmüştür.

MIA ile de, taşıyanlar yolcunun ölümü, yaralanması veya başka herhangi bir bedeni zarar uğraması sebebi ile açılacak davalarda sınırlı

<sup>110</sup> "... any carrier may waive any defence, including the waiver of any defence up to a specified monetary amount of recoverable compensatory damages ..."

<sup>111</sup> Tam başlığı ile "Agreement on Measures to Implement the IATA Intercarrier Agreement." Türk Hava Yolları da bu anlaşmaya tarafur.

<sup>112</sup> Daha tam bir ifade ile "taşıma şartları" = "conditions of carriage".

<sup>113</sup> Bu metin her ne kadar taşıyanlar tarafından vaki tek taraflı bir beyanı ihtiva etmekte ise de, başlığı "Agreement" olarak konmuştur: "Agreement on Measures to Implement the IATA Intercarrier Agreement". Türk Hava Yolları A.O. da bu deklarasyonu yapmıştır.

sorumluluk defini ileri sürmemeyi ve 100.000 SDR'a kadar olan taleplere karşı Varşova/La Haye'in 20. maddesindeki savunmada bulunmamayı kabul etmektedirler. Buna karşılık, sahip oldukları diğer defî haklarını mahfuz tutmuşlardır. Bu şarta alternatif olarak; taşıyan yolcunun ölümü, yaralanması veya başka herhangi bir bedeni zarar uğraması sebebi ile açılacak tazminat davasının yolcunun ikametgâhının veya devamlı meskeninin bulunduğu yer hukukuna tabi olmasını ve yine talebin 100.000 SDR'a kadar olan dilimi için 20. maddede yazılı defiyi kullanmamayı kabul etmektedir. Ancak, bu alternatifte, söz konusu kabul taşıma şartlarında belirtilecek olan hatlar bakımından ve tesbit edilecek limitler içinde olacaktır.

Böylece, Varşova/La Haye Sistemi'nin sınırlı sorumluluk ilkesi ortadan kaldırılmıştır. Buna karşılık, zaten Sistem'e alınmış olan mutlak sorumluluğun 100.000 SDR tutarına kadar olan talepler bakımından uygulanması kabul edilmiş bulunmaktadır. Aynı zamanda, "two-tier" prensibi bir kez daha uygulama alanı bulmuş olmaktadır<sup>114</sup>.

#### f. 1961 Guadalajara Ek Sözleşmesi<sup>115</sup>

Son olarak ve kronolojik sıraya uymadan değinmekte olduğumuz bu Sözleşme, esasında Varşova Konvansiyonu'na veya La Haye Protokolü'ne herhangi bir ek veya değişiklik getirmiş olmayıp, sadece Varşova/La Haye Sistemi'nin âkit taşıyana tanıdığı himayenin, taşıma sözleşmesinin tarafı olmamakla beraber taşımayı fiilen icra eden "fiilî taşıyana" da tanınmasını sağlamak amacı ile düzenlenmiştir.

Guadalajara Sözleşmesi'ne göre, bir taşıma sözleşmesi, sözleşmeyi yapmış olan taşıyandan (contracting carrier) başka bir taşıyan (actual carrier) tarafından icra edildiği takdirde, sözleşmeyi fiilen icra etmiş olan taşıyan da, Varşova/La Haye Sistemi'nin taşıyana tanıdığı sınırlı sorumluluk ilkesi ile birlikte diğer defîlerden de yararlanır.

<sup>114</sup> IATA Intercarrier Agreement ile ilgili tam ve ayrıntılı bilgi için bkz. CLARK, Lorne, *The IATA Intercarrier Agreement on Passenger Liability and its Implementation: 1996 the Year of Decision*, [1996-97] TAQ 1, 5-17.

<sup>115</sup> Guadalajara Supplementary Convention, 18 Eylül 1961. Sözleşme onaylayan devletler arasında 1 Mayıs 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye taraf değildir.



#### 4. Günümüzdeki Durumu İle Varşova/La Haye Sistemi

##### a. 1929 Varşova Konvansiyonu

Halen yürürlükte olan metinlerin başında 1929 Varşova Konvansiyonu gelmektedir. Burkino Faso, Comoros, Ermenistan, Ekvator Ginesi, Etyopya, Honduras, Liberya, Moritanya, Özbekistan, Tacikistan, Tanzanya, Türkmenistan, Uganda, ve Uruguay esas itibarı ile sadece 1929 Varşova Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerdir. Bununla beraber, bu devletlerden Etyopya, Honduras ve Özbekistan 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü onaylamış oldukları için <sup>116</sup>, doğrudan doğruya Varşova/La Haye Sistemi'ne dahil olmuşlardır (md. XIX).

Sadece Varşova Konvansiyonu'na taraf olan devletlerin ülkelerine yapılacak uluslararası taşımalarda, Konvansiyon'un 1. maddesi bakımından, diğer ülke devletinin La Haye Protokolü'ne veya 4 Numaralı Montreal Protokolü'ne taraf olması halinde dahi, ancak 1929 Varşova Konvansiyonu uygulanacaktır. Bu bakımdan, Türkiye <sup>117</sup> ile, meselâ Tacikistan veya Türkmenistan arasında yapılan seferler, 1929 Varşova Konvansiyonu'nun hükümlerine tabidir.

Yukarıda anılan devletlerden 1 numaralı Montreal Protokolü'ne taraf olacak bir tanesinin ülkesine yapılacak taşımalarda, sorumluluk limitleri SDR üzerinden hesaplanacaktır.

Yine bu devletlerden herhangi bir tanesinin 2 numaralı Montreal Protokolü'ne taraf olması, onun 1955 La Haye Protokolü ile tadil edilmiş bulunan 1929 Varşova Sözleşmesi'ne taraf olması sonucu doğurur.

##### b. 1955 La Haye Protokolü

1955 La Haye Protokolü, 1929 Varşova Konvansiyonu'nu tadil etmiştir. 1955 La Haye Protokolü ise, 2 numaralı Montreal Protokolü ile, sorumluluk limitlerinin SDR üzerinden tayini konusunda tadil edildiği gibi, yük taşıma sözleşmeleri ile ilgili hükümleri de 4 Numaralı Montreal Protokolü ile değiştirilmiştir. Bu bakımdan, La Haye Protokolü'nün üç ayrı metni bulunmaktadır.

<sup>116</sup> Protokol Amerika Birleşik Devletleri bakımından 4 Mart 1999 günü yürürlüğe girmiştir.

<sup>117</sup> Türkiye 12 Eylül 1998 itibarı ile 4 Numaralı Montreal Protokolü'ne taraftır.

### c. 1961 Guadalajara Ek Sözleşmesi

Guadalajara Sözleşmesi, Varşova/La Haye Sistemi hükümlerinin âkit taşıyana olduğu gibi, fiili taşıyana da uygulanmasını öngörmektedir ve bu bakımdan Varşova/La Haye Sistemi'nin tamamlayıcısı niteliğindedir.

Ancak, 1999 Montreal Sözleşmesi, Guadalajara Sözleşmesi'nin hükümlerini metne almış bulunmaktadır. Bu nedenle, 1999 Montreal Sözleşmesi'nin 55. maddesinin 1/c bendi, Sözleşme'ye taraf olan devletler arasında, Guadalajara Sözleşmesi'nin uygulanmayacağını belirtmektedir.

### d. 1966 Montreal Intercarrier Agreement

Bu Anlaşmanın durumu bir ölçüde tartışmalıdır. 1995 Kuala Lumpur Intercarrier Agreement ve onun uygulama belgesini teşkil eden Measures of Implementation Agreement, 1966 Anlaşması'nın akıbeti hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir. 1996 MIA'yı yürürlüğe koyan havayolu işletmesinin (taşıyanın), bu işlem ile 1966 Anlaşması'nı fesih etmiş olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Gerçi, 1966 Anlaşması'nın diğer tarafı Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti'dir ve söz konusu Anlaşma'yı bir uluslararası anlaşma olarak kabul etmek mümkün olmadığı gibi, özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme olarak görmek de caiz değildir. Bu bakımdan, fesih edilmiş olduğunu söylemek tam doğru olmayabileceği için, kısaca yürürlükten kalkmış olacaktır demek daha doğru olabilir.

Kaldı ki, IIA'yı kabul eden Air Transport Association of America (ATA) nın, bunun uygulanması için düzenlediği "Provisions Implementing the IATA Intercarrier Agreement to be Included in Conditions of Carriage and Tariffs (IPA)" açık olarak IPA'nın kendisi bakımından yürürlüğe giren işletmenin, 1966 Montreal Anlaşması'ndan çekilmiş olduğunu ifade etmektedir.

### e. 4 Numaralı Montreal Protokolü

Bu Protokol 14 Haziran 1998 günü yürürlüğe girmiştir. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, 4 Numaralı Montreal Protokolü bağımsız bir metin olmayıp, 1955 La Haye Protokolü'nün yük taşımaları ile ilgili hükümlerini değiştirmiştir.

## f. 1995 Kuala Lumpur Intercarrier Agreement ve 1996 Implementation Agreement

Söz konusu Anlaşmaları yürürlüğe koymuş olan taşıyanlar, yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından sınırsız sorumluluk altına girmiş olabilecekleri gibi, 100.000 SDR'a kadar olan talepler karşısında mutlak sorumluluğu kabul etmiş durumdadırlar.

Bu gibi taşıyanların yapmış oldukları taşıma sözleşmelerinin Varşova/La Haye Sistemi'nin uygulama alanına girmesi yeterlidir; taşıma sadece 1929 Varşova Konvansiyonu'na taraf olan devletlerin ülkeleri arasında icra edilecek olsa dahi, sorumluluk IIA ve MIA hükümlerine tabi olacaktır.

Yukarıda, 1966 Montreal Intercarrier Agreement ile ilgili başlık altında değinmiş olduğumuz üzere; 1996 MIA'ı yürürlüğe koyan havayolu işletmesinin (taşıyanın), bu işlem ile 1966 Anlaşması'nı fesih etmiş olduğunu kabul etmemiz gerekecektir.

### 5. 1999 Montreal Konvansiyonu<sup>118</sup>

#### a. 1999 Montreal Konvansiyonu'nun Yapılması

1975 yılındaki Uluslararası Hava Hukuku Konferansı' mn, yukarıda işaret etmiş olduğumuz ve Varşova/La Haye Sistemi'nin "konsolidasyonunu" öngören kararından yaklaşık bir çeyrek asır sonra, ICAO Assamblesi'nin, Ekim 1995'deki 31. Toplantısı'nda, Varşova Sistemi (Warsaw System)'nin modernize edilmesi için gereken çalışmaları azamî derecede hızlandırması için Konsey'e yetki verdiğini görmekteyiz.

1995 yılının Kasım ayında, ICAO Konseyi, Varşova Sistemi' nin modernizasyonu çalışmalarını hızlandırmak amacı ile ICAO Hukuk Bürosu'na yardımcı olmak üzere bir Çalışma Grubu kurulmasını kararlaştırdı.

Bu arada, Varşova/La Haye Sistemi'nin, özellikle taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen hükümleri bakımından, yeni ihtiyaçlara cevap verecek hale getirilmesi için girişimlerde bulunmaya başlamış olan

<sup>118</sup> Ayrıntılı bir inceleme için bkz. CHENG, Bin, *A New New Era in the Law of International Carriage by Air: From Warsaw (1919) to Montreal (1999)*, 53 ICLQ October 2004 pp. 833-859.

IATA, bu çalışmaları meyanında Washington'da 19-23 Haziran 1995 tarihinde bir "Airline Liability Conference" organize etmişti. Bu Konferans'ta Varşova/La Haye Sistemi'nin modernizasyonu için yapılacak çalışmaları, ilgili devletlerin ICAO aracılığı ile teşebbüse geçerek başlatması yolunda görüş birliğine varılmıştı.

ICAO Çalışma Grubu incelemelerinin sonuçlarını ve görüşlerini 1996 yılının Şubat ayı içinde ICAO Konseyi'ne iletti ve Varşova Sistemi'nin modernizasyonu ve konsolide edilmesi için yeni bir uluslararası sözleşme yapılmasını tavsiye etti.

Çalışma Grubu, sorumluluk hukuku bakımından iki kademeli (two-tier) bir sistem tavsiye etmekte idi. Buna göre; taşıyanın sorumluluğu sınırsız olacak, 100.000 SDR'a kadar olan talepler bakımından mutlak sorumluluk prensibi uygulanacak, bu tutarı aşan talepler ise kusur sorumluluğuna tabi tutulacaktır. Bu tavsiye üzerine ICAO Konseyi, Hukuk Bürosu'ndan, Çalışma Grubu'nun da yardımı ile, bir sözleşme tasarısı hazırlamasını istedi. Bu istek doğrultusunda, Hukuk Bürosu bir tasarı kaleme alıp bunu Çalışma Grubu'na intikal ettirdi, Çalışma Grubu da incelemelerini tamamladıktan sonra, hazırladığı metni 25 Haziran 1996 günü Konsey'e sundu.

Bu çalışmaların sonucunda Konsey, bu kere Hukuk Komitesi'nden yeni sözleşme tasarısı üzerindeki çalışmalarını Konsey'in Nisan/Mayıs 1997 tarihinde yapılacak 30. Session'u içinde tamamlayarak, Diplomatik Konferans'm en kısa zamanda toplanmasına imkân sağlamasını talep etti.

ICAO Hukuk Bürosu tarafından hazırlanan taslak metin, 20 Ocak 1997 günü Hukuk Komitesi'ne teslim edildi.

Bu metin üzerinde daha sonra, önce Hukuk Komitesi'nin incelemeleri ve bunu takiben de 1998 yılı içinde sürdürülen "Özel Çalışma Grubu" müzakerelerinin sonucunda ortaya çıkarılan nihaî metin ise, ICAO Konseyi tarafından kabul edilerek "Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalar İçin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme

Tasarısı” başlığı <sup>119</sup> ile 10-28 Mayıs 1999 günlerinde Montreal’da toplanacak olan diplomatik konferansa sunulması kabul edildi <sup>120</sup>.

Söz konusu Diplomatik Konferans’ın bu metni kabul etmesi ile de, “Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalar İçin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme” Konferans’a katılan 118 devletten 52 tanesinin temsilcileri tarafından imzalanarak, devletlerin onayına sunulmak üzere kabul edildi.

## **b. 1999 Montreal Konvansiyonu’nun Çatısı Ve Özellikleri**

### **aa. Varşova/La Haye Sistemi’nin Konsolidasyonu**

1999 Montreal Konvansiyonu, 3-25 Eylül 1975 tarihlerinde Montreal’de toplanmış bulunan Uluslararası Hava Hukuku Konferansı’nın Nihai Senedi’ndeki Karar uyarınca, bir konsolidasyon çalışması niteliğinde olmuştur.

1999 Montreal Konvansiyonu’nda, Varşova/La Haye’in sistematigi esas itibarı ile aynen takip edilmiş, fakat Konvansiyon’a konsolidasyon yönteminin icabı olarak Guadalajara Ek Sözleşmesi’nin hükümleri de katıldığı için, bunlar “Âkit Taşiyandan Başka Bir Kişi Tarafından İcra Edilen Havayolu Taşımaları” <sup>121</sup> başlığı ile V. Chapter’de 39 - 48. maddelerde yer almıştır. Ayrıca, bazı maddeler (49 - 52) “Diğer Hükümler” başlığı ile VI. Chapter olarak eklenmiştir.

Guadalajara Sözleşmesi’nin de 1999 Montreal Konvansiyonu’nun metnine katılmış olması ile, Varşova/La Haye Sistemi’ni meydana getiren ve yürürlükte bulunan belgelerin tamamı Montreal Konvansiyonu’nun bünyesinde toplanmış bulunmaktadır.

Muhteva itibarı ile de, Varşova/La Haye Sistemi’nin bir çok temel unsuru 1999 Montreal Konvansiyonu’nda muhafaza edilmiştir.

<sup>119</sup> Draft Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air.

<sup>120</sup> Varşova Konvansiyon’un imzalandığı tarihten günümüze kadar olan gelişmeler hakkında ayrıntılı ve kronolojik bilgi için bkz. ICAO Hukuk Komitesi’nin raportörü Vijay POONOOSAMY’nin raporu: *The Modernisation of the “Warsaw System” - The ICAO Draft Convention on the Liability of the Air Carrier*, 96-97 TAQ 287 vd.

<sup>121</sup> “Carriage by Air Performed by a Person other than the Contracting Carrier”.

Yük taşımalarını düzenleyen maddeler (4 - 16) 4 Numaralı Montreal Protokolü'nden alınmıştır, ki zaten bu Protokol 14 Haziran 1998 tarihinde yürürlüğe girerek Varşova/La Haye Sistemi'nin içinde yerini almış bulunmaktadır.

Yolcu taşımalarına ilişkin hükümler 1971 Guatemala City Protokolü'nden alınmıştır.

Sorumluluk hükümleri ise, 1995 IATA Intercarrier Agreement'in "two-tier" sisteminden esinlenerek düzenlenmiştir.

Hemen yukarıda belirtildiği surette, Guadalaja Ek Sözleşmesi V. Chapter olarak metne eklenmiştir.

Bu düzenlemenin getireceği pratik sonuç şu olacaktır: 1999 Montreal Konvansiyon'u, gerekli onaylar alıp yürürlüğe girdikten sonra, onaylayan devletler arasında uygulanacak tek uluslararası konvansiyon olarak kalacak ve halen yürürlükte bulunan Varşova/La Haye Sistemi metinlerinin uygulanma kabiliyeti ortadan kalkmış olacaktır<sup>122</sup>. Bununla beraber, Varşova/La Haye Sistemi'nin ilga edilmesi, yürürlükten kaldırılması -teorik açıdan olduğu kadar pratik bakımdan da- hiç zaman mümkün olmayacaktır; çünkü, 1999 Montreal Konvansiyonu'nu onaylamamış ve ülkesine uluslararası hava taşımacılığı yapılan bir devlet daima bulunabilecektir. Bu itibarla, mevcut Varşova/La Haye Sistemi, 1999 Montreal Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışında kalan -örneğin, 1999 Montreal Konvansiyonu'nu onaylamamış devletlerin ülkelerine yapılan taşımalar için geçerli olmaya devam edecektir<sup>123</sup>.

#### ***bb. 1999 Montreal Konvansiyonu'nun Genel Olarak İçeriği***

Yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin belgelerin (yolcu bileti ve bagaj kuponu, md. 3) düzenlenmesi kolaylaştırılmış; hava konişmentosu ile ilgili hükümler, zaten yürürlüğe girmiş olan 4 Numaralı Montreal Protokolü'nden alınmıştır. Ayrıca, söz konusu belgelerin düzenlenmemesi

<sup>122</sup> Burada kast edilen uluslararası sözleşmelerdir, yoksa IATA'nın yaptığı intercarrier anlaşmalara değinilmemektedir. Yukarıda da açıklanmış olduğu üzere, bunlar sadece birer genel işletme şartı teşkil eder ve bu nitelikleri bakımından Varşova/La Haye Sistemi ile ancak "akraba" olurlar, yoksa Sistem'in hukukî anlamda bir unsurunu teşkil etmezler.

<sup>123</sup> Halen sadece 1929 Varşova Konvansiyonu'na taraf olan devletler için bkz. yukarıda, IV / 1, a.

veya hatalı veya eksik düzenlenmesi halinde herhangi bir müeyyide öngörülmemiştir<sup>124</sup>.

Konvansiyon'un 28. maddesi ile, taşıyanın, yolcunun ölümü veya yaralanması ile sonuçlanan kazalardan sonra, kendi millî hukuku gerektirdiği takdirde, hak sahiplerine avans ödemesi yapması öngörülmektedir. Bu hükmün kuvveden fiile çıkarılması amacı ile de, Final Act'a ekli 2 numaralı Karar, taşıyanları bu şekilde avans ödemesi yapmaya teşvik ettiği gibi, Konvansiyon'a taraf devletleri, kendi mevzuatlarına taşıyanları Konvansiyon hükümleri dairesinde avans ödemeye mecbur tutacak hükümleri koymaya davet etmektedir.

1999 Montreal Konvansiyon'u ile getirilen kayda değer bir değişiklik, manevî tazminatın kaldırılması olmuştur. Konvansiyon'un 29. maddesi, Konvansiyon hükümlerine dayanılarak açılacak davalarda, manevî tazminata hükmolunamayacağını, açıkca beyan etmektedir<sup>125</sup>.

50. madde, taraf devletlere, taşıyanların sözleşmeden doğan sorumluluklarını teminat altına alacak nitelikte yeterli sigorta yaptırımlarını sağlamak yetkisini tanımaktadır.

Yetkili mahkemeyi gösteren maddeye yapılan ilave ile, yolcunun ikametgahı mahkemesi, beşinci bir yer mahkemesi olarak kabul edilmiştir.

### *cc. Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler*<sup>126</sup>

Taşıyanın *yük taşımalarından* doğan sorumluluğu, 4 Numaralı Montreal Protokolü hükümlerine uygun olarak, *mutlak sorumluluk* niteliğindedir. Bu sorumluluk kilo başına 17 SDR olarak belirlenmiştir ve bu tavanın aşılamayacağı da öngörülmüştür. Böylece, yük taşıma sözleşmeleri bakımından, mutlak sorumluluk, sınırlı sorumluluk ile dengelenmiştir. Ancak, yükletenin daha yüksek bir değer beyan etmesi ve buna uygun olarak ilave navlun ödemesi halinde bu limit aşılabilecektir (md. 22/3).

<sup>124</sup> Varşova/La Haye Sistemi'nde, yolcu bileti, bagaj kuponu veya hava konişmentosunun düzenlenmemiş olması veya eksik veya hatalı düzenlenmiş bulunması, taşıyanın sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerden yararlanma imkânına engel olmaktadır (md. 3/2, 4/2 ve 5. md. nin atfı ile md. 9).

<sup>125</sup> Bu konu aşağıda § 2 / III, 3' de incelenecektir.

<sup>126</sup> Bu hususlar aşağıda § 2' de ele alınmaktadır.

Taşıyanın *yolcu taşımalarından* doğan sorumluluğu ise, prensip olarak *sınırsız sorumluluk* olarak belirlenmiştir. Kabul edilen “two-tier” prensibine göre; taşıyan *zararın 100.000 SDR tutarındaki kısmı için mutlak sorumluluk* altındadır. Bu sorumluluğunu sınırlandıramaz, bertaraf edemez. Buna karşılık, 100.000 SDR’den fazla talepler bakımından, *100.000 SDR’den fazlası için kusur sorumluluğu* söz konusu olup, taşıyan zararın doğmasında kendisinin veya adamlarının herhangi bir kusuru bulunmadığını veya zararın bir üçüncü kişinin kusuru sonucunda meydana gelmiş olduğunu isbat edebildiği takdirde, tazminat ödemekten kurtulur (md. 21).

Her ne kadar 1999 Montreal Konvansiyonu yürürlüğe girmemiş ise de, öngörülen bu sorumluluk rejimi, IIA ve MIA hükümleri ile uygulanmaktadır.

Taşıyan zararın, zarara uğramış bulunan kişinin veya zarar dolayısı ile talepte bulunmak hakkı doğmuş olan kişinin kusuru sonucunda meydana gelmiş olduğu isbat edebildiği takdirde, sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtulabilir (müterafık kusur prensibi) (md. 20).

29. madde, Konvansiyon hükümlerine dayanılarak açılacak davalarda, sadece maddî tazminata karar verileceğini, manevî tazminata hükümlenemeyeceğini belirtmektedir.

### **6. Varşova/La Haye Sistemi'nin Hukukî Yapısı ve Karakteristiği**

Varşova/La Haye Sistemi ile ilgili açıklamaların sonunda bir de bu düzenin hukukî yapısını ve karakteristiğinin ele almak gerektiğini düşünüyoruz.

Bu konuda sık sık tartışmalar yapılmış ve değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden bir tanesi, özellikle son yıllarda verilen bazı Yüksek Mahkeme kararlarında, ayrıntılı surette işlenmiş bulunmaktadır. Meselenin odak noktası özetle şudur:

Bu teoriye göre; Varşova/La Haye Sistemi, kendine yeterli, havayolu ile yapılan uluslararası taşımalarda uygulanacak *belirli* kuralları, sınırları çizilmiş bir manzume içinde toplayan ve -deyim yerinde ise- *kapalı devre* bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme ile taşıma sözleşmesine ilişkin belli esaslar ortaya konmuş ve sözleşmenin taraflarının hak ve borçları ile sorumlulukları tanımlanmıştır. Havayolu ile yapılan ulusla-



rarası taşımalarda, uygulanma şartları mevcut olduğu takdirde, Varşova/La Haye mecburî olarak uygulanır, emredici niteliği asıl olup tarafların sözleşme özgürlüğü ancak kısıtlı olarak belirtilmiş olan istisnâ alanlarda vardır. Uygulanma şartlarının bulunduğu hallerde, başka, meselâ, millî hukuk sistemleri uygulanamaz.

Bir başka açıdan bakıldığı zaman, esasen Varşova/La Haye Sistemi'nin içerdiği kuralların daha ziyade *kamu hukuku* karakterli olduğu görülür. Varşova Konvansiyonu'nun yapıldığı 1929 yılında ve hatta son yıllara kadar, Amerika Birleşik Devletleri hariç, bütün devletlerde havayolu işletmeleri devlet kuruluşları idi; bu gün dahi bir çok büyük işletmede kamu sermayesi, dolayısı ile de kamu denetimi egemen durumdadır. İnsana verilen değer inkâr edilmemekle beraber, sık sık tekrar edilen bir deyim ile ifade edilegeldiği üzere, Varşova Konvansiyonu'nun hazırlanmasındaki ana fikirlerden başlıcasının "*Emekleme çağındaki sivil havacılığın desteklenmesi*" olduğu bilinmektedir. Sivil havacılık kamu idaresinin içinde yer aldığı cihetle, Varşova/La Haye Sistemi'nin tasarlanmasında, belli oranda da olsa, devletçi ve himayeci bir yaklaşım kaçınılmaz surette etkili olmuştur.

Netekim, Varşova Konvansiyonu'nun yapılmış olduğu tarihten tam 70 yıl sonra hazırlanan 1999 Montreal Konvansiyonu'nun *Önsöz* (Preamble) bölümünde, "... *havayolu ile yapılan uluslararası taşımalarda tüketicinin çıkarlarının korunmasındaki önem dikkate alınarak ...*"<sup>127</sup> ifadesinin kullanılması da dikkati çekmektedir.<sup>128</sup>

Muhtemelen biraz da Konvansiyon' un ruhunda bulunan -veya Konvansiyon'a *sinmiş* olan- kamu hukuku hüviyetinin etkisi ile, hemen yukarıda özetlemeye çalışmış olduğumuz gibi, Varşova/La Haye Sistemi'nin havayolu ile yapılan taşımalar bakımından *lâzım ve kâfi* konuları kapsadığı ve buna paralel olarak da havayolu ile yapılan taşımalara ilişkin *lâzım ve kâfi* hükümleri içerdiği görüşü ortaya atılmıştır.

<sup>127</sup> "Recognising the importance of ensuring protection of the interests of consumers in international carriage by air ..."

<sup>128</sup> Gerçekten doktrinde 1999 Montreal Konvansiyonu'nun artık havayolları için bir Konvansiyon olmayıp, tüketiciler/yolcular için olduğu söylenmiştir. "The Montreal Convention is no longer a Convention for airlines. It is a Convention for consumers/passengers." WHALEN, Thomas J., *The New Warsaw Convention: The Montreal Convention*, XXV Air & Space Law 1, 12-26, s. 12.

Bu görüşün pratik sonucu şu olmaktadır: Havayolu ile yapılan - uluslararası- taşımalar Varşova/La Haye Sistemi ile düzenlenmiştir. Taşıma sözleşmesinin taraflarının ve bu arada gönderilenin de, hak ve borçları ile sorumlulukları Varşova/La Haye Sistemi'nin hükümleri ile düzenlenmiştir. Bu hükümlerin tanımladığı borç ve sorumlulukların dışında borç ve sorumluluk olmadığı gibi tanınmış olan hakların dışında da hak yoktur. Diğer bir deyişle, Davacı Varşova/La Haye Sistemi'nde kendisini iddiasında ve talebinde haklı çıkaracak bir hüküm bulamadığı halde, millî hukuka veya yabancılik unsuru içeren davalarda, kanunlar ihtilâfi kurallarına göre bulunacak bir hukukun hükümlerine dayanamaz. Daha da farklı bir anlatımla: Yolcu biletini cebine koyduktan, taşıyan hava konişmentosunu eline aldıktan sonra, taşıyan ile aralarında doğacak sorunları Varşova/La Haye Sistemi içinde halledeceklerdir; başka yerden medet ummasınlar !!

Bu teorinin karşısında, Varşova/La Haye Sistemi'nin böyle bir tür *deli gömleği* olmadığı, her ne kadar Konvansiyon öncelikle uygulanacak ise de, Konvansiyon'da davacıyı talebinde haklı çıkaracak bir hüküm bulunamadığı takdirde, millî hukuk sisteminin veya kanunlar ihtilâfi prensiplerine göre seçilecek hukukun olaya uygulanma yeteneği olan hükümlerinin uygulanabileceği görüşü savunulmaktadır. Ne var ki, Varşova/La Haye Metni'nin 24. md. si ve 1999 Montreal Konvansiyonu'nun 29. md. si gereğince, davalar Varşova/La Haye Sistemi'nin hüküm ve şartlarına ve özellikle de sorumluluğu sınırlandıran kuralları çerçevesinde görülerek karara bağlanacaktır. Hemen söyleyelim ki, daha ziyade ağırlıkta olan bu görüştür. Esasen, hak ve adalet anlayışına daha uygun olan da bu budur.

Bununla beraber, peş peşe gelen bazı Yüksek Mahkeme kararları ile, bu kararları izleyen birinci derece mahkemelerinin vermeye başladıkları kararlar, birinci teorinin uygulamada ağırlık kazanmaya başladığına işaret etmektedir.

Şimdi, söz konusu kararların önemli olanları hakkında kısa açıklamalarda bulunalım:

Zaten muhtelif tartışmalara konu edilmiş olsa da, bu mesele ile ilgili son dönem, ciddi olarak ilk defa, 1997 yılında İngiltere'de House of

Lords tarafından verilmiş olan *Sidhu v. British Airways plc* kararı<sup>129</sup> ile başlamış sayılır. Mahkeme, Konvansiyon'un, kapsamı içinde bulunan konular bakımından münhasır hükümler getirmiş olduğu noktasından hareket etmiştir. Mahkeme'ye göre; taşıma sözleşmesinin diğer tarafı (olayda yolcu), davasını ancak Konvansiyon'un şartları ve kısıtlamaları çerçevesinde açabilir. Konvansiyon'un kapsamına dahil olan taleplerin, Konvansiyon dışındaki hükümlere dayanılarak ileri sürülmesi Konvansiyon'un mantığına ters düşer.

Bu dava, savaş döneminde Kuveyt'te hava meydanında mahsur kalmış olan bir yolcu tarafından açılmıştır, fakat, maddî olayın şartları davacıya Varşova/La Haye Metni md. 17 uyarınca bir talep hakkı sağlayacak nitelikte değildi. Mahkeme, bu maddeye göre talep hakkının oluşmadığı bir davada, başka bir hukuk düzeninin, -olayda- Common Law prensiplerinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, Varşova/La Haye Sistemi'nin yeknesak bir uluslararası *code*<sup>130</sup> olmak üzere tasarlanmış bulunduğunu ve kapsadığı konularda, millî hukuklara gidilmesinin caiz olamayacağını belirtmiştir.

Mahkeme kararında hatta, bir zararın tazminatsız bırakılmasının tercih edilecek bir yorum tarzı olmadığını da açıkça ifade etmekle beraber<sup>131</sup>, Varşova/La Haye Sistemi'nin havayolu ile yapılan uluslararası taşımalarda, düzenlediği konular -alanlar- ile ilgili olarak çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanabilecek *yegâne* hukuk normlarını ihtiva eylediğini tekrarlamıştır<sup>132</sup>.

Konu aynı günlerde Amerika'da da tartışılmaya başlanmış olup *Potter v. Delta Airlines, Inc.* kararı<sup>133</sup>, temyiz aşamasına gelmiş ilk dava olarak anılmaktadır. Temyiz Mahkemesi (Ct. of App. for the 5th Cir.) Varşova/La Haye ile münhasır bir hukuk düzeni kurulmuş bulunduğunu ve davacıların taleplerine dayanak olarak millî hukuk kurallarını alamayacaklarına hükmetmiştir.

<sup>129</sup> Özel dosyadan.

<sup>130</sup> "... what was sought to be achieved was a uniform international code ... the code is intended to be uniform and to be exclusive also of any resort to the rules of domestic law."

<sup>131</sup> "...An answer to the question which leaves claimants without a remedy is not at first sight attractive ..."

<sup>132</sup> Ayrıca bkz. CLARKE, 153-155.

<sup>133</sup> [1996-97] TAQ 4, 421.

Çok kısa bir süre sonra, bu defa da Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the US), 12 Ocak 1999 tarihli *El-Al Israel Airlines v. Tseng* kararı ile <sup>134</sup>, Varşova/La Haye Sistemi'nin talep hakkı vermediği bir davada, davacının eyalet hukukuna veya millî hukuka dayanamayacağını hüküm altına almıştır <sup>135</sup>. Mahkeme'ye göre, Konvansiyon'un sorumluluk ile ilgili maddeleri münhasıran uygulanır ve bunlarda talebi destekleyecek bir hüküm bulunmadığı takdirde, davanın reddi gerekir <sup>136</sup>; çünkü, Konvansiyon, kapsamına giren konularda diğer bütün kurallara öncelik kazanır, onları dışlar <sup>137</sup>. Bu karar, yolcu taşıma sözleşmesinden doğmuş olan bir uyuşmazlık dolayısı ile verilmiştir. Fakat, mahkemenin statüsü gereği, Konvansiyon'dan doğacak bütün davalar için emsal teşkil edecek değerdedir.

Davacı, uçağa binmeden önce yapılan güvenlik kontrolleri sırasında ruhi buhran geçirdiği iddiası ile taşıyandan tazminat istemiştir. Mahkeme, olayın Konvansiyon'un 17. md. si anlamında *kaza - accident* sayılamayacağı görüşü ile davayı red etmekle beraber, talebin New York eyalet kanunlarına göre tazminata hak kazandıracağı gerekçesi ile, neticede tazminata hükmetmiştir.

Yüksek Mahkeme ise, Varşova/La Haye Sistemi'nin hava yolu ile yapılan uluslararası taşıma sözleşmelerinin zorunlu gereği olan yeknesaklığın sağlanması amacını güttüğünü; Konvansiyon'un düzenlediği konular ile ilgili olarak doğacak uyuşmazlıkların ancak Konvansiyon hükümlerinin uygulanması ile çözüleceğini ve Konvansiyon'da davacıyı talebinde haklı çıkaracak bir kuralın bulunmaması halinde, artık mahallî hukuk kurallarına dayanmanın mümkün olmadığını ve davanın reddi gerekeceğini beyan etmiştir.

Bu kararda da Yüksek Mahkeme, *Sidhu v. British Airways plc* davasında House of Lords tarafından dile getirilen soruna değinerek, zararın tazminatsız bırakılmasının adalet duygularını zedelediğini ifade etmekten

<sup>134</sup> [1999] TAQ 4, 271 vd.

<sup>135</sup> "... *The Warsaw Convention precludes a passenger from maintaining an action for personal injury damages under local law when her claim does not satisfy the conditions for liability under the Convention ...*".

<sup>136</sup> "... *recovery for a personal injury ... if not allowed under the Convention, is not available at all ...*"

<sup>137</sup> "... *Warsaw Convention will pre-empt state law ...*"

geri dıramamış, fakat davacının muhatabının mahkemeler olmayıp Yasama Organı olduğunu söylemiştir <sup>138</sup>.

*Tseng* kararından sonra, bir çok davada mahkemelerin bu doğrultuda hüküm tesis ettiğini görmekteyiz. Meselâ:

\* *Gibbs v. American Airlines, Inc.* <sup>139</sup>. Dava, davalı işletmenin davacıya karşı ayırimcılık yaptığı iddiası ile, İnsan Hakları Kanunu'na (Human Rights Act) dayanılarak tazminat talebi ile açılmıştır. Mahkeme, Konvansiyon'un böyle bir talebe yer vermediği görüşü ile davayı red etmiştir.

\* *Watson v. American Airlines, Inc.* <sup>140</sup>. Dava, uçakta verilen yemekten zehirlenen davacının tazminat talebi ile açılmıştır. Mahkeme, talebin Konvansiyon'un 17. md. sinin kapsamının dışında kaldığı ve davacının eyalet kanuna dayanamayacağı gerekçesi ile davayı red etmiştir.

\* *Bloom v. Alaska Airlines* <sup>141</sup>. Davacı, kabin görevlisinin kasıtlı tutumu sonucunda sinir buhranı geçirdiği iddiası ile manevî tazminat davası açmış ve Varşova/La Haye Sistemi manevî zararları kapsamadığı için talebini eyalet hukukuna dayandırmıştır. Mahkeme, Konvansiyon'un 17. md. sinin manevî zararları kabul etmediğini, 17. md. nin kabul etmediği bir talebin ise, eyalet kanununa dayanılarak dava konusu yapılamayacağına karar vermiştir.

Yukarıdaki kararlarda belirmiş olan görüşün hâkim olduğu bir başka karar Yeni Zelanda Temyiz Mahkemesi tarafından verilmiştir <sup>142</sup>. Mahkeme Konvansiyon'un 24. md. sinin amacının uluslararası havayolu işletmelerini, millî hukukların birbirinden değişik hükümlerinin getireceği risklerden korumak ve yeknesak bir sorumluluk rejimine tâbi tutmak

<sup>138</sup> Karar ile ilgili olarak bkz. COBBS, Louise, *The Shifting Meaning of "Accident" Under Art. 17 of the Warsaw Convention*, XXIV Air & Space Law 3, 121-127; MARGO, Rod D., *Insurance Aspects of the New International Passenger Liability Regime*, XXIV Air & Space Law 3, 134-141. WILSON, Diana Westwood and GERAGHTY, Joanna L., *The Progeny of Tseng*, XXV Air & Space Law 2, 62-75.

<sup>139</sup> IATA - International Air Transport Association, *The Liability Reporter*, 2003 V. 6, 2.

<sup>140</sup> IATA - International Air Transport Association, *The Liability Reporter*, 2003 V. 6, 2/3

<sup>141</sup> IATA - International Air Transport Association, *The Liability Reporter*, 2003 V. 6, 3.

<sup>142</sup> *Emery Air Freight v. Nerine Nurseries*, [1998] LMCLQ 476-479. Keza bkz. içtihat notu, MYBURGH, Paul, *Exclusivity of the Warsaw Convention*, aynı yerde.

istediğini; bu sebep ile de, Konvansiyon hükümlerinin dışında mahallî hukuka dayanan taleplerin red edileceğini hükme bağlamıştır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız bu teori ve onun etkisinde verilmiş olan kararlar ile yaratılan sistem, velev bir an için kabul edilecek olsa bile, Varşova/La Haye Sistemi'nin kapsamının tamamen dışında kalan uyumsuzlıklardan doğan davalar nasıl çözüme bağlanacaktır ?

Kanaatımızca, konuya *Sidhu v. British Airways* ve *Tseng* kararları bağlamında yaklaşılabilecek olursa, önce Varşova/La Haye Sistemi'nin kapsamının tayin edilmesi gerekecektir. Varşova/La Haye'in çerçevesi *Havayolu İle Taşıma* ile çizilmiştir. Havayolu ile taşımanın ne anlama geldiği ve hangi işlerin, hangi zaman dilimi içinde düzenlendiği tanımlanmıştır<sup>143</sup>: Yükün, taşınmak üzere taşıyanın zilyedliğine devir edildiği andan, zilyedliğin taşıyan tarafından yükü tesellüme yetkili kişiye devir edildiği ana kadar geçen süredir<sup>144</sup>. Bu süre, hukuken Varşova/La Haye Sistemi'nin düzenlemesine tabidir ve taşıma sözleşmesinin taraflarının hak ve borçları Varşova/La Haye Sistemi'nin kuralları ile çizilmiştir. Diğer bir deyişle, tarafların hakları ve borçları Varşova/La Haye Sistemi ile tanınmıştır veya tanınmamıştır !

Konuya daha pratik bir açıdan ve özellikle sorumluluk hükümleri açısından bakılacak olursa, Varşova/La Haye Sistemi içinde, taşıyanın sorumluluğunun 17., 18. ve 19. md. lerde yazılı sebeplerden doğduğu söylenecektir ve ilave edilecektir, *Varşova/La Haye Sistemi taşıyan için başka bir sorumluluk sebebi ihdas etmemiştir*. Şu halde, taşıyana Varşova/La Haye'in müeyyide altına almadığı bir sorumluluk yüklenemez ve taşıtan da, kendisine Varşova/La Haye'in sağlamadığı bir haktan söz edemez.

Böyle bir yaklaşımın sonucu ne olabilir ? Daha belirgin olması için yolcu taşıma sözleşmesinden örnek verelim: Manevî zararların Varşova/La Haye tarafından kabul edilmiş olup olmadığı devamlı bir tartışma konusu idi. Gerek doktrinde gerekse de uygulamada her iki fikri destek-

<sup>143</sup> Konvansiyon'un *Ratione Temporis* uygulama şartı.

<sup>144</sup> Yolcu taşıma sözleşmelerinde, yolcunun uçağa binme işlemleri ile başlayan ve uçaktan inme işlemlerinin tamamlanması ile sona eren dönemdir. Bkz. SÖZER (Sorumluluk I), 777-784; SÖZER (Sorumluluk II), 35-40.

leyen görüşler vardır <sup>145</sup>. 1999 Montreal Konvansiyonu bu tartışmayı, radikal bir surette, sona erdirdi: manevî tazminat söz konusu değildir <sup>146</sup>.

İmdi, sadece manevî zarara maruz kalan bir yolcu, talebi Varşova/La Haye Sistemi tarafından desteklenmediği için, millî hukuka dayanabilecek midir ? Bir görüşe göre dayanabilecektir, diğer görüşe göre cevap olumsuz olacaktır. Böyle bir tartışmaya, SHK. md. 120 açısından yaklaşırsak denebilir ki, maddedeki "... *cismanî zarar* ..." deyimi karşısında, bedenî bir hasar olmadan sadece manevî zararların tazmin edilemeyeceği iddia olursa dahi, 106. md. de yer alan atıf dolayısı ile, BK.'nun hükümlerine dayanarak, manevî tazminat talep olunabilir.

*Kanaatımızca*, yukarıda özet halinde açıklamaya çalıştığımız *Sidhu v. British Airways* ve *Tseng* kararları ile şekillenen görüşün savunulması o kadar kolay olmayacaktır. Her şeyden önce, kararlardaki ana fikir adalet duygusuna ve yargı hizmetinin varlık sebebine zıt düşmektedir. Ama ne var ki, kararlar yürürlüktedir ve kendi yargı çevrelerinde bağlihyıcı oldukları gibi, Varşova/La Haye Sistemi'ne dahil olan devletlerin mahkemeleri açısından da, en azından, ciddî oranda esin kaynağı teşkil edebilirler.

Ayrıca bu görüş Varşova/La Haye/Montreal 4 md. 24/2 ile desteklenmekte olduğu kadar, 1999 Montreal Konvansiyonu'na da md. 29 olarak girmiştir.

Bir alternatif olarak denebilir ki; Varşova/La Haye Sistemi'nin, zaman itibarı ile uygulanma alanı *havayolu ile taşıma* süresidir, tarafların hak ve borçları Varşova/La Haye Sistemi ile öngörülmüştür ve bu hak ve borçlar, Varşova/La Haye'in kapsadığı alan içinde hüküm ifade etmektedir; havayolu ile taşımının tarifine uymayan ve havayolu ile taşıma süresinin dışında kalan haller ve işlemler <sup>147</sup> için Varşova/La Haye Sistemi uygulanmaz, bunlar millî hukuklara tâbidir. Şu halde, bu gibi konulardaki uyuşmazlıklar, Varşova/La Haye Sistemi'ne değil fakat uygulanacak millî kanunlara göre incelenecek ve hükme bağlanacaktır. Bu taleplerde, doğal olarak, sınırlı sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.

<sup>145</sup> SÖZER (Sorumluluk I), 774-777; SÖZER (Sorumluluk II), 27-30.

<sup>146</sup> Bkz. md. 29 son c. Ayrıca bkz. SÖZER (Montreal), 173-174.

<sup>147</sup> Meselâ, taşıyanın yükü teslim almaması veya uçağı kararlaştırılan hava meydanına getirmemesi.

Buna mukabil, havayolu ile taşıma süresinin içinde kalan zaman diliminde taşıyanın sorumluluğu Varşova/La Haye Sistemi'nin hükümlerinden doğmaktadır. Şu halde, taşıyan ancak Varşova/La Haye'in hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir, taşıyanı Varşova/La Haye'in sorumlu tutmadığı hallerde, ona millî kanunlar ile sorumluluk yükleyemeyiz.

Bu görüşün kabulü halinde, bir adım daha atıp, tartışmayı bir aşama daha öteye götürmek gerekecektir. 1929 Varşova Konvansiyonu ile Varşova/La Haye Metni md. 24<sup>148</sup>, Konvansiyon'un 17., 18. ve 19. md. lerine göre açılacak tazminat davalarının, hangi sebebe dayanırsa dayansın, bu Konvansiyon'da öngörülen şartlara ve sınırlara bağlı olarak açılacağını ifade etmektedir. Böylece, havayolu ile taşıma süresinde vaki olmak şartı ile, sadece yolcu ile bagajın ve yükün maruz kaldığı zararlar ile taşımadaki gecikmeden doğan zararların, tazmini talebi ile söz konusu maddelere dayanılarak açılacak davalar Varşova/La Haye Sistemi'nin hükümlerine tâbi olacak, yolcunun veya yükün uğradığı fakat söz konusu maddelerin şartlarına uymayan talepler hakkında, millî hukuklara göre işlem yapılacaktır.

Böyle bir yaklaşımın daha ilk adımda getireceği soru, 12. ve 13. md. lerden doğacak uyuşmazlıklar hakkında hangi hükümlerin uygulanacağı olacaktır. Doktrinde, taşıyanın söz konusu 12. ve 13. md. lerde öngörülen yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda, talebin yükün kayıp olması veya hasara uğraması halinde 18. ve gecikme zararları için 19. md. ye dayanacağı gerekçesi ile, sorumluluğun sınırlı olacağı, başka tür zararlar dolayısı ile açılacak davaların, uyuşmazlığa uygulanabilecek hukuka tâbi olup, sorumluluğun sınırsız olacağı ileri sürülmektedir<sup>149</sup>. Bu açıdan bakıldığı zaman da, 17., 18. ve 19. md. lerden doğmayan taleplerin, Varşova/La Haye Sistemi'nin dışında kalacağı ve millî hukuklara tâbi olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>150</sup>.

4 Numaralı Montreal Protokolü md. 24 ve 1999 Montreal Konvansiyonu md. 29, daha önceki metinlerde 17., 18. ve 19. md. lere olan atıfları da kaldırarak, hangi hukukî sebebe dayanırsa dayansın, yolcu, bagaj

<sup>148</sup> Bu madde SHK. na alınmamıştır.

<sup>149</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 25-26 ; MANKIEWICZ, 84-86.

<sup>150</sup> GOLDHIRSCH, 115.



ve yük taşımalarından doğacak bütün davaların ancak Konvansiyon'da belirtilen şartlara ve limitlere bağlı olarak açılabileceğini öngörmektedir.

Sonuç olarak, iki ayrı yoruma gidilebilir:

(i) Artık her şey Varşova/La Haye Sistemi'nin içindedir ve orada kalacaktır; Varşova/La Haye dışında ne hak vardır ne de borç. Varşova/La Haye metninin ve özellikle de yürürlüğe girdikten sonra 1999 Montreal Konvansiyonu'nun öngördüğü şartları gerçekleştirilmeyen hiçbir talep kabul edilemeyecektir ve bu gibi talepler, millî hukuklara dayanılarak da ileri sürülemeyecektir. Yani, yukarıda söylendiği gibi Varşova/La Haye *kapalı devre* bir sistem yaratmıştır.

Ne taşıyan ne de taşıtan değişik millî hukukların kuralları ile uğraşmayacaklar ve/veya kanunlar ihtilafı prensipleri girdabı içinde uygulanacak hukuk sistemi bulmak için çaba harcamayacaklar.

(ii) Prensip olarak, tarafların hak ve borçları Varşova/La Haye Sistemi'nden doğar ve sorumluluklar Varşova/La Haye tarafından belirlenir; fakat, her hangi bir talep, somut olayda geçerli olacak Varşova/La Haye Metni'nin öngördüğü şartları yerine getirmediği için, dava red ediliyorsa veya edilecekse, talep davaya uygulanabilecek millî hukuka dayandırabilir.

Şu kadar ki; dava ilgili Varşova/La Haye Metni'nin gösterdiği mahkemelerde açılabilir ve Varşova/La Haye Sistemi'nin sorumluluğa ilişkin şartlarına ve sınırlamalarına tâbi tutulur.

*Kanaatımızca* ikinci görüşe üstünlük tanınması daha uygun olur.

## II. TÜRK SİVİL HAVACILIK KANUNU

### 1. Genel Olarak

Türkiye, 1929 Varşova Konvansiyon'u ile 1955 La Haye Protokolü'nü onaylamış olduğu gibi <sup>151</sup>, aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere, 4 Numaralı 1975 Montreal Protokolü'ne de 12 Eylül 1998 tarihi itibarı ile taraf olmuştur.

<sup>151</sup> Bkz. 13 Ocak 1977 tarih ve 2073 sayılı Kanun (RG. 13 Mart 1977-15877) ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 29 Eylül 1977 tarih ve 7/13874 sayılı Bkl. Krl. K. (RG. 3 Aralık 1977-16128). Her iki metin de Türkiye için 23 Haziran 1978 tarihi itibarı ile yürürlüğe girmiştir.

SHK'nun yürürlüğe girmesinden önce ve TK. 764. md. ye rağmen ve sebebi anlaşılabilir bir şekilde, havayolu ile yük taşıma sözleşmelerine, TK. md. 765-767 de dahil olmak üzere, TK. md 768-797 hükümleri uygulanırdı.

1929 Varşova Konvansiyonu'nun 1955 La Haye Protokolü ile değiştirilmiş olan metni, 14 Ekim 1983 tarih ve 2920 sayılı "Türk Sivil Havacılık Kanunu" nun <sup>152</sup> taşıma sözleşmelerini ve taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen maddelerinin kaynağını teşkil etmektedir.

Sistematik açıdan bakıldığında zaman, SHK'nun *Yedi Kısım*'a ve bu kısımların kendi içlerinde bölümlere ayrıldığı görülmektedir. Üçüncü Kısım (md. 106-119) *Havayolu ile Taşımalar*'ı düzenlemekte ve toplam olarak 14 maddenin yer aldığı iki bölüme ayrılmış bulunmaktadır. Bunlardan Birinci Bölüm (md. 106-117) *İç Hat Taşıma Sözleşmeleri* ile ilgili hükümleri ihtiva etmekte, İkinci Bölüm (md. 118-119) ise, ciddi bir sistematik hatasını yansıtarak, *Hava Araçları Kullanma Sözleşmeleri* başlığı ile, taşıma sözleşmesi niteliğinde olmayan kira ve charter sözleşmelerinden söz etmektedir <sup>153</sup>. Dördüncü Kısım *Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk* başlığı altında, taşıyanın akdi sorumluluğuna ilişkin hükümleri koymaktadır. Bu Kısım da iki bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölüm *Sorumluluk Halleri*'ni düzenlemekte, İkinci Bölüm'de ise, hiçbir *taknin* usul ve adabına uymayan ve sistematik disiplin ile bağdaşmayan bir davranışın eseri olarak *Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk* hususuna, yani işletenin sorumluluğuna dair hükümler yer almaktadır <sup>154</sup>.

## 2. Taşıma Sözleşmeleri ile İlgili Düzenleme

### a. Genel Olarak

Hemen yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi; SHK'nun taşıma sözleşmeleri ve taşıyanın sorumluluğu ile ilgili hükümleri, birkaç ilave ve değişiklik, ki onlarda hatalıdır, hariç olmak üzere, 1929 Varşova Konvan-

<sup>152</sup> RG. 19 Ekim 1983-18196.

<sup>153</sup> Md. 118 *Kira ve Charter Sözleşmeleri* yan başlığı ile ve oldukça hatalı bir surette, kira ve charter sözleşmelerine ait hükümler getirmekte, 119 md. ise bu sözleşmelerin yazılı yapılacağını söylemektedir. Kira ve charter sözleşmelerinin, taşıma sözleşmesi niteliğinde olmadığı malumdur, dolayısı ile de bu maddelerin yeri burası değildir.

<sup>154</sup> SHK'nun sistematik açıdan incelenmesi ve eleştirisi için bkz. SÖZER (Kanun).

siyonu'nun 1955 La Haye Protokolü ile değiştirilmiş olan metninden alınmıştır.

Genel-geçer prensiplere uygun olarak ve ayrıca hem Üçüncü Kı-sım, Birinci Bölüm'ün başlığı (İç Hat Taşıma Sözleşmeleri) ve hem de 106. md. nin ifadesi uyarınca, SHK'nun havayolu ile taşımaları düzenle-yen hükümleri, yurt içinde yapılacak tüm taşımalara uygulanacaktır.

Türkiye ile başka ülkeler arasında yapılacak taşımalara ilişkin söz-leşmeler ise, -şartları var ise- Varşova / La Haye Sistemi'nin hükümlerine tâbi olacaktır.

SHK, diğer taraftan, iki oldukça enteresan düzenleme daha yap-mıştır. Bunlardan birincisi, 106. md. de yer almaktadır: Buna göre, yurt içinde yapılacak taşımalar için düzenlenen sözleşmelerden doğacak uyumsuzluklara, SHK'nda hüküm bulunmadığı hallerde, önce Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri uygulanacaktır. Bu an-laşmalarda da hüküm bulunmadığı takdirde, TK. uygulanacaktır. Bu hükmün pratik sonucu, iç hat taşımalarının da, millî kanundan sonra, doğrudan doğruya Varşova / La Haye Sistemi'ne tâbi tutulmasıdır.

İkinci düzenleme, taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin olan 124. md. dedir. SHK. taşıyanın sorumluluğunun sınırlandı-rılmasını öngörmekle birlikte, bu konuda her hangi bir kural getirmemiş ve bu hususu doğrudan doğruya Varşova / La Haye hükümlerine terk etmiştir.

Hemen yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere; SHK. nun taşıma sözleşmelerini düzenleyen 106-132. md. leri, oldukça yersiz ve anlamsız hükümler ihtiva eden 117. ve 132. md. leri hariç<sup>155</sup>, kısmen tercüme hata-ları, kısmen de esasa ait yanlışlıklar ile, 1929 Varşova Konvansiyonu'nun 1955 La Haye Protokolü ile değiştirilmiş olan metninden alınmıştır. SHK. nun 106 md. si, herhalde kaynak metin ile bağı olanaklar ölçüsünde korumak amacı ile, Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde, Varşova/La Haye Metni'nin uygulanacağını söylemektedir. Hemen hatırlatalım ki, yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, bu atıf Varşova/La Haye Sis-temi'ne iç hatlarda yapılacak taşımalara uygulanacak bir hüviyet vermiş

<sup>155</sup> Tamamen hatalı bir düzenleme olan 118. ve 119. md. lere değinmeyi bile gereksiz görmekteyiz, fakat, hatırlatmada bulunmadan geçemedik.

sayılmaz, sadece SHK. nun yanında, tamamlayıcı hukuk kuralı durumuna getirmiştir.

Her iki düzenlemenin değişik yönlerine değinen eleştirilerimizi, aşağıda yeri geldikçe yapmaya çalışacağız.

## **b. Yurt İçinde Yapılacak Yük Taşımalarına İlişkin Hükümler**

### **aa. Genel Olarak**

SHK. nun 110-117. md. leri yük taşıma sözleşmelerini düzenlemektedir. Md. 120 yolcu taşıma sözleşmelerinde yolcunun uğradığı zararlardan dolayı taşıyanın sorumluluğuna ilişkin olup, md. 121 ise, bagaj veya yükün uğradığı zararlardan dolayı sorumluluğu düzenlemektedir. 122 den 132 ye kadar olan md. lerde yer alan hükümler, yolcu, bagaj ve yük taşıma sözleşmelerinden doğan sorumluluk hakkında ortak kuralları ihtiva etmektedir.

SHK. 106. md. si ile yurt içinde yapılacak yük taşıma sözleşmelerine uygulanacak hükümleri şu sıra içinde tesbit etmiştir.

(i) Doğal olarak, önce SHK. nun hükümleri uygulanacaktır. SHK. nunda, somut olaya uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı takdirde,

(ii) Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin hükümleri uygulanacak ve bu sözleşmelerde dahi bir hüküm bulunmaması halinde,

(iii) TK. nun hükümleri uygulanacaktır.

Söz konusu 106. md. nin oldukça hatalı bir tesbit yaptığı ve asıl önem taşıyan iki kategori temel hükme yer vermediği görülmektedir. Bunlar, taşıma sözleşmesinin şartları ile BK. nun hükümleridir.

Ne var ki, kanaatımızca, SHK. nun bu düzenlemesi, muhtemel uyuşmazlıklarda bağlayıcı bir değer taşımayacaktır ve yargıç -veya hakem- davaya bakarken, akit kavramının icaplarına uygun olarak, sözleşme şartları ile BK. nun hükümlerine de dikkate alacaktır.

Aşağıda, sözleşme şartlarının ve BK. hükümlerinin de ilave edilmesi sureti ile, yurt içinde yapılacak yük taşımalarına ilişkin taşıma sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin sıralamasını ve bunların kısa olarak tahlillerini yapmak istiyoruz. Bu konuya eski bir çalışmamızda da değin-

miştik<sup>156</sup>, ama bu vesile ile bazı noktalarını daha da ayrıntılı olarak ele almayı uygun bulduk.

### **bb. Emredici Kurallar**

Her türlü hukukî ilişkilerde ve uyuşmazlıkların çözümünde ilk sırada uygulanacak olan, emredici kurallardır. Emredici nitelikteki kuralların nerede yazılı olduğu ve mevzuatın hangi kısmında yer aldığı önemli değildir. Önemli olan, herhangi bir kuralın hukuk nizamının emredici olarak kabul ettiği hükümlerden olmasıdır. Aynı şekilde, sadece belli bir alanı düzenleyen ve “Umumî Hükümler” arasında sayılanlar değil, fakat, genel-geçer olarak emredicilik vasfı bulunan kurallar kastedilmektedir. Bu açıdan bakıldığı zaman, şüphesiz birinci plânda akla Anayasa gelir.

Konumuz bakımından, SHK. nun içinde de emredici kurallar mevcut olduğu gibi, aynı husus Varşova/La Haye Sistemi bakımından da varittir.

Dolayısı ile SHK. nun uygulanmasında da yargıç, veya hakem, birinci sırada emredici hükümleri dikkate almak zorundadır.

### **cc. Sözleşme Şartları**

İkinci sırada ve SHK. nunda zikredilmemiş dahi olsa, tarafların yapmış oldukları sözleşmenin hüküm ve şartları uygulanacaktır.

Sözleşme ilişkilerinde -emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartı ile- tarafların karşılıklı hak ve borçları ve aralarında doğabilecek uyuşmazlıklar, evvelâ sözleşmede yer alan hükümlere göre tayin olunur. Bu nedenle, havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda, emredici hükümleri takiben, taşıma sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır. Burada taşıma sözleşmesi ifadesini geniş anlamda ele almak gerekir. Taşıyanın yaptığı bütün taşıma sözleşmelerinde genel olarak uygulamak amacı ile tesbit etmiş olduğu kurallar, daha tam ifadesi ile *Genel İşletme Şartları* da taşıma sözleşmesinin hükümlerini oluşturur. Ancak, hemen belirtelim ki, bu tür tek taraflı olarak saptanmış kuralların bağlayıcı olabilmesi için, bunların taşıtanın açık iradesi ile kabul edilmiş ve bu suretle taşıma söz-

<sup>156</sup> Bkz. SÖZER (Sorumluluk II), 12-18; aynı zamanda bkz. ve krş. ÜLGEN (Hava), 33-37.

leşmesine ithal edilmiş olması ve aynı zamanda emredici kurallara aykırı olmaması gereklidir <sup>157</sup>.

#### *dd. SHK. nun Hükümleri*

Burada kast olunan, SHK. nun taşıma sözleşmelerini düzenleyen hükümleridir, bu bakımdan 118. ve 119. md. lerin uygulanma kabiliyeti yoktur.

SHK. nun hükümlerinin uygulanmasından söz ederken, bu maddelerin açık veya zımnî olarak atfı yaptığı diğer hukuk kurallarını da, kanaatimizce, SHK. nun hükümleri ile bir tutmak gerekecektir. Örnek olarak, 107/I-a; 109/I-a ve 110/I-b hükümlerinin uygulamasında, TK. nun ticaret unvanını düzenleyen maddeleri; 110. md. nin son fıkrasında sözü edilen imza merasimi için, BK. md. 13 vd. ile bu maddelerin atfı yaptığı diğer ilgili hükümler sayılabilir. Buna paralel olarak, SHK. na dayanılarak yapılan idarî düzenlemeler de, SHK. nun hükümlerinin uygulanması olarak kabul edilmelidir.

Diğer taraftan, md. 121/II'de, md. 124/I ve 125/I'de yer alan atıfların gereği olarak yapılacak uygulamalar SHK. nun hükümlerinin uygulanması anlamına mı gelecektir, yoksa md. 106 anlamında uluslararası konvansiyonların veya TK. nun uygulanmasını mı oluşturacaktır ?

Kanaatimizce, burada SHK. nun hükümlerinin uygulanması söz konusu olmalıdır. Kanun uygulanacak kuralı açıkça belirterek göstermiş, hatta bir anlamda kendi bünyesine almıştır. Md. 106 Kanun'daki boşlukların nasıl doldurulacağını tanımlamaktadır. Tartıştığımız durumda ise, Kanun'da herhangi bir boşluk yoktur. Sadece başka bir kaynakta bulunan kural, atfı yolu ile SHK' nun bir hükmü olarak kabul edilmiştir.

#### *ee. Uluslararası Sözleşmeler*

SHK. nun 106. md. si çerçevesinde uygulanacak olan uluslararası sözleşmelerin, şüphesiz, havayolu ile yapılan taşımaları düzenlemek amacı ile hazırlanmış olan sözleşmelerden olması gerekecektir.

<sup>157</sup> Esasında, muntazam tarifeli seferler için yapılan yolcu ve yük taşıma sözleşmeleri, *iltihakî sözleşme* niteliğindedir ve GİŞ özellikle bu tür taşıma sözleşmeleri açısından önem ifade ederler. Tabii, çarter veya kira sözleşmelerinin de iltihakî sözleşme şeklinde düzenlenmesine hukukî bir engel yoktur.

Türkiye'nin herhangi bir uluslararası sözleşmeye taraf olup olmadığı, doğal olarak, T.C. Anayasası'nın 90. ve 104. md. lerine göre tayin edilecektir. Ayrıca, sözleşmenin Türkiye açısından geçerlik kazanmış olması da icab eder<sup>158</sup>. Diğer bir ifade ile, Türkiye'nin "Yüksek Âkit Taraf" (High Contracting Party) sıfatını elde etmiş olması gerekir<sup>159</sup>.

Bir uluslararası sözleşmenin uluslararası düzende de yürürlüğe girmiş olması, kanaatımızca, gerekli değildir. Türkiye, kendi açısından seçimini yapmış ve yasama organı iradesini belli etmiştir. Bu bakımdan, o sözleşmenin, hükümleri uyarınca yeterli tasdiki sağlayamadığı için uluslararası alanda yürürlüğe girememiş olması, SHK' nun, 106. maddesi uyarınca uygulanmasını engellememelidir.

Buna karşılık, Türkiye'nin taraf olmadığı bir uluslararası sözleşmenin kuralları, yasal hükümler dairesinde, taşıyan tarafından genel taşıma şartları niteliğinde olmak üzere uygulanabilir. Böyle bir durum, SHK. md.106 anlamında bir uygulama teşkil etmeyip, yukarıda "cc" başlığı altında sözünü ettiğimiz sözleşme şartlarının uygulanması olur.

Konuya daha somut bir açıdan yaklaşacak olursak, SHK. nun 106. md. si ile *Varşova / La Haya Sistemi*'ne atıf yapmış olduğunu söyleyebiliriz. Şu halde, Türkiye'deki iki nokta arasında yapılacak taşımalarda, SHK. nunda olaya uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı hallerde, *Varşova / La Haya Sistemi*'nin kuralları uygulama alanı bulabilecektir<sup>160</sup>. Bu kurallar, 1929 *Varşova Konvansiyonu*'nun 1955 *La Haya Protokolü* ile değiştirilmiş olan metninin 4 Numaralı *Montreal Protokolü* ile tadil edilmiş olan halidir. Bu metin *Unified Text* olarak anılmaktadır.

<sup>158</sup> Bu konuda bkz. *Varşova Konvansiyonu* md. 37, 38, 39 ve *La Haya Protokolü* md. XXI, XXII, XXIII.

<sup>159</sup> *La Haya Protokolü* md. XVII ile *Varşova Konvansiyonu*'na eklenen 40A maddesi ile *Yüksek Âkit Taraf* şöyle tarif edilmiştir: "... *Yüksek Âkit Taraf* deyimi *Konvansiyon*'u onaylamaya veya *Konvansiyon*'a katılmaya ilişkin beyanı yürürlüğe girmiş olan ve *Konvansiyon*'u fesih beyanı henüz yürürlüğe girmemiş olan Devlet ...".

<sup>160</sup> Bu vesile ile burada kısa olarak ve aşağıda da ayrıntılı bir surette üzerinde duracağımız önemli bir hususu belirtmek istiyoruz. Türkiye'nin 1975 - 4 Numaralı *Montreal Protokolü*'ne taraf olması sonucunda, Türkiye ile, yine 4 Numaralı *Montreal Protokolü*'nü onaylamış bir devletin ülkesi arasında yapılacak yük taşımalarında, taşıyan mutlak sorumluluk altında olacaktır. Fakat, yurt içinde yapılacak yük taşımalarında taşıyanın sorumluluğu SHK. nun 123. md. si uyarınca kusur sorumluluğuna tâbi olacaktır.

Burada önemli olan, SHK. nunda hangi hallerde hüküm bulunmadığının tesbiti ve varılacak sonucu göre, Varşova/La Haye Sistemi'nin hangi hükümlerinin uygulanacağına nasıl karar verileceğidir ? Meseleye daha teknik bir açıdan bakıldığında, konunun *kanunda boşluk* kavramı ile ilgili olduğu ve sorunun cevabının tartışmaya bu kavram çerçevesinde yaklaşılarak bulunacağı anlaşılır <sup>161</sup>.

Önce birkaç örnek verelim <sup>162</sup>: Varşova/La Haye Metni'nin, kıymetli evrak niteliğinde hava konişımentosu düzenlenebileceğini öngören 15/3 md. si Kanun'a alınmamıştır. Yine, taşıyana sözleşme yapmamak hakkı veren 33. md. ye de SHK. yer vermemiştir.

Sözleşme müzakereleri sırasında, taşıtan hava konişımentosunun kıymetli evrak niteliğinde düzenlenmesini istese ve taşıyandan olumsuz cevap alsa, aralarında cereyan etmesi kuvvetle muhtemel olan bazı tartışmalardan sonra taşıyan, sözleşme yapmaktan vaz geçse ve yükünü zamanında taşıtmak imkanını kaçıran taşıtan tazminat talebi ile mahkemeye başvurursa ... hâkim neye göre karar verebilir ? Tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanabilecek bir hükmün SHK. nunda bulunmadığı görüşü ile, Varşova/La Haye Sistemi'nin 15/3 ve 32. md. lerini uygulamak yoluna gidebilir mi ?

Bu ve benzeri durumlarda üzerinde durulması gereken husus, Kanun'da bir boşluk bulunup bulunmadığının tesbiti olacaktır. Acaba, kanun koyucu, La Haye Protokolü'nün 15/3 ve 33. md. lerini bilerek ve bilinçli olarak mı Kanun'a almamıştır, yoksa bu bir gözden kaçırmaya, dalgınlığa bağlanabilir mi ?

Hemen ifade edelim ki, sorunun cevabı her iki şekilde de verilebilir. Kanun koyucunun, esasen devamlı olarak tartışma konusu yapılan ve ciddi itirazlar ile karşılanan ve havayolu ile taşımalar bakımından zaten gereksiz de olduğu ileri sürülen kıymetli evrak niteliğinde hava konişımentosunu düzenleyen hükmü kasıtlı olarak Kanun'a almadığı savunulabilir.

<sup>161</sup> Bu konuda genel olarak bkz. ADAL (İlkeler), 181 vd.; İMRE, Zahit, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No: 374, İstanbul 1971, s. 187 vd.; OĞUZMAN, Kemal, *Medenî Hukuk Dersleri*, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Genişletilmiş 7. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 59 vd.

<sup>162</sup> Faraziyeler, iç hatlarda yapılacak taşımalara ilişkindir.



Buna karşılık, Kanun metninde kıymetli evrak niteliğinde hava konişmentosu düzenlemeye engel teşkil edecek karakterde hüküm bulunmadığı söylenebilir ve Kanun'da kısıtlayıcı bir kural olmadığı cihetle emre veya hamiline hava konişmentosu düzenlenebileceği sonucuna varılabilir.

Fakat, bu noktada karşımıza, belli bir kanun maddesine dayanmadan, iradî olarak kıymetli evrak düzenlemenin mümkün olup olmadığı sorusu çıkar. Konu tartışmalı olup, bizim de katıldığımız görüşe göre, Türk Hukuku'nda kıymetli evrak *numerus clausus* prensibine tâbi olup, bir kanun hükmüne dayanmadan kıymetli evrak niteliğinde belge ihdas etmek caiz değildir<sup>163</sup>. Bu görüş kabul edildiği takdirde, Varşova/La Haye Metni'ndeki md. 15/3 veya benzeri bir kural SHK. nunda veya mevzuatta başka bir maddede bulunmadıkça, kıymetli evrak niteliğinde hava konişmentosu çıkarmak mümkün olamayacaktır. Yine de bir alternatif olarak, SHK. nun 106. md. sinden yararlanarak, Varşova/La Haye Metni'nin 15/3 hükmü uyarınca, kıymetli evrak niteliğinde hava konişmentosu düzenlenmesi mümkün görülebilir<sup>164</sup>

Diğer taraftan, kanun koyucunun taşıma hizmetinin önemini, bilhassa millî ekonomideki yerini ve fonksiyonunu düşünerek, Varşova/La Haye Sistemi'nin sözleşme ilişkilerinde taşıyanlar<sup>165</sup> lehine çok ciddi bir taviz ifade edecek olan 33. md. sine<sup>166</sup> SHK. nunda yer vermemeyi tercih ettiği söylenebilir.

Ne var ki, hukukumuzda *akit serbestisi* veya *sözleşme yapmak özgürlüğü* asıl olduğuna göre, aksine açık bir yasal düzenleme olmadıkça taşıyanların yük sahiplerinden gelecek istekleri red etmeleri mümkün olabilecektir. Bu itibarla, söz konusu maddenin SHK. na alınmamış olması her hangi bir farklı etki yaratmış olmamakta ve taşıyanlar yine ve genel-geçer prensip uyarınca, sözleşme yapıp yapmamakta serbest bulunmaktadır<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal, 30-34 ve dn. 34.

<sup>164</sup> Bkz. aşağıda § 3/IV, 3.

<sup>165</sup> SHK. nun yürürlüğe girdiği yılda (1983) Türkiye'de havayolu ile taşıma hizmetlerinin sadece Türk Hava Yolları A.O. tarafından yerine getirildiğini de unutmamak lâzımdır.

<sup>166</sup> 1999 Montreal Konvansiyonu'nda 27. md.

<sup>167</sup> Bu tür engelleyici bir hüküm konması istenmekte idi ise, Karayolu Taşıma Kanunu'nun md. 5/IV hükmü benzeri bir kural konulabilirdi: *Taşımacılar, taşıma hizmetlerini kabul edilebilir bir neden olmaksızın veya zorunlu haller dışında yapmaktan kaçına-*

Şu halde, böyle bir ihtimalde, SHK. nunda hüküm olmadığı gerekçesi ile Varşova/La Haye Metni'nin 33. md. sinin uygulanması cihetine gidilmesi zaten söz konusu olmayacaktır.

Bir başka enteresan hüküm de Varşova/La Haye Metni'nin 34. md. sinde yer almaktadır. Buna göre, taşıyanın mutad faaliyet alanının dışında kalan ve olağanüstü şartlar altında yapılan taşımalarda, taşıma belgelerine ilişkin 3-9. maddelerin hükümleri uygulanmaz. Bu madde de SHK. na alınmamıştır.

Bu madde özellikle, savaş alanlarında veya benzeri silahlı çatışma ortamlarında veya tabiat afetlerinde girilen kurtarma ve yardım operasyonları veya ilaç ve malzeme nakilleri dikkate alınarak konulmuştur<sup>168</sup>. Böyle durumlarda, hava konişmentosu düzenlenmesinin gereksizliği, belge düzenlenebilmesi için icab edecek zaman ve mesainin anlamsızlığı ve aynı zamanda bu tür taşımalarda kullanılabilecek türde ve içerikte belge hazırlamanın da zorluğu tartışılmayacak kadar açıktır. Acaba, bir kamu kuruluşunun veya özel işletmenin, söz konusu maddede tanımlanan tür bir taşıma işinde ayrıntılı hava konişmentosu talep etmesi ve taşıyanın bu talebi yerine getirmeyerek taşıma sözleşmesini kurmaktan vaz geçmesi üzerine nasıl bir yol izlenebilir? İkinci olarak, taşımanın, hava konişmentosu düzenlenmeden yapılması halinde, yük zarara uğrar ise taşıyanı SHK. md. 110/II'ye göre sınırsız sorumluluğa tabi tutabilir miyiz veya Varşova/La Haye Metni'nin 34. md. sindeki hükme muracaat edilebilir mi?

Burada da, her iki yönde yorum yapmak imkânı vardır. SHK., daha önce de söylediğimiz gibi, Varşova/La Haye Metni'nden alınmıştır ve söz konusu madde orada mevcuttur. Bu hükmün Kanun'a alınmayışını kanun koyucunun bilinçli tercihi olarak yorumlamak mümkündür. Şüphesiz, karşı görüşü savunmak da imkân dahilindedir. SHK. ticarî ilişkileri düzenleyen her hukuk metni gibi ve doğal olarak, günlük, olağan, bilinen şartlar altında icra edilen, mutad taşımalar düşünülerek yapılmış bir düzenlemeyi yansıtmaktadır. Model -veya referans noktası- olarak alınmış bulunan sıradan, günlük ve taşıyanların da işletme düzenlerini ve kuralla-

*mazlar ve taşıma hizmetinden herkesin her zaman yararlanmasını sağlamak zorundadır.* Metin için bkz. Kanun 10 Temmuz 2003-4925, RG. 19 Temmuz 2003-25173.

<sup>168</sup> CLARKE, 204.

rını buna göre plânladıkları ve yürüttükleri şartların dışında girişilen işlerde, değişen şartlara uygun kuralların uygulanması normaldir hatta gereklidir ve ortada bir yasal dayanak da bulunmaktadır. Bu yasal dayanak, esasen Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası konvansiyonda yer almaktadır. Bu durumda, SHK. nun 106. md. sini kullanarak, Varşova/La Haye Metni'nin 33. md. sini uygulamak ve taşıyana akdi yapmamak hakkını tanımak yerinde olacağı gibi; md. 34 hükmüne dayanarak, en azından sınırsız sorumluluktan kurtulmak imkânını vermek de makûl olabilir.

Görülüyor ki, SHK. nun 106. md. sinin uygulanması önce her ayrı olayda yapılacak yoruma bağlıdır. Yorum, *kanun boşluğu* veya *kanunda boşluk* kavramına ilişkin esaslara göre yapılacaktır.

Bununla beraber, burada temel prensip olarak şu faktör dikkate alınmalıdır: Türkiye Varşova/La Haye Sistemi'ne taraf olarak, bu *âlem* içinde yer almayı kabul etmiştir. Kanun koyucu, kuşkuyla yer vermeyecek bir surette, başka ülkelerden Türkiye'ye veya Türkiye'den başka ülkelere havayolu ile yapılan taşımaların düzenlenmesini Varşova/La Haye Sistemi'nin kurallarına bırakmıştır. Yurt içinde yapılacak taşımaları ise, çok büyük oranda Varşova/La Haye Sistemi'nden esinlenerek hazırlanmış kurallara tâbi tutarak, iç taşımalar ile dış taşımalar arasında ahenk kurmaya çalışmıştır. Şu halde, SHK. nunda rastlanabilecek eksikliklerin, kanun koyucunun kasıtlı ve bilinçli tercihinden kaynaklanmadığını ve bunların kısmen ihmalden ileri geldiğini ve daha çok da o günün şartlarına göre önemli telâkki edilmediği için metne alınmamış olan maddeler olduğunu kabul etmek daha doğru bir yaklaşım teşkil eder.

Bu bakımdan, aksine ciddî gerekçeler olmadıkça ve Kanun'undaki açık hükümlerin dışına da çıkılmadan, SHK. nunda görülecek eksikliklerin ve/veya boşlukların, Kanun'un 106. md. sine dayanılarak, Varşova/La Haye Sistemi içinde, Türkiye'nin katılmış olduğu Konvansiyonlar'ın ve/veya Protokoller'in hükümleri ile doldurulması yerinde olur ve böylece iç taşımalar ile dış taşımalar arasında arzu edilen ahenk de sağlanmış bulunur.

#### *ff. Borçlar Kanunu' nun Hükümleri*

Taşıma sözleşmesinin -malûm-u ilâm olacak ama- akdî bir ilişki kurmasına rağmen, kanun koyucu, her nedense uygulanacak kurallar

arasma BK. nun hükümlerini katmamış ve SHK. nun 106. md. sinde BK. na atıf yapılmamıştır. Kanaatımızca, belli bir yorum vetiresi içinde, SHK. nun hükümlerinden sonraki sırada, BK. nun hükümlerinin uygulanması sağlanabilir ve böylece daha da doğru bir düzenlemeye ulaşılmış olur.

Taşıma sözleşmesi, hukukî niteliği bakımından *istisna akdidir*<sup>169</sup>. TK. ile birlikte SHK. da taşıma sözleşmelerinin değişik türlerine ait özel hükümler ihtiva etmektedir. Mevzuatımızda, aksine bazı görüşlere rağmen, taşıma hukuku için ve dolayısı ile de taşıma sözleşmelerini genel seviyede düzenleyen bir *Umumî Hükümler* kısmı mevcut değildir<sup>170</sup>. Değişik taşıma türlerini düzenleyen özel hükümlerde rastlanan boşluklar, açık veya zımnî atıflar yolu ile veya yorum ilkelerinden yararlanılarak, bir başka taşıma türüne ilişkin kuralların yardımı ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Kanımızca, değişik taşıma türlerini düzenleyen ve kurallar hiyerarşisi içinde eşdeğer seviyede bulunan hükümler arasında analoji yolu ile yoruma ve uygulamaya gitmek yerine müşterek kaynağa, normlar hiyerarşisindeki üst kavrama yönelmek daha doğru olacaktır.

Bu prensip kabul edildiği takdirde, herhangi bir taşıma sözleşmesini düzenleyen hükümlerde, somut olaya uygulanabilecek nitelikte kural bulunmadığı takdirde, TK. nun bir başka taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerine değil, fakat BK. nun istisna akdini düzenleyen 355-371. md. lerine muracaat edilecektir<sup>171</sup>. İstisna akdine ilişkin maddelerin -ve hatta BK. nun 1-181. md. lerinin dahi- taşıma sözleşmeleri için, teknik anlamda tam bir umumî hükümler (*Allgemeiner Teil*) teşkil ettiğini söylemek belki biraz zor olacaktır; fakat, hiç olmazsa sistematik disiplin açısından bu yöntemin daha doğru olduğu görüşündeyiz.

<sup>169</sup> Konunun bu yönünü aşağıda § 2/IV altında ayrıntılı olarak ele alacağız.

<sup>170</sup> ÜLGEN (Hava, 3 vd. ve 35-36) TK. nun 762-807. md. lerinin, taşıma hukuku için bir *umumî hükümler* (*Allgemeiner Teil*) bölümü oluşturduğunu iddia etmektedir. Ancak, TK. nun sistematigi ve bu sistematik içinde taşıma sözleşmelerini düzenleyen çeşitli hükümlerin tasnif biçimleri ile söz konusu hükümlerin kapsam ve içerikleri dikkate alındığı zaman, 762-807. md. lere taşıma hukukunun *umumî hükümleri* hüviyetini vermenin mümkün olamayacağı ortaya çıkar. Diğer taraftan, TK. nun değiştirilmesi amacı ile hazırlanan *Tasarı*'ya bu nitelikte hükümler konulduğu iddia edilmekte ise de, bu da varit değildir. Bkz. SÖZER, Bülent, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Taşıyanın Sorumluluğu ile İlgili Hükümleri Hakkında Bazı Eleştiriler ve Öneriler*, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı Ocak 2006, 301-337, s. 325 vd.

<sup>171</sup> BK. md. 355-371'de de hüküm bulunmadığı hallerde, BK. md. 1-181'de yer alan umumî hükümlerin uygulanacağı kuşkusuzdur.

İstisna akdini düzenleyen maddelerde de somut olaya temas eden bir hüküm bulunmadığı takdirde, BK. nun 1-181. md. lerinde yer alan Umumî Hükümler'e başvurulacaktır.

*gg. Ticaret Kanunu' nun Hükümleri*

SHK. nun 106. md. sinde yapılmış olan sıralamaya rağmen, TK. nun önüne alınmasını önerdiğimiz BK. hükümlerinde de somut olaya uygulanabilecek madde bulunmadığı hallerde, TK. na başvurulacaktır. Ne var ki, burada da karşımıza iki ciddi problem çıkmaktadır.

(i) SHK. nun 106. md. si, herhangi bir sınır çizmeden, genel olarak TK. nun hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. TK. nun uygulanması söz konusu olduğu zaman, ilk aşamada Kanun'un 1. md. sine bakmamız icab edecektir. Md. 1/II önce *ticarî hükümlerin* uygulanacağını söylemektedir. TK. md. 1/I, TK. nunda yer alan hükümler ticarî hüküm olduktan başka, bir ticarethaneyi (ticarî işletmeyi) ilgilendiren fakat başka kanunlarda yer alan hususî hükümlerin de ticarî hüküm olduğunu ifade ediyor. Böylece ortaya iki kategori ticarî hüküm çıkmış oluyor.

TK. md. 12/I b. 10 "... havada ... yolcu ve eşya taşıma ..." işleri ile uğraşmak için kurulan müesseselerin ticarethane sayılacağını ifade ile, bu gibi işlere ticarî hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Uygulanabilecek olan ticarî hükümlerden birinci kategori ticarî hükümler, TK. nunda yer alan kurallardır. Bunlara ek olarak, SHK. nun hükümleri de TK. md. 1/II açısından ticarî hükümdür.

Bunlardan hangisi uygulanacaktır. Bir alternatif olarak, *lex specialis derogat legi generali* prensibine uygun davranırsak, SHK. nun hükümlerini uygulamamız icab edecektir. Bu yol ise bizi çıkış noktasına geri götürür ve *Reductio ad Absurdum* için tipik bir örnek teşkil eder ! Bu alternatife itibar edilmediği takdirde ise, TK. nun maddelerine yöneleceğiz.

(ii) Bu aşamada ikinci problem ile karşılaşlıyoruz. TK. nun hangi hükümleri uygulanacaktır ?

Bu meselede de, esas olarak, ve ana konu ile olan bağlantılar dikkate alınarak, iki ihtimalden söz edilebilir: Bunlardan bir tanesi, TK. nun 762-807. md. lerinin uygulanmasıdır; diğeri ise, TK. nun Deniz Ticareti'ne ayrılmış olan Dördüncü Kitab'ının denizyolu ile taşımaları düzenleyen ve "Deniz Ticareti Mukaveleleri" başlıklı Dördüncü Fesil'ında

1016. md. den 1178. md. ye kadar olan hükümlerine muracaat edilmesidir.

Kanaatımızca, burada TK. nun 762 ve devamı md. lerindeki hükümlerin uygulanması söz konusu olamaz. Md. 764, gayet açık bir biçimde, "...havayolları ile taşıma işlerine ... müteallik hususî hükümler mahfuzdur." demekle, TK'nun 762-807. md. lerinin havayolu ile yapılan taşımalara uygulanamayacağını ifade etmektedir.

İkinci olasılık için ise, önce şu soruya cevap vermek lâzımdır: TK. nun 764. md. si sadece TK. nun Üçüncü Kitap'mın, Altıncı Fasil, İkinci Kısım'da yer alan 762-807. md. leri için mi geçerlidir, yoksa değinilen maddedeki ifade karşısında, TK. nun hiçbir hükmü havayolu ile yapılan taşımalara uygulanmaz, yani 764. md., havayolu ile yapılan taşımaları tamamen TK. nun dışına mı çıkarmıştır ?<sup>172</sup> TK. 764. md. yi, bağımsız bir Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun varlığını da dikkate alarak, bu tarzda yorumlayacak olursak, SHK. md. 106'daki atfın hiçbir manası kalmaz<sup>173</sup>.

Buna karşılık, *kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği* kaziyesinden hareket ederek, SHK. nun 106. md. sine farklı bir yorum getirmeyi deneyecek olursak, TK. nun 764. md. sinin sadece TK. nun 762-807. md. leri için hüküm ifade edeceğini, diğer maddelerinin SHK. nun 106. md. sinin atfı çerçevesinde "... *havayolu ile taşıma işlerine ...*" uygulanabileceğini ifade etmemiz gerekecektir.

Bu yorum tarzı benimsenecek olduğu takdirde, SHK. nun 106. md. sinin TK. nun denizyolu ile taşımaları düzenleyen 1016-1178. md. lerine atfı yaptığını kabul etmek gerekecektir. İşin özüne bakılacak olursa, bu çözümler oldukça makûl olduğunu ve işin niteliğine de uygun düştüğünü söyleyebiliriz; çünkü, *Hava Hukuku Deniz Hukuku'ndan azmıştır*<sup>174</sup>.

<sup>172</sup> TK. "Denizde taşıma işleri ..." ni ise "Deniz Ticareti" başlıklı Dördüncü Kitap'ı ile ve taşıma sözleşmeleri ile sınırlı kalmayarak, geniş bir çerçeve ile ve bünyesi içinde düzenlemiştir.

<sup>173</sup> Daha doğrusu yine de kalır; meselâ, taşıyanın tarifi, taşıyanın ticaret unvanı (SHK. md. 107/I, b. a; md. 109/I, b. a; 110/I, b. b), gibi konularda Ticaret Hukuku'nun normlarına başvurulması kaçınılmaz olacaktır !!

<sup>174</sup> Her iki disiplinin de büyük ustası Prof. Dr. Tahir Çağa'nın, vesile düştükçe tekrar etmekten hoşlandığı bu sözü anımsarken, hatırası önünde, her zamanki gibi, saygı ile eğilmekteyiz.

**Sonuç olarak;** bir ihtilâfta ne tarafların arasındaki taşıma sözleşmesinde ne SHK. nunda ve ne de Varşova/La Haye Sistemi'nde olaya uygulanabilecek hüküm bulunmadığı takdirde, yargıç -veya hakem- istisna akdini düzenleyen maddelere bakacaktır; bu maddelerde de çözüme götürecek bir hüküm bulunmaz ise, BK. nun umumî hükümlerine muracaat edecektir. Yine de bir çare bulunmadığı hallerde, son aşama olarak TK. nun navlun sözleşmelerini düzenleyen maddelerine yönelecektir.

SHK. md. 106 için yapmış olduğumuz bu yorum, biraz uzun ve çapraşık bir usul gibi görünse de, bir taşıma yöntemini düzenleyen hükümlerden bir başka taşıma yöntemini düzenleyen hükümlere *taşınmak* yerine, sistematik bir çizgi içinde ortak üst kavrama çıkmak ve gerekirse oradan yönlenmek daha doğru ve hukukî bir uygulama teşkil edecektir.

### c. Uluslararası Taşımalara Uygulanacak Hükümler

SHK. nunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, en azından konunun niteliği ve 106. md. nin *mana-i muhalifinden* (*argumentum a contrario*) anlaşıldığı suretle, Türkiye ile yabancı ülkeler arasında yapılacak taşımalara, doktrinde kabul edilmiş olan deyimini ile *Varşova / La Haye Sistemi* uygulanacaktır.

Pek iyi de, Varşova / La Haye Sistemi'nden ne anlamamız icab etmektedir.

Türkiye 1929 Varşova Konvansiyonu'nu ve 1955 La Haye Protokolü'nü onaylamış olduğu gibi, 1975 - 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü de onaylamıştır.

4 Numaralı Montreal Protokolü'nün XV. md. si uyarınca, Protokolü onaylamış olan devletler arasında Varşova Konvansiyonu, La Haye Protokolü ve 4 Numaralı Montreal Protokolü tek bir belge olarak kabul edilecek ve bu metin *1955'te La Haye'de ve 1975-4 Numaralı Montreal Protokolü ile değiştirilmiş olan Varşova Konvansiyonu*<sup>175</sup> diye anılacaktır.

Madde XVII ve XIX hükümlerine göre de, Varşova Sözleşmesi'ne veya La Haye Protokolü'ne taraf olmayan bir devletin 4 Numaralı Mont-

<sup>175</sup> Bu belgeyi, kısaca Varşova/La Haye/Montreal 4 olarak anacağız.

real Protokolü'nü onaylaması; Varşova Konvansiyonu'nun 1955 La Haye Protokolü ve 4 Numaralı Montreal Protokolü ile tadil edilmiş metninin onaylanması anlamına gelecektir. Böylece, havayolu ile yapılan uluslararası taşımaları düzenleyen kuralların birleştirilmesi yolunda önemli bir adım atılmış olmaktadır. Ne 1929 Varşova Konvansiyonu'na ve ne de 1955 La Haye Protokolü'ne taraf olmuş bir devletin, sadece 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü onaylamakla, tüm sisteme taraf olması sağlanmış bulunmaktadır.

Bu duruma göre:

### Türkiye ile

(i) 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü onaylamış bir yabancı devletin ülkesi arasında yapılacak taşımalara ilişkin sözleşmeler, söz konusu devletin Varşova Konvansiyonu'nu ve/veya La Haye Protokolü'nü daha evvelden onaylamış olup olmadığına bakılmadan, Montreal Protokolü'nün hükümlerine tâbi olacaktır,

(ii) Sadece Varşova Konvansiyonu'nu onaylamış bulunan bir yabancı devletin ülkesi arasında yapılacak taşımalara ilişkin sözleşmeler, Varşova Konvansiyonu'nun hükümlerine tâbi olacaktır,

(iii) Varşova Konvansiyonu'nun La Haye Protokolü ile tadil edilmiş olan metnini onaylamış bir devletin ülkesi arasında yapılacak taşımalara ilişkin sözleşmelere ise, Varşova/La Haye Metni'nin hükümleri uygulanacaktır<sup>176 177</sup>.

<sup>176</sup> SÖZER (Montreal), 157-158.

<sup>177</sup> Bu konuya son vermeden, oldukça seyrek rastlanabilecek olan bir ihtimale de değinmek istiyoruz.

Bir dış taşımada, diğer nokta Varşova/La Haye'in hiçbir metnine katılmamış bir devletin ülkesinde ise nasıl yol izlenebilir: Davanın Türk mahkemelerinde açıldığını varsayarsak, önce kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurulacak, taşıma sözleşmesi için özel bir hüküm bulunmadığı için MÖHUK md. 24 uygulanarak, karakteristik edimin ifa mahalli hukuku esas alınacaktır. Taşıma Türkiye'den yabancı ülkeye yapılmakta ise, o ülkede yürürlükte bulunan kurallar (varsa *Renvoi* dahil) uygulanacaktır. Taşıma yabancı ülkeden Türkiye'ye yapılmakta ise, Türk hukuku uygulanacaktır; ama hangi hükümler? Uluslararası taşıma olduğu için Varşova/La Haye uygulanabilir mi? Hareket noktası bakımından şartları tutmamaktadır; fakat, kıyasen uygulanması düşünülebilir mi? Doğrudan doğruya SHK. nun uygulanacağı söylenebilir, fakat taşıma uluslararası olduğu için 106. md. hükmü karşımıza çıkar. 106. md. hükmüne uyulacak olursa, Varşova/La Haye Sistemi'ne gidilmişi olur, ki buna da imkân olmadığı söylemiştik !!



## § 2 - HAVAYOLU İLE YÜK TAŞIMA SÖZLEŞMESİ

Esasında, taşıma sözleşmesi ile ilgili temel kavramlar üzerinde, yukarıda Giriş Bölümü'nde ayrıntılı olarak durulmuştur. Burada, sadece konunun çok özel yönlerine ilişkin bazı hususlar ele alınacaktır.

### I. GENEL OLARAK

Havayolu ile yapılacak yük taşıma sözleşmesinin muhtevası bakımından SHK. nunda herhangi bir kısıtlama olmadığı gibi, Varşova / La Haye Sistemi de yükün tanımında herhangi bir özel hüküm içermemektedir. Bu bakımdan, havayolu ile gerek yurt içinde ve gerekse Türkiye ile yabancı ülkeler arasında yapılacak olan yük taşımalarında, yük hakkında herhangi bir tahdit yoktur<sup>178</sup>.

Bu bakımdan, taşıma hukuku anlamında, *insan/yolcu*<sup>179</sup> olarak tanımlanabilecek canlı yaratıkların dışında kalan tüm cisimler, cenaze ve canlı hayvanlar<sup>180</sup>, havayolu ile yapılacak yük taşıma sözleşmelerinin konusu olarak yük/eşya diye nitelendirilirler<sup>181</sup>.

Yük deyiminden kasıt, katı veya sıvı veya gaz şeklinde, fakat bir taşıt aracı ile ve taşıyanın zilyedliği altında nakledilebilecek karakteristik ve nitelikteki her türlü maddî cisimdir. Taşıma Hukuku anlamında yük sayılabilmesi için, taşınacak nesnenin, deyim yerinde ise, *elle tutulur - gözle görülür* durumda olması lâzımdır. Gaz da olsa, belli bir şekilde diğer cisimlerden ayrılmış, tartılabilir, ölçülebilir, "handle" edilebilir (elleçlenebilir), devredilebilir bir yapı içinde belirlenmiş halde bulunması icab eder. Bu bakımdan, tanker ile, veya *liquitainer* içinde nakledilen akaryakıt veya gaz yük sayılmakla beraber; boru hatları ile yapılan petrol, gaz, su, doğal gaz, vs. nakilleri taşıma sözleşmesinin konusu olmaz. Elektrik enerjisi de, taşıma sözleşmesine konu olmaz. Aynı şekilde, telli

<sup>178</sup> Örnek olarak karş. (i) CMR cenaze taşımalarına ve ev eşyası nakillerine uygulanmaz (md. 1/4 -b ve c); Hamburg Kuralları'na göre, taşıtan tarafından sağlandığı durumlarda *container* yük sayılmaktadır (md. 1/5).

<sup>179</sup> Yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere, yolcu taşıyan ile yapmış olduğu taşıma sözleşmesi uyarınca bir yerden diğerine götürülmesini talep hakkına sahip olan kişidir; buna karşılık, taşıt aracında görev icabı bulunan kişiler, bir taşıma sözleşmesinin tarafı değildirler.

<sup>180</sup> MANKIEWICZ, 62

<sup>181</sup> Yolcu bagajının, yolcudan ayrı olarak başka bir sefer ile gönderilmesi halinde de, bagaj yük sayılır.

veya telsiz muhabere sistemlerinde de, taşıma sözleşmesi yoktur. İnternet ve en geniş çerçevesi içinde, sanal alemde yürütülen haberleşmeler, iletişimler bakımından da, taşıma sözleşmesi söz konusu değildir.

## II. TARAFLARI <sup>182</sup>

SHK. havayolu ile yük taşıma sözleşmesinin taraflarını *taşıyıcı* ile *yükleten* olarak isimlendirmektedir (md. 110 vd).

Taşıyıcı bakımından fazla bir tartışma sebebi düşünülmesi bile, yükleten deyiminin son derece hatalı olarak seçildiği ortadadır. Önce bir taşıma taahhüdü ve buna bağlı olarak taşıtan sıfatının belirlenmiş olması icab eder ki, sonra, taahhüdün ifası aşamasında yükleme fiilî ve buna bağlı olarak da yükleten sıfatı ortaya çıksın <sup>183</sup>.

Varşova/La Haye/Montreal 4 (md. 5 vd.) ile 1999 Montreal Konvansiyonu ise, (md. 4 vd.) *consignor* kelimesini kullanmaktadır <sup>184</sup>. *Consignor* <sup>185</sup>, gönderen anlamına geldiği gibi, emanet veren, özellikle de bir malı satılması için tevdi eden kişiyi tanımlamak için de kullanılır <sup>186</sup>.

Biz, daha önce de beyan ettiğimiz üzere, mensubu olduğumuz disiplinin terminolojisine sadık kalarak, tarafları *taşıyan* ve *taşıtan* olarak anacağız !

## III. KURULMASI

Gerek SHK. na ve gerekse de Varşova/La Haye Sistemi'ne göre, havayolu ile yük taşıma sözleşmesi rızaî bir akittir <sup>187</sup>. Sözleşmesinin kurulması, genel-geçer ilkelere uygun olarak, tamamen tarafların irade beyanlarına dayanır; yazılı olarak yapılması gerekmediği gibi, her hangi

<sup>182</sup> Genel amaçlı açıklamalar için bkz. yukarıda, Giriş Bölümü, III/3.

<sup>183</sup> Gerçi, aynı hatalı terminoloji seçimi, TK. md. 768 vd. hükümlerinde de görülmektedir. Önce bir taşıma taahhüdüne dayanan taşıtan bulunmalıdır ki, sonra gönderme işlemi yapılabilirsin. Bir malı göndermek için, onun bir kişi tarafından taşınması, naklinin üstlenilmesi lâzımdır.

<sup>184</sup> Varşova / La Haye Sistemi'nde de aynı kelime kullanılmaktadır.

<sup>185</sup> *Consignment*, hem mal göndermek, sevkiyat ve hem de gönderilen mal anlamında kullanılır.

<sup>186</sup> Varşova Konvansiyonu'nun Fransızca metninde *expediteur* kelimesi kullanılmıştır. *Expediteur* gönderen anlamına geldiği gibi, taşıyan anlamına da kullanılmaktadır.

<sup>187</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 5 n. 11, md. 11 n. 4.

bir taşıma belgesinin düzenlenmesi de icab etmez; sözleşmenin kurulmuş sayılması için, yükün taşıyana teslim edilmiş olması da şart değildir<sup>188</sup>.

Her ne kadar, her iki kurallar manzumesi bakımından bir *Hava Yük Senedi - Air Waybill* düzenlenmesi söz konusu ise de; yük, bu belge düzenlenmeden veya belgenin metnine yazılması öngörülen kayıtlar hiç veya kısmen yazılmadan taşınmış olsa dahi, bu durum taşıma sözleşmesinin varlığını veya geçerliğini etkilemez (SHK. md. 110/II; Varşova/La Haye/Montreal 4, md. 9; 1999 Montreal Konvansiyonu, md. 9).

Varşova Konvansiyonu'nun 33. md. si ile, taşıyana, kendi tercihinine bağlı olarak, taşıma sözleşmesi yapmamak hakkı tanınmış idi<sup>189</sup>. Bu madde taşıyana aynı zamanda Konvansiyon'un hükümleri ile çelişmemek kaydı ile, taşıma sözleşmesine dilediği hüküm ve şartları koymak hakkını da vermektedir. Bu imkânlar Varşova/La Haye Sistemi'nde devamlı olarak taşıyana tanına gelmiş olup bu gün de, 1999 Montreal Konvansiyonu'nun 27. md. si ile mahfuz tutulmaktadır. Sadece, 4 Numaralı Montreal Protokolü'nün md. 5/3 hükmü ile bir sınırlama getirilmiş ve hava konişmentosunun elektronik ortamda tutulması halinde, bu yöntemin durak yerlerinde ve varna noktasında kullanılmasına imkân bulunmamasının, sözleşme yapmamak için taşıyana gerekçe sağlamayacağı ifade olunmuştur. Bu hükme paralel olarak, sözleşme özgürlüğünün düzenlendiği 33. md. sinde md. 5/3 hükmünün saklı olduğu beyan edilmiştir.

<sup>188</sup> Karayolu ile yük taşıma sözleşmesinin, TK. md. 768/I, c. 1 hükmü dolayısı ile aynı (real) akit olarak nitelendirilmesi ve bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. ARKAN, 16-19. Demiryolu ile yapılan yük taşıma sözleşmesinin ise, Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi, II. Bap, md. 4/1 hükmü dolayısı aynî akit olduğu ve buna paralel olarak demiryolu ile yapılan uluslararası eşya taşıma sözleşmesinin de, COTIF/CIM md. 11 § 1 uyarınca aynı akit niteliğinde bulunduğu ifade edilmektedir. ARKAN, 17 dn. 51; ARKAN, Sabih, *Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987, 61-63. Navlun sözleşmesi hiçbir şekilde tâbi olmadan, tamamen tarafların irade beyanları ile, sözlü olarak kurulur, ÇAĞA/KENDER II, 13 vd.

Kanaatımızca, aynî sözleşme kavramı devrini tamamlamış ve çağdaş hukuk sistemlerinde ortadan kalkmış bir kurumdur; belli ölçüde zorlama yoluna başvurulması gerekse dahi, gerek karayolu ile ve gerekse de demiryolu ile yük taşıma sözleşmelerini düzenleyen hükümlerin, aynı akde yer vermeyecek bir şekilde yorumlanması isabetli olacaktır. AY-DİN, Alihan, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2002, 6-7. Bkz. ve krş. ARKAN, 16 vd.

<sup>189</sup> Bu madde SHK. na alınmamıştır. Ancak, krş. Karayolu Taşıma Kanunu md. 5/VI: "Taşımacılar, taşıma hizmetlerini kabul edilebilir bir neden olmaksızın veya zorunlu haller dışında yapmaktan kaçınmazlar ve taşıma hizmetinden herkesin her zaman yararlanmasını sağlamak zorundadırlar."

Bu kısıtlama 1929 Varşova Konvansiyonu'nun 27. md. sinde kaldırılmıştır. Anılan Konvansiyon, bu maddeye aynı zamanda, biraz da *ma-lûm-u ilâm* gibi olmak üzere, taşıyanın sahip olduğu defilerden vaz geçebileceğini de ilave etmiştir <sup>190</sup>.

#### IV. HUKUKÎ NİTELİĞİ ve ÖZELLİĞİ

Taşıma sözleşmesi, hukukî niteliği bakımından bir *istisna sözleşmesidir* <sup>191</sup>.

Taşıma sözleşmesinin önemli bir özelliği, *üçüncü kişi yararına sözleşme* olmasıdır.

Diğer bir açıdan bakıldığında, çoğu halde, havayolu ile gerek yolcu ve gerekse de yük taşıma sözleşmelerinin *iltihakî akit* olarak düzenlenmekte olduğunu görüyoruz.

Bilindiği üzere; iltihakî sözleşmeler, bir tarafın, işin doğası ve niteliği gereği olarak, malı satan ve hizmeti sunan tarafın -konumuz açısından, taşıyanın-, sözleşme kurulmadan önce, ileride kuracağı tüm sözleşmelerinde kullanılmak amacı ile ve karşı tarafın, tartışma konumuz bakımından taşıtanın, şartları hakkında herhangi bir müzakere yetkisi olmadan aynen kabul edeceği (veya red edeceği) surette, tek yanlı olarak hazırladığı sözleşme türüdür <sup>192</sup>. İltihakî sözleşmeler, genel işlem şartlarını içerirler.

İltihakî sözleşmelerde de, tarafların arasında müzakereye açık bazı hususlar bulunmaktadır, fakat bunlar sözleşmenin esasına ilişkin olmayıp, tamamen sözleşmenin bireyselleşmesi (ferdileşmesi) için zorunlu bulunan

<sup>190</sup> 1929 Varşova Konvansiyonu md. 27: *Freedom to Contract - Nothing contained in this Convention shall prevent the carrier from refusing to enter into any contract of carriage, from waiving any defences available under the Convention, or from laying down conditions which do not conflict with the provisions of this Convention.* Bu hüküm SHK. na alınmamıştır.

<sup>191</sup> İstisna akdi hk. bkz. TANDOĞAN, *İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayrılması*, İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, 311-332; TANDOĞAN (Borçlar), 1 vd.; YAVUZ, 443 vd. ÜLGEN (Hava), havayolu ile yük taşıma sözleşmesini istisna akdi olarak kabul etmekle beraber, yolcu taşıma sözleşmesini vekâlet akdi olarak nitelendirmektedir, s. 8-9, 46.

<sup>192</sup> Ayrıntılı bilgi için, ATAMER, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999. Ayrıca bkz. ve krş. OĞUZMAN (Borçlar), 20-23, 137-139; TEKİNAY, 154-165, 365-367.

şartlara ilişkindir; meselâ, taşımanın yapılacağı tarih, başlangıç ve bitiş noktaları, taşıtanın ve gönderilenin tayini, navlunun tesbiti gibi.

İltihakî sözleşme modeli, doğal olarak, muntazam tarifeli seferlerde kullanılmaktadır. Buna karşılık, charter sözleşmelerinde taraflar sözleşme şartlarını, çoğu zaman oldukça ayrıntılı bir surette müzakere ederler ve sözleşme ancak bu müzakerelerin olumlu sonuca bağlanmasından sonra kurulur.

Burada sözünü ettiğimiz, klâsik anlamı ile charter sözleşmesidir; yoksa, bir çok havayolu işletmesi, ya kamu idarelerinin ya da meslek kuruluşlarının tarifeler veya ücretler ile ilgili olarak koydukları bazı kurrallardan sıyrılmak amacı ile charter seferleri düzenlemektedir. Bu seferler de, esasında, önceden ilan edilmiş tarifelere göre yapılmaktadır ve taşıma sözleşmesi herhangi bir muntazam tarifeli seferdeki gibi ifa edilmektedir.

Burada, son olarak, fakat sadece kısaca, Varşova/La Haye Sistemi'nin taşıyana, yukarıda işaret ettiğimiz hükümler ile, tam anlamı ile tanıdığı sözleşme özgürlüğü prensibinin, Türk Hukuku karşısındaki durumuna da değinmek istiyoruz.

Her ne kadar hukukumuzda da sözleşme özgürlüğü, önce sözleşme yapmak veya yapmamak hakkı ile başlarsa da, BK. md. 7/III hükmünün geniş yorumu ile, mal satan veya hizmet sağlayan (sunan) <sup>193</sup> tarafın tek taraflı iradesi ile bağlandığı söylenebilmektedir.

Buna bağlı olarak, iltihakî sözleşmeyi öne süren tarafın, karşı tarafın kabulü ile, akdi kurmak zorunda olduğu da kabul edilmektedir.

Ayrıca, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun <sup>194</sup>, 5. md. si ile akit yapma mecburiyeti getirmiştir. Ancak, bu Kanun *tüketici* tanımına uyan (md. 3/f) kişiler hakkında uygulanacağından, bu tanıma uymayanlar,

<sup>193</sup> Günlük kullanımdan hukuk dilimize de girmiş olan çok hatalı hatta çirkin ve kölelik rejimini dahi çağrıştıracak bir deyim olan *hizmet satmak* ifadesini kullanmaktan kaçınılmasını özellikle tavsiye etmekteyiz. Hizmeti insanlar sağlar, satılık hizmetten söz etmek, satılık insandan söz etmek ile aynı anlama gelir.

<sup>194</sup> Tarih: 23 Şubat 1995 - Sayı: 4077 (RG. 8 Mart 1995-22221)

özellikle ticarî işletmeler karşısında, taşıyanların yine akit yapmamak imkânı bulunduğu ileri sürülebilir<sup>195</sup>.

### § 3 - HAVA YÜK SENEDİ

#### (Hava Konişmentosu)

#### I. KAVRAM ve TANIM

SHK. nun 110. md. si ile 1999 Montreal Konvansiyonu'nun 4. md. si<sup>196</sup>, yük taşıma sözleşmesinde, taşıma belgesi olarak, hava yük senedi düzenlenmesini öngörmektedir.

Kanunumuzda hava yük senedi olarak anılan belgenin 1999 Montreal Konvansiyonu'ndaki adı *Air Waybill*'dir<sup>197</sup>. Biz bu belgeyi *Hava Konişmentosu* olarak anacağız.

#### II. DÜZENLENMESİ

##### 1. Genel Olarak

Varşova/La Haye Sistemi, hava konişmentosunun şekli, düzeni, boyutları, kısacası dış görünümü ve hatta kullanılacak dil<sup>198</sup> ile ilgili her hangi bir bağlayıcı kural içermemektedir. Aynı şekilde SHK. nunda da bu yönde emredici bir hüküm yoktur. SHK. bakımından md. 110 ve Varşova/La Haye Metni bakımından md. 8, 1999 Montreal Konvansiyonu bakımından ise md. 5. hükümlerine uyulması dışında, her taşıyan kendi hava konişmentosunu dilediği gibi şekillendirebilir<sup>199</sup>. Fakat, çoğunlukla IATA tarafından tanzim edilmiş olan ve IATA'nın taşıma şartlarını da ihtiva eden standart konişmentolar kullanılmaktadır.

<sup>195</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. ve krş. OĞUZMAN (Borçlar), 137-139; SCHWARZ, 265; TANDOĞAN, Halûk, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri C. III*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 4. bası, Ankara 1985, s. 10-11; TEKİNAY, 365-367.

<sup>196</sup> Bu husus Varşova / La Haye Sistemi ile Varşova/La Haye/Montreal 4 metninde, 5. md. de düzenlenmiştir.

<sup>197</sup> Varşova Konvansiyonu'nun orijinal metninde bu belge *Lettre de transport aérien* olarak geçer. Bu metnin İngiltere'de yapılmış tercümesinde *Air Consignment Note* deyimini kullanılmıştır. Amerika'da yapılmış olan tercümesinde ise *Air Waybill* deyimini yer alır.

<sup>198</sup> Bu hususun millî mevzuat ile tesbit edilmesi gerekmektedir.

<sup>199</sup> MANKIEWICZ, 55.

Gerek Varşova/La Haye/Montreal 4 metninde (md. 6/1) ve gerekse de 1999 Montreal Konvansiyonu'nda (md. 7/1) hava konişmentosunun (air waybill) taşıtan (consignor) tarafından düzenleneceği öngörülmektedir<sup>200</sup>.

Bu usulün doğru ve isabetli bir tercih olduğu söylenebilir, çünkü, yük hakkında doğru ve tam bilgiye ancak taşıtan sahip olacaktır. Gerçi taşıyanın da yükü kontrol hakkı vardır ama, bu işlem ancak yükün dış görünümü ile sınırlı olacaktır<sup>201</sup>

Varşova/La Haye/Montreal 4, md. 6/4 hükmüne ve 1999 Montreal Konvansiyonu'nun md. 7/4 hükmüne göre, hava konişmentosunun, taşıtanın isteği üzerine, taşıyan tarafından düzenlenmesi halinde, taşıyanın bu işlemi, aksi isbat edilmedikçe, taşıtanı temsilen yapmış olduğu kabul edilecektir. Bu kuralın doğal sonucu olarak, konişmentodaki kayıtların eksik, düzensiz veya hatalı olmasından dolayı, Varşova/La Haye Metni ile 1999 Montreal Konvansiyonu md. 10 uyarınca olan sorumluluk yine taşıtanın sırtında kalacaktır.

Doktrinde<sup>202</sup>, bu ilişkinin bir vekâlet akdine dayandığı kabul edilmektedir<sup>203</sup>. Taşıtan hava konişmentosundaki beyan ve kayıtlardan dolayı, konişmentonun taşıyan veya başka her hangi bir kişi, meselâ yük acentası (freight forwarder), tarafından düzenlenmiş olduğu hallerde de sorumlu olur<sup>204</sup>; fakat, belgeyi düzenlemiş olana, vekâlet sözleşmesi hükümlerine dayanarak, rücu etmek hakkına sahip bulunur.

Taşıyanın, söz konusu hükümler dairesinde, kendisi tarafından düzenlenmiş olan hava konişmentosundan dolayı hiçbir sorumluluk taşımayacağına dair şart koşması geçerli olabilir mi ? Varşova/La Haye Metni md. 23 ve 1999 Montreal Konvansiyonu md. 26 açısından bakıldığı zaman, böyle bir şartın geçerli olabileceği düşünülebilir. Çünkü, söz konusu md. ler taşıyanın yolcu, bagaj ve yükün maruz kaldığı zararlardan doğan sorumluluğuna ilişkindir. Bununla beraber, uyuşmazlığa uygulanabilecek olan hukuka göre, taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkinin niteliği ne olursa

<sup>200</sup> Varşova / La Haye Sistemi'nin 6/1 md. sinde de aynı kural yer alır.

<sup>201</sup> ESCALADA, 397.

<sup>202</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 6 n. 10.

<sup>203</sup> Vekâletin hüküm ve sonuçları ilişkiye uygulanabilecek hukukun hükümlerine tâbi olacaktır.

<sup>204</sup> MANKIEWICZ, 63.

olsun, taşıyanın -veya adamlarının- konişmento düzenlenmesinde kastı veya ağır kusuru bulunduğu isbat edilebildiği hallerde, böyle bir sorumluluk şartı geçerli olarak kabul edilmemelidir<sup>205</sup>.

Taşıyan ile taşıtan, konişmentonun düzenlenmesinden sadece taşıyanın sorumlu olacağını mukavele edebilirler. Böyle bir anlaşma halinde dahi, zarar gören üçüncü şahıslara karşı yine de taşıtan sorumlu olur, fakat daha sonra taşıyana rücu eder<sup>206</sup>.

SHK. ise, hava yük senedinin taşıyan tarafından düzenleneceğini âmir bulunmaktadır (md. 110/I). Kanun koyucunun bu değişikliği hangi sebebe dayanarak veya hangi ihtiyaca cevap vermek amacı ile yaptığı bilinmemektedir<sup>207</sup>. SHK. nun 110/I hükmü gayet açık olup, taşıyan hava yük senedini düzenlemek ve taşıtana vermekle yükümlüdür, bunun için taşıtanın herhangi bir istekte bulunmasına lüzum yoktur. SHK. md. 110/III hükmünün yorumunda hataya düşülmemelidir; birden fazla parça yüklendiği hallerde, Kanun taşıtana her bir parça için ayrı bir yük senedi düzenlenmesini talep yetkisi vermektedir ve taşıtandan böyle bir talep gelmediği takdirde, taşıyan tüm sevkiyat için tek bir yük senedi düzenleyebilir. Bu özel durumun dışında, taşıtanın her hangi bir talepte bulunmasını beklemeden, taşıyan hava yük senedini düzenlemek zorundadır.

Varşova/La Haye Sistemi'nde ise, yukarıda da değinildiği gibi, hava konişmentosu taşıtan tarafından düzenlenir. Varşova/La Haye Metni'nde bu belgenin düzenlenmesi, taşıyanın isteğine bırakılmıştır (md. 5/1 ve 6/1). Varşova/La Haye/Montreal 4 (md. 5/1) ile 1999 Montreal Konvansiyonu'nda (md. 4/1) ise, hava konişmentosunun düzenlenmesi mecburî hale getirilmiştir<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. md. 6 n. 10.

<sup>206</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. md. 6 n. 11.

<sup>207</sup> Taşıma ile ilgili diğer bazı hükümlerde de, bir birinden farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Karayolu ile yapılan taşımalara ilişkin olan TK. md. 768/1'e göre, "Gönderen, taşıyıcıya, talebi halinde iki nüsha olarak bir taşıma senedi vermeye mecburdur." Denizyolu ile yapılan taşımalar bakımından ise, TK. md. 1097/1 "Yük gemiye alınır alınmaz taşıyan ... yükletenin istediği kadar nüshada yükleme konişmentosu tanzim eder." hükmü ile, taşıma belgesi düzenleme görevini taşıyana vermiştir.

<sup>208</sup> Uygulamada, taşıyanların kendi standart taşıma şartlarını ihtiva eden, basılı hava konişmentoları vardır. Bunlarda, yine taşıyanların, her ayrı taşıma sözleşmesi bakımından konişmentoda yer almasını tercih ettikleri somut bilgilerin yazılacağı yerler de bulunur. Her taşımanın özelliğine göre bu alanlar doldurulur. Bu belgelerden taşıyanların iş yerlerinde bulunacağı gibi, acentalarda, ve benzeri aracı işletmelerde de bulunur ve ya taşı-



Mevcut kurallara göre, yurt içinde yapılan taşımalarda hava yük senedi taşıyan tarafından, yurt dışına yapılan taşımalarda ise taşıtan tarafından düzenlenecektir.

SHK. nun 110/IV hükmüne göre; hava konişmentosu (hava yük senedi) üç nüsha<sup>209</sup> olarak düzenlenir. Birinci nüshaya “Taşıyıcı İçin” yazılır ve yükleten (taşıtan) tarafından imzalanır. İkinci nüshaya “Gönderilen İçin” yazılır ve taşıyan ile taşıtan (yükleten) tarafından imzalanır. Üçüncü nüsha, taşıyan tarafından imzalanarak, yükün teslim alınmasından sonra taşıtana (yükletene) verilir<sup>210</sup>.

Bu fıkranın kaynağını teşkil eden Varşova/La Haye Metni'nin 6/1. md. sine göre, hava konişmentosu üç nüsha olarak düzenlenmez !! Her biri *asıl* (original) olan üç parça olarak düzenlenir<sup>211</sup>. SHK. md. 110/IV - kendi deyimi ile- ikinci nüshanın ne yapılacağı hakkında her hangi bir hüküm içermemektedir. Kaynak metne göre bu parça yük ile birlikte gi-decektir<sup>212 213</sup>.

yanlar veya söz konusu aracı işletmeler, taşıtanları temsilen hava konişmentosunu düzenlerler.

<sup>209</sup> Esasında uygulamada çoğunlukla her bir tanesi değişik renkte 8 hatta 12 parçadan (sayfadan) oluşan “takım” (set) halinde konişmentolar kullanılmaktadır. Fakat, bunlardan sadece ilk üç parçasında “Asıl/Original” yazar: Original 1 (for the issuing carrier), Original 2 (for consignee), Original 3 (for shipper). Diğerleri gümrük işlemleri, hava meydanı formaliteleri, acentalar için kullanılır.

<sup>210</sup> Taşıma yöntemlerinde vaki gelişmeler dolayısı ile ve özellikle birden fazla taşıtana ait yüklerin, *container* veya benzeri bir kab içinde toplanıp (Consolidated) sonra taşıyana teslim edildiği hallerde, yüklerin toplanmasını yapanlar, ki çoğunlukla ya “Taşıma İşleri Komisyoncusu” durlar (Freight Forwarder) veya “Terminal İşleticisi” veya “Grupaj Operatörü (Groupage Operator)” olarak anılmaktadırlar, yük sahiplerine “House/Service Air Waybill” diye isimlendirilen bir belge verirler ve asıl hava konişmentosunu kendi adlarına düzenletirler veya Varşova/La Haye Sistemi içinde, kendileri düzenlerler. Söz konusu işletmeler, bu tür ilişki içinde yük sahibi ile -âkit- taşıyan sıfatı ile taşıma sözleşmesi yaparlar, asıl taşıyana karşı ise, taşıtan durumunda olurlar. Bu ve benzeri tür taşıma işlemlerinde hava konişmentosunda hareket ve varış yerleri hava meydanları olarak değilde, taşıma işini üstlenmiş olan işletmenin yük toplama yerleri (Freight Terminal / Container Transport Terminal), depoları olarak gösterilir.

<sup>211</sup> “The air waybill shall be made out ... in three original parts ...”

<sup>212</sup> Varşova/La Haye Metni md. 6/2 ye göre, hava konişmentosunun ikinci parçası taşıyan ile taşıtan tarafından imzalandıktan sonra yük ile birlikte gider. 1999 Montreal Konvansiyonu ile bu şart kaldırılmıştır (md. 7/2). Böylece, taşıyana, hava konişmentosunun düzenlenmesini ve imzalanmasını beklemeden yola çıkmak imkânı sağlanmıştır.

<sup>213</sup> İmza usulleri ve merasimi hakkındaki hükümler yeterli kadar açıktır, ayrıca izahat vermeye gerek görmemekteyiz.

## 2. Taşıtanın Beyanları ve Sorumluluğu

Hava yük senedinin düzenlenebilmesi ve özellikle de SHK. md. 110/I hükmüne göre içermesi gereken kayıtların belirlenebilmesi için, yükleten hem yüke ait ve hem de gönderilenin tesbitini sağlayacak tüm bilgileri taşıyana vermek ile yükümlüdür. Bu bilgilerde eksiklik veya yanlışlık olması dolayısı ile taşıyanın veya üçüncü kişilerin zarara uğramaları halinde, taşıtan bu zararları tazmin ile mükelleftir (md. 111/I).

Taşıyana bu madde ile getirilen sorumluluğun niteliği hakkında bir açıklık yoktur. Doktrinde Ülgen<sup>214</sup> bunun garanti sorumluluğu olduğu görüşündedir. Aynı şekilde, Mankiewicz de<sup>215</sup> taşıtanın mutlak sorumluluk altında olduğunu beyan etmektedir. Kanaatımızca, garanti sorumluluğu ancak yasal hükümler ile getirilebilir. Açık bir kural olmadıkça, garanti sorumluluğuna gitmek doğru değildir. Diğer taraftan, bu sorumluluğun akdî bir sorumluluk olarak kabulü gerekecektir. Konuya bu açıdan bakınca, bu sorumluluğun *culpa in contrahendo* olarak nitelendirilmesi daha doğru olacak ve tazmin borcu bu çerçeveye içinde ele alınacaktır.

Ancak, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, yanlış ve/veya eksik beyanlardan dolayısı, taşıyanın maruz kaldığı zararlar bakımından söz konusu olabilir. SHK. md. 111/I bu gibi yanlış ve/veya eksik beyanlardan dolayı üçüncü şahısların uğrayacakları zararlardan da yükleteni sorumlu tutmaktadır. Üçüncü şahıslara karşı yükletenin sorumluluğu, haksız fiile dayanacak ve BK. nun 41. vd. md. lerine tâbi olacaktır. Kanaatımızca, burada da yükleten bakımından bir garanti sorumluluğu görmek doğru olmayacaktır.

Taşıtanın bu sorumluluğu, doğal olarak, herhangi bir sınıra tâbi olmayıp, sınırsız sorumluluktur.

SHK. md. 111/II ise, konuyu bir de taşıyan açısından ele almaktadır. Bu maddeye bakıldığında, ilk nazarda, taşıyanın, hava yük senedinin düzenlenmesi için yükleten tarafından verilen bilgilerin ve belgelerin doğruluğunu ve yeterliğini araştırmak ve kontrol etmek mecburiyetinin olmadığı sonucu çıkmaktadır. Bununla beraber, Kanun taşıyana tanınmış olan bu muafiyeti, bir nitelendirmeye -veya kısıtlamaya- tâbi tutmaktadır.

<sup>214</sup> ÜLGEN (Hava), 149.

<sup>215</sup> MANKIEWICZ, 65.

Maddenin II. fıkrası şöyle başlamaktadır: “Taşıyıcı personeli ve temsilcilerine kusur isnadı hariç olmak üzere; ...”<sup>216</sup>.

İfadedeki bozukluktan sarf-ı nazar, bu hükümden çıkarılacak sonuç şu olmalıdır: Taşıyan, söz konusu bilgi ve belgeleri kabul edip kullanırken, kusurlu bir davranış içinde olmamalıdır.

Burada iki soru karşımıza çıkar: Kusurun niteliği ve derecesi ile, kime karşı kusurlu bir davranış söz konusu edilmektedir.

Bu soruların cevapları Varşova/La Haye Sistemi’ne bakıldığı zaman ortaya çıkacaktır; Şöyle ki:

(i) Hemen belirtelim ki, SHK. nun 111. md. si, Varşova/La Haye Sistemi’nin 10. ve 16. md. lerinde öngörülen iki ayrı sorumluluk halinin - belki de biraz şark usulü bir kolaycılık anlayışının eseri olarak veya işin aslını kavrayamamanın sonucunda - tek bir hüküm içinde toplanması dolayısı ile bu şekli almıştır.

(ii) Varşova/La Haye Sistemi’nin 10/1. md. sine göre, taşıtan, hava konişmentosuna yüke ilişkin olarak koyduğu bütün kayıtların ve beyanların doğruluğundan sorumludur<sup>217</sup> ve 10/2. md. ye göre bu kayıtların ve beyanların düzensiz, yanlış veya yetersiz<sup>218</sup> olması sebebi ile taşıyanın veya taşıyanın kendisine karşı sorumlu olduğu bir başka kişinin maruz kalacağı tüm zararları tazmin etmekle yükümlüdür.

Varşova/La Haye 10. md. si ile, prensip olarak, taşıtan ile taşıyan arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir ve taşıtanın taşıyana ve bir de taşıyanın sorumlu olabileceği üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu hakkındadır, yoksa, genel olarak bütün üçüncü kişilere karşı sorumluluğa ilişkin değildir.

<sup>216</sup> Bu ifade bir ilk öğretim okulu öğrencisi tarafından yazılsa idi, yazan çocuk sentaks, gramer ve noktalama işaretleri bakımından sınıfta kalırdı. Metnin, üzerinde fazla da oynamadan, şöyle olması gerekeceğini düşünüyoruz: “Taşıyıcıya, adamlarına veya temsilcilerine bir kusur isnadı mümkün olmadıkça; ...”.

<sup>217</sup> Bu yalın hüküm Varşova/La Haye Metni’nde yer alır. Varşova/La Haye/Montreal 4 ve 1999 Montreal Konvansiyonu’nda, bu md. ye, her hangi bir yanlış anlamayı engellemek için, taşıtanın, kendisi adına yapılan beyanlardan da sorumlu olacağı ifadesi eklenmiş olduğu gibi, taşıtan adına davranan kişinin, aynı zamanda taşıyanın temsilcisi olduğu durumlarda da, taşıtanın sorumlu olacağı hükmü eklenmiştir.

<sup>218</sup> “... *irregularity, incorrectness or incompleteness* ...”

(iii) Varşova/La Haye 10. md. sinde taşıyan için her hangi bir yükümlülük söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, taşıyanın taşıtan tarafından hava konişmentosuna yazılan kayıtların ve beyanların doğruluğunu incelemek gibi bir yükümlülüğü yoktur.

Halbuki, SHK. nun 111/II md. sinde, taşıyana bu konuda, esasında anlamsız bir şart hükmü ve üslup ile, ciddi olarak yükümlülük getirilmiştir. Bu fıkraya göre, taşıyan taşıtan tarafından verilen bilgileri ve belgeleri, bizzat veya adamları ve temsilcileri (?), marifeti ile incelemek mecburiyetindedir ve incelemenin yapılmasında kusurlu davranılarak bilgilerde veya belgelerde bulunan bazı eksiklik, düzensizlik veya yanlışlık tesbit edilemez ise, bunun sonucu doğabilecek sorumluluk taşıyana ait olacak ve taşıtanın sorumluluğu ortadan kalkmış olacaktır. Sonuç olarak da, taşıyan üçüncü şahısların uğrayacakları zararları tazmin ile yükümlü olacak ve bu tazmin borcu dolayısı ile ve ne de doğrudan doğruya kendisinin uğramış olabileceği zararlar için taşıtana rücu hakkı bulunmayacaktır.

(iv) Diğer taraftan, Varşova/La Haye Sistemi'nin 10. md. si, 16. md.si ile birlikte ele alınınca (16. md. yi aşağıda tartışacağız), 10. md. nin hususî hukuk sorumluluğu getirdiğini, buna karşılık 16. md. nin âmme hukukundan kaynaklanan bir sorumluluğu öngördüğü ortaya çıkar. 10. md. taşıtan ile taşıyan arasındaki ilişkiye dairdir ve taşıtanın, hava konişmentosuna koyduğu bilgi ve kayıtların yanlışlığı, eksikliği veya düzensizliğinden dolayı esas olarak taşıyanın kendisinin ve bir de kendilerine karşı sorumluluk taşıdığı üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan sorumluluğunu düzenlemektedir.

(v.) Buna karşılık, Varşova/La Haye Sistemi, 16. md. sinde tamamen farklı bir sorumluluk hali düzenlemektedir. Taşıtan, yükün gönderilene teslim edilinceye kadar, taşıyanın gümrük, polis ve diğer kamu otoriteleri tarafından yapılacak işlemler, denetim ve kontroller<sup>219</sup> ile ilgili olarak ihtiyaç duyacağı tüm bilgileri ve belgeleri sağlamakla yükümlüdür

<sup>219</sup> Bu maddede yer alan gümrük, polis ve diğer kamu otoriteleri tarafından yapılacak işlemler ibaresini geniş anlamda ele almak icab eder; vergi denetimleri, kambiyo kontrolleri, menşehatnameleri vb. gibi belgeler üzerinde yapılacak incelemeler, yükün kendisi ve niteliği bakımından yapılacak denetlemeler, meselâ yasak ve/veya tehlikeli maddelerden veya ithal ve ihracı yasak olan maddelerden olup olmadığı vs. gibi her türlü kamu hukuku kurallarına dayanan inceleme ve denetimler bu hükmün çerçevesi içine girer, GIEMULLA/SCHMID, md. 16 n. 3, 4.

<sup>220</sup>. Bu hüküm, kamu hukuku alanına ilişkin olup, taşıtanın sağlamış olduğu bilgi ve belgelerin eksik, yetersiz veya düzensiz olmasından dolayı taşıyanın polis, gümrük ve diğer makam ve merciler karşısındaki sorumluluğunu ve uğrayabileceği her hangi bir zarardan dolayı taşıtanın taşıyana karşı olan tazmin borcunu düzenlemektedir.

Taşıtan, bu belgelerin bulunmaması, yetersiz veya düzensiz olmasından dolayı vaki olacak tüm zararlardan taşıyana karşı sorumludur. Taşıyan bu bilgilerin veya belgelerin doğruluğunu veya yeterliğini araştırmak mecburiyetinde değildir (md. 16/2). Ancak, zarar taşıyanın, adamlarının veya temsilcilerinin kusurundan ileri gelmiş ise, taşıtan sorumlu olmaz <sup>221</sup>.

Kanaatimizce, Varşova/La Haye Sistemi burada sadece âmme hukuku hükümlerine dayanan bir sorumluluk rejimi getirmekle kalmamış, taşıyanın söz konusu bilgi ve belgelerdeki eksiklik, yetersizlik veya düzensizlik dolayısı ile zamanında ve/veya usulü dairesinde tamamlanamayan ve hiç tamamlanmayan resmî formaliteler dolayısı ile gönderilene veya başka kişilere karşı sorumlu duruma düşmesi halinde de, bu sebeple maruz kalabileceği zararların taşıtandan talep edebileceğini öngörmüştür <sup>222</sup>.

Fakat, taşıyan zarara kendisinin, adamlarının veya temsilcilerinin kusuru sebebi ile uğramış ise, taşıtan bundan sorumlu olmaz <sup>223</sup>. Bu hükmün niteliği itibarı ile müterafık kusura dayanan bir savunma öngördüğü söylenebilir.

Görülüyor ki, SHK. md. 111, Varşova/La Haye Sistemi'nin 10. ve 16. md. lerinde söz konusu edilen iki ayrı sorumluluk halini, bir biri ile karıştırarak, tek bir maddeye almış ve ortaya garip bir hüküm çıkmıştır. Özellikle de II. fıkra tamamen anlamsız bir ifade içermiştir. Tabii, bu

<sup>220</sup> Varşova/La Haye md. 16/1, taşıtanın söz konusu belgeleri hava konişmentosuna ekli olarak ibraz edeceğini öngörmektedir. 1999 Montreal Konvansiyonu ise, belgelerin taşıyana verilmesinden/tevdî edilmesinden söz etmektedir. Bu değişiklik, 1999 Montreal Konvansiyonu'nun hava konişmentosunun bilgisayar kullanılarak tutulmasına cevaz vermesi dolayısı ile, elektronik ortama belge eklemenin mümkün olamayacağı dikkate alınarak yapılmıştır; bkz. aynı görüşte GIEMULLA/SCHMID, art. 16 n. 16.

<sup>221</sup> GOLDHIRSCH, 52; MANKIEWICZ, 66.

<sup>222</sup> GOLDHIRSCH, 52; GIEMULLA/SCHMID, md. 16 n. 1.

<sup>223</sup> Meselâ, taşıyanın belgeleri kayıp etmesi; CLARKE, 79; veya belgeleri gerektiği yerde ibraz etmemesi veya ibrazını unutmaması, GIEMULLA/SCHMID, md. 16 n. 10. .

hatalı düzenlemede, hava konişmentosunun taşıtan tarafından değil de, taşıyan tarafından verileceğini öngören yanlış tutum da etkili olmuştur.

Bu durumda ne yapılabilir ?

Bir başlangıç noktası olarak, SHK. nun hava konişmentosunun taşıyan tarafından düzenleneceğine dair olan hükmünü, kanuna saygı gereği, kabul edelim. Fakat, SHK. nun 111/I hükmü, kaynak metne oranla taşıtana fazla bir sorumluluk getirmektedir. Varşova/La Haye Sistemi taşıtanı sadece taşıyana ve onun sorumlu olduğu diğer kişilere karşı sorumlu tutmaktadır, SHK. md. 111/I olduğu gibi bütün üçüncü kişilere karşı değil.

Buna karşılık, SHK. nda, taşıyanın kamu otoriteleri ile ilişkilerinden doğacak sorumluluğu dolayısı ile taşıtanın taşıyana karşı olan sorumluluğunu düzenleyen her hangi bir hüküm yoktur. Aynı şekilde, taşıyana taşıtan tarafından verilen bilgileri ve belgeleri inceleme yükümlülüğü getirilmiş ve ciddi bir sorumluluk altına sokulmuştur.

Oldukça karışık ve içinden çıkılması zor gibi görünen bu durum için, kanaatimizce, yegâne çözüm yolu, SHK. nun 106. md. sindeki prensipten de hareket ederek, SHK. nun 111. md. sini, Varşova/La Haye Sistemi'ndeki gibi anlamak ve yorumlamak olacaktır.

Şöyle ki:

Bir kere, maddedeki "... üçüncü şahısların ..." ifadesi, kaynak metne uygun olarak, "... taşıyanın sorumluluk taşıdığı şahıslara ..." şeklinde yorumlanabilir ve taşıtanın, hava konişmentosunun düzenlenmesi için verdiği bilgi ve belgelerdeki eksiklik, düzensizlik veya yetersizlikten, taşıyana ve taşıyanın sorumlu bulunduğu kişilere karşı sorumlu olduğu sonucuna varılabilir.

Varşova/La Haye Metni md. 16 hükmü bakımından da, SHK. nun 106. md. sinden yararlanılıp, Kanun'un bu yönden *sakit* olduğu kabul edilerek, taşıyanın, taşıtanın vermiş olduğu bilgi ve belgelerdeki eksiklik, düzensizlik veya yetersizlik dolayısı ile, polis, gümrük veya başka kamu otoriteleri ile olan ilişkilerinde zarara uğradığı veya bu ilişkilerde çıkan sorunlar dolayısı ile gönderilene ve/veya başka üçünü kişilere karşı sorumlu olduğu iddiası ile taşıtana rücu etmek istemesi halinde, doğrudan

doğruya Varşova/La Haye Sistemi'nin 16. md. sinin uygulanması yoluna gidilebilir.

Böyle bir talep halinde, taşıyanın gördüğü zararın, tamamen kendi kusuru sonucunda ortaya çıkmış olduğu anlaşıldığı takdirde, taşıtanın sorumlu olmayacağı kabul edilir. İsbat külfetinin taşıtında olması icab edecektir.

### 3. Hava Konişmentosu'nun Elektronik Ortamda Tutulması

Standart taşıma belgesi düzenlemek yerine, başka bir yöntem<sup>224</sup> kullanılması, ilk defa ve yolcu taşıma sözleşmesi için, 1971 Guatemala City Protokol ile ortaya atıldı. Protokol'ün II. md. si ile Varşova/La Haye Metni'nin 3. md. sine eklenen bir fıkra ile yolcu biletinde yer alması gereken bilgilerin başka her hangi bir vasıta ile tutulması kabul edildi. Me-seleye pratik açıdan bakıldığında, burada kast edilenin, digital sistemlerin uygulanmasına, yani yolcu biletlerinin bilgisayar ortamında tutulmasına, olanak sağlanması olduğu kolayca anlaşılır<sup>225</sup>.

Bu imkân 4 Numaralı Montreal Protokolü ile yük taşıma sözleşmesi için de kabul edildi. 1999 Montreal Konvansiyonu da, bu yöntemi hem yolcu taşıma sözleşmeleri (md. 3/2) ve hem de yük taşıma sözleşmeleri (md. 4/2) için kabul etmiştir.

SHK. nunda böyle bir olanak sağlanmadığı için, elektronik hava konişmentosunun ancak Türkiye ile yabancı ülkeler arasında yapılacak taşımalarda kullanılabileceği söylenebilir. Bununla beraber, acaba konu SHK. nun 106. md. si açısından ele alınarak, doğrudan doğruya 4 Numaralı Montreal Protokolü'nün uygulanması yoluna gidilemez mi ? Kanaatımızca, madde bu tarz bir yoruma açıktır. Bu takdirde de, yurt içinde yapılacak taşımalarda da elektronik konişmento kullanılması mümkün olabilecektir.

Burada birkaç hususa dikkat çekmek isteriz:

4 Numaralı Montreal Protokolü, dolayısı ile de Türkiye'nin taraf olduğu Varşova/La Haye/Montreal 4 Metni'nin 5/2. md. si, standart hava

<sup>224</sup> "Any other means which would preserve a record of the information indicated in ..."

<sup>225</sup> Bu makalenin amacı ve içeriği, konunun teknik yönünü de incelemeye imkân vermektedir. Digital teknolojinin bazı hukukî işlemlerde kullanılması ile ilgili bilgi için bkz., SÖZER, *Elektronik Sözleşmeler*, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2002.

konişmentosunun yerine, elektronik ortamda tutulan kayıt kullanılması için taşıtanın muvafakatını aramaktadır, taşıyanlar kendi tercihlerine göre, elektronik hava konişmentosu kullanmakta serbest değildirlir.

Md. 5/3'e göre, taşıma sözleşmesinin ifasında, ara duraklarda ve varma yerinde, md. nin 2. f. sında sözü edilen "diğer yöntemler" in, yani elektronik hava konişmentosu kullanma imkânlarının bulunmaması, taşıyanın sözleşme yapmaktan kaçınması için gerekçe teşkil edemeyecektir. Böylece, bir taraftan, teknolojik alt yapısının yeterli olmadığı yerlerin havayolu ile taşıma hizmetlerinden mahrum bırakılma riski engellenmiş bulunmakta ve diğer taraftan da taşıyanların tek taraflı tercih ile, bilgisayar kullanımının mümkün olmadığı yerlere gitmekten kaçınmalarına fırsat tanınmamış olmaktadır. Ayrıca, elektronik hava konişmentosu kullanımını taşıtanın rızasına tâbi tutan hüküm de desteklenmiş oldu <sup>226</sup>.

Buna mukabil, 1999 Montreal Konvansiyonu elektronik hava konişmentosu düzenlenmesi için taşıtanın muvafakatı şartına yer vermemiş ve bunu tamamen taşıyanın tercihine bırakmıştır. Ayrıca, Varşova/La Haye Metni'nin md. 5/3 hükmü de alınmamıştır. Böylece, taşıyanlar, kendi işletme usulleri ve politikalarına göre, teknolojik hizmetlerin yeterli olmadığı yerlere, her hangi bir gerekçe de göstermeden uçmamak imkanını elde etmiş oldular. Belki de, serbest pazar ekonomisi prensiplerine daha uygun düşen bir düzenlemedir bu ..

Ancak, taşıyan hava konişmentosunda da, standart hava konişmentosunda bulunması gereken kayıtlara yer vermek mecburiyetinde olduğu gibi, taşımanın teşhis edilmesini sağlayacak bilgileri de göstermek zorunda olup, elektronik konişmentonun içeriğini amaca uygun surette düzenlenmesi gerekir <sup>227</sup>. Ayrıca, taşıtanın bu bilgilere ve kayıtlara erişmesine imkân verecek yetkiyi de kendisine tanıyacaktır.

Bu hükme göre, ileride Türkiye'nin 1999 Montreal Konvansiyonu'nu onaylaması halinde, taşıyanlar elektronik hava konişmentosu kullanmakta serbest kalmış olacaktır <sup>228</sup>.

<sup>226</sup> Ne var ki, bu hüküm taşıyana md. 33 ile sağlanmış bulunan *sözleşme yapmama* özgürlüğünü kısıtlanmış olmaktadır. Bkz. yukarıda § 2/IV.

<sup>227</sup> CLARKE, 59.

<sup>228</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. BALFOUR, John, *Electronic Ticketing: A Bonfire or Verbiage*, [1996-97] TAQ 2, 89-100; DIEDERIKS-VERSCHOOR, Isabella H. Ph.,



#### 4. Yük Makbuzu

Gerek Varşova/La Haye/Montreal 4 Metni (md. 5/2) ve gerekse de 1999 Montreal Konvansiyonu (md. 4/2), hava konişmentosu yerine bir başka yöntemin kullanılması halinde ve taşıtanın talebi olduğu takdirde, taşıyan tarafından taşıtana, yükün teşhisini sağlayacak ve kullanılan yöntemdeki, yani bilgisayar ortamındaki, kayıtlara erişme yetkisi tanıyacak bir yük makbuzu -veya Türkçe tercümedeki ifadesi ile *alındısı*- verileceğini öngörmektedir.

Yükün birden fazla parçadan oluştuğu hallerde, taşıtan her bir parça için ayrı yük makbuzu düzenlenmesini istemek hakkına sahiptir (Varşova/La Haye/Montreal 4 md. 7/2, 1999 Montreal Konvansiyonu md. 8/2).

### III. KAYITLAR

Sivil havacılığın ilk günlerinde, bir taraftan -aşağıda ayrıntılı olarak tartışacağımız üzere- taşıyanları korumak ve girişimcileri teşvik etmek amacı ile, sorumluluğu sınırlandıran hükümlere yer verilirken, diğer taraftan da, yolcuların ve taşıtanların korunması için, kurallar konulması yoluna gidilmiştir. Bu cümleden olarak yolcu biletinde ve bagaj kuponunda ve özellikle de hava konişmentosunda bir çok ayrıntının bulunması öngörülmüştür. Fakat, zamanla, bu kadar ayrıntının zaman kaybı ve insan gücü israfından başka hiçbir şeye yaramadığı görülmüş ve taşıma belgelerinde bulunmasında lüzûm görülen bilgiler ve kayıtlar asgariye indirilmiştir. Netekim, Varşova Konvansiyonu, hava konişmentosunda 17 kalem bilgi bulunmasını öngörmekte iken, La Haye Protokolü bunları üçe indirmiştir.

Ancak SHK., her ne nedense <sup>229</sup>, 110. md. sinde, Varşova Konvansiyonu'nu esas alıp, hava konişmentosunda 10 kalem bilginin <sup>230</sup> bulunmasını emretmiştir. Halbuki, Kanun'un daha hazırlık dönemlerinde (1979-1980),

---

*Automation and Air Law*, XII AASL 15-24; ESER, Günter O., *Impact of Automation on the Airline Business*, XI AASL 3-16.

<sup>229</sup> Belki, havacılığın özünde hız yatkınlığı olduğunu unutarak ya da bu felsefeye zaten bigâne olduğu için !!

<sup>230</sup> SHK. nun 110. md. sinin I. F. nı buraya aynen almakta hiçbir yarar görmemekteyiz, ilgilenenler Kanun'a bakabilirler.

Türkiye Varşova Konvansiyonu ile La Haye Protokolü'nü onaylamıştı ve SHK. da, La Haye Protokolü'nün 8. md. sini örnek alabilirdi.

Gerek Varşova/La Haye/Montreal 4 (md. 8) ve gerekse de 1999 Montreal Konvansiyonu (md. 5), hava konişmentosunda ve keza -düzenlendiği hallerde- yük makbuzunda aşağıdaki kayıtların yer almasını öngörmektedir:

(i) Kalkış ve varış yerleri;

(ii) Eğer kalkış ve varış yerleri aynı âkit devletin ülkesi içinde olmakla beraber, bir veya daha fazla konaklama/durak yeri <sup>231</sup> başka bir devletin ülkesinde ise, bu yerlerden en az bir tanesi <sup>232</sup>.

(iii) Yükün ağırlığını gösteren bilgi <sup>233</sup>.

Ne var ki, hiçbir taşımada, yukarıdaki bilgiler ile yetinilemez, özellikle hava konişmentosunun niteliği ve fonksiyonları da dikkate alınca, bu bilgilerin fazla bir anlam taşımayacağı ortaya çıkar. Esasen, hiçbir zaman taşıyan, taşıtan, varma yeri, gönderilen hakkında bilgi ihtiva etmeyen hava konişmentosu düşünülemez <sup>234</sup>.

Sonuç olarak söylenecek olan, hava konişmentosunun Türkiye içinde yapılacak taşımalarda SHK. nun öngördüğü kayıtları ihtiva edecek şekilde düzenlenmesi ve buna mukabil yurt dışına yapılacak taşımalarda ise, Varşova/La Haye/Montreal 4 md. 8 hükmüne göre kesilmesi gerektiğidir.

Ayrıca, çıkış noktası Türkiye olmakla beraber, varış noktası bakımından Varşova/La Haye Sistemi'nin hangi metninin geçerli olacağı da dikkate alınmalıdır ve meselâ sadece Varşova Konvansiyonu'nu onaylamış bir devletin ülkesindeki bir yere yapılacak taşımada 1929 Varşova Konvansiyonu'nun uygulanacağı unutulmamalıdır.

<sup>231</sup> SHK. nun 110/I, 'e' bendinde "... aktarma yerleri ..." olarak geçen "... agreed stopping place ...", taşıma sözleşmesine göre, sözleşmenin ifası sırasında uçağın hangi sebeple olursa olsun, durak yapacağı yer olarak tanımlanır, GIEMULLA/SCHMID, md. 8 n. 12.

<sup>232</sup> Kalkış-Varış yerleri ile ara durak yerlerinin gösterilmesi, taşıtana taşımının uluslararası taşıma olduğunu ve dolayısı ile de Varşova/La Haye Sistemi'ne tâbi olduğunu hatırlatmak amacını taşır.

<sup>233</sup> Tazminat hesaplanmasında yükün ağırlığının esas alındığı (md. 22) göz önünde bulundurularak, bu kayıt 4 Numaralı Montreal Protokolü ile eklenmiştir.

<sup>234</sup> CLARKE, 62.

## IV. HUKUKÎ NİTELİĞİ - HÜKÜMLERİ

### 1. Genel Olarak

Hava konişmentosu, taşıma sözleşmesinin kurulması için düzenlenmesi zorunlu bir belge değildir.

Varşova/La Haye Sistemi'nin temel ilkelerinden bir tanesi, taşıma sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına tâbi olmadan kurulabilmesidir. Bu bakımdan, Varşova/La Haye Sistemi hiçbir zaman yazılı bir sözleşme öngörmediği gibi, hava konişmentosu düzenlenmesini de taşıma sözleşmesinin kurulması bakımından mecburî bir işlem olarak belirtmemiştir. Bu belgenin, hemen aşağıda açıklanacağı üzere, sadece delil olarak değeri vardır<sup>235</sup>.

Varşova/La Haye Sistemi'nin metinlerinde, hava konişmentosunun hiç veya usulüne uygun surette düzenlenmemesinin veya kayıp olmasının, taşıma sözleşmesinin varlığını veya bağlayıcılığını etkilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>236</sup>.

Varşova/La Haye Sistemi'nde, hava konişmentosu (i) taşıma sözleşmesinin aktedilmiş olduğuna, (ii) bu sözleşmede yer alan şartlara ve (iii) yükün taşıyan tarafından teslim alınmış bulunduğuna dair, aksi isbatı kabil bir karine olarak kabul edilmiştir<sup>237</sup>.

Taraflar konişmentoya yansımamış başka şartların bulunduğunu veya konişmentodaki şartların değiştirilmiş bulunduğunu her türlü delil ile kanıtlamak hakkına sahiptir<sup>238</sup>.

Varşova/La Haye/Montreal 4 ile 1999 Montreal Konvansiyonu yük makbuzunun da, hava konişmentosu ile aynı değere sahip olduğunu belirtmektedir.

SHK. nun 110/II md. si de, taşıyanın yükü hava konişmentosu (yük senedi) düzenlemeden kabul etmesinin veya belgenin metninde 110. md.

<sup>235</sup> MANKIEWICZ, 61.

<sup>236</sup> Varşova/La Haye Metni md. 5/2, Varşova/La Haye/Montreal 4 ile Varşova Konvansiyonu md. 9.

<sup>237</sup> Varşova/La Haye md. 11/1, Varşova/La Haye/Montreal 4 md. 11/1, 1999 Montreal Konvansiyonu md. 11/1.

<sup>238</sup> CLARKE, 69.

nin 1. f. sında gösterilen kayıtların bulunmamasının taşıma sözleşmesinin varlığını veya bağlayıcılığını etkilemeyeceğini ifade etmektedir.

Hava konişmentosu -veya hava yük senedi-, SHK. nun 112/1 hükmüne göre de, havayolu ile taşıma sözleşmesinin varlığı ile şartlarına ve yükün taşıyan tarafından alınmış olduğuna karine teşkil eder. Fakat, kesin olmayıp aksi isbatı kabil bir karinedir. Bu bakımdan, aksi durumun isbatı halinde, karinenin hükmü ortadan kalkar.

Ne var ki, Varşova/La Haye Sistemi, hava konişmentosuna yine de değişen ağırlık ve önemde hüküm bağlamıştır; şöyle ki:

(i) Varşova Konvansiyonu, 9. md. si ile, taşıyanın yükü hava konişmentosu düzenlenmeden <sup>239</sup> kabul etmesi <sup>240</sup> veya konişmento metninde md. 8 uyarınca yer alması gereken kayıtların bulunmaması halinde, Konvansiyon'un taşıyanın sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerinden yararlanamayacağını öngörmektedir <sup>241</sup>;

(ii) Varşova/La Haye Metni'nin 9. md. si ise, taşıyanın hava konişmentosu düzenlememesi veya konişmentonun Konvansiyon'nun 8. md. sinin 'c' bendindeki uyarıyı <sup>242</sup> ihtiva etmemesi halinde, taşıyanın 22. md. nin 2. f. sında belirtilen sorumluluk sınırlarından yararlanamayacağını söylemektedir <sup>243</sup>;

(iii) Varşova/La Haye/Montreal 4 (md. 9) ile 1999 Montreal Konvansiyonu (md. 9), hava konişmentosu hiç veya usulüne göre düzenlen-

<sup>239</sup> ESCALADA'ya göre (s. 403), bu hüküm konişmentonun hiç düzenlenmemiş olduğu hallere münhasır olarak anlaşılmalıdır, bir veya iki nüshanın eksik olması, hiç konişmento düzenlenmediği anlamına gelmez.

<sup>240</sup> Diğer bir deyişle, yüklemenin yapılmakta olduğu sırada, taşıyanın konişmentonun hiç veya gerektiği gibi düzenlenmediğini bilmesine rağmen yüklemeye devam etmesi, GIEMULLA/SCHMID, md. 9 n. 8.

<sup>241</sup> Taşıyanın sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran hükümlerin hangileri olduğuna dair tartışmalara aşağıda § 7/VI, 2' de değineceğiz. Bununla beraber, doktrininde genellikle kabul edildiğine göre, bunlar 20., 21., 22. ve 26. md. lerde bulunan hükümlerdir, GOLDBIRSCHE, 20; MILLER, 105, 107.

<sup>242</sup> Söz konusu hüküm, bir taşıma sözleşmesinde kalkış ve varış yerleri aynı âkit devletin ülkesi içinde olmakla beraber, başka bir devletin ülkesinde bir veya daha fazla konaklama noktası öngörülmüş ise, bu noktalar en az bir tanesinin hava konişmentosunda gösterilmesini şart koşturmaktadır.

<sup>243</sup> Bu uyarının konişmento metninde aynen Varşova/La Haye Metni'nin 8/c hükmünde olduğu gibi yazılması şart değildir; taşıtana, taşımanın Varşova/La Haye Sistemi'ne tâbi olduğu ve taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmış bulunduğu hakkında tam bir fikir verecek üslubda kaleme alınmış olması yeterlidir, MANKIEWICZ, 71.

miş olmasa dahi, taşımanın yine de Konvansiyon'da belirtilen sınırlı sorumluluğa tâbi olacağını öngörmektedir.

Şunu da ekleyelim ki, hemen yukarıda değinilen 9. md., elektronik ortamda bilgi tutulması faraziyesini de kapsayacak şekilde yazılmıştır.

Buna karşılık, SHK. nun 110/II. md. sinin 2. c. si, taşıyanın yükü "... yük senetsiz veya yukarıda yazılı kayıtları içeren bir yük senedi vermeden kabul etmiş olması ... (halinde) ...bu Kanunun sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanama ..." yacağını âmir bulunmaktadır.

## 2. Yüke İlişkin Kayıtlar

Yüke ilişkin kayıtlar bakımından, mesele iki ayrı kategori kayıt bakımından farklı ele alınmaktadır:

(i) Hava konişmentosunda (hava yük senedinde) yükün ağırlığına, boyutlarına, ambalajına ve parça adedine ait olan kayıtlar, aksi isbat edinceye kadar doğru olarak kabul edilirler.

(ii) Buna karşın, yükün miktarına, hacmine ve bulunduğu hale ya da belirgin durumuna ilişkin olan kayıtlar, ancak yükün taşıyan ile taşıtan (yükleten) tarafından birlikte muayene edilmesi ve muayene sonuçlarının hava konişmentosuna yazılması şartı ile taşıyan aleyhine karine teşkil edebilir.

## 3. Kıymetli Evrak Olarak Hava Yük Senedi<sup>244</sup>

Hava konişmentosunun kıymetli evrak olarak düzenlenip düzenlenmeyeceği sık sık tartışılan bir konu olmakla beraber, mesele teorik ortamdaki pek de fazla ileri gitmemiştir; çünkü, uygulamada bu husus çok önem taşımamaktadır. Netice itibarı ile, çoğu durumda hava konişmentosu, en iyi ihtimalle, yükün geldiği uçakla gelecektir .. ya da hatta mahallî posta idarelerinin çalışma temposuna göre, gönderilenin eline, yükten sonra vasıl olacaktır !! Kısacası, hava konişmentosunun kıymetli evrak olarak düzenlenmesinin pratik değeri fazla değildir<sup>245</sup>.

<sup>244</sup> Konu ile ilgili tartışmalar için ayrıca bkz. yukarıda § 1/II, b, ee ve aşağıda § 4/I, 2.

<sup>245</sup> ESCALADA, 400-401.

Bununla beraber, çeşitli tartışmalar sonucunda, La Haye Protokolü'nün IX. Md. si ile, Varşova Konvansiyonu'nun 15. md. sine 3. f. olarak şu madde eklenmiş ve: "Bu Konvansiyon'daki hiçbir hüküm, ciro edilebilir hava konişmentosu düzenlenmesine engel değildir." denilerek, isteyenlerin her hangi bir hukukî riske katlanmadan kıymetli evrak niteliğinde hava konişmentosu düzenlenmesine zemin hazırlanmıştır<sup>246</sup>.

Ancak, bu hüküm sonradan 4 Numaralı Montreal Protokolü ile çıkartılmış olduğu gibi, 1999 Montreal Konvansiyonu'na da alınmamıştır

Meseleye Türk Hukuku açısından bakıldığında, SHK. nun bu konuda hiçbir hüküm ihtiva etmediği görülmektedir. Bu durumda bir görüş olarak, Kanun'un kıymetli evrak niteliğinde hava konişmentosu düzenlenmesini kabul etmediği ileri sürülebilir. Farklı bir görüş olarak ise, kıymetli evrak niteliğinde bir hava konişmentosu düzenlenmesi istendiğinde, SHK. nunda bu konuda her hangi bir hüküm bulunmaması dolayısı ile 106. md. deki atıftan yararlanarak Varşova/La Haye Metni'nin 15/3 md. sine dayanılarak böyle bir hava konişmentosunun düzenlenebileceği söylenebilir.

Evvelâ şunu söyleyelim ki, Varşova/La Haye Metni'nin uygulanabileceği dış taşımalarda, değindiğimiz md. 15/3 uyarınca kıymetli evrak niteliğinde hava konişmentosu düzenlenmesi mümkündür.

Fakat, 4 Numaralı Montreal Protokolü'nün uygulanmasında kuşku doğabilecektir. Özellikle, olan bir hükmün sonradan çıkarılması ve son metinde de yer verilmemesi olumsuz yoruma dayanak sağlayabilir.

Yurt içinde yapılacak olan taşımalar bakımından da, kanaatımızca, SHK. nun hükümleri itibarı ile buna hukukî engel bulunmamaktadır, hemen yukarıda ifade ettiğimiz surette, SHK. nun 106. md. sindeki atıf yolu ile Varşova/La Haye Metni'nin 15/3 md. si hükmüne dayanılarak kıymetli evrak niteliğinde hava konişmentosu düzenlenebilir<sup>247 248</sup>.

<sup>246</sup> Bununla beraber, ESCALADA (s. 399), Varşova Konvansiyonu'nun uygulanacağı taşımalar bakımından söz konusu md. 15/3 hükmünün geçerli olmayacağını ileri sürmektedir.

<sup>247</sup> Karşı görüş, ÜLGEN, 150-151.

<sup>248</sup> Ayrıca bkz. POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal, 30-34 ve dn. 34.

## § 4 - TAŞIYANIN BORÇLARI ve HAKLARI

### I. TAŞIYANIN BORÇLARI

#### 1. Yükün Teslim Alınması ve Yüklenmesi

##### a. Tesellüm - Zilyedliğin Devri

###### aa. Genel Olarak

Daha önce de değinmiş olduğumuz üzere<sup>249</sup>; taşıma sözleşmelerini düzenleyen hem yasal metinler ve hem de uluslararası konvansiyonlar, taşıyanın sorumluluğunu, prensip olarak, ve deyim yerinde ise, *taşımada sorumluluk* olarak ele almaktadır. Diğer bir ifade ile, taşıyanın sorumluluğu taşıma safhası ile sınırlı olarak, yani yüklemekten itibaren başlayan ve boşaltma ve gönderilene teslim ile sona eren bir dönemi ihtiva edecek şekilde düzenlene gelmektedir<sup>250</sup>. Varşova/La Haye Sistemi bakımından bu dönem, *havayolu ile taşıma* (Carriage by Air) olarak anılmaktadır. SHK. md. 121/II'de de, aynen, *havayolu ile taşıma* deyimini kullanmıştır<sup>251</sup>.

Gerçekten de, gerek milli mevzuatta ve gerekse de uluslararası konvansiyonlarda taşıyanın borcu olarak, özetle: (i) taşımak, (ii) korumak, (iii) gecikmemek başlıkları altında toplanır<sup>252</sup>.

Daha açık bir ifade ile, taşıyanın sorumluluğu; taşıma sözleşmesinin konusu olan yükü sözleşme ile belirtilmiş bulunan yerden alıp, yine sözleşme ile tesbit edilmiş olan yere kadar götürmek<sup>253</sup>, bu süre içinde

<sup>249</sup> Bkz. yukarıda Giriş/II-4; § 1/1-2, b.

<sup>250</sup> Krş. ARKAN, 52-53; ÇAĞA/KENDER II, 141.

<sup>251</sup> Yine de değinelim ki, md. 121/I'de *Havayolu ile taşıma sırasında* denmiş, III. f. ise *havayolu ile taşıma müddeti* ve *havayolu ile taşıma süresi* deyimleri kullanılmıştır.

<sup>252</sup> Bunların bir istisnası vardır, o da deniz yolu ile yapılan taşımalarda, tamamen kendine özgü bir sorumluluk türü olarak, taşıyanın gemiyi sefere elverişli halde bulundurmak borcu vardır, buna karşılık gecikmeden dolayı sorumluluk söz konusu edilmemiştir. Mamafih, Hamburg Kuralları ile sefere elverişlilik, kavram olarak ortadan kaldırılmış ve taşımadaki gecikmeden doğan sorumluluk ilave edilmiştir.

<sup>253</sup> Yükün teslim alınacağı yer, sözleşme ile tesbit edilebileceği gibi, sözleşme ile kabul edilmiş olduğu takdirde, daha sonra da taşıyana bildirilebilir; aynı şekilde teslim yeri de sözleşme ile veya sözleşme ile tanınmış yetkiye dayanılarak taşıyan veya gönderen tarafından, fiilî taşıma süresi içinde, taşıyana iletilebilir. Mamafih, bu gibi alternatifler, daha çok charter sözleşmelerinde kullanılabilir; muntazam tarifeli seferlerde, yükleme yeri, yani yükün uçağa konulacağı hava meydanı, zaten taşıyanın tarifelerinde gösterilir. Bkz. ve krş. ARKAN, 10; ÇAĞA/KENDER II, 30-31.

korumak ve bu taşıma işini de gecikmeden, zamanında tamamlamak ile sınırlandırılmış olarak çerçevesidir.

Görülen odur ki, taşıma hukuku, uluslararası alandaki düzenlemelerde, taşıyanın sorumluluğu ile ilgili hükümleri, sözleşmeyi tanımlayan aslî borcu dikkate alarak ve aslî borcun, hatta dar anlamda, ifa aşaması ile sınırlı olarak koymuştur. Taşımadan önceki aşamalar ile taşımadan sonraki aşamaları ilgi alanı içine almamıştır. Millî mevzuatta da benzer yaklaşımları görmekteyiz; taşıyanın sorumluluğu sadece taşıma sözleşmesinin ifa aşamasını düzenleyen hükümlerden oluşmakta, konu ile ilgili diğer hususlar, mevzuatın başka hükümlerine terk edilmektedir. Taşımanın akdî bir ilişkiye dayandığı ve çoğunlukla, hatta çağdaş ihtiyaçlar ile ekonomik ve teknik şartlar karşısında, kaçınılmaz olarak, organize işletmeler tarafından yürütüldüğü de dikkate alınır, taşımanın aslî hükümlerinin dışında kalanların, hususî hukukun ilgili bölümleri ile çözülmesi belki de makûl bir yol olmaktadır. Dolayısı ile, yabancılık unsuru içeren taşıma sözleşmelerinde de, bir çok meseleler, kanunlar ihtilâfî kurallarına bağlı kalmaktadır.

Ne var ki, taşıma işlemi, sadece yükün teslimi ile teslimi arasındaki süre ile kısıtlanamaz ve taşıyanın sorumluluğu da, sadece yukarıda belirtildiği gibi, üç hale inhisar ettirilemez. Taşıyanın taşıma sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu başka borçları da vardır.

Taşıyan, taşıma taahhüdünü ifa etmek için, *evvel emirde* taşınacak yükü, taşımak üzere teslim almak ve taşıt aracına, yani konumuz bakımından ifade edecek olursak, uçağa yüklemek ile mükelleftir.

Taşıma sözleşmesinin ayırt edici unsurlarından bir tanesi, taşınacak olan yük üzerindeki doğrudan, fakat ferî zilyedliğin, taşıyana devir edilmesidir; aksi takdirde, taşıma sözleşmesinden bahis edemeyiz. Görünüşte fiilen bir taşıma hizmetinin ifa edilmesine rağmen, doğrudan zilyedliğin taşıyana intikal etmediği sözleşmeler, ancak genel nitelikli hizmet sözleşmesi olarak adlandırılabilir. Bu tür bir sözleşme BK. nunda düzenlenmiş değildir, bu bakımdan isimsiz sözleşmeler grubunda mutalea edilebilir<sup>254</sup>.

Buna mukabil, taşıma işinin bizzat -veya adamları marifeti ile- yük sahibi tarafından icra edildiği tür sözleşmeler de vardır. Bu gibi sözleş-

<sup>254</sup> Bkz. yukarıda Giriş/II-3.



meler, taşımacılıkta çoğunlukla *Charter Sözleşmesi* olarak anılırlar. Taşıma taahhüdü söz konusu olmayıp, tahsis taahhüdü içerirler. Uçağın maliki veya işleticisi, taşıma işini fiilen üstlenmek yerine, uçağını taşıtanın, daha doğru bir deyim ile, yük sahibinin, kullanımına tahsis eder. Anlaşmaya bağlı olarak, mürettebat veya hatta başka teknik personel de uçak ile birlikte diğer âkidin hizmetine verilebilir. Bu tür sözleşmeler, esasında *kira akdi* niteliğini taşırlar ve çoğu zaman uçak kirası olarak da isimlendirilirler ve yük üzerindeki zilyedliğin taşıyana geçtiği söylenemez.

Bu konuyu yukarıda oldukça ayrıntılı surette incelemiş bulduğumuzdan, burada tekrar ele almayacağız.

Başka bir faraziye olarak da, diğer bütün unsurları tamam olarak yapılmış ve icra edilen bir taşıma sözleşmesinde, taşıtanın yüklerle birlikte yolculuk ettiği veya adamlarını gönderdiği düşünülecek olursak, böyle bir ilişki nasıl nitelendirilecektir. Bu gibi durumlarda, olayı çevreleyen özel şartlara bakılarak, her somut olay için ayrı karar verilmesi icab eder. Çok genel türde bazı kriterler vermek icab ederse, şunlar söylenebilir; taşıyanın veya adamlarının, uçakta bulunmalarının amacı <sup>255</sup> yüklerle olan ilgileri ve/veya yükleme/istif işlemlerine katılıp katılmadıkları <sup>256</sup> veya taşımanın cereyan şekline müdahale yetkilerinin bulunup bulunmadığı <sup>257</sup> dikkate alınmalıdır <sup>258</sup>. Bunlar ve benzeri sorulara verilecek cevapların, netice olarak, yükün zilyedliğinin taşıyana geçmiş olduğunu göstermesi halinde, tarafların arasındaki sözleşme bir taşıma sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Aksi takdirde bir charter veya uçak kirası olarak nitelendirilmek gerekecektir.

Zilyedliğin devri iki taraflı bir hukukî muameledir. Taşıyan ile taşıtan birlikte ve karşılıklı iradeleri ile, taşınacak yük üzerindeki zilyedliğin taşıyana devrini sağlamalıdır.

<sup>255</sup> Taşıyanın da, kendi iş plânlarına uygun düştüğü için yüklerle aynı uçakta yolculuk etmesinin, tartışma konumuz bakımından hiçbir anlamı veya etkisi olmaz.

<sup>256</sup> Kökeni bakımından navlun sözleşmelerinden gelmiş olan FIO veya FIOS klotlarına bağlı olarak yapılan yüklemelerde, taşıyanın sorumluluğu bulunmaz, fakat bu husus sadece yükleme/istif/boşaltma işlemleri ve safhaları bakımından geçerlidir. Mutad olarak, yükleme tamamlandıktan sonra, yolculuk ile birlikte, yük üzerindeki zilyedlik yine taşıyana geçer.

<sup>257</sup> GOLDHIRSCH, 70-71.

<sup>258</sup> Krş. ARKAN, 13-14; ÇAĞA/KENDER II, 3.

Taşıyanın sorumluluğu esasen yükün zilyedliğini elde ettiği andan itibaren başlar. Taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırmadıkları sürece, taşıyanın hem zıya ve hasardan ve hem de taşımadaki gecikmeden SHK. ve Varşova/La Haye Sistemi çerçevesindeki sorumluluğu, ancak yüke zilyed olması ile kaimdir. Taşıyan fiilî egemenliği altında bulundurmadığı bir ekonomik değer için sorumluluk taşımaz.

Varşova/La Haye Sistemi bakımından bu husus, Varşova/La Haye Sistemi'nin bütün metinlerde, 18. md. de düzenlenmiştir.

Varşova/La Haye Metni'ne göre, taşıyan, yükün hasar veya zıyandan, buna sebep olan olayın havayolu ile taşıma (Carriage by Air) sırasında olması halinde sorumludur. Havayolu ile taşıma ise, yükün bir hava meydanında veya uçakta veya bir hava meydanının dışında bir yere inilmesi durumunda, nerede olursa olsun orada, taşıyanın egemenliği (*in the charge of the carrier*) altında olduğu süreyi kapsar. Buradaki egemenlik, ya da SHK. md. 121/II deki ifade ile ... *taşıyıcının muhafaza ve nezareti altında* ..., deyimi, taşıyanın zilyedliğini ifade etmektedir.

Bu suretle, Varşova/La Haye Sistemi md. 18/2 havayolu ile taşıma süresini iki ayrı unsur ile tarif etmiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak da, taşıyanın Varşova/La Haye Sistemi ve keza SHK. çerçevesindeki sorumluluğu için de bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi lâzımdır. Diğer bir ifade ile, hem *hukukî şart* yani taşıyanın yüke zilyed olması ve hem de *fiilî şart*, yani zilyedliğin yükler uçakta veya hava meydanında veya hava meydanı dışında bir yere iniş yapıldığı takdirde, her nerede bulunulmakta ise, o yerde, yaki olması, birlikte gerçekleşmiş olmalıdır.

Aynı ifade 4 Numaralı Montreal Protokolü'nde de yer almaktadır.

Bununla beraber, gerek doktrin ve gerekse de uygulamada, asıl olarak taşıyanın yüke fiilen zilyed bulunması sorumluluk bakımından yeterli görülmüş ve bu zilyedliğin nerede gerçekleştiği unsuru üzerinde durulmamıştır<sup>259</sup>.

Netekim, 1999 Montreal Konvansiyonu md. 18/3'e bir değişiklik getirdi ve fizikî şartı kaldırarak sadece hukukî şartı, yani taşıyanın yüke

<sup>259</sup> MANKIEWICZ, 170-171; MILLER, 144; BGH 27 Ekim 1978, XIV ETL 651; Pick v. Lufthansa, 3 Aralık 1965, 9 Avi. 18.077. Ayrıntı için bkz. SÖZER (Sorumluluk II), 41; SÖZER (Görüşler), 107-108.

zilyed olması şartım muhafaza etti. Dolayısı ile, 1999 Montreal Konvansiyonu bakımından, zilyedliğin hangi fizikî ortamda vaki olduğunu araştırmaya gerek kalmayacak, taşıyan yük üzerinde zilyedliği hangi şart altında veya ortam içinde elde etmiş olursa olsun, Varşova/La Haye Sistemi anlamında sorumluluğu başlamış olacaktır.

Ancak, 1999 Montreal Konvansiyonu, yine de, md. 18/4 hükmü ile, yine Varşova Konvansiyonu'nun, *yüzey taşımaları* (surface transport) olarak adlandırılan karayolu, denizyolu veya iç su yolu taşımalarına ilişkin kuralı korudu. Bu suretle, söz konusu düzenleme ile de havayolu ile taşıma süresinin, kavram olarak, karayolu, denizyolu ve iç su yolu ile yapılan taşımaların havayolu ile taşıma süresinin dışında kaldığı sonucuna ulaşılması mümkündür.

### **bb. Zilyedliğin Devri**

Varşova/La Haye Sistemi bakımından, taşıyanın yüke zilyed olması ne demektir, ya da İngilizce metinde ifade ile yükün ...*in charge of the carrier* ... olmasının şartları nelerdir.

Hemen yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere; taşıyanın Varşova/La Haye Sistemi çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi ve aynı zamanda da havayolu ile taşıma döneminin tesbiti için, iki kriter öngörülmektedir: (i) Yükün bulunduğu yer, (ii) Taşıyanın yüke zilyedliği<sup>260</sup>.

Birinci kriter, Varşova/La Haye Sistemi'nde tanımlanmıştır: Yük ya uçakta bulunacaktır, ya da hava meydanında bulunacaktır. Ayrıca, herhangi bir sebeple, büyük bir ihtimalle de, bir zorunlu iniş gereği, hava meydanı niteliğinde olmayan bir yere inilmiş olduğu takdirde, yükler o inilen yer neresi olursa olsun, o mahalde bulunacaktır.

İkinci kriter ise Varşova Konvansiyonu'nun Fransızca orijinal metnindeki ... *sous la garde de transporteur* ... deyiminin İngilizce'ye ... *in charge of the carrier* ... olarak tercüme edilmesi üzerine maddedeki ifadesini bulmuştur.

Bu kriter, SHK. nunda (md. 121/II) ... *muhafaza ve nezaret* ... kelimeleri ile ifade edilmiştir. Halbuki, hukukî anlamı ile ve taşıma hukukunun standart konsepti açısından bu tamamen *zilyedlik* anlamına gel-

<sup>260</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 30-31.

mektedir. Daha evvel de muhtelif vesileler ile tekrarlanmış olduğu üzere, taşıma sözleşmesinin başlıca ayırt edici kriterlerinden bir tanesi, taşıyanın yüke doğrudan/vasıtasız zilyed olmasıdır.

Meseleye taşıma hukukunun ilkeleri açısından bakıldığında, esasen zilyedlik unsuruna ağırlık verilmesi gerekecektir. Netekim, yük uçakta bulunabilir, ama taşıyan zilyetliği henüz devir almamıştır, veya yük uçaktadır, ama taşıyan zilyedliğini gönderilene devir etmiş olabilir. Bu gibi hallerde taşıyanın Varşova/La Haye Sistemi anlamında sorumluluğu olmayacaktır<sup>261</sup>.

Yükün taşıyanın doğrudan zilyedliği altında bulunması, aynı zamanda yükün onu taşıyanın korumak ve gözetmek borçlarını ifa edebileceği şekilde fiilî egemenliği altında bulunması demektir.

*Uçak* tanımı kolay olan bir nesnedir ve yüklerin *uçakta* bulunup bulunmadığını tesbit etmek zor olmaz. Fakat, *hava meydanı* ifadesinden ne anlamak gerektiği metinde açıklanmamıştır. Kanaatımızca, ICAO Sözleşmesi'nin 14 numaralı Ek'indeki tarif esas alınabilir<sup>262</sup>. Bu tarife göre, hava meydanı, özetle, karada veya su üzerinde kurulu bulunan, uçakların iniş ve kalkış yapmaları ve teknik destek ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için özel olarak düzenlenmiş ve gereken donanım ve teçhizata sahip olan ve yolcuların ve yükün uçaklara inip binmelerini sağlayabilecek imkanlara sahip yerlerdir.

Her hava meydanının bir sınırı vardır. İncelemekte olduğumuz 18. md. nin uygulanmasında yük, yukarıdaki tarife uygun yerin sınırları içinde bulunurken taşıyanın zilyedliğine geçmelidir veya bu yerde taşıyanın zilyedliği altında durmalıdır, ki havayolu ile taşıma süresinin içinde bulunulmuş olsun ve taşıyan Varşova/La Haye Sistemi uyarınca sorumlu tutulabilsin.

Bu sebeple, taşıyanın yükü hava meydanının dışında bir yerde, meselâ çevredeki bir yerde bulunan deposunda teslim aldı ise, Varşova/La Haye Sistemi'nin hükümleri açısından herhangi bir sorumluluk altına girmiş olmaz ve bu nitelikteki sorumluluğu ancak yükün hava meydanı-

<sup>261</sup> GOLDHIRSCH, 70.

<sup>262</sup> Aynı fikir GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 36.

nın sınırları içine girmesinden sonra başlar<sup>263</sup>. Taşınacak yükler uçağa yüklenecekleri hava meydanında bulunmakta olsalar dahi, eğer fiilen taşıyanın zilyedliğine intikâl ettirilmemişler ise, yine havayolu ile taşıma aşaması başlamış sayılmaz ve taşıyan da Varşova/La Haye Sistemi uyarınca sorumlu tutulamaz.

Bununla beraber ve teyiden ifade edelim ki, Varşova/La Haye Sistemi'nin bu düzenlemesine rağmen, gerek doktrinde ve gerekse de uygulamada, taşıyanın yükü, taşımak üzere zilyedliğine almasının önemli olduğu, bu zilyedliğin nerede gerçekleştiğinin önem taşımaması gerektiği savunulmaktadır<sup>264</sup>

Havayolu ile taşıma döneminin başlaması ve taşıyanın da, Varşova/La Haye Sistemi anlamında sorumluluk altına girebilmesi için, yüklerin taşınmak amacı ile tesellüm edilmiş olması da gereklidir<sup>265</sup>. Taşıyanın yükü teslim ve zilyedliği devir almasına rağmen, fiilî taşımaya daha sonra başlanacaksa, sırf zilyedliğin devri, SHK. veya Varşova/La Haye Sistemi'nin uygulanması için dayanak teşkil etmez; taşıyan yükün uğrayacağı zarar veya ziyandan yine sorumlu olur, ama başka bir hukuki sebebe binaen, meselâ, ardiye anlaşmasına göre<sup>266</sup>.

Bir hava meydanının sınırları dışında cereyan eden *yüzeyde yapılan taşımalar*, havayolu ile taşıma aşamasının dışında kalır. Varşova/La Haye Metni'nin md. 18/3, Varşova/La Haye/Montreal 4 Metni'nin md.18/5 ve 1999 Montreal Konvansiyonu'nun ise md. 18/4 hükmü<sup>267</sup> uyarınca, bir hava meydanının sınırları dışında, karayolu, deniz yolu veya iç su yolu ile yapılan taşımalara, havayolu ile taşımalara ilişkin kurallar uygulanmaz. Bu kurala göre; meselâ, yükün bir hava meydanındaki uçaktan bir başka hava meydanındaki uçağa aktarma edilmek üzere karayolu ile veya de-

<sup>263</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 37.

<sup>264</sup> Bkz. yukarıda dn. 11.

<sup>265</sup> CLARKE, 114; GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 38.

<sup>266</sup> Krş. ARKAN, 52-53; ÜLGEN (Hava), 170 vd. Ancak, yük uçuş öncesi uçağa yüklenmek üzere sıra beklerken, velev depoda da olsa, bir zarara uğrayacak olursa, Varşova/La Haye Sistemi'nin kapsamına girmiş sayılabilir, CLARKE, 116.

<sup>267</sup> Bu hüküm Varşova/La Haye Metni ile Varşova/La Haye/Montreal 4 Metni'nin *Kombine Taşımalar* veya *Karma Taşımalar* (Combined Carriage or Multimodal Transportation) hakkındaki 31. md. si (1999 Montreal Konvansiyonu md. 38) ile birlikte yorumlanacaktır.

nizyolu ile gönderilmesi sırasında meydana gelecek zarar, Varşova/La Haye Sistemi'nin dışında kalır.

Ancak, bu hükmün *manâ-i muhalifinden* şu anlaşılacak lâzım gelir ki, bu gibi taşımalar bir hava meydanının sınırları içindeki alanda yapılacak olursa, havayolu ile taşıma süresine dahil sayılırlar ve taşıyan Varşova/La Haye Sistemi çerçevesinde sorumluluk altında bulunur<sup>268</sup>. Bu sonuca göre, yükün bir hava meydanında, taşıyanın bir uçağından bir başka uçağına veya başka bir taşıyanın uçağına götürülmesi veya depoya nakledilmesi veya -taşıyanın zilyedliğine girmiş bulunması kaydı ile- ambardan uçağına taşınması sırasında bir zarar doğacak olursa, bu zarar havayolu ile taşıma döneminde vaki olmuş sayılacak ve taşıyanın Varşova/La Haye Sistemi hükümlerine göre sorumluluğunu gerektirecektir<sup>269</sup>.

Buna karşılık, 18/3. md. nin ikinci cümlesi bir istisna hükmü getirmektedir. Eğer *yüzeyde yapılan taşıma* (karayolu, deniz yolu veya iç su yolu ile yapılan taşımalar), bir havayolu ile taşıma sözleşmesinin ifası amacı ile, diğer bir deyişle, somut sözleşmenin ifa süreci içinde, yükün yüklenmesi, teslimi veya aktarma edilmesi için yapılmışsa, bu işlemler sırasında meydana gelecek zararlar, aksi isbat edilmediği takdirde<sup>270</sup>, havayolu ile taşıma süresinin içinde meydana gelmiş sayılır (bkz. md. 18/3).

Hukukî sonuçları itibarı ile tamamen farklı kuralların uygulanması gerekeceğinden, yüzeyde yapılan taşımaların ciddî bir biçimde tafsil edilmesi ve bu iki değişik tür taşıma işleminin bir birinden ayırt edilmesi zorunludur. Bu konuda genellikle kabul edilen kriter, yüzeyde yapılacak taşımanın, asıl taşımanın bir bölümünü, özellikle de, ifa aşamasının zorunlu bir işlemi teşkil edecek şekilde, taşıma sözleşmesi ile öngörülmüş olup olmadığıdır<sup>271</sup>. Aynı zamanda, yüzeyde yapılacak taşıma, havayolu

<sup>268</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 49.

<sup>269</sup> GOLDHIRSCH, 71.

<sup>270</sup> Bu isbat imkânı her iki taraf için de vardır. Bir zarar vukuunda, taşıyan, yüzeyde yapılmış olan taşımanın havayolu ile taşıma dönemi dışında kaldığını isbat ederek, mutlak sorumluluktan kurtulmak çaresini arayabilir; taşıyan da taşıyanı sınırsız surette sorumlu tutabilmek için aynı yola başvurabilir.

<sup>271</sup> Tarafların bu anlaşması taşıma sözleşmesinde yer alabileceği gibi hava konişmentosuna da yazılabilir, GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 51.

ile yapılacak asıl taşıma ile birlikte ve tek bir operasyon olarak kabul edilmiş olmalıdır<sup>272</sup>. Bununla beraber, yüzeyde yapılan taşıma, zorunlu olarak bir başka hukukî düzenlemenin hüküm alanı içinde giriyorsa, meselâ, CMR'ın veya Hamburg Kuralları'nın uygulanmasını gerektirecek bir niteliği varsa, bu aşama söz konusu Konvansiyonlar'ın kurallarına tâbi olur<sup>273</sup>.

### b. Yükleme

Hukukî cephesi ile yükleme, esas olarak, taşıyan bakımından, taşıma sözleşmesinin aslî edimi olan taşıma fiilinin başlangıç işlemini ifade eder. Ancak, her somut olayda karar verebilmek için, yine de yüklemenin kimin tarafından yapılacağıнын tayin edilmesi gerekir.

Eğer, tarafların anlaşmasına veya yükleme yerinde geçerli olan kurallara veya teamüllere göre, yükleme taşıyan tarafından yapılacaksa, yüklerin zilyedliğinin taşıyana devri ile birlikte, taşıyanın -yukarıda sözü edilen- *taşıma dönemi* sorumluluğu başlar.

Buna karşın, yükleme, taşıtan tarafından üstlenilmekte ise, taşıyanın sorumluluğu ancak yükleme işlemlerinin tamamlanmasından sonra başlar, çünkü, bu faraziyede zilyedliğin devri ancak yükler uçağa konduktan sonra gerçekleşir<sup>274</sup>.

Taşıyanın, yükleme işlemini, sözleşme şartları veya halin icabına göre, gereken yer ve zamanda yapmaması, borca aykırılık teşkil eder ve borçlu temerrüdüne yol açar.

Bazen tesellüm ile yükleme aynı anda, peş peşe cereyan etmeyebilir; taşıyan yüklemeyi yükü tesellüm ettikten bir süre sonra yapmak üzere plânlamış olabilir veya taraflar böyle anlaşmışlardır<sup>275</sup>.

<sup>272</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 50-51.

<sup>273</sup> CLARKE, 107.

<sup>274</sup> Yüklemenin taşıtanın sorumluluğu altında olduğu hallerde, yükleme fiilen taşıyanın adamları tarafından yapılsa dahi, bu kişiler yükleme işlemlerinin icrası bakımından taşıtanın adamı durumuna girerler; aynı görüş ARKAN, 54.

<sup>275</sup> Çağdaş taşıma tekniklerinde, özellikle *container* kullanılarak yapılan taşımalarda, yükler taşıtanlardan alınarak -veya sözleşme şartlarına göre, taşıtanlar tarafından getirilerek- belli yerlerde toplanmaktadır (Container Terminals veya Transport Terminals). Bu yerlerde yükler containerlere, belli yöntemlere riayet edilerek istif edilmekte ve daha sonra asıl taşıyana (Main Carrier) teslim edilmektedir. Taşıma sözleşmesinde FIO/FIOS klozu yoksa, bu işlemler de taşıyanın sorumlu altında cereyan eder. Kombine veya karma

Taşıyanın yükü tesellüm etmemesi ve/veya uçağa yüklememesi halinde, taşıtanın ne gibi hakları vardır ? SHK. ve Varşova/La Haye Sistemi bu konuda her hangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu husus tamamen somut olayda uygulanabilecek olan millî hukuklara bırakılmıştır. Bu sebeple, herhangi bir ihtilâfta, tarafların arasındaki sözleşmede, olaya uygulanabilecek kural mevcut ise, o uygulanır. Aksi takdirde, yargıç veya hakem, uyuşmazlığa, Türk Hukuku'na tâbi bir meselede, BK. nun istisna akdini düzenleyen maddelerini uygulayacaktır (BK. md. 355-371).

Taşıyanın sözü edilen tür davranışları, kanaatımızca, BK. nun 358/I. md. sinin uygulama alanına girecek niteliktedir <sup>276</sup>. Yüklemenin taşıyan tarafından yapılacağı kararlaştırılmış olan taşıma sözleşmelerinde, taşıyanın bu işlemlere hiç başlamaması veya bu işlemleri, usulü daire-sinde yapmaması, uzatması ve/veya ertelemesi halinde söz konusu hükme dayanılarak taşıma sözleşmesinin feshini ihbar hakkı doğar.

Akdin ifasına başlandıktan sonra vaki olacak hadiseler ise, SHK. nunda ve Varşova/La Haye Sistemi'nde bağımsız hükümler ile düzenlenmiş bulunduğundan, BK. md. 358/II nin uygulanma kabiliyeti oldukça sınırlı olacaktır. Bununla beraber, söz konusu maddenin, kıyas yolu ile de olsa, uygulanabileceği haller düşünülebilir; meselâ, yüklerin buldukları yerden uçağa getirilmeleri veya yükleme işlemleri veya istif yükün zarar görmesine yol açacak şekilde yapılmakta ise, kanaatımızca, BK. md. 358/II hükmüne dayanılabilir.

Ayrıca ve şartların elvermesi halinde, BK. nun 106-107. md. lerinin uygulanması da söz konusu olacaktır. Özellikle, sözleşme şartlarına göre, yüklemenin kesin vadeli bir işlem olarak tesbit edildiği hallerde <sup>277</sup> BK. md. 107/3 uyarınca feshi ihbar mümkündür <sup>278</sup>.

---

taşıma olarak adlandırılan *Multimodal Transport* türünde ise, sorumluluk, tüm taşıma aşamaları için sorumluluk üstlenerek taşıma sözleşmesini yapmış olan tarafa ait olmaktadır.

<sup>276</sup> Akdin ifasına başlandıktan sonra vaki olacak gecikmeler, SHK. nunda ve Varşova/La Haye Sistemi'nde bağımsız hükümler ile düzenlenmiş bulunduğundan, BK. md. 358/II nin uygulanma kabiliyeti oldukça sınırlı olacaktır.

<sup>277</sup> Taşıma sözleşmesi açık bir hüküm ihtiva edebileceği gibi, taşıma sözleşmesinde taşıyanın tarifelerine yapılmış olan bir atıf ile de, yüklerin kesin olarak hangi tarihte ve hangi seferi yapacak uçağa yükleneceği belirtilmiş olabilir.

<sup>278</sup> Varşova/La Haye Sistemi'nde de bu konu ayrıca düzenlenmemiştir. Kanaatımızca, her somut olayda, sözleşmeye uygulanabilecek millî hukukun kurallarına bakılacaktır.



Bu gibi tasarruflar, yine sözleşmenin şartlarından çıkarılacak sonuca göre, taşıtan veya BK. md. 111/II hükmü uyarınca gönderilen taraftan yapılacaktır.

Maddî olayın cereyan biçimine ve niteliğine göre, istisna akdini düzenleyen hükümlerin uygulanması mümkün olamaz ise, BK. nun umumî hükümlerine gidilecektir. Böyle bir durumda, taşıtanın -veya gönderilenin BK. nun 96. vd. md. lerine dayanmak imkânı olacaktır.

Yükleme aşamasına, taşıtan tarafından bakıldığında durum nedir? Yüğü taşıyana teslim etmek, taşıtan için bir borç değildir, bu işlem taşıtan bakımından taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan taşıma borcunu ifa edebilmesi için yerine getirmesi gereken bir alacaklı işlemidir. Taşıtanın bu işlemi yapmaması bir alacaklı temerrüdü teşkil eder (BK. md. 90)<sup>279</sup>. Ancak, taşıyanın da yükü taşımak üzere teslim almaya hazır bulunması icab eder. Bu bakımdan, taşıyanın yükü sözleşme şartları dairesinde taşımak üzere tesellüm etmeye ve yüklemeye hazır olduğunu taşıtana bildirmiş olması gerekir<sup>280</sup>, meğer ki taşıtan yükü vermeyeceğini daha önceden taşıyana bildirmiş olsun. Dolayısı ile, uçağın yüklemeye hazır durumda bulunmaması halinde taşıtanın yükü vermemesi, alacaklı temerrüdüne yol açmaz.

Bu husus ne SHK. nunda ve ne de Varşova/La Haye Sistemi'nde düzenlenmiştir. Şu halde -Türk Hukuku'nun uygulanacağı bir uyuşmazlıkta- yargıç -veya hakem- istisna sözleşmesini düzenleyen hükümlere başvuracaktır. İstisna sözleşmesinde, iş sahibinin ifa fiillerine katılması konusunda, BK. nun 356/III ve 361. md. leri söz konusu edilebilir. Kabul etmek gerekir ki, her iki hüküm de, taşıma sözleşmelerine uygulanma kabiliyetine sahip bulunmamaktadır. Bu bakımdan, doğrudan doğruya BK. nun, alacaklı temerrüdünü düzenleyen maddelerine muracaat etmek yerinde olacaktır. Sonuç olarak, bu gibi durumlarda, BK. nun md. 90 vd. hükümleri ve özellikle de md. 94 ve atıf yaptığı md. 106-108 uygulanabilecektir.

Genel olarak, taşıyanın yükü tesellüm etmesi ile yük üzerinde zilyedliği devir alması aynı anda cereyan eder.

<sup>279</sup> Navlun sözleşmesi yönünden bkz. ÇAĞA/KENDER II, 23.

<sup>280</sup> Bu ihbarın, taşıyanın acentası tarafından da yapılması caizdir.

## 2. Hava (Konişmentosu) Yük Senedi Düzenlenmesi<sup>281</sup>

Yukarıda § 3 altında incelemiş olduğumuz gibi, SHK. nun 110/I hükmüne göre, taşıyan, taşıtana hava konişmentosu düzenleyip vermekle mükellef tutulmuştur. Halbuki, Varşova/La Haye Sistemi'nde, hava konişmentosu taşıtan tarafından düzenlenir ve taşıyana verilir.

SHK. md. 110/I uyarınca, hava konişmentosunun düzenlenerek taşıtana verilmesi mecburidir. Varşova/La Haye Metni'nde hava konişmentosu ancak taşıyan istediği takdirde düzenlenebilir (md. 5/1). 1999 Montreal Konvansiyonu'nun md. 4/1 hükmü ile hava konişmentosu düzenlenmesi mecburî hale getirilmiş bulunmaktadır.

Yurt içinde yapılacak taşımalarda, taşıyan bilgisayar ortamında hava konişmentosu düzenleyebilir mi ? Bu suale SHK. nu bakımından, büyük bir ihtimalle, olumsuz cevap verilecektir. Fakat, mesele SHK. md. 106 açısından ele alınamaz mı ? Konuya bu açıdan yaklaşıldığı takdirde, SHK. nun elektronik konişmentodan söz etmiş olmamasına rağmen, 4 Numaralı Montreal Protokolü'ne dayanarak, yurt içinde yapılacak taşımalarda da elektronik konişmento kullanılmasına imkân sağlanabilecektir.

Benzer bir tartışma, hava konişmentosunun kıymetli evrak olarak düzenlenebilip düzenlenemeyeceği bakımında da ortaya atılabilir. Burada da, aynı yorum tekniği ile hareket edilerek, yurt içinde yapılacak taşımalarda da kıymetli evrak niteliğinde hava konişmentosu düzenlenebileceği kabul edilebilir.

Taşıyanın hava konişmentosu vermektan kaçınması halinde, taşıtanın ne gibi hakları olabilir ?<sup>282</sup>

Bir kere, hava konişmentosu düzenlenmemiş olsa dahi taşıma sözleşmesi, Borçlar Hukuku anlamında, usulü dairesinde kurulmuşsa, sözleşme geçerliğini korur ve her iki taraf da sözleşmeden doğan haklarını diğer tarafa karşı ileri sürebilir ve aynı şekilde, borçlar ile de sorumlu tutulur.

<sup>281</sup> Bu konuyu yukarıda § 3 altında genel olarak incelemiş idik, burada sadece taşıyan ile bağlantılı hükümleri açısından ele alacağız.

<sup>282</sup> Taşıyanın hava konişmentosu düzenlememesi halinde sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkını kaybedeceğine dair müeyyide mahfuz kalmak kaydı ile..

Hava konişmentosunun düzenlemesi taşıyan bakımından bir borç teşkil ettiği<sup>283</sup> için, bu borca aykırı davranması halinde, taşıtanın borcun ifasını temin amacı ile yasal yollara başvurabileceği söylenebilir.

Varşova/La Haye Sistemi'nde hava konişmentosunun düzenlenmesi taşıtana ait olduğundan, taşıtanın bunu yapmaması halinde, çözüm oldukça kolaydır; hava konişmentosu düzenlenip verilmedikçe, taşıma işlemine başlanılmaz<sup>284</sup>. Fakat Türk Hukuku bakımından bu pratik çözüme olanak yoktur<sup>285</sup>.

Konuyu, benzer bir düzenleme ihtiva eden, TK. md. 1097 açısından inceleyen *Çağa/Kender*, taşıyanın konişmento düzenlemekten kaçınması halinde, konişmento düzenleninceye kadar geminin hareketine, prensip olarak, ihtiyatî tedbir yolu ile engel olunabileceğini söylemektedir. Ancak, yazarlar, haklı olarak, bu yolun kırkambar sözleşmeleri bakımından problem yaratabileceğini, -elinde konişmento bulunan- diğer yük sahiplerinin hakları düşünüldüğünde, mahkemelerden ihtiyatî tedbir kararı alınmasının pek mümkün görünmediğini ifade etmektedirler<sup>286</sup>.

Kanaatımızca, SHK. md. 110/I açısından da aynı yöntem caiz olmalıdır. Fakat, biz de *Çağa/Kender*'in endişesine katılmaktayız ve ayrıca çoğu zaman yolcu uçaklarının, özellikle de yüksek kapasiteli olanlarının, kargo bölümlerinde yolcu bagajının dışında yük de taşındığını düşünerek, ortada sadece diğer yük sahiplerinin değil, yüzlerce yolcunun da menfaatının söz konusu olduğu bir ortamda, mahkemeden ihtiyatî tedbir kararı almanın imkânsız olacağını kabul ederiz.

<sup>283</sup> ÜLGEN (Hava), 94.

<sup>284</sup> GIEMULLA/SCHMID de bu görüşte olup taşıtanın hava konişmentosunu düzenleyip taşıyana vermemesi halinde, taşıyanın taşımaya başlamaktan kaçınabileceğini söylemektedir, bkz. art. 5 par. 7.

<sup>285</sup> Sivil havacılığın özelliklerini, uygulamasını ve bilhassa ihtiyaçlarını, hem de daha 1929 senesinde doğru teşhis edip havayolu ile yapılacak taşımalarda kolay ve pratik çözümler getirmeyi bilen uzmanların yaptıklarını beğenmeyip, kendi afakî görüşlerine göre kanun yazmaya heveslenenlerin ortaya çıkaracakları kuralların akıbeti, daha doğrusu o kuralları uygulamak zorunda kalanların akıbeti hep bu olmaktadır. Büyük bir ilham vaki olmuş gibi, TK. md. 1097/I hükmünü aktarmak olağanüstü bir başarı değildir. Önemli olan Varşova/La Haye Sistemi'ndeki düzenlemenin sebebini anlayıp, yaklaşık yarım asırlık prensibe zıt düşen hükümler getirmemektir. Üstelik de, Varşova/La Haye Sistemi'nin dünya sivil havacılık tatbikatını yeknesak hale getirmek amacıyla tepip, anlamsız istisnalar ile ortalığı karıştırmak bahasına !!!

<sup>286</sup> ÇAĞA/KENDER II, 68.

Ancak, yine *Çağa/Kender*'i takiben, tam charter sözleşmelerinde taşıtanın böyle bir imkâna sahip olduğunu ve kısmî charterlerde de, diğer taşıtanlar ile birlikte davranmak veya en azından onların da muvafakatını almak sureti ile, aynı yola başvurulabileceğini ifade etmek isteriz.

Bunun dışında, taşıtanın başka çaresi yok mudur ? Taşıtanın, navlunu ödemekten kaçınabileceği söylenebilir; ancak, taşıtanın navlun borcu, taşıyanın taşıma borcunun karşılığı olduğu için, bu şık tartışmaya açıktır.

### 3. Taşımanın İcrası

#### a. Genel Olarak

Taşıma işlemi hakkında, yukarıda, Giriş Bölümü'nde, oldukça ayrıntılı açıklamalarda bulunulmuştur. Burada bunları tekrar etmeye lüzum görmüyoruz.

Sadece ve çok özetle hatırlatmamız gerekirse; taşıma bir yer değiştirme fiilini, olgusunu içerir. Taşıma işlemi, yolcu veya yükün bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesini ifade eder.

Konumuz bakımından ele alındığında; taşıma sözleşmesinde, taşıyan aslî borç olarak, yükün taşınmasını, yani bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesini üstlenir. Ancak gerek yukarıdaki ve gerekse de aşağıda devam edeceğimiz açıklamalarımızdan anlaşılmaktadır ki, taşıma sözleşmesinde taşıyan bir çok borç altına girmektedir. Konumuz açısından bakıldığı zaman, bu borçların hükmü belli şartların gerçekleşmesi halinde, havayolu ile taşımayı düzenleyen kurallara tâbi olmakta, aksi takdirde iş umumî hükümlere bırakılmaktadır.

İmdi, bu noktada iki değişik ihtimali bir birinden ayırt etmek icab edecektir:

(i) Taşıma, yükün tesellümü ve uçağa yüklenmesinden sonra başlayan asıl aşamadır. Yükün tesellümü ile birlikte, hemen yukarıda tartışmış olduğumuz gibi, Varşova/La Haye Sistemi içinde havayolu ile taşıma dönemine girilmiştir. Velez sözleşmede FIO/FIOS klozu bulunduğu için, yükleme taşıtan tarafından yapılmış olsa dahi, yüklemenin tamamlanması

ile, yük artık taşıyanın zilyedliğine geçmiş<sup>287</sup> ve taşıyanın Varşova/La Haye Sistemi çerçevesindeki sorumluluğu da başlamıştır. Bunun tabii sonucu olarak da, taşıyan yükün maruz kalacağı ziya ve hasar ile gecikmenin sebep olacağı zararlardan, özel hükümlere göre sorumlu tutulabilecektir.

(ii) Ancak, SHK. ve Varşova/La Haye Sistemi, taşıyanın yükü yükledikten sonra taşıma işlemine başlamaması halinde uygulanacak herhangi bir müeyyide ihtiva etmemektedir. Bu bakımdan, bu konuda herhangi bir uyuşmazlık çıktığı takdirde, yukarıda da değinilmiş olduğu üzere, önce tarafların arasındaki sözleşmenin hükümlerine bakılacaktır. Sözleşmede soruna çare olacak bir madde yok ise, istisna akdinin hükümlerine başvurulacaktır ve bu şıkta BK. md. 358/I uygulanabilecektir. Taşımaya fiilen başlanılmamış olması dolayısı ile, BK. md. 358/I hükmü daha uygun gelmektedir. Ancak, BK. md. 358/II' nin uygulanması da mümkün olabilir. Doğal olarak, taşıtan, veya sözleşme hükümleri elvermekte ise, gönderilen, buna ek olarak, BK. md. 96 vd. hükümler ile, özel olarak BK. md. 107/3 hükmüne dayanabilecektir.

### **b. Yüke Özen Göstermek**

Taşıyanın aslî borçlarından bir tanesinin, yüke özen göstermek ve onu her türlü zarar ve ziyan riskine karşı korumak olduğunu mükerreren açıklamıştık. Bu konu aşağıda, § 7/III altında ayrıntıları ile ele alınacağından burada üzerinde fazla durulmayacaktır.

### **c. Zamanında Taşımak**

Taşıyan bir diğer aslî borcu, taşımayı zamanında yapmaktır. Bu husus da aşağıda, § 7/III altında incelenecektir.

### **4. Taşıtanın ve Gönderilenin Talimatına Uymak**

Taşımanın icra biçimi ve özellikle yükle ilgili tasarruflar hakkında, taraflar aralarındaki taşıma sözleşmesine, emredici kurallara, ahlâka, adaba aykırı düşmemek şartı ile, istedikleri hükümleri koyabilirler. Bunun dışında, Varşova/La Haye Sistemi<sup>288</sup> ve SHK.<sup>289</sup>, taşıtan ile

<sup>287</sup> Bunun aksine bir anlaşma, sözleşmenin taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmemesine yol açabilir.

<sup>288</sup> Md. 12-14.

<sup>289</sup> Md. 113-115.

gönderilenin taşıyana verebilecekleri bazı talimat hakkında hükümler ihtiva etmektedir.

Bu konuya aşağıda, § 5/II ve 6/II altında inceleyeceğiz.

### 5. Yükün Varma Yerine Ulaştığını Bildirmek

Varşova/La Haye Sistemi'nin 13/2 hükmüne ve SHK. nun 114/II md. sine göre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, taşıyan, yükün varma yerine ulaştığını en kısa zamanda gönderilene bildirmekle yükümlüdür.

Maddeden açıkca anlaşıldığı üzere, bu yükümlülüğün aksi, taşıma sözleşmesi ile kararlaştırılabilir.

İhbar, taşıma sözleşmesi ile *gönderilen* olarak kabul edilmiş olan kişiye yapılmalıdır, "notify address" olarak gösterilene yapılması hüküm ifade etmez<sup>290</sup>.

İhbarın şekli hakkında her hangi bir sınırlama yoktur, genel-geçer bir usul olarak, yazılı yapılması daha doğru olur. Ne var ki, havacılığın özellikleri ve uygulamaları, daha farklı yöntemleri makûl gösterebilir. Önemli olan, bilginin muhataba, gereken içerikte iletilmesidir.

İhbarın yapılacağı zaman bakımından, hem Varşova/La Haye Sistemi ve hem de SHK. oldukça esnek bir ifade kullanmıştır. Burada da, havacılığın özellikleri ve yükün havayolu ile sevk edilmesindeki amaç dikkate alınarak, taşıyanın olanaklar ölçüsünde, hızlı davranmasını beklemek yanlış olmaz.

### 6. Yükün Boşaltılması ve Teslimi

#### a. Genel Olarak

Boşaltma, yüklemenin karşıtı bir işlemdir. Genel-geçer anlamı ile, yükün gönderilene teslim edilmesi amacı ile uçaktan dışarı çıkarılmasıdır<sup>291</sup>.

SHK. ile Varşova/La Haye Sistemi'nde boşaltmanın hangi tarafca yapılacağına dair hüküm yoktur. Taraflar bunu sözleşme ile serbestçe

<sup>290</sup> CLARKE, 76; GATES, Sean, "Delivery", XIV Air Law 4/5, 209.

<sup>291</sup> Krş. ÇAĞA/KENDER II, 57.

tain edebilirler. Böyle bir anlaşma yoksa boşalta yerinde geçerli kurallara belirgin kuralların da olmadığı hallerde, ticarî örf ve adete göre davranılır<sup>292</sup>. Teslim, yükün varma yerinde, gönderilenin sarıh veya zımnî muvafakatı ile, onun doğrudan zilyetliğine devredilmesidir. Teslim iki tarafın iradesi ile cereyan eden bir hukukî işlemdir ve aksine bir kayıt sözü konusu edilmemişse, taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan yükümlülükleri teslim ile sona erer<sup>293</sup>. Teslimin yükü kabule hakkı olan kişiye yapılması ve o kişinin yük üzerinde bir güçlük ve engel ile karşılaşmadan, gereği gibi tasarruf edecek bir duruma getirilmiş olması da aranır; daha değişik bir ifade ile, teslimin tam ve gereği gibi yapılması ve gönderilen için munzam bir takım masraf ve/veya külfetlere yol açmaması icab eder<sup>294</sup>.

Yükü tesellüme hakkı olan kişi taşıma sözleşmesinde veya hava konişmentosunda gösterilen kişidir. Ayrıca, taşıtan yükün teslim edileceği kişiyi değiştirebilir ve taşıyan bu talimata uymak zorundadır<sup>295</sup>. Hava konişmentosundaki “İhbar Adresi” (Notify Address) gönderileni tanımlamaz ve bu kişiye teslim geçerli olmaz; ihbar adresi sadece yükün vasıl olduğu hakkında bilgi verilecek kişiyi gösterir. Yükün bu kişiye -veya yükü kabule hakkı olmayan herhangi bir kişiye- teslimi halinde, eğer yük geri alınamaz ise, durum yükün kaybı olarak nitelendirilerek<sup>296</sup>, taşıyan sorumluluğu cihetine gidilebilir<sup>297</sup>.

Mütevali / Peşpeşe taşımalarda (Successive Carriage)<sup>298</sup>, kural olarak, her bir mütevali taşıyanın (successive carrier) sorumluluğu, yükü bir sonraki taşıyana teslim ettiği zaman sona erer. Bununla beraber, bu tür işlemlerde de dikkat edilecek bazı yönler vardır. Önceki taşıyanın sorumluluğu ancak yüklerin üzerindeki zilyedliği, müteakip taşıyana nak-

<sup>292</sup> ARKAN, 59.

<sup>293</sup> ÇAĞA/KENDER II, 61; ÜLGEN (Hava), 171.

<sup>294</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par.39. Ayrıca krş. ARKAN, 59.

<sup>295</sup> Varşova/La Haye Sistemi, md. 12-13. Ayrıntılar için bkz. aşağıda § 5/II-2 ve § 6/II.

<sup>296</sup> Bir görüşe göre yanlış kişiye teslim (*misdelivery*) yükün kaybı demek değildir, çünkü yükün nerede olduğu bilinmektedir. Varşova/La Haye taşıyan sadece yükün kaybindan veya hasara uğramasından dolayı sorumlu tutmaktadır, dolayısı ile yanlış kişiye teslimden doğan sorumluluk Varşova/La Haye kurallarına tâbi olmaz ve davanın açıldığı yerin mahalli hukuku uygulanır, GATES, Sean, “*Delivery*”, XIV Air Law 4/5, 209.

<sup>297</sup> CLARKE, 111; GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 42.

<sup>298</sup> SHK. md. 129; Varşova/La Haye ve Varşova/La Haye/Montreal 4, md. 30, 1999 Montreal Konvansiyonu, md. 36. Ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER (Şartlar), 386-387.

lettiği zaman sona erer. Aktarma işlemi, yani yüklerin bir taşıyanın uçağından indirilip bir sonrakinin uçağına yüklenmesi, önceki taşıyanın adamları tarafından yapılmakta ise, aksine bir anlaşma olmadıkça, zilyedliğin sonraki taşıyana ancak yükler uçağına yüklendikten sonra geçtiği kabul edilir. Buna karşılık, aktarma işlemleri mütevali taşıyan tarafından üstlenilmiş ise, önceki taşıyan yükleri uçağında mütevali taşıyana teslim ettiği an zilyedliği de devretmiş olur ve sorumluluğı da sona erer. Çoğu zaman aktarma işlemleri, bağımsız işletmeler (Handling Companies veya Terminal Operators) tarafından yapılır. Bu gibi durumlarda da, bu işletmelerin kimin adına hareket ettiğine bakıp, ona göre karar vermek icab eder<sup>299</sup>.

### b. Zilyedliğin Gönderilene Devri

Yük üzerindeki fiili hakimiyetin, diğer bir deyişle doğrudan zilyetliğin, yükü teslim almaya yetkili bulunan kişiye devredilmesi gerekir. Sırf gümrük işlemlerinin ikmali için ve gümrük ile ilgili kurallara göre, hava konişmentosu veya başka taşıma belgesine tesellüm kaydının konması, gerçek teslim anlamına gelmez ve yük fiilen gönderilene teslim edilinceye kadar taşıyan sorumluluk altında olmaya devam eder. Fakat, gönderilenin yükü fiilen tesellümünü savsaklaması veya tesellümden kaçınması halinde, hava konişmentosu üzerindeki tesellüm kaydı yeterli olabilir ve taşıyanın sorumluluğı sona erer<sup>300</sup>.

Zilyedliğin devri işlemi, bir yönden de, boşaltmanın hangi tarafca yapılacağı ile bağlantılıdır. Boşaltma işlemi gönderilene ait ise, yüklerin, boşaltılmak üzere uçakta gönderilene veya temsilcisine teslimi ile birlikte, zilyedlik de devredilmiş olur.

Zilyedlik devredilinceye kadar kadar yükün bir depoda, ambarda veya benzeri bir mahalde saklanması, taşıyanın sorumluluğunu sona erdirmez; meğer ki, yükün depo veya benzeri yere konulması gönderilenin talimatı dairesinde olsun.

Yükün, varma yerinde hava meydanı işletmesine veya terminal operatörüne teslim edilmesi de zilyedliğin gönderilene devri anlamına

<sup>299</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 41.

<sup>300</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par 40.



gelmez, çünkü bu gibi işletmelerin, taşıyanın yardımcı şahsı olduğu kabul edilir<sup>301</sup>.

Fakat, İtalyan mahkemelerinin başka yönde kararlar verdiğini de ilave etmeliyiz. İstinaf Mahkemesi, bir kere taşıyan tarafından sözleşme ile tayin edilmedikçe, hava meydanı işleticisinin, taşıyanın yardımcı şahsı olmayacağını kabul etmektedir. Ayrıca, hava meydanı işleticisinin yer hizmetlerini tekel şeklinde verdiği hallerde de, taşıyanın yük üzerindeki egemenliğini kayıp edeceği için, sorumlu tutulamayacağı görüşündedir<sup>302</sup>.

*Gümrük idarelerine teslim* halinde taşıyanın sorumluluktan kurtulup kurtulmayacağı konusunda tartışma vardır.

Bu konuda hatırdta tutulması gereken birinci husus, gümrük idarelerinin devlet kuruluşu olduğu ve işlemleri, tarafların iradelerinden bağımsız olarak, tamamen mevzuatın verdiği yetkiye dayanarak devlet adına yaptıklarıdır. Bu bakımdan, gümrük idaresi ne taşıyan temsil eder ne de gönderilene.

Doktrinde, meseleyi denizyolu ile yapılan taşımalar açısından ele alan *Kender*'e göre, ilgili mevzuat mucibince, gümrük idareleri tarafından verilecek izin ile serbest bırakılmadan, eşyanın gönderilene teslim edilmesi mümkün değildir, yükün üzerindeki doğrudan zilyedlik gönderilene devir edilinceye kadar da taşıyanın sorumluluğu devam eder<sup>303</sup>.

*Ülgen*, sorunun çözümlenmesinde taraflar arasındaki sözleşmeye bakılması fikrindedir. Eğer, taşıma sözleşmesine göre taşıyan malı gönderilene teslim etmeyi taahhüt etmiş ise, gümrüğe teslim gönderilene teslim anlamına gelmeyeceği için, taşıyanın sorumluluğu devam eder. Fakat, sözleşme ile yükün gümrüğe teslimi kabul edilmiş ise, taşıyan sorumluluktan kurtulur<sup>304</sup>.

<sup>301</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 43.

<sup>302</sup> GUERRERÍ, Guiseppe, *Airport Operator as Independent Contractor - Guidelines from Court of Cassation*, XXVIII Air & Space Law 2, 97-99.

<sup>303</sup> Bkz. KENDER, Rayegân, *Yükleme, Boşaltma ve Ardiye Safhasında Sorumluluk ve Sigorta il İlgili Bazı Sorunlar*, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, 26-27 Ocak 1984, Maçka - İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Ankara 1985, s. 242-260.

<sup>304</sup> ÜLGEN (Hava), 174.

*Arkan* ise, bir taraftan demiryolu ile yapılan taşımalara ilişkin Yar-  
gıtay uygulamasına dayanarak ve diğer taraftan da Alman Hukuku'nda  
karayolu ile yapılan taşımalar hakkındaki kuraldan esinlenerek ve gönde-  
rilenin de yük üzerinde tasarruf edebilecek konuma getirilmiş olması  
şartına bağlı olarak, yükün gümrük idaresine tevdi ile gönderilene teslim  
edilmiş sayılmasının uygun bir çözüm olacağını savunmaktadır<sup>305</sup>.

Yabancı ülkelere baktığımız zaman, genellikle, gümrük idareleri-  
nin tarafları temsil etmediği, özellikle taşıyanın yardımcı şahsı sayılama-  
yacağı ve dolayısı ile de yük fiilen gönderilenin zilyedliğine intikâl ettiri-  
linceye kadar, *havayolu ile taşıma süresinin* bitmediği ve taşıyanın so-  
rumluluk altında olduğu kabul edilmektedir. Aynı görüş, yükün resmî  
gümrük makamları adına tasarrufta bulunmaya yetkili bağımsız işletme-  
lere teslim edildiği veya fiktif antrepolara konulduğu haller için de geçer-  
lidir<sup>306</sup>.

Ancak, *Giemulla/Schmid* bu uygulamanın adil olmadığı düşünce-  
sindedir ve gümrük işlemleri sırasında taşıyanın yük üzerinde hiçbir tasarruf  
ve kontrol yetkisi bulunmadığı cihetle, bu aşamada meydana gelecek  
zararlardan sorumlu tutulmasının doğru olmayacağını ileri sürmektedir<sup>307</sup>.

Fransız ve Alman mahkemeleri gümrüğe teslimi gönderilene teslim  
olarak saymamakta ve yüklerin gümrük idarelerinin elinde bulunduğu  
sırada uğradığı zarar ve ziyandan taşıyanın, taşıma sözleşmesine göre  
sorumlu olacağını kabul etmektedirler<sup>308</sup>.

Amerikan mahkeme tatbikatı daha da katı olup, teslim yerinin  
yüklerin gümrük idaresine tevdi edildiği yer olarak tanımlandığı sözleş-  
melerde dahi, gümrük denetimi sırasında meydana gelen zararlardan taşı-  
yanı sorumlu tutmaktadırlar<sup>309</sup>.

Kanaatımızca; yükün gümrük idarelerine tesliminin, gönderilene  
teslimi anlamına gelmeyeceği malûmdur ve taşıyanın taşıma sözleşme-

<sup>305</sup> ARKAN, 56-57.

<sup>306</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 43.

<sup>307</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 43.

<sup>308</sup> CLARKE, 116 ve orada zikredilen kararlar; GOLDBIRSCHE, 71-72 ve orada zikredilen kararlar.

<sup>309</sup> GOLDBIRSCHE, 72.

sinden doğan sorumluluğu ancak yüklerin gönderilene teslimi ile sona erer. Yükün gümrük idaresine tevdi edilmesi, hiçbir surette yük üzerindeki zilyedliğin gönderilene devir edildiği anlamına gelmez. Taşıyan, taşıma taahhüdünden doğan sorumluluğunun, her bir sözleşmede, ne zaman ve hangi aşamada sona ereceğini bilir ve bilmek durumundadır da. Ayrıca, taşımakta olduğu yükün gümrük işlemine tâbi olacağını bilmediğini de iddia edemez. Bu gerekçeler ile, yükün gümrük idaresine tevdi edilmesi ile, gönderilene teslim edilmiş olduğunu kabul edemiyoruz. Fikrimizce, yük üzerindeki doğrudan zilyedlik gönderilene devir edilinceye kadar, taşıyan sorumluluk altında kalmaya devam eder<sup>310</sup>.

### 6. Diğer Borçlar

Taşıyanın, taşıma sözleşmesinden doğan diğer bazı yan edim ve yükümlülükleri de vardır. Bir taşıma sözleşmesinin tarafları, hukuk sisteminin kabul ettiği sözleşme özgürlüğü prensibi dahilinde olmak kaydı ile, karşılıklı hak ve borçlarını diledikleri gibi tesbit etmekte muhtardırlar. Bu gibi adken getirilecek yükümlülükler ile birlikte, ilgili mevzuat da taşıyana bazı yan borçlar yüklemektedir.

Biz burada sadece mevzuat hükümler ile belirlenmiş olan yan borçlara, kısaca, değineceğiz; ayrıntılı açıklamalar için ise *Ülgen*'e<sup>311</sup> atıf yapmaktayız.

Taşıyan, taşıtanın yük üzerindeki tasarruf yetkisine dayanarak bazı talimat verebileceğini öngörmektedir. Bu talimata uymanın mümkün olmadığı hallerde, taşıyan bunu derhal taşıtana bildirmek ile yükümlüdür (SHK. md. 113/III ile Varşova/La Haye Sistemi, md. 12/2)<sup>312</sup>.

<sup>310</sup> Ayrıca bkz. *Kender*'in dn. 55. de atf yapılan tebliği vesilesi ile *Çağa*'nın görüşleri, age. s. 270-272.

<sup>311</sup> ÜLGEN (Hava), 99 vd. Bununla beraber, hemen belirtelim ki, yazarın saydığı bazı yükümlülükler bakımından kendisi ile aynı görüşte değiliz, meselâ, gümrük işlemlerinin ifası (s.101), ödemelerin tahsili (s.102). Bunlar SHK. nunun veya Varşova/La Haye Sistemi'nin öngördüğü yükümlülükler değildir; taşıma hizmeti ile doğrudan bağı da yoktur; sadece taşıyan akden bunları da üstlenmiş olabilir, o takdirde de, Yazar'ın tasnifinin aksine, yan edim olarak nitelendirilemezler, akdî yükümlülük olurlar.

Ayrıca, Varşova/La Haye Sistemi'nden doğan talep hakları ile bu düzenin kapsamı ile ilgili tartışmalara da bkz. , yukarıda, § 1/I, 6.

<sup>312</sup> Bu konu aşağıda, § 5/II, 2 altında ayrıca incelenecektir.

Aksi kararlaştırılmadıkça, yükün varma yerine ulaştığı, en kısa zamanda taşıyan tarafından gönderilene bildirilecektir (SHK. md. 114/II; Varşova/La Haye Sistemi, md. 13/2).

## II. TAŞIYANIN HAKLARI

### 1. Ücret Talebi

Taşıma sözleşmesi tam iki taraflı akitlerden olup, taşıma ücreti taşıma sözleşmesinde, taşıma taahhüdünün karşılığını teşkil eder.

Ücretin borçlusu, prensip olarak, taşıtandır. Ancak, taraflar taşıma ücretinin gönderilen tarafından ödeneceğini kararlaştırabilirler. Ancak, üçüncü kişi aleyhine akit caiz olmadığından, bu tür bir anlaşma gönderileni borç altına sokmaz; sadece yükün teslimini istemek hakkının bir şartı olarak kabul edilir. Fakat, yükün kabulü ile birlikte ücretin borçlusu gönderilen olur ve taşıtan borçtan kurtulur.

Ülgen<sup>313</sup> muhtelif alternatifleri dikkate alarak, taşıma ücreti ile ilgili bazı görüşler ileri sürmektedir. Yazar'ın bu görüşlerine katılmıyoruz, çünkü dayanak olarak hep TK. nun karayolu ile yapılan taşımaları düzenleyen maddelerini almıştır. Bu maddeler ise havayolu ile yapılan taşımalara uygulanamaz. Daha önce de muhtelif vesileler ile ifade etmiş olduğumuz üzere, SHK. nunda veya Varşova/La Haye Sistemi'nde olaya uygulanabilecek nitelikte hüküm bulunmadığı takdirde önce istisna akdini düzenleyen hükümlere, orada da hüküm bulunmadığı takdirde, sırası ile BK. nun umumî hükümlerine sonra da TK. nun denizyolu ile yapılan taşımaları düzenleyen hükümlerine bakmak gerekmektedir.

Kanaatımızca; her ne kadar istisna akdini düzenleyen maddelerde, havayolu ile taşıma sözleşmesinden doğacak uyumsuzluklara uygulanabilecek içerikte hüküm var ise de, nitelikleri ve düzenledikleri alan bakımından kurumun özelliğine daha uygun olmaları ve ihtiyaçlara daha yakından intibak etmeleri dolayısı ile, doğrudan doğruya TK. nun deniz yolu ile yapılan taşımaları düzenleyen hükümlerinin uygulanması daha isabetli olacaktır.

<sup>313</sup> ÜLGEN (Hava), 103-105.

Biz burada konuyu, makalenin hacmini fazla zorlamamak için ayrıntıya girmeden ve havayolu ile yapılan taşımalarda, işin özelliği<sup>314</sup> icabı, sık sık rastlanmayan alternatifler üzerinde de durmadan, özet halinde ele alacağız.

Şu hale göre:

Taşıma ücreti taraflar arasında serbestçe tayin edilebilir. Bu tamamen akdî bir konu olup, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde ve kanunun çizmiş olduğu sınırlar içinde, taşıyan ile taşıtan ücretin miktarını, nasıl, ne zaman ve nerede ödeneceğini kararlaştırabilirler.

Taşıma ücretinin borçlusu taşıtandır. Ancak, taraflar bu ücretin gönderilen tarafından ödeneceğini kararlaştırabilirler. Fakat, yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, üçüncü kişi aleyhine akit caiz değildir ve dolayısı ile bir akitle üçüncü kişi borç altına konamaz. Bu bakımdan, gönderilen, istemediği veya işine gelmediği takdirde, taşıma ücretini ödemez. Böyle bir durumda, ücretin borçlusu yine taşıtan olur. Fakat, gönderilen yükün teslimini talep ettiği takdirde, taşıma ücretinin borçlusu durumuna girer. Bu işlem ile kanundan doğan bir -borçtan kurtarıcı- borç nakli meydana gelmiş olur<sup>315</sup>. Bu konuda, SHK. nun 114/I md. si uygulanabilecektir. Bu hükme göre “... gönderilen ... sözleşme şartlarına uyması kaydı ile ... yükün kendisine teslimini istemek hakkına sahiptir.”<sup>316</sup>

Şu hususa dikkat etmek gerekir ki, taşıma ücretinin gönderilen tarafından ödeneceğine dair olan şart gönderilene borçlu duruma düşürmez, sadece yükün kendisine teslimini talep hakkının bir şartını teşkil eder. Gönderilen hiçbir zaman taşıma ücretini ödemekle yükümlü tutulamaz.

<sup>314</sup> Havayolu ile yapılan taşımalarda, deniz yolu ile yapılan taşımalara oranla daha az alternatif tip vardır; meselâ, kısmî charter pek bilinmez, uçağın taşıma kapasitesini doldurmak imkânı olmadıkça, yüklerin tarifeli kargo seferleri ile gönderilmesi tercih edilir. Esasen, daha önce de belirtilmiş olduğu gibi, charter deyimi tarifersiz seferler için kullanılır, navlun sözleşmelerine has olan charter sözleşme deyimi yerine, *lease of aircraft* deyimi kullanılır.

<sup>315</sup> ÜLGEN (Hava), 103; navlun sözleşmesi bakımından krş. ÇAĞA/KENDER II, 228-229.

<sup>316</sup> Varşova/La Haye Sistemi md. 13/1 bu konuda daha da açıktır. Madde, sadece taşıma sözleşmesinin hükümlerine uyulmasını değil, açık bir şekilde, gereken ödemelerin de yapılmasını şart koşmaktadır: “... on payment of the charges due and on complying with the conditions of carriage.”

Fakat, yükü teslim aldıktan itibaren, taşıma ücretinin ve taşıma sözleşmesinin ifası dolayısı ile yapılmış olan diğer tüm ödemelerin borçlusu olur.

Taşıma fiilen başlamadan sözleşmenin taşıtan tarafından feshedilmesi halinde taşıma ücretinin akıbeti hakkında nasıl bir yol izlenmek gerekecektir ? Bu ihtimal SHK. nunda düzenlenmemiştir. Bir alternatif olarak istisna akdine ilişkin hükümlere bakılarak sonuca gidilebilir. Bu faraziyede, BK. md. 369'un uygulanması düşünülebilir. Gerçekten, iş sahibi (taşıtan), söz konusu maddeden doğan fesih hakkını daha işin başında, henüz çalışmaların başlamadığı sırada da kullanabilir. Bu hakkın kullanılması ile akit feshedildikten sonra iş sahibi (taşıtan) müteahhidin (taşıyan) tüm zararlarını tazmin ile yükümlü olacaktır<sup>317</sup>.

Bu alternatif kabul edilmediği takdirde, TK. nun hükümlerine başvurulacaktır. Bu faraziyede ise ve yine havayolu ile taşımaların özelliği dikkate alınarak, iki ihtimal akla gelebilir: (i) Eğer taşıma bir tam charter<sup>318</sup> modeli sözleşmeye göre yapılmakta ise, TK. md. 1040 hükmünden, kıyasen, yararlanılarak *pişmanlık navlunu* ödenmesi yoluna gidilebilir ve ortada hiçbir sebep olmadan sözleşmeyi fesheden taşıtan, taşıyana kararlaştırılmış olan ücretin yarısını ve yük yüklenmiş ise, boşaltma masrafları ile birlikte TK. md. 1040 hükmünün kıyasen uygulanması yolu ile kabul edilecek diğer gider ve masrafları ödemekle yükümlü olur<sup>319</sup>. (ii) Taşımanın, kırkambar modeli bir sözleşmeye dayanılarak, yani mutad tarifeli seferler ile taşınması halinde ise, yine kıyasen, TK. md. 1047 ve doktrinde de kabul edildiği üzere, TK. md. 1045 uygulanarak, taşıma ücretinin tamamının ödenmesi gerekecektir<sup>320</sup>.

Taşıma ücretinin ödenmemesi halinde, taşıyanın ne gibi hakları bulunmaktadır ? Bu konuyu hemen aşağıdaki başlıkta ele almaktayız.

<sup>317</sup> YAVUZ, 499, 500.

<sup>318</sup> Sivil havacılık terminolojisinde daha çok *wet lease* olarak anılan sözleşme tipi.

<sup>319</sup> Yolculuk başladıktan sonra taşıma sözleşmesinin feshi ve dolayısı ile de TK. md. 1041 hükmünün uygulanması, havayolu ile yapılan yük taşımalarında ancak olağanüstü hallerde rastlanabilecek bir olaydır, bu bakımdan üzerinde durmaya gerek görmüyoruz.

<sup>320</sup> Ayrıntılar için bkz. ÇAĞA/KENDER II, 273 vd.

## 2. Yükün Üzerinde Haklar

Ne SHK. ve ne de Varşova/La Haye Sistemi, taşıma ücretinin ödenmemesi halinde, taşıyanın ne gibi hakları bulunduğu meselesine değinmemektedir. Böyle bir uyuşmazlık çıktığı takdirde ne yapılması gerekecektir ?

Kanaatımızca, çözüm yine TK. nun navlun sözleşmelerini düzenleyen maddelerine muracaat ile bulunacaktır.

TK. md. 1077, taşıyana TK. 1069. md. de yazılı olan alacakları ödenmediği takdirde, yük üzerinde bir kanunî rehin hakkı bahşetmektedir. Taşıyan yüke zilyed bulunduğu süre içinde bu rehin hakkından yararlanabilir. Yük, hemen aşağıda inceleyeceğimiz gibi, bir yere tevdi edilmiş ise veya gönderilene verilmesi için rıhtım idarelerine, terminal operatörlerine veya boşaltma işlerini yapan işletmelere teslim edilmiş ise, yük üzerinde zilyedliğinin devam etmesi, yani yükün kendi adına teslim edilmiş olması halinde, taşıyanın zilyedliği devam ettiği için yine rehin hakkına sahiptir. Ayrıca, yük gönderilene teslim edilmiş olsa dahi, bu teslim tarihinden itibaren otuz gün içinde gereken yasal işlemlere başlanması şartı ile, taşıyan rehin hakkını kullanabilir; yeter ki, yük gönderilenin zilyedliğinde bulunmaya devam etsin<sup>321</sup>.

## 3. Yükün Tevdii

Taşıma işlemlerinde, taşıyan bakımından önemli bir konu da, gönderilenin bulunamaması veya bulunmasına rağmen gelip yükü almaması ve benzeri durumlarda ne yapılacağıdır. Taşıyan hiçbir zaman boş zaman geçirmekten hoşlanmaz, uçağın yerde boş (idle) yatması hem gelir kaybına ve hem de munzam masraf yapılmasına yol açar ve her iki hal de, taşıyan için zarar demektir.

SHK. ve Varşova/La Haye Sistemi bu gibi durumlar için her hangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. İstisna akdine ilişkin maddelerde de uygulanabilecek hüküm yoktur. Dolayısı ile, yine TK. navlun sözleşmelerini düzenleyen maddelerine yönelmek gerekecektir.

Söz konusu ihtimal için, TK. nun 1057. md. sinde şu hüküm bulunmaktadır: Gönderilen yükü alacağını bildirmiş olmasına rağmen al-

<sup>321</sup> Ayrıntılar için bkz. ÇAĞA/KENDER II, 243 vd.

makta gecikirse veya yükü almayacağım bildirmişse veya kendisi ile irtibat kurulamazsa veya bulunamazsa; taşıyan yükü emniyetli bir yere tevdi etmek hakkına sahip olur<sup>322 323</sup>.

#### 4. *Yükün Muayenesi*

Bir taşıma sözleşmesinin taraflarının, yükün zıya veya hasara uğradığı iddiası ile talep hakkının doğması ihtimaline karşı haklarını korumak ve belli isbat imkânlarından yararlanabilmek için bir takım tedbirlere önceden başvurmakta menfaatları vardır. Taşıyan kendisini sorumluluktan kurtaracak delillere sahip olmak ister, gönderilen ise, zararını isbat ve tazminatını alabilmek için elinde delil bulundurmak ister.

Bu hususa ilişkin bir düzenleme, yetersiz olmakla beraber, Varşova/La Haye Metni'nin 26. ve 1929 Varşova Konvansiyonu'nun 31. md. sinde yer almaktadır. SHK. md. 128, Varşova/La Haye Sistemi'nin söz konusu hükümlerinden alınmıştır.

### § 5 - TAŞITANIN BORÇLARI ve HAKLARI

#### I. TAŞITANIN BORÇLARI

##### 1. *Taşıma Ücretini Ödemek*

Taşıma sözleşmesinde ücret unsurunu, yukarıda, taşıyan açısından ele alarak, makalenin sınırları ile orantılı olmak üzere, yeteri kadar incelemiş bulunuyoruz. Burada ilave edilecek başka bir husus kalmadığından, yukarıda yazılı olanlara atıf yapmakla yetinmekteyiz.

##### 2. *Hava Yük Senedi Düzenlenmesi*

Bu konuya da yukarıda ayrıntılı bir surette değinmiş idik, bu itibarla burada tekrarlamak yerine, yukarıdaki hususlara atıf yapmaktayız.

<sup>322</sup> Ayrıntılar için bkz. ÇAĞA/KENDER II, 61-64.

<sup>323</sup> Şüphesiz bu tevdi, gönderilene teslim yerine geçmez ve zaten tevdi taşıyan ile tevdi edilen yer arasındaki bir akde dayanmaktadır, yükün iadesi talebinde ancak taşıyan bulunabilecektir. Taşıyanın yük üzerinde zilyedliğinin devam etmesi de, TK. md. 1077 md. uyarınca sahip olduğu rehin hakkının muhafazası için gereklidir. Teviden sonra yüke gelecek hasarlardan taşıyan sorumlu olmayacaktır. Her ne kadar, tevdi gönderilene teslim demek değil ise de, bu işlem bir anlamda gönderilenin temerrüdü üzerine baş vurulmuş bir yöntemdir. Seçmede kusuru olmadıkça, taşıyan yükün uğrayacağı zararlardan ve geç teslimden sorumluluk taşımayacaktır. Krş. ÇAĞA/KENDER II, 63-64.



## II. TAŞITANIN HAKLARI

### 1. Taşımanın İcrasını Talep Etmek

Taşıma sözleşmesinde taşıyanın üstlendiği aslî edim olan taşıma borcuna karşılık, taşıtanın taşımanın yapılmasını talep hakkı vardır. Ancak, SHK. da Varşova/La Haye Sistemi de bu konuda herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir<sup>324</sup>.

İstisna akdi ile ilgili maddelere baktığımız zaman, iş sahibinin başlıca haklarından bir tanesi, işin sözleşme şartlarına uygun ve gereği gibi ifası ile vaktinde teslimini taleptir<sup>325</sup>. İş sahibinin bu hakkı BK. md. 358/I hükmü ile müeyyide altına alınmıştır. Müteahhidin işe başlamaması hatta savsaklaması, iş sahibine akdin feshi hakkını verir. Ancak, istisna akdinin özelliği icabı, iş sahibinin müteahhidi ifaya yasal yollardan zorlamak hakkı yoktur.

Kanaatımızca, bu madde, taşıma sözleşmesinde taşımanın icrasını talep hakkı konusunda, taşıtana yeterli yasal dayanak sağlamaktan uzak kalmaktadır. Bu bakımdan, TK. nun denizyolu ile yapılan taşımalara ilişkin hükümlerine bakmak kaçınılmaz olacaktır.

TK. md. 1039' a göre, taşıyan, taşıtanın talebi üzerine yola çıkmakla yükümlüdür. Hatta, sözleşme konusu olan yük tamamen yüklenmemiş olsa dahi. Bu madde, tam charter sözleşmelerine ilişkindir. Havayolu ile yapılan taşımalarda da, uçağın tamamının taşıtanın yüküne tahsis edildiği bir sözleşmede, meselâ bir *wet lease* sözleşmesinde, bu hükmün kıyasen uygulanması mümkündür.

Kırkambar sözleşmelerinde, esasen durum tersinedir, taşıtan kaptanın daveti üzerine yükü yüklediği takdirde, taşıyan beklemeye mecbur değildir, yola devam eder. Havayolu ile taşımalarda, tarifeli hava servislerinde, zaten taşıyan yükün uçuştan belli bir süre önce kendisine teslimini şart koşmaktadır.

Ancak, burada iki soru akla gelmektedir. Kırkambar sözleşmesinde taşıyanın, velev yükü aldıktan sonra, taşımayı yapmaması, yani yola çık-

<sup>324</sup> Varşova/La Haye Sistemi'nin karakteristik yapısı ve kapsamı ile desteklediği taleplere ilişkin olarak bkz. yukarıda § I/II, 6.

<sup>325</sup> TANDOĞAN (Borçlar), 84 vd; YAVUZ, 457 vd.

maması halinde, TK. md. 1039 kıyasen uygulanıp, taşıtana bir talep hakkı tanınabilir mi ? Ayrıca, TK. md. 1039 hükmünün müeyyidesi nedir ? Taşıtan aynen ifa talebi ile yasal yollara başvurmak imkânı verir mi, yoksa sadece tazminat hakkı mı söz konusu olur ?

Kanaatımızca, taşıtanın aynen ifa talebi ile yasal yollara başvurmak hakkı bulunmalıdır; netice itibarı ile havayolu ile yük taşıma sözleşmesi BK. md. 67 anlamında ifası sadece bizzat borçlu taşıyan tarafından ifası gereken tür bir borç niteliğinde değildir. Ne var ki, mahkemeden alınacak bir aynen ifaya mahkumiyet kararının cebrî icra yolu uygulamaya konulması pratik bakımdan çok zordur ve sonuç daima nakdî tazminata dönüşecektir.

## 2. Yük Üzerinde Tasarruf Hakkı

### a. Genel Olarak

Gerek SHK. ve gerekse de Varşova/La Haye Sistemi taşıtana yük üzerinde belli bir tasarruf hakkı tanımaktadır. Ne var ki, bu konuda da, SHK. nun, mutad zaaflarından bir tanesine şahit olmaktadır. Varşova/La Haye Sistemi'nin gayet ayrıntılı bir surette gösterdiği ve kalem kalem saydığı hakları, SHK. kısaca *tasarruf hakkı* deyimini içine sıkıştırmıştır<sup>326</sup>. Bu düzenleme karşısında, her hangi bir uyuşmazlık çıktığı takdirde, yargıç veya hakem doğrudan doğruya Varşova/La Haye Sistemi'nin ilgili maddesine başvuracaktır. Biz de meseleye açıklık getirebilmek için, aşağıda, Varşova/La Haye Sistemi'nin 12. md. si incelemeye alacağız<sup>327</sup>.

Ayrıntılara girmeden belirtelim ki, konu 12-14. maddelerde düzenlenmiş olup (SHK. md. 113-116), içerikleri bütün metinlerde, basit ve esasa müessir olmayan, bazı değişiklikler hariç, aynıdır.

<sup>326</sup> Bu konuyu düzenleyen hükümlerde yapılan karışıklık ve yanlışlık bu kadarla kalmamaktadır. Kaynak metne göre: md. 113/I, 1. c. deki 2. yan cümle, 113/IV, 1. c. ve 113/I, 2. cümle ise, 113/IV, 2. c. olmalı idi; kaynak metnin 12/4 hükmü, SHK. md. 113/I olmuş, fakat md. 12/4, ilk cümlelerin gerçek anlamı yansımamış; md. 12/1, son c., md. 113/II'ye alınmış;

<sup>327</sup> Varşova/La Haye Sistemi'nin 12-14. md. lerinde düzenlenen ilişkilere ve işlemlere, sivil havacılık uygulamasında oldukça seyrek rastlanılır. Her şeyden evvel, havayolu ile yük taşımalarda ortalama menzil, meselâ, Avrupa içindeki şehirler arasındaki mesafeler, açıklanacak olan işlemlerin tamamlanması için gereken haberleşmelerin yürütülmesinde geçecek süreden daha kısa zamanda kat edilir. Bu bakımdan, makalenin sınırlarını fazla zorlamamak için konuyu özet halinde ele alacağız. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÜLGEN (Hava), 110-117.

Evvêlâ bu *tasarruf hakkının* kapsamını, diğêr bir deyişle, ne gibi yetkileri içerdiiğini görelim.

Varşova/La Haye Sistemi'nin 12/1 md. sine göre taşıtanın yük üzerinde sahip olduğu tasarruf hakkı şunları kapsamaktadır: Yüğü (i) Kalkış veya varış meydanında geri almak, (ii) Sefer sırasındaki her hangi bir inişte durdurmak, (iii) Varma yerinde veya sefer sırasında, ilk olarak belirlenen gönderilenden başka bir kişiye teslim ettirmek veya (iv) Kalkış meydanına geri getirtmek.

Evvêlâ şunu söyleyelim ki, söz konusu haklar kısıtlıdır, *numerus clausus* prensibine tâbidir, taşıyan bunların dışında başka bir yol veya surette yük üzerinde tasarruf hakkına sahip değıldir. Taşıtan, taşıyanın md. 12' nin kapsamı dışında kalan talimatına uymak mecburiyetinde değıldir<sup>328</sup>. Bu itibarla, SHK. nun 113. md. sindeki "... *tam bir tasarruf hakkı* ..." ifadesi, kaynak metinde sayılmış olan yetkiler ile kısıtlı olarak anlaşılmalıdır.

Diğêr taraftan, bu düzenleme her hangi bir aynî hak tasarrufu anlamına gelmediğı gibi, söz konusu yetkilerin bir aynî hakka dayanılarak kullanılması da gerekmemektedir. Md. 12 sadece taşıyan ile taşıtan arasındaki sözleşmenin uygulama aşamasına ilişkin bazı şartlar öngörmektedir<sup>329</sup>. Bu niteliğı itibarı ile, taraflar taşıma sözleşmesine 12. md. nin uygulanması ile ilgili özel şartlar koyabilirler, taşıyanın bu hakkını ortadan kaldıracırlar (md. 15/2)<sup>330</sup>.

Dikkat edilirse, taşıyana tanınmış olan yetkiler, sözleşmenin taşıyanın teslim borcunun ifasını düzenleyen hükmünde değışiklik yapılması ile sınırlı kalmaktadır; bu bakımdan, md. 12, akdin tek taraflı olarak tadil edilmesine hak sağlayıcı bir dayanak olarak görülmemelidir<sup>331</sup>.

<sup>328</sup> CLARKE, 71; GOLDBIRSCH, 45, 46.

<sup>329</sup> CLARKE, 71; GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 2

<sup>330</sup> Aynı görüşte CLARKE, 72. Yazara göre, taşıma sözleşmesine hüküm konarak, taşıyanın vereceğı talimata uyulması için, yapılması muhtemel masrafların avans olarak ödemesi şart koşulabilir, s. 74.

<sup>331</sup> CLARKE, 72.

## b. Hakların Kullanılması

Bu tasarruf hakkının kullanabilmesi için, taşıtanın taşıma sözleşmesinden doğan borçlarını tamamen ifa etmiş olması şarttır<sup>332</sup>. Bu şart yerine gelmiş ise, taşıtan verilen talimata uymak zorundadır. Ancak, bu talimat, velev md. 12'nin kapsamı içinde kalmış gibi görünse de, sözleşmenin esaslı şartlarını değiştirmekte ise, taşıtan buna uymak zorunda değildir<sup>333</sup>. Örneğin, bir ara noktada bıraktırılan yükün yerine başka bir yükün yüklenmesi, izlenecek yolun veya varma yerinin değiştirilmesi<sup>334</sup>, taşıma sözleşmesi ile tesbit edilmiş olan varma yerinden daha uzaktaki bir meydana gidilmesi gibi.

Md. 12'deki şartlara uygun olarak verilen talimata uyulmaması halinde, taşıtanın taşıyana ve hatta gönderilene karşı sorumluluğu hakkında her hangi bir kayıt yoktur. Eğer, talimata uymama yükün kaybına veya hasar uğramasına (md. 18) yol açmış ise veya gecikme zararı (md. 19) doğurmuş ise, Konvansiyon'un ilgili hükümleri uygulanır; bunların dışındaki zararlar ise, akde uygulanabilecek hukuka tâbidir. Meseleye Türk Hukuku açısından bakılacak olursa, böyle bir faraziyede önce BK. nun istisna akdini düzenleyen hükümlerine burada da bir hüküm bulunamaz ise, TK. nun navlun sözleşmelerini düzenleyen maddelerine bakılacaktır.

Taşıtan söz konusu haklarını, taşıyana ve/veya diğer taşıtanlara zarar vermeyecek bir tarzda kullanmalıdır. Eğer, taşıtanın verdiği talimatın uygulanması sonucunda, taşıyan ve/veya diğer taşıtanlar zarara uğrayacak ise, taşıyanın bu talimata uymak mecburiyeti yoktur<sup>335</sup>.

Md. 12/1, taşıyanın, vermiş olduğu talimatın uygulanması sebebi ile taşıtanın yapmak zorunda kalacağı her türlü ek masrafı kendisine tazmin etmek mecburiyetinde olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber, taşıtanın, öngörmesi gereken bazı olağanüstü masrafların yapılması söz konusu olduğunda, durumu taşıyana bildirip, onu uarması gerekir, aksi takdirde her hangi bir talep hakkı doğmaz. Aynı şekilde, kaçınılması

<sup>332</sup> Taşıtanın borçlarının vadesi taşıma sözleşmesinde gösterilmemiş ise, taşıyan talimata uymadan önce bu ödemelerin yapılmasını istemek hakkına sahip olmalıdır, CLARKE, 73.

<sup>333</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 4; GOLDBIRSCHE, 46.

<sup>334</sup> Krş. CMR. md. 12/1.

<sup>335</sup> GOLDBIRSCHE, 46; GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 13, bu yazarlar, taşıyanın bir zararın doğacağı hakkında yeterli gerekçeye sahip olması halinde dahi, talimata uymasına gerek olmayacağı görüşündedirler.

mümkün olan masrafların yapılmış olması halinde de, taşıtan bunları taşıyandan isteyemez<sup>336</sup>.

Md. 12/2 ile söz konusu edilen imkânsızlık, bu düzenleme içinde, sadece objektif imkânsızlık olarak değil, sübjektif imkânsızlık olarak da anlaşılabilir. Bu maddî imkânsızlık olabileceği gibi, hukukî imkânsızlık da olabilir. Talimatın uygulanmasının imkânsız olduğunu taşıtan isbat etmekle yükümlüdür.

Md. 12/2 uyarınca, verilen talimata uymanın mümkün olmadığı hallerde, taşıyan taşıtanı durumdan derhal haberdar etmelidir. Doktrinde, bu ihbarın sadece gerçek anlamda imkânsızlık üzerine değil, fakat, talimatın md. 12/1 hükümlerine aykırı olduğu için veya diğer taşıtanlar için zararlı sonuçlar vereceği için yerine getirilmeyeceği hallerde de yapılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>337</sup>, ki kanaatimizce da bu doğru bir uygulama olur.

Taşıyan, taşıtanın talimatını ifa etmeden önce, hava koniamentosunun veya yük makbuzunun taşıtandaki nüshasını geri almaktadır<sup>338</sup>. Aksi takdirde, söz konusu belgelerin meşru hamillerinin uğrayabilecekleri zararları tazmin etmek zorunda kalır. Gerçi, taşıyana rücu hakkı mahfuzdur. Bu hak, Varşova/La Haye Sistemi'nin dışında kalıp, uygulanabilecek olan millî hukuka tâbidir<sup>339</sup>.

Taşıtanın tanınmış olan bu tasarruf hakkı, gönderilenin md. 13 uyarınca sahip olduğu -ve aşağıda § 6/II altında ele alacağımız- haklarının doğması ile sona erer. Burada Varşova/La Haye Sistemi'nin düzenlemesi ile SHK. nun 113/I. Md. sinin ifadesi arasında ciddi bir fark vardır. Varşova/La Haye Sistemi'nin 12/4. md. sine göre, taşıyana tanınmış olan hak, gönderilenin md. 13 ile sahip olduğu hakkın doğması ile sona erer<sup>340</sup>. Gönderilenin, yükün teslimini istemek hakkı ise, yükün varma yerine

<sup>336</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 18.

<sup>337</sup> CLARKE, 74; GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 20.

<sup>338</sup> Sadece bu işlemin yapılması için lâzım gelecek olan süre, konunun baş tarafındaki dip notunda yer alan mutaleamızın doğruluğu için delil teşkil eder.

<sup>339</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 27.

<sup>340</sup> "... The right conferred on the consignor ceases at the moment when that of the consignee begins in accordance with Article 13 ..."

ulaşması ile birlikte doğmuş olur; hatta yükün uçaktan indirilmesi dahi şart değildir<sup>341</sup>.

SHK. md. 113/1 ise “Yükleten ... gönderilenin bir sonraki madde uyarınca hakkını kullanmaya başladığı ana kadar yük üzerinde tam bir tasarruf hakkına sahiptir ...” demektedir<sup>342</sup>. Buna göre, yük varma yerine eriştikten sonra dahi, gönderilenden her hangi bir talep gelmediği takdirde, taşıtan yük üzerinde tasarruf hakkına sahip olmaya devam edecektir. Halbuki, Varşova/La Haye Sistemi, yükün varma yerine erişmesi ile, taşıtan tasarruf hakkının *kendiliğinden* ortadan kalkacağını söylemektedir<sup>343</sup>.

Varşova/La Haye Sistemi md. 13/1 ile, taşıtanın tasarruf hakkından doğan yetkilerini kullanmamış olması şartı ile, gönderilenin, yükün varma yerine ulaşması ile taşıyandan onu kendisine teslim etmesini istemek hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu hüküm, SHK. md. 114/1’de, aslına oldukça uygun olarak yer almıştır.

Varşova/La Haye Sistemi, yükün varma yerine ulaşması ile birlikte, taşıtana yük üzerinde, md. 12/1 ile tanınmış olan hakkın *kendiliğinden* ortadan kalkacağını öngörmektedir. Bu husus, md. 12/4, II. f. ile de teyit edilmiştir. Gönderilenin yükü kabul etmemesi ve kendisi ile irtibat kurulamaması halinde, taşıtan tasarruf hakkını tekrar elde eder: “...*the consignor resumes its right of disposition*.” Görülüyor ki, taşıtan tasarruf hakkını, gönderilenin kendisine tanınmış olan hakları kullanmasına muallâk olarak elde tutmakta değildir. Yükün varması ile bu haklar sona erer, ancak, sonra tekrar kazanılabilir. Esasında, bu hüküm de -farklı yerde olmakla beraber- kaynak metne uygun olarak çevrilmiştir: “... *yükleten tasarruf hakkına tekrar sahip olur*.”

İmdi, kanaatımızca, meseleyi, Varşova/La Haye Sistemi’nin mantığı içinde çözmek ve taşıtanın haklarının, yükün varma yerine ulaşması ile, daha da pratik bir anlatım ile, uçağın yüklerin boşaltılacağı hava meydanına inmesi ile birlikte *kendiliğinden* sona ereceğini ve gönderile-

<sup>341</sup> CLARKE, 76.

<sup>342</sup> Aslında, kaynak metindeki maddede son fıkrada, bağımsız bir hüküm olarak yer almış olan bu şart, SHK. nunda, gereksiz yere birinci fıkraya alınmıştır.

<sup>343</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 28. Yazarlar da, sırf uçağın inmesini yeterli görüp, yükün boşaltılmasının bile gerekli olmadığını ifade etmektedirler.

nin yükün teslimi talebinin yine *kendiliğinden* doğacağını kabul etmek lâzım gelir. Kaldık ki, SHK. nun, konuya değinen diğer fıkralarındaki ifade de, bu doğrultuda bir yorumu desteklemektedir<sup>344</sup>. Ancak, gönderilen yükü kabul etmeyeceğini yani teslim almayacağını beyan ederse veya kendisi ile irtibat kurulamaz ise, taşıtan, söz konusu tasarruf hakkını tekrar elde eder.

Taşıtan, 12. md. nin tanıdığı hakları -ve aşağıda § 6/II altında değinileceği surette, gönderilen de 13. md. nin tanıdığı hakları- taşıma sözleşmesinden doğan tüm borçlarını yerine getirmiş olmaları şartı ile, kendilerinin veya başkalarının adlarına, müstakilen kullanabilir.

## § 6 - GÖNDERİLENİN BORÇLARI ve HAKLARI

### I. GÖNDERİLENİN BORÇLARI

#### 1. Gönderilenin Borç Altına Girmesi

Bu konuyu yukarıda ayrıntılı bir surette tartışmış idik. Dolayısı ile burada tekrar etmeyi gerekli görmüyoruz. Sadece hatırlatma kabilinden ifade edelim ki, taşıma sözleşmesinde gönderilen borç altına girmez, fakat sözleşmenin tarafı olan taşıyan ile taşıtan karşılıklı borçlu ve alacaklı olurlar; taşıma ücretinin borçlusunu ise taşıtandır. Taşıma ücretinin taşıtan tarafından ödenmediği ve gönderilen tarafından ödeneceğinin şart edildiği sözleşmelerde de gönderilen borç altına girmiş olmaz. Sadece, yükün teslimini talep ettiği zaman, taşıma ücretini ödemesi gerekir ve yükün kabulü ile de taşıma ücretinin borçlusunu durumuna girer.

Varşova/La Haye Sistemi'nin 13/1 md. si bu konuyu düzenlemektedir. Fakat, metinler arasında, esasa pek de müessir olmayacak, bazı farklar vardır. Varşova/La Haye Metni'nde, gönderilenin "... *gereken ücretlerin ödenmesi ve hava konişmentosunda yazılı olan taşıma şartlarına uyulması* ..." şartı ile taşıyandan hava konişmentosunu kendisine devretmesini ve yükü teslim etmesini istemeye hakkı olacağı yazılıdır.

<sup>344</sup> Krş. ÜLGEN (Hava) 121, Yazar, taşıtan ile gönderilenden hangisinin daha üstün hakkı olduğunu tesbite çalışmaktadır. Halbuki, buna ihtiyaç yoktur, Varşova/La Haye Sistemi açık bir hükümle çizgiyi çizmiştir: Yükün, ya da yük ile birlikte uçağın, varış yerine inmiş olması. Bunun öncesinde taşıtanın hakları vardır, bu andan itibaren gönderilenin hakları ortaya çıkar.

4 Numaralı Montreal Protokolü ile 1999 Montreal Konvansiyonu'nun metni ise gönderilenin "... gereken ücretlerin ödenmesi ve taşıma şartlarına uyulması ..." şartı ile taşıyandan yükü kendisine teslim etmesini istemeye hakkı olacağını öngörmektedir<sup>345</sup>.

Görülüyor ki, Varşova/La Haye Sistemi'nde de, gönderilen, ancak yükün kendisine teslimini talep ettiği vakit bir borç altına girmektedir; bunun dışında borçlu sıfatı olmadığı gibi, yükü teslim almakla da yükümlü değildir.

## 2. Gönderilenin Borçları

Gönderilen, yukarıda belirtildiği surette taşıma ücretinin borçlusu durumuna girdikten sonra, taşıma sözleşmesi uyarınca ödenmesi gereken ücreti ödemekle yükümlü olacağı gibi, taşıma sırasında yapılması gerekmiş olan diğer harcamaları da karşılamakla mükelleftir<sup>346</sup>. Bu çerçevede olmak üzere, gümrük harç ve resimleri, boşaltma ve varsa depolama masrafları da gönderilen tarafından ödenmek gerekir.

## II. GÖNDERİLENİN HAKLARI<sup>347</sup>

### 1. Yükün Varma Yerine Ulaştığının Bildirilmesini Talep Etmek

Gönderilen, Varşova/La Haye Sistemi'nin 13/2 md. si ve SHK. nun da 114/II md. si hükmü uyarınca, yükün varma yerine eriştiğinin kendisine bildirilmesini talep etmek hakkına sahiptir. Bu konuyu yukarıda § 4/I, 5 altında ele almış olduğumuzdan, oradaki açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

### 2. Yükün Teslimini Talep Etmek

#### a. Genel Olarak

Varşova/La Haye Sistemi'nin 13/1. md. sine<sup>348</sup> göre; taşıyanın 12. md. den doğan tasarruf hakkının sağladığı yetkileri kullanmamış olması halinde, gönderilen, yükün varma yerine erişmesi ile birlikte, gereken

<sup>345</sup> Burada enteresan olan, Varşova/La Haye Metni'ni esas almış olan SHK. nun 114/I md. sine, *ücret ödeme* şartına yer verilmediği gibi, kaynak metinde hava konișmentosuna yapılan atfın da metne alınmamış olmasıdır.

<sup>346</sup> GOLDHIRSCH, 48.

<sup>347347</sup> Esasen taşıma sözleşmesinin lehdarı olarak, asıl hak sahibi gönderilendir, ESCALADA, 394.

<sup>348</sup> İşaret edeceğimiz birkaç farkın dışında, madde hükmü her üç metinde de aynıdır.



ödemeleri yapmak ve taşıma sözleşmesinin hükümlerine uymak şartı ile, taşıyandan yükün kendisine teslimini istemek hakkına sahip olur.

Varşova/La Haye Metni'nin 12/1 md. sindeki hüküm şöyle idi: *“Bir önceki maddede gösterilen haller mahfuz kalmak üzere, gönderilen yükün varma yerine erişmesi ile birlikte gereken ödemeleri yapmak ve taşıma sözleşmesinin hava konişmentosunda yer alan hükümlerine uymak şartı ile, taşıyandan hava konişmentosunu kendisine devretmesini ve yükü kendisine teslimi etmesini istemek hakkına sahip olur.”*

4 Numaralı Montreal Protokolü ve 1999 Montreal Konvansiyonu ile md. 13/1 hükmü şu şekle dönüştürüldü: *“Taşıyan 12. madde gösterilen hakkını kullanmadığı takdirde, gönderilen, yükün varma yerine erişmesi ile birlikte, gereken ödemeleri yapmak ve taşıma sözleşmesinin hükümlerine uymak şartı ile, taşıyandan yükün kendisine teslim edilmesini istemek hakkına sahip olur.”*<sup>349</sup>

Variş yeri, taşımanın sona ereceği ve dolayısı ile de yükün gönderilene teslim edileceği hava meydanıdır. Bu anlamı ile, varma yeri, taşıma sözleşmesinden doğan borcun ifa yeridir. Bu yer taşıma sözleşmesi ile tesbit edilmiş olabileceği gibi, taşıma sözleşmesinde taşıyana tanınmış olan bir yetkiye dayanılarak, taşıyana yolculuk sırasında da bildirilebilir<sup>350</sup>. Yükün, hava meydanının dışında kalan bir yerde teslim edileceği de kararlaştırılmış olabilir<sup>351</sup>.

### b. Talep Hakkının Doğumu

Yukarıda değinilmiş olan hükümlere göre, gönderilenin yükün teslimini talep hakkı, ancak uçağın varma yerine, yani taşıma sözleşmesi ile

<sup>349</sup> SHK. bu hükmü, 114/I md. sinde, ana fikre sadık kalarak, fakat yine de biraz tasarruflu davranarak, özellikle *ödeme şartı* yazılmamış olarak, yansıtmıştır.

<sup>350</sup> Hukukan doğru olmakla beraber, havayolu ile taşımalarda *ender-i nadirattan* görülen, yani, çok az rastlanan bir uygulamadır. Navlun sözleşmesi bakımından bkz. ÇAĞA/KENDER II, 1-2; karayolu ile yapılan taşımalar bakımından bkz. ARKAN, 10.

<sup>351</sup> Ancak, böyle bir durumda, Varşova/La Haye Metni md. 18/3, 1999 Montreal Konvansiyonu md. 18/4 ve SHK. md. 121/III hükümleri dikkate alınmalıdır. Çünkü, kural olarak, havayolu ile taşıma süresi hava meydanının dışında yapılan taşımaları kapsamaz, dolayısı ile de, taşıyanın havayolu ile taşıma sözleşmesinden, Varşova/La Haye Sistemi ile SHK. hükümleri dairesinde doğan sorumluluğu söz konusu olmaz; meğer ki, hava meydanı dışına çıkan taşıma yükün teslimi için yapılmış olsun. Fakat, bunun aksinin isbatına cevaz vardır ve 4 Numaralı Montreal Protokolü veya 1999 Montreal Konvansiyonu'nun uygulandığı hallerde taşıyan, mutlak sorumluluktan kurtulabilmek için, bu hükümden yararlanmak yoluna gidebilir.

belirtilmiş olan hava meydanına varması ile doğar; gönderilen daha önce, meselâ uçağın -her hangi bir sebeple- inmiş olduğu bir ara meydana bu talebi yapamaz.

Daha da önemlisi, taşıtanın Varşova/La Haye Sistemi md. 12 ve SHK. md. 113 uyarınca, yük üzerindeki tasarruf hakkına dayanarak, daha önce taşıyan söz konusu hükümler çerçevesinde bir talimat vermemiş olmalıdır; aksi takdirde, gönderilenin yükün teslimini istemek hakkı kalmaz. Fakat, uçağın varma yerine ulaşması ile birlikte, taşıtanın tasarruf hakkı sona erer ve gönderilenin yükün teslimini talep hakkı doğar.

Yukarıda, § 5/II-2 başlığı altında açıklamış olduğumuz gibi, uçağın, yük ile birlikte ve taşıtanın tasarruf hakkını kullanmamış olması şartı ile, varma yerine inmesi üzerine, yükün uçaktan boşaltılmasına gerek bile kalmadan, gönderilenin hakkı kendiliğinden doğar ve taşıtan hakkı da, yine kendiliğinden sona erer<sup>352</sup>.

Ancak, hemen yukarıda ifade edildiği gibi, gönderilenin bu haktan yararlanabilmesi için, kendisi tarafından ödenmesi söz konusu olan ödemeleri yapması ve taşıma sözleşmesinin diğer şartlarına da uyması icab eder.

## § 7 - TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

### I. GENEL OLARAK

Genel olarak kabul edildiği surette, sorumluluk iki ayrı anlamda kullanılmaktadır: (i) Bir anlamı ile sorumluluk borçlunun malvarlığına alacaklı tarafından el konulabilmesidir. Borçlunun, kanun veya sözleşme gereğince ifa etmek yükümlülüğü altında olduğu edimi ifa etmemesi halinde, alacaklı, kamu gücünü kullanmak yetkisine sahip kurumların aracılığı ile, hakkını borçludan cebri icra yolu ile elde edebilir. (ii) Diğer taraftan sorumluluk borç anlamında da kullanılmaktadır. Bu anlamı ile sorumluluk -gerçek veya tüzel- kişilerin belli şartların gerçekleşmesi halinde borç altına gireceğini ifade eder. Diğer bir deyişle, sorumluluk tazmin yükümlülüğünü ifade etmek için de kullanılmaktadır<sup>353</sup>. Sorumluluğun bu anlamı için BK. md. 41 örnek olarak gösterilebilir.

<sup>352</sup> CLARKE, 76; GIEMULLA/SCHMID, md. 12 par. 28.

<sup>353</sup> ÇAĞA/KENDER I, 137-140; TEKİNAY, 18.

Sorumluluğun birinci anlamı, pratik bir tanımlama yöntemi ile “... ile sorumluluk”, ikinci anlamı ise “... den sorumluluk” olarak adlandırılmaktadır<sup>354</sup>.

Sorumluluk, kavrama daha teknik bir yaklaşım ile, bir başkasının hukukun koruduğu menfaat alanında zarar meydana getiren kişinin, bu zararı -kanun veya sözleşme hükmü icabı- giderme yükümlülüğü olarak da tanımlanabilir<sup>355</sup>.

Sorumluluk, bir kusurun varlığına bağlı tutulabileceği gibi, kusur aranmadan da sorumluluk söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle, hukuk düzeni, toplumda geçerli olan değer hükümlerini dikkate alarak, bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurunun bulunmasını şart koşabileceği gibi, kusur olmadan da sorumluluğu kabul edebilir.

Sorumluluk, niteliği -veya işin mantığı- icabı, prensip olarak, sınırlanamaz, özel olarak belirli bir tutar veya unsur ile sınırlandırılmaz; sorumluluk ile ilgili hükümlerin amacı, meydana gelmiş olan zararın tam olarak giderilmesinin, zarara uğramış olan kişinin, bu vesile ile herhangi bir kazanç elde etmesine fırsat verilmemek kaydı ile, zarardan önceki konumuna getirilmesinin sağlanmasıdır<sup>356</sup>.

Bununla beraber, değişik hukuk sistemleri farklı menfaatlara değerlendirilmesi ve dengelenmesi sonucunda bazı tarafların -veya grupların- sorumluluklarını belli bir sınırdan tutmayı tercih etmektedirler.

Netekim, konumuzun odak noktasını teşkil eden “taşıyan” genellikle bütün hukuk sistemlerinde ve uluslararası konvansiyonlarda, prensip olarak, sınırlı sorumluluğa tabi tutulmuştur. Bu açıdan bakınca, taşımacılık mesleğinin “süjesi” ni, biraz da olsa, şımartılmış çocuk olarak nitelendirebiliriz.

Sorumluluk *sözleşmeden* veya *kanundan* doğar. Birinci şıkta kişiler kendi iradeleri ile sorumluluk üstlenirler. İkinci şıkta sorumluluk, kişinin sorumluluk üstlenmeye yönelik bir iradesi olmadan, kanun hükmü icabı

<sup>354</sup> ÇAĞA/KENDER I, 137; SCHWARZ, 76-80.

<sup>355</sup> AYBAY, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri-Genel Bölüm*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969, s. 67.

<sup>356</sup> Bu temel prensipler maddî tazminat bakımından geçerli olup, manevî tazminat konusu tamamen kendine has prensiplere tabidir.

olarak ortaya çıkar. Haksız fiil sorumluluğu, asgarî olarak konumuz bakımından, bu kategorinin tipik örneğini teşkil eder.

Ne var ki, akdî sorumluluk da yine hukuk düzeninin tesbit ettiği belli normlara dayanır; akdin tarafları, ancak ilgili hukuk kurallarının çizdiği sınır içinde sorumluluk tanımlayabilirler<sup>357</sup>.

Akdî sorumlulukta, sorumluluğun kaynağı -esas olarak- tarafların iradeleri ve iradelerinin uyuşması sonucunda yapılmış olan sözleşmede yer alan hükümlerdir.

Ancak, tarafların iradeleri ile birlikte, bazen iradelerinin yanı sıra, bazen de bireysel iradeleri tamamlayıcı nitelikte olarak, kanunî hükümler yer alır.

Her hukuk sisteminin belli bir seviyede önem ve değer verdiği prensiplere göre, taraf iradelerinin üstünde yer alan ve tarafların farklı iradelerine rağmen geçerli ve bağlayıcı olan bir takım -emredici- hükümler de akdî sorumluluğun belirlenmesinde etkili olurlar.

Bu emredici hükümler bir taraftan kişisel iradelerden bağımsız olmalarının ve onların üstünde bağlayıcı nitelikte bulunmalarının yanı sıra, sözleşmenin tanımlanmasında da rol oynarlar. Diğer bir ifade ile, bir sözleşmeyi tarif eden -onun adını koyan- ve onu diğerlerinden ayırt etmeye yarayan borçları belirleyen hükümler emredici hükümlerdir. Taraflar bu hükümlerden doğan sorumluluklarını sözleşmeye koyacakları şartlar ile değiştiremezler ve/veya ortadan kaldıramazlar. Böyle bir tasarruf, sözleşmenin geçersiz olmasına veya başka bir sözleşme olarak nitelendirilmesine yol açar.

## II. SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

### 1. Akdî Sorumluluk

Taşıyanın sorumluluğu, taşıma sözleşmesine dayanan bir akdî sorumluluktur. Gerek SHK. nun -taşıma sözleşmelerine ilişkin- maddeleri

<sup>357</sup> OĞUZMAN (Borçlar), 35-36.

ve gerekse de Varşova/La Haye Sistemi'nin hükümleri akitten doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerdir<sup>358</sup>.

Taşıyanın haksız fiil sorumluluğu söz konusu olamaz mı ? Hemen belirtelim ki, taşıyanın taşıma sözleşmesinin hüküm ve şartları dışında kalan, diğer bir deyişle, taşıma taahhüdünün ifası ile ilgili olmayan bir fiil veya ihmalden dolayı karşı âkide vereceği zararlar hakkında haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. Bu konuda asıl önem taşıyan husus, taşıma sözleşmesinin hüküm ve şartlarını ihlâl ettiği ve böylece sözleşme ile üstlendiği yükümlülüğü tam ve gereği gibi yerine getirmedeği hallerde dahi taşıyanın sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine tâbi tutulup tutulmayacağıdır.

Akdî ilişkilerde, akitten doğan sorumluluğa dayanılarak dava açılabilceği gibi, haksız fiil hükümlerine dayanılarak da dava açılabilceği, Türk Hukuku'nda, genel olarak, kabul edilmektedir<sup>359</sup>. Bu ilkenin havayolu ile yapılan taşımalar bakımından da geçerli olmaması için bir sebep yoktur. Bununla beraber, meselenin Varşova/La Haye Sistemi'ne hâkim olan prensip açısından da incelenmesi gerekmektedir.

Bu konuyu, ayrıntılı olarak, aşağıda "VIII/4 Dava Sebebi" başlığı altında, ele alacağız.

## 2. Kusur Sorumluluğu

Gerek 1929 Varşova Konvansiyonu'na ve gerekse de 1955 La Haye Protokolü'ne göre, taşıyanın havayolu ile yük taşıma sözleşmelerinden doğan sorumluluğu (md. 18/1) *kusur esasına dayanan sorumluluktur*<sup>360</sup>.

SHK. da 1929 Varşova Konvansiyonu'nun 1955 La Haye Protokolü ile tadil edilmiş olan metnini esas almış olduğu için, aynı prensip

<sup>358</sup> SHK.nun akdî ilişkileri düzenleyen başka hükümleri de vardır; meselâ, uçaklar üzerinde aynı hak tesisini düzenleyen md. 66 vd., kira ve çarter sözleşmelerine dair md. 118-119 gibi. Ancak, bunlar konumuzun dışında kaldıkları için, üzerlerinde durulmamaktadır.

<sup>359</sup> ARKAN (Karayolu), 170 vd.; ÇAĞA/KENDER II, 208 vd.; ÇAĞA (Sema), *Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Seminer Yarışması, Ankara 1973; OĞUZMAN (Borçlar), 674; TANDOĞAN (Mes'uliyet), 528-538; TEKİNAY, 902, 980-983. Keza bkz., Yargıtay İct. B. Kar., 4.6.1958, E: 58/15 - K: 58/6 (RG. 1.10.1958-10021).

<sup>360</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 17, preliminary remarks par. 5. ÜLGEN (Hava), 159, aksi kanaatta olup, taşıyanın sorumluluğunun objektif sorumluluk olduğu ileri sürmektedir.

SHK. bakımından da geçerlidir ve taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğu (md. 121/I), *kusur sorumluluğudur*<sup>361</sup>.

Taşıyanın bu sorumluluğunun, daha ayrıntılı bir tahlil ile, *özen gösterme borcu ile ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğu* olduğu kabul edilmektedir<sup>362</sup>. Taşıyan taşıma sözleşmesinden doğan borçlarını ifa ederken her hangi bir borçludan beklenebilecek mutad dikkat ve itinayı göstermekle yetinmek durumunda değildir. Özel bir ihtimam ve titizlik göstermek ile yükümlü tutulmuştur. Taşıyan, bir zararın doğmasına engel olmak amacı ile, her hangi bir borçlu bakımından olduğu gibi, kendisinden makûl olarak beklenebilecek tedbirleri almakla yetinemez; dikkatli ve basiretli bir taşıyanın alması zorunlu bulunan tüm gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür<sup>363</sup>.

Varşova Konvansiyonu'nun taşıyana ağır bir ihtimam borcu yüklediği ve Konvansiyon metnini kaleme alanların havayolu ile yapılan taşımaların bütün tehlikelerini kapsayacak bir sorumluluk düzeni kurmayı amaçlamış oldukları ileri sürülmektedir<sup>364</sup>.

Sivil havacılığın ilk yıllarında yapılmış olan bu düzenlemenin, oldukça haklı gerekçelere dayandığı inkâr edilemez. Esasında, mesele sadece havacılığın henüz emekleme çağında olması ve dolayısı ile de, çeşitli risklere karşı yolcuların ve yük sahiplerinin, diğer bir anlatımla, tüketicilerin korunması ile sınırlı değildir. Bu mülâhaza ile birlikte, sivil havacılığın disiplin altına alınmasını sağlamak düşüncesi de söz konusu idi. Bunlara karşılık olarak, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, sivil havacılık sektörü de sınırlı sorumluluk ile himaye altına alınmış oldu; ama, yeter ki, kendinden beklenen dikkat ve ihtimamı sarf etmiş olsun.

Taşıyan, zararın meydana gelmesinde her hangi bir kusurunun bulunmadığını isbat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Sorumluluktan kurtulabilmesi için, *kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gereken tüm tedbirleri almış olduklarını veya bu gibi tedbirleri almalarına imkân*

<sup>361</sup> ÜLGEN (Hava), 157, SHK. bakımından da aynı görüşü öne sürüp, taşıyanın sorumluluğunun objektif sorumluluk olduğunu kabul etmektedir.

<sup>362</sup> KREINDLER, § 3.07; MANKIEWICZ, 92-94; MILLER, 66-68; SÖZER (Sorumluluk I), 767 vd.; SÖZER (Sorumluluk II), 22 vd.

<sup>363</sup> MANKIEWICZ, 99-100; MATTE (ETL), 879.

<sup>364</sup> LEVY, *The Rights of the International Airline Passenger*, I Air Law, 275.

*bulunmadığını* isbat etmek ile yükümlüdür. Ayrıca belirtelim ki, taşıyan sorumluluktan kurtulabilmek için, sadece her hangi bir zararın meydana gelmesine engel olmak için gereken tüm tedbirleri almış olduğunu değil; fakat, somut olayda zararın doğmasına engel olmak amacı ile dikkatli ve basiretli bir taşıyandan beklenecek tarzda tüm önlemleri almış olduğunu isbat etmelidir <sup>365</sup>.

Daha da önemlisi, taşıyan -deyim yerinde ise- *farazî kurtuluş beyyinesi* ile kendini savunmak imkânına da sahip değildir; bu bakımdan meselâ, BK. md. 55 hükmünde olduğu gibi, gereken tedbirleri almış olsa idi dahi zararın yine de meydana geleceğini isbat etmek yoluna giderek sorumluluktan kurtulamaz, mutlaka gereken önlemleri fiilen ve gerçekten almış olduğunu ve buna rağmen zararın doğmasına engel olunmadığını isbat etmek zorundadır.

Taşıyan, yolcu taşımalarında, kaza halinden dahi sorumludur <sup>366</sup>. İlke olarak borçlu sadece kendi kusuru ile sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu olup, kaza veya olağanüstü hal ile mücbir sebep kategorisine giren olayların yol açtığı zararlardan sorumlu olmaz <sup>367</sup>. Gerek olağanüstü haller ve gerekse mücbir sebepler, hukukumuzda kusursuz imkânsızlık hallerini teşkil ederler <sup>368</sup>. Bununla beraber, bazen ve özellikle gerek borcun niteliği ve gerekse de menfaatler dengesinin gereği dolayısı ile, olağanüstü hallerin varlığına rağmen borçlunun sorumluluktan kurtulamayacağının kabul edilmesine karşın <sup>369</sup>, mücbir sebep daima kesin bir borçtan kurtulma gerekçesi olarak kabul edilir <sup>370</sup>.

<sup>365</sup> MANKIEWICZ, 100.

<sup>366</sup> SHK. md. 120; Varşova/La Haye Metni md. 17. ÜLGEN (Hava), 157.

<sup>367</sup> Doktrinde kaza, fevkalâde hal, olağanüstü hal deyimleri aynı kavramı ifade etmek için kullanılmaktadır. FEYZİOĞLU, *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler C. II*, İstanbul 1969, s. 184 (olağanüstü hal); SAYMEN-ELBİR, *Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler C. 2*, İstanbul 1958, s. 730 (fevkalâde hal); TEKİNAY, 926 vd.; von THUR, *Borçlar Hukunun Umumi Kısmı C. II*, İstanbul 1953 (*Çeviren, Edege*), s. 631 (kaza). Biz *olağanüstü hal* deyimini tercih ediyoruz.

<sup>368</sup> Hatta, daha ziyade olağanüstü haller kusursuz imkânsızlık sebebi sayılır ve mücbir sebep illiyet bağıını kesen olay olarak kabul edilir.

<sup>369</sup> BK. md. 102/I, 293/II, 300/III, 441/III, 478, 481. Taraflar da borçlunun olağanüstü hallerden (kaza) doğacak zararlardan sorumlu olacağını sözleşme ile kararlaştırabilirler.

<sup>370</sup> Gerçekten, mücbir sebep kişinin işletmesinin veya faaliyetinin dışında cereyan eden ve bertaraf edilmesi objektif olarak mümkün olmayan bir olaydır ve kaçınılmaz ve zorunlu bir surette borcun ifasını mutlak olarak imkânsız hale getirir, TEKİNAY, 1002-1004.

Yük taşıma sözleşmeleri bakımından ise, sorumluluğun şartı olarak, Varşova/La Haye Metni md. 18/1, md. 17'deki ifadeden farklı olarak, her hangi bir nitelendirme yapmadan, sadece "... occurrence ..." kelimesini<sup>371</sup> kullanmıştır. Buna paralel olarak, SHK. nun 121/I md. sinde de "... olay ..." kelimesine yer verilmiştir. Buna göre, yükün kayıp olmasına veya hasara uğramasına sebep olan etkenin niteliğini araştırmaya gerek kalmadan, olay her ne olursa olsun, taşıyan doğacak zarardan sorumlu olacaktır<sup>372</sup>. Yolcu taşımalarına ilişkin hükümler ile yük taşımalarını düzenleyen hükümler arasındaki bu farkın gerekçesi olarak, yük taşıma sözleşmelerinde taşıyanın yolcu taşıma sözleşmesine oranla, taşıma konusunun, yani yükün, üzerinde daha yoğun ve yakın egemenlik kurabilmesi gösterilmektedir<sup>373</sup>.

Gerek Varşova/La Haye Metni md. 18/1 hükmü ve gerekse de SHK. md. 121/I hükmü, taşıyanı, olağanüstü halleri dahi göz önünde bulundurarak, gereken kapsam ve nitelikte tedbirler almakla yükümlü tutmuştur.

Taşıyan, ya, olağanüstü halleri de öngörerek, her türlü tedbiri aldığı veya zararın her türlü tedbirin alınmış olmasına rağmen önlenmesi mümkün olmayan bir sebepten, yani mücbir sebepten ileri geldiği isbat edecektir.

Delayı ile taşıyan, olağanüstü hallerden (kaza) doğan zararlardan sorumlu olacak, fakat mücbir sebeplerin yol açtığı zarardan sorumlu tutulmayacaktır<sup>374</sup>.

### 3. Kusursuz (Mutlak) Sorumluluk

Doktrinde "Objektif Sorumluluk" veya "Sebep Sorumluluğu" olarak da anılan<sup>375</sup> kusursuz sorumlulukta, zararın sadece hukuka aykırı bir fiilden doğması yeterlidir, ayrıca failin davranışında kusur bulunup bulunmadığı araştırılmaz.

<sup>371</sup> Konvansiyon'un Türkçe tercümesinde de *olay* kelimesi yer alır.

<sup>372</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 4.

<sup>373</sup> CLARKE, 106.

<sup>374</sup> MANKIEWICZ, 147; SÖZER (Sorumluluk I), 769; SÖZER (Sorumluluk II), 24.

<sup>375</sup> OĞUZMAN (Borçlar), 567; TEKİNAY, 497.



Varşova/La Haye Sistemi'ne, kusursuz sorumluluk prensibi ilk defa, yolcu taşıma sözleşmelerinde uygulanmak üzere, 1966 Montreal Intercarrier Agreement ile girmiştir<sup>376</sup>.

Kusursuz sorumluluk prensibine, yine yolcu taşıma sözleşmelerinde geçerli olmak üzere, 1971 Guatemala City Protokolü'nde<sup>377</sup> yer verilmiştir.

4 Numaralı Montreal Protokolü'nün<sup>378</sup> IV. md. si ile, Varşova/La Haye Metni'nin 18/1 md. si değiştirilmiş ve taşıyanın yük taşıma sözleşmelerinde, yükün kaybı veya hasara uğramasından doğan sorumluluğu *kusursuz (mutlak) sorumluluk* olarak kabul edilmiş<sup>379</sup>, fakat, gecikme zararlarından doğan sorumluluğu yine kusur esasına bağlı tutulmuştur.

Bu prensip, 1999 Montreal Konvansiyonu ile de aynen korunmuştur.

Yüke gelen zarardan dolayı sorumluluktan kurtulmak isteyen taşıyan, ancak, md. 18/2'de, dört bent halinde gösterilen -ve aşağıda VII başlığı altında ele alacağımız- kurtuluş beyinelerinden ve 21/2. md. de öngörülen müterafik kusur savunmasından yararlanabilecektir.

Burada, daha önce de muhtelif vesileler ile ifade etmiş olduğumuz bir çelişkiye, değinmek istiyoruz. SHK. nun uygulama alanına giren yük taşıma sözleşmelerinde, yani Türkiye içindeki iki nokta arasında yapılan taşımalarda, taşıyan kusurlu sorumluluğa tâbi tutulacak, fakat Türkiye'den yurt dışına yapılan veya yurt dışından Türkiye'ye yapılan taşımalarda, varış veya kalkış noktalarının bulunduğu yerlerin 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü onaylamış devletlerin ülkesinde olması halinde, taşıyanın sorumluluğu mutlak sorumluluk esasına göre tayin edilecektir. Ayrıca, Türk uyuğunda bulunan bir havayolu işletmesinin, geçerli kurallara, özellikle de ikili anlaşmalara dayanarak, her ikisi de 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü onaylamış iki yabancı devletin ülkelerinde bulu-

<sup>376</sup> Bkz. yukarıda § 1/1,3,b.

<sup>377</sup> Bkz. yukarıda § 1,1,3,c. Bu Protokol, bilindiği üzere, yürürlüğe girmemiştir.

<sup>378</sup> Bkz. yukarıda § 1/1,3,d.

<sup>379</sup> Ülgen, Varşova/La Haye Metni'nin sorumluluk prensibini objektif/kusursuz sorumluluk olarak kabul ettiğine göre (ÜLGEN (Hava), 157, 159), acaba, 4 Numaralı Montreal Protokolü niçin ve hangi amaç için hazırlanmış olabilir ? Her halde Yazar'ın açısından, 4 Numaralı Montreal Protokolü *abesle iştilgal etmiş* sayılmalıdır !

nan yerler arasında yapacağı taşımalarda da sorumluluğu, sınırsız sorumluluk esasına tâbi olacaktır.

### III. SORUMLULUK HALLERİ

#### 1. Genel Olarak

Taşıyan, yükün kayıp olması, hasara uğraması veya tahrip olması sonucunda doğan zarardan sorumludur (SHK. md. 121/I<sup>380</sup>; Varşova/La Haye Metni md. 18/1<sup>381</sup>).

Taşıyanın, SHK. ile Varşova/La Haye Sistemi'nin hükümleri dairesinde sorumlu tutulabilmesi için, yükün kaybına veya hasara uğramasına sebep teşkil eden olayın, yük zilyedliği altında iken ve havayolu ile taşıma sırasında (SHK. md. 121/II; Varşova/La Haye Sistemi md. 18) cereyan etmiş olması lâzımdır. Zararın kendisi, daha sonra, yükler teslim edildikten sonra da ortaya çıkabilir<sup>382</sup>. Taşıyanın sorumluluğu, özü itibarı ile, yükün kaybı veya hasara uğraması veya taşınmasındaki gecikme sebebi ile ortaya çıkan ekonomik zararın giderilmesine yöneliktir.

Taşıyan, ayrıca taşımadaki gecikme sebebi ile ortaya çıkan zararlardan da sorumludur (SHK. md. 122<sup>383</sup>; Varşova/La Haye Metni md. 19<sup>384</sup>).

Hemen ifade edelim ki, Varşova/La Haye Sistemi'nde ve dolayısı ile de SHK. nunda kayıp, hasar ve gecikme kavramları tanımlanmış olmadığı gibi, taşıyanın sorumluluğunun kapsamı hakkında da bir hüküm mevcut değildir. Bu bakımdan, meseleye taşıma hukukunda genel-geçer olarak kabul edilen prensipler açısından yaklaşarak açıklamalarda bulunacağız.

#### 2. Yükün Kaybı

*Kayıp*, kavram olarak, taşıyanın taşımak taahhüdü ile tesellüm etmiş olduğu yükü (malı), hak sahibine, sözleşme hükümleri gereğince,

<sup>380</sup> "... yükün kaybı veya zarara uğraması halinde ... zarardan taşıyıcı sorumludur."

<sup>381</sup> "The carrier shall be liable for damage sustained in the event of the destruction or loss of or of damage to ... cargo ...".

<sup>382</sup> CLARKE, 106.

<sup>383</sup> "Taşıyıcı, havayolu ile ... yükün taşınmasındaki gecikmeden doğan zarardan sorumludur."

<sup>384</sup> "The carrier shall be liable for damage occasioned by delay in the carriage of ... cargo."

teslim etmek iktidarından yoksun olduğu hali ifade eder<sup>385</sup>. Bu bakımdan, yükün, taşıma sözleşmesi hükümlerine göre, onu teslim etmek hakkına sahip olan kişiye teslim edilme imkânının tamamen<sup>386</sup> ortadan kalkmış olması, yükün kayıp olduğu anlamına gelir. İmkânsızlığın sebebi önemli değildir; fiilî bir sebepten ileri gelebileceği gibi, hukukî bir sebepten de olabilir.

Havada kargo kapısının açılıp yükün uçaktan düşmesi<sup>387</sup>, tamamen yanıp kül olması, çalınması, daha ağır bir cismin altında kalıp ezilmesi, iyi istif edilmediği veya iyi bağlanmadığı için sarsıntıdan parçalanması gibi fizikî -ve fiilî- olaylar kadar yüke yetkili makamlar tarafından el konulması gibi hukukî olaylar da, yükün kaybı anlamına gelir<sup>388</sup>.

Yük, hak sahibinden başka bir kişiye teslim edilmiş olup da, geriye alınma imkânı kalmamış ise, yine yük kaybı söz konusu olur<sup>389</sup>. Buna paralel olarak, yükün nerede olduğunun bilinmemesi şıkkında veya bilinmesine rağmen, oradan alınma imkânı yok ise, bu durumda da yük kayıp olmuş demektir<sup>390</sup>.

Yükteki kayıp kısmî olabilir; fakat, kalan kısmın herhangi bir değer taşımaması halinde, tamamı kayıp olmuş sayılır<sup>391</sup>.

### 3. Yükün Telef Olması

Varşova/La Haye Sistemi 18. md. sinde kayıp (loss) ve hasar (damage) yanında *destruction* halini de öngörmüş olmasına rağmen, bu üçüncü hal SHK. na alınmamıştır<sup>392</sup>.

<sup>385</sup> ARKAN (Karayolu), 47; ÇAĞA/KENDER II, 149; ÜLGEN (Hava), 179; MANKIEWICZ, 168.

<sup>386</sup> İngilizce deyimini ile *total loss*.

<sup>387</sup> Benzer şekilde, yükün güverteden kayıp denize düşmesi.

<sup>388</sup> *Constructive total loss*.

<sup>389</sup> Meselâ, yükün hava konişmentosunda "Notify Person" olarak gösterilen kişiye teslim edilmesi ve geri alınmasının mümkün olmaması. Bkz. CLARKE, 111; GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 13.

<sup>390</sup> Meselâ, yüklerin bir hava meydanında aktarma edilmek amacı ile uçaktan indirildikten sonra, bir kısmının orada unutulması ve bunlara sahipsiz mal işlemi yapılarak el konulmuş olması.

<sup>391</sup> CLARKE, 111; ÜLGEN (Hava), 180.

<sup>392</sup> Varşova/La Haye Sistemi' nin 18/I. md. sine tekabül eden SHK. md. 121/I sadece "... yükün kaybı veya zarara uğraması ... ." hallerinden söz eder.

Doktrinde yer yer tartışılmasına rağmen, genel-geçer görüş uyarınca; yükün fiilen mevcut bulunmasına ve gönderilene -suretâ- fizikî bir teslimde bulunulmakta olmasına rağmen, söz konusu malın ekonomik değerini tamamen kayıp etmiş olduğu ve/veya tahsis amacına uygun olarak kullanılmasının imkânsız duruma geldiği haller de, yükün kaybı olarak kabul edilir<sup>393</sup>. Meselâ, bir bütün oluşturan porselen yemek takımının sadece tuzluğunun kırılması veya cam yükünün parçalanması gibi.

Varşova/La Haye Sistemi'nin kullandığı *destruction* kelimesini, Türkçe'ye *tahrip olmak* veya *telef olmak* şeklinde çevirebiliriz. Bu kavram esasında, Varşova/La Haye Sistemi'ne, hemen yukarıda değindiğimiz ihtimalleri karşılamak amacı ile konulmuştur ve daha çok ekonomik hasar hallerini hedef almaktadır<sup>394</sup>. Yükün fiilî olarak tamamen hasara uğradığı hallerde olduğu kadar, ekonomik değerini kayıp ettiği, bütünü ile nitelik değiştirdiği, hatta dış görünüşü itibarı ile taşıyana teslim edildiği zamanki biçimi ile olup da, ekonomik değerinin sıfıra inmiş olduğu veya tahsis edildiği amaca uygun olarak kullanılma imkânının kalmamış olduğu hallerde sorumluluğun dayanağı olarak başvurulacak bir hüküm sağlanmak istenmiştir<sup>395</sup>. Meselâ, yiyecek maddelerin bozulmuş, küflenmiş olması; canlı hayvanların ölmesi gibi<sup>396</sup>.

#### 4. Yükün Hasara Uğraması

Hasar, hangi sebepten ileri gelirse gelsin, yükün, haricen de olsa, hâl ve durumunun kötüleşmesi ve değerinin azalmasıdır<sup>397</sup>. Meselâ, yükün ıslanması, kirlenmesi, paslanması, kırılması, zedelenmesi, yabancı koku edinmesi vb. gibi.

Yükün tamamında hasar olabileceği gibi, sadece bir kısmı hasara uğramış olabilir. Bütünlük ifade eden yüklerde kısmî hasar eğer partinin tamamını etkiliyorsa, diğer bir deyişle, yükün bir kısmının maruz kaldığı hasar tamamının değerini düşürmekte ise, bu gibi durumda tam hasardan söz edilir. Hatta, kısmen hasar görmüş olan bir yük, bu hali ile ekonomik değerini tamamen yitirmiş ise, hasardan değil fakat kayıptan söz etmek

<sup>393</sup> ARKAN (Karayolu), 49-50; ÇAĞA/KENDER II, 140; ÜLGEN (Hava), 179.

<sup>394</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 12.

<sup>395</sup> CLARKE, 111; GIEMULLA/SCHMID, md. 18 par. 12; MANKIEWICZ, 168.

<sup>396</sup> SÖZER (Sorumluluk II), 32.

<sup>397</sup> ARKAN (Karayolu), 51; CLARKE, 112; ÇAĞA/KENDER II, 140.

daha doğru olur. İşte, zaman zaman tartışma konusu olabilen bu gibi durumlar için, hemen yukarıda değinmiş olduğumuz *destruction* kavramı Varşova/La Haye Sistemi'ne konulmuştur.

### 5. Gecikme

Gecikme, taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan taahhüdünü ifa etmesi gereken zaman kesitinden daha ileri bir zaman kesiti içinde yerine getirmesi demektir. Diğer bir ifade ile, gecikme, diğer tarafın<sup>398</sup>, taşıyanın borcunu ifa etmesini beklemek hakkına sahip olduğu an ile, bu borcun fiilen ifa edildiği an arasında geçen süredir<sup>399</sup>. Konuya bu açıdan bakıldığı zaman, gecikme, yükün gönderilene, sözleşme hükümleri dairesinde teslim edilmesi gereken zamandan daha sonra teslim edilmesidir<sup>400</sup>.

Gerek doktrinde ve gerekse uygulamada, havayolu ile taşımalara has riskler dikkate alınarak, gecikme faktörünün toleranslı olarak takdir edilmesini ve ancak anormal gecikmelerin veya taşıyanın uçağın tarifede gösterilen saatlerde kalkmasını ve inmesini sağlamak için gereken tedbirleri almış olmasına rağmen vaki olan gecikmelerin, sorumluluğa yol açması gerekeceğini ileri süren görüşler olduğu kadar, konuya bu kadar esnek bir şekilde yaklaşmayan yazarlar da vardır, örneğin *Mankiewicz* bu kanaattadır<sup>401</sup>.

Kanaatımızca, meseleyi günümüzün şartları karşısında iki ayrı açıdan ele alabiliriz.

Bunlardan birincisi, hava şartlarıdır (meteorolojik şartlar). Bunlar her zaman için gecikme hallerinde belli oranda tolerans gösterilmesini zorunlu kılmaktadır. Teknik ve onunla birlikte güvenlik unsurları ne kadar gelişirse gelişsin, bazı tabiat olayları, uçakların hareketini kesin olarak engeller. Bu gibi haller hatta mücbir sebep olarak nitelendirilmeyecek türde de olabilir, fakat uçuş emniyeti bakımından sakınca yaratmakta ise, seferin ertelenmesi icab eder.

<sup>398</sup> Prensip olarak, gönderilenin.

<sup>399</sup> GRÖNFORS, *The Concept of Delay in Transportation Law*, IX ETL, 400-413; LOPEZ, Enrique Mapelli, *Air Carriers Liability in Cases of Delay*, I Annals of Air and Space Law, 109-131, s. 109; MILLER, 154.

<sup>400</sup> DIEDERIKS-VERSCHOOR (Delay), 300.

<sup>401</sup> Ayrıntılı tartışma için bkz. MANKIEWICZ, 186-187.

İkincisi ise, havayolu ile yapılan yolcu ve yük taşımalarında görülen olağanüstü artış ve aynı zamanda da uçakların taşıma kapasitelerindeki gelişme, fakat, hava meydanlarının sivil havacılıktaki bu ilerlemeye ayak uyduramaması sonucunda ortaya çıkan tıkanmalar ve bunlara bağlı olan gecikmelerdir.

Bu konuda kesin bir öneride bulunmak veya mevcut hükümler için farklı bir yorum getirmek mümkün görünmemektedir. Bu gibi uyumsuzluklarda meselenin Varşova/La Haye Metni md. 20 ve 1999 Montreal Konvansiyonu md. 19 hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekecektir. Yine de ilave edelim ki, burada da, taşıyanın sorumluluğu cihetine giderken, toleranslı davranmakta mantık olabilir, çünkü, bu tür gecikmeler, taşıyanlar için de çok büyük maliyet unsuru teşkil etmektedir.

Gecikme ile ilgili bir diğer problem de, yükün gönderilene teslim edilebilmesi için, gümrük denetiminden geçmesinin zorunlu olduğu hallerde, gümrük idarelerinin nezdinde harcanan zamandan taşıyanın sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Buna ek olarak, gümrük denetimi olmasa dahi, yüklerin liman işletmelerine tesliminin gerektiği durumlarda, yükün bu işletmelere bırakılmasının, gönderilene teslim sayılıp sayılmayacağıdır. Bu konuyu, § 4 - *Taşıyanın Borçları ve Hakları* başlığı altında I/6-b bölümünde yeteri kadar tartışmış olduğumuz için burada tekrar üstünde durmuyoruz. Hatırlatma kabilinden söyleyelim ki, yükün zilyedliği fiilen gönderilene devir edilinceye kadar, taşıyan sorumlu olmaya devam eder.

Taşıyanın, taşımadaki gecikmenin sebebiyet verdiği zararlardan, SHK. ve Varşova/La Haye Sistemi çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, gecikmeye yol açmış olan olayın, genel-geçer kurala uygun olarak, yükün taşıyanın zilyedliği altında bulunduğu ve SHK. md. 121/II ve Varşova/La Haye Sistemi md. 18 anlamında, *havayolu ile taşıma* sırasında cereyan etmiş olması lâzımdır<sup>402</sup>. Dolayısı ile, SHK. md. 121/II ve Varşova/La Haye Sistemi md. 18 ile tanımlanan *havayolu ile taşıma* süresinin başlamasından önce ve bitiminden sonra vaki olacak gecikmeler, SHK. md. 122 ve Varşova/La Haye Sistemi md. 19 hükümleri anlamında

<sup>402</sup> Dolayısı ile, yükün gönderilene teslimi, onun bulunduğu yerde yapılacak ise, bu işlem tamamlanıncaya kadar geçecek sürede vaki olacak gecikme, yine SHK. veya Varşova/La Haye Sistemi'nin kapsamı içinde kalır. Farklı görüşte, ÜLGEN (Hava), 183-184.

gecikme kavramının dışında kalır, ve taşıyanın sorumluluğu bu maddelere göre tayin edilmez.

Taşımada her hangi bir gecikme olup olmadığını tayin için, önce taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin şartlarına bakılacaktır. Taraflar, bu konuda sözleşmeye açık bir hüküm koymuş olabilirler, ki bu hal taşıma sözleşmelerinde, özellikle de havayolu ile taşıma sözleşmelerinde çok nadir olarak görülür. Bununla beraber, sözleşmede taşıyanın tarifelerine -sarih veya zımnî- bir atıf var ise, özellikle, taşımanın hangi gün ve hangi sefer ile yapılacağı belirtilmiş ise, bu husus tarafların taşımanın hangi süre içinde, veya ne zaman, tamamlanacağı hususunda anlaşmış olduklarını gösterir <sup>403</sup>. Böyle bir mutabakat da tesbit edilemiyorsa, taşımanın, makûl bir süre içinde tamamlanması beklenir. Bu *makûl süre*, her somut uyuşmazlıkta, olayı çevreleyen tüm şartlar ve özellikle de, hemen yukarıda değinmiş olduğumuz iki örnekte görüldüğü gibi, sivil havacılığa has riskler ve güvenlik kuralları, dikkate alınarak, yargıç -veya hakem- tarafından tesbit edilecektir.

Gönderilenin teslim etmemesi veya kendisine tesliminin imkânsız olması üzerine, taşıtanın yükün geri getirilmesini istediği durumlarda ise, gecikmenin, söz konusu talimatın alındığı tarihten itibaren hesap edilmesi gerekir, meğer ki gidiş yolunda da gecikme vaki olmuş bulunsun; bu takdirde, gidişteki gecikme süresinin dönüş yolculuğundaki gecikmeye eklenip eklenmeyeceği, şartlara bağlı olarak, yargıç tarafından tayin edilmelidir.

Gecikme zararlarının neler olabileceğini belirtebilmek için, menfi bir tanım ile başlamak gerekir: Yük kayıp ve/veya hasarlarının dışında kalan zararlar <sup>404</sup>. Taşımadaki gecikme dolayısı ile yükte meydana gelecek maddî zararlar hakkında, gecikmeden doğan sorumluluğu düzenleyen hükümler uygulanmaz, sebebi ne olursa olsun, yani zarar gecikmeden de

<sup>403</sup> Taşıyanların tarifelerinde ve/veya Genel Taşıma Şartları'nda (General Conditions of Carriage) seferlerin ve saatlerinin taşıyanın tek taraflı tasarrufu ile ve yolculara haber verilmeden değiştirilebileceğine ve taşıyanın bu gibi değişikliklerden her hangi bir sorumluluk kabul etmeyeceğine dair kayıtlar bulunur. Bu gibi kayıtların hükmü oldukça tartışmalıdır. Özellikle, taşıma sözleşmesinin iltihakî akit olduğu dikkate alınırsa, bu şartların fazla bir değer ifade etmeyeceği sonucuna varılabilir. Diğer taraftan, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler açısından bakıldığında da, söz konusu şartların fazla bir hüküm etmeyeceği sonucuna varılabilir. Aynı görüşte, MANKIEWICZ, 188-189.

<sup>404</sup> ÜLGEN (Hava), 185.

kaynaklansa, yük kayıp ve hasarları tamamen SHK. md. 121 ve Varşova/La Haye Sistemi md. 18 hükümlerine tabidir.

Gecikmeden doğan sorumluluk, gönderilenin gecikme sebebi maruz kalmış olacağı kâr kaybını, bir taahhüdünü ifa edememesinden doğan zararları, beklenen mal yerine alınması zorunlu olmuş ikame mal için yapılmış ek giderleri, gümrük harç ve vergilerinde bir artış olmuş ise, bunların getirdiği ek külfeti, boşaltma işlemlerinin gönderilene ait olduğu şart edilmiş ise, gecikme dolayısı ile yapılan ek masrafları ve ödemeleri, meselâ, fazladan ödenmiş depo ve/veya stevedoring masraflarını kapsar

405 406

#### IV. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

##### 1. Taşıyanın Yüke Zilyed Bulunması

Daha önce de muhtelif vesileler ile ifade etmiş olduğumuz gibi; taşıyanın SHK. ile Varşova/La Haye Sistemi çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, yükün taşıyanın doğrudan zilyetliği altında olması icab eder. Ayrıca yük taşıyanın zilyedliğine, taşıma sözleşmesi icabı, taşınmak üzere nakledilmiş olmalıdır. Yine daha önce de değinmiş olduğumuz üzere; taşıyanın zilyedliği, MK. nun ilgili hükümleri uyarınca takdir olacaktır.

##### 2. Zarara Yol Açmış Olan Olayın Havayolu İle Taşıma Süresinde Vaki Olması

Taşıyanın sorumlu tutulabilmesi için ikinci şart, sorumluluk sebebinin, yani SHK. nun ve Varşova/La Haye Sistemi'nin taşıyanı sorumlu tuttuğu zararlardan her hangi bir tanesine sebebiyet vermiş olan olayın, havayolu ile taşıma süresi içinde gerçekleşmiş olması lâzımdır.

Hatırlatmak amacı ile kısaca tekrar edelim ki; havayolu ile taşıma süresi, SHK. md. 121/II ile Varşova/La Haye Metni md. 18/2 ve 1999

<sup>405</sup> ÜLGEN (Hava), 185. Farklı fikir, ARKAN (Karayolu), 67-68.

<sup>406</sup> Kara ve deniz yolu ile yapılan taşımalarda gecikmeden sorumluluk hakkında mukayeseli incelemeler için bkz. COŞGUN, Özlem Karaman, *Kara ve Deniz Yolu ile Yapılan Eşya Taşımalarında, Taşıyanın Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 499-521; YAZICIOĞLU, Emine, *Eşyanın Geç Teslim Edilmesinden İleri Gelen Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu*, 2 Deniz Hukuku Dergisi 2-3, s. 79-90. Ayrıca bkz. LOPEZ, Enrique Mapelli, *Air Carrier's Liability in Cases of Delay*, I Annals of Air and Space Law, 109-131.



Montreal Konvansiyonu md. 18/3 ve 4 hükümleri uyarınca belirlenecek olan zaman dilimidir.

Bu zaman dilimi Varşova/La Haye/Montreal 4 md. 18/2 de yer alan tanım uyarınca, yükün bir hava meydanında veya uçakta olmak kaydı ile taşıyanın zilyedliği altında bulunduğu süredir. 1999 Montreal Konvansiyonu md. 18/3 hükmü ile, yere ilişkin şart kaldırılarak, sadece taşıyanın zilyedliği unsuruna yer verildi. Esasen doktrinde, genel eğilim, taşıyanın yüke zilyed bulunmasının yeterli olacağı, bunun nerede gerçekleşmiş olduğunun ise önem taşımaması gerektiği yolunda idi <sup>407</sup>.

## V. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

### 1. Genel Olarak Sınırlı Sorumluluk Sistemi

Taşıyanın, Varşova/La Haye Sistemi içinde, taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğu, kural olarak, sınırlı sorumluluktur. Bu düzenleme yük taşımaları bakımından geçerli olduğu kadar yolcu ve yolcu bagajı taşımalarında da geçerlidir. Dolayısı ile, taşıyan, yolcunun maruz kalabileceği ölüm veya cismanî zararlar ve taşımadaki gecikmenin yol açacağı zararlar için olduğu gibi, yükün kaybindan veya hasarından doğan zararlar ile taşınmasındaki gecikmeden doğabilecek zararlar karşısında, sınırlı sorumluluğa tâbidir <sup>408</sup>.

Sınırlı sorumluluk usulü içinde de, esas olan, belli objektif kuralara göre isbat edilen gerçek zararın ödenmesidir; davacı genel-geçer kurallara göre iddia ettiği zararı isbat etmekle yükümlüdür ve zararını isbat edemez ise, dava reddolunur. Bu ana kural çerçevesinde olmak üzere, eğer zarar uyuşmazlığa uygulanacak hükümlere göre tesbit edilen sınırın altında ise, taşıyan bu meblağı öder. Fakat, gerçek zarar, uygulanacak hükümler uyarınca belirlenen sınırın üstünde ise, taşıyan sadece sınır olarak tesbit edilmiş olan tutarı ödemekle yükümlü olur. Diğer bir

<sup>407</sup> Bkz. yukarıda § 4/I, 1, a, aa.

<sup>408</sup> Hava hukukunda sorumluluğun sınırlandırılması ve gerekçeleri ile çeşitli karşıt düşüncelerin ayrıntılı açıklamaları için özel olarak bkz. DRION. Ayrıca KREINDLER, § 11.01.5.

ifade ile, sınır olarak belirlenen meblağ, her olayda tamamının ödenmesi gereken bir toptan tazminatı (lump sum payment) ifade etmez<sup>409</sup>.

Taşıyanın bu sorumluluğu, hukukî karakteri itibarı ile *sınırlı şahsî sorumluluktur*<sup>410</sup>. Sınırlı şahsî sorumluluktur esasında bir cebri icra tahdidir. Sorumluluk saptandıktan sonra alacaklı, belirlenmiş olan tavan içinde kalmak şartı ile, taşıyanın -haczi caiz olmayan malları hariç- bütün malvarlığına başvurabilir. Borcun -varsa- tavanı aşan kısmı eksik borç niteliğindedir, tahsili için takip yapılamaz, fakat rızaen ödenmesi, bağışlama sayılmayıp ifa teşkil eder ve istirdadı caiz değildir.

Taşıyanın sorumluluğunun sınırlarını belirleyen tutarların sözleşme ile taşıyanın lehine olarak değiştirilmesi mümkün olmadığı gibi, taşıyanın sorumluluğunu ortadan kaldıracak nitelikte anlaşma yapılmasına da cevaz yoktur. Taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen hükümler ile sorumluluk sınırlarını gösteren kurallar bu anlamda *emredici hüküm* niteliğindedir<sup>411</sup>.

Hangi maddelerin emredici hüküm ihtiva ettiğine gelince: SHK. bakımından 120., 121. ve 122. md. ler emredici hükümlerden olduğu gibi, md. 125/II ile md. 128/II de emredici niteliktedir.

Varşova/La Haye Sistemi bakımından ise, 17., 18., 19. ve 22. md. ler emredici hükümleri ihtiva etmektedir. Md. 23/2 de emredici hükümlerdendir. Üzerinde tartışma olmakla beraber, md. 28 in de, özellikle md. 32 ile birlikte ele alınınca, emredici hükümlerden olduğu ortaya çıkar. Ayrıca, 32. md. nin çizdiği sınır içinde, 18. md. nin de bu nitelikte kabul edilmesi gerekir. Kanaatımızca, md. 26/II hükmünü de emredici kurallar arasında saymak doğru olur.

Taşıyanın sorumlu tutulmayacağını öngören veya belirtilmiş olan sınırların altında bir sorumluluk sınırı saptanmasını amaçlayan akdî şartlar hüküm ifade etmez. Fakat, taşıma sözleşmesine bu gibi şartların konmuş olması, akdin de geçersiz olmasına yol açmaz, akit Varşova/La Haye

<sup>409</sup> KREINDLER, § 11.02; Cour d'Appel de Beyrouth (1re Ch.), 8 Kasım 1973, 1 Air Law 43. Yargıtay da aynı görüştedir: 11. HD. 28 Şubat 1984, E. 84/364 - 84/107 (özel dosyadan).

<sup>410</sup> Bu konuda özel olarak bkz. ÇAĞA, Tahir, *Mahdut Şahsî Mes'uliyet Mefhumuna Dair*, XLIV İstanbul Barosu Dergisi, s. 513 vd.

<sup>411</sup> Yük bakımından SHK. md. 125/II ve Varşova/La Haye Metni md. 23/2 kabul edilmiş olan istisna hariç.

Sistemi'ne tâbi olarak yürürlükte kalır (SHK. md. 125/I; Varşova/La Haya Metni md. 23/1; 1999 Montreal Konvansiyonu md. 26).

Buna mukabil, taşıyanın mevcut sınırların üstünde bir tutar ile sorumlu olmayı ve/veya sorumluluğunu kaldıran hükümlere dayanmamayı sözleşme ile taahhüt etmesi caizdir (bkz. genel olarak SHK. md. 124/II; yük taşıma sözleşmesi ile ilgili olarak 1929 Varşova Konvansiyonu md. 22/2; Varşova/La Haya Metni md. 22/2, a; Varşova/La Haya Metni md. 22/2, b ve 1999 Montreal Konvansiyonu md. 22/3; ayrıca, genel olarak 1999 Montreal Konvansiyonu md. 25).

## 2. Sorumluluk Sınırının Tesbiti

### a. Hukuki Düzenleme

#### aa. Türk Sivil Havacılık Kanunu

Aşağıda değineceğimiz hükümlerden anlaşılacağı üzere, SHK. taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılması hususunu, tamamen Varşova/La Haya Sistemi'ne bağlamış bulunmaktadır. Bu bakımdan, yurt içinde yapılacak taşımalarda da taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılması Varşova/La Haya Sistemi'nin kurallarına göre tayin edilecektir.

SHK. 124. md. nin I. fıkrası taşıyanın sorumluluğunun sınırlarının “... 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova’da imzalanan ve Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme ve bu Sözleşmeyi Değiştiren Türkiye’nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine ...” göre tesbit edileceğini öngörmektedir.

Burada, kanun yapmak ve özellikle sorumluluk hükmü tesis etmek bakımından oldukça dikkat çekici bir hüküm ile karşı karşıya bulunduğumuzu ifade etmekle yetinip, konunun esasına girmeyi tercih etmekteyiz.

SHK. nun, 124. md. si ile, Varşova/La Haya Sistemi’ni kast ettiği açıktır. Bu bakımdan konuyu aşağıda söz konusu kuralları incelerken ele almayı daha uygun görmekteyiz.

Ancak, daha evvel aynı md. nin II. fıkrasına değinmek gerekmektedir. Bu fıkraya göre ise “*Taşıyıcı birinci fıkrada anılan sözleşme’ ve protokoller ile öngörülmüş bulunan sınırın yükseltilmesine ilişkin özel anlaşmalar yapmak veya bu nitelikteki anlaşmalara katılmak yetkisini haizdir.*”

Burada, önce taşıyan ile taşıtan arasında yapılacak bir anlaşma ile sorumluluk sınırlarının, SHK. nunda, daha doğrusu SHK. vasıtası ile, öngörülen düzeyin üstüne çıkarılabileceği belirtilmektedir. Bu tür bir tasarrufun genel olarak hukuk düzeni tarafından zaten kabul edildiği düşünülürse, bu ifadenin Kanun'da yer almasına lüzum bile görülmemeli idi.

Fakat, aynı fıkradaki "... sınırların yükseltilmesine ilişkin ... anlaşmalara katılmak yetkisini haizdir." ifadesinin üzerinde durmak gerekmektedir.

Hükmü, maddenin birinci fıkrası ile birlikte yorumladığımız zaman, yukarıda değinmiş olduğumuz 1966 Montreal Intercarrier Agreement<sup>412</sup> ile 1995 IATA Intercarrier Agreement<sup>413</sup> niteliğindeki hukukî düzenlemelere<sup>414</sup> atıf yapıldığı ortaya çıkmaktadır. Bu tür anlaşmalar, uluslararası diplomatik konferansta hazırlanmış konvansiyonlardan olmayıp, havayolu şirketlerinin kendi tercihleri doğrultusunda, aralarında imzaladıkları çok taraflı sözleşmelerdir<sup>415</sup>. Herhangi bir havayolu işletmesi bu tür anlaşmalara kendi iradesi ile katılabilir<sup>416</sup>, hatta genel taşıma şartlarında söz konusu anlaşmaların hükümlerine atıf yapmak sureti ile de onlara bağlanabilir. Bu nitelikleri itibarı ile bu anlaşmalar T.C. Anayasası'nın 90. ve 104. md. lerinin kapsamı dışında kalırlar ve dolayısı ile Türk havayolu işletmelerinin söz konusu anlaşmalara katılmalarında herhangi bir sakınca olmamak gerekir.

Netekim, Türk Hava Yolları A.O., 1995 IATA Intercarrier Agreement'a taraf olduğu gibi, bunun uygulanma şartlarını gösteren 1996

<sup>412</sup> Bkz. § 1/I, 3, b.

<sup>413</sup> Bkz. § 1/I, 3, e.

<sup>414</sup> Intercarrier Agreement anlaşmaları hk. ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER (Montreal), 162-165.

<sup>415</sup> SÖZER (Milletlerarası Taşımalar), 377 dn. 5. Gerçi, özellikle 1966 Montreal Intercarrier Agreement havayolu şirketlerinin Amerikan hükümetinin, velev dolaylı da olsa, baskısı üzerine kabul edilmiş bir metindir ve Amerika'ya sefer yapan şirketler ile US Civil Aeronautics Board arasında imzalanmıştır. 1995 IATA Intercarrier Agreement da, taşıyanın sorumluluğunu sınırlandıran limitlerin giderek yetersiz kalması üzerine, başta Amerikan mahkemeleri olmak üzere, bir çok devletin yargı organlarının davacıların taleplerini hükme bağlarken bu limitleri bertaraf etmek için azamî çarelere başvurmaya başlamaları üzerine, IATA'nın soruna ciddi bir çözüm getirebilmek amacı ile başlattığı girişimin sonucunda ortaya çıkmıştır.

<sup>416</sup> Kanunları ile bağlı olduğu ülkenin kamu hukuku kuralları ile açıkca yasak edilmiş olması faraziyesi hariç olmak üzere.

tarihli "Agreement on Measures to Implement the IATA Intercarrier Agreement"ı da imzalamıştır<sup>417</sup>.

Buna mukabil, Varşova/La Haye Sistemi'ne dahil bulunan diğer metinler, isimlerinde Protokol yazsa dahi, uluslararası sözleşme niteliğindedir ve bu özellikleri dolayısı ile T.C. Anayasası'nın 90. ve 104. md. leri uyarınca işleme tâbi tutulmaları gerekir. Bu bakımdan havayolu işletmelerinin söz konusu uluslararası sözleşmelere katılmalarına hem Anayasa hükümleri ve hem de sözleşmelerin yürürlük şartlarını düzenleyen maddeleri karşısında imkân bulunmamaktadır.

Bu hususları dikkate alarak, SHK. 124. md. sinin ilk iki fıkrasını yorumlarken, *sözleşme* ve *protokol* kelimelerinin, uluslararası diplomatik sözleşmeleri, diğer bir deyişle, konvansiyonları ifade etmek için kullanıldığını, *anlaşma* kelimesinin ise, havayolu işletmelerinin kendi aralarında imzaladıkları çok taraflı sözleşmeleri tanımladığını kabul etmeliyiz.

SHK. nun 124 md. sinin III. f. sına da değinmek istiyoruz. Bu fıkarda çok enteresan ve kural koyma tekniği ile hiç bağdaşmayan bir prensip yer almaktadır.

Mevzuatımızda benzer ve büyük olasılıkla da kanun koyucuya - ama yanlış- ilham veren hüküm TK. nun Tatbikat Kanunu'nda bulunmaktadır. TK. nun 1114. md. si Türk Parası ile yapılacak ödemeler için konmuştur ve millî paranın değerinde düşme olduğu takdirde, sorumluluk sınırının gerçekçi ve denizcilik risklerini tatmin edecek bir seviyeye yükseltilmesini sağlamayı öngörmektedir<sup>418</sup>. SHK. nun, taşıyanın sorumluluk sınırını atıf yolu ile belirlediği yöntem sabit değer prensibine bağlıdır. Bu suretle, carî paraların değerlerindeki oynamalara karşı zarar görenlerin korunması esasen sağlanmış bulunmaktadır. Önce altın kaydı kullanılmış, daha sonra Special Drawing Right (SDR) (Özel Çekme Hakkı) kullanılmaya başlanmıştır. SDR, yapısındaki özel düzenleme tekniği ile milli paraları tehdit eden devalüasyon riskine açık olmadığından, daima amaçlanmış olan tazminatı temin etmek hassasına sahiptir.

<sup>417</sup> Bkz. § 1/1, 3, e.

<sup>418</sup> Her ne kadar bu gerekçeye uygun bir davranış teşkil etmiş olmasa da, Bakanlar Kurulu 28 Şubat 1983 tarih ve 83/6133 sayılı Kararı ile 1.500.- TL. olan bu tutarı 100.000.- TL. na çıkarmıştır (RG. 28 Mart 1983-18001).

### bb. Varşova/La Haye Sistemi

Taşıyanın sorumluluğunun sınırı Varşova Konvansiyonu ile La Haye Protokolü'nde, *Poincré Frankı* diye de anılan<sup>419</sup> altın frank, 1966 Montreal Intercarrier Agreement'de Amerikan Doları ve 1975 Montreal Protokolleri ile 1999 Montreal Konvansiyonu'nda Özel Çekme Hakları (ÖÇH) (Special Drawing Rights-SDR)<sup>420</sup> üzerinden belirlenmiştir<sup>421</sup>.

ÖÇH, hemen aşağıda açıklamaya çalışacağımız gibi, Milletlerarası Para Fonu'nun (International Monetary Fund - IMF) ihdas ettiği bir değer ve aynı zamanda bir hesap birimidir.

Bu husus göz önünde tutularak, IMF üyesi olmayan ve hukukları ÖÇH'nin kullanılmasına izin vermeyen devletlerin Altın Frank esasına bağlı kalabilecekleri kabul edilmiştir.

Altın Frank, Varşova/La Haye Metni'nin 22/5 md. sindeki tarife göre, binde dokuzyüz ayarında altın ihtiva eden 65.5 miligram ağırlığında bir fiktif değerdir. Ya da 24 ayar 58.95 miligram altına eşittir. Başka bir deyiş ile de, 65.5 miligram ağırlığında 21.4 ayar altına eşit gelir.

Türkiye'nin 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü onaylamış olması dolayısı ile, Türkiye ile bu Protokolü onaylamış bulunan devletlerin ülkeleri arasındaki taşımalarda hesaplama ÖÇH. üzerinden yapılacaktır. Buna karşılık, sadece Varşova Konvansiyonu'nu veya Varşova/La Haye Metni'ni onaylamış olan devletlerin ülkeleri ile Türkiye arasında yapılan taşımalar Altın Frank'a tâbi olacaktır.

<sup>419</sup> 1929 Varşova Konvansiyonu'nun yapılması için ilk girişimi başlatmış olan Fransız Başbakanı Raymond Poincaré'ye cemile olmak üzere kullanılan isim, bkz. SÖZER (Milletlerarası Taşımalar), 373.

<sup>420</sup> Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER, Bülent, *Legal Environment of Business*, BETA Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 346, 360-363; TURAN, Gül, *Uluslararası Para Sistemi*, Ankara 1980. Ayrıca konu ile ilgili olarak MATTE, N. Mattesco, *The Most Recent Revision of the Warsaw Convention, The Montreal Protocols of 1975*, XI ETL 839; MCGILCHRIST, *Four New Protocols to the Warsaw Convention*, [1978] LMCLQ 1, 186 vd.; BRISTOW, T., *Gold Franc - Replacement of Unit Account*, [1978] LMCLQ 1, 31; WIJFELLS, R.H., *Gold Value and Special Drawing Right With Regard to Total Vessel or Tonnage Limitation*, XII ETL 2, 195 vd.

<sup>421</sup> Varşova Konvansiyonu'ndan itibaren, gerek Altın Frank ve gerekse ÖÇH. ile ilgili gelişmeler ve tartışmalar ve uygulamadaki sorunlar daha önce ayrıntılı bir surette incelenmiş olduğundan, tamamlayıcı bilgi için söz konusu çalışmalara atıf yapmakla yetineceğiz: Bkz. SÖZER (Sorumluluk I), 785-788; SÖZER (Sorumluluk II), 51-53. Ayrıca bkz. ÇAĞA, 190-198.

SHK. md. 124/I hükmü uyarınca, yurt içinde yapılan taşımalarda da, taşıyanın sorumluluğu 4 Numaralı Montreal Protokolü ile tesbit edilmiş olan sınırlara göre olacak ve ÖÇH üzerinden belirlenecektir.

ÖÇH IMF tarafından tasarlanmış farazî bir değer ölçüsüdür<sup>422</sup>. Değer ölçüsü olarak kullanıldığı kadar, bir servet unsuru<sup>423</sup> olarak da kullanılmaktadır.

Bir ÖÇH., her beş yılda bir, IMF üyesi devletler arasından, dünya ticaretinde ihracat hacmi bakımından ilk beş sırayı alan devletlerin millî paralarının belli bir yüzde ağırlığı ile alınarak oluşturulan değeri ifade eder. Son değerlendirmenin yapıldığı 2005 yılı istatistiklerine göre, dünyada ihracat hacmi en yüksek olan beş devlet Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa, İngiltere ve Japonya'dır. Almanya ile Fransa'nın ortak parası Euro (€) olduğu için, halen ve keza bir evvelki beş yıllık dönemde de olduğu gibi, bir ÖÇH dört millî paradan oluşmaktadır. 2006/2010 dönemi için 1 ÖÇH'nin değeri, şu şekilde oluşacaktır: \$: % 45 - €: % 29 - ¥: % 15 - £: % 11.

IMF, kendi kurallarına uygun olarak her iş günü millî paraların ÖÇH. karşısındaki değerlerini hesap ve ilan eder. Dolayısı ile, ÖÇH. nin Türk parasına çevrilmesi için yapılacak olan sadece ilgili gün için IMF tarafından ilan edilmiş olan kurun, söz konusu olan ÖÇH. ile çarpılması olacaktır.

<sup>422</sup> IMF'in üye devletler ile olan hesapları ÖÇH üzerinden tutulduğu gibi, kendi muhasebesi de ÖÇH ile tutulmaktadır. Üye devletler IMF'den meselâ dolar aldıkları durumda bile, üye devletin borcu ÖÇH üzerinden hesaplanır ve ödemeler de ÖÇH üzerinden hesap edilir.

<sup>423</sup> Her üye devlet, belli şartlar gerçekleştiği hallerde IMF'den para çekmek (to draw funds) hakkına sahiptir. Ancak, borç - alacak, esasında ÖÇH üzerinden hesaplanır. Ayrıca IMF bu parayı, üye devletin yine ÖÇH. üzerinden hesaplanarak bulunacak tutarda millî parasının kendi hesabına yatırılması karşılığında öder. Bu bakımdan IMF gerçek anlamda bir banka veya kredi kuruluşu olmayıp, bir çeşit para borsası, üye devletlerin millî paralarını verip, ihtiyaç duydukları dövizleri temin edebildikleri bir takas merkezidir. Borçlu devlet, vadesinde borcunu, yine ÖÇH. üzerinden bulunacak tutarlar ile ve IMF'in seçeceği döviz ile öder ve daha önce yatırmış olduğu millî parasını geri alır. Belli şartlar oluştuğu zaman, üye devletlere, kendi paralarını yatırmadan ve iadeye tâbi olmadan IMF'den para almak hakkı tanınır. Bu imkân sayesinde, üye devletler o ana kadar sahip oldukları döviz stoklarına ek döviz katmış olurlar. Bu özel bir düzenlemedir ve bu bakımdan Özel Çekme Hakkı (Special Drawing Right) olarak anılır. Çekilecek tutar da yine ÖÇH. üzerinden hesaplanır.

1929 Varşova Konvansiyonu, Altın Frank'ın millî paralara yuvarlak rakam (... *round figures* ...) üzerinden yapılabileceğini öngörmekte fakat bu tahvil işleminin hangi tarih itibarı ile yapılacağı hususunda her hangi bir kayıt ihtiva etmemekte idi (md. 22/4).

La Haye Protokolü ile tahvil işleminin *karar tarihi* (... *date of the judgement*...) itibarı ile yapılacağı öngörülmüştür (md. 22/5; 1999 Montreal Konvansiyonu md. 23/1) <sup>424</sup>.

Önceleri, bu tahvil işlemi altının resmî kuru üzerinden yapılmakta idi. Fakat, 1968 ve 1973 yıllarında uluslararası para işlemleri hakkında alınmış bulunan bazı kararların sonucunda altının resmî kuru ilga edilince, yargı organlarında tereddütler belirmeye başladı. Bazı mahkemeler yine altının, mahallinde geçerli bulunan resmî değerini esas almaya devam ederken, bazı kararlarda serbest piyasada carî olan değer dikkate alındığı görüldü <sup>425</sup>. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi ise, millî mevzuata göre, geçerli olan son resmî kurun hükme dayanak alınmasını içtihat etmiştir <sup>426</sup>.

Zamanla Altın Frank'ın millî paralara tahvili işlemlerinde çok farklı uygulamalar ortaya çıkmış ve dolayısı ile de oldukça ciddî tartışmalara yol açılmıştır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin, altının Dolar'a karşı resmî konvertibilitesini ilga ettiği 15 Ağustos 1971 tarihinden sonra mesele daha da önem kazanmıştır.

Bu hususları burada tartışmak yerine, konun bütün ayrıntıları ile tartışılmış olduğu kaynaklara atıf yapmayı tercih ediyoruz <sup>427</sup>.

<sup>424</sup> La Haye Protokolü Türkçe'ye tercüme edilirken vahim bir hata işlenerek, çevirme işleminin "... *hasar tarihi* ..." itibarı ile yapılacağı yazılmıştır. İşin enteresan tarafı, 4 Numaralı Montreal Protokolü'nün 22/5. md. sinin tercümesinde de bu hatalı ifade yer almaktadır !! Daha da enteresan olan, söz konusu Protokol'ün, ÖÇH'nin millî paralara çevrilmesini düzenleyen 22/6. md. sinin tercümesinde doğru olarak *karar tarihi* ifadesi kullanılmıştır !!

<sup>425</sup> Kararlar için bkz. SÖZER (Sorumluluk II), 52 dn. 144.

<sup>426</sup> Franklin Mint v. TWA, Supreme Court of the United States, 17 Nisan 1984, (özel dosyadan). Bkz. KILBRIDE, D.A., *Six Decades of Insuring Liability under Warsaw*, XIV Air Law 4/5, 183-192, s. 188.

<sup>427</sup> ÇAĞA, 190-198; deVIVO, Edward Charles, *The Warsaw Convention: Judicial Tolling of the Death Knell*, 49 JALC 1, 71-139, 112 vd.; GOLDBIRSCHE, 95-101;



Varşova/La Haye Sistemi'nde, yolcunun maruz kaldığı zararlar için taşıyanın sorumluluğu, çeşitli aşamalarda, artan limitler ile, aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

<u>Metin:</u>	<u>Altın Frank</u>	<u>Özel</u>
<u>Çekme Hakkı</u>		
1929 Varşova Konvansiyonu	125.000	8.300
1955 La Haye Protokolü	250.000	16.600
(1966 Montreal Interim Agreement	\$ 58.000.-)	
4 Numaralı Montreal Protokolü	250.000	16.600
1999 Montreal Konvansiyonu	1.500.000	100.000

Yük zararları için ise, 1929 Varşova Konvansiyonu'ndan bu yana hep aynı limit muhafaza edilmiştir: kilo başına 250 Altın Frank veya 17 ÖÇH. Bu limit kayıp veya hasar halinde olduğu kadar gecikme zararları bakımından da uygulanır.

Bununla beraber, taşıtanın, yükün taşıyan teslimi sırasında, yükün varma yerinde ifade ettiği özel bir değeri olup da bunu beyan etmesi ve gerektiği takdirde ek navlun ödemesi halinde, taşıyan bu değer ile sorumlu olur. Ancak, bu beyanın hava konişmentosuna da yazılmış olması şarttır. Bununla beraber, taşıyanın deklare edilen değer, gerçek değer üstünde olduğunu isbat etmek hakkı vardır ve beyanın gerçeğe uymadığı kanıtlandığı takdirde, sorumluluk gerçek değer ile sınırlı kalır<sup>428</sup>.

Varşova/La Haye Metni md. 22/4 uyarınca, mahkeme masrafları ve diğer yargılama giderleri, kural olarak sorumluluk limitlerine dahil olmayıp, davaya bakan mahkeme kendi hukukuna göre, bunların tamamının veya bir kısmının davacıya ayrıca ödenmesine karar verebilir. Bununla beraber, taşıyan tarafından, zarara yol açmış olan olayın meydana geldiği tarihten itibaren en geç altı ay içinde veya bu süre geçmiş dahi olsa davanın açılmasından önce, karşı tarafa yazılı olarak bir sulh teklifinde bulunmuş olup da, ödemeyi taahhüt ettiği tutar, mahkeme masrafları ve

<sup>428</sup> GOLDHIRSCH, 102-103. Bu yazar ayrıca, ödenen ek navlunun beyan edilen değer ile yeterli oranda olmaması halinde, taşıyanın ödeyeceği tazminatın da, ödenmiş olan ek navluna orantılı olarak hesap edileceği kanaatindedir, s. 104.

diğer yargılama giderleri hariç olmak üzere, hükmedilen tazminatın üstünde idi ise, bu masraf ve giderler taşıyana yüklenemez.

Bu hüküm 1999 Montreal Konvansiyonu'na md. 22/6 olarak geçmiştir ve söz konusu kalemlere ayrıca faiz de eklenmiştir.

### 3. Taşıyanın Adamlarının Sınırlı Sorumluluğu

SHK. md. 127/I, Varşova Konvansiyonu'na La Haye Protokolü ile eklenmiş bulunan 25A maddesini izleyerek, taşıyanın adamlarının da<sup>429</sup>, görevleri çerçevesinde hareket ettiklerini isbat etmeleri şartı ile, taşıyan gibi, sınırlı surette sorumlu olacaklarını öngörmüştür.

Bu maddede yer alan "... görevleri çerçevesinde hareket ..." deyimini, "görevlerini yaparken" şeklinde anlamak daha doğru olacaktır. Bu bakımdan, taşıyanın adamının hizmet sözleşmesinin hükümleri uyarınca ifa ettiği veya taşıyanın sarîh veya zımnî talimatı ile yaptığı işler bu kapsamda mutalea edilmelidir<sup>430</sup>.

Esasında, Varşova Konvansiyonu'nda taşıyanın adamları ve yardımcı kişilerinin sorumluluğuna ilişkin her hangi bir düzenleme yoktu ve mesele hem doktrinde ve uygulamada ciddi tartışmalara yol açmakta idi<sup>431</sup>. Konvansiyon'un sadece taşıyana sınırlı sorumluluktan yararlanma imkânı verdiği dikkate alınarak, adamlarının ve yardımcı kişilerinin sorumluluğunun sınırsız olması gerektiği ileri sürülmüş ve hatta taşıyanın sınırlı sorumluluğu kuralından sıyrılabilme için, davaların bu kişilere karşı açılması yoluna bile gidilmişti. Bu tür davalara oldukça sık rastlanan Amerika Birleşik Devletleri'nde, aksine kararlar da olmasına rağmen, mahkemeler, prensip olarak, taşıyanın yapmakla yükümlü olduğu işleri yapanları, sınırlı sorumluluktan yararlandırmak yoluna gitmişlerdir<sup>432</sup>.

Bu meseleye, 1955 La Haye Protokolü ile çözüm getirilmiş ve md. 25/A ile, taşıyanın adamlarının ve yardımcı kişilerinin de sınırlı sorumluluk kuralından yararlanacakları açık bir şekilde ifade olunmuştur.

<sup>429</sup> Taşıyanın adamı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MANKIEWICZ, 45-48, 98-99; MILLER, 275-283; SÖZER (Görüşler), 124-137.

<sup>430</sup> Krş. BK. md. 55 ve 100 ve TK. md. 947 ve 1062; mukayese amacı ile bkz. ÇAĞA/KENDER I, 141-144 ve ÇAĞA/KENDER II, 137-139.

<sup>431</sup> Bu konunun ayrıntılı açıklamasına ilişkin bilgi için bkz. SÖZER (Sorumluluk I), 790-793; SÖZER (Sorumluluk II), 49-51.

<sup>432</sup> Örnekler için bkz. GOLDHIRSCH, 95.

Bu ilke Varşova/La Haye Sistemi'nin müteakip değişikliklerinde de aynen korunmuştur.

Söz konusu md. 25/A, 1999 Montreal Konvansiyonu'na md. 30 olarak geçmiştir ve ayrıca, daha önceki metinde olduğu gibi, taşıyan adamının sadece sorumluluk limitlerinden yararlanacağı ifadesi ile yetinilmemiş ve taşıyanın tâbi olduğu sorumluluk şartlarına da tâbi olacağı hükme ilave edilmiştir <sup>433</sup>. SHK. md. 127/I ise, oldukça esnek bir ifade kullanarak, taşıyanın adamlarına oldukça geniş bir himaye kalkanı sağlamış bulunmaktadır: "... taşıyıcının adamı ... taşıyıcının bu Kanuna göre yararlanabileceği hususlardan istifade etmeye hak kazanır."

Gerek Varşova/La Haye Sistemi'ne ve gerekse de SHK. nun 124/II hükmüne göre, davanın taşıyan ile birlikte adamlarının aleyhine açılması halinde, hükmedilecek tazminat, mahkemece sınırlı sorumluluğun kabul edilmiş olması kaydı ile, dava konusunun tâbi olduğu sorumluluk tavanını aşamaz. Böyle bir davada, davalıların müteselsilen sorumlu olup olmayacakları sorulabilir. Hemen yukarıda söylediğimiz gibi, 1929 Varşova Konvansiyonu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde, mevcut tartışmalı ortamdan yararlanıp, sınırsız sorumluluk imkanını kullanmak düşüncesi ile taşıyanın adamlarının aleyhine davalar açılmış ve bir kısmı da davacıların lehine sonuçlanmıştır <sup>434</sup>. Fakat, La Haye Protokolü ile getirilen 25/A maddesi ile, bu yola başvurmak için hiçbir sebep kalmadığından, müteselsil sorumluluk bakımından her hangi bir emsale rastlanmamaktadır. Konuya SHK'nun açısından bakarsak, taşıyan ile birlikte adamlarının ve/veya yardımcı kişilerinin de hasım gösterildiği bir davada, mahkemenin talebi kabul etmesi halinde, müteselsil sorumluluğa hüküm vermesi beklenir; fakat, bunun pratik yararı ne olur .. onu da davayı böyle açan düşünsün !

Taşıyanın adamı sınırsız sorumlu tutulabilir mi ?

Taşıyanın adamı, zarara Varşova/La Haye Metni md. 25 de tanımlanan davranış ile yol açtığı isbat edilecek olursa, sınırlı sorumluluktan yararlanamayacaktır (md. 25/A-3).

<sup>433</sup> Varşova/La Haye Metni md. 25/A: "... servant or agent ... shall be entitled to avail himself of the limits of liability ..."; 1999 Montreal Konvansiyonu md. 30: "... servant or agent ... shall be entitled to avail himself of the conditions and limits of liability ...".

<sup>434</sup> Bkz. SÖZER (Sorumluluk I), 790 dn. 19.

Bu hüküm SHK. na alınmamıştır. Ancak, sınırlı sorumluluk prensibinin esası düşünüldüğü ve aynı zamanda SHK. nun md. 127/I hükmü, md. 124/I, 126/I ile birlikte ele alındığı takdirde, aynı sonucun SHK. bakımından da geçerli olması gerektiği kabul edilecektir.

Taşıyanın adamı, zarara görevi ile ilgili olmayan bir davranış ile sebebiyet vermesi halinde de, sınırlı sorumluluktan yararlanamayacaktır. Kaldı ki, böyle bir ihtimalde, uyuşmazlık Varşova/La Haye Sistemi'nin dışında kalacağı için, sonuç davaya uygulanabilecek kanunun hükümlerine göre belirlenecektir.

Taşıyanın sınırsız sorumlu olduğu bir olayda, adamları da sınırsız olarak sorumlu tutulacaktır. Varşova/La Haye Metni md. 25/A, gerçi tam bir açıklık içinde olmasa da, bir davada taşıyanın adamlarının sınırlı sorumluluktan ancak taşıyanın sınırlı sorumluluk savunmasını ileri sürebileceği hallerde yararlanabileceklerini söylemektedir. 1999 Montreal Konvansiyonu md. 30 ile bu konuya açıklık getirilmiş ve taşıyanın adamlarının, ancak taşıyanın tâbi olacağı şartlara ve limitlere göre sınırlı sorumluluk prensibinden yararlanacakları öngörülmüştür<sup>435</sup>.

Bununla beraber, taşıyanın adamının, kendi davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağı olmadığını isbat ederek, sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmalıdır.

## VI. SINIRSIZ SORUMLULUK

### 1. Genel Olarak

Varşova/La Haye Sistemi, kural olarak taşıyanın sorumluluğunu sınırlandırmış olmakla beraber, belli şartların gerçekleşmesi halinde ve özellikle de taşıyanın sınırlı sorumluluk rejiminden yararlanmasının, hak ve adalet prensiplerine aykırı düşeceği hallerde taşıyanı sınırsız olarak sorumlu tutmak yoluna gitmiştir.

1929 Varşova Konvansiyonu'na göre:

(i) Taşıyan, taşıma belgelerini hiç veya ilgili maddelerde öngörüldüğü surette düzenlemediği takdirde, sorumluluğu sınırsızdır; ayrıca

<sup>435</sup> Bkz. yukarıda dn. 73.

(ii) Taşıyan, zarara kendisinin veya adamlarının yine ilgili maddelerde tanımlanmış tür ve nitelikteki davranışları ile yol açtıkları hallerde sınırlı sorumluluk rejiminden yararlanamaz.

1929 Varşova Konvansiyonu'nda ve La Haye Protokolü'nde taşıyanın sorumluluğu kusur prensibine dayanmaktadır ve ilke olarak, sınırlıdır. 1966 Montreal Intercarrier Agreement ile, yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından, velev sadece Amerika bağlantılı seferler ile kısıtlanmış da olsa, mutlak sorumluluk kuralı getirildi, fakat sınırlı sorumluluk maddesi aynen korundu. 1971 Guatemala City Protocol ile yolcu taşımalarında taşıyanın sorumluluğu mutlak sorumluluk olarak kabul edildi, buna karşılık sorumluluk limitinin değişmeyeceği öngörülerek sınırsız sorumluluk alternatifi kaldırıldı ve taşıyanın sorumluluğunun her durumda sınırlı olacağı hükmü getirildi. Söz konusu Protokol yürürlüğe girmediği için, bu düzenleme uygulamaya konulamamıştır. 1975, 4 Numaralı Montreal Protokolü ve bunu takiben de 1999 Montreal Konvansiyonu ile, yük taşımalarında taşıyan için mutlak sorumluluk prensibi kabul edildi ve sorumluluk sınırının da kesin olacağı öngörülerek, sınırsız sorumluluk kuralı kaldırıldı.

Yine yolcu taşımalarında, 1999 Montreal Konvansiyonu mutlak sorumluluk kuralını getirdiği gibi, prensip olarak sınırsız sorumluluğu da kabul etmiş, fakat taşıyana talebin 100.000.- SDR üzerinde olması halinde 100.000.- SDR'ı aşan tutar için kurtuluş beyinesi tanımıştır. Bu Konvansiyon henüz yürürlüğe girmediğinden, yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından Varşova/La Haye Metni yürürlüktedir. Ne var ki; 1995 IATA Intercarrier Agreement ile 1996 Measures of Implementation Agreement'a taraf olan havayolu işletmeleri için, yolcu taşımalarında da, mutlak ve ilke olarak sınırsız sorumluluk esası caridir.

Konuya bu açıdan bakınca, 1999 Montreal Konvansiyonu'nun yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen, Konvansiyon'a hâkim olan temel ilkelerin, aslında akdî yoldan uygulanmaya konulmuş olduğu görülmektedir.

4 Numaralı Montreal Protokolü yürürlüktedir ve artık yük taşıma sözleşmelerinde taşıyan yük ziya ve hasarları bakımından mutlak ve sınırlı sorumluluğa tabidir. Gecikmeden doğan zararlarda ise kusur prensibi geçerlidir.

Yukarıda kısaca açıklanan hukukî düzenlemeler karşısında, Varşova/La Haye Sistemi'nin sorumluluk ile ilgili prensiplerinin geçirmiş olduğu aşamaları şöyle özetleyebiliriz:

Yolcu taşımalarında, kusura dayalı sınırlı sorumluluktan, sınırsız mutlak sorumluluğa geçilmiştir<sup>436</sup>.

Yük taşımalarında, kusura dayalı sınırlı sorumluluk yerine, kusura dayanmayan fakat sınırlı sorumluluk kuralı getirilmiştir.

Gecikme zararları, her durumda kusur sorumluluğuna tâbi tutulmaya devam edilmiştir.

Aşağıda, kısmen Varşova/La Haye Sistemi'nin ana ilkelerini açıklamak ve kısmen de SHK. nun hükümlerini yorumlayabilmek için, Varşova/La Haye Sistemi'nin sorumluluk kurallarına hâkim olan prensipleri, özet halinde de olsa incelemeyi uygun gördük.

Ancak, SHK'nun hükmünü tahlil edebilmek için, önce Varşova/La Haye Sistemi'ndeki gelişmeyi ve tartışmaları görmek icab etmektedir; bu sebeple, evvelâ Varşova/La Haye Sistemi'nden başlayacağız:

## 2. Varşova/La Haye Sistemi

### a. 1929 Varşova Konvansiyonu

1929 Varşova Konvansiyonu'nun 25. md. sinde, zararın "... taşıyanın kastından veya davaya bakan mahkemenin hukukuna göre kasta eşit sayılan bir kusurundan ..." doğması halinde, taşıyanın Konvansiyon'un sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerinden yararlanamayacağı belirtilmektedir. Fransızca orijinal metinde "... *dol ou d'une faute qui, d' apres la loi du tribunal saisi, est consideree comme equivalente au dol.*" ifadesi bulunmaktadır.

1929 Varşova Konvansiyonu'nun müzakerelerinde, taşıyanın bir zarara kasdî davranışı ile sebebiyet vermesi halinde, sınırlı sorumluluktan yararlandırılmaması zaten kabul edilmişti. Bunun yanı sıra zarara ağır

<sup>436</sup> Doktrinde sınırlı sorumluluk prensibine karşı olan ve esasen sorumluluğun sınırsız ve mutlak olması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır, bkz. MARTIN, Peter, *50 Years of the Warsaw Convention and the Practical Man's Guide*, IV AASL 233-252; TOBOLEWSKI, Alexander, *Against Limitation of Liability: A Radical Proposal*, III AASL 261-267.

kusur (culpa lata) ile yol açılması halinde de taşıyanın sınırsız olarak sorumlu tutulması yolunda görüşler vardı. Fakat, bir taraftan da ağır kusur kavramının çok esnek olduğu ve bir çok davranışın ağır kusur olarak nitelendirilebileceği, sonuçta sınırlı sorumluluk prensibinin anlamını yitirebileceği endişesi belirlemekte idi. Ayrıca, bazı millî hukuklarda ağır kusur kavramının bulunmadığı ortaya atılmıştı. Uzun tartışmaların sonunda md. 25. metindeki yazılış ile kabul edildi.

Madde bu şeklini, İngiliz delegasyonunun, Anglo-Saxon Hukuku'nda, *dolus* kavramının bilinmediğini beyan etmesi üzerine ortaya çıkan tartışmaların sonucunda varılan mutabakat ile almıştır<sup>437</sup>.

Maddenin İngilizce resmî tercümesi ise şöyledir: *The carrier shall not be entitled to avail himself of the provisions of this Convention which exclude or limit his liability, if the damage is caused by his wilful misconduct or by such default on his part as, in accordance with the law of the Court seised of the case, is considered to be equivalent to wilful misconduct.*

Bu düzenleme, doğal olarak, kasda eşit kusurun ne olduğu tartışmasına yol açmıştır. Kara Avrupası hukuklarında genellikle kabul edilen *culpa lata dolo aequiparatur* prensibine dayanılarak, ağır ihmal, kasda eşit kusur olarak kabul edilmektedir. Bu teoriden hareketle, söz konusu hukuk çevrelerinde, taşıyanın zarara kasit veya ağır ihmal ile sebep olması halinde sınırsız sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık, hukuk sistemlerinde kasda eşit kusur kavramı olmayan ülkelerde, taşıyan sadece kasdî olarak zarar verdiği hallerde sınırsız sorumlu olacaktır<sup>438</sup>.

İngiliz Hukuku'nda *wilful misconduct* hiç ismi ile müsemma bir kavram değildir, çünkü klâsik anlamı ile kası ifade etmez ve kasda ol-

<sup>437</sup> İngiliz Hukuku'nda veya daha doğru tanımı ile *Common Law* sisteminde bilinmeyen kavram *dolus* olup, yoksa Çağa'nın ifade ettiği gibi ağır kusur değildir. Yazar, atıf yapılan tebliğinin 199. sayfasında aynen "... İngiliz Delegasyonunun İngiliz Hukukunda ağır kusur kavramının mevcut olmadığından bahsile ..." demektedir. Halbuki, *Common Law* ağır kusur kavramına aşina olup, asıl *dolus* bu hukuk çevresi için meçhul bir kavramdır, bkz. GOLDBIRSCHE, 121; MANKIEWICZ, 122; MILLER, 80. Kaldı ki, *Common Law*'da *Wilful Misconduct* ağır kusuru da içerdiği için (bkz. CHENG, 62; GIEMULLA/SCHMID, md. 25 par. 10), Yazar'ın konuya İngiliz Hukukunda ağır kusur kavramının mevcut olmadığından bahsile girmesi, ortaya koymak istediği tezde hatalı sonuçlara varmasına sebep olmuştur.

<sup>438</sup> DRION, 179; MANKIEWICZ, 122; MILLER, 196.

duğu gibi, bir zarar vermek iradesi ile yapılan şuurlu davranış için kullanılmaz<sup>439</sup>. *Wilful misconduct* bilerek, isteyerek hukuka aykırı davranıştır; ne var ki kişide, bir başkasına zarar vermek amacı yoktur, fakat, davranışının hukuka aykırı olduğunu ve bir zarar meydana gelebileceğini bilmektedir, buna rağmen davranışını sürdürmektedir<sup>440</sup>. Bu muhtevası ile, bilhassa zarar vermek kasdının bir unsur olarak aranması bakımından *wilful misconduct* daha çok Kara Avrupası hukuk sistemlerinin ağır ihmâl kavramına uymaktadır<sup>441</sup>. *Wilful misconduct* olarak nitelendirilen davranışlarda, fail esasında sonucu istememekle beraber, davranışının sonunda ne olabileceğini öngörmektedir. Bu bakımdan, aynı zamanda bir şuurlu ihmâl teşkil etmektedir. Ancak, fail hiçbir zaman zararlı sonucu istememekte, zarar yaratacak bir sonucun doğmasına razı olucu bir irade içinde bulunmamaktadır, bu sebeple de dolaylı kasttan (*dolus eventualis*) ayrılmaktadır.

Fakat, hukuka aykırı bir davranışı içerdiği ve failin zarar ihtimalini öngörmekte olmasını şart koşması dolayısı ile *wilful misconduct* kasdî davranışlar bakımından geçerli olmaktadır; çünkü, kasdın hukuka aykırılık unsurunu ihtiva etmektedir. Oldukça geniş kapsamı olduğu için, Common Law'da mahkemeler *wilful misconduct* yanında başka bir kusur kategorisi aramaya ihtiyaç duymamışlardır<sup>442</sup>.

Önemli olan nokta şudur ki, Anglo-Saxon Hukuku'nda, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde olduğu gibi bir kavram disiplini bulunması dolayısı ile, *dolus* tabirini tam olarak ifade edecek bir deyim ortaya çıkmamıştır. Böyle olunca da, kasta eşit kusur kavramını tanımlayacak bir deyim mevcut değildir.

### b. 1955 La Haye Protokolü

La Haye Protokolü'nün müzakere edildiği konferansta, 25. md. nin daha somut bir ifade ile yazılması yönünde görüşler belirdi. Görüşmelerin sonunda şu metin kabul edildi: *Zarar, taşıyanın veya adamlarının kasıtlı olarak veya bir zararın meydana gelme ihtimali olduğunu bilerek pervasızca yaptıkları bir fiil veya ihmâlin sonucunda ortaya çıkmış ise, 22.*

<sup>439</sup> GOLDHIRSCH, 121.

<sup>440</sup> DIEDERICKS-VERSCHOOR, 70; GIEMULLA/SCHMID, md. 25 par. 14.

<sup>441</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 25 par 16.

<sup>442</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 25 par. 10.



*maddede belirlenen sorumluluk sınırları uygulanmaz; şu kadar ki, söz konusu fiil veya ihmâl taşıyanın adamları tarafından vaki olmuş ise, taşıyanın adamının görevi çerçevesinde hareket ettiği de isbat olunmalıdır.*

443

Bu hükümde de, dikkat edilirse, iki unsurun bulunduğu görülür:

(i) Zarar vermek amacı ile yapılan kasıtlı bir davranış, veya

(ii) Zarar vermek kasdı olmayan, fakat bir zararın meydana gelme ihtimali olduğu bilinmesine rağmen yapılan pervasızca bir davranış.

Birinci unsur bilinen, tarifî asırlardır yapılmış bir kavramdır ve ifade ayrıca tahlil etmeye lüzûm göstermeyecek kadar açıktır. Maddede her hangi bir tafsile tâbi tutulmadığı cihetle, kasdın değişik türleri, yani *dolus eventualis* de buna dahil kabul edilmelidir.

Fakat, ikinci unsur yoruma ve tartışmaya açıktır.

Bir kere burada kasıt kavramı söz konusu değildir. 1929 Varşova Konvansiyonu'ndaki ifadede olduğu gibi, kasta eşit bir kusurdan söz edilmemektedir. Şu halde, kasdî bir davranışta olduğu kadar ağır bir kusur aranmadığını söyleyebiliriz. Bu yorum tarzı kabul edildiği takdirde, karşımıza *ihmal* kavramı çıkacaktır. İkinci unsurun ihtiva ettiği şarttan, basit ve sıradan bir ihmâlin öngörülmediği kolayca anlaşılmaktadır. Böyle olunca, sınırsız sorumluluk için ağır ihmâlin varlığının arandığı söylenebilir. Ayrıca, davranışların zarara yol açacağı bilinmiş olması da istenmektedir. Bu şartta bizi *şuurlu ihmâl* kavramına götürür.

Diğer taraftan, fail hiçbir şekilde, zarar vermek kasdını taşımadığı gibi, durumu itibarı ile, asıl iradesi zararın doğmaması istikametindedir, meselâ, pilot, teknisyen, teknik bakım görevlileri ve benzeri pozisyonda olan kişiler; bunlar elbette bir zarar vermek kasdı ile davranmayacaklardır.

Şu halde, 1955 La Haye Protokolü'nün 25. md. si, Türk Hukuku'nun kavramları açısından ele alınacak olursa, zarara kasten veya

<sup>443</sup> İngilizce metin aynen şöyledir: *The limits of liability specified in Article 25 shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, his servants or agents, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result; provided that, in the case of such act or omission of a servant or agent, it is also proved that he was acting within the scope of his employment.*

ağır ihmal/şuurlu ihmal ile sebebiyet verilmesi halinde, taşıyanın sınırsız sorumluluğa tâbi olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Konunun ayrıntılarını, aşağıda SHK'nun hükümlerini incelerken ele alacağız.

#### **c. 4 Numaralı Montreal Protokolü**

Daha önce § 1/I, 3, d ve hemen yukarıda VI/1 altında kısaca değinmiş olduğumuz gibi; 4 Numaralı Montreal Protokolü ile taşıyanın yük ziya ve hasarlarından dolayı sorumluluğu, her durumda sınırlı sorumluluk olarak tesbit edilmiştir. Zarara taşıyan -kendisinin veya adamlarının- kasdî davranışları ile sebebiyet vermiş olsa dahi, sorumluluğu sınırsız sorumluluğa dönüşmeyecektir.

SHK. nun 126. md. sinde ise, Varşova/La Haye Rejimi'ne uygun olarak, sınırsız sorumluluk öngörülmektedir. Bu hüküm dolayısı ile, yurt içinde yapılan taşımalarda taşıyan için sınırsız sorumluluk riski mevcut olmaya devam edecek, fakat Türkiye ile 4 Numaralı Montreal Protokolü'ne taraf olan devletlerin ülkeleri arasında yapılan taşımalarda sınırsız sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

#### **d. 1999 Montreal Konvansiyonu**

Yine bundan evvelki açıklamalarımızda ifade eylemiş olduğumuz surette; 1999 Montreal Konvansiyonu da, 4 Numaralı Montreal Protokolü'nün sistemini muhafaza ederek, taşıyan için, yük taşıma sözleşmelerinde, sınırsız sorumluluk alternatifini ortadan kaldırmıştır. Dolayısı ile SHK. ile 1999 Montreal Konvansiyonu arasında da aynı çelişki mevcuttur.

### ***3. Sınırsız Sorumluluk için Davranışın Takdirinde Uygulanacak Kriter***

Taşıyanı sınırsız sorumluluğa tâbi tutmak için, acaba taşıyanın veya adamlarının bir zararın meydana gelme ihtimali olduğunu gerçekten ve fiilen bilmeleri zorunlu mudur, yoksa makûl bir düşünce ile sonucu öngörebilecek durumda olmaları yeterli midir ?

*Mahkemelerin* bu konuda farklı kriterler uyguladıklarını görmekteyiz:

Fransız İstinaf Mahkemesi *objektif* bir kriter uygulanmasından yanadır. Bu görüşe göre, taşıyanın veya adamlarının davranışları objektif bir surette değerlendirilmeli ve örneğin, makûl ve tedbirli bir pilot gibi hareket etmiş olup olmadıklarına göre karar verilmelidir<sup>444</sup>.

Almanya da tatbikat *objektif* kriteri tercih etmektedir<sup>445</sup>

Belçika İstinaf Mahkemesi ise *sübjektif* kriterin uygulanması yolunda karar vermiş ve ancak somut olayda taşıyanın veya adamlarının bir zararın meydana gelme ihtimalini fiilen ve gerçekten bildikleri isbat edildiği takdirde, sınırsız sorumluluğa gidilebileceğini belirtmiştir<sup>446</sup>.

Amerikan mahkeme kararlarında da daha çok *sübjektif* kritere ağırlık verdiklerini söyleyebiliriz<sup>447</sup>.

İngiltere'de uygulamada hâkim görüş *sübjektif* kriterdir<sup>448</sup>

*Doktrinde* ise, *sübjektif* kritere daha fazla ağırlık verildiği görülmektedir<sup>449</sup>.

Kanaatımızca da, *sübjektif* kriterin uygulanması daha doğrudur. Varşova/La Haye Sistemi'nin temel ilkesi sınırlı sorumluluktur, sınırsız sorumluluk istisnadır ve sınırsız sorumluluğa gidilebilmesi için gereken şartların varlığı davacı tarafından isbat edilmelidir. Şu halde, isbat külfetinin tam olarak yerine getirilmesini aramak bazı varsayımlar ile taşıyanın ağır bir risk altına girmesine yol açmamak yerinde olur. Varşova/La Haye ve onu takiben de SHK. bu konuda taşıyan aleyhine her hangi bir karine getirmiş değildir. Kaldı ki, gerek Varşova/La Haye Sistemi md. 25 ve gerekse SHK. md. 126, taşıyanın veya adamlarının bir tehlike ihtimalinin bilincinde olmalarını şart koşmaktadır. Bu ifade karşısında, faillerin ger-

<sup>444</sup> Emry v. SABENA, 15 Aralık 1967, zikredenler CHENG, 80-81; MANKIEWICZ, 115-116; MILLER, 209.

<sup>445</sup> Bundesgerichtshof, 10 Mayıs 1974, 1974 ETL 630.

<sup>446</sup> Tondriau v. Air India, 27 Ocak 1977, XIII ETL 126.

<sup>447</sup> GOLDHIRSCH, 121; Berner v. British Commonwealth Pacific Airlines, US Court of Appeals for the 2nd Cir., 9 Haziran 1965, 9 Avi. 17.681; Goepf v. American Overseas Airline, 16 Aralık 1952, 3 Avi. 18.057.

<sup>448</sup> MARTIN, Peter, *Intentional and Reckless Misconduct: From London to Bangkok and Back Again*, VIII AASL 145-150.

<sup>449</sup> CHENG, 87-89; MANKIEWICZ, 117. Türk Hukuku'nda *Çağa*'nın da *sübjektif* teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır, s. 210.

çek v fiilî iradelerine ve bilgi durumlarına ağırlık vermenin, daha doğru olacağı ortaya çıkmaktadır.

#### 4. SHK'nun Hükümleri

##### a. Genel Olarak

SHK'nun 126. md. sine göre zararın taşıyanın veya adamlarının "... kasdı ile veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmal sonucu meydana geldiği isbat edildiği takdirde ..." taşıyan SHK'nun sorumluluğunu sınırlayan hükümlerinden yararlanamaz. Madde ayrıca, anlaşılması zor bir çaba olarak, BK. md. 55 hükmünün mahfuz olduğunu beyan etmektedir.

Bu madde, La Haye Protokolü'nün 25. md. sinden alınmıştır; fakat, kaynak metne göre bazı önemli farklar vardır. Bir kere, *dikkatsizce* yapılan o kadar çok hareket vardır ki, metni sırf lafzı ile yorumlarsak, hiçbir taşıyan sınırsız sorumluluktan kurtulamaz !! Dikkatsizce davranış, duruma göre kusurlu bir hareket teşkil etmeyeceği gibi, meselâ, bir kişiye başka bir isim ile hitap etmek; yerine göre de ağır kusur teşkil edebilir, meselâ uçağı hareket ettirmeden önce yeterli yakıt olup olmadığını kontrol etmemek !

La Haye Protokolü'nün İngilizce metninde *recklessly* deyimini kullanılmıştır. Fransızca metin *témérairement* kelimesini kullanmıştır. Aslında *témérairement* İngilizce'de de kullanılan bir kelimedir: *temerariouly*. Bu kelimenin Türkçe karşılığı olarak Redhouse lügatinde *delice cesaret, aşırı cüret* kavramları yer almaktadır. Daha evvel de<sup>450</sup> kullanmış olduğumuz gibi biz bu deyim *pervasızca davranış* olarak tanımlamaktayız. Görülüyor ki, *recklessly* sıradan bir dikkatsizlikten daha ciddi bir anlam taşımaktadır.

Burada tartışmayı daha ileri götürmeden, Türk Hukuku'ndaki *kusur* kavramı üzerinde kısa da olsa durmakta yarar görmekteyiz.

Hukukumuzda, bilindiği gibi, kusur kast ve ihmal olarak iki kategoride mutalea edilir. İhmal de, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır.

<sup>450</sup> SÖZER (Sorumluluk I), 797 ve Sözer (Sorumluluk II), 57-58.

**Kast (dolus)** failin hukuka aykırı bir sonucu bilerek ve isteyerek davranmasıdır. Kastda hukuka aykırı sonucun elde edilmesine yönelik bir irade vardır. Bu şekilde, sonucun tasavvur edildiği, açıkça istendiği ve davranışın bu sonucu sağlayacak şekilde olduğu haller **doğrudan kast** olarak adlandırılır (*dolus directus*). Buna mukabil, failin hukuka aykırı bir sonuç elde etmek istemediği, iradesinin zararlı bir sonuç sağlamaya yönelik olmadığı, fakat failin hukuka aykırı bir sonuç vereceğinin öngörüldüğü ve bu sonuca razı olunarak hareket edildiği hallerde ise, **ihtimalî kast (dolus eventualis)** söz konusu olur. Bu şıkta fail hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, meydana gelecek sonuçları kabul etmektedir.

**İhmal (culpa)** ise, failin hukuka aykırı bir harekette bulunmayı, bir zarar vermeyi istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmesini engellemek için durumun ve şartların gerektirdiği dikkati ve özeni göstermediği bir davranış türüdür. Davranışının hukuka aykırı bir sonuç yaratabileceği fail tarafından bilindiği, fakat, bu sonucun gerçekleşmesi arzu edilmediği gibi, gerçekleşmeyeceğinin umut ve tasavvur edildiği bir davranış ise **şuurlu ihmal** olarak nitelendirilir. Failin, hukuka aykırı sonucu istemediği gibi, öngörmediği ve tasavvur da etmediği ve davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmediği haller için **şuursuz ihmal** deyimini kullanılır.

İhtimalî kast ile şuurlu ihmal bir birine oldukça yakın kavramlardır. Ayırt edici kriter ise şudur: İhtimalî kastta davranış doğrudan doğruya zarar vermek iradesi ile yapılmassa da, esasında hukuka aykırı bir sonuca yöneliktir ve bu sonuca razı olunmakta, sonuç kabul edilmektedir. Şuurlu ihmalde, zaten ihmal kavramına uygun olarak, hukuka aykırı bir sonuca yönelmiş irade söz konusu olmamakta, sadece davranışın bir zarara yol açma ihtimali bulunduğu öngörülebilmekte, fakat, bu sonucun doğmaması arzu edilmediği gibi, yetersiz de olsa bazı önlemlere başvurulmaktadır.

İhmal ayrıca **ağır ihmal (culpa lata)** ve **hafif ihmal (culpa levis)** olmak üzere de ikiye ayrılır. Ağır ihmal, fiil işlenirken herkesin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir. Hafif ihmal ise, ancak çok dikkatli ve tedbirli bir kişinin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir.

Kusur, ağırlığı (*vahameti*) bakımından iki grupta toplanır: **Ağır kusur**, kasdı ve ağır ihmali içerir. **Hafif kusur**, hafif ihmali ifade eder<sup>451</sup>.

### b. SHK md. 126 Açısından Sınırsız Sorumluluk

Varşova/La Haye Metni kasıt ile bir zarara yol açılması halinde, taşıyanın sorumluluğunun sınırsız olacağını öngörmektedir. SHK'nun 126. md. si de aynı kuralı tekrarlamaktadır: “*Zararın ... zarar vermek kasdı ile ...*”. Bu hükümde, kastın her hangi bir tasnifi yapılmış değildir. Aynı durum Varşova/La Haye Metni bakımından da geçerlidir.

İkinci şart olarak, *bir zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğu bilinerek -veya bilinmesine rağmen- pervasızca davranmak* söz konusu edilmektedir. Burada, kasıt unsuru bulunmamaktadır. Taşıyanın -veya adamlarının- her hangi bir zarar vermek amacı ile davranmış olmaları da, dolayısı ile, söz konusu değildir. Bu durumda meseleye kavramsal olarak baktığımızda, bu tür bir davranışın, **ihmal** kavramı ile açıklanabileceği sonucuna varılması gerekecektir. Hüküm, davranış biçimini nitelendirmektedir: *pervasızca - recklessly*. Bu da bize davranışın **ağır ihmal** teşkil edecek düzeyde olmasının arandığını göstermektedir.

Bu hükümdeki “... *zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek ...*” şartı ve aynı şekilde, Varşova/La Haye Metni md. 25 de yer alan “... *with knowledge that damage would probably result ...*” ifadesi karşısında, ancak bir zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğu bilinmesine rağmen söz konusu davranışta bulunulması halinde sınırsız sorumluluğa gidilebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre taşıyanın -veya adamlarının- davranışı **şuurlu ihmal** teşkil etmelidir.

Bu konuda sonuç olarak söylenecek odur ki: Varşova/La Haye Metni ile SHK'nun hükümlerini birlikte yorumladığımız zaman, taşıyanın zarara ağır kusuru, yani kasdı veya ağır ihmali ile yol açtığı hallerde sorumluluğu sınırsız olacak; hafif kusuru yani hafif ihmali ile yol açtığı hallerde ise sorumluluğu sınırlı olacaktır<sup>452</sup>.

<sup>451</sup> Genel olarak bkz. ADAL (İlkeler), 430; ADAL (Fundamentals), 287; OĞUZMAN (Borçlar), 511-512; TANDOĞAN (Mes'uliyet), 46-49; TEKİNAY, 493-495.

<sup>452</sup> Doktrinde, sınırsız sorumluluğa dayanak teşkil edecek davranışın sıradan bir ağır kusur olmayacağı, taşıyanın ancak *çok ağır kusur* veya *ağır kusurun en üst derecesinde bir kusur* ile zarara yol açtığı hallerde sınırsız sorumluluğa tâbi tutulacağı, söz konusu olanın *alel'ulak değil, mevsuf ağırlıkta bir kusur* olduğu ileri sürülmüştür (Çağa, 202-203).

### 5. BK. nun 55. Maddesinin Uygulanması

SHK. nun 126. md. sinde, kanaatımızca oldukça hatalı ve uygulamada çeşitli sorunlara yol açacak bir şekilde, BK. nun 55. md. sine atıfta bulunulmaktadır.

Bir kere, kullanılan kavramlar gerçek bir bilgisizliği yansıtmaktadır. BK. md. 55 istihdam edenin adamlarının verdiği zararlardan doğan sorumluluğunu düzenlemektedir ve **adam** (müstahdem) kavramı hukukumuzda yeteri kadar açıklıkla tanımlanmıştır ve bilinmektedir. Buna karşılık, **yardımcı kişi** de bir o kadar iyi bilinen bir kavramdır ve BK. md. 100' de söz konusu edilmektedir. BK. md. 55 haksız fiil sorumluluğu içindedir, BK. md. 100 ise akdî sorumluluk alanına aittir. Burada ise, hepsi bir birbirine karıştırıldığı gibi, esasında BK. 100. md. nin düzenleme alanına giren yardımcı kişiler hakkında, BK. 55. md. nin kriterleri tatbik edilmesi öngörülmektedir.

Burada, kusur deyiminin, ihmal kavramının yerine kullanıldığı görülmektedir. Kasdî davranışlar zaten sınırsız sorumluluğa yol açtığına göre, konunun dışında kalacaktır, geriye ihmal kalmaktadır. Her müşahhas olay kendi şartları içinde değerlendirilecek, ihmalin derecesi failin durumu, statüsü dikkate alınarak takdir edilecektir (OĞUZMAN (Borçlar), 513). Bir meslek veya faaliyet ne derecede uzmanlık, teknik bilgi, gerçekleştirilmesinde hangi ölçüde dikkat ve özen icab ettiriyorsa, gösterilecek ihtimam ve alınacak tedbirlerin derecesi de o oranda yüksek olacaktır (TANDOĞAN (Mes'uliyet), 46-49). Bu anlamda, ihmal esasen göreceli bir kavramdır; bir müşahhas durumda hafif ihmal sayılan davranış, bir başka ortamda ağır ihmal olarak nitelendirilebilir. Bu açıdan bakılınca, zaten kendi içinde dereceli bir kavram olan ihmalin -ya da Yazar'ın kullandığı kelime ile, kusurun- standart kriterlerinin dışına çıkıp, çok çok ağır kusur, mevsuf ağırlıkta kusur gibi kavramlar gibi gereksiz kriterler getirilmesi uygun görülmemektedir.

Ayrıca, taşıyanın sınırsız sorumlu tutulması için aranacak şartlar tartışılırken, bir yandan Varşova/La Haye Sistemi'nin gelişme vetiresine de bakmak isabetli olur. *Çağa'nın* bu görüşü ortaya attığı tarihten (1988) yirmi iki yıl önce, 1966 Montreal Interim Agreement ile taşıyan, yolcu taşımalarında, mutlak sorumluluğa tâbi tutulmuştu. 1971 Guatemala City Protocol ile, bu kural teyid edildi. Gerçi, sınırlı sorumluluk yine de geçerli kaldı. 1975 yılındaki Konferans'ta düzenlenen 4 numaralı Montreal Protokolü ile, yük taşımalarında, sınırlı fakat mutlak sorumluluk prensibi kabul edildi. 1995 yılında IATA Intercarrier Agreement ile taşıyan için mutlak ve sınırsız sorumluluk rejimi getirildi, hem de bir uluslararası konvansiyon ile değil, doğrudan doğruya taşıyanların kendi serbest iradeleri ile. 1999 Montreal Konvansiyonu bu prensibi teyid etti. Bu vetire de göz önünde tutulursa, taşıyanın sınırsız sorumlu tutulabilmesi için öyle *çok ağır kusur* veya *ağır kusur* *en üst derecesinde bir kusur* aramanın Varşova/La Haye Sistemi'ndeki gelişme açısından da doğru bir yorum teşkil etmeyeceği ortaya çıkacaktır. Varşova/La Haye Sistemi'nin dışında da benzer gelişme izlenmektedir: Avrupa Ekonomik Topluluğu Komisyonu, 2027/97 sayılı Regulation ile 17 Ekim 1998 tarihi itibarı ile yolcu taşımalarında sınırlı sorumluluğu kaldırmıştır. Japon havayolu işletmeleri ise sınırlı sorumluluğu 20 Kasım 1992 tarihinde ilga etmiştir.

Bu hükme -olabildiği kadar- bir anlam verebilmek için, önce Hükümet Tasarı'sına bakmakta yarar olacaktır. Söz konusu hüküm Tasarı'da 135. md. olarak yer almakta idi. Maddenin 2. cümlesi ise şöyle yazılmıştı: “*Şu kadar ki, yardımcı kişilerin (işçilerin veya temsilcilerin), böyle bir hareket veya ihmali kendi görevleri çerçevesinde yapmış olduklarının da ayrıca ispatı gerekir.*” Görülüyor ki, Hükümet Tasarısı'nda 1955 La Haye Protokolü'nün 25. md. sindeki şarta yer verilmek istenmiştir. Her ne nedense, Kanun metninde, Hükümet Tasarı'sının kaynak metinden alınmış olan ifadesi beğenilmemiş ve ortaya çapraşık bir hüküm çıkarılmıştır.

Kanun'un da -kullanılmış bulunan çok hatalı ifadeye rağmen- aynı amacı gütmüş olduğu söylenebilir. Diğer bir görüş açısından bakılarak, taşıyanın BK. md. 100 anlamında yardımcı kişileri tarafından verilmiş bulunan zararlardan (kuşkusuz md. 126 kapsamına giren durumlarda) dahi, taşıyan aleyhine istihdam eden sıfatı ile dava açılabilceğinin belirtilmek istenmiş olduğu da ileri sürülebilir.

Söz konusu hüküm, ayrıca isbat külfetinin konusu bakımından da sorunlar yaratacak niteliktedir. Taşıyan, sorumluluktan kurtulmak için SHK. nun 123. md. sine dayanmak durumundadır. Bu madde ile BK. nun 55. md. si arasında fark vardır. BK. md. 55 genel olarak ve hatta varsayımaya dahi dayanan<sup>453</sup> bir isbat olanağı tanımaktadır. Halbuki, SHK. md. 123, Varşova/La Haye Metni'ni takiben, gerçek ve fiilî olarak tedbir alındığının veya bu gibi tedbirlerin alınmasında maddî imkânsızlık bulunduğu isbat edilmesini şart koşmaktadır. SHK. bu anlamı ile daha katı bir yol izlemiştir ve bu bakımdan, BK. 55. md. nin isbat olanaklarının burada uygulanmaması gerektiği kanaatmdayız<sup>454</sup>.

Kaldı ki, Varşova/La Haye/Montreal 4 metni md. 24/1 ve özellikle de 4 Numaralı Montreal Protokolü md. 29 karşısında, bu hükmün nasıl uygulanabileceği de ayrıca tartışma yaratacaktır.

Söz konusu hükmün, taşıyanın adamlarına rücu hakkını düzenlemek amacı ile konulduğu da söylenebilir. Fakat, Varşova/La Haye

<sup>453</sup> “... dikkat ve itinada bulunulmuş olsa bile ...”

<sup>454</sup> Ayrıca, tamamen genel olarak ifade etmek sureti ile söylenecek dahi olsa, sivil havacılığı düzenleyen kurallara uygun olarak faaliyet gösteren her havayolu işletmesi, BK. nun 55. md. sinin öngördüğü beyine külfetini rahatça yerine getirir.



Metni'nde buna değinen bir kural mevcut değildir, esasen olması da beklenemez. Bu tür bir yorum, dolayısı ile iç hat taşımaları ile uluslararası taşımalar arasında yeni bir çelişki unsuru yaratmaktan başka bir işe de yaramamış olacaktır.

Netice olarak, SHK. md. 126 c. 2 deki atfın, sadece 1955 La Haye Protokolü md. 25 hükmüne yönelik olduğu kabul edilmelidir.

### **6. Hava Konişmentosu'nun Hiç veya Usulüne Göre Düzenlenmemesi Halinde Sınırsız Sorumluluk**

Varşova/La Haye Sistemi'nde, taşıma belgeleri ve bu arada hava konişmentosunun düzenlenmesi ile ilgili hükümlere uyulmaması halinde, her aşamada giderek hafifleyen, bir sorumluluk rejimi karşımıza çıkmaktadır.

Şöyle ki:

(i) 1929 Varşova Konvansiyonu 9. md. si ile, taşıyanın yükü hava konişmentosu düzenlenmeden <sup>455</sup> kabul etmesi <sup>456</sup> veya konişmento metninde md. 8 uyarınca yer alması gereken kayıtların bulunmaması halinde, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerden yararlanamayacağını öngörmektedir <sup>457</sup>;

(ii) Varşova/La Haye Metni'nin 9. md. si ise, taşıyanın hava konişmentosu düzenlenmemesi veya konişmentonun Konvansiyon'unun 8. md. sinin 'c' bendindeki uyarıyı <sup>458</sup> ihtiva etmemesi halinde, taşıyanın 22. md. nin 2. f. sında belirtilen sorumluluk sınırlarından yararlanamayacağını söylemektedir <sup>459</sup>;

<sup>455</sup> ESCALADA'ya göre (s. 403), bu hüküm konişmentonun hiç düzenlenmemiş olduğu hallere münhasır olarak anlaşılmalıdır, bir veya iki nüshanın eksik olması, hiç konişmento düzenlenmediği anlamına gelmez.

<sup>456</sup> Diğer bir deyişle, yüklemenin yapılmakta olduğu sırada, taşıyanın konişmentonun hiç veya gerektiği gibi düzenlenmediğini bilmesine rağmen yüklemeye devam etmesi, GIEMULLA/SCHMID, md. 9 n. 8.

<sup>457</sup> Daha önce de ifade edilmiş olduğu gibi, bunlar 20., 21., 22. ve 26. md. lerde bulunan hükümlerdir, GOLDBIRSCHE, 20; MILLER, 105, 107.

<sup>458</sup> Söz konusu hüküm, bir taşıma sözleşmesinde kalkış ve varış yerleri aynı âkit devletin ülkesi içinde olmakla beraber, başka bir devletin ülkesinde bir veya daha fazla konaklama noktası öngörülmüş ise, bu noktalardan en az bir tanesinin hava konişmentosunda gösterilmesini şart koşmaktadır.

<sup>459</sup> Bu uyarının konişmento metninde aynen Varşova/La Haye Metni'nin 8/c hükmünde olduğu gibi yazılması şart değildir; taşıtana, taşımanın Varşova/La Haye Sistemi'ne tâbi

(iii) Varşova/La Haye/Montreal 4 (md. 9) ile 1999 Montreal Konvansiyonu (md. 9), hava konişmentosu hiç veya usulüne göre düzenlenmiş olmasa dahi, taşımanın yine de Konvansiyon'da belirtilen sınırlı sorumluluğa tâbi olacağını öngörmektedir.

Böylece, artık hava konişmentosu ile ilgili hükümler açısından, taşıyanın her hangi bir surette sınırsız sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

şunu da ekleyelim ki, hemen yukarıda değinilen 9. md., elektronik ortamda bilgi tutulması faraziyesini de kapsayacak şekilde yazılmıştır.

Buna karşılık, SHK. nun 110/II. md. sinin 2. c. si, taşıyanın yükü "... yük senetsiz veya yukarıda yazılı kayıtları içeren bir yük senedi vermeden kabul etmiş olması ... (halinde) ...bu Kanunun sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanama ..." yacağını âmir bulunmaktadır.

Burada karşımıza yine SHK. na tâbi olan iç hat taşımaları ile Varşova/La Haye Sistemi'ne tâbi olan dış hat taşımaları a uygulanacak hükümler arasındaki fark çıkmaktadır.

### **7. Sınırlı Sorumluluktan İradî Olarak Feragat Edilmesi**

1929 Varşova Konvansiyonu md. 22/2; Varşova/La Haye Metni md. 22/2, a; Varşova/La Haye Metni md. 22/2, b ve 1999 Montreal Konvansiyonu md. 22/3 hükümlerine göre taşıyan; yük kendisine teslim edilirken taşıtanın yükün varma yerinde kendisi için ifade ettiği değeri beyan etmesi ve bu değere göre ödenmesi gereken olan ek navlunu da ödemesi şartına bağlı olarak, her hangi bir zarar vukuunda, konvansiyonun öngördüğü sorumluluk limitleri içinde değil, fakat taşıtanın beyan etmiş olduğu değer ile sorumlu olmayı taahhüt edebilir. Bununla beraber, taşıyan, bu değerin doğru olmadığını ve yükün taşıtan için ifade ettiği kıymetin daha düşük olduğunu isbat edebilirse, yükün gerçek değerini öder

460

Diğer taraftan, 1999 Montreal Konvansiyonu md. 25 ile, yukarıda değinmiş olduğumuz özel hükümlerin de dışında, genel amaçlı bir kural

---

olduğu ve taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmış bulunduğu hakkında tam bir fikir verecek üslubda kaleme alınmiş olması yeterlidir, MANKIEWICZ, 71.

<sup>460</sup> GOLDHIRSCH, 104.

getirerek, taşıyanın taşıma sözleşmesinin Konvansiyon'un öngördüğü limitlerin üstünde sorumluluk sınırlarına tâbi olacağını veya sorumluluğunun tamamen sınırsız olacağını taahhüt edebileceğini öngörmektedir.

## VII. TAŞIYANIN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

### 1. Kurtuluş Beyyinesi

#### a. Varşova/La Haye Rejimine Göre

Varşova/La Haye Metni'nin 20. md. sine göre, taşıyan zararı önlemek için kendisinin ve adamlarının gereken bütün tedbirleri almış olduklarını veya bu gibi tedbirleri almalarına olanak bulunmadığını isbat edebildiği takdirde, sorumluluktan kurtulur (SHK. md. 124).

Dikkat edilirse, burada taşıyana salt kusuru olmadığını isbat etmekle sorumluluktan kurtulma olanağı tanınmadığı gibi, tedbir almış olmamakla beraber, velev almış olsa idi dahi zararın yine de meydana geleceğini isbat ile sorumluluktan kurtulmak gibi, farazî bir kurtuluş beyyinesi ileri sürmek hakkı da tanınmamıştır.

Taşıyan sorumluluktan kurtulmak için; her hangi bir zararın meydana gelmemesini ve taşıma sözleşmesinin amacına uygun bir şekilde tam ve gereği gibi yerine getirilmesini sağlamak üzere, tedbirli, basiretli ve özenli bir taşıyandan beklenecek tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Taşıyan, gereken tüm tedbirleri aldığını veya gereken tedbirleri almasına imkân bulunmadığını, maddî olaylara dayanarak isbat ile yükümlüdür<sup>461</sup>. Her hangi bir kazadan sonra, eğer tedbir almış olsa idi dahi zararın doğumuna engel olamayacağını isbat yoluna giderek sorumluluktan kurtulamaz; somut olayda gereken tüm tedbirleri almış olduğunu veya bunların alınmasında kendisi -ve adamları- için fiilen imkânsızlık bulunduğunu isbat etmelidir<sup>462</sup>.

Taşıyanın tedbir alma yükümlülüğü, sorumluluk yönünden tâbi olduğu özen borcunun kapsamı içinde ele alınmalıdır. Bu itibarla, taşıyanın almış olduğu tedbirlerin derecesi ve yeterli olup olmadığı değerlendirilir-

<sup>461</sup> Taşıyanın isbat külfetinin içeriği ve unsurları ile ilgili geniş açıklama için bkz. DENİZ, İnci, *Varşova Konvansiyonunda Taşıyıcının Sorumluluğu*, 50 İHFM 423-478, s. 441 vd.

<sup>462</sup> MANKIEWICZ, 100-101.

ken, özenli ve dikkatli bir taşıyandan beklenecek kapsam ve içerikte tedbir alınmış olup olmadığı incelenmelidir.

Bu temel prensip doğrultusunda, taşıyan gerçekten somut olayda talebe sebep oluşturan zararın ortaya çıkmaması için gereken tüm tedbirleri fiilen almış olduğunu ve bunların alınmasının fiilen imkânsız bulunmuş olduğunu isbat etmelidir<sup>463</sup>.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız esaslar, yükün kaybindan veya hasara uğramasından doğan talepler bakımından olduğu kadar, gecikmeden doğan talepler için de geçerlidir.

SHK. md. 123 hükmü de, yukarıda atıf yapmış olduğumuz Varşova/La Haye Metni md. 20'den alınmıştır ve değindiğimiz hususlar, bu hüküm için de söz konusudur.

#### **b. 4 Numaralı Montreal Protokolü'ne Göre**

4 Numaralı Montreal Protokolü, yük taşıma sözleşmeleri bakımından mutlak sorumluluk esasını getirirken, doğal olarak, taşıyan için bu prensibe uygun kısıtlı kurtuluş beyyineleri tanımlamıştır (md. 18/3). Buna göre taşıyan yükün kaybı veya maruz kaldığı hasar dolayısı ile meydana gelen bir zarar karşısında sorumluluktan kurtulabilmek için, zarara aşağıdaki hallerden birinin sebep olduğunu isbat etmelidir:

- a. Yükün kendi kusuru, niteliği veya ayıbı;
- b. Yükün paketlenmesinin taşıyandan veya adamlarından başka birisi tarafından yapılmış olduğu hallerde, ambalaj hatası;
- c. Savaş veya silahlı çatışma hali;
- d. Kamu otoritelerinin yükün giriş, çıkış veya transit geçişi ile ilgili bir tasarrufu.

#### **c. SHK. Hükümleri Açısından**

Hemen yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere; SHK. md. 123, Varşova/La Haye Metni'nin 20. md. sinden alınmıştır.

Daha evvel de tartışmış olduğumuz surette; Kanun, Varşova/La Haye Rejimi'nden alınmıştır ve dolayısı ile, yük taşıma sözleşmesi bakı-

<sup>463</sup> MANKIEWICZ, 101; MILLER, 166.

mından (keza yolcu taşıma sözleşmesi bakımından da) kusur sorumluluğu prensibini kabul etmiştir. Bu açıdan, yurt içinde yapılacak yük taşımalarında taşıyan için kurtuluş beyyinesi, yukarıda (a) başlığı altında açıklamaya çalıştığımız çerçeve içinde mutalea edilecektir.

Buna mukabil, Türkiye ile 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü onaylamış bir başka devletin ülkesi arasında yapılacak yük taşımalarında, taşıyan 4 Numaralı Montreal Protokolü'nün hükümleri ile tanınmış olan kurtuluş beyyinelerine dayanabilecektir.

Hemen ifade edelim ki, Türkiye ile sadece 1929 Varşova Konvansiyonu'na taraf olan bir devletin ülkesi arasında yapılacak taşımalara 1929 Varşova Konvansiyonu uygulanacaktır, fakat, bu Konvansiyon ile Varşova/La Haye Rejimi arasında bir fark olmadığı bilinmektedir.

## 2. Müterafık Kusur

Sorumluluk hukukunda genel-geçer bir sorumsuzluk sebebi olarak görülen müterafık kusur ile her hangi bir hüküm SHK. nunda yer almamıştır.

Buna karşılık, Varşova/La Haye Sistemi, müterafık kusur halinde, taşıyanın sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulabileceğini öngörmektedir.

Kanaatımızca, SHK. nun 106. md. sindeki atıf dolayısı ile, Varşova/La Haye Sistemi'nin bu konuyu düzenleyen kurallarının, SHK. bakımından da uygulanması gerekir<sup>464</sup>.

Varşova/La Haye Metni'nin 21. md. sine göre, eğer taşıyan zarar gören kişinin, zararın doğmasına veya artmasına kendi kusuru yol açmış olduğunu isbat ederse, davaya bakan mahkeme kendi hukukunun kurallarına göre, taşıyanı sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtarabilir.

Varşova/La Haye Sistemi, zarar gören kişinin müterafık kusurunun, taşıyanın sorumluluktan kurtulması için, prensip olarak, sebep teşkil edeceğini öngörmekle beraber, müterafık kusur halinin hukukî sonuçlarını millî kanunların düzenlemesine bırakmakta ve aynı zamanda mahallî mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. *Lex fori* müterafık

<sup>464</sup> Aynı görüşte ÜLGEN (Hava), 188-189.

kusura yer vermediği takdirde, taşıyan sorumluluktan kurtulamayacağı gibi, kurtulması mümkün olsa dahi, sorumluluktan tamamen mi yoksa kısmen mi kurtulacağı, davaya bakan mahkemenin takdirine bağlı olacaktır.

Doktrinde, zararın, zarar gören kişinin adamları veya yardımcı kişilerinin kusuru dolayısı ile ortaya çıkmış olduğu hallerde de, taşıyanın söz konusu kişilerin kusuruna dayanarak müterafik kusur savunmasında bulunabileceği kabul edilmektedir <sup>465</sup>.

Hukumumuzda müterafik kusur BK. md. 44/I ile kabul edilmiş olduğu cihetle, Varşova/La Haye Metni'nin söz konusu hükmü Türk mahkemelerinde uygulanabilecektir <sup>466</sup>.

1999 Montreal Konvansiyonu'nda, müterafik kusur konusu daha genişletilmiş olarak, 20. md. de düzenlenmiştir. Yeni madde, her ne kadar eski maddenin sadece *negligence* deyimini kullanmasına karşın, *negligence or other wrongful act or omission* deyimlerini kullanarak, müterafik kusurun içeriğini daha kapsamlı olarak belirtmek yoluna gitmiş ise de, sonuçta kastedilen *kusur* olmaktadır <sup>467</sup>. Madde, doğal olarak, müterafik kusuru davacı açısından aldığı gibi, davacının hakkını elde etmiş olduğu diğer bir kişinin kusurunu da taşıyanı sorumluluktan kurtaracak nitelikte bir müterafik kusur olarak ele almıştır <sup>468</sup>. Bu hüküm özel olarak yük taşıma sözleşmelerinde, taşıtanın kusurunun bulunduğu hallerde, taşıyanın bu sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmasına dayanak sağlayacaktır.

Ayrıca, 1999 Montreal Konvansiyonu md. 20, *lex fori* hükümlerine olan atfa yer vermediği gibi, hakimın yetkisine dair olan ifadeyi de kaldırmıştır. Böylece, Varşova/La Haye Sistemi'nin hukukî yapısına <sup>469</sup>

<sup>465</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 21 par. 12; MANKIEWICZ, 107.

<sup>466</sup> Konu ile ilgili ayrıntılar ve özellikle Varşova/La Haye Metni'nde kullanılan kavramlar hakkında açıklamalar ile metnin Türkçe tercümesindeki hata ile ilgili olarak bkz. SÖZER (Sorumluluk I), 801-803 ve dn. 9 ve 10; SÖZER (Sorumluluk II), 60-61.

<sup>467</sup> Varşova/La Haye Metni'ndeki *negligence* deyimini de, dar anlamı ile *ihmal* olarak değil, fakat genel anlamı ile *kusur* olarak anlaşılmalıdır, bkz. SÖZER (Sorumluluk I), 802 dn 9; SÖZER (Sorumluluk II), 61 dn. 167.

<sup>468</sup> "... *negligence or other wrongful act or omission of the person claiming compensation, or the person from whom he or she derives his or her rights ...*"

<sup>469</sup> Bkz. yukarıda § 1/I, 6.

ilişkin teoriye uygun olarak, müterafik kusurun sonuçlarını da Konvansiyon doğrudan doğruya düzenlemek yoluna gitmiştir. Bununla beraber, taşıyanın sorumluluktan müterafik kusurun zarara olan etkisi oranında kurtulabileceği prensibini saklamıştır.

### 3. Akdi Hükümler

SHK. 125/I uyarınca, taşıma sözleşmesine konulacak hüküm ve şartlar ile taşıyanın sorumluluğunun tamamen veya kısmen kaldırılması veya sorumluluk sınırlarının indirilmesi caiz değildir. Bu gibi hüküm ve şartlar geçersiz olur, fakat sözleşmenin kendisi yürürlükte kalır. Sadece, yük taşıma sözleşmelerine yükün niteliği, özrü veya gizli kusurundan doğacak zararlardan taşıyanın sorumlu olmayacağına dair hüküm konulabilir (md. 125/II).

Bu madde Varşova/La Haye Metni md. 23'ten aynen alınmıştır.

Bu madde 1999 Montreal Konvansiyonu'na 26. md. olarak geçmiş, fakat, II. fıkrası alınmamıştır, çünkü, yükün niteliği, özrü veya gizli kusurundan doğacak zararlardan taşıyanın sorumlu olmayacağı doğrudan doğruya Konvansiyon kuralı olarak kabul edilmiş ve taşıyan için bir kurtuluş beyinesi olarak md. 18/2, a hükmünde yer almıştır.

## VIII. SORUMLULUK DAVASI

### 1. Hasarın veya Gecikmenin İhbarı

SHK'nun 128. md. si, yükün tesliminde belli usulün izlenmesini ve buna bağlı olarak bazı karineleri öngörmektedir.

Yükün onu teslim almaya yetkili olan kişiye -veya bu işlem için yetkisi olan temsilcisine- teslimi sırasında, daha da doğru bir ifade ile, taşıyanın yükün üzerindeki doğrudan zilyedliğini devir işlemi tamamlanırken, yükte her hangi bir hasar var ise, bunun taşıyana bildirilmesi gerekir; bu bildirim usulü dairesinde yapılmaması halinde ise, yükün hava konişmentosundaki kayıtlara uygun olarak ve -SHK. md. 128. deki ifade ile- *iyi durumda* teslim edildiği, *karine olarak*, kabul edilir. Burada, taşıyan ile yükü teslim alan arasında bir zilyedliğin devri anlaşmasının da yapılmış olması icab eder. Taşıyan ile yükü tesellüme yetkili kişinin, taşıma sözleşmesi uyarınca taşıyanın yükümlülüklerinin sona erdirilmesi amacı ile ve sözleşme hükümleri dairesinde yükün zilyedliğinin devre-

dilmesi hususunda anlaşmaları halinde ve ancak bu anlaşmadan sonra md. 128 hükümlerini doğurmaya ve özellikle de süreler işlemeye başlayacaktır.

Madde metnindeki iyi durumda teslim, alındığı haline uygun surette teslim anlamına yorumlanmalıdır. İhbarın, öngörüldüğü surette ve zamanda yapılmaması halinde, taşıyan lehine bir karine doğar ve daha sonra bir hasarın ortaya çıkması halinde, bunun taşıyanın sorumlu olduğu bir sebepten meydana gelmiş olduğunu isbat yükü talepte bulunana ait olur.

Yükün hasara uğramış olduğu hallerde, ihbarın hasarın tesbiti ile birlikte, derhal yapılması lâzımdır. Şu kadar ki, ihbarın teslimden itibaren en geç ondört gün içinde yapılmış olması da şarttır.

İhbar bakımından görülebilir hasar - gizli hasar ayırımı yapılmamıştır. Bununla beraber, hükmün genel-geçer prensip uyarınca, görülebilir hasarlarda ihbarın derhal, gizli hasarlarda ise, tesbit edildikten sonra hemen ve en geç tesellümden itibaren ondört gün içinde yapılması gerekeceği şeklinde anlaşılması doğru olur<sup>470</sup>.

Gecikme halinde ise, ihbarın yükün teslim edildiği tarihten itibaren en geç yirmibir gün içinde yapılması gerekmektedir.

SHK. md. 128/III hükmüne göre, ihbarın yazılı olarak yapılması şarttır. İhbarın yazılı olarak yapılma şartı, tesbit edilen hasarın hava konişmentosunun üstünde gösterilmesi sureti ile gerçekleştirilebilir. Bu alternatif, teslim / tesellüm işleminin *hâzırlar arasında* ikmal edildiği hallerde uygulanabilir.

Bunun dışında md. 128/III "... yazılı olarak ... yapılması gerekir ..." ibaresinden başka bir ayrıntı ihtiva etmemektedir. Kanaatımızca, burada ihbar kavramının amacı ve ona bağlanan hukukî sonuçlar dikkate alınarak yorum yapılmalıdır. Bu itibarla, ihbarın ya taşıyana veya yetkili temsilcisine elden ve imza karşılığında yapılması, ya da, şartları mevcut

<sup>470</sup> ÜLGEN(Hava), 209.



olduğu takdirde, TK. md. 20/III hükmü uyarınca noter aracılığı ile <sup>471</sup> veya iadeli taahhütlü mektupla yapılması icab edecektir <sup>472</sup>.

Yazılı olarak ihbar yapılmasında süreler nasıl hesaplanacaktır ? Bu konuda SHK. md. 128 her hangi bir kural ihtiva etmemektedir. SHK. 106. md. den yararlanılarak, Varşova/La Haye Metni 26. md. ye başvuracak olursak; md. 26/2 süreleri belirtmekte ve md. 26/3 ise, yazılı ihbarın söz konusu süreler içinde *gönderilmesi* <sup>473</sup> gerekir demektedir. Doktrinde, maddede kullanılan ifade lafzen yorumlanmakta ve ihbarın taşıyana varıldığı tarihin önemli olmadığı, ihbarın postada kayıp olması riskinin de taşıyana ait olacağı söylenmektedir <sup>474</sup>.

Md. 128/IV hükmüne göre, ihbarın yukarıda belirtilen süreler içinde yapılmaması halinde “... *hileli davranması hali hariç, taşıyıcı aleyhine dava açılmaz.*” Buna göre, SHK. md. 128/I-III hükümlerine uyulmadığı takdirde, yükün hasarı veya telef olması sebebi ile veya taşımadaki gecikmeden doğan zarara dayanılarak taşıyan aleyhine tazminat davası açılmaz.

Bu kuralın istisnası taşıyanın hileli davranışlarda bulunmuş olmasıdır. Burada hile kavramından anlaşılması icab eden, taşıyanın hasarı gizleyerek veya başka surette iyi niyet ilkelerine aykırı hareket ederek, yükü tesellüme yetkili kişinin maddede öngörülen ihbar yükümünü yerine getirmesini engelleyici davranışlarda bulunmasıdır <sup>475</sup>.

1929 Varşova Konvansiyonu’nda bu hüküm 31. md. de yer almıştır. Elektronik konişmento kullanılması ihtimali dikkate alınarak, Varşova/La Haye Metni’ne oranla iki değişiklik yapılmıştır: Birinci fıkrada, taşıma belgesine yapılan atfa, elektronik konişmento da eklenmiş ve yine elektronik konişmento alternatifi düşünülerek üçüncü fıkrada ihbarın taşıma belgesinin üzerine yazılabileceği şıkkı çıkarılmıştır.

<sup>471</sup> Her şart altında, noter aracılığı ile ihtarname gönderilmesi en garantili yol olacaktır.

<sup>472</sup> Varşova/La Haye Sistemi’nin hiçbir uygulanma olanağı bulunmayan uluslararası taşımalarda, gerek ihbarın konusu ve içeriği ve gerekse de prosedür yönünden, teslim yerinde geçerli olan kurallara uyulması gerekecektir.

<sup>473</sup> “... *dispatched* ...”

<sup>474</sup> GIEMULLA/SCHMID, md. 26 par. 17.

<sup>475</sup> MILLER, 173

## 2. Taraflar

### a. Davacı

Varşova/La Haye Sistemi'nde yükün kayıp olması veya telef olması veya hasara uğraması hallerinde davacılık sıfatının kime ait olacağına dair açık bir hüküm yoktur.

Meseleye teorik açıdan baktığımız zaman, davacı sıfatının, önce, taşıma sözleşmesinin tarafı olarak, taşıtana ait olacağını söyleyebiliriz. Ancak, taşıma sözleşmesinin, hukukî niteliği bakımından, üçüncü kişi yararına sözleşme olması dolayısı ile, gönderilenin de talep hakkı mevcuttur. Netekim, Varşova/La Haye Metni md. 13/1 gönderilenin yükün teslimini istemek hakkından söz etmektedir; doğal olarak bu talebi yerine getirilmediği takdirde, dava yoluna gitmek hakkına da sahiptir. Md. 13/3 de de, taşıyanın yükün kayıp olduğunu ikrar etmesi veya yükün varması gereken günden yedi gün geçtikten sonra dahi varma yerine gelmemesi halinde, talep hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir.

Bununla beraber, burada bir noktayı açıklamak yararlı olacaktır. Yukarıda, 13. md. ye, gönderilenin yükün kayıp olması veya hasara uğraması halinde talep hakkına ve buna dayanarak da aktif husumet ehliyetine sahip olduğu belirtilmek için atıf yapılmıştır; fakat, md. 14 hükmüne dayanılarak açılacak davanın yük ziya veya hasarları ile ilgisi olmayıp, 12. ve 13. md. lerde sözü edilen taleplere ilişkindir<sup>476</sup>.

Yükün sahibi aynı zamanda taşıtan değilse, taşıyana karşı haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açabilir.

*Mütevali taşımalara* ilişkin olan 30. md. nin 3. f. sı; ilk taşıyana karşı taşıtanın ve son taşıyana karşı gönderilenin dava açmaya hakkı olduğunu, ayrıca yükün kayıp olduğu veya hasara uğradığı bacağı yapan taşıyanı hem taşıtanın ve hem de gönderilenin dava edebileceğini öngörmektedir.

<sup>476</sup> GOLDHIRSCH, 50.

## b. Davalı

Davalı taşıyandır. Ayrıca, gerek SHK. md. 127 ve gerekse de Varşova/La Haye Metni md. 25 A hükmüne dayanılarak, taşıyanın adamlarının aleyhine de dava açılabilir.

Taşımanın birbiri ardınca değişik taşıyanlar tarafından yapıldığı hallerde, doğru deyimini ile *mütevali taşımalarda* <sup>477</sup>, Varşova/La Haye Metni'nin md. 30/3 uyarınca, taşıyanın açacağı dava, taşımanın birinci bacağı yapan taşıyana yöneltilecektir. Gönderilenin açacağı davada ise, davalı taraf taşımanın son bacağı yapan taşıyan olacaktır. Kayıp, hasar veya gecikmenin vaki olduğu bacağı yapan taşıyana karşı ise, hem taşıyan ve hem de taşıyan dava açabilmektedir.

SHK., yine tuhaf bir redaksiyon hatası veya tercümede yapılan bir yanlışlık dolayısı ile, Varşova/La Haye Metni'nin md. 30/2 ve 30/3 hükümlerini, oldukça karışık bir düzenleme içinde md. 129/II ve III olarak almıştır.

Varşova/La Haye Metni md. 30/2 sadece yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkindir, bu sebeple SHK. md. 129/II deki *yük sahipleri* ile ilgili ibarenin burada olmaması gerekirdi, çünkü, yük taşımaları ile ilgili kural 3. f. da yer almaktadır.

Varşova/La Haye Metni md. 30/3 sadece bagaj ve yük taşıma sözleşmelerine ilişkindir ve SHK. md. 129/III deki ifade doğrudur.

Ayrıca Varşova/La Haye Sistemi'nde *yük sahipleri* diye bir kategori yoktur. Aslında SHK. nun da da, *yük sahipleri* diye bir kategori olmadığı gibi, md. 129/III de anılan *gönderici* diye de bir taraf yoktur; taşıma sözleşmesinin tarafları olarak Kanun taşıyan ile yükleteni anmaktadır.

## 3. Yetkili Mahkeme

### a. SHK' na Göre

SHK. taşıyan aleyhine açılacak davalarda hangi mahkemenin yetkili olacağına dair özel bir hüküm getirmemiştir. Bu itibarla ve 106. md. deki atfa rağmen, burada, başta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

<sup>477</sup> SÖZER (Milletlerarası Taşımalar), 386-388.

olmak üzere, iç hukukta geçerli yetki ve göreve ilişkin genel kuralların uygulanmasının daha doğru olacağı kanısındayız.

### **b. Varşova/La Haye Sistemi'ne Göre**

Varşova/La Haye Metni'nin 28. md. sinde yer alan kurala göre, tazminat talebi ile taşıyan aleyhine dava âkit devletlerden bir tanesinin ülkesinde bulunmak koşulu ile, aşağıdaki mahkemelerden her hangi bir tanesinde açılabilir.

Bu mahkemeler, Varşova/La Haye Sistemi'nin kapsamına giren tazminat davalarında yegâne yetkili mahkemelerdir. Bunlardan başka bir mahkemenin önünde açılacak dava, yetkisiz mahkeme önünde açılmış olacaktır. Bu bakımdan, dava açıldığı zaman, mahkemenin yetki sahibi olup olmadığını tesbit etmesi gerekecektir. Ayrıca, mahkeme uyuşmazlığına Varşova/La Haye Sistemi'nin uygulanıp uygulanmayacağını, diğer bir ifade ile, davanın Varşova/La Haye Sistemi'nin kapsamına girip girmediğini tayin etmelidir.

Ayrıca md. 32, taşıma sözleşmesinde veya zararın meydana gelmesinden önceki bir dönemde yapılacak özel bir anlaşma ile, 28. md. de sayılan mahkemelerden başka bir mahkemenin yetkili olacağını kararlaştırılmasını yasaklamakta ve böyle bir şartın geçersiz olacağını söylemektedir.

Değinilen 28. md. yer itibarı ile yetki kuralı niteliğinde ve sadece taraf devletler seviyesindedir. Davanın açılması gereken münferit mahkeme, millî hukuka göre belirlenecektir.

(i) *Taşıyanın ikametgâhının bulunduğu yerdeki mahkeme*: Taşıyanın ikametgâhı, taşıyan gerçek kişi olduğu takdirde, *lex fori* hükümlerine göre saptanacaktır. Birçok hukuk sistemlerinde kabul edildiği üzere, prensip olarak taşıyanın devamlı surette iş yapmak iradesi ile bulunduğu yer, ikametgâhı olarak kabul edilecektir.

Taşıyan tüzel kişi olduğu takdirde ise, ikametgâhı, tüzüğünde veya esas mukavelesinde gösterilen yer veya böyle bir kayıt yok ise, amaç ve konusuna giren işlerin idare ve kontrol edildiği yer olarak kabul edilmelidir.

(ii) *Taşıyanın esas iş merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme:* Taşıyanın esas iş merkezi, çoğu halde, taşıyanın ikametgâhı ile aynı yeri ifade edecektir. Bununla beraber, özellikle çok uluslu işletmelerde, kanunî hükümlere göre gösterilen yer ile, işletmenin üst düzey kararlarının alındığı ve amaç ve konusuna giren işlerin idare ve kontrol edildiği yer ayrı olabilmektedir. Böyle bir durumda, davacının bunlardan her hangi bir tanesinin bulunduğu yerde dava açabilmesi kabul edilmelidir.

(iii) *Taşıyanın taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu iş yerinin bulunduğu yerdeki mahkeme:* Davacı davasını, taşıma sözleşmesini taşıyanın hangi iş yerinde, yani şubesinde, bilet satış mahallinde, acentasında yapmış ise, oradaki mahkemede de açabilir.

Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için bazı şartlar aranmaktadır:

Taşıyanın sadece mahallî satış bürosunun bulunması o yerde dava açılabilmesi için yeterli sayılmamaktadır. Özellikle, taşıma sözleşmesi başka yerde yapılmış olup da, davanın açılmak istendiği yerde, sadece yerel uçuşlar için yük kabul işlemlerini yapan veya taşıma belgeleri ile ilgili işlemleri tamamlayan bir teşkilat varsa bu da yetkinin tesbiti için yeterli bir şart olarak görülmemektedir.

Taşıma sözleşmesinin taşıyan nam ve hesabına sözleşme yapmaya yetkili bir birim ile yapılmış olması lâzımdır. Sözleşme, bağımsız bir satış teşkilatı, meselâ genel-geçer hizmetler sunan bir acenta aracılığı ile yapıldığı takdirde, söz konusu işletmenin bulunduğu yerin mahkemesi yetkili sayılmaz.

IATA acentaları, sistemin gereği olarak, taşıma sözleşmelerinin kurulmasında taşıyanları temsil ettiği için, akdin bir IATA acentası aracılığı ile yapıldığı hallerde, acentanın bulunduğu yerde dava açılabilir.

(iv) *Varma yerindeki mahkeme:* Varma yeri, taşıtan ile taşıyan arasındaki taşıma sözleşmesine göre, taşıma borcunun tam ve gereği gibi ifa edilmiş olacağı son noktadır.

Diğer bir tanımla varma yeri, yükün gönderilene teslim edilmesi kararlaştırılmış olan yerdir<sup>478</sup>.

<sup>478</sup> Ayrıntılı bilgi, özellikle konu ile ilgili mahkeme kararları için bkz. SÖZER (Sorumluluk I), 803-807.

Ek bir bilgi olarak söyleyelim ki, 1999 Montreal Konvansiyonu *sadece yolcu taşıma sözleşmeleri için* beşinci bir mahkeme daha öngör-müştür: Kazanın vaki olduğu zaman, yolcunun asıl ve devamlı ikametgâ-hının bulunduğu yerdeki mahkeme (md. 33/2) <sup>479</sup>.

28. md. nin 2. f. sına göre, usule ilişkin hususlar davaya bakan mahkemenin hukukuna tabidir.

#### 4. Tahkim

Varşova/La Haye Metni'nin 32. md. sinin 2. c. si, sadece yük ta-şıma sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar ile sınırlı olmak kaydı ile, tarafların ihtilaflarını tahkim yolu ile çözmelerine imkân sağlamaktadır. Ancak, tahkimin Konvansiyon hükümlerine tâbi olması ve 28. md. de sayılan yerlerden bir tanesinde yapılması şarttır.

Bu hüküm 1999 Montreal Konvansiyonu'nda 34. md. olarak yer almış olup, oldukça ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir.

Yeni hükümde, tahkim şartının veya anlaşmasının yazılı olması açıkca öngörülmüştür (md. 34/1). Tahkim, davacının tercihinine göre, yine yukarıda gösterilmiş olan yerlerden bir tanesinde yürütülecektir (md. 34/2). Hakemin veya hakem kurulunun, Konvansiyon hükümlerini uy-gulayacağı belirtilmiştir (md. 34/3).

Ayrıca 4. f. ile de, 2. ve 3. f. hükümlerinin her tahkim anlaşmasının veya şartının ayrılmaz bir parçası olarak telâkki edileceği ve bunlara ay-kırı anlaşma veya şartın geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

#### 5. Dava Sebebi <sup>480</sup>

Bu konuyu bundan evvelki çalışmalarımızda etraflı bir surette in-celemiş idik, bu bakımdan, genel hatları ile bunlara atıf yapmakla yetin-meyi tercih etmekteyiz <sup>481</sup>. Burada, meseleyi, sadece kavramsal olarak ele almak ve bir de yukarıda § 1/I, 6 başlığı altında tartıştığımız mesele ile bağlantılı olarak irdelemek istiyoruz.

<sup>479</sup> Bu konu için bkz. SÖZER (Montreal), 183-184.

<sup>480</sup> Konunun çeşitli yönleri ile incelendiği kaynak olarak bkz. CALKINS, *The Cause of Action Under the Warsaw Convention*, 26 JALC 219 vd. Ayrıca bkz. KREINDLER, 11.08.

<sup>481</sup> SÖZER (Sorumluluk I), 809-812; SÖZER (Sorumluluk II), 64-65; SÖZER (Montreal), 184-189.

Bu konuda bir görüş, Varşova/La Haye Sistemi'nin uygulanmasında davacının önce ya akde ya da haksız fiile dayanması gerekeceğini söylemektedir. Buna göre, -eğer davada yabancılık unsuru varsa, davaya bakan mahkemenin kanunlar ihtilâfi kurallarına göre bulunacak hukuk sisteminin hükümleri dairesinde- dava sebebi belirlenecektir <sup>482</sup>.

Diğer görüşe göre ise, Varşova/La Haye Sistemi kendi hükümleri içinde dava sebebi ihdas etmiştir, başka bir hukuk kaynağına bakmanın gereği yoktur. Varşova/La Haye Sistemi hukukun milletlerarası alanda birleştirilmesi amacı ile hazırlanmıştır, dolayısı ile uygulanmasında kanunlar ihtilâfi kurallarına baş vurulması özellikle hatalı bir usul teşkil eder <sup>483</sup>.

Hemen ifade edelim ki, işin özü Anglo-Saxon Hukuku'nun kavramları ile Kara Avrupası Hukuku'nun kavramları arasındaki farktan ileri gelmektedir. Daha da doğrusu, daha önce de söylediğimiz gibi, Anglo-Saxon Hukuku'nun, bizim anladığımız manâsı ile, kavram disiplinine sahip olamamasıdır.

Devamlı olarak dava sebebi (Cause of Action) diye tartışılan konu esasında, *sorumluluk sebebidir* veya *sorumluluk halleridir*. Varşova/La Haye Sistemi taşıyan hangi *hallerde* veya *hangi sebeplerden dolayı* sorumluluk taşıyacağını belirtmektedir <sup>484</sup>.

Varşova/La Haye bağımsız bir dava sebebi yaratmamaktadır. 24. md. (1999 Montreal Konvansiyonu'nda 29. md.), 17., 18. ve 19. md. lere atıf yaparken sadece taşıyanın sorumluluk taşıdığı halleri göstermekte ve bu sorumluluk hallerine dayanılarak açılacak davaların Konvansiyon'un öngördüğü şartlara ve sorumluluk sınırlarına bağlı olarak görüşülüp karara bağlanacağını ifade etmektedir. Fakat, davacı önce davasında taşıyan ile arasında kurulmuş bulunan taşıma sözleşmesine mi yoksa haksız fiile mi dayandırdığını beyan etmelidir. Dava sebebi ya akdin ihlaline dayanır ya da haksız fiile <sup>485</sup>. Taşıyanı, yükün maruz kaldığı hasar dolayısı ile

<sup>482</sup> MILLER, 224 vd.; ÜLGEN (Hava), 214.

<sup>483</sup> GIEMULLA/SCHMID, Introduction par. 19 ve md. 24 par. 1; GOLDBIRSCHE, 115.

<sup>484</sup> Diğer bir ifade ile, mesele "... *den sorumluluk*" noktasında toplanmaktadır. Kavram için bkz. ÇAĞA/KENDER I, 138 vd.; ayrıca bkz. SCHWARZ, 75 vd.

<sup>485</sup> Sebepsiz zenginleşmeye dayanacak davalar da olabilir; örneğin, bedeli ödenmiş olduğu halde yükün uçağa alınmayarak, yerine daha yüksek navlunlu bir yükün tercih edilmesi,

dava ederken, sorumluluk sebebi yükün hasara uğratılmasıdır; fakat, davanın sebebi olarak ya taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmediği veya haksız fiil ile yüke zarar verdiği ileri sürülecektir.

Diğer taraftan, Varşova/La Haye Sistemi'nin kapsamına almadığı sorumluluk sebepleri de vardır, örneğin, taşıyanın yükü teslim almaması, teslim almakla beraber fiilen yüklememesi vb. gibi. Bu tür davalar, doğal olarak uyumsuzluğa uygulanabilecek millî hukukun çerçevesinde görülecektir. Fakat, meseleye yukarıda, § 1/I, 6 başlığı altında değinmiş olduğumuz kararlar açısından bakıldığında, taşıyan aleyhine millî hukuklara dayanılarak dava açılması caiz görülmediğinden, verdiğimiz örneklerdeki gibi durumlarda, yük sahibinin her hangi bir hakkı olamayacaktır. Böyle bir yaklaşımın ise, anılan kararlarda yer alan ve bir oranda da olsa haklılık payı bulunan gerekçelere rağmen, doğru olmayacağı kanaatındayız.

Kanaatımızca, Varşova/La Haye Sistemi'nin kapsamı içinde kalan havayolu ile taşıma sözleşmelerinden doğacak uyumsuzluklar, doğal olarak Varşova/La Haye Sistemi'nin kurallarına göre ele alınıp karara bağlanacaktır. Bununla beraber; maddî olayın cereyan şekline göre Varşova/La Haye hükümlerine göre taşıyanın sorumlu tutulması için gereken şartların tahakkuk etmediği durumlarda veya Varşova/La Haye hükümlerinin taşıyan için hiç sorumluluk öngörmediği olaylarda, davacı talebini millî hukuka dayandırabilecektir. Ancak, dava Varşova/La Haye Sistemi'nin şartları ve sorumluluk sınırlarına tâbi olacaktır.

### *6. Dava Açma Süresi*

SHK. nun 131. md. si ile sorumluluk davasının uçağın varma yerine eriştiği tarihten veya erişmesi gereken tarihten veya taşımanın durduğu tarihten itibaren iki yıl içinde açılması gerektiği, bu sürenin geçirilmesi halinde tazminat talep hakkının düşeceği belirtilmektedir.

Burada sözü edilen dava, taşıyan aleyhine Kanun'un 120., 121. ve 122. md. lerine dayanılarak açılacak tazminat davasıdır. Bu hüküm, aynı sebeplerle, taşıyanın adamları aleyhine 127. md. uyarınca açılacak davalar hakkında da uygulanır.



Söz konusu iki yıllık süre, taşıyanın sınırsız sorumlu olduğu iddiası ile açılacak davalarda da geçerlidir.

Yukarıda değinilen maddelerden doğmayan veya taşıyan sıfatına sahip bulunmayan kişiler aleyhine açılacak davalarda bu hüküm uygulanmaz<sup>486</sup>.

Varşova/La Haye Metni md. 29 da da aynı hüküm yer almaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrası, sürenin hesaplanmasında davaya bakan mahkemenin millî kanununun esas alınacağını söylemektedir.

Bu sürenin hukukî niteliği nedir ? Zamanaşımı süresi midir, hak düşürücü süre midir ?

İlk bakışta Kanun'un ifadesi bu iki yılın daha ziyade hak düşürücü süre olduğu kanaatini uyandırmaktadır.

Burada, Varşova/La Haye Metni md. 29 ile ilgili tartışmalara bakmakta yarar olacaktır.

İngiliz doktrini, 29. md. yi hak düşümü süresi olarak kabul etmektedir<sup>487</sup>. Bu itibarla, sürenin durması veya kesilmesi söz konusu olmaz. Md. 29/2 deki atıf, sadece maddî hesaplama ile ilişkindir; meselâ yıl 365 gün olarak mı alınacak, 12 ay olarak mı ?

Uygulamada da bazı kararların 29. md. yi hak düşürücü süre olarak yorumladıkları görülmektedir<sup>488</sup>.

Fransız mahkemeleri de, uzun bir dönem 29. md. nin hak düşürücü süre öngördüğünü kabul etmişlerdir<sup>489</sup>.

Diğer taraftan 29. md. yi zaman aşımı süresi getiren bir hüküm olarak kabul eden kararlar da mevcuttur<sup>490</sup>. Özellikle, Fransa'da İstinaf

<sup>486</sup> Örneğin, taşıyanın navlun talebi ile veya taşıyan aleyhine yükün teslim alınması ve uçağa yüklenmesi talebi ile açılacak davalar veya varna yerinde yükün teslimi için açılacak dava bu hükme tâbi değildir.

<sup>487</sup> MANKIEWICZ, 138.

<sup>488</sup> Barcelona Court of Appeal, 9 Ekim 1973 [1977] 1 LMCLQ 99; T.W.A. v. Kahn, 5 Ekim 1981, XVIII ETL 411.

<sup>489</sup> Cour d'Appel de Grenoble, 13 Mayıs 1975, 1 Air Law 305; Cour d'Appel de Riom, 21 Kasım 1974, 1 Air Law 305. Ayrıca bkz. MANKIEWICZ, 137.

<sup>490</sup> Bergman v. Pan American Airways, 10 Avi. 18.363; Lewin v. Air Jamaica, 4 Haziran 1976, 14 Avi. 17.251; Egan v. Kollsman Instrument Co., 18 Ekim 1964, 9 Avi. 17. 280.

Mahkemesi'nin 14 Ocak 1977 tarihli kararı ile <sup>491</sup> söz konusu hükmün zaman aşımı süresini ifade ettiğini kabul etmesi, bu doğrultudaki yorumları desteklemek bakımından önem taşımıştır. Bu karar aslında Yüksek Mahkeme'nin 24 Haziran 1968 <sup>492</sup> ve 4 Kasım 1968 <sup>493</sup> tarihleri ile şekillenmeye başlayan tutumunun son aşamasını oluşturmuştur <sup>494</sup>.

Kanaatımızca, Varşova/La Haye md. 29 hükmü *zamanaşımı* süresi olarak kabul edilmelidir. Öncelikle belirtelim ki, akdî ilişkilerde, tereddüt halinde, hak düşümü süresi yerine zamanaşımı süresinin tercih edilmesi, sözleşme hukukuna egemen olan prensiplere daha uygun düşer. Hak düşümü süreleri açık kanun hükmü ile belirlenir; asıl olan zamanaşımıdır.

Söz konusu 29. md. nin 2. f. ile sürenin hesabının *lex fori* hükümlerine göre yapılacağı söylenmektedir. Bu suretle, zımnen ve dolaylı bir şekilde de olsa, iki yıllık sürede bir takım kesilmelerin ve durmaların öngörülmüş olduğu anlaşılmaktadır. Bu da anılan hükmün zamanaşımı süresini kastettiğini göstermektedir. Md. 29/2 iki yılın ne zaman başlayacağını belirttiğine göre, ne zaman biteceğinin hesabı basit bir işleme bağlı olacaktır. Amaç, birinci veya sonuncu günlerin hesaba katılıp katılmayacağını tayini ise, bunun için *lex fori* hükümlerine gidilmesinin anlamı yoktur; bu husus işbu atıftan daha kısa bir ibare ile madde metninde açıklanabilirdi. Kaldı ki, 28/2. md. ile usul meselelerinde zaten *lex fori* yetkilidir denmektedir. Zamanaşımı her zaman usule ilişkin bir konu olarak nitelendirilmese bile, sürenin hesabı usulî bir işlem olup, md. 28/2 ile hüküm altına alınmıştır. Bu açıdan bakılınca, 29. md. nin 2. f. sı anlamsız olmaktadır.

Şu halde, gerek Varşova/La Haye Metni'nin md. 29/1 hükmü ve gerekse de buna bağlı olarak SHK. nun 131. md. si zamanaşımı süresi olarak kabul edilmelidir <sup>495</sup>.

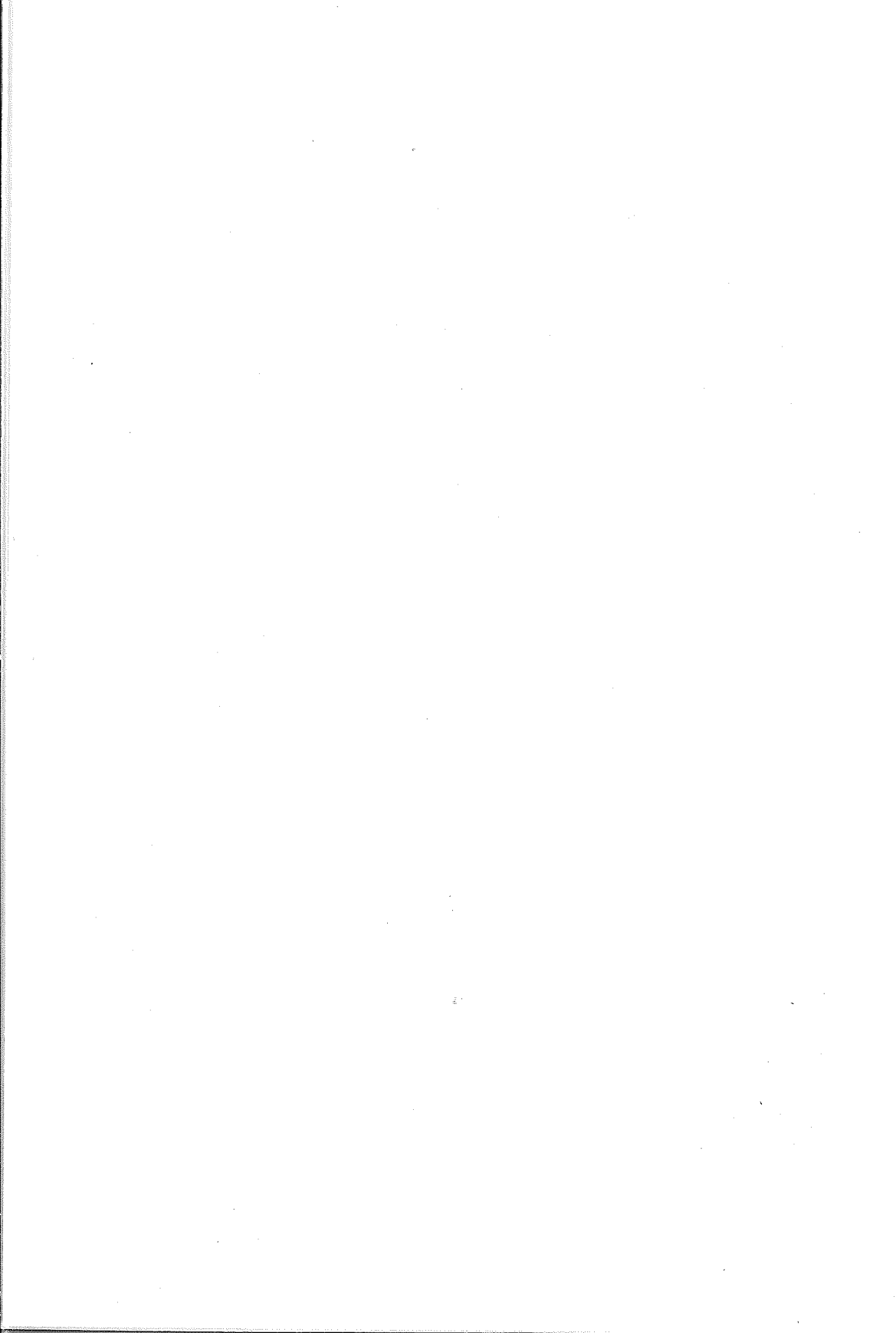
<sup>491</sup> Lorans v. Air France, XIII ETL 121.

<sup>492</sup> Kamara v. Air France

<sup>493</sup> Spiers v. Air France

<sup>494</sup> Fransız hukukundaki gelişmeler için bkz. MANKIEWICZ, 137-138; MILLER, 313-320, özellikle 314 ve 317.

<sup>495</sup> Aksi görüş ÜLGEN (Hava), 228.



## A CRITICAL ANALYSIS OF THE SOCIETAS EUROPAEA : ARE THE BENEFITS OVERESTIMATED?

Asst. Prof. Ferna İPEKEL\*

### Introduction

After more than thirty years of discussion, the European Council of Ministers finally adopted the Regulation for a European Company<sup>1</sup> on October 8th, 2001 and this legal form became reality since October 2004. The Council Directive on worker involvement supplementing the SE Regulation<sup>2</sup> also entered into force at the same date. The SE arose out of the need to set up corporations which extend beyond the scale and power of a single country, with a view to enabling them to compete with giant US enterprises that operate in Europe<sup>3</sup>. Indeed, the SE is designed to allow businesses operating in several Member States to establish themselves as a single company, instead of having to create a network of subsidiaries governed by different national laws. Thus, the *ratio legis* of the SE is to provide companies active in the entire single market with a supra-national company body capable of conducting business Europe-wide on the basis of a simplified and unified legal structure<sup>4</sup>. To this end, the SE Regulation allows companies incorporated in different Member States

---

\*Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Council Regulation (EC) No. 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company; *OJ L* 294 of 10.11.2001. Hereinafter referred to as the SE Regulation.

<sup>2</sup> Council Directive No. 2001/86/EC of 8 October 2001 complementing the Regulation for a European Company with regard to the involvement of employees in the European company; *OJ L* 294 of 10.11.2001. Hereinafter referred to as the Directive on worker involvement.

<sup>3</sup> Reha Poroy, Ünal Tekinalp & Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku* (İstanbul: Beta, 9th. ed., 2003), p. 264.

<sup>4</sup> For the history and background to the SE, see John Birds et al., *Boyle & Birds' Company Law* (Bristol; Jordan, 5th ed., 2004), pp. 30-41; and Christopher Bovis, *Business Law in the European Union* (London: Sweet&Maxwell, 1997), p. 22.

to merge or form an SE holding company or a joint subsidiary whilst avoiding the legal and practical constraints arising from the existence of different legal systems.

Briefly, the SE may be formed by means of a merger, a holding company, a joint subsidiary or by means of transformation of an existing public limited liability company into an SE<sup>5</sup>. In this respect, it should be noted that whereas a domestic public company can be formed by the agreement of the subscribers to its articles of association, an SE can be formed only by existing companies or by an existing SE. Some commentators have therefore argued that the SE is conceived as a form into which companies can grow rather than a form to be used when establishing a business<sup>6</sup>.

The SE should take the form of a company with share capital and its subscribed capital shall not be less than of EUR 120.000<sup>7</sup>. Its head office must be in the same Member State as its registered office<sup>8</sup>. Thus, the SE Regulation has endorsed the "real seat" approach. It should be noted, however, that the latter approach is likely to change and the SE would be allowed to have its registered office and its head office in different Member States when the SE Regulation will be reviewed in 2009.

This legal form is now available in 28 European countries<sup>9</sup>. Indeed, all the EU and EEA Member States have enacted the necessary legislation. Most recently, France has transposed the SE Regulation and the parallel Directive into its law by a Decree No. 2006-448 of 14 April 2006 relating to the SE<sup>10</sup>. The UK did the same by the European Public Limited Liability Company Regulations 2004 No. 2326. It should further be noted that the first SEs have already been incorporated. Indeed, the

---

<sup>5</sup> Council Regulation (EC) No. 2157/2001 arts. 17-31 for SE created by merger; Council Regulation (EC) No. 2157/2001 arts. 32-34 for SE holding company; Council Regulation (EC) No. 2157/2001 arts. 35-36 for SE subsidiary; and Council Regulation (EC) No. 2157/2001 art. 37 for transformation of a public limited liability company into an SE.

<sup>6</sup> Stephen Mayson, Derek French & Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law* (New York: OUP, 22nd ed., 2006), p. 67.

<sup>7</sup> Council Regulation (EC) No. 2157/2001 art. 4 (1).

<sup>8</sup> Council Regulation (EC) No. 2157/2001 art. 7.

<sup>9</sup> i.e. 25 EU Member States and the 3 countries of the EEA.

<sup>10</sup> Catherine Cathiard, "L'Immatriculation d'une Société Européenne en France est Désormais Possible", *Petites Affiches*, Doctrine, 25 April 2006, No. 82, pp. 3-7.

first corporate group that chose to adopt the SE status in France is SCOR, which is France's leading reinsurer.

### I SE's Supranational Character

The SE was intended as a legal form, which could facilitate cross-border co-operation and integration of business in Europe. By offering a legal framework that would be identical in all Member States, the SE would enhance the confidence of businessmen, shareholders and others to engage in cross-border economic activity<sup>11</sup>. Indeed, Notes 3 and 7 of the Preamble to the SE Regulation refer to legal and psychological difficulties arising out of restructuring and co-operation operations involving companies from different Member States as well as to the obstacles arising from the disparity and the limited territorial application of national company law.

However, it is difficult to argue that the SE is a company with a European dimension, as was originally intended. The reason is that the SE Regulation does not provide a comprehensive code of company law for the SE<sup>12</sup>. Indeed, the SE Regulation only regulates some aspects of the SE and refers to the legislation of the Member States for other aspects. The latter approach is referred to as the *renvoi* technique, which is the result of political compromise to adopt the SE Regulation and the parallel Directive on the European Company form<sup>13</sup>. Indeed, there is a large area of company law on which the SE Regulation has surrendered regulation and has referred to the laws which apply in the home country of the SE<sup>14</sup>. Indeed, the areas where the domestic law of the Member State is applicable are, *inter alia*, changes to the SE's capital, the SE's shares, bonds and equivalent securities, the convening and conduct of general meetings, the drawing up and publication of accounts, the winding-up, liquidation and insolvency of the SE. The only areas where there are SE-

<sup>11</sup> Guido Ferrarini et al., *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (New York: OUP, 2004), p. 4.

<sup>12</sup> Paul L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (London: Sweet&Maxwell, 7th ed., 2003), p. 67.

<sup>13</sup> Stefano Lombardo & Piero Pasotti, "The Societas Europaea: A Network Economics Approach", ECGI - Law Working Paper No. 19/2004, January 2004, p. 8, available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=493422](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=493422)

<sup>14</sup> Erik Werlauff, *SE-The Law of the European Company* (Copenhagen: DJOF Publishing, 2003), p. 20.

specific provisions are the formation, transfer of the registered office of the SE, board structure and employee involvement. It has therefore been argued that there will be at least as many SEs as there are Member States of the Community<sup>15</sup>. The latter remark is viewed by some commentators as beneficial to the business community, as the SE may prove an attractive structure for companies with onerous home Member State requirements which may move to a less onerous jurisdiction<sup>16</sup>. This in turn may lead Member States that wish to attract SEs to their jurisdiction to create an attractive and facilitating regime for SEs<sup>17</sup>. Others, however, believe that the result of this patchy legal framework may be legal uncertainty which will be unattractive to business<sup>18</sup>. The severity of this problem will likely to be evidenced by the Commission report on the operation of the SE Regulation, due on October the 8<sup>th</sup>, 2009<sup>19</sup>.

In addition, the SE Regulation does not provide for the establishment of a Community Register. Nor does the SE Regulation provide for the appointment of the European Court of Justice as the central registrar, as suggested by older versions of the SE Regulation. Thus, each SE will be registered in a Member State on the same register as companies established under national law, though the registration of each SE will be published in the EC's Official Journal.

## II SE's Ability to Facilitate Cross-Border Mergers

Current company laws of Member States do not allow cross-border merger whereby the acquiring company (or the new company) would retain legal personality, except in two cases:

The first case is where the cross-merger is allowed by a bilateral agreement. In other words, as EU law now stands, cross-border mergers are possible only if the companies wishing to merge are situated in certain Member States. In other Member States, the differences between the applicable domestic rules are such that companies have to resort to complex and costly legal arrangements if they are to merge. Indeed, mergers

---

<sup>15</sup> Paul L. Davies, p. 25.

<sup>16</sup> Brenda Hannigan, *Company Law* (London: LexisNexis Butterworths, 2003), p. 58.

<sup>17</sup> Guido Ferrarini et al., p. 5.

<sup>18</sup> Brenda Hannigan, p. 58.

<sup>19</sup> John Birds et al., p. 32.

in such countries often take place via the winding-up of the companies concerned and the creation of a new company, which is time consuming and very expensive.

The second case is where the cross-border merger is made with a view to setting up an SE. Indeed, the SE is thought to facilitate cross-border mergers. However, there is no "open-season" for cross-border mergers. For if an SE company is formed by the merger of companies from different countries, the national authorities of both countries will have a veto right on "public interest" grounds<sup>20</sup>. Given the broadness of the latter term and the lack of definition in the SE Regulation, it is questionable to what extent cross-border mergers have been facilitated under the said Regulation.

On the other hand, the proposal for a Tenth Company Law Directive on cross-border mergers<sup>21</sup> provides a system whereby companies with share capital formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community will be able to merge, provided that at least two of them are governed by the laws of different Member States. The said proposal forms part of the Commission's Financial Services Action Plan<sup>22</sup> and aims at facilitating cross-border mergers in cases where there is no reciprocal national legislation allowing a merger. The proposed Directive provides for a cross-border merger procedure pursuant to which, unless otherwise provided by the Directive, the cross-border merger procedure is governed in each Member State by the principles and rules applicable to domestic mergers<sup>23</sup>.

The advantages of the proposal for a Tenth Company Law Directive are two-fold: First, the proposal allows companies to effect a cross-border merger without creating an SE. The proposal will particularly be

---

<sup>20</sup> Council Regulation (EC) No. 2157/2001 art. 19.

<sup>21</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Cross-Border Mergers of Companies with Share Capital, COM (2003) 703 final, 2003/0277 (COD), Brussels, 18.11.2003. Hereinafter referred to as the Proposal for a Tenth Directive.

<sup>22</sup> *Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan*, Commission Communication, [COM(1999) 232 final - Not published in the Official Journal], 11.05.1999, available at europa website.

<sup>23</sup> Proposal for a Tenth Directive, Preamble, note 3.



useful for small and medium-sized enterprises<sup>24</sup> that wish to operate in more than one Member State, but not throughout Europe, and thus are not likely to seek incorporation under the SE Regulation. Secondly, whereas the SE Regulation only allows public limited-liability companies to form an SE by means of a merger, the Tenth Directive allows all companies with share capital to merge.

### **III SE's Ability to Facilitate Cross-Border Transfer of Company Domicile**

The SE Regulation allows companies to transfer their registered offices to another Member State<sup>25</sup>. As far as other legal forms are concerned, such an operation is impossible<sup>26</sup> or at least contingent on complicated legal arrangements<sup>27</sup>. Furthermore, in cases where it is possible, there are frequent conflicts between the laws because of the different connecting criteria applied in the Member States<sup>28</sup>. Indeed, whereas some Member States<sup>29</sup> endorse the "registered office" criterion, others apply the "real head office" approach. Member States applying the former criterion consider any company registered in their territory to be subject to their law, even if the company in question has its central administration in another country while Member States applying the "real head office" criterion consider themselves to have jurisdiction over any company having its central administration in their territory. Thus, there will be instances where a company will be subject to the law applicable in both countries as well as instances where no law will be applicable<sup>30</sup>.

Unlike national companies that must be wound up in one country and re-incorporated in another country, the SE can move to another EU Member State whilst fully retaining its legal personality. It should be emphasised that such transfer does not result in either the winding-up of

---

<sup>24</sup> Hereinafter referred to as the SMEs.

<sup>25</sup> Council Regulation (EC) No. 2157/2001 art. 8.

<sup>26</sup> e.g. Germany excludes this possibility outright.

<sup>27</sup> e.g. French law makes it subject to the conclusion of specific international agreements, Italy imposes a condition of reciprocity, and Portugal requires that the operation be possible under the law of the host Member State.

<sup>28</sup> Proposal for a Fourteenth Directive, Explanatory Memorandum, note I (3).

<sup>29</sup> e.g. Sweden, the UK, Ireland, the Netherlands and Finland.

<sup>30</sup> Proposal for a Fourteenth Directive, Explanatory Memorandum, note II.

the SE or in the creation of a new legal person. Thus, under the current legislation, companies cannot move if they are not an SE. Two caveats must be made to this proposition: First, by facilitating reincorporations, the SE also facilitates regulatory arbitrage<sup>31</sup> in the company law area within the EU<sup>32</sup>. Indeed, due to the *renvoi* technique used by the SE Regulation, every Member State is expected to develop its own version of European company, which will result in a regulatory arbitrage<sup>33</sup>. In other words, the SE makes it easier for companies to shop around for a friendlier company law, such as that of the UK. Closely related to the first caveat is that the articles of association of an SE will usually contain a number of provisions that relate to specific elements of the company law of the Member State of incorporation but may be unfamiliar in the company law of the host Member State. It is thus likely that provisions that contravene company law in the host Member State will have to be replaced, something which creates legal uncertainty. The problem is exacerbated by the fact that there is no compatibility test before the SE can transfer its seat<sup>34</sup>.

Secondly, the proposal for a Fourteenth Directive<sup>35</sup> also allows such transfer. This proposal allows companies to move their registered office from one Member State to another without having to wind up the company in the home state. Thus, the proposal for a Fourteenth Directive opens up the possibilities for international restructuring<sup>36</sup> and its purpose coincides with that of the proposal for a Tenth Company Law Directive, namely to improve company mobility within the single market. It should be noted that, unlike the SE Regulation, the proposed Directive covers not only public limited companies, but also other companies with share

<sup>31</sup> i.e. competition between Member States and their companies legislation.

<sup>32</sup> Luca Enriques, "Silence is Golden: The European Company Regulation as a Catalyst for Company Law Arbitrage", ECGI WP Series in Law, Law Working Paper No. 07/2003, March 2003, p. 4, available at [www.ecgi.org/wp](http://www.ecgi.org/wp)

<sup>33</sup> Udo C. Braendle & Juergen Noll, "The Societas Europaea – A Step Towards Convergence of Corporate Governance Systems", ECGI WP Series in Law, April 2005, p. 5, available at [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)

<sup>34</sup> Guido Ferrarini et al., p. 6.

<sup>35</sup> Proposal for a Fourteenth European Parliament and Council Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from one Member State to Another with a Change of Applicable Law, XV/D2/6002/97-EN REV.2. Hereinafter referred to as the Proposal for a Fourteenth Directive.

<sup>36</sup> Erik Werlauff, p. 122.

capital. In addition, unlike the SE Regulation which allows Member States to provide that, as regards SEs registered in their territory, the transfer of a registered office which would result in the change of the applicable law shall not take effect if any of that Member State's competent authorities opposes it on grounds of public interest within the two-month period<sup>37</sup>, the proposed Directive contains no such provision. Given the broadness of the latter term and the lack of definition in the SE Regulation, it is questionable to what extent cross-border mergers have been facilitated under the SE Regulation. Furthermore, unlike the SE Regulation, the proposal for a Fourteenth Directive does not contain any rules regarding the location of the company's head office. Moreover, unlike the SE Regulation, the proposal for a Fourteenth Directive covers all companies with share capital. The proposal for a Fourteenth Directive will be adopted once a solution will be found to the question of the possibility of "fleeing" from national rules on employee representation on the board of directors<sup>38</sup>. It is suggested that the solution offered by the SE Regulation may indeed be adopted by the proposed Directive.

#### IV SE's Provisions on Worker Involvement

One of factors behind the late adoption of the SE Regulation was the disagreement among EU countries over the Directive on worker involvement. The latter is designed to ensure that the creation of an SE does not entail the disappearance or reduction of practices of employee involvement existing within the companies participating in the establishment of an SE<sup>39</sup>.

The Directive on worker involvement does not intend to create a single European model of employee involvement applicable to the SE, given the great diversity of rules and practices existing in the Member States as regards the manner in which employees' representatives are involved in decision-making within companies<sup>40</sup>. Thus, the Directive stipulates that the creation of an SE requires negotiations with a so-called

---

<sup>37</sup> Council Regulation (EC) No. 2157/2001 art. 8 (14).

<sup>38</sup> Erik Werlauff, p. 122.

<sup>39</sup> Directive No. 2001/86/EC, Preamble, note 3.

<sup>40</sup> Directive No. 2001/86/EC, Preamble, note 5.

“special negotiating body”<sup>41</sup>, on the arrangements for the involvement of employees in the SE<sup>42</sup>. In other words, the management or administrative organs of the companies participating in an SE must first start negotiations with the representatives of their companies’ employees in order to reach agreement on how to involve employees in the future SE.

If it proves impossible to negotiate a mutually satisfactory arrangement within a period of six months<sup>43</sup>, then a set of principles which are laid down in an Annex to the Directive would apply<sup>44</sup>. These principles oblige SE managers to provide a body representing the companies’ employees with regular reports on the progress of the business of the SE and its prospects and to meet with that body at least once a year. The meeting will relate, *inter alia*, to the structure, economic and financial situation, the probable development of the business and of production and sales, the situation and probable trend of employment, investments, mergers, cut-backs or closures of undertakings<sup>45</sup>. Thus, the Directive ensures information and consultation procedures at transnational level<sup>46</sup>.

The Directive further provides standard rules for employee participation. Indeed, where managers and employee representatives are unable to negotiate a mutually satisfactory agreement and where the employees of companies establishing an SE holding company or a joint subsidiary had, prior to the creation of the latter types of SEs, employee participation rights<sup>47</sup>, employees of the newly-created SE will continue to enjoy

<sup>41</sup> i. e. a body which represents the employees of the participating companies and concerned subsidiaries or establishments; hereinafter referred to as the SNB.

<sup>42</sup> art. 3 of the Directive No. 2001/86/EC.

<sup>43</sup> Or one year in case the parties jointly agree to extend the negotiation term; art. 5(2) of the Directive No. 2001/86/EC.

<sup>44</sup> Directive No. 2001/86/EC, Preamble, note 11 and art. 7. Note that, whilst the management may withdraw proposals following failed negotiations rather than allow the standard rules to apply, the sheer existence of the standard rules may cause employees to hold-out in the negotiations, in an attempt to force the management to make additional concessions.

<sup>45</sup> Part 2 of the Annex to Directive No. 2001/86/EC.

<sup>46</sup> Directive No. 2001/86/EC, Preamble, note 6.

<sup>47</sup> Note that employee participation is different than worker involvement. The former is the process whereby employees are involved in the decision-making and the entrepreneur is not authorised to take decisions without first co-operating with the employee representatives. Also note that employee participation entails involvement in the supervision and strategic development of the company rather than participation in the day-to-day running of the business.

the same right<sup>48</sup>. Thus, if participation rights exist within one or more companies establishing an SE, such rights will be preserved through their transfer to the SE, unless the parties decide otherwise<sup>49</sup>. The rationale behind this rule is that the degree of involvement of employees in the SE shall not be less than in any of the founding companies. If none of the participating companies was governed by participation rules prior to the registration of the SE, they will be required to introduce participation rights in the newly-created SE, unless the parties decide to the contrary. Indeed, the participating companies are free to reach an arrangement that provides for a lesser involvement of the employees. To take an example, large companies in Germany are required to adopt a two-tier management structure. If such a German company decides to create an SE by merger with, say, an Italian company and register the SE in Germany, the German company will be able to choose a unitary board for the newly-created SE. Conversely, an SE that chooses to incorporate in the UK will be able to choose a two-tier board, notwithstanding the fact that the Companies Act 1985 contains no provision on two-tier boards. This is because there is nothing in UK law that prevents public limited liability companies incorporated in the UK from adopting articles of association under which the powers that are granted are divided between a management and a supervisory organ<sup>50</sup>.

It should be noted, however, that the provisions concerning employee participation are flawed in the case of the creation of an SE by merger. This is because, in this case, the standard principles on employee participation will be applicable only if at least twenty-five per cent of the total number of employees in all the participating companies had the right, prior to the merger, to participate in company decisions<sup>51</sup>. In other

---

<sup>48</sup> Part 3 of the Annex to Directive No. 2001/86/EC.

<sup>49</sup> Directive No. 2001/86/EC, Preamble, note 7.

<sup>50</sup> *Implementation of the European Company Statute - Technical Note and Draft Tax Clauses to Implement the Regulation on the European Company*, Inland Revenue, January 2005, p. 26, available at <http://www.hmrc.gov.uk/drafts/imp-ecs-tech-note.pdf>. Note that creating special provision for the two-tier board structure of SEs was thought by the Department of Trade and Industry to be prescriptive and less flexible.

<sup>51</sup> Directive No. 2001/86/EC, art. 7 (2) (b). Note that the standard principles on employee participation will also be applicable if less than twenty-five per cent of the total number of employees in all the participating companies had the right, prior to the merger, to participate in company decisions but if the SNB so decides.

words, the Member State where the SE is created by merger is authorised not to implement the standard rules on employee participation should less than twenty-five of the employees of companies founding the SE created by merger had the right, prior to the merger, to participate in company decisions. In this case, the scheme among the participating companies which is the most favourable to the employees will be applicable. The latter rule is referred to as the “most favourable scheme” rule. If these conditions are not met, the SE will only benefit from the standard rules for information and consultation, which are embodied in Part II of the Annex.

The above-mentioned rule constitutes a compromise as regards SEs created by merger. This compromise was agreed upon following the failure of the adoption of the Directive on employee participation at the Nice summit in December 2000 where EU Member States fiercely opposed the adoption of the provisions on employee participation in the case of SEs created by merger. The upshot of the above rule is however two-fold: First, it is likely to put off companies from Member States without a tradition of employee participation such as the UK to merge with companies from Member States with a long tradition of employee participation such as Germany or the Netherlands. In other words, the higher the share of employees with employee participation rights in a merged company, the less attractive such company will be as a merger partner for a UK company. Secondly, this compromise will likely induce companies from Member States with a long tradition of employee participation to move their headquarters to countries without or little employee participation. This would in turn result in tax loss for Member States with a long tradition of employee participation.

In the event of the transformation of a national company into an SE, the standard rules on employee participation in the Member State of registration will be applicable to the SE only if such rules already applied to the company prior to its transformation into an SE. Otherwise the SE will only benefit from the standard rules for information and consultation. In the event of the creation of an SE holding company or an SE subsidiary, the standard principles on employee participation will be applicable only if at least fifty per cent of the total number of employees in all the participating companies had the right, prior to the merger, to participate

in company decisions<sup>52</sup>. Here too the “most favourable scheme” rule will be applicable. If these conditions are not met, the SE will only benefit from the standard rules for information and consultation.

Thus, the Directive on worker involvement allows companies and employee representatives to negotiate new arrangements for employee participation which are different from those existing in either company. However, if the parties cannot reach an agreement, the rules existing in the Member State with the most stringent rules would apply. The arrangements embodied in the Directive on worker involvement have been considered by a number of countries such as the UK as likely to jeopardize the dynamics of their economy, as new employee rights could result in a re-regulation. Other countries such as Germany and the Netherlands that endorse a consensual approach *vis-à-vis* companies feared that this system would jeopardise a long tradition of employee participation.

The Commission thought that the approval of the Directive on worker involvement opened up promising prospects for the solution of comparable issues in the Tenth and Fourteenth Directives<sup>53</sup>. Indeed, the provisions on employee participation of the Tenth Directive are based *mutatis mutandis* on the Directive on worker involvement<sup>54</sup>. Indeed, the latter provisions constitute a safeguard to prevent the abuse of cross-border mergers as a means for companies to circumvent employee participation rules at national level. It should be noted that institutional investors in the UK argue that utilising the approach as regards employee participation embodied in the Directive on worker involvement in the context of

---

<sup>52</sup> Directive No. 2001/86/EC, art. 7 (2) (c). Note that the standard principles on employee participation will also be applicable if less than fifty per cent of the total number of employees in all the participating companies had the right, prior to the merger, to participate in company decisions but if the SNB so decides.

<sup>53</sup> *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward*, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, COM (2003) 284 final - Not published in the Official Journal, 21.05.2003, p. 20, available at europa website.

<sup>54</sup> Thus, if one of the merging companies has an employee participation regime and the law of the Member State where the company created by merger is to be incorporated does not impose compulsory employee participation, the parties will either negotiate an appropriate regime to be applied for employee participation or the participation system which best protects the acquired rights of the workers and which already exists in one of the merging companies is extended to the company created by merger; see Directive on worker involvement, art. 14.

cross-border mergers would render companies based in Member States that provide for employee participation less attractive merger partners than comparable companies in Member States that do not provide for such participation. In other words, this approach would act as a disincentive for UK companies considering merging with companies in Member States where employee participation is mandatory such as those in Sweden, Germany and Austria.

## V SE from the Tax Law Perspective

The SE Regulation does not contain any provisions on tax<sup>55</sup>. The provisions of national tax laws are therefore applicable to the SE. In other words, Member States are free to treat the SE as any other company for tax purposes. As a result, there will be no simplification of the formalities that must be fulfilled by the group of which the SE is the parent or holding company<sup>56</sup>. It should be noted that the SE is also subject to Community law, though harmonization in the area of company taxation remains limited. Nevertheless, the scope of the existing tax directives has been extended so as to include the SE. Indeed, the Parents/Subsidiary Directive<sup>57</sup>, the Interest and Royalties Directive<sup>58</sup> and the Mergers Directive<sup>59</sup> have all been amended so as to include the SE in the lists of companies which may benefit from the said Directives. In particular the Mergers Directive provides for the deferred taxation of capital gains in the event

---

<sup>55</sup> SE Regulation, Preamble, note 20.

<sup>56</sup> Dirk Van Gerven & Elke Janssens, "Euro Vision", *The Lawyer.com*, 10 August 2006, available at <http://www.thelawyer.com/cgi-bin/item.cgi?id=118932&d=11&h=24&f=23>

<sup>57</sup> Council Directive 2003/123/EC of 22 December 2003 amending Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States; *OJ L 007*, 13/01/2004 P. 0041 – 0044. This Directive aims to eliminate tax obstacles for groups of companies in the EU by abolishing withholding taxes on payments of dividends between associated companies of different Member States and preventing double taxation of parent companies on the profits of their subsidiaries.

<sup>58</sup> Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States; *OJ L 157*, 26/06/2003 P. 0049 – 0054. This Directive aims to eliminate taxes levied at source on payments of interest and royalties between associated companies of different Member States.

<sup>59</sup> Council Directive 2005/19/EC of 17 February 2005 amending Directive 90/434/EEC on a common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfer of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States; *OJ L 58*, p. 19 of 4 March 2005.



that the SE moves its registered office across borders, provided the SE leaves behind all of the assets actively linked to the Member State of registered office before the transfer. It remains to be seen, however, whether the latter condition to retain a subsidiary in the original country will be challenged in the future by EU nationals on the basis of the case of law of the European Court of Justice<sup>60</sup>. Indeed, in *Hughes de Lasteyrie du Saillant*<sup>61</sup>, the ECJ prevented a Member State from applying the tax on increases in value due in France on an individual who transferred his tax residence outside France without even requiring a connection to be maintained with the Member State of origin. Thus, confusion still reins over the alleged tax benefits of the SE.

If a Member State provides advantageous tax rules for SEs with their head office on their territory, then the parties founding the SE may decide to incorporate the SE in the country with the most interesting tax rules for the SE. Furthermore, due to the possibility to transfer the SE company's registered office from one Member State to another, the SE can, when confronted with a change in the applicable legislation in its home country or another EU or EEA Member State, decide to transfer its headquarters to a more attractive country from a tax perspective. The upshot is that the absence of a common EU tax regime<sup>62</sup> may result in competition among the member states to attract SEs and thus create a European Delaware effect. This trend is already evidenced by the fact that a number of Member States such as Belgium are developing SE-specific rules for SEs with their head office on their territory<sup>63</sup>. It remains to be seen, however, whether other countries will follow suit.

### Conclusion

The SE was introduced as a supranational corporate structure for companies working throughout Europe. This paper demonstrates, how-

---

<sup>60</sup> Hereinafter referred to as the ECJ.

<sup>61</sup> (C-9/02)

<sup>62</sup> Note that harmonisation in this area remains very little. The only Directives containing tax provisions are the Merger Directive, the Parent-Subsidiary Directive and the Interest and Royalties Directive. Recently, the latter Directives have been amended in order to broaden their scope to cover SEs.

<sup>63</sup> Dirk Van Gerven & Elke Janssens, "Euro Vision", *The Lawyer.com*, 10 August 2006, available at <http://www.thelawyer.com/cgi-bin/item.cgi?id=118932&d=11&h=24&f=23>

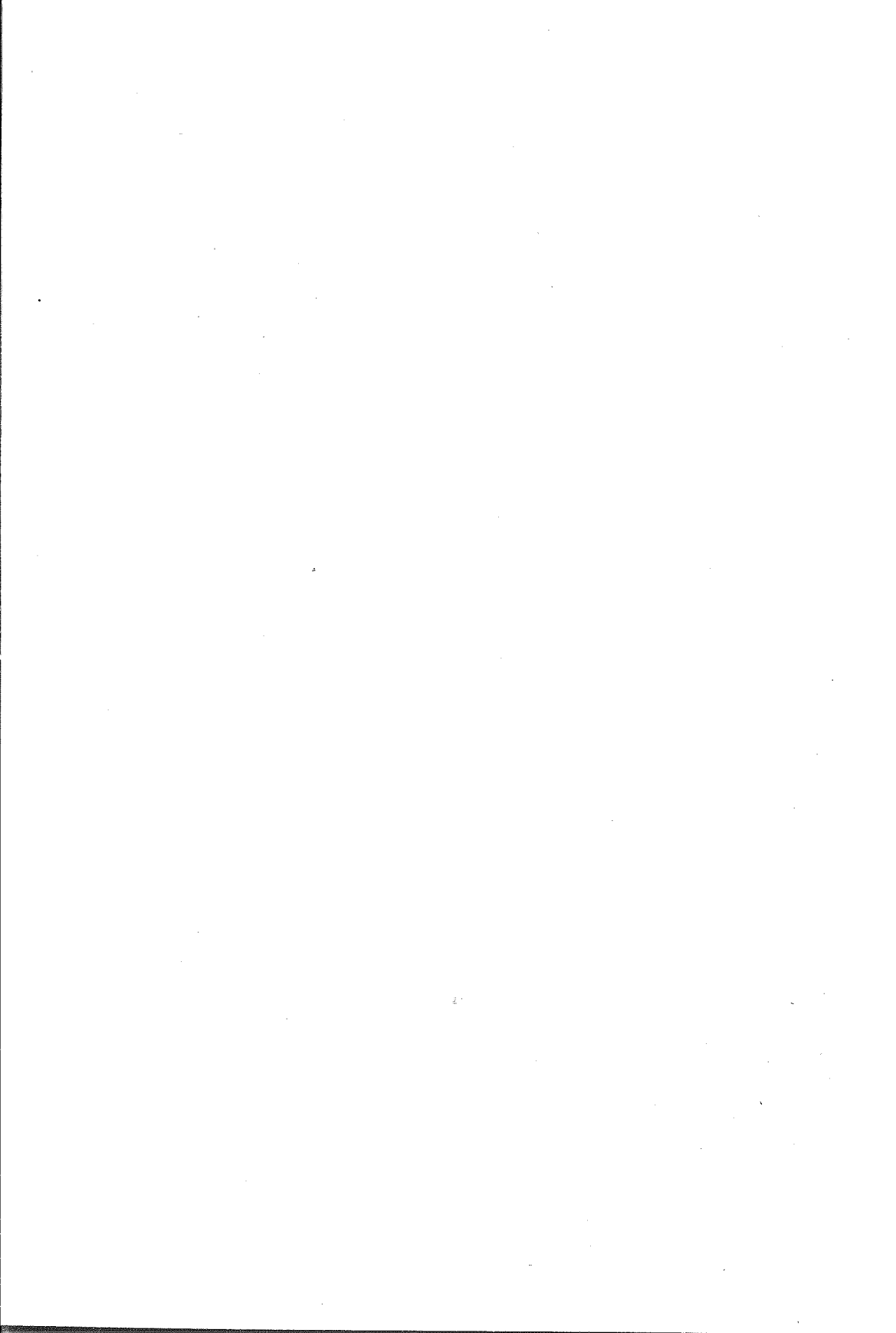
ever, that the alleged supranational character of the SE, its ability to facilitate cross-border mergers, its ability to facilitate cross-border transfers of company seats, its arrangements for worker involvement and its tax advantages are overestimated. Indeed, as indicated above, a number of advantages offered by the SE will be offered by the soon to be adopted company law Directives. The SE's arrangements for worker involvement are complex and likely to hinder co-operation between countries which are in favour of "the stakeholders value" approach and those in favour of "the shareholder value" approach.

This may not cause great concern, however, as the SE is unlikely to be used by SMEs, which constitute the larger part of companies in Europe. Indeed, the SE has been designed for large enterprises and does not meet the expectations of the SMEs. The latter argument is countenanced by the Commission's proposal for a "European Private Company"<sup>64</sup>, which would be a new legal form complementary to the SE in order to facilitate SMEs' businesses in Europe<sup>65</sup>.

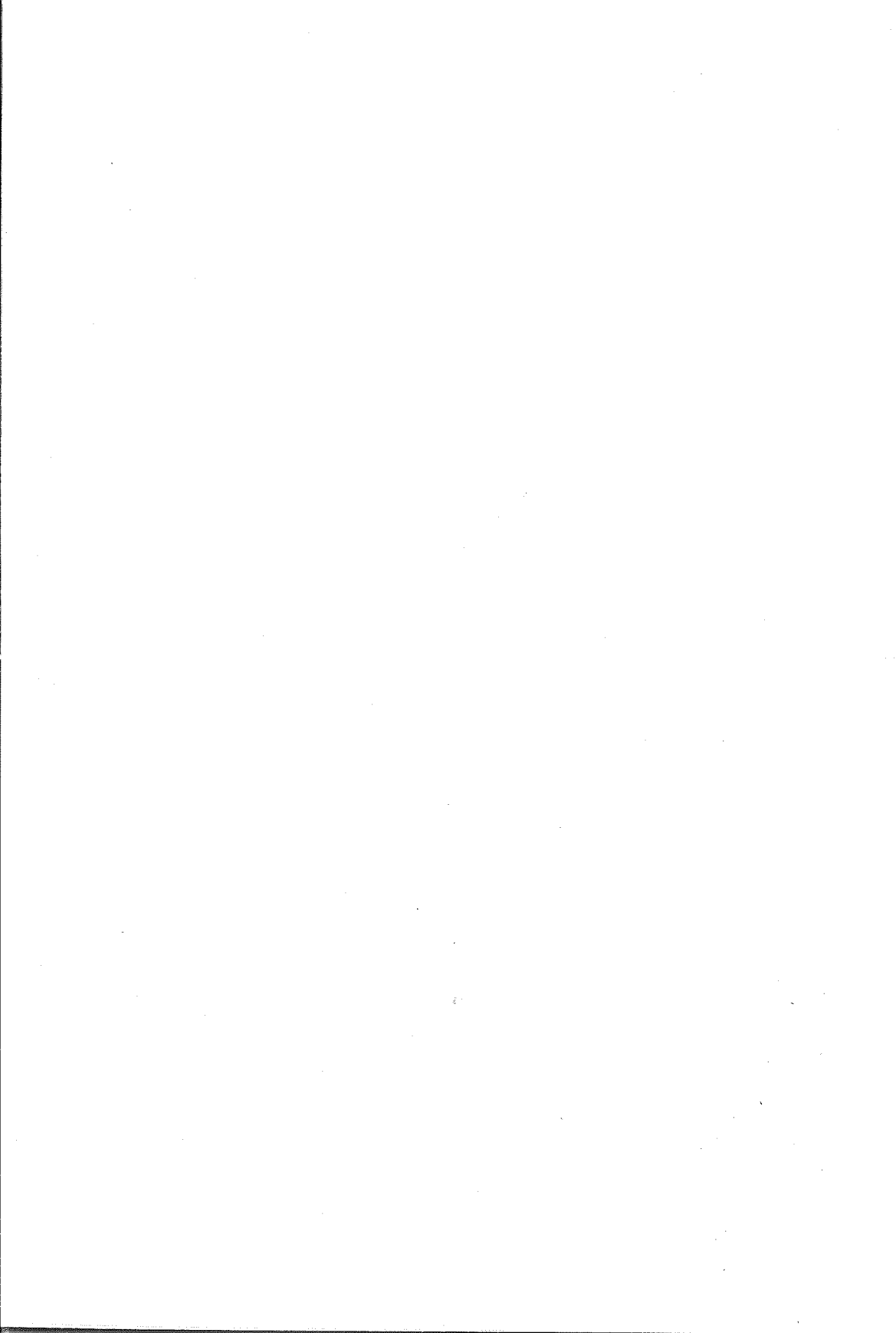
---

<sup>64</sup> Hereinafter referred to as the EPC.

<sup>65</sup> *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Brussels, 4.11.2002, Ch. VII, p. 113, available at europa website.



# İÇTİHAT KRONİĞİ



## HUMK KAYNAK YASASI CPCN UYGULAMASI : NEUCHÂTEL MAHKEMELERİNİN KARARLARI

Prof. Dr. Bilge UMAR\*

### Sunuş

Bu yazının başlığında sözü edilen kararlar, biz Türk hukukçuları için olağanüstü büyük değer taşırlar. Gerçekten, herhangi bir hukuk dalında belli yasa kurallarının nasıl anlaşılması, yorumlanması, uygulanması gerektiğini gösteren mahkeme kararları hukukçular için yol gösterici ve değerli ise de; Neuchâtel mahkemelerinin CPCN kurallarını yorumlayan kararlarının biz Türk hukukçuları için değeri, bu olağan değer in şu sebepten dolayı birkaç katıdır: Bazı değişiklik ve eklemelerle, çıkarmalarla kendi yasamızın (HUMK'nun) kaynağı edindiğimiz CPCN üzerine yayınlanmış bir tek bile şerh, açıklama kitabı vb. yoktur. Neuchâtel Kantonu'nun toplam nüfusu 160 000 kadardır; böylesine minyatür bir Cumhuriyet'in herhangi bir yasası üzerine şerh yahut açıklama kitabını kim yazmak ister, hangi yayınevi basar? Benim orada bulunduğum 1965 yılında Neuchâtel Hukuk Fakültesinde Medenî Usul Hukuku derslerini vermekte olan Prof. Dr. Grossen'in öğrenciler için hazırladığı ders kitabı dahi, o zaman hâlâ kullanılmakta olan, şimdiki kuşakların hiç görmediği teksir makinası denen gereçle çoğaltılmış, bir parmak kalınlığında bir ders notları metniydi. Böyle olunca, yalnız Neuchâtel'li hukukçular için değil; HUMK'daki şu maddenin CPCN'da bulunan aslı acaba orada nasıl anlaşılıp uygulanıyor araştırmasını yapmak gereksinmesi duyan biz Türk hukukçular için de, ulaşılabilir tek bilgi kaynağı, Neuchâtel mahkemelerinin kararlarıdır.

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu nedenle, 1960'lı yıllarda İsviçre Federal Hükûmeti'nin Türkiye'de o zamanlar var olan iki Hukuk Fakültesi'nin bir asistanına değişimli olarak verdiği 10 aylık araştırma bursunun, Doktorasını yapmış ve Doçentlik tezi hazırlamakta olan asistan sıfatıyla mensubu bulunduğum İstanbul Hukuk Fakültesinden bir asistana verilmek sırası geldiğinde, burstan yararlandırılmam kararı çıkınca İsviçre'nin daha büyük, içinde yaşanması daha eğlenceli olacak kentlerinden birine değil, Neuchâtel kentine gitmeyi seçtim. 10 ay boyunca, kaldığım eve çok yakın olan Üniversite binasında Hukuk Fakültesi kitaplığına gömüldüm ve hem hazırlamakta olduğum Doçentlik tezi için (İsbat Yükü konusunda idi) malzeme topladım, araştırma yaptım, hem de Neuchâtel mahkemelerinin CPCN'nin 1925'de yürürlüğe girmesinden başlayarak bu yasanın uygulanmasına ilişkin olan bütün içtihatlarını tek tek inceledim; bunlardan birçoğunu tam metin hâlinde, bazılarını özetleyerek çevirdim; bizdeki farklı birtakım yasa kuralları yüzünden bizim için değer taşımayanları da tarihini, yayınlandığı yeri, pek kısa olarak konusunu belirterek ve neden dolayı bizim için yol gösterici olamayacağını açıklayarak, aktardım. Bu metin, yurda dönmem sonrasında o zamanki Fakültemin yâni İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Mukayeseli Hukuk Enstitüsünce, Enstitü'nün 1 sayılı yayını olarak basıldı. Bana da, tercüme emeğinin ödülü yerine kaim olmak üzere, "Aferin" dendi. O kitaptaki çevirilerin Kanton Mahkemesi Kararları bölümü, s. 117'deki (benim sıralamamda) 208 sayılı olan 13.5.1965 günlü kararla; Temyiz Mahkemesi Kararları bölümü de, s. 264'deki (benim sıralamamda) 348 sayılı olan, 22.3.1965 günlü kararla son bulmaktaydı. Yâni, kitapta toplam 556 karar aktarılıyordu.

Şimdi, yeni bir "Aferin" almak hevesiyle, Neuchâtel içtihatları resmî derlemesi RJN (Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise) ciltlerini tarayıp kaldığım yerden başlayarak daha sonraki içtihatların çevirilerini, YTÜ HF Dergisinin sayılarında Türk hukukçularımızın hizmetine sunacağım. İleride bunlar birinci kitaba yakın, 250-300 sayfalık hacme ulaştığında, yeni Fakültemin bunları topluca, kitap hâlinde bastığını görebilmeyi umuyorum. Bu umudum gerçekleşirse, elbette ki sonda yasa maddelerine göre, kavram adlarına göre arama göstergeleri de yer alacaktır.

**BİRİNCİ BÖLÜM****KANTON MAHKEMESİNİN İÇTİHA TLARI****No. 209 – 23 Eylül 1965 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 5)**

Dâvanın ihbarı için süre istenmesi-HUMK m. 49 f. II

Özet: Dâvayı bir üçüncü kişiye ihbar etmek isteyen davalının bunu yapabilmek üzere bir süre elde etmesi, bu talebini kısa bir süre içinde öne sürmüş olmasına bağlıdır; onun bu talebi öne sürmesi gereken kısa sürenin ne kadar olacağı dâvada söz konusu olan [onun istemi hemen öne sürmesini zorlaştıran] güçlüklerin niteliğine bağlıdır ve istemi öne sürme süresinin başlangıcı da kendisinin gerek istemden haberdar olduğu [dava dilekçesinin tebliğ edildiği] *gerek onun muhtemel rücu hakkının dayanağı olacak hukuksal sebepleri [istem dayanağı vakıaları] öğrenmiş bulunduğu tarihtir* yahut da gerekli özeni göstermiş olsa idi bunları öğrenebilecek olduğu tarihtir.

Not. Olayda dâvalı, kendisinin üçüncü kişiye rücu hakkının dayanağı olabilecek vakıaları, istinabe yoluyla ve tarafların hazır bulunmadığı bir duruşmada tanık ifadeleri alındıktan sonra, bu tanık ifadelerinden haberdar olunca öğrenmişti.

**No. 210 - 18 Kasım 1965 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 9)**

Sözlü yargılama ve hüküm duruşması-HUMK m. 377

Taraflar, hükmü verecek mahkeme önünde şifahî mürafaada konuşmaktan peşinen feragat edebilirler mi ? CPCN 318 f I [HUMK m. 376 f. I] onlara Sulh Mahkemesi başkanından evrak üzerinde karar verilmesini istemek yetkisini tanır. CPCN m. 320 [HUMK m. 377] Kanton Mahkemesi/Asliye Hukuk Mahkemesi önündeki süreç bakımından bu olanağın varlığından söz etmez. Keza bu ikinci hüküm, şimdiye kadar süregelmüş uygulamasında, şifahi mürafaa konuşmalarının yapılması ve hükmün verilmesi için belirlenecek duruşmada konuşmaktan peşinen feragat edilmesini kabul etmemiştir [kabul etmiyor diye yorumlanıp uygulanmıştır]. Bu sorunu yeni bir incelemeye tâbi tutunca, öyle görünüyor ki [yasa kuralı] bu tür uygulamanın sürdürülmesini gerektirmiyor sayılmalıdır.



Not. Mahkemenin bundan sonra verdiği gerekçelerin çoğu CPCN'daki, bize alınmamış veya bizde değiştirilmiş kurallara, Neuchâtel'in daha eski yasasına vb.'ne dayanıyorsa da şu gerekçe aynen bizim için dahi geçerlidir: "Niçin davalı Sulh Mahkemesi önünde şifahi mürafaa yapılmasından peşinen feragat edebileceği de Asliye Hukuk Mahkemesinde edemeyeceği, bunun nedenini arayan boşuna uğraşacaktır" [=bunun mantıklı bir nedeni gösterilemez].

**No. 211 - 10 Aralık 1965 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 12-13)**

Neuchâtel'in kendine özgü bir yasa kuralını (Federal İİK'nun uygulanmasına ilişkin kanton yasasında m. 11) yorumlamaktadır.

**No. 212 - 16 Aralık 1965 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 13-14)**

İstinaf başvurusunun yapılma yeri-CPCN 375,376; HUMK m. 426c

Neuchâtel'de Tribunal de District (Sulh Hukuk Mahkemesi) kararlarına karşı bozma istemiyle istinaf başvurusunun yapılabileceği merci Tribunal Cantonal/Asliye Hukuk Mahkemesi'dir, ancak başvuru dilekçesi o mahkemeye değil dosyanın bulunduğu, hükmü vermiş mahkemeye sunulmalıdır (CPCN 376). Doğrudan istinaf mahkemesi işlevindeki mahkemeye verilen dilekçe, karşı tarafa tebliğ ve duruşma yapılmadan reddedilir. Karar bunu belirtiyor. Bizde de HUMK m. 426c ve m. 432 f. II uyarınca gerek istinaf gerek temyiz dilekçeleri, bozulması böylece talep edilen hükmü vermiş mahkemeye yahut onun eşiti bir diğer mahkemeye verilir. Eskiden Yargıtay'a da temyiz dilekçesi verilebiliyordu; bu yoldaki kural HUMK m. 432 f. II'den çıkarılmıştır (1981'de 2494 sayılı yasa ile). Dolayısıyla bizde de aynen bu Neuchâtel kararının belirttiği çözüm uygulanacak, doğrudan Bölge Adliye Mahkemesine verilen bir istinaf dilekçesi yahut doğrudan Yargıtaya verilen bir temyiz dilekçesi, karşı tarafa tebliğ edilmeden, başkaca işlem yapılmadan reddedilecektir. Dikkat etmeli ki sonradan usulüne uygun dilekçe verildiğinde, dilekçe verme süresine ilk dilekçenin verilmesi ile uyulmuş sayıldığı çözümünü benimsemenin hiçbir dayanağı yoktur.

**No. 213 - 13.1.1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 14-16)**

Yargılama giderleri – CPCN 370, HUMK m. 423

Özet: Taraflardan birinin gerek bir uzmandan aldığı özel bilirkişi raporu için bu uzmana ödediği ücret, gerek bir Hukuk Profesöründen aldığı danışma raporu için ona ödediği ücret, yargılama giderlerinden değildir.

**No. 214 - 4 Temmuz 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım s. 18-23)**

Neuchâtel'in kendine özgü bir yasasının (Toprak Islahı Hakkında Kanton Yasası) uygulanmasına ve o yasa çerçevesinde yürütülecek idarî hizmetin yükümlüsü komisyonun başkanının şimdiki dâvacı ile ilgili işte görevden çekilmesi (reddi) talebinin sonuçlandırılmasına ilişkindir. İsviçrede İdarî Yargı eskiden beri bizdekine göre inanılmaz derecede geri olduğu ve idarî yargı mahkemelerinin görmesi gereken işler hukuk mahkemelerinin üzerine yıkıldığı için bu işlerle ilgili kararlar da karşımıza çıkmaktadır.

**No. 215 - 23 Eylül 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 23-24)**

Yine Neuchâtel'in kendisine özgü bir yasasının (MK'un yürürlüğe konmasına ilişkin kanton yasası) uygulanmasına ilişkindir ve o yasada düzenlenen, kanunî ipoteğin geçici tescili süresinin uzatılması ya da değiştirilmesi kararlarını vermeye Asliye Hukuk Mahkemesi Başkanının görevli ve yetkili olduğu yolundadır.

**No. 216 - 7 Kasım 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 25-27)**

Bekletici sorun-Tesbit davası

Özet: Bir ceza yargıcı önündeki davada bekletici sorun kabullenmek yoluna gitmiş ve elindeki davayı erteleyerek tarafa [sanığa] kendisinin şimdi tartışılmakta bulunan hakkının varlığını hukuk mahkemesinde tesbit ettirmesi [tesbit ettirme davası açması demeliydi] için süre vermişse; hukuk mahkemesinde bu tesbit davasının görülmesi için aranacak hukukî menfaat şartı vardır.

Not. Olayda sanığı, babadan kalma ve dolayısıyla ikisinin iştirak halinde mülkiyetine girmiş mallardan bazılarını sakladığı, ketmettiği, zimmetine geçirdiği iddiasıyla kardeşi şikayet etmiş ve bu yüzden ceza

davası açılmış; sanık ise şikayetçi ile aralarında anlaşma yapıldığını, şikayetçinin o mal üzerindeki haklarından kendi lehine feragat etmiş bulunduğunu iddia etmişti. Ceza yargıcı bu anlaşmanın yapıldığının hukuk mahkemesine tesbit ettirilmesi davası açmak üzere sanığa süre vermişti.

**No. 217 - 7 Kasım 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 27-29)**

CPCN'nın bizde de bir hayli zaman uygulandıktan sonra 3156 Sa.K. ile kaldırılmış olan HUMK m. 398-408'deki "Gıyap" kurallarına ilişkindir, şimdi bizim için önemi yoktur.

**No. 218 - 16 Kasım 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 29-30)**

CPCN m. 364'ün bizde m. 417'ye alınmamış f. III hükmünün uygulanmasına ilişkindir (davayı kazanan taraf lehine hükme bağlanacak yargılama giderlerinden bazılarını müvekkil yerine kendisinin harcamış bulunduğunu belirterek onlar için kendi lehine hüküm verilmesini isteyen vekilin bu dileğinin yerine getirilmesi olanağı).

**No. 219 - 2 Aralık 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 30-31)**

Bilirkişi incelemesi-Hekim-HUMK m. 279, 280

Özet: HUMK m. 279, 280, hekimin yapacağı muayene işlemlerinde uygulanmaz.

Yayınlanan kararın tam metni:

Taraflar, tahkikat hâkiminin emri [ara kararı] gereğince yapılacak olan hekim muayenesi işleminde kendilerinin de bulunmasına izin verilmesi için dilekçe vermişlerdir.

CPCN m. 250 [HUMK m. 279] ve CPCN m. 251 [HUMK m. 280] gereğince, taraflar, bilirkişi taraflardan birine sorular sorarken, yerlerin keşif incelemesini yaparken veya herhangi bir diğer ön incelemeyi sürdürürken, orada hazır bulunabilirler.

Kamu düzenine ilişkin olmayan (böyle: RJN c. I s. 147'de, RJN c. II s. 63'deki kararlar) bu kurallar, besbellidir ki, bilirkişi incelemesinin konusunun bir arazi parçası ya da bir yapı, bir makina yahut da bir muhasebe kaydı olması durumuna ilişkindir; ama bunlar [o kurallar] bilirkişi incelemesinin konusu bir kişi[nin bedeni] olduğunda uygulanamayacaklardır.

Şunu, Fransız Temyiz Mahkemesi gibi kabul etmek gerekir ki, bilirkişiler, tarafların ayak altında dolanmasına kendi niteliği gereğince cevaz vermeyen çalışmalarını onların gıyabında başlatıp yürütürler, örneğin bir tıbbî muayenede yahut akıl durumu incelemesinde hâl böyledir; ancak, verilen bilirkişi raporunun içerdiği ayrıntılar hakkında tarafların eleştiride ve denetimde bulunmak yetkileri vardır (Daloz, Répertoire de Procédure Civile, V. Bölüm, Expertise/Bilirkişilik, No. 167).

Beri yandan da, Neuchâtel mahkemelerinin yerleşik ve ezeli uygulamasına göre, taraflar tıbbî bilirkişi incelemesi işlemlerinde hazır bulunmazlar.

**No. 220 - 5 Aralık 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 32-36)**

İkametgâh mahkemesinin yetkisi - Dava arkadaşlığı - Miras sözleşmesi

HUMK m. 9, 43; MK m. 527, 528, 545

Özet: 1. Birlikte davalılara karşı açılan davaya bakan hâkim, eğer davalılardan birinin yerleşim yeri kendi yargı çevresi içinde ise o dâva için yetkilidir. 2. İsviçre Federal Anayasasında yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme sayılmasını güvenceye bağlayan m. 59 kuralı, yapılmış bir miras sözleşmesinin geçersizliğini tesbit istemiyle sözleşmenin diğer tarafı olan kimselere karşı dava açmış kişiye karşı, eğer dava miras yoluyla halefiyet konusuna ilişkin idiyse yahut da davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı var idiyse, yetkisizlik itirazına dayanak edinilemez.

Kararın tam metni:

Maddî vakıalar

A. La Chaux-de-Fonds noteri Nardin'in [düzenleyerek] makbuzunu verdiği 1 Temmuz 1957 günlü belgeyle, şimdiki davacı [Jean Egger], ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi sıfatıyla hareket ederek, eşi Arlette Egger hanım ile, yasal soybağına sahip [sahih nesepli] oğlu Roland Egger ile ve -o belgede, evlilik dışı [Arlette'den] doğmuş iken sonradan gerçekleşen evlenme üzerine yasal soybağına sahip olmuş oğlu diye gösterilen- Gilbert Egger ile bir miras sözleşmesi yapmıştır.

Bu sözleşmenin içeriğine göre, Jean Egger'in ölümü üzerine onun [bölüşülecek] mallarının dörtte birini eşi; oğullarının her biri de sekizde üçünü alacaktır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunanın hâlen çalıştırmakta olduğu işletme [terake malvarlığı içinde ayrı malvarlığı bölümü/Sondervermögen olarak] tüm mülkiyetiyle eşine bırakılmaktadır. Bu kişi işletmenin yönetimini de kendisi üstlenecektir. [Ancak işletme hasılatı sâdece onun olmayacaktır;] Hasılat, yarısını eş, oğulların her biri de dörtte birer almak üzere paylaşılacaktır. Oğullar, anaları yaşadıkça, babalarının bıraktığı terekenin taksimini (arazi hariç) istemekten feragat etmektedirler.

B. La Chaux-de-Fonds noteri Schüpbach'ın [düzenleyerek] makbuzunu verdiği 14 Haziran 1965 günlü belgeyle, şimdiki davacı miras sözleşmesini iptal etmiştir; gösterilen gerekçe, sözleşmede sonradan vâki evlilikle yasal soybağına sahip olmuş diye gösterilen Gilbert Egger'in bu niteliğinde [Jean'ın oğlu olduğunda!] hataya düşülmüş bulunmasıdır. O [şimdiki dâvacı], noteri, sözleşmenin tarafı olmuş diğer kişilere fesih bildirimini belgesinin bir suretini tebliğ etmekle görevlendirmiştir.

C. 29 Haziran 1966 gününde Jean Egger, miras sözleşmesini birlikte yaptıkları kişilere karşı şimdiki dâvayı açmıştır. Bu sözleşmenin geçersizliğini iddia etmektedir.

[Davalılardan] Arlette Egger Hanım, istemi kabul etmiştir [HUMK m. 92, 93]. Bugüne dek, Roland Egger davada işlem yapmamıştır. Gilbert Egger ise yetkisizlik itirazını ilk itiraz olarak öne sürmüştür. Açıklamasına göre kendisinin yerleşim yeri Bienne'dir [Almancası Biel]; bunu davacı da ikrar etmektedir. Diğer tarafların yerleşim yerleri La Chaux-de-Fonds'dadır.

#### Hukuksal gerekçe

İsviçre Medenî Kanununda [keza geniş ölçüde ondan alınma Türk Medenî Kanunu'nda], ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş kişinin, sağ iken açacağı, bir miras sözleşmesinin geçersizliğinin tesbiti davası için özel bir yetki kuralı getirilmemiştir. Eğer burada bir yasa boşluğu olsa idi, İsvMK m. 538'i [TMK m. 576'yı; veya benzer içerikteki CPCN m. 9/HUMK m. 11'i] kıyas yoluyla uygulamak gerekecekti. Federal hukuk [yani İsvMK

kuralı] miras bırakanın yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olmasını zorunlu kılacaktı. Bu sorun [şimdilik] çözümü gösterilmemiş kalabilir.

Davacının kendileriyle sözleşme yaptığı kişiler, dava arkadaşı olarak birlikte dava edilmişlerdir. Birlikte dava edilme durumuna karşı çıkmak için Gilbert Egger kendi hakkında davanın ayrılmasını ilk itiraz yolu ile isteyebilirdi (CPCN m. 39 ve CPCN m. 162 bent c [bizde de eskiden kural böyle iken HUMK m. 46'nın yeni içeriğine göre hâkim re'sen dahi ayırma kararı verebilmektedir]). Bunu yapmamıştır. Eldeki olayda, zaten, birlikte dava atmenin câiz olduğu apaçıktır (CPCN m. 37 bent a ve b [HUMK m. 43 bent 1 ve 2]).

Davalıların birden fazla olması durumunda yetkili mahkeme konusunda, 1906 tarihli [eski] CPCN'da m. 8 f. II şu kuralı içeriyordu: "Davalılar birden fazla ise, dava, davacının seçimine göre, onlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılır".

1925'de yasanın yenilenmesi sırasında bu kural herhangi bir değişiklik olmaksızın Danıştay tasarısında yer aldı (Bull. Gr. Const. 90, sayfa 291). Yasama Komisyonu'nun önerisi üzerine (cod. loc. sayfa 511) Büyük Meclis [Kantonun yasa koyucu Meclisi] kuralı, ona aşağıdaki içeriği vererek, değiştirdi (1925 tarihli CPCN'da m. 8 f. II): "Eğer yerleşim yerleri kanton içinde bulunan birden fazla davalı varsa, dava, davacının seçimine göre, onlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılır" [görülüyor ki, yeni eklenen, davalıların yerleşim yerinin kanton içinde bulunması koşulu, HUMK'da yer alamıyacağından bizim HUMK m. 9 f. II cümle 1 metni bu şartı içermemekte ve 1906 tarihli CPCN'ya uymaktadır].

Ne Yasama Komisyonu raporunda ne de Büyük Meclis'de yapılmış müzakerelerde bu değişiklik hakkında açıklama verilmiştir.

Şimdiki içeriğiyle, CPCN m. 8 f. II sadece ve sadece birlikte davalıların hepsinin kanton içinde ama ayrı ilçelerde yerleşim yeri bulunması faraziyesini öngörmektedir. Birlikte davalılardan kiminin kanton içinde kiminin kanton dışında yerleşim yeri bulunması faraziyesi düzenlenmiş değildir. Yine de, yasa koyucunun bu son faraziyede Neuchâtel mahkemelerini davayı görmek yetkisinden yoksun etmek [hiçbirinin yetkili mahkeme olmayacağı çözümünü kabul etmek] istediği sonucuna

varılamaz. Yasa, davalılar arasında dava arkadaşlığını yalnız CPCN m. 37 [HUMK m. 43]'de belirtilmiş koşullara bağlamaktadır. Birlikte davalıların kanton içinde yerleşim yeri bulunmasını aramamaktadır. Kanton içinde yerleşim yeri bulunan davalı veya davalılar bakımından CPCN m. 8 f. I [HUMK m. 9 f. I] (davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olması kuralı) gereğince yetkili olan Neuchâtel yargı mercii, CPCN m. 37 [HUMK m. 43] gereğince birlikte davalı olmuş kişilere karşı açılan bir davaya el koyduğunda [orada böyle bir dava açıldığında], zorunlu olarak, davalılardan kanton dışında yerleşim yeri olan veya olanlar için de yetkili yargı merciidir. Yargılama Usulü Hukukunda genel olarak kabul görmüş çözüm budur (Deschenaux/Castella, La Nouvelle Procédure Civile Fribourgeoise, s. 53; Leuch, Bern ZPO Şerhinde m. 23 açıklamaları, not 1 sonu, s. 44-45; Vaud Kantonu HUMK m. 8).

Eldeki olayda, birlikte dava edilmiş üç kişiden ikisi kanton içinde yerleşim yerine sahiptir [Gilbert'in yerleşim yeri Bienne ise Bern kantonu içindedir]. Bu mahkeme, yerleşim yeri kanton dışında bulunan üçüncü davalı bakımından da yetkilidir.

Şimdi, kanton hukukundaki bu düzenlemenin federal hukukla [Federal Anayasada yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini güvenceye bağlayan m. 59 kuralı ile] bağdaşıp bağdaşmadığını araştırmaya sıra gelmiştir

Davalı [Gilbert Egger], Anayasanın 59. maddesini öne sürüyor. Oysa bu hüküm mirasa ilişkin davalarda uygulanmaz (ATF 66 I 49). Şimdiki dâva, bir miras sözleşmesinin geçersizliğinin tesbiti hükmü almaya yönelmiştir. Temelinde miras hukukunun kuralları vardır. Bu bir miras hukuku davasıdır. Hatta, münhasıran bu niteliktedir: söz konusu olan sözleşme, ölüme bağlı tasarıfta bulunmuş kişinin ölümü öncesinde hiçbir etki doğurmaz. [Bu nedenlerle] Anayasa m. 59 burada uygulanamaz.

Hatta dava, Anayasa m. 59'un kapsadığı bir kişisel istem davası olsaydı bile aynı sonuca varmak gerekirdi. Birden çok davalı olup da bunlara karşı öne sürülen istemler birbirinin aynı ise ve onlardan birine karşı hükmün icrası, ön koşul olarak, diğerlerine karşı da bir eda hükmü verilmiş olmasını gerektiriyor idiyse, birlikte davalı kişilere [zorunlu dâva arkadaşlarına] karşı açılan davada, yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi konusunda sağlanan güvence [Federal Anayasa, m. 59] öne sürülemez

(ATF 69 I 8, 90 I 109). Dava, ilişkisi olan taraflar arasında bölünemeyecek bir hukuksal ilişkinin var olup olmadığının tesbitine yönelmiş ise davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır (ATF 89 II 429). Eldeki olayda, elbette ki çekişme konusu miras sözleşmesinin tarafları arasında bölünmez bir hukuksal ilişki vardır. Sözleşmeyi yapanlardan birine karşı öne sürülemeyecek olan bir geçersizlik tesbiti hükmünün icra edilebilme olanağı olmayacaktır<sup>1</sup>. [Diğer yandan] Ölüme bağlı tasarrufla bulunan kişinin ölümünden sonra işletmesinin kime kalacağı, bu işletmeyi kimin yöneteceği, hasılatın nasıl bölüştürüleceği, Jean Egger'in mirasının taksimini istemekten Arlette Egger Hanımın ölümüne dek feragat edilmesi konularında (bkz. yukarıda [maddi vakıalar bölümünde] c) iki ayrı düzenleme var olamaz [Gilbert bakımından, miras sözleşmesiyle getirilen düzenlemenin geçerli olması diğerleri bakımından olmaması diye bir hal düşünülemez ve dava zorunlu olarak sözleşmenin bütün taraflarına karşı kesin hüküm etkisi taşıyacak bir hükümle sonuçlandırılmalı, öyleyse Gilbert dahi davada hasımlar arasında gösterilmelidir].

Özet olarak, bu mahkemenin federal medenî hukuk gereğince yer yönünden yetkili mahkeme olmadığını [federal medenî hukukta ona yetki sağlayan bir kural bulunmadığını] farzetsek bile, bu mahkeme, kantona özgü yargılama hukukunun kuralı gereğince yetkilidir ve bu kural Federal Anayasa ile bağdaşmaktadır.

### 221 - 5 Aralık 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 37-42)

Zilyedliğin teslimsiz edinilmesi, MK m. 979

Özet: 1. Rehinle güvenceye bağlanmış alacak hakkına senet hâmini sahip kılacak türden bir senedin düzenlenmesi görevi mal rehneden kişi tarafından notere verildiğinde; noter bu senedi belli bir alacaklıya (örneğin, kredi veren bankaya) teslim etmek yükümlülüğü altına girmiş idiyse, belge düzenlenir düzenlenmez o alacaklı (henüz senet noterde bulunduğu halde) noter vasıtasıyla senedin zilyedi (hâmili) olur. 2. Ala-

<sup>1</sup> İfade zaafî. Tesbit hükümleri zaten herhangi bir icra takibine dayanak olamaz. Ancak, olayda, ileride yapılacak miras bölüşülmesinde miras sözleşmesine dayanmağa kalkışacak Gilbert'i engellemek için diğerlerinin kullanmak isteyeceği tesbit hükmü, elbette ki, Gilbert hakkında kesin hüküm etkisine sahip bulunmalıdır. Ona karşı bu etkiye sahip değilse, işe yaramayacaktır. Mahkeme buna işaret etmek istiyor.



caklının zilyedliği, senet ipoteğin tapuya tescili için tapu dairesine reslim edilmiş durumda iken dahi devam eder.

**222 - 6 Şubat 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 43-53)**

İsviçre'ye özgü bir yasanın (Karteller Hakkında Yasa, m. 2) uygulanmasına ilişkindir.

**223 - 6 Şubat 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 54-62)**

İsviçre'de MK'un yürürlüğünden önce eski hukuka göre kurulmuş olan, yaya geçme, arabayla geçme irtifaklarının şimdi motörlü araçla geçme yetkisi verip vermeyeceği konusuna ilişkindir ve üzerine geçit irtifakı yüklenen arazi eskiden olduğu gibi tarımsal arazi, ormanlık arazi niteliğini koruyorsa geçit irtifakından motörlü araçla geçmek için de yararlanılabilir, ama bu niteliğini yitirmiş ve oraya hafta sonu tatilini geçirme evi yapılmış ise yararlanılamaz sonucuna varmaktadır.

**224 - 6 Mart 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 63-66)**

İddia etme yükü - HUMK m. 179

Özet: 1. İddia etme yükü: Taraflar, istemlerinin dayanağı olan vakıaları açık seçik belirtmek zorundadırlar; öyle ki hüküm münhasıran onların iddia etmiş bulunduğu vakıalar gerekçe gösterilerek kurulabilsin [hükme dayanak olması gereken bir vakıa iddia edilmemiş kaldı ise, istenen hüküm verilemez]. 2. Taraflardan biri bir zararın giderilmesini [tazminat] istiyorsa, bu zararının niteliğini ve hesaplamayı nasıl yaptığını belirtmelidir. 3. Hâkimin re'sen incelemesi gereken konular saklı kalmak kaydı ile, bu kurallar boşanma davaları için de, özellikle parasal edimlerde bulunulması istemleri yönünden, geçerlidir.

Kararın metni:

Maddî vakıalar

Bir boşanma dâvasında, kadın şunları iddia etmiştir: Kendisinin sağlık durumu nedeniyle, davacı kadın ancak ev işlerinin dışında kalan zamanında çalışabilmektedir; Dâvalı erkeğin de onun geçimine katkıda bulunması gereklidir. Kadın bu gerekçeyle aylık bir gelirin, tazminat niteliğiyle kendisine bağlanmasını istemektedir.

Hukuksal gerekçe

[Federal hukuka değil de] Kanton hukukuna dahil bulunan yargılama usulü hukuku bakımından, tazminat isteminin yazılı usul için geçerli kurallara uygun biçimde öne sürülmesi gerekir (CPCN m. 151 vd. [HUMK m. 178 vd.]

İsbat yükü konusu İsvMK m. 8/TMK m. 6'da düzenlenmiş ise de, federal hukuk (yâni, İsvMK) iddia etme yüküne değinmez (ATF 78 II 97). Buna karşılık Neuchâtel yargılama usulü hukuku, kendisine isbat yükü düşen kişiye ayrıca iddia etme yükünü de yükler (RJN c. I, 1. Kısım, s. 212, 241, 309; c. II, 1. Kısım, s. 115, 198; c. III, 1. Kısım, s. 100); o, "iddiasının [isteminin] dayanağı olan *bütün* vakıaları" yahut savunmasını dayandırdığı bütün vakıaları iddia etmelidir (CPCN m. 152 bent a/HUMK m. 179 bent 3, CPCN m. 176 bent a/HUMK m. 201 bent 1, CPCN m. 186/HUMK m. 211).

Tarafın iddiası, onun yaptığı usul işleminin "istihdaf ettiği maksadı" [hedeflediği amacı] (CPCN m. 76 f. II/HUMK m. 82 f. II) gerçekleştirebilmesine yeter olmalıdır. Kanton Asliye Hukuk Mahkemesinin daha önce karara bağlamış bulunduğu üzere, dava dilekçesinde öne sürülen istem açıklamasının (CPCN m. 152 bent c [HUMK m. 179 bent 5; orada pek saçma çeviriyle, conclusion karşılığı olarak "varılan sonuç, öne sürülen istem" denecek yerde "iddia ve savunma" denmiştir] ve 7 Aralık 1953 tarihli karar) ikili işlevi vardır; bu işlev bir yandan, çekişme konusunu yargıcın gözünde sınırlandırmaktır, diğer yandan da davalıyı davacı tarafından ona karşı değerlendirilen [isteme dayanak edinilen] iddianın niteliği ve kapsamı [işin nereye varacağı] hakkında bilgilendirmektedir; bunun yapılması, bir dereceye kadar, her olay bakımından geçerli olacak biçimde niteliğini peşinen belirlemek imkânı olmayan, ama yine de mutlaka bulunması gereken bir açık-seçikliğe ihtiyaç gösterir; bu konuda her bir davanın kendi niteliği göz önünde tutulmalıdır. İddia, özlü biçimde ifade edildikten başka, diğer tarafın işin içeriğini kendi kendine belirleyebilmesine olanak verecek derecede yeterince açık seçik olmalıdır (CPCN m. 175 bent a/HUMK m. 200 bent 1 [doğrultusunda davalı tarafından cevap verilebilmesine yetmeli]); eğer gerekli olacaksa tahkikat işlemlerinin konusunu sınırlayıcı [belirleyici] olmalıdır (CPCN m. 212/HUMK m. 238), her iki tarafa delil sunma önerisinde bulunmaları gerektiğini bilmek olanağı vermelidir ve gıyapta bile, sırf dava dilekçesinde iddia edilmiş vakıalara dayanılarak istemin hükme bağlanabilmesine olanak vermelidir

(CPCN m. 353)<sup>2</sup>. Geri kalan bütün koşullar gerçekleşmişse, yasanın öngördüğü istisnalar hariç kalmak kaydıyla, bir istemin kabul edilebilir [hüküm altına alınabilir] olması için, dayanılan hukukî sebebin [diyelim, BK m. 41'deki, haksız fiil fâilinin tazminatla sorumlu tutulabilmesini düzenleyen kuralın] öngördüğü çeşitli uygulanma öğeleri çerçevesi içindeki vakıa iddialarını içeriyor olması gerekir. Gerekli olan iddialar yapılmış olup da bunların doğruluğu kabulleniliyorsa delil ibrazına ihtiyaç yoktur (CPCN m. 191 [HUMK m. 217; ayrıca bkz. CPCN m. 212/HUMK m. 238; o kuraldan da aynı sonuç çıkar]); yeter ki öne sürülen iddialar, eğer [hasımca] kabul edilmişlerse, kendi başlarına, bir hükmün verilmesine gerekçe olabilsinler. Eksikli yapılmış iddiaya bağlanan yaptırım, duruma göre, farklı olur: şekli bir eksikliğe bulaşmış bir takdim, şekli kusurdur ve dava dilekçesinin iptaline yol açabilir (CPCN m. 76 ve m. 162 bent g/HUMK m. 82 ve m. 187 bent 7); oysa önemli bir vakıa bakımından iddianın yokluğu, hâkimin, esas hakkında karar verirken o vakıayı gerçekleştirmemiş saymak zorunda kalmasına yol açacaktır (CPCN m. 69 f. I başı/HUMK m. 75 f. I); ayrıca bu iki tür usulî eksiklik aynı zamanda kendini gösterebilir, bu da her iki çeşit yaptırımın uygulanmasına yol açar.

Bir davacı uğradığı bir zararın tazmin edilmesi istemini öne sürüyorsa, bu zararının gerçekte [somut yaşantıda ortaya çıkış biçimiyle] ne olduğunu iddia etmek ona düşer. Zarar kavramı hukukî kavram olduğundan, o kişi, uğradığı zararın niteliği hakkında ve gerekecekse zarar miktarının hesabı konusunda mutlaka açıklamalar sunmalıdır ki neyin iddia edildiği karşı taraf için ve hâkim için yeterince anlaşılabilir olsun.

<sup>2</sup> Bu maddeye göre, esasa cevap vermiş olmaksızın hakkında gıyap kararı çıkmış ve kesinleşmiş olan taraf, hasmın öne sürdüğü vakıaları ikrar etmiş sayılabilir. Bizde, vaktiyle uygulanan gıyap müessesesi, buna ilişkin bütün maddeler (HUMK m. 398-408) kaldırılmakla, tarihe karışmıştır ve dolayısıyla CPCN m. 353'ün karşılığı olan HUMK m. 408 de artık yoktur. Aktardığımız kararda, davacının dava temeli vakıaları açık seçik iddia etmiş bulunması gereğinin yarlık nedenlerinden biri olarak bu CPCN m. 353 de gösteriliyor; iddia açık seçik yapılmalı ki esasa cevap vermeden hakkında gıyap kararı kesinleşmiş kişinin neyi ikrar etmiş sayıldığı belirlenebilsin ve bu ikrar etmişliğe dayanılarak onun aleyhine hüküm çıkabilsin.

Bu kurallar keza boşanma davalarında da, hâkimin re'sen incelemesi gereken vakıalar saklı kalmak kaydıyla, geçerlidir (ATC VIII s. 482); eşler arasındaki parasal ilişkiler kamu düzenini ilgilendirmez (RJN c. I, 1. Kısım, s. 212).

Boşanma davasının davacısı kendisinin nafaka istemini, eşi tarafından geçiminin sağlanması hakkını yitirecek olmasına dayandırıyor, hiç değilse yaklaşık olarak, evlilik çerçevesinde kendisinin maddî yararlanmaları neler olacak idi ve boşanmaya hükmedildikten sonra gelirleri, görülebildiği kadarıyla, ne olacaktır konusunda açık bilgi vermek ona düşer.

Davacı kadın bu türden hiçbir açıklama yapmamıştır ve hâkim, vakti iddiasının toptan yokluğu karşısında, [nafaka bağlama isteminin kabulü doğrultusunda] hüküm veremez; çünkü hakim ancak ona sunulmuş iddiaların çerçevesi içinde hüküm verebilir.

**No. 225 – 6 Mart 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 67-77)**

Bu karar, bizim için önem taşımayan iki konuyla ilgilidir:

a. CPCN m. 13'deki, bize alınmamış bir hükümde, "Davalının Kantonda yerleşim yeri bulunmadığı takdirde, m. 9 (HUMK m. 11) ve m. 11 (HUMK m. 13) hükümleri saklı kalmak kaydı ile, *davacının bulunduğu yer hâkimi, münhasıran nakdî* (purement pécuniaire) bir menfaate ilişkin bulunan davaları görmeye yetkilidir" diyor. Karar, buradaki "münhasıran nakdî bir menfaat" kavramının içeriğine belirlemeye çalışıyor. Oysa bizdeki m. 16 kuralı, bu CPCN m. 13'den değil, Alman HUMK (ZPO) § 23'e uymaktadır, daha çok ondan esinlenmiştir.

b. Vekilin vekaletname sunup sunmayacağı konusunda Neuchâtel sistemi bizdeki HUMK m. 65'den çok farklıdır ve bizim kural vekilin noterden tasdikli (istisnaen bazı başka makamların da imza tesdiki şerhi vermiş olabileceği) bir vekaletname ibraz etmesini buyurduğu halde Neuchâtel'de durum öyle değildir: CPCN m. 59 vekilin yazılı bir temsil belgesi sunmasını buyururken m. 60 bu belgenin sunulmasını hâkimin isteyebileceğini söylüyor; şimdi üzerinde durduğumuz karar, hâkimin böyle bir istekte bulunmasının uygulamada nâdirattan olduğunu belirtiyor. Karar bir de bu konuyla ilgilidir.

**No. 226 - 6 Mart 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 77-81)**

Boşanma-hakkın kötüye kullanılması-evlilik birliğini koruma önlemleri

MK m. 2, 166 f.II, 197 f.I, 200

Özet: 1. Boşanma dâvasında davalı, eğer davanın açıldığı tarihte, ayrı mesken edinebilmek konusunda bir mahkeme izninden (İsvMK m. 170 [TMK m. 197 f. I; her iki yasada, bir hak düzenlenmiştir, mahkemeden izin alınması gerekemeyebilir]) yararlanmakta idiyse, hakkın kötüye kullanılması durumuna düşmüş olmaksızın, İsv MK m. 142 f. II [TMK m. 166 f. II] kuralını öne sürerek boşanma istemine karşı çıkabilir ve birlikte yaşama dönmeyi reddedebilir. 2. Eşlerden biri evlilik birliğini koruma önlemleri cümlesinden olmak üzere kendisine karşı verilmiş bir kararın kaldırılmasını talep ediyorsa, o kararın verilmesine neden olmuş durumların artık var olmadığını (İsvMK m. 172 [TMK m. 200]) isbat yükünü taşır.

Kararın tam metni:

Maddî vakıalar

2 Aralık 1957'de, koca [Maurice Richard] boşanma davası açmıştır. Eşi istemin haksız olduğunu ileri sürmüştür. Neuchâtel'deki Bölge Mahkemesi [daha çok bizdeki Sulh Hukuk Mahkemesinin işlevinde olmakla birlikte, kantonun hukukuna göre boşanma davalarını da görmeye görevlidir] 25 Mayıs 1962 günlü kararı ile istemin haksız olduğuna hükmetmiştir. Şimdiki mahkeme [Kanton Mahkemesi; hem Asliye Hukuk Mahkemesi, hem de Bölge Mahkemesi kararlarına karşı İstinaf Mahkemesi işlevindedir] bu hükmü 3 Temmuz 1962 günlü kararı ile onamıştır. [Çünkü] Evlilik bağı derinden sarsılmış idiyse de bunda ağırlıklı kusur kocada idi.

Neuchâtel Bölge Mahkemesi, 2 Ağustos 1962 günlü olan, evlilik birliğini koruma önlemleri kararında, kadına ayrı bir mesken edinme izni vermiştir. Kocayı da ona aylık bir nafaka ödemeye mahkûm etmiştir. Bu 2 Ağustos 1962 tarihli karar, kaldırılmış değildir. Eşler yeniden ortak yaşama dönmemişlerdir.

20 Nisan 1966'da, Maurice Richard yeniden boşanma dâvası açmıştır. Birinci dâvada eşine yönelttiği suçlamalara bu kez de, evlilik bağının [fiilen] çözülmüş olduğunu [kadının ortak yaşama dönmediğini] ve eşinin bir yandan boşanmaya karşı çıkarken bir yandan da ortak yaşama dönmemesinin hakkın kötüye kullanılması olduğu suçlamasını eklemiştir. Bayan Richard yine, davanın reddi gerektiğini öne sürmüştür.

Neuchâtel Temyiz Mahkemesi 18 Ocak 1967 günlü kararıyla, tarafların boşanmasını hükme bağlamış ve davalı kadını yargılama giderlerini ödemeye mahkûm etmiştir. İlk derece mahkemesi yargıçları özetle şu düşüncüyü [gerekçeyi] benimsemişlerdir:

Dâvacının, ilk dâvada öne sürmüş bulunduğu suçlamalar üzerinde yeniden durmaya yer yoktur. Bu konuda, ortada bir kesin hüküm vardır. Diğer yandan, davacı davalının ilk hükümden sonraki davranışlarıyla ilgili suçlamalarını kanıtlamakta başarı göstermemiştir. Buna karşılık, davalı kadının [duruşmada] verdiği ifadeyi göz önüne almak gerekmektedir. Bu hanım, daha önce, ortak yaşama yeniden başlamak üzere içtenlikli bir öneri yapılırsa idi bunu kabul edecek olduğunu beyan etmiştir. Şimdi bunu yapamazmış, çünkü çok acı çekmiş. Dâvalı eşin red tutumu, iyice düşünüp taşınmış olma eseridir. Kararı kesindir. Oysa, [ayrı mesken edinmesinin koşulu, İsvMK m. 170 f. I/MK m. 197 f. I gereğince, ortak yaşamın devamı durumunda sağlığının ciddi biçimde tehlikeye düşmesi olduğu halde] ortak yaşama dönmenin kendi sağlığını ciddi biçimde tehlikeye düşüreceğini ortaya koymamıştır. [Ortak yaşama dönmeyi] Red tutumu, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Davacının daha çok kusurlu taraf durumunda bulunmasına rağmen, İsvMK m. 142 f. I/TMK m. 166 f. I kuralının uygulanmasıyla boşanma hükmü verilmesi gerekli olmaktadır (İsvMK m. 142 f. II/TMK m. 166 f. II).

Bayan Richard, ilk derece mahkemesinin verdiği hükme karşı istinaf başvurusu yapmıştır.

#### Hukukî gerekçe

İlk derece mahkemesi yargıçları, kendi değerlendirmelerine bırakılan sorunun niteliğini isabetle ortaya koymuşlardır. Evlilik birliği, kopmuştur. İsvMK m. 142 f. I/TMK m. 166 f. I'de belirtilen boşanma nedeninin kurucu unsurları bir araya gelmiştir [hepsi gerçekleşmiştir].

Ancak davacı ve istinaf çağrılısı olan tarafın kusurları daha ağırlıklıdır. Dâvalı ve istinaf dilekçecisi, İsvMK m. 142 f.II/TMK m. 166 f. II'yi öne sürerek boşanmaya [boşanma istemine] karşı çıkmaktadır. Kocanın istemi, eşinin itirazı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değilse, reddedilmek gerekir.

Bir yandan boşanmaya İsvMK m. 142 f. II [TMK m. 166 f. II]'ye dayanarak karşı çıkan, bir yandan da ortak yaşamı sürdürmeyi reddeden eş, [anılan yasa kuralına dayanarak itirazda bulunmak] hakkını kötüye kullanmış olur (ATF 92 II 73; Hinderling, Ehescheidungsrecht/Boşanma Hukuku, 2. bsl., s. 43 ve SJZ 1967 [deki yazısında] s. 33 vd.; Merz, İsvMK Şerhinde m. 2 açıklaması, not 446). Eldeki olayda, istinaf dilekçecisinin tutumu, kendi başına değerlendirildiğinde, hakkın kötüye kullanılması diye nitelenmeli midir sorunu üzerinde bir karara varmak gerekli değildir. Onun durumunun şu özelliği vardır ki, kendisi, evlilik birliğini koruma önlemleri cümlesinden olarak 1962'de verilen bir kararla ayrı yaşamaya izinli sayılmıştır. Bu karar resmen kaldırılmış değildir. Geçerliliğini boşanma davasının 1966 yılında açılışı sırasında da korumakta idi (ATF 42 I 92, gerekçe No. 4; 47 I 419'daki karar, özellikle s. 427; Lemp, İsvMK Şerhinde m. 172 açıklaması, not 2).

Kendisinin ayrı yaşamak için mahkemece verilmiş bir izinden yararlandığı sürece istinaf dilekçecisi, ortak yaşama yeniden başlamayı reddetmekle hiçbir hak kötüye kullanmasında bulunmuş olmaz. Bunun aksini kabul etmek hukuk güvenliğini câiz sayılamayacak biçimde çığner. Eğer evlilik birliğini koruyucu önlemlerin alınmasına yol açmış nedenler ortadan kalkmışsa, istinaf çağrılısı [davacı koca] hakimden 1962 tarihli kararın kaldırılmasını isteyebilir (İsvMK m. 172/TMK m. 200). O, bunu yapmamıştır. İstinaf dilekçecisinin tutumunu hakkı kötüye kullanma olarak nitelemek câiz değildir.

Boşanma davasına bakan hâkimin, [davalı eşin] ayrı meskene sahip olmak hakkı varken kendi takdirini evlilik birliğini koruyucu önlem kararını vermiş hâkimin takdiri yerine geçirebileceğini [konuyu değerlendirmeye tâbi tutup, izni kaldırabileceğini] farzetsek [bile], hâkim bunu yaparken isbat yükü bakımından İsvMK m. 172 [TMK m. 200]'deki kuralara uymak zorunda idi [orada aranan, koşulların değişmiş bulunduğu vakiasının isbatını istemeliydi]. Eldeki olayda, birinci derece mahkemesi

hâkimleri, istinaf dilekçecisinin [davalı kadının] ortak yaşama dönülmüş olsaydı sağlığının ciddî biçimde tehlikeye düşeceğini isbat edebilmiş olmadığını düşünmüşlerdir. Oysa, isbat yükü istinaf dilekçecisine düşmüyordu. Evlilik birliğini koruma önlemi olarak alınan karara yol açmış sebeplerin artık ortadan kalkmış bulunduğu isbatı, görevlerini yerine getirmemiş [ve o yüzden nafaka ödemeye bu kararlarla mahkûm edilmiş] kocaya, yâni eldeki işte istinaf çağrılısına düşer (Lemp, İsvMK Şerhi m. 172 açıklaması, not 6). İstinaf çağrılısı [koca] ise bu delili sunmaya teşebbüs etmiş bile değildir.

İsvMK m. 142 f. II'deki defî hakkını [bizde, TMK m. 166 f. II'deki, İsviçre yasasındaki belirsizliğe karşın açıkça yer alan itiraz sözcüğü nedeniyle, itiraz olanağını] istinaf çağrılısının açtığı davada kullanmakla, istinaf dilekçecisi hakkını kötüye kullanmış değildir. İstinaf başvurusu haklıdır, istem haksızdır.

Not. Gerek İsvMK m. 170, gerek TMK m. 197, kadının, evi terketmiş olmak suçlamasına muhatap kalmaksızın ayrı konut edinebilmesi için mutlaka hâkim izni aramayıp, belli hallerde ayrı yaşama hakkına *ipso iure* sahip bulunacağını belirtiyor ise de; eşin bu hakkını mahkemenin izin alarak daha doğrusu mahkemenin, evlilik birliğini koruma önlemleri çerçevesinde böyle bir karar çıkartarak kullanmasının yararlarından biri, okuduğumuz karardan pek açık biçimde anlaşılıyor.

**No. 227 - 3 Nisan 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 81**

(Tahkikat hâkiminin, bir "hâdis"i çözümleyen kararı)

Eski MK'da (m. 191-210) yer aldığı halde yeni MK'da yer verilmeyen mal birliği rejimiyle ilgilidir ve İsvMK m. 200/Eski TMK m. 196 gereğince, birliğe dahil malları koca idare ettiği için karısının şahsî mallarından olan bir mala ilişkin dâvada onu temsil eden kocanın, şahit sıfatıyla dinlenemeyeceğini, ancak taraf imiş gibi ifadesinin alınacağını belirtmektedir.

**No. 228 - 2 Ekim 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 85)**

Ayırt etme gücü (temyiz kudreti)- Vasiyete ehliyet- Vasiyetin iptali davası-Zilyedliğin devri-Teslimsiz devir-İsvMK m. 16/TMK m. 13, İsvMK m. 467/TMK m. 502, İsvMK m. 519 bent 1/TMK m. 557 bent 1, İsvMK m. 922/TMK m. 977, İsvMK m. 924/TMK m. 979



Özet: 1. Ayırt etme gücünün unsurları ve isbatı (bilirkişi ile); gerekçe 1 ve 2; 2. Zilyedliğin teslimle ve teslimsiz devri; unsurları ve isbatı, gerekçe 3; 3. Mobilya için belli mal vasiyeti; buradaki mobilya sözcüğünün yorumu, gerekçe 5.

#### Maddî vakıalar

A. 1880 doğumlu olup 1964'de ölen Bay Z, mirasçı olarak, şimdiki davanın davalıları olan 4 kızını, evli olmayan Alice Z ile evli olan E, H ve S'yi bırakmıştır.

Davacı Marcel E, miras bırakanın torunu ve [bu kişinin kızı] Bayan E'nin oğludur.

B. 1936'da, noterin düzenlediği senetle, karı-koca Z'ler, evlenmemiş kalan ve ana babasıyla birlikte yaşayan kızları Alice'e, bir bağışlama yapmışlardır. Bağışlama, bağışlayanların villâsında bulunan döşeme eşyasını ve çeşitli taşınır eşyayı kapsamaktadır.

C. 1963 yılında, bu arada dul kalmış bulunan Bay Z el yazısı vasiyetnameyle torunu Marcel E'ye kendisinin konutundaki iki odada bulunan "mobilya eşyasının, halıların ve tabloların hepsini" vasiyet yoluyla bırakmıştır.

D. 1965'de, [dedesi 1964'de ölen] Marcel E, kendisine belli mal vasiyetiyle bırakılan eşyanın teslimi için dedesinin mirasçılarına karşı dava açmıştır. Annesi, Bayan E, kabul beyanında bulunmuştur. Diğer davalılar davanın haksızlığı savunmasını öne sürmüşlerdir. Bunun için iki hukuksal gerekçeye dayanmışlardır. Birinci olarak, belli mal vasiyetinde bulunan kişinin o sırada ayırt etme gücünden yoksun olduğunu iddia etmişlerdir. İkinci olarak, belli mal vasiyetiyle bırakılan malların, [ölenin evlenmemiş kızı] Alice'e 1936 yılında bağışlanmış malların bir kısmı olduğunu ve miras bırakanın artık onlar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığını söylemişlerdir.

E. Dinlenmesi sırasında Alice Z, kendisine yapılan bağışlamadan sonra da bağışlanan eşyanın yerli yerinde [bağışlayanın konutunda] kaldığını açıklamıştır. Söylediğine göre kendisi ana babasını bunlardan yoksun bırakmak istemiyormuş [zaten birlikte oturuyorlarmış, alıp başka yere götürmesi beklenemezdi-Umar]. [Bağışlanmış] Mallarını ancak onların

ölümü sonrasında alabilirmiş. Ana babasının duygu ve düşünceleri de böyle imiş.

#### Hukukî gerekçe

1. Vasiyet yapabilmek için, kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir (İsvMK m. 467 [TMK m. 502] ve İsvMK m. 519 bent 1 [TMK m. 557 bent 1]). Kişinin bu güce sahip bulunması asıldır (İsvMK m. 16/TMK 13). Bunun aksini kanıtlamak için mutlak kanıtlamada bulunmak zorunlu değildir; her çeşit kuşkuyu bertaraf eden yüksek derecede olasılığı ortaya koymak, özellikle ölmüş bir kişi söz konusu olduğunda, yeterlidir (ATF 74 II 202, 91 II 327).

Ayırt etme gücünden yoksunluk, her zaman, genel nitelikte değildir. Bu hal, yalnız belli bir alanda etkisini göstermiş olabilir. O[nun kapsamı], dava konusu olay bakımından, somut biçimde, olayın özelliklerine göre belirlenmek gerekir (ATF 74 II 202, 76 IV 142, 88 IV 111, 90 II 9).

Ayırt etme gücü, yapılacak işlemin kapsamı ve yerinde olup olmadığı konusunda akla uygun bir hüküm sahibi olabilmek yeteneğini; keza, içgüdülerine ve duygularına egemen olabilmek yeteneğini kapsar. O, ayrıca, iradesi üzerinde baskı kurmak amaçlı [dışarıdan gelecek] baskılara olağan ölçüde bir direniş gösterebilme yeteneğini de kapsamına alır (ATF 77 II 97, 90 II 9). Ne var ki, ayırt etme gücünün bu ikinci unsuru, söz konusu kişinin iradesi üzerinde etkin biçimde [olağan direnci bertaraf edecek ölçüde zorlu] bir baskı uygulanmış idiye, sonuca etkili olmaz (ATF 77 II 97). Eldeki olayda, davalı hanımlar böyle herhangi bir hâli ne iddia ne de isbat etmişlerdir. Bu itibarla, miras bırakanın, tartışmalı vasiyetnâmenin kapsamı ve yerinde olup olmadığı konusunda akla uygun bir hüküm sahibi olabilmek yeteneğine sahip bulunup bulunmadığını araştırmak yeterlidir.

2. Dr. A ile Dr. B, miras bırakanın aklî durumu hakkında tıbbî bilgi kategorisine giren bilgiler vermektedir. Tedavi ettikleri hasta [miras bırakan] önemli dolaşım bozuklukları ve beyin damarları tıkanıklığı çekmekteymiş ve zaman zaman kendini göstermese de sara nöbeti benzeri nöbetler, ne yaptığını ve ne yapacağını bilememe [désorientation] aşamaları geçirmekteymiş. Ancak, şuna dikkat etmeli ki, Dr. A, miras bırakanı vasiyetnâmenin yapılmasından 4 ay önce tedavisi altında bulundur-

muştı; böylece, o anda [vasiyetnamenin yapılışı sırasında] Dr. B'nin [tedavi işini kendi üstlenince] gösterdiği özen, hastanın durumunu artık daha iyileştirmiş olabilir. Orası nasıl olursa olsun, hekimlerin gözleme dayanan ifadelerinden akla uygun yolda davranma yeteneği yitirilmiştir sonucuna varmalı mı konusunda fikir oluşturabilmek için, [keza] tam vasiyetnamenin düzenlendiği günde Noter H'nin yaptığı, gözleme dayanan açıklamalar<sup>3</sup> karara varmaya yetecek kapsamda mıdır değil midir konusunda fikir oluşturabilmek için uzmanlık bilgilerine sahip olmak gerekir ki mahkeme bu çeşit bilgiye sahip değildir (CPCN 246/HUMK m. 275 cümle 1). Diğer söyleyişle, bilirkişiye başvurulması gereklidir (ATF 55 II 225; Egger, İsvMK Şerhi m. 16 açıklamalarında not 16 ve 17; Tuor, İsvMK Şerhi m. 467 açıklamasında not 9a; Escher/Escher, İsvMK Şerhi, m. 467 açıklamasında not 9; Grossen, SPR II s. 320). Zaten bu çeşitten bütün işlerde bilirkişiye başvurulması âdettendir (örneğin bkz. ATF 74 II 202, 76 IV 142, 77 II 97, 91 II 327). Oysa ki eldeki işte hiçbir bilirkişi incelemesi [taraf larca] talep edilmemiştir. Dr. B'nin -ehliyet yokluğu sonucuna varan- ifadesi onun [bilirkişi incelemesinin ve raporunun] yerine geçemez. [Çünkü] Birinci olarak, bu hekim mahkemece bilirkişi olarak görevlendirilmemiştir; o, tanık sıfatıyla ifade vermiştir ve olayda, davalı hanımların gösterdiği tanıktır. İkinci olarak, Dr. B, pratisyen hekimdir. Psikiyatrist değildir. Hatta o, aslında çok meşhur olan, Binder'in ayırt etme gücüne ilişkin, Die Urteilsfähigkeit adlı, Zürich'de Schulthess yayınevince 1964'de yayımlanmış eserinden haberdar bile değildir. O, uzman bilirkişi olarak işlev göremez.

Sonuç olarak, davalı hanımlar, miras bırakanın, yaptığı vasiyetin kapsamı ve yerinde olup olmadığı konusunda akla yakın bir hükme varabilmek yeteneğine sahip bulunmadığını ne isbat etmişlerdir ne de [hiç

<sup>3</sup> Belli malların toruna bırakılmasını kapsayan vasiyetnamenin el yazısıyla düzenlenmiş vasiyetname (testament olographe) olduğu kararda maddî vakıalar kısmında C'de açıkça yazılıdır. Dolayısıyla ortada re'sen düzenlenmiş vasiyetname yoktur ve noterin o vasiyetname metninde "bana başvuran kişiyi temyiz kudretine sahip gördüm" gibi bir açıklamaya yer vermiş olması söz konusu değildir. Öyleyse noter, el yazılı vasiyetnamenin düzenlendiği günde düzenleyen kişinin aklı durumu hakkında nerede ve nasıl gözlem yapabilmiş, anlaşılıyor. Belki vasiyetçinin konutuna vasiyetname onun nezaretinde geçerlilik koşullarına tam uyularak yazılsın ve sonra da saklaması için ona verilsin diye çağırılmış idi.

olmazsa] bunu yüksek derecede olası gösterebilmişlerdir. Ehliyetin [ayırıtme gücünün] varlığı asıl olduğundan, vasiyet, bu yönden, geçerli sayılmalıdır.

3. Davalı hanımlar, davacıya bağışlanan nesnelere, içlerinden birinin, [bağışlayanın kızı] Alice Z'nin mülkiyetinde olduğunu öne sürmektedirler. (Maddi vakıalar bölümünde B'deki) 1936 tarihli bağışlamaya dayanıyorlar.

a. Bağışlama, borç doğuran bir akittir. O, bağışlayana, bir hak [kendine ait mülkiyet hakkı] üzerinde tasarrufta bulunmak ve bağışlanan malın mülkiyetini o kişiye geçirmek yükümlülüğünü yükler. Yapılanın bir elden bağışlama mı yoksa bir bağışlama vaadi mi olduğu pek önem taşımaz (Oser/Schönenberger, İsvBK Şerhinde m. 239 açıklamaları, No. 22). İfanın hemen yapılması, bunlardan birincisini ikinciden ayırır. Bu hâl, sözleşmenin hukukî niteliğinde hiçbir değişiklik yaratmaz. Gerek birinci gerek ikinci halde sözleşme bağışlayan üzerinde bir yükümlülük doğurmaktadır.

Taşınır malın mülkiyetini geçirmek için, [mülkiyeti edinecek kişiyi] zilyed durumuna getirmek gerekir (İsvMK m. 714/TMK m. 763). Zilyedliği geçirmenin çeşitli türleri içinde burada hesaba katılması gerekenler sadece teslim (İsvBK m. 922/TMK m. 977) ile teslimsiz devirdir (İsvMK m. 924/TMK m. 979). Son içtihatlarla göre, teslimsiz devir yapmak suretiyle elden bağışlama, ilke olarak, kabul edilebilir [geçerlidir] (ATF 63 II 395, 70 II 199).

b) Mülkiyeti edinen kişi nesne üzerinde fiilî egemenliği elde etmişse, ortada teslim vardır (İsvMK m. 919 f. I/TMK m. 973 f. I). Bu, nesnenin, dış dünyaca farkedilebilir bir davranışla, evvelce bulunduğu yerden başka yere konmasıdır. Sırf bir irade açıklaması yetmez. Malı devreden, bir değişiklik olmaksızın, eskisi gibi malda egemenliğini sürdürmekte ise ortada teslim yoktur (ATF 13 s. 220'de gerekçe 3, 14 s. 649'da gerekçe 3, 15 s. 342, 35 II 49; Homberger, İsvMK Şerhi, m. 922 açıklamalarında No. 4 ve 7; Ostertag, İsvMK m. 922 açıklamalarında No. 3).

Eldeki olayda, bir teslimin yapıldığı konusunda delil getirilmemiştir. Bağışlananın [davalılardan Alice'in] söylediği üzere (maddî vakıalar arasında E), eşya yerli yerinde kalmıştır. Bunlar, bağışlayanların fiilî

egemenliği altında, aile başının taşınmazında kalmayı sürdürmüşlerdir. Dosyada, bağışlanana bağışlanmış nesnelere bulunduğu yerden alınıp ona verilmesinin ya da onun bu nesnelere üzerinde fiilî egemenlik kullandığının hiçbir belirtisi yoktur.

c) Teslimsiz devirde (İsvMK m. 924/TMK m. 979) devreden, nesnenin zilyedi kalmayı özel bir sıfatla [örneğin, artık kiracı sıfatıyla, ariyet almış kişi sıfatıyla] sürdürür. Görünüşe bakılırsa davalı hanımlar teslimsiz devir yapıldığı iddiasındadırlar; öne sürdüklerine göre miras bırakan bağışlanan mallarda artık sadece fer'i zilyed durumunda idi; İsvMK m. 920 ve 924/TMK m. 974 ve 979'a dayanmaktadırlar.

Burada, ana-baba ile ergin yaşta olmayan çocukları arasındaki ilişkilerde görüldüğü gibi (ATF 13 s. 220 gerekçe 3) yahut eşler arasındaki ilişkilerde olduğu gibi (ATF 13 s. 342 gerekçe 4, 62 II 194) yasadan doğma özel bir sıfat söz konusu değildir. Böyle bir özel sıfat ancak sözleşmeden doğmuş olabilir. Sözleşme [bağışlama sözleşmesi] devredene [malî devrettiği halde] kişisel bir hak (ariyet alan, vekil sıfatıyla elinde tutan, emanet alan sıfatıyla elinde tutan kişinin hakkı [gibi]) yahut da sınırlı bir aynı hak (intifa) sağlamış olmalıydı (Haab/Simonius/Scherrer, İsvMK Şerhi m. 717 açıklamasında No. 25 ve 27). Özel sıfat [İsvMK m. 924 f.1'de böyle; bizde, eski MK m. 892 f. 1'de "hususî bir sebebe binaen zilyed olmakta devam"; şimdiki TMK m. 979'da "özel bir hukukî ilişkiye dayanarak zilyet olmakta devam"] zilyedlik devrinin [teslimsiz devrinin yâni fiilen teslim yapılmayarak devrinin] nedenini oluşturan hak sahipliği sıfatıdır [devredene o hak sahipliği sıfatını verebilmek için devir, fiilî teslim olmaksızın yapılmakta ve mal devredeninin fiilî egemenliğinde kalmaktadır]. Devredeninin devralan hesabına zilyedliği kullanacağı yolunda genel ve soyut bir mutabakat yetmez (Haab/Simonius/Scherrer, İsvMK m. 717 açıklamalarında No. 22; Leemann, İsvMK Şerhi m. 717 açıklamalarında No. 11; Wieland, İsvMK Şerhi m. 717 açıklamalarında No. 4a; Ostertag, İsvMK Şerhi m. 924 açıklamalarında No. 7a; Homberger, İsvMK Şerhi, m. 924 açıklamalarında No. 14).

Kendi istemlerini dayandırdıkları vakıaları cevap lâyhalarında öne sürmek [iddia yükü] davalı hanımlara düşer (CPCN m. 69/HUMK m. 75, CPCN m. 152 bent a/HUMK m. 179 bent 3, CPCN m. 176 bent a/HUMK m. 201 bent 1, CPCN m. 186/HUMK m. 211). Daha açık söyleyişle,

İsvMK m. 924 anlamında bir özel sıfat [TMK m. 979 f. I anlamında “özel bir hukukî ilişkiye dayanarak zilyed olmakta devam” durumu] yaratan belli bir sözleşmenin bağışlayanlarla bağışlanan arasında yapıldığını iddia etmek [ve isbat etmek] onlara düşer. Oysa, [cevap lâyihaları ve diğer] yazıları bu noktada hiçbir şey içermiyor. Böyle olunca, onların yararına olarak bir teslimsiz devir yapıldığını kabullenmek söz konusu değildir (ATF 14 s. 649 gerekçe 3)

Böyle bir iddianın yapılmış bulunduğunu varsayalım; öyle bir özel sıfatın varlığı isbat edilmeliydi (İsvMK m. 8/TMK m. 6). Bağışlama belgesi bu konuda sessizdir. Kuşkusuz, açık irade beyanlarıyla yapılmış bir sözleşmenin varlığı zorunlu değildir. Zımnî bir anlaşma da yeterdi (İsvBK m. 1 f. II [TürkBK m. 1 f. II]). Emarelerle isbat olanağı da yok değildir. Teslimsiz devir suretiyle zilyedlik devrinin istisnaî karakteri nedeniyle, getirilecek delil konusunda titiz olmak gerekir (ATF 53 II 378). Nesnenin temlik eden kişi elinde kalması, ortada bir teslimsiz devir bulunduğunun karinesi değildir (Homburger, İsvMK m. 924 açıklamalarında No. 15). Konusu özellikle, temlik edenin nesneye [şimdi, özel bir sıfatla] zilyed kalacağı içeriğinde olan, birbirine uyan ve karşılıklı yapılmış irade açıklamalarının gerçekleştiği tesbit edilmelidir (İsvBK m. 1 f. I). Eldeki olayda, aranan bu [vakıa hakkında] delil hiç mi hiç yoktur.

d) 1936 tarihli işlemin taraflarının, bağışlamayla bağışlanan şeyin mülkiyeti, Neuchâtel’in eski [İsviçre Medenî Kanunu’nun yürürlüğünden önceki] hukukunda olduğu üzere geçer zannetmiş olmaları mümkündür. ([Eski kural şöyleydi:] Bağışlama ... sırf tarafların rızası ile tamamlanmış olur ve bağışlanan nesnelere mülkiyeti, bir teslim gerektirmez bulunmaksızın, bağışlanana geçmiştir olur; Neuchâtel Medenî Kanununda m. 672). Olabileceğini varsaydığımız bu hata, 1936 tarihli işleme, [şimdi yürürlükte olan] federal hukukun reddettiği bir mülkiyet aktarıcı etki sağlamak sonucunu doğurmaz.

e) Bağışlanan kişinin zilyed kılındığı sâbit olmamıştır. Alice Z hanım, bağışlanan nesnelere mülki durumuna gelmemiştir. Miras bırakan, davacıya, başka kişiye ait malı belirli mal vasiyeti yoluyla bırakmış değildir. Eğer öyle yapılmış olsa idi davalı hanımlar bu vasiyetin konusu olmuş belirli malı teslim yükümlülüğünden kurtulmuş olurlar mıydı konusunda bir karar vermek [kurtulmuş olacaklarını daha doğrusu öyle bir

yükümlülüğün hiç doğmamış olacağını vurgulamak] gereksizdir [elbette öyle olacaktı] (İsvMK m. 484 f. III [MK m. 517 f. III; aslında bu fıkra, bırakılan malın başkasına ait olmasını değil, tereke malları arasında bulunmamış olmasını düzenliyor]).

4. [Davâlılardan] Alice Z hanımın ifadesi okunduğunda, 1936 tarihli işlemin tarafları gerçekten de sağlar arasında bir bağışlama yapmayı istemişler miydi sorusunu kişi kendi kendine sorabilir. Bu hanım, ana babasını o mallardan yoksun bırakmak istemiyordu. [Öyleyse] Bağışlanan malları onların ölümünden sonra almalıydı. Ana babası da aynı duygu ve düşünceler içinde imişler. Buna bakılırsa ortada ölüme bağlı bir bağışlama vardır (İsvBK m. 245 f. II/TürkBK m. 240 f. II); ama bu işlem, yapılmasına hiçbir tanığın katılmamış olması nedeniyle, şekil eksikliği (İsvMK m. 512/TMK m. 545) yüzünden geçersizdir.

Bu sorun [ortada sağlar arasında bağışlama sözleşmesi mi var yoksa ölüme bağlı bağışlama mı var sorunu] karara bağlanmamış olarak bırakılabilir [şimdiki kararda bunun çözümünün tartışılıp hükme bağlanması gerekmez; öyle de olsa böyle de olsa Alice Z Hanım mülkiyet kazanmamıştır].

5. Davalı hanımların vasiyetin şekline, vasiyet yapanın ayırt etme gücüne, onun belirli mal vasiyetiyle bıraktığı mallar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin savunma dayanakları [mahkememizce yerinde olmadıkları gösterilerek] bir kenara konduklarından yahut çürütüldüklerinden; davacı tarafından açılmış olan, belirli mal vasiyetiyle kendisine bırakılmış nesnelere teslimi davası, ilke olarak, haklıdır.

Miras bırakan kişi, davacıya, kendi konutundaki [iki odada bulunan; yukarıda öyle denmişti] “mobilya eşyasının, halıların ve tabloların hepsini” belirli mal vasiyeti yoluyla bırakmıştı. “Mobilya eşyası” deyişinin anlamını sorgulamak gerekir. Bu, bir hukuksal sorundur; davalı hanımların bu noktaya değinmemiş olmaları önem taşımaz (ATF 89 II 339-340, 90 II 40, 91 II 65 gerekçe 2, 91 II 213 gerekçe 3 başı, RJN c. III., 1. Kısım, s. 166). [Gerçekten, CPCN m. 70 gereğince hâkim, Neuchâtel hukukunu; bizde de HUMK m. 76 gereğince Türk hukukunu re’sen uygular; demek ki hem uygulanacak hukuk kuralını doğru olarak belirlemek hem de bu kuralların değindiği hukuk kavramlarını doğru yorumlamak, onun re’sen yerine getireceği bir görevdir].

Bir hukukçu için bir yerden başka yere götürülebilen her nesne mobilyadır [Lâtincede mobilis=hareket eder, taşınır] (İsvMK m. 713 [TMK m. 762]). Miras bırakan gibi, hukukçu olmayan bir kişi için, [termin' ifade ettiği] kavram daha dardır. Hiçbir zaman onun aklına, bir çaydanlığı, veya bir likör kadehini, veya bir şeker alma maşacığını, veya bir Bourgonya şarabı şişesini (eldeki olayda bütün bu çeşit mallar [tereke mallarını tesbit eden] envanter kaydında yer almıştır] mobilyadan saymak gelmeyecektir. Halk arasındaki anlamıyla, mobilya sadece ve sadece “döşeyici” bir möble/mobilya parçasıdır (bkz. 26.5.1964 tarihli yasa olan OCF'da m. 2 ve 3; ROLF 1964 s. 412).

Söz konusu metnin [davacıya yapılan bağışlamayı gösteren belgenin] incelenmesi, genel yaşam deneyimlerinden çıkan bu yorumu doğruluyor. Miras bırakan, belirli mal vasiyeti yoluyla “mobilya eşyasını, halıları ve tabloları” bırakmıştı. Demek ki ona göre, halılar ve tablolar “mobilya” kavramının kapsamında değildi yahut da oldukları kesin güvenle söylenemezdi.

Sonuç olarak, “mobilyalar” sözcüğüne, İsvMK m. 5 f. II'ye de uygun olarak [“Daha önce yürürlükte olan kanton hukuku, kanunun (şimdiki İsvMK'nın) yerel gelenekleri saklı tuttuğu hâllerde, o yerel gelenekleri ifade ediyor sayılırlar” diyen bu kural elbette ki gerek 1926 tarihli gerek 2001 tarihli Medenî Kanunumuzda yoktur], [Eski] Neuchâtel Medenî Kanunu m. 384'deki tanımlamaya göre, “döşeyici möble/mobilya parçası” anlamını vermek gerekmektedir. Gümüş, cam [kristal] öteberi, çamaşlıklar [örtüler vb. kastediliyor olmalı] buna dahil değildir.

Eğer gerekirse, şu ya da bu belli malın hukuksal niteliğini [bağışlayanın mobilya derken kastedtiği eşyadan olup olmadığını] mahkeme [şimdiki kararı veren mahkeme], en çok özen gösteren tarafın [tarafardan hangisi bu konuyu önemseyip titizleniyorsa onun] dilekçesi üzerine, tavzih yoluyla, belirleyecektir (CPCN m. 413 vd./HUMK m. 455 vd.).

**No. 229 - 17 Ekim 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 95-95)**

Tahkikat hâkimi kararı

Yabancı dilde yazılmış belgeye çevirisinin eklenmesi zorunluluğu-  
CPCN m. 162/HUMK m. 325, CPCN m. 263 vd./HUMK m. 326 vd.



Özet: Yabancı dilde yazılmış belgelerin sunulmasını taraflardan biri yahut bir üçüncü kişi talep ederse, bunun tercümesi[ni yaptırıp sunmak] talepte bulunana düşer.

#### Gerekçe

CPCN 262/HUMK m. 325 lâfzına göre, yabancı dilde yazılmış bir belge sunan taraf, ona bir çevirisini eklemek zorundadır. Bu kural, genel kapsamı yönünden, açıkça, yabancı dilde kaleme alınmış olan yazılı delillerden, onlara dayanan tarafça sunulmuş olanlarını hedef almaktadır.

Bu kuralın, yabancı dilde yazılmış bir belgenin ibrazını isteyen bir üçüncü kişi yahut taraf için de geçerli olup olmadığını kendimize sorabiliriz. CPCN m. 262/HUMK m. 325 metninin kendisi, bu yükümlülüğü sadece [belgeyi, ondan yararlanmak için ibraz eden] tarafa yüklemektedir. Bu mutlaka, kendisinden meselâ yabancı dilde yazılmış belgelerden oluşan kabarık bir dosyayı ibraz etmesi istenen tarafın, o belgelerden her birinin çevirisini de sunmak yükümlülüğü altında bulunduğu anlamına gelmez. Eğer o bu belgeleri ibraz ederse, ibraz etmesi ancak delil sunulmasına ilişkin ara kararı ile buna mecbur edildiği içindir. Söz konusu belgelere dayanan, kendisi değildir. Bu koşullarda, ona o belgeleri çevirmek [veya çevrilmesini sağlamak] zorunluluğunu yüklemek, yetkinin kötüye kullanılması olur. O tarafa, [elindeki belgeleri sunması emredilen] bir üçüncü kişiye uygulanacak olandan başka işlemi uygulayıp da onu hasmının yararına olarak emek harcamaya ve ek giderler üstlenmeye mecbur etmek için sebep yoktur. Böyle olunca, taraflardan birinin kendi sunduğu, yabancı dilde yazılmış belgeleri çevirmek [yahut çevrilmesini sağlamak] yükümlülüğünün keza tarafın hasım taraftan yahut üçüncü kişiden ibraz etmesini istediği belgeler için de geçerli olacağını [çevirme giderini ödemenin belge ibrazını isteyeneye düşeceğini] kabul etmek uygun olur.

Not. Aynı çözüme, “Taraflardan her biri, yapılmasını istediği işlemin giderlerini peşin yatırmak zorundadır” ilkesini benimseyen CPCN m. 359/HUMK m. 414 nedeniyle de varılabilir.

**No. 230 - 4 Aralık 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 109-111)**

İsviçre m. 83 [Türk İİK m. 69]-CPCN 400 [HUMK m. 443]

İtirazın geçici olarak kaldırılması-Borçtan kurtulma dâvası

Özet: Tâkip borçlusu, itirazın geçici olarak kaldırılması kararına karşı temyiz yoluna başvurmuş olup da, temyiz edilen hükmün icrasının ertelenmesi yolunda karar çıkartmış idiye, borçtan kurtulma dâvasını açma süresi, mahkemenin [Temyiz Mahkemesi'nin, temyiz başvurusuna ilişkin, red] kararından itibaren başlar.

Not. Olayda, tâkip borçlusu hakkında 26 Temmuz 1967 gününde itirazın geçici olarak kaldırılması kararı çıkmış; borçlu 7 Ağustos 1967'de kantonun Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuş ve aynı zamanda kararın icrasının ertelenmesini istemiş; o mahkeme, 8 Ağustos gününde erteleme kararını vermiş; 6 Eylülde ise temyiz başvurusunu haksız bulduğundan dolayı red hükmüne bağlamış; 11 Eylülde boçlu, borçtan kurtulma davası açınca başvurduğu mahkeme, hak düşürücü süreye uyulmadığı gerekçeyle davayı reddetmiş ve davacı borçlu bu hükmü temyiz etmişti. Kanton Temyiz Mahkemesi, bu başvuru üzerine verdiği şimdiki kararda, erteleme kararı üzerine, itirazın kaldırılması kararının icra edilebilirliğinin geçmişe etkili olarak kalktığını ve borçtan kurtulma dâvası açma süresinin başlamasının da ileriye atıldığını (Kanton Mahkemesi'nin RJN c. I, 1. Kısım, s. 88'deki kararına [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 202] ve Piguet'nin Des contestations de droit matériel dans la poursuite/İcra tâkibindeki maddî hukuk çekişmeleri kitabında s. 29 No. 3'e yollama yaparak) belirtmekte; böyle olunca itirazın geçici olarak kaldırılması kararının ancak kanton Temyiz Mahkemesinde temyiz başvurusunun reddi kararı verilmekle (demek ki, 6 Eylülde) icra edilebilirlik kazandığını ve takip borçlusunun da borçtan kurtulma dâvasını 11 Eylülde açmakla, hak düşürücü dava açma süresi 10 gün'ü (bizde 7 gündür) geçirmemiş olduğunu belirtmektedir.

**No. 231 - 8 Ocak 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 111-114)**

CPCN m. 379'da bulunan, ilk derece mahkemesi hükmüne karşı istinaf yoluna başvurulmasıyla ilgili, bizim yasamıza geçmemiş bir kuralın uygulanmasına ilişkindir. Bu kanun yoluyla ilgili m. 375-392, bizim yasamıza alınmamışlardı.

**No. 232 - 27 Şubat 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 114-118)**

Babalık davalarında hâkimin bir kimseye kendi kanı hakkında inceleme yapılmak üzere gerekli yere gitmeyi (ceza yaptırımının altında)

buyurabilmesine ilişkin, yasaya 20 Kasım 1957'de eklenmiş CPCN m. 251 bis kuralının uygulanmasına ilişkindir.

**No. 233 - 1 Temmuz 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 127-130)**

Mütelhik dava (birden fazla hukuksal nedenin aynı istemi haklı göstermesi)-Görev

Kantonun Adli Teşkilât Yasası'na dayanan bu kararda özetle şöyle deniyor: İstem hem zilyedlik davası temeline hem de Kanton Mahkemesinin (bizdeki Asliye Hukuk Mahkemesi durumundadır) görevli olduğu bir istihkak davası veya şahsî dava temeline dayanıyorsa bu mahkeme zilyedlik davasını dahi görmeye yetkilidir. Bizde böyle bir durum, üzerinde düşünülecek sorun bile oluşturmaz; çünkü istem tektir ve görev, istemin parasal değerine göre belirlenir, istemin zilyedlik durumuna mı, mülkiyet hakkına mı, bir alacak hakkına (şahsî hakka) mı dayandığı görev konusunu ilke olarak hiç etkilemez.

**No. 234 - 7 Ekim 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 138-141)**

CPCN m. 152 [HUMK m. 179], İsv MK m. 151 ve 152 [TMK m. 174, 175]-Boşanmada tazminat ve yoksulluk nafakası

Özet: 1. İstem'deki ifadenin yorumlanması: dava dilekçesinde "geçim sağlayıcı aylık gelir bağlanması" diye kullanılan fade, TMK m. 151 ya da 152 gereğince [tazminat ödenmesi işlevli olacak yahut da yoksulluk nafakası ödenmesi işlevinde olacak] bir gelir bağlanması istendiğinin anlaşılmasına imkân verebilir. Bunun yalnızca TMK m. 175'deki yoksulluk nafakasının istendiği şeklinde anlaşılması [ve hâkimin bu istemle bağlı sayılması] zorunlu değildir. 2. Böyle bir istemi öne süren taraf, istemin dayanağı olacak vakıaları iddia etmenin yükünü taşır; hâkim yalnız iddia edilmiş vakıalarla sınırlı olarak tahkikat yürütür. 3. TMK m. 175'deki yoksulluk nafakası, eşin evlilik süregitse idi sahip olacağı olanakların aynını sağlamak amacı gütmeyiz; sadece, eş olarak sahip bulunduğu hakları yitirecek olmasından dolayı ona âdil bir tazminat sağlamak amacını güder. Kadının ev yaşamına ilişkin yükümlülüklerinden kurtulmuş olması nedeniyle gelir getirici bir işe başlamak yahut yeniden girmek olanağını elde ettiği herhalde göz önünde tutulmalıdır. Hatta kadın evlilik sırasında bile böyle bir çalışma sürdürmekte idiyse, şimdi yoksulluk nafakası olarak kendisine kocadan gelir bağlanmasını istemesi haklı olmaz,

meğer ki daha önce kocanın gelir kaynaklarına bağlı olarak evlilik içinde kadının olanakları belirgin biçimde [şimdi elinde bulunacak olanaklara göre] daha iyi ya da eni konu daha güvenli olsun. Eşiyle yalnız yaşayan bir kocanın olsa olsa gelirininin üçte birini ya da bunun biraz daha fazlasını eşi için harcanmaya hasrettiği, yaşam deneyimi kurallarına göre, kabul edilebilir.

Not. Buna göre, kadın o miktarın sağlamakta olduğundan daha yüksek düzeyde bir gelir sağlanmasını eski kocasına yükleyemez. Yâni:

Eşi 2 100 YTL aylık alıyor, kadın çalışmıyor idiye kocanın karısı için geçim giderlerinde onun payı diye harcamakla, harçlık diye onun eline vermekle 700 YTL'sının gittiği kabul edilebilir ve kadın boşanma sonrasında çalışıp ayda 500 TL kazanabilecekse kocasından *en çok* ayda 200 YTL nafaka isteyebilir. En çok; çünkü mahkeme, kocanın eşine boşanma sonrasında da tıpkı eski yaşam düzeyini sağlayıcı ödeme yapmak diye bir yükümlülüğü olmadığını belirtmiştir.

Buna karşılık kadın dahi evlilik sırasında çalışmakta ve 500 YTL aylık almakta idiye, kocanın kendi 2 100 YTL aylık gelirinden, kadının hiç geliri olmasaydı ayıracağı miktarda (700 YTL miktarında) parayı eşine tahsis etmesi beklenemez; böyle durumdaki kadın, "Ben evli iken ayda 1200 YTL kişisel gider harcayabilme düzeyindeydim, öyleyse boşanma sonrasında da eşim bana 700 TL gelir bağlasın" diyemez.

**No. 235 - 7 Ekim 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 141-142)**

CPCN m. 85, 89 [HUMK m. 91, 95]

Feragat-Boşanma davasında

Özet: Boşanma davacısı, ilk derece mahkemesinde hükmün verilmesinden sonra dahi, istinaf süresi içinde [bizde, istinaf mahkemesi işlevli Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup çalışmaya başlayınca kadar, temyiz süresi içinde; onlar çalışmaya başlayınca, istinaf yoluna başvurma süresi içinde; çünkü süre geçince hüküm kesinleşmiş olur ve artık feragat işe yaramaz; ama o süre içinde feragat yapılmamış ve diğer taraf kanun yoluna başvurmuşsa, hüküm henüz kesinleşmediğinden, istinaf veya temyiz aşamasında dahi feragat sonuç doğurur] feragatta bulunabilir. Feragat, ilk derece mahkemesi hükmünü geçersiz kılar.

Not. Neuchâtel'de boşanma davasına, bizdeki Sulh Hukuk mahkemesine benzer işlevli Bölge Mahkemesi'nin baktığını ve Kanton Mahkemesi'nin de genelde Asliye Hukuk Mahkemesi işlevinde olduğu halde bunun yanı sıra Bölge Mahkemesi kararlarına karşı istinaf başvurusu mercii olduğunu belirtmiştik. Olayda Sulh Hukuk Mahkemesi kararı verildikten sonra istinaf süresi içinde feragat yapıldığı halde hüküm ayakta kaldı zanneden davacı kadın istinaf başvurusu yapıp hükmün bozulmasını istemiştir. Mahkeme yukarıda özet bölümündeki gibi karar vermiş ve istinaf başvurusunun konusu olmadığından dinlenemeyeceğini de kararına ekleyerek yargılama (istinaf) giderlerini istinaf dilekçecisi kadına yüklemiştir.

**No. 236 - 7 Ekim 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 143-146)**

CPCN'daki, bize de alınmış ama sonra kaldırılmış bulunduğunu belirttiğimiz gıyap müessesesi ile ilgili kuralların (HUMK m. 398 -408) uygulanmasına ilişkindir.

**No. 237 - 7 Ekim 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 148-150)**

Yargı yolu ayırımı – Kültür varlıklarının korunması

Özet: Hukuk Mahkemeleri, Devlete [Neuchâtel Kantonu'na] karşı açılmış olan ve Sit'lerin Korunmasına İlişkin Tüzük hükümlerine dayanan tazminat taleplerini içeren davalara birinci derece mahkemesi olarak bakamazlar. Bu davalar, [Neuchâtel'e özgü] Kamulaştırmaya İlişkin Yasa gereğince kurulmuş olan Takdir Komisyonu'nun [bir tür idarî mahkeme işlevinin de bulunması itibariyle] görevine girmektedir.

**No. 238 - 2 Aralık 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 150-157)**

CPCN m. 477 f. II [HUMK m. 522 f. II] – Hakemin reddinde yerine yenisinin görevlendirilmesi

Özet: Bir hakemi görevlendirmiş olan taraflar, onu her zaman (birlikte işlemle) azledebilirler.

Taraflar hakemi ismen görevlendirmiş ve tahkimnamede yahut tahkim şartında bu kişinin görev yapmaması yahut yapamaması durumunda yerine hâkim kararı ile başkasının geçirilebileceğini öngörmemiş olurlarsa, başvuru hâkim onun yerine başkasını görevlendiremez. Yeni hakemin kim olacağı konusunda taraflar anlaşmaya varamazlarsa, tahkim

[akdinin etkisi] sona ermiş olur. [Kararda son sözler: Tarafların, tahkimin devamından yahut devam etmemesinden yana tutum takınmalarının sırf fırsattan yararlanmak için yapılıyor olması, önem taşımaz].

## İKİNCİ BÖLÜM

### TEMYİZ MAHKEMESİ HUKUK KISMI İÇTİHATLARI

#### No. 349 - 13 Mayıs 1965 (RJN c. III, 1. Kısım, s. 224)

Hâkimin reddi-HUMK m. 33, 36

Özet: CPCN 27 ve 28 gereğince Kanton Mahkemesi, karşı tarafa tebliğ etmeksizin, aşıkâr surette kural dışı biçimde sunulan ve üstelik haksız olan red talebini reddedebilir.

Not. Bizde red istemini Kanton Mahkemesi değil m. 33 f. II'deki merci inceliyorsa da, reddin m. 36 f. I kuralı dolayısıyla karşı tarafa tebliğ yapılmaksızın karara bağlanması genelde var olan bir seçenektir.

#### No. 360 - 21 Haziran 1965 (RJN c. III, 1. Kısım, s. 226)

CPCN'nın bizde de bir hayli zaman uygulandıktan sonra 3156 Sa.K. ile kaldırılmış olan m. 398-408'deki "Gıyap" kurallarına ilişkindir, şimdi bizim için önemi yoktur.

#### No. 361 - 15 Mart 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 16-18)

CPCN'nun, temyiz yoluna başvurunun usulü ve dilekçeye eklenecek belgelerle ilgili, bizde bulunmayan m. 396 f. III kuralının uygulanmasına ilişkindir ve o belgeler yoksa başvurunun hemen, karşı tarafa tebliğ yahut başka işlem yapılmaksızın reddi gerekeceği konusunda eski içti-hattan dönüldüğünü, bu durumda dilekçeciye eksikliği giderebilmesi için kısa bir süre verilmesinin gerekeceğini belirtmektedir.

#### No. 362 - 8 Aralık 1966 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 42-43)

Tutanak düzenlenmesi gereği - HUMK m. 151

Özet: Hâkim, uygulanan yargılama usulü adi (yazılı), sözlü ya da basit usulden hangisi olursa olsun, kendi önünde bir duruşmanın yapıldığı ya da dava ile ilgili bir tahkikat işleminin yürütüldüğü her vesilede, zabıt kâtibi eliyle bir tutanak düzenletmekten geri duramaz.

**No. 363 - 24 Temmuz 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 82-83)**

Avukatların davaya vekâlet tekeli-CPCN 55 f.I/HUMK m. 61

Özet: Baroya kayıtlı avukat olmayan bir vekilin imzaladığı temyiz dilekçesi kabul edilmez (Neuchâtel Temyiz Mahkemesinin Huber'e karşı Huber dâvasında verdiği 14.7.1947 günlü kararındaki içtihadın tekrarı).

**No. 364 - 7 Nisan 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 95-96)**

İtirazın kaldırılması-İsvİİK m. 82, TürkİİK m. 68

Duruşma tutanağının işlevi- CPCN 128/HUMK m. 151

Özet: Tanığın bir borcu mahkeme önünde ikrar etmesini kayda geçirmiş bir duruşma tutanağı, İsvİİK m. 82 [ve TürkİİK m. 68] anlamında "noterlikçe tasdikli senet" değildir.

Gerekçeden:

Her ne kadar hâkim ve tutanak kâtibi, tanık ifadelerini ve mahkemeleri önünde yürümekte olan bir davaya ilişkin olarak yapılan işlemleri kayda geçirmekte sıfat sahibi iseler de, buna karşılık, eldeki dâvaya yabancı olan tesbitleri yapabilmek için ve dava tarafları dışındaki bir kimseyi ilgilendiren herhangi bir sözleşmeyi yahut ikrarı belirtmek [kayda geçirmek] bakımından sıfat sahibi değildir; davadaki bir tanık ise, dava tarafı değildir.

Not. İsvİİK m. 81 uyarınca itirazın kesin olarak kaldırılması kararı ancak mahkeme hükmü ibrazıyla çıkar; noterden tasdikli senet ise m. 82 uyarınca itirazın geçici kaldırılması kararının elde edilmesini sağlar. Bizde durum farklıdır ve onlardaki m. 81'nin karşılığı olarak bizde *itirazın kesin kaldırılması* konusunu düzenleyen İİK m. 68, noterden tasdikli senedi, hatta imzası inkâr edilmemiş adî senedi de yeterli sayar; buna karşılık onlardaki m. 82'nin karşılığı olarak itirazın geçici kaldırılmasını düzenleyen bizdeki m. 68a adî senet altındaki imza inkâr edilip de imza incelemesi sonucunda tâkip borçlusuna ait çıkmış ise ona dayanılarak itirazın geçici kaldırılması kararının alınabilmesine olanak tanır.

Şimdi kararın değerlendirilmesine geçelim. Karar İsviçre'nin federal İcra ve İflâs Hukuku yönünden doğrudur. Ama bizde, İİK m. 68 uyarınca (eski bir davada kendi borcunu ikrar ettiği tutanağa geçirilmiş ta-

nığa karşı daha sonra yapılan icra takibinde) itirazın kesin olarak kaldırılması kararını elde etmeye o tutanak “kemâliyle” yeter. Çünkü tutanak, tanığa imzalatılır (HUMK m. 151 f.V ve m. 272). Tanığın bu belgedeki imzanın kendine ait olmadığını iddia edebileceğini düşünmek abestir. İsviçrede itirazın *geçici* olarak kaldırılmasına bile, imzası *ikrar edilmiş* adi senet yetemediğinden, tanığın borç ikrarını içeren imzalı tutanak da yetemeyecektir, aktardığımız karar İsviçre için doğrudur; ama bizde, itirazın hem de kesin olarak kaldırılması kararını elde edebilmek için bile imzası ikrar edilmiş adi senet yetebildiğinden ve mahkemede düzenletip imzalatılmış tutanaktaki imza da ilke olarak inkâr edilemeyeceğinden, o tutanak, borçlunun tâkibe itirazını kaldırmakta işe yarayacaktır.

**No. 365 - 11 Nisan 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 97)**

Zamanaşımı-İsvBK m. 128 bent 3/Türk BK m. 126 bent 3

Özet: Zenaatkâr emeğiyle bir işin yapılmış olmasından doğan alacak, eğer alacaklı [zenaatkâr işi yapılmış bulunmasına rağmen, aslında] zenaatkâr değil idiye, zamanaşımı hakkında [BK m. 126 bent 3 kuralına değil de] genel kurala [BK m. 125] mı tâbidir? Sorunun yanıtlanmasına gerek görülmemiştir, çünkü zenaatkâr emeğiyle bir işin yapılmasını öneren ve üstlenen bir işletmenin bunu zenaatkâr sıfatiyle yaptığını karine olarak kabul etmek gerekir, meğer ki bu karineyi çürütecek bir karşı-isbat yapılmış olsun.

**No. 366 - 13 Nisan 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 97-99)**

İsvİİK’nda m. 49’da açıkça tanınan olanak gereğince, miras bırakanın borcundan dolayı, onun ölümü sonrasında, terekenin henüz bölüşülmemiş olması durumunda sanki mirasçılar topluluğunun veya terekenin tüzel kişiliği varmış gibi tüm mirasçıların zorunlu tâkip arkadaşı gösterilmesiyle tereke mallarına karşı takip yapılmasına ilişkindir ve özetle, şöyle demektedir: “Taksim edilmemiş bir terekeye karşı yapılan tâkipte, itirazın kaldırılması sürecinde husumet, itiraz etmemiş olanlar dâhil, bütün mirasçılara karşı yöneltilmelidir”.

Not. Bizde ise o madde ve aynı sonuca yol açan İsvİİK m. 65 f. III kanunumuza alınmamıştır. İİK m. 53, miras bırakan sağ iken ona karşı başlatılan tâkibin, tereke taksim edilmemiş, resmî tasfiyeye tâbi tutulmuş, mirasçılar arasında aile şirketi kurulmamış idiye *terekeye karşı*



devam edeceğini söylemekle birlikte, miras bırakanın ölümünden sonra terekeye karşı tâkip yapılması diye bir olanak tanımamıştır ve bu olanağı tanımının başkaca dayanağı da yoktur. Ancak, Kuru hocamızın İcra ve İflâs Hukuku kitabında (c. I, 3. bsl., İstanbul 1988, s.159 dn. 32'de) Yargıtayın böyle takiplere cevaz verdiği söylendikten sonra, "İİK m. 53, II'deki açıklık karşısında, Yargıtaym bu görüşüne katılmaya olanak göremiyorum" denmesi de kanımca pek yerinde olmamıştır, çünkü orada olanak bulunmadığı açıkça ifade edilmiş değildir ve ifade edilmemesine bakarak, demek madde böyle bir cevazı kabul etmiyor dememiz doğru olamaz: madde bambaşka konuyu düzenlemek, yani miras bırakanın borcu için yapılan icra takibinin ölüm olayı üzerine kaç gün süreyle erteleneceğini açıklamak (f. I), hangi usulün uygulanacağını söylemek (örneğin tâcir olduğu için iflâs ettirilebilir borçluya karşı iflâs yoluyla tâkip başlamış idiyse ölümünden sonra bunun haciz yoluyla tâkibe dönüşüp dönüşmeyeceğini açıklığa kavuşturmak) (f.II) ve aynı tâkip belli bir mirasçıya karşı devam ettirilmek isteniyorsa bunun hangi usulde yürüyeceğini belirtmek (f. III) amacını gütmektedir. Konu, miras bırakanın borcu için terekeye karşı tüm mirasçıları hasım göstererek takip yapılıp yapılamayacağını açıklığa kavuşturmak değildir ki belli faraziyede (takibe daha önce miras bırakanın sağlığında, ona karşı başlanmış olması faraziyesinde) bu olanağın varlığının maddede ifade edilmesini, "Demek başka faraziyelerde aynı olanak yok imiş, maddeden bu anlaşılıyor" diye yorumlayabilelim.

**No. 367 - 14 Nisan 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 99-100)**

İsvBK m. 138 [TürkBK m. 136], CPCN m. 253 [HUMK m. 282]  
Zamanaşımının kesilmesi

Özet: Mahkeme yazı işleri kaleminin taraflara, bilirkişi raporunu mahkemeye sunmuştur diye bildirim yapması işlemi zamanaşımını keser.

Not. Kararda, kalemin bu bildirme işlemi, BK m. 136'da zamanaşımını keseceği söylenen "mahkemenin kararı" niteliğinde sayılmaktadır. Ancak, Neuchâtel'de kalem taraflara "Bilirkişi raporunu mahkemeye sundu" bildirimini yaptığı halde bize o madde değişik çevrilmiştir ve kalem öyle bir bildirim yapmadan raporun kendisini taraflara tebliğe göndermektedir. Kalemin yaptığı bildirim, bu kararda yollama yapılan Federal Mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere, dava sürecini sonuca

doğru ilerleten bir “mahkemenin usul işlemi” olduğundan kuşku duyulamaz ise de, İsvBK m. 138 ve bundan alınma Türk BK m. 136, zamanaşımını kesme sonucunu mahkemenin her usulî işlemine değil, hâkimin emirlerine (ara kararlarına) ve hükmüne bağlamaktadır; kalemin yaptığı rapor postalama işlemi ise hâkimin ne ara kararıdır ne de hükmüdür. Şimdi üzerinde durduğumuz Neuchâtel kararı, bu itirazı yanıtlamak için, “her ne kadar işlemin kâtip tarafından yapıldığı doğru ise de, hatırlamak gerekir ki mahkeme adına hareket etmekte olan kâtip, daima, hâkimin otoritesi altında bulunmaktadır” diyor. Oysa, zamanaşımını kesme sonucunu yaratabilmek bakımından kalemin yaptığı bu gibi işlemlerin de kanunda söylenen “hâkimin emri veya hükmü” ile eşdeğerli sayılması gerektiği yolunda, baktığım Borçlar Hukuku öğretisi yapıtlarının hiç birinde bir ifade hatta işaret görmedim.

**No. 368 - 17 Mayıs 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 201-103)**

Neuchâtel’in, hukuk mahkemeleri arasındaki görev ayırımına ilişkin olarak Mahkemeler Örgütü Hakkında Yasa, m. 17 ve 19’da bulunan özel kuralları karşısında, kiralayanın haklı nedenlerle kira akdini feshetmesinden sonra taşınmazı İdare’ye (bu taşınmazın bulunduğu yerdeki Landeron Komünü’ne) satması ve gerek kira akdinin gerek akdin feshinden doğmuş haklarını ona devretmesi üzerine İdarenin açtığı çok istemli dâvada hangi mahkemenin görevli olduğunun belirlenmesine ilişkindir. Davacı İdare, a. Akdin kiralayan tarafından vaktiyle geçerli olarak feshedilmiş bulunduğu tesbitini; b. Kendisinin (İdare’nin) kira akdini üstlenmiş olmadığını tesbitini, c. davalının şimdi tahliyesi istenen taşınmazda haksız olarak işgal eden kişi durumunda bulunduğu tesbitini; d. davalının oradan tahliye edilmesine karar verilmesini istemekteydi. Mahkeme, akdin geçerli olarak feshedildiğinin tesbiti dâvasında dava değerinin, yıllık kira bedeli miktarına göre belirleneceğine; davalının zilyedliğine son verilerek zilyedliğin davacı İdareye kazandırılması davasında ise taşınmazın değerinin, görev belirlenmesine esas olacağına işaret etmiştir.

Bizdeki duruma gelince: Kira sözleşmesinin feshine hükmolunması istemini değil, sözleşmenin geçersiz olduğunun yahut fesihle geçersizleştirilmiş bulunduğu tesbiti istemini kapsayan davalar HUMK m. 8 f. II bent 2’deki, kira akdinin feshi davası değildir; keza orada kasdedilen

tesbit dâvası (yeni kira bedeli miktarının belirlenmesi için hüküm verilmesi davası) da değildir, öyleyse mutlaka Sulh Hukuk Mahkemesinin görevine girecek değildir (Kuru, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 16. basım, Ankara 2005, s. 143). Demek, m. 8 f. I'deki değer ölçüsüne bakılarak görev belirlenecektir. Kuru, aynı ders kitabında aynı sayfanın sonunda, *kiralanan şeyin değerine* bakılacağını söylemişse de, dalgınlığa düşmüştür; çünkü kendisinin büyük HMU kitabında ilgili yerde (§ 8, c. 1, 5. bsl., 1990, s. 1040 ortası) anılan 3. HD'nin 27.9.1984 günlü kararında da belirtildiği üzere, kira sözleşmesinin geçerli olup olmadığının tesbiti davasında (dolayısıyla, onun geçerli bir fesihle feshedilmiş olup olmadığının tesbiti davasında da) *yıllık kira miktarı*, dava değerini belli eder. Hatta aslında taşınmazın zilyedliğinin sağlanması davalarında bile bu böyle olmalıdır; bkz. Harçlar Kanunu'nda, "Tahliye davalarında değer" başlıklı m. 17: "Gayrimenkulün tahliyesi davalarında, yazılı mukavele olsun veya olmasın, *bir yıllık kira bedeli üzerinden* karar ve ilâm harcı alınır".

**No. 369 - 7 Haziran 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 104-106)**

CPCN m. 262 [HUMK m. 325], İsv İİK m. 80, 82 [Türk İİK m. 68, 68a] - Yabancı dildeki belgenin çevirisi - İtirazın kaldırılması

Özet: Taraflardan biri, yabancı dildeki belgeye onun çevirisini de eklemeyi ihmâl etmişse, yargıç onun bu eksikliği gidermesi için kısa bir süre belirler. Bu kural, itirazın kaldırılması sürecinde de uygulanır.

**No. 370 - 17 Temmuz 1967 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 106-109)**

İsviçrenin kendi İş Hukuku kurallarının, özellikle de 1 Şubat 1966'da yürürlüğe giren, ücretli tatile ilişkin İsvBK m. 341 bis kuralının uygulanmasıyla ilgilidir.

**No. 371 - 29 Şubat 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 118-125)**

Neuchâtel Adli Teşkilât Yasası kurallarının, tereke taksimi konusuna ilişkin bir dâvada uygulanmasıyla ilgilidir.

**No. 372 - 29 Nisan 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 125-127)**

CPCN m. 2 [HUMK m. 2], CPCN m. 7 [HUMK m. 7] – Görev

Özet: 1. Davacının bir borcunun takas nedeniyle düşmüş bulunduğu tesbiti davasında müddeabihin değeri, o borcun miktarı kadardır; 2. (Bizdeki Sulh Hukuk Mahkemesi durumunda bulunan) Bölge Mahkemesinin işin konusu yönünden yetkisizliği (görevsizliği) kamu düzenini ilgilendiren bir bozma nedenidir, Temyiz Mahkemesince re'sen göz önünde tutulur.

**No. 373 - 17 Temmuz 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 130-132)**

İsvMK m. 837 bent 3 [TMK m. 893 bent 3], İsv MK m. 839 [TMK m. 895], İsv MK m. 961 [TMK m. 1011]

Kanunî ipotek-Tescil-Geçici tescil şerhi

Özet: Kanunî ipoteğin bir alt yüklenici lehine olarak geçici tescilinin yapılması talep edildikte; hakim, konuyu, kesin tescil yapılması talebi vaki olsaydı bu talep asıl yüklenicinin eser yapma bedelini almış olması nedeniyle reddedilecek miydi araştırması yapmadan karara bağlar.

Kararın metninden:

Temyiz dilekçecisi, hâkimin, hasım taraf [alt yüklenici] lehine ipoteğin geçici tesciline karar vermiş olduğuna, oysa asıl yüklenicinin böyle bir istem öne süremeyeceğine, temyiz nedeni olarak dayanmaktadır; asıl yüklenicinin, alt yüklenici tarafından yapılan işlere ilişkin bedel alacağı kısmen ödenmiştir; henüz ödenmemiş kısım için ise asıl yüklenici teminatlar almış durumdadır, oysa Genève Kantonu içtihatlarına göre (Semaine Judiciaire 1956, s. 407 ve 1958, s. 73) alt yüklenici [iş sahibine karşı] asıl yüklenicinin sahip olduğu haklardan daha fazlasına sahip olamaz.

Ortaya çıkan sorun mâlikin [iş sahibinin], eğer asıl yüklenici kendi aldığı parayı alt yükleniciye aktarmamış idiyse [alt yüklenici tarafından] bir yasal ipotek hakkı edinilmesine katlanmak zorunda bulunup bulunmadığı sorundur; oysa, bu nâzik bir sorundur ve henüz çözümü de belli değildir; ama eldeki olayda hâkim böyle bir sorunla uğraşmak gereksinmesinde değildir; konu bir geçici tescile ilişkin olduğuna göre, hâkim, talep edenin [alt yüklenicinin] bir hakkı var gibi görünüyorsa geçici tescilin yapılmasını emredebilir (İsvMK m. 961 f. III/TMK m. 1011 f. III);

karmaşık sorunlar daha sonra, [dâvada,] adî yargılama usulünün uygulanmasıyla çözülecektir ve Federal Mahkemenin içtihadına (Sem. Judiciaire 1959, s. 97; bu karar Recueil Officiel/Resmî Derleme'de yoktur) uyarak, iş sahibinin asıl yükleniciden istemiş bulunduğu işleri alt yüklenici yapmış idiye alacağı görünüşe bakılırsa var olduğu sonucuna ulaşmak gerekir; oysa olayda hâkim var olan durumun böyle olduğunu gözlemlemiştir, dilekçenin işe yarayabileceği bir zamanda verilmiş bulunduğunu [başvurunun hukuksal yönden yararsız olmadığını] kabul etmiştir ve kararı bu iki nokta itibariyle itiraza uğramamıştır; temyiz başvurusu haklı değildir.

**No. 374 -19 Temmuz 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 132)**

İsvİİK m. 265 [Türk İİK m. 251]-Müflisin yeni mal iktisap etmiş olması

Özet: Yaşamak için zorunlu gelir miktarının hiç değilse yarısına ulaşp geçmiş bulunmuyorsa borçlunun gelirinin miktarı onun [İİK m. 251 anlamında] yeni mal iktisap etmiş bulunduğunu kabule imkân vermez.

**No. 375 - 6 Eylül 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 132-133)**

CPCN m. 212 [HUMK m. 238] – Maruf vakıa

Delili ticaret sicilindeki kayıta ve İsviçre Ticaret Sicili Gazetesi'ndeki bir yayında bulunan bir vakıayı isbat etmiş sayılmak için yayına yollama açıklamasında bulunmak [kaydın hangi sayıda yayınlandığını belirtmek] yeterlidir.

Not. Neuchâtel Temyiz Mahkemesi böylece, kendisinin 11.5.1928 günlü (Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 123 sonu) kararında belirttiği, "Kanton resmî gazetesinde yayınlanan bir olay maruf sayılır" ilkesiyle tutarlı sonuca varmış olmaktadır.

**No. 376 - 6 Eylül 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 133-134)**

İsvBK m. 82 [Türk BK m. 81], İsv BK m. 92 [Türk BK m. 91], İsv BK m. 211 [Türk BK m. 208], İsvİİK m. 82 [Türk İİK m. 68a]

İtirazın kaldırılması-Akdin (karşı tarafa düşen ediminin) ifa edilmediği defi-Satış akdi-Alacaklı temerrüdü

Özet: Satım bedelinin ödetilmesini amaçlayan bir ilâmsız icra takibi yapıldığında itirazın kaldırılması kararını elde edebilmek için [takip alacaklısı olan] satıcının, alıcı tarafından [itirazında] öne sürülmüş olan, akdin ifa edilmediği defini bertaraf etmek üzere, satılan malı tevdi etmiş bulunduğunu isbat etmesi gerekir (Federal Mahkeme kararı: ATF 79 II 280 ve JdT 1954 s. 233’de yayınlanmış karar). O ayrıca, tevdi işleminin yapılması gereken [yasada veya sözleşmede gösterilmiş] yerde uygulanacak yargılama usulü hukukuna göre geçerli bir tevdi yapmış bulunduğunu da isbat etmelidir.

• Not. Olayda, taraflar satış akdinde *alıcı malı teslim almaktan kaçınırsa tevdi işleminin Lausanne/Lozan’da yapılacağını kararlaştırmış iken*, demek ki böyle bir kaçınma öncesinde BK m. 73 bent 3 gereğince “malı alma alacaklısı” alıcının ikametgâhı olan Neuchâtel’de mal ona tevdi edilmek gerekirken ve ortada ne bir temerrüde düşme ne de Neuchâtel veya Lausanne yargıçlarının tevdi mahallinin başka yerde yapılmasını gerektirecek herhangi bir kararı varken, satıcı malı Lausanne’da bir emanetçi müesseseye tevdi etmişti. Dolayısıyla ne mal alıcıya teslim edilmiş ne de usulüne uygun bir tevdi işlemi yapılmıştı; alıcının BK m. 81’de dayanan itirazı haklı idi.

• **No. 377 - 7 Ekim 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 146-148)**

• İsvMK m. 8 [TMK m. 6], İsvBK m. 82 [Türk BK m. 81], İsvBK m. 253 [Türk BK m. 248], İsvBK m. 269 [Türk BK m. 264] - Kira akdinde kiracının öne sürdüğü akdin ifa edilmediği (taşınmazın teslim edilmediği) defî – fesih sebebinin varlığını isbat yükü

• Kararın tam metni

• 2 Mart 1968 tarihli adi senet biçiminde mukavelename ile, şimdiki temyiz dilekçecisi, karşı tarafa, 160 Frank aylık kira bedeli karşılığında, 1968 Nisan ayı için, bir oda kiralamıştır; kiracı hanım [bu parayı ödememiş ve] kendisine 23 Nisan 1968 günü tebliğ edilen ödeme emrine de itirazda bulunmuştur.

• Temyiz dilekçecisi, şimdi, kendisinin yaptığı itirazın kaldırılması talebini reddeden [İcra Mahkemesi işlemindeki] Bölge Mahkemesinin kararının bozulmasını istemektedir.

• Temyiz edilen karara göre kiracı, sözleşme imzalandıktan hemen sonra, “şerefle bağdaşmayan” [sözle cinsel tâciz anlamında?] sözler söylediğini ve kendisinin de kiralanmış odanın zilyedliğini almak istemediğini öne sürmüştür; ve, yine temyiz olunan karara göre, temyiz dilekçecisi kendine düşen yükümlülüğün [odayı kullanılır halde teslim etmek yükümlülüğünün] ifasını teklif etmiş değildir ve bu nedenle de akitten [kiracı için] doğan borcun ifasına yönelik icra tâkibinde bulunamaz (İsvBK m. 82/TürkBK m. 81).

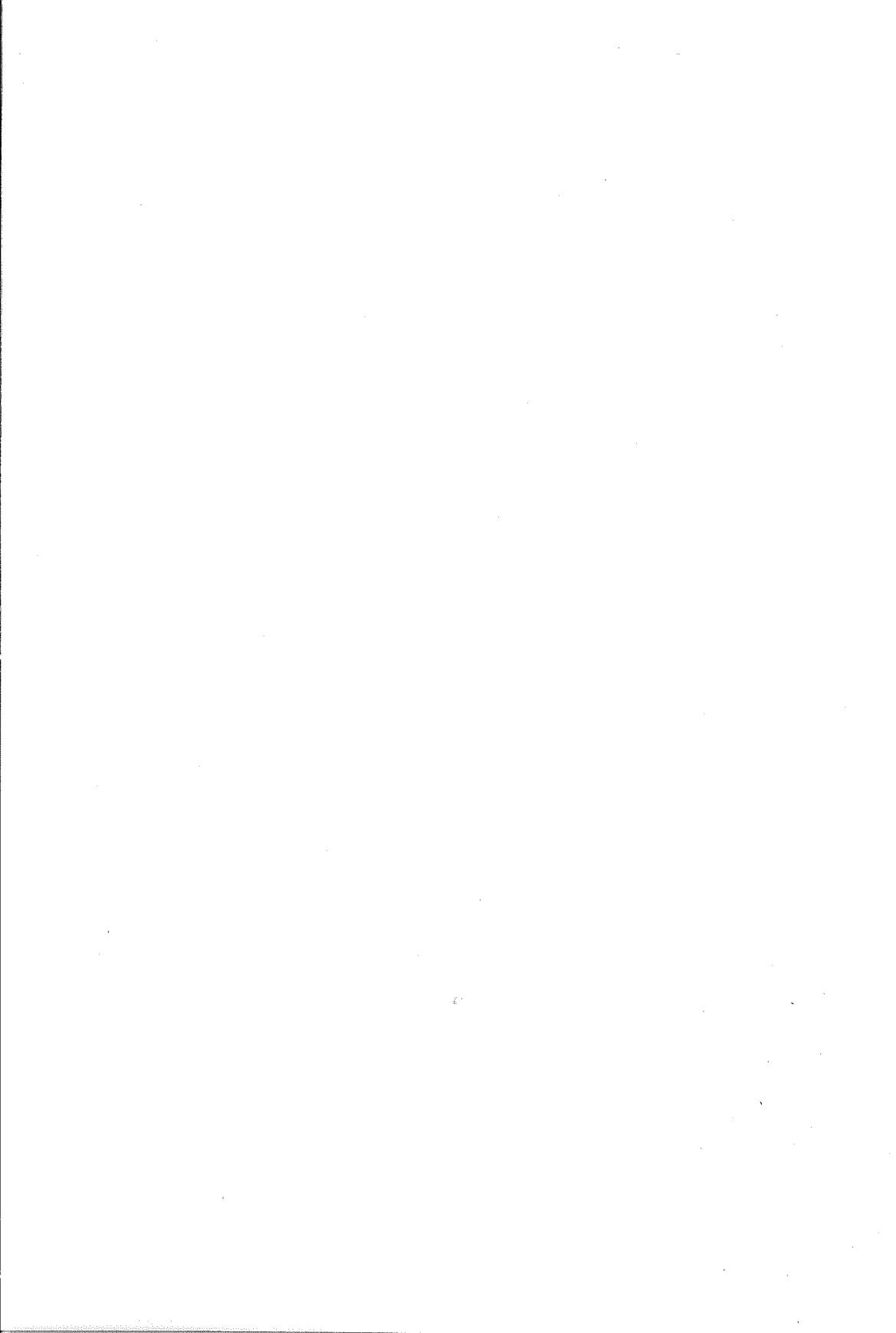
• Akdin ifa edilmediği definin öne sürülmesi birbirinin ivazı nedeni olacak iki karşılıklı borcun varlığına gereksinme gösterir; şu anlamda ki, bunların her biri kökeni ve işlevi yönünden diğerine bağlıdır ([Federal Mahkeme kararları] ATF 67 II 125, 84 II 149 = JdT 1941 s. 525, 1958 d. 541). Kira sözleşmesinde, kira bedeli ödemek borcu, kiralanmış malın kullanımını [kiracıya] bırakmak borcu ile bağlantılıdır. (İsvBK m. 253/Türk BK m. 248). İsvBK m. 82/Türk BK m. 81’deki defi hakkını kullanmak için, temyiz dilekçecisinin hasmı [kiracı hanım], temyiz dilekçecisinin kiralanmış yerleri [odayı] onun zilyedliğine vermediğini iddia ediyor olmalı idi. Oysa, hâkimin tutanağa geçirdiği vakıalara göre, kiracı hanım başka şeyi iddia etmiştir, yâni temyiz dilekçecisinin “şerefle bağdaşmayan” sözleri sebebine kiralanmış yerlerin [odanın] zilyedliğini almak istemediğini iddia etmiştir. Bunu yapmakla kiracı hanım [gerçekte] akdin ifa edilmediği defini öne sürmüş olmuyor, ama akdin öngördüğü sürenin bitiminden önce fesihle bulunması için haklı bir sebebin varlığını (İsvBK m. 269/Türk BK m. 264) değerlendirmiş [öne sürüp ona dayanmış] oluyor. Oysa ki, haklı sebebin varlığını isbat yükü kendisindeydi ve bu konuda kanıt sunulmamıştı.

• Akdin ifa edilmediği defi öne sürülmemiş iken ona dayanmakla hâkim hukukun uygulanmasında yanılığa düşmüştür, ancak bu yanılığın kararın hüküm fıkrasını etkilememektedir; çünkü, kira alacağı, ödeme emrinin tebliğ edildiği sırada henüz muaccel değildi [böyle olduğu da, dosyadaki, tâkip alacaklısının ibraz ettiği, kira akdini belgeleyen adi senette görülyordu] ve bu sebepten itirazın kaldırılması istemi reddedilmeliydi.

• No. 378 - 16 Aralık 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 157-161)

• İsv BK'na, bizim o yasayı alıntılamaımızdan (iktibas etmemizden) sonra konmuş olan, satım akdiyle ilgili yeni maddelerden bazılarının uygulanmasına ilişkindir.





## MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKU ALANINDA SON YARGITAY KARARLARINDAN SEÇMELER

Prof. Dr. Bilge UMAR\*

**\* Şiddetli geçimsizliğe dayanan boşanma davasında davacı eşin daha çok kusurlu olması vakiasının dava temelinde bir eksiklik mi yoksa bir itiraz veya defî temeli mi oluşturduğu sorunu. 2. HD'nin 29.12.2004 günlü, E. 14683 K. 16091 sayılı kararı (Manisa Barosu Dergisi Nisan 2005 sayısı s. 145-146)**

Kararın yayınlanan metnini aynen aktarıyoruz:

Boşanmaya sebep olan hadiselerde sadakatsiz davranışlarda bulunan, kumar oynayan davacı koca tamamen kusurludur.

Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesi hükmünü, tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve [kendi] yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan, gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğinin devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar; sonra da madem ki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir [bu ifade ve üslûp bozukluğu, bir Yargıtay kararına yakışmamaktadır-Umar]

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Öyle ise Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır.

Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu hâlin [davalı eşin az da olsa bir miktar kusurlu bulunduğu-Umar] tesbiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, [evliliğin süregitmesinde-Umar] eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır (TMK md. 166/2).

Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda, açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

#### **Değerlendirme:**

1926 tarihli eski MK yürürlükte iken ve 4.5.1988 günlü, 3444 Sa.K. ile yapılan değişiklikten önce, o yasada m. 134 metni, şiddetli geçimsizliğe dayanan boşanma davasında davacının kendisinin geçimsizlikte daha çok kusurlu olması vakiasının davadaki işlevini açıkça belirtemiyordu ve öğretide bu konuda üç görüş savunuluyordu. Birinci görüşe bakılırsa, davacının daha çok kusurlu olmaması, dava temelini bir unsuru niteliğindekiydi; dolayısıyla bu unsurun var olup olmadığını, her türlü davada dava temelini her bir unsuru için yapılacağı üzere, hâkim re'sen araştırmalıydı; o unsurun yokluğunu görünce de re'sen (davalının herhangi bir itirazı bulunmasa bile) davayı reddetmeli idi. Bkz. İsbat Yükü kitabımızın Prof. Dr. Ejder Yılmaz eliyle yapılan yenilenmiş 2. basımında (Kazancı Yayınları, İstanbul 1980) s. 141 dn. 218'de anılan Python, *Le rôle de la faute dans le divorce*, Lausanne 1958; Gmür, İsv. MK Şerhinde m. 152 açıklaması No. 48; Akgün, *Boşanma Hukuku*, İstanbul 1949 s. 74 vd. İsviçre ve Türk öğretisinde diğer bazı yazarlar, MK m. 134 (ZGB m. 142) hükmünün, davalıya bir savunma dayanağı verdiğini savunmuşlardı, ama bu savunmanın teknik anlamda bir itiraz mı

yoksa bir defî mi olduğu sorununa hiç değinmemeyi yeğlemişlerdi (aynı kitabımızda s. 142 dn. 221'de anılan Egger, m. 142 No. 15, Çağa çevirisinde s. 184-185; Picot, ZSR NF 48 s. 34a-38a). Bunlara karşılık, Prof. Dr. S.S. Tekinay, Aile Hukuku kitabında (3. bsl. İstanbul 1978, s. 185-186) davacının daha çok kusurlu olduğu vakiasının, davalı için teknik anlamda bir itiraz dayanağı olduğu görüşünü savunmuştu. Bu görüş kabul edilirse, hâkim davalının savunma olanaklarını resen araştıramıyacağından (HUMK m. 75), davacının kendisinin de geçimsizlikte kusuru var mı ve o kusurun deyiş yerinde ise oranı, davalının kusurunun oranını aşılıyor mu araştırmasına, soruşturmasına kendiliğinden giremez ama, davacının daha çok kusurlu taraf olduğu vakiası daha doğrusu bu durumu ortaya koyan somut vakıalar usulü dairesinde dava dosyasına intikal etmiş ise (örneğin tanık ifadelerinden yahut davacının kendi beyanlarından anlaşılıyor ise) itiraz temeli bütün vakıalar bakımından doğru olduğu üzere bu vakıaları da kendiliğinden (davalının itirazı, bu konuya değinmesi olmadan dahi) değerlendirebilir, hükmünü o vakıalara ilişkin hukuk kuralının gerektirdiği doğrultuda verebilir. Nihayet, üçüncü görüş, ki yasa metninin o zamanki ifadesi değışmeden önce çoğunluğun görüşü böyle idi, davacının kendisinin daha çok kusurlu taraf olduğu vakiasını davalı için teknik anlamda bir defî temeli saymakta idi (anılan kitapta s. 141 dn. 219'da anılan Velidedeoğlu, Saymen/Elbir, Karahasan. Ben dahi, kitapta verdiğim ayrıntılı gerekçelerle, onların görüşüne katılmıştım. Neuchâtel Kanton Mahkemesinin 6 Mart 1967 günlü, Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise, c. IV, 1. Kısım, s. 77-81'de yayınlanmış kararında ifade ettiği görüş keza budur).

4.5.1988 günlü, 3444 sa.K, MK'da m. 134 metnini değıştirdi; yeni metinde f. II, şimdiki TMK m. 166 f. II'nin kelimesi kelimesine aynı içeriğı aldı. Bu yeni metin, açıkça, "davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya *itiraz* hakkı vardır" dediğı için, başka görüşü savunmak olanağı kalmadı. Yine de, konunun bazı yönleri bakımından Yargıtayımızın duraksamada kaldığı hatta yanlış yorumlara kapıldığı anlaşılıyor. Şöyle ki:

İncelediğimiz kararda, "boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi

kaçınılmazdır” deniyor. Bunun üzerinde duralım. MK m. 166, böyle bir gereklilik aramamaktadır. Eşlerden hiçbirinin kesinlikle kusuru olmadan, örneğin sırf karakter, davranış, görgü, gelenek vb. alışkanlıklarının farklı olması yüzünden, evlendikten sonra şu kadar veya bu kadar zaman geçince o evlilik eşlerden biri yahut her ikisi için kesinlikle çekilemez hale gelmiş olabilir. Bu durumda boşanma davası açılabilir ve hâkim, davacıya, eşinde hangi kusurlu hâli gördün diye soramayacağı gibi, evlilik birliğinin çekilmez hâle gelmiş bulunduğu isbat edilmiş iken, davalının kusuru yok diye davayı red de edemez. Çünkü, bir daha vurgulayalım, yasa sadece evlilik birliğinin çekilmez hâle gelmesini dava ve istem temeli sayıyor, bu durumun kısmen de olsa davalıya isnat edilebilecek bir kusurdan kaynaklanmış olmasını aramıyor. Bu gerçek, 1984 tarihli MK Tasarısı’nın m. 130 gerekçesinde de ifade edilmişti, şöyle denmişti: “Evelâ, herhangi bir kusur şartı aranmaksızın evlilik birliğini temelinden sarsan geçimsizliğin boşanma sebebi teşkil edeceği temel kural olarak 1. fıkrada kabul edildikten sonra, 2. fıkrada...” (bkz. Talih Uyar, Gerekleştirilmiştiren Türk Medenî Kanunu, Aile Hukuku, c. I s. 845-846).

Oysa Yargıtay 2. HD, hayli zamandır kararlarında, yukarıda aktardığımız kararın ifadelerini kullanmaktadır; örnek olarak bkz. 2. HD (Uyar’ın kitabında yanlışlıkla 1. denmiş) 23.3.2000, E. 1999/756 K. 2000/161, Talih Uyar, aynı kitapta s. 885 ve aynı doğrultuda olduğu belirtilen, s. 888-891’de listelenmiş kararlar. Kitapta daha sonra anılan bazı kararların, örneğin s. 891 sonunda anılan HGK kararının dahi aynı ifadeleri kullandığı görülüyor: “davalının çok az dahi olsa belli bir kusurunun varlığı ve bunun ispatlanması kaçınılmazdır”!).

**\* Yargıtay 11. HD’nin, 2’ye karşı 3 oyla çıkabilmiş olan ve bir kısım deliller toplandıktan sonra cevap yazısı islah edilip yeni cevap layihasında zamanaşımı definin öne sürülmesi câiz değildir diyen, kanuna aykırı, yanlış bir kararı ( 28.5.2004, E. 2003/11314, K. 2004/6003; Manisa Barosu Dergisi, Nisan 2005, s. 159-163; ayrıca Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, Legal Yayıncılık, 2005 No. 1, s. 235-239. Sonuncusunda kararın başına konan özet fazlaca eksikli ve yanıltıcıdır).**

Kararın tam metni ve doğru bulduğumuz karşı oy yazısı eki aşağıda aynen aktarılmaktadır:

Davacı vekili, müvekkili tarafından konut sigorta poliçesi yapılan daireye, davalıya ait dairede yapılan tadilat çalışmaları sırasında sızan yağmur sularının hasara neden olduğunu, hasar bedelinin sigortalıya ödendiğini ileri sürerek, 410 000 000 TL'nin davalıdan rücuun tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, süresinde verdiği cevapta, davanın esastan reddini savunmuş; daha sonra yargılama sırasında cevap dilekçesini ıslah ederek zamanaşımı def'inde bulunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, ıslah suretiyle zamanaşımı def'inde bulunulabileceği gerekçesiyle davacının tazminat ödediği olayın 13.5.2000 tarihinde meydana geldiği, zarar ve failin öğrenilmesi tarihinden itibaren bir yıllık sürenin geçirilmesinden sonra bu davanın açıldığından zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dâvada uyuşmazlık konusu olan husus, zamanaşımı konusunda cevap dilekçesinde bir def'i bulunmayan davalı tarafın, davada daha sonraki aşamada ileri sürdüğü bu def'in davacı tarafından savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşmasından sonra davalının bu defa cevap dilekçesini ıslah ederek zamanaşımı def'inde bulunup bulunamayacağı noktasındadır.

Bir dâvada dâvalı tarafın cevap dilekçesinde öne sürme hakkına sahip olduğu ve davanın reddini gerektiren savunma sebeplerinden zamanaşımı def'inde bulunmadığı takdirde önünde iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki, savunmayı genişleterek bu def'i daha sonra ileri sürmesi, veyahut da HUMK m. 202/3'ün kendisine tanıdığı, aynı yasanın 83. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan ıslah müessesesine dayanarak, cevap dilekçesini ıslah etmek suretiyle bu savunma hakkına dayanması mümkün olabilecektir [böylesine tuhaf ifade ve üslûp, bir Yargıtay kararına yakışmıyor-Umar].

Savunmanın genişletilmesi yolunu tercih eden davalı, masrafsız ve külfetsiz bir yolu tercih etmekte; ne var ki, karşı tarafın savunmanın genişletilmesine muvafakat etmemesi hâlinde bu def'i hakkını[n-Umar] kullanılması önlenilmekte olup, bundan sonra ancak davanın esası hakkında savunma sebeplerini ileri sürebilmek imkanına sahip bulunmaktadır

[sayın Daire, zamanaşımı def'i öne sürmenin dahi usule değil esasa ilişkin bir savunma olduğunu bilmiyor gibi ifade kullanıyor-Umar]. Görüldüğü gibi, bu yolun tercihi davalı tarafa büyük risk getirmektedir. Davalının tercih edebileceği ikinci yol ise HUMK m. 86/1'in kendisine yüklediği parasal yükümlülüğü yerine getirmek suretiyle ıslah yoluna başvurarak cevap dilekçesinde kullanamadığı savunma hakkına, bu yolla kavuşabilmesidir.

Bu genel açıklamalardan sonra dava konusu olaya dönüldüğünde, davalı taraf süresinde verdiği 28.11.2001 günlü cevap dilekçesinde (dilekçedeki açıklamalarına göre, zamanaşımı süresinin dolduğunu bildiği halde) zamanaşımı def'ini ileri sürmeyerek, davanın esasına yönelik [diğer-Umar] savunmalarda bulunmuş; dâvacı tarafın 1.2.2002 günlü cevaba cevap dilekçesinde gösterdiği delillerin toplanılması istemine karşı davalı taraf da 1.3.2002 tarihli dilekçesi ile karşı delillerini mahkemeye sunmuştur. Bu aşamadan sonra her iki tarafın delilleri toplanılmış, taraf tanıkları dinlenildikten sonra davalı taraf 14.1.2003 günlü dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmuş; davacı taraf ise, derhal verdiği 27.1.2003 günlü dilekçesi ile zamanaşımı def'inin ileri sürülmesine yani savunmanın genişletilmesine muvafakat etmediklerini bildirerek davalı yanın bu hukukî yola başvurması önlenilmiştir. İşte bu usulî işlemlerden sonra davalı taraf bu defa ıslah yoluna 3.2.2003 tarihli dilekçesi ile ve HUMK m. 86/1'in getirdiği malî yükümlerini yerine getirmeden başvurmuş; davacı taraf ise, 17.2.2003 tarihli dilekçesi ile bu usulî işleme de karşı çıkmıştır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere davalı taraf (bildiği halde) cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmadıktan ve mahkemece işin esasına girilip, taraf delilleri toplanıldıktan sonra ve davalının riskli bir yol olan savunmanın genişletilmesi yolu ile ileri sürmeye çalıştığı zamanaşımı def'ini, davacı tarafın karşı çıkması ile ileri sürmemesi sonucu bu usulî sorun kendi mecrasında davacı taraf yararına bu şekilde çözülmüş bulunmaktadır. Bu aşamadan sonra, davalı tarafın, yasanın öngördüğü koşulları dahi yerine getirmeden, bu defa ıslah yolu ile sürdüğü zamanaşımı def'inin kabulü yoluna gidilmesi isabetsizdir. HUMK m. 202/3'ün [tanıdığı ıslah yoluna gitme çaresinin-Umar] ancak aynı maddenin 2. fıkrasındaki yola [şimdi ıslah suretiyle öne sürmek istediği savunmayı daha önce savunmanın genişletilmesi niteliğiyle öne sürmek yoluna-Umar] başvurmayan tarafa tanınan bir usul müessesesi ol-

duğunun kabulü yargılamanın kısa sürede ve adil bir çözüme kavuşturulması ilkesinin bir sonucu olmalıdır. Kaldı ki, somut olayda, yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere, davanın esasına girildikten ve taraf delilleri toplandıktan sonra, zamanında kullanılması gereken bir hakkın bu aşamadan sonra kullanılmış olması, somut olay adaleti yönünden MK m. 2'de öngörülen dürüst davranma ilkesine de aykırı olduğunun kabulü gerekir [Umar'ın notu: bu kabul, bir önce altı çizilen ifadenin kabulünden daha da dayanaksız, kanuna aykırı ve imkânsızdır kanısındayım]. Nitekim, Yargıtay 3. ve 4. HD'lerinin uygulamalarının bu yönde olduğu, dosyaya mübrez içtihat örneklerinden anlaşılmaktadır [bunların tarih ve numarası, yayınlandığı yer, içeriği açıklanmalıydı-Umar]. Dairemizin örnek olarak gösterilen kararı da somut olayın özelliği bakımından bu davada emsal olarak dikkate alınamayacağı anlaşılmaktadır [onun da tarih ve numarası, yayınlandığı yer, içeriği üzerine hiç olmazsa kısaca bilgi verilmesi ve niçin bu davada emsal olamaz sayıldığı belirtilmeli idi-Umar]

O halde, yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, mahkemece davalı tarafın ıslah yolu ile ileri sürdüğü zamanaşımı definin reddi ile davanın esası hakkında tahkikat sonuçlandırılarak hüküm kurulması gerektiğinden kararın davacı taraf yararına bozulması gerekmiştir.

### **Karşı Oy Yazısı**

Davalı, kanunda belirtilen istisnalar dışında savunmasını genişletemez ve değiştiremez. Kural olarak cevap dilekçesinde savunmasına ilişkin tüm vakıaları göstermelidir. Savunmayı genişletme ve değiştirme yasağına öncelikle def'iler ve ona ilişkin vakıalar dahildir. Çünkü def'i, taraflarca ileri sürülmedikçe mahkemece dikkate alınmaz. Ancak savunmayı genişletme ve değiştirme yasağının HUMK m. 202/2 ve 202/3'de işaret edilen üç istisnası vardır. Bunlardan birincisi, davacının savunmanın genişletilmesi ve [ya-Umar] değiştirilmesine rıza göstermesi; ikincisi, müddeabihin temliki [halinde dava konusunun ve dolayısıyla savunmanın m. 186 çerçevesi içinde yeni bir içerik alabilmesi-Umar]; diğeri ise davamızda söz konusu olan, davalının cevabını ıslah etmesi yoludur.

Islah yoluyla davanın ve cevabın tamamen değiştirilebileceği gözönüne alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin ıslah yoluyla müddeabihin arttırılamıyacağı yolundaki kanun hükmünü [HUMK m.



87'nin eski son cümlesini-Umar] iptal etmesi karşısında ıslah yoluyla zamanaşımı def'inde bulunulamıyacağı kabulü mümkün değildir. Zaten doktrinde, zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla ileri sürülebileceği [ve, biz ekleyelim, bu yola özellikle daha önce def'i hakkı savunmanın genişletilmesi niteliğiyle kullanılıp da bu kullanım davacı tarafın "Savunmanın değiştirilmesine onayımız yoktur" itirazı ile karşılaşınca, özellikle bu engeli aşmak için kullanılabileceği- Umar] konusunda görüş birliği vardır (bkz. Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, 6. baskı, cilt IV s. 3966 vd.).

Savunmasını değiştirmek veya genişletmek isteyen davalı[nın-Umar], özellikle son iki istisnadan birini başlangıçta tercih etmek gibi bir zorunluluğu yoktur. Davalı önce savunmasını genişletip, davacının bu konuda rıza gösterip göstermeyeceğini öğrendikten sonra, eğer rıza göstermezse ıslah yoluna başvurabilir. Somut olayda, davalının başlangıçta savunmasını genişletme şeklinde zamanaşımı def'inde bulunması, davacı tarafın buna rıza göstermemesi üzerine ıslah yoluyla zamanaşımı def'ini ileri sürmesinde yasaya aykırılık olduğundan bahsedilemez [kesinlikle doğru; Daire çoğunluğu, hangi yasa kuralına aykırı davranıldığını düşünüyor, bilmek isterdik-Umar].

Yine [=Diğer yandan-Umar], bu yola başvuran davalının tahkikatın bitimine kadar savunmasını ıslah etmesi mümkün olup [HUMK m. 84-Umar], bunu bir kısım delillerin toplanmasından sonra yapmasını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelemek [bu kanun maddesi karşısında -Umar] mümkün değildir.

Islah eden tarafa 86. maddedeki yargılama giderlerinin ve zararının ödetilebilmesi için bunun karşı tarafça [uğrayabileceği zararın miktarı açıklanarak-Umar] talep edilmesi gerekip, mahkemece kendiliğinden bu gider ve zararların ödetilmesine karar verilemeyeceğinden (bkz. Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. baskı, c. IV, 2001, s. 3986-3987), çoğunluğun ıslah yoluna başvuru sırasında davalının mali yükümlülüklerini yerine getirmediği yolundaki açıklamasının sonuca etkisi olmadığı görüşünderiz.

Bütün bu nedenlerle, yasaca öngörülen süre içinde [yâni, tahkikatın sona ermesine kadar-Umar] davacının savunmanın genişletildiği itirazı ile karşılaşan davalının ıslah yoluyla zamanaşımı def'inde bulunabileceği

gerekçesiyle, davanın reddine dair verilen mahkeme kararının onanması gerektiğinden, çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Hüseyin Deniz

Ahmet Özgan

Üye

Üye

**\* İcra Müdürünün, takip alacaklısı her kimin elinde olursa olsun bir taşınır malı tâkip borçlusunun malı olarak gösterir ve onun haczini isterse istenen haczi yapmakla yükümlü olduğu yolunda, öğretide de onaylanan uygulamayı doğru bulan yeni bir karar: 12. HD 28.2.2005, E. 1059 K. 3883 (Manisa Barosu Dergisi Nisan 2005 s. 167-168. Orada kararın başına “İİK hükümlerine göre İcra Müdürünün haciz uygulaması konusunda bir takdir yetkisinin olmadığı” özetinin konması karar içeriğini yeterince açık yolda anlatamamaktadır)**

Kararın yayınlanan metninin en önemli bölümü:

İcra Müdürünün haciz uygulamasından sonra, 3. kişilerin istihkak iddiasında bulunmaları mümkündür. İcra Mahkemesinin kararında yer alan ve “Haciz istenen adresin borçluya ait olmadığı” yönündeki gerekçe, istihkak davası sırasında tartışılacak hususları içermektedir. O halde, [hacizden geri durulması tutumuna karşı yapılan şikâyet üzerine- Umar] şikâyetin kabulü gerekirken [başkasının adresinde haciz istendi diye hacizden geri durulması haklı bulunarak, şikâyetin] reddi isabetsizdir.

**\* Takip talebi ekindeki vekaletnamede, Avukata vekalet vermiş takip alacaklısının adresi yazılı idiye, takip talebini dolduran Avukatın bu adresi oraya yazmamış olması sakınca doğurmaz yâni İİK m. 58 bent 1’de istenen bu kayıt yazılmadı bahanesiyle, eksikli takip talebini kabul ederek ödeme emri düzenledi, tebliğe gönderdi diye İcra Müdürünün işleminin (dolayısıyla, tâkibin) şikâyet yoluyla iptali istemine hak veremez (12. HD 28.2.2005, E. 1107 K. 3863, Manisa Barosu Dergisi Nisan 2005 s. 169-170)**

Özel Dairenin bu kararı, benzer bir konudaki, yerleşmiş Yargıtay içtihatlarıyla aynı doğrultudadır. Bilindiği gibi Yargıtayımız, HUMK m. 179 bent 1 davacı tarafın adresinin de dava dilekçesine yazılmasını buyurduğu halde o kişi adına davayı açan vekili Avukat bu gerekliliğe uymamış idiye, dilekçesine ekli olarak sunduğu vekâletnamesinde müvekkilinin adresi yazılı bulunduğu takdirde, “Dava dilekçesinde eksiklik bı-

rakıldı” bahanesiyle HUMK m. 187 bent 7’deki ilk itirazın öne sürülmesinin haklı olmayacağını, yerleşmiş içtihadıyla kabul etmektedir.

\* Sözleşmenin haksız olarak feshedildiğinin ve dolayısıyla feshin geçersizliğinin tesbiti için açılan dava, dava dilekçesinde “Fesih kararının iptali davası” yani bir inşâf dava gibi gösterilmiş ve öyle nitelenmiş bile olsa aslında “muarazamn men’i” (=menfi tesbit; hak iddiasına dayanak edinilen bir hukuksal durumun, dolayısıyla o hakkın, var olmadığıнын tesbiti dâvası) niteliğindedir doğrultusunda karar: 13. HD 13.11.2003, E. 8285 K. 13613, Manisa Barosu Dergisi Nisan 2005 s. 174)

Kararın yayınlanan metninin tümü:

Davacı, davalı ile aralarındaki sözleşmenin sahte ilâç kupürü tanzimi ve kullanılması nedeniyle 7 yıl süre ile feshedildiğini, feshin haksız olduğunu ileri sürerek fesih kararının iptalini istemiştir.

Davalı, eda davası açılabilecekken tesbit davası açılmayacağını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, eda davası açılabilecekken [yani, geçersiz fesih hiç yapılmamış gibi, sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün yerine getirilmesi dâvası açılabilecek iken ve feshin geçerli olup olmadığı da o dava içinde tartışılabilecek iken-Umar] tesbit davası açılmayacağına ve hukukî yarar olmadığına dayanılarak davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında, Maliye Bakanlığı ile Türk Eczacılar Birliği’nin imzaladığı protokol hükümlerine uygun olarak sözleşme ilişkisi kurulduğu uyuşmazlık konusu değildir. Davalı kurum [SSK olsa gerek-Umar] sahte ilâç kupürü düzenlendiği gerekçesiyle sözleşmeyi feshetmiş; davacı fesih işleminin geçersizliğini istemiştir [iptal kararı verilmekle geçersizleştirilmesini istemiştir-Umar]. Davalı kurum fesih işlemi ile kendisi[ni] ve diğer kamu kuruluşlarını da etkiler şekilde davacı ile muaraza yaratmıştır [onun hakkını tanımazlık tutumuna girmiştir-Umar]. Bu nedenle dava açmakta [feshin geçersiz olduğunun tesbiti davası açmakta-Umar] davacının hukukî yararı vardır. Davacı tarafından açılan dâva mahiyeti itibarıyla muarazamn men’i [davası] niteliğindedir. Dairemizin istikrarlı uygulaması da bu yöndedir. Mahkemece, işin esasına girilerek [dâvacının hakkının ortadan kalkmasına yol açacak haklı bir feshin yapıldığını iddia

eden ve dolayısıyla bu konuda isbat yükünü taşıyan davalı kurumdan kanıt isteyerek ve kanıt sunulabilirse onu değerlendirerek-Umar] ortaya çıkacak sonuca uygun bir karar hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir [yayınlanan metinde dizgi yanlış ve atlama olduğu açıktır; “karar hüküm kurulması” değil, “karar verilmesi gerekirken hukuk kurallarının yanlış yorumlanmasıyla bu davanın dinlenemeyeceği sonucuna varılarak ona göre hüküm kurulması” gibi bir ifade kullanılmış olmalıdır-Umar].

**\* Mürekkep (bileşik) ikrarın bölünürlüğünü belirten, 11. HD'nin doğru bir kararı (10.2.2004, E. 2003/6486, K. 2004/1052) ve olaydaki ikrarı yanlış olarak mevsuf ikrar diye niteleyen, üstelik bölünmemesi gerektiğini savunan ve kararı eleştiren bir makale (Manisa Barosu Dergisi, Temmuz 2005, s. 89-96)**

Sözünü ettiğimiz makalede, kararın tam metni verilmiyor ve içeriği yazar tarafından şöyle aktarılıyor:

#### I. Olay

Davacı vekili, müvekkilinin sahip olduğu bir konut yapı kooperatif hisselerini davalıya devrettiğini, davalının ise devir bedelini ödemediğini, devir bedeli olan alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibine itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline, icra inkâr tazminatının tahsiline karar verilmesini İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinden talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili ise, verdiği cevap dilekçesinde davacı ile yapılan devrin şarta bağlı olduğunu -örneğin taşınmazların inşaatının bitmesi gibi- ve şartın gerçekleşmemesi nedeniyle devir bedelinin ödenmediğini beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

Davacı vekilinin, ilk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararının temyiz yoluyla incelenmesi talebi üzerine Yargıtay 11. HD, davacı yararına hükmün oybirliğiyle bozulmasına karar vermiştir.

#### II. Mercilerin görüşleri

##### 1. İlk derece mahkemesi

Taraf beyanlarının incelenmesi amacıyla, beyana konu olan vakiya ilişkin delillerin sunulması için HUMK m. 180 uyarınca on günlük

kesin süre vermiş; davacı vekilinin bu yöndeki ara kararının gereğini yerine getirmemesi üzerine davanın reddine karar vermiştir.

## 2. Yargıtay Hukuk Dairesi

Davalı vekilinin hisse devrine ilişkin ikrarı karşısında; bedelin davacıya ödenmesinin şarta (koşula) bağlı olduğunu ve söz konusu şartın gerçekleşmediğini ispat yükünün davalı tarafta bulunması nedeniyle, davalı tarafa delillerini sunması için süre verilmesi ve sonuca göre karar verilmesi gerekirken ispat yükünün davacı tarafa yüklenerek davanın reddedilmesini doğru görmeyerek, kararı bozmuştur.

Sözünü ettiğimiz makalede, Yargıtay kararı hakkında bu bilgi verildikten sonra, özetle, şu görüşler savunuluyor:

a. Yargıtay dairesinin olaydaki ikrarı bir mürekkep/bileşik ikrar sayması yanlıştır; ortada bir mevsuf/nitelikli ikrar vardır.

b. Akde dayanan bir eda davasında davalı taraf akdin varlığını ikrar etmekle birlikte o akdin şarta bağlı olarak yapıldığını ama şartın gerçekleşmediğini, bu yüzden kendisinin o akit gereğince borcunun doğmadığını iddia ettiğinde, akdin şartlı olarak yapılmış ama o şartın gerçekleşmemiş olduğu konusunda isbat yükünün davalıda görülmesi yanlıştır; akdin şartsız olarak yapılmış ve kendisi için hak doğurmuş olduğunu isbat yükü, davacıdadır.

Hukuk Doktorasını tamamlamış olduğunu (kendisini kutluyorum) ama tezini henüz yayınlamamış olduğunu bu yazısından öğrendiğim, kardeş bir vakıf üniversitesinde Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku kürsüsünde görevli genç ve değerli meslektaşımın özür dileyerek, bu görüşlerin ikisine de katılmadığımı, Yargıtay kararını haklı bulduğumu belirtmek zorundayım. Zaten aslında bunun böyle olduğunu, kendisi, ikrar konusundaki Doktora tezini yazarken hiç kuşkusuz okuduğu, benim İsbat Yükü adlı Doçentlik tezimde görmüştür (makalesinde o tezden veya isbat yükü konusuna ilişkin başka hiçbir monografiden söz etmemesini, savunmuş görüşler hakkında bilgi vermemesini doğru bulmadım).

Aslında, gerek “Akit yapıldı ama şarta bağlı idi, o şart da gerçekleşmedi” savunmasının bir mürekkep/bileşik ikrar mı yoksa bir mevsuf/nitelikli ikrar mı olduğu sorununun çözümü, gerek bu vakıa iddiasıyla ilgili olarak isbat yükünü kimin taşıdığı sorununun çözümü, sa-

vunmanın niteliği hakkında varacağımız sonuca bağlıdır. “Akit infisahî/bozucu şartta bağlı idi ve o şart gerçekleşti, o yüzden benim akit-ten doğan bir borcum yoktur” savunması bakımından, varılacak sonuçta duraksama gösterilmemiştir. Alman öğretisinde dahi, bu iddianın, borçludan yana sonuç doğuran bir “hak düşürücü olay” iddiası olduğu, dolayısıyla teknik anlamda bir itiraz niteliğinde olduğu ve isbat yükünün davalı borçluya düştüğü, yoksa davacı alacaklının “Akitte herhangi bir infisahî/bozucu şart öngörülmemiştir” diye isbatta bulunmak yükünü taşımadığı konusunda oybirliği vardır (Umar, İsbat Yüğü, Doçentlik tezinin Prof. Ejder Yılmaz tarafından güncelleştirilmiş 2. Basımı, İstanbul 1980, s. 283 dn. 26). Oysa, akdin borç doğurmasının bir talikî/erteleyici şartta bağlanmış bulunduğu ve bu şartın da gerçekleşmediği, bu nedenle borcun doğmadığı iddiasının niteliği tartışmalıdır.

Sonuca varmanın zorluğu ve tartışma şundan ileri geliyor:

Yasa koyucu, belli bir vakıayı, diyelim bir a vakiasını, bir istemin doğabilmesi için gerçekleşmesi gereken bir hak doğurucu vakıa olarak kabul edip, istemin temeli olacak vakıaları belirten hukuk normunu o kabule göre düzenleyebilir. Bu takdirde istemi öne süren kişi, dava temelini bir unsur olarak, a vakiasının varlığını iddia ve isbat etmek yükünü taşır; hâkim dahi (hukuku re’sen uygulayacağından; HUMK m. 76) istemi hükme bağlayabilmek için a vakiasının varlığını, demek ki isbat edilmesini, aramak zorundadır. Ama aynı yasa koyucu, tam tersine tutumu yeğlemek yetkisine de sahiptir; yâni o a vakiası (diyelim, şiddetli geçimsizliğe dayanan boşanma davası davacısının daha az kusurlu taraf olması) olmadan dahi istemin doğabileceğini, ama a vakiasının tersi gerçekleşmiş ise (o kişi daha çok kusurlu taraf idiyse) istemin doğumunun engelleneceğini kabul edebilir. Bu ikinci durumda, a vakiasının varlığı (örneğinizde, davacının daha az kusurlu taraf olması), istemin doğum unsuru olmadığından, istemi öne süren kişi onun varlığını iddia ve isbat etmek ihtiyacında değildir. Tersine, a vakiasının tersi (örneğinizde, davacının daha çok kusurlu taraf olması), istemin muhatabı (örneğinizde, boşanma davasının davalısı) için, kendisine karşı istem öne sürülebilmesini engelleyen bir vakıa yani teknik anlamda itiraz temeli işlevindedir; o vakıa için iddia ve isbat yükünü kendisi taşır. MK m. 6 gereğince bu sonuca varmak zorunda olduğumuz gibi, o madde olmasa idi dahi aynı sonuca varmak zorunda idik. Yasada kullanılan ifade çoğu kez bu sorunu

çözümlemek için açık olmaz. Örneğin, yukarıda gördüğümüz üzere, 1988 değişikliği öncesinde şiddetli geçimsizliğe dayanan boşanma davasında davacı eşin daha çok kusurlu olmaması, onun istem ve dava temelini bir unsur olarak mı kabul edilmiştir yoksa tersine onun daha çok kusurlu olduğu bir itiraz temeli veya bir defî temeli mi olarak düzenlenmiştir konusunda, İsviçrede olduğu gibi, Türkiyede de değişik görüşler savunulmakta idi. Ancak 1988 değişikliğinin ilgili maddede bunun bir itiraz temeli oluşturacağını açıkça ifade etmesi, tartışmaya son verebilmiştir.

Şimdi konumuza, yâni “Akit yapıldı ama, onun öngördüğü hakkın doğumunun bir talikî/erteleyici şarta bağlı olacağı akdin içinde ayrıca kararlaştırılmış idi; bu şart gerçekleşmedi; o yüzden akitten herhangi bir hak doğmamıştır” iddiasının niteliğinin belirlenmesine ve bununla bağlantılı olarak o vakıa konusunda isbat yükünün kimde olduğunun belirlenmesi sorununa dönelim. Öğretide, bu konuda yaygın bir tartışma vardır. Alman hukuk öğretisinde, dev bilim adamı Leo Rosenberg’in yanı sıra, Musielak, Müller, Oertmann, özetle, şunu söylüyorlar: Sözleşmenin herhangi bir şart öngörülmüş olmaksızın yapılması, sözleşmenin geçerli olarak doğumu için gerçekleşmesi gereken bir unsur değildir; yasaların, sözleşmelerin doğumuna ilişkin kuralları böyle bir gereklilik aramaz. Bu yüzden, sözleşmeye dayanılarak bir istemde veya savunmada bulunulması durumunda karşı taraf, sözleşmenin bir koşula bağlı olarak yapıldığını iddia ederse; sözleşmeye dayanan tarafın zımnen ve zorunlu olarak, sözleşmenin koşulsuz yapılmış olduğu iddiasında bulunduğu, bu sonuncu olayın onun bakımından istem veya savunma temeli olduğu, bu nedenle de söz konusu olay için isbat yükünü onun taşıdığı söylenemez.

Buna karşılık, Alman öğretisinde büyük çoğunluk aksi görüştedir (anılan kitabımızda s. 283 dn. 25). Yâni, sözleşmenin bir talikî/erteleyici koşul olmaksızın yapılmış bulunmasını sözleşmeye dayanan taraf için istemin temelini oluşturucu, varlığı hukuk tarafından aranmış bir unsur saymakta, bu durumun varlığını isbat yükünü sözleşmeye dayanan tarafta görmektedirler.

Sözleşmenin yapılmış ama koşula bağlı olarak yapılmış ve o koşulun da gerçekleşmemiş olduğu savunmasının bir mürekkep/bileşik ikrar mı yoksa bir mevsuf/nitelikli ikrar mı olduğu sorunu da, yukarıda değindiğimiz sorun üzerine varacağımız sonuca zorunlu olarak bağlı bir yanıtla

yanıtlanacaktır. Rosenberg ve diğerleri ile birlikte benim doğru bulduğum görüş, sözü edilen savunmayı teknik anlamda bir itirazın öne sürülmesi saymaktadır. Oysa, *dava temelinin olduğu gibi tanınması*, ama buna (“Davacı ile bana ödünç para verilmesi sözleşmesi yaptığımız ve davacının o sözleşme gereğini yerine getirerek bana para verdiği iddiası doğrudur; ancak ben o parayı kendisine geri ödedim” savunmasında olduğu gibi) davalıdan yana sonuç doğuran bir vakıanın gerçekleştiği iddiasının, teknik söyleyişle *bir itirazın eklenmesi durumunda*, yapılmış ikrara mürekkep/bileşik ikrar dendiğinden, sözünü ettiğimiz savunmanın bir itiraz olarak nitelenmesi, ortada bu çeşit ikrar bulunduğu sonucunu benimsemeye yol açar. Buna karşılık, “Sözleşmenin yapılmış ama koşula bağlı olarak yapılmış ve o koşulun da gerçekleşmemiş olduğu” savunmasını, sözleşmeye dayanan davacının dava temelini kısmî inkârı ve o inkâr için gerekçe gösterilmesi niteliğinde sayar, savunmanın isbatı yükünü onu ileri sürende görmeyip tersine, davacı dava temelini tümüyle gerçekleştirdiğini isbat yükü taşıdığına göre, sizce dava temelini bir parçası olan, “Sözleşme herhangi bir talik/erteleyici şart öngörülmüş olmaksızın yapılmıştır” vakıası için isbat yükünü sözleşmeye dayanarak istem öne süren davacıda görürseniz, davalının savunmasını açıklamalı bir kısmî inkâr, diğer söyleyişle mevsuf/nitelikli ikrar diye niteleyeceksiniz (değindiğimiz makalede de tutarlı olarak öyle yapılmıştır). Gerçekten, istem muhatabı kişi, istem temeli vakıaların bir kısmını ikrar eder ama bir kısmını inkâr edip ayrıca o inkâr edilen vakıyla ilgili açıklama ve nitelendirme yaparsa, yapılan mevsuf/nitelikli ikrardır. Örneğin, “Davacının bana bir akit gereğince para verdiği doğrudur, ama o akit ödünç verme akdi değil bağışlama akdi idi” denmesinde olduğu gibi. Çünkü, ödünç verdiği paranın geri ödetilmesini isteyen davacının dava temelinde iki unsur vardır: bir ödünç para verme akdinin yapıldığı ve kendisinin bu akdin gerektirdiği üzere karşı tarafa para verdiği. “Aldım ama bağışlama olarak” diyen kişi sadece paranın verildiğini ikrar etmiştir, geri verme yükümlülüğü doğuracak surette bir ödünç verme akdinin yapılmış, paranın o akit gereğince verilmiş bulunduğunu inkâr etmiştir, bir de bu inkârına gerekçe ve nitelendirme eklemiştir: “Yapılan, bağışlama akdi idi”.

Gördüğümüz üzere, Yargıtay 11. HD’nin kararı, incelediğimiz tartışmalı sorun bakımından, benim Doçentlik tezimde de benimsenen görüşe katılmış; “Sözleşme yapıldı ama şarta bağlı olarak yapıldı ve o şart



da gerçekleşmedi” iddiasını teknik anlamda bir itiraz temeli, dolayısıyla yapılanı mürekkep/bileşik ikrar saymış ve sözleşmenin yapılmış bulunduğu ikrarına eklenen “Bir erteleyici şartın sözleşmeye konmuş olduğu, o şartın da gerçekleşmediği” savunmasının isbatı yükünü bu savunmayı öne süren kişide görmüştür.

**\* Alacağın var olduğu bilinen yahut var olabilecek bakiyesini ayrıca istemek hakkını saklı tuttuğunu açıkça belirtmeksizin alacak davası açan kişiyi, alacağının bakiyesinden feragat etmiş sayan yerleşmiş, ama kesinlikle haksız ve dayanaksız Yargıtay uygulamasının son örneklerinden bir HGK kararı: 14.4.2004, E. 4/200 K. 227 (İstanbul Barosu Dergisi, 2005 No. 4, s. 1215-1227; keza, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, Legal Yayıncılık, 2005 No. 1, s. 196-210)**

Bu uygulamanın dayanaksızlığı ve hukuka aykırılığı, karara eklenen “Karşı oy yazısı” içinde açıklanmış, vurgulanmıştır. Orada söyleneni özetleyelim ve eklemeler yapalım:

a. Böyle bir uygulamayı haklı gösterecek hiçbir hukuk kuralı yoktur.

b. Davadan tamamen veya kısmen feragat, HUMK’da belirtilen şekle tâbidir; zımnen yapılmış olamaz.

c. Davalının rızasına ihtiyaç göstermeyen “Davadan feragat”in aksine, dava konusu olmuş veya olmamış bir borcun ibra edilmesi, akittir; tek yanlı olmaz; borçlu örneğin konuyu onur sorunu yaparak ibrayı kabul etmeyebilir ve alacaklının ibra ettim beyanı, borçlunun kabulü olmadıkça, borcu düşürmez. Dava dışında kısmî talepte bulunan davalının ise bu taleple alacağın bakiyesinden vazgeçme, o kısmı ibra etmek iradesi taşıdığını, bu doğrultuda zımnî irade açıklamasında bulunduğunu bildiğime göre bütün dünyada hiçbir hukukçu iddia edebilmiş değildir. Kısmî talebin dava yoluyla öne sürülmesinde durumun farklı olduğunu iddia etmenin hiçbir mantığı olamaz.

d. Ortada yapılmış bir irade açıklaması bulunsa bile, bunun, borçluyu borcun bir kısmından ibra etmek kasdıyla yapıldığını farzetmek ve irade açıklamasını bu doğrultuda yorumlamak için yeterli dayanak yoksa, alacaklı ibra etme iradesini açıkladı diyemeyiz ve beyana o doğrultuda işlev yükleyemeyiz. Hiç yapılmamış bir beyanı yapıldı farzetmek

ve bunu zımnî irade açıklaması olarak değerlendirmek, hukuktan çok daha önce mantığa da kesinlikle aykırıdır.

e. En önemlisi şudur ki, hayat deneyimimiz, hepimize, insanların bir haktan kısmen de olsa vazgeçmek istememelerinin asıl olduğunu öğretmiştir. Yani, yapılmış olan ama anlamı tam da kesin güvenle anlaşılabilen bir irade açıklamasını, alacaktan kısmen vazgeçmek iradesini yansıttığı diye yorumlamamak, asıldır; hiç yapılmamış bir irade açıklamasını o iradeyi yansıttığı diye yorumlamak ise eskilerin deyişiyle bir garibe'dir.

Bu nedenlerle, uygulamanın haksızlığını vurgulayan karşı oy açıklamasını alkışlıyorum. Davaların sayısını, mahkemelerin yükünü azaltacağı düşüncesiyle, "Başta talep etmediğin şeyi sonradan hiçbir suretle (ıslah suretiyle dahi!) talep edemezsin" çözümünü, hukuku çiğneyerek dayatmanın hukukla açıklanabilecek yanı yoktur.

\* Bir idare birimine karşı idare mahkemesinde dava açılarak öne sürülmesi gereken tazminat istemi icra müdürlüğüne başvurularak ilâmsız tâkip konusu yapılmış ve tâkip borçlusu idare birimi ödeme emrine itiraz etmişse, takip alacaklısının hukuk mahkemesinde açtığı itirazın iptali davası görev (yargı kolu) yönünden re'sen reddedilmelidir (7.HD 18.7.2005, E. 2133 K. 2382, Legal Hukuk Dergisi Eylül 2005 s. 3432-3433).

Karar, öğretici ve düşündürücüdür. İdarenin hizmet kusurundan kaynaklansa da, mağdur gerçek kişinin ya da özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişinin uğradığı zarardan doğan alacağının bir özel hukuk alacağı olduğu kuşkusuzdur. Zaten özel hukuk kişilerinin bir "kamu alacağı" sahibi olması düşünülemez; tıpatıp aynı sebeplerle tıpatıp aynı alacak bir kamu tüzel kişisi, örneğin (devlet görevlisinin göreviyle ilgili bir fiili yüzünden) bir belediye lehine doğmuş idiyse alacak belediyenindir diye bunu "kamu alacağı" saymak da olanaksızdır. Böyle olunca, her türlü haksız fiil tazminatı alacaklısı gibi bu tür bir tazminatın alacaklısı dahi icra müdürlüğüne başvurarak ilâmsız icra tâkibi başlatabilir. Tâkip itiraza uğramazsa, İcra Hukuku'ndaki özel anlamıyla, "kesinleşir" yani takip alacaklısına haciz isteme yetkisi gelir. Tâkip borçlusu idare biriminin hangi tür malvarlığı parçaları haczedilebilir hangileri haczedilemez o ayrı bir sorundur; ama, haczedilebilir mallarına alacaklının iste-

ğiyle haciz konacaktır. Buna karşılık, ilâmsız tâkibin ödeme emri itiraza uğramışsa, o takibin süregitmesini sağlayacak her iki yol (gerek icra mahkemesine başvurup orada itirazın kaldırılması davası açma yolu, gerek mahkemeye başvurup itirazın iptali davasını açma yolu) takip alacaklısına kapalıdır. Takip alacaklısı, idare mahkemesine başvurarak oradan alacağı hükümle, icra müdürlüğünün eski takibi sürdürmesini sağlayamaz. Çünkü idare mahkemelerinin, başlamış ama itiraz üzerine durmuş takibin devamını sağlayacak bir “itirazın kaldırılması” yahut “itirazın iptali” hükmü vermeleri, yargı yolları ayırımı nedeniyle, mümkün değildir.

Bu sistem, önümüze birçok problem koyuyor. Örneğin, idare mahkemelerince verilen iptal kararları inşaf karar olduğu halde tam yargı davasında verilen tazminat ödetme kararları böyle değildir yani davacının tazminat alma hakkı bu kararla doğuyor değildir; tıpkı hukuk mahkemelerinin tazminata hükmeden kararları gibi bu kararlarda da, daha önce hukuk gereğince davacı malvarlığında doğmuş olan alacağın bu doğmuşluk durumu ve miktarı tesbit edilir, ama tesbitle yetinilmeyerek bir de borçluya hitaben ödeme buyruğu, onun buna uymaması durumunda ödenmenin yapılmasını sağlayacak kamu makamlarına da o işi yapma buyruğu (eda hükmü) verilir. Böyle olunca, tazminat alacağı sahibi doğruca icra müdürlüğüne gidip ilamsız takip başlatırsa, takibi itirazsız kalıp icra müdürlüğünden haciz istenmesi üzerine takip boçlusu idarenin haczedilebilir mallarına haciz konarak satış hasılatıyla takip alacaklısının alacağı ödenirse, işe maddî hukuk açısından baktığımızda, takip alacaklısı mutlaka sebepsiz zenginleşme edinmiş değildir. Ancak gerçekte hak ettiği miktardan fazlası için takibe girişmiş ve takibin her nasılsa itirazsız kalması üzerine kendisine o miktar üzerinden ödeme yapılmış ise, aldığı fazlalık kısım onun için sebepsiz zenginleşmedir. Ne var ki bu faraziyede idare, takip alacaklısının gerçek alacağı miktarının ve buna göre de fazladan aldığı miktarın tesbiti için idare mahkemesine gidemez; idare mahkemesinde idarenin kendisi hiçbir suretle vatandaşı dava edemez, öyleyse takip alacaklısı bir diğer idare birimi (örneğin bir diğer belediye) idiye onu da idare mahkemesinde dava edemez. Şimdi rol değişmiştir, alacaklı olan idaredir; ancak, ortada borçlunun/davalının hizmet kusurundan doğan alacağın varlığı ve miktarının tesbitine yönelik bir dava değil, borçlu/davalı bir idare tüzel kişisi de olsa özel hukukun sebepsiz zengin-

leşme kurallarını ilgilendiren bir özel hukuk alacağının doğmuş olup olmadığı, doğmuş ise miktarının tesbitine yönelik bir hukuk davası vardır. Böyle bir davada idarenin tazminat ödeme borcunun gerçek miktarı ne olmalıdır konusu ister istemez hukuk mahkemesince araştırılacak ve incelemenin sonucuna göre bir hüküm çıkacaktır.



**YEDİTEPE  
ÜNİVERSİTESİ**

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ**

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Tel: Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: law@yeditepe.edu.tr

**www.yeditepe.edu.tr**