

16. OTURUM

TEBLİĞLER

*** KAMBIYO SENETLERİNİN ŞEKİL BAKIMINDAN
GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK: TAMAMLAYICI
KURALDA VATANDAŞLIK FAKTÖRÜ**

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ERKAN

*** YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA EŞYA TAŞIMA HUKUKU
ALANINDA GETİRİLEN YENİLİKLER**

Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL

*** HAVA TAŞIMACILIĞINDA MONTREAL SÖZLEŞMESİNİN
YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN İÇ HUKUKA ETKİSİ**

Yrd. Doç. Dr. M. Barış GÜNAY

Yrd. Doç. Dr. Muharrem GENÇTÜRK

**# KAMBYO SENETLERİNİN ŞEKİL BAKIMINDAN
GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK: TAMAMLAYICI
KURALDA VATANDAŞLIK FAKTÖRÜ**

*(THE LAW APPLICABLE TO THE FORM IN THE TERMS OF VALIDITY OF BILLS
OF EXCHANGE: CITIZENSHIP FACTOR IN THE COMPLEMENTARY RULE)*

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ERKAN*

ÖZET

Yabancılık unsuru içeren kambiyo senetlerin şekline uygulanacak hukukun tespiti için TTK'da bir düzenleme vardır. TTK m. 767/1'de poliçe ile yapılan taahhütlerin şekli (keşide, ciro, kabul vd.), taahhüdün yapıldığı ülkenin hukukuna tabi olduğu ifade edilmiştir. Bono ve çek için de aynı kuralın uygulanacağı TTK'da düzenlenmiştir. Ancak, kambiyo senedinin şekli geçerliliğine sadece bu kuralın uygulanması, senedin geçerliliğini ortaya koymada bazı problemlere neden olabilir. Bu oluşturabileceği problemleri önlemek için ilgili maddenin devam eden fıkralarında tamamlayıcı kuralara yer verilmiştir. Bu çalışmada, TTK m. 767/3'de ifade edilen --Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye'de başka bir Türke karşı geçerlidir-- tamamlayıcı kuralının 21. yüzyılda ihtiyaçlara cevap verip vermediği ve yeterince kapsayıcı olup olmadığı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kanunlar İhtilafı, Uygulanacak Hukuk, Kambiyo Senetleri, Şekil, Tamamlayıcı Faktörler, Vatandaşlık

ABSTRACT

There is a provision in the Turkish Commercial Code (TTK) for the determination of the law applicable to the form of a declaration on bills of exchange which contains a foreign element. In accordance with Article 767/1 of the TTK, the form of a declaration on a bill of exchange (drawn, endorsement, acceptance etc.) is determined according to the law of the country in whose territory the declaration was signed. The same rule is also applicable for a promissory note and a cheque pursuant to the TTK. However, if this rule applies alone without providing any flexibility for the form of declaration on a bill of exchange, then it may cause some problems. Complementary rules in Article 767 of the TTK have been regulated in order to prevent potential problems that may arise. In this paper, the wording of Article 767/3 of the TTK -- a declaration on a bill of exchange given by one Turkish citizen abroad is valid in relation to another Turkish citizen in Turkey provided it satisfies the formal requirements laid down by Turkish Law-- will be critically examined in order to understand whether it is broad enough to cover corporate persons and also fulfill the need of the 21st Century.

Keywords: Conflict of Laws, Applicable Law, Bills of Exchange, Form, Complementary Rules, Citizenship

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

İÇİNDEKİLER

Giriş	751
1 Kambyo Senetlerinde Şekle Dair Hususlar	753
2 Tamamlayıcı Kuralın Kaynağı	754
3 Tamamlayıcı Kurallar	755
3.1 TTK m. 767/3: Lex Forinin Yetkisi.....	755
3.1.1 Kuralın Uygulanabilmesi İçin Gerekli Unsurlar	755
3.1.1.1 Tarafların Türk Vatandaşı Olması	756
3.1.1.2 LRA Kurallarına Göre Geçersiz Olması	757
3.1.1.2.1 Çekler İçin Tanınan Alternatif İmkân	758
3.1.1.3 Yapılan Taahhüdün Türk Mevzuatının Şekil Şartlarına Uygun Olması.....	759
3.1.1.4 Talebin Sadece Türkiye’de Yapılabilmesi	759
4 Kurala Eleştirisel Yaklaşım	759
Sonuç	768

Giriş

Birden fazla hukuk sistemini ilgilendiren hukuki ilişkilerin şekline¹ uygulanacak hukukun tespiti², hukuki işlemin geçerliliği bakımından önemlidir³. Yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespitinde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴ (MÖHUK) m. 7 uygulanır. Bu maddeye göre, bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için, o hukuki işlemin yapıldığı yer hukuku (*Locus Regit Actum*) (LRA) veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin (*Lex causae*) öngördüğü şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir⁵. Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK’daki bu genel düzenlemeden farklı olarak kambyo senetlerine ilişkin Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) özel bir düzenleme yapılmıştır⁶. Hem 6762 sayılı TTK’da⁷ hem de 6102 sayılı TTK’da⁸ poliçe, bono ve çek için “kanunlar ihtilafı” konu başlığı altında şekil kuralları düzenlenmiştir⁹. TTK’nın bu konuda özel kanun olması sebe-

¹ Çalışmamızda geçerlilik (sıhhat) şartı olarak kabul edilen şekil konusu esas alınacaktır. İspat şartı olarak öngörölmüş şekil kuralları dikkate alınmayacaktır.

² DICEY, A.V., Conflict of Laws and Bills of Exchange, (1882) 16 Am. L. Rev. 497, s. 497.

³ DOĞAN, V., Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 212.

⁴ R.G. 12.12.2007-26728.

⁵ NOMER, E., Devletler Hususi Hukuku, 19. B., İstanbul 2011, s. 205-206; ÇELİKEL, A./ERDEM, B.B., Milletlerarası Özel Hukuk, 11. B., İstanbul 2012, s. 190 vd.; TEKİNALP, G./UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A., Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 114; DOĞAN, s. 212.

⁶ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 114.

⁷ R.G. 9.7.1956-9353.

⁸ R.G. 14.2.2011-27846. Bu çalışmada sadece TTK olarak bahsedilen kısaltmalarda ifade edilen 6102 sayılı TTK olacaktır. 6762 sayılı TTK’dan bahsedilirken kanun numarası yanında bahsedilecektir.

⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 194.

biyle, kambiyo senetlerinin şekline¹⁰ TTK'daki hükümler uygulanır. TTK'da hüküm bulunmayan hallerde ise genel kanun olarak MÖHUK'un hükümlerinden yararlanılır¹¹.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk bakımından genel kabul gören LRA kuralı, yani hukuki işlemin yapıldığı yer hukuku, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk açısından TTK m.767/1'de korunmuş¹² olmakla birlikte, MÖHUK m. 7'den farklı olarak *lex causae* bir alternatif olarak madde metninde yer almamıştır. Ancak LRA kuralına mutlak şekilde bağlanmanın getireceği muhtemel problemleri önlemek amacıyla, TTK'da ayrıca LRA kuralının istisnası olarak tamamlayıcı kurallar¹³ kabul edilmiştir¹⁴. Ancak kabul edilen bu tamamlayıcı kuralların kapsamı yeterince geniş olmadığı için ortaya birtakım problemler çıkabilmektedir. Örneğin, yurt dışına yapılan bir iş seyahatine beraber giden bir Türk ve Türkiye'de mutad meskeni olan bir yabancı, aralarındaki bir hukuki ilişkiden dolayı Türkün Türkiye'de mutad meskeni olan yabancıya Türk Hukukunun aradığı şartlara göre yurtdışında bir bono düzenlemiştir. Ancak, düzenlenen bono imza yerinin şekil şartlarına uymaması durumunda geçersiz olacak ve Türkiye'de mutad meskeni olan yabancı "Türk" olmadığı için TTK m. 767/3 kapsamında¹⁵ tamamlayıcı kuralların koruması kapsamına giremeyecektir. Türk hukukunu bilerek hareket eden Türkiye'de mutad meskeni olan yabancı kötü niyetli kişiler karşısında korumasız bırakılmış olacaktır.

Çalışmamızda, TTK m. 767/3'te, "Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, **Türkiye'de başka bir Türke karşı geçerlidir**" şeklinde düzenlenen tamamlayıcı kuralı inceleyeceğiz. Öncelikle kuralın tarihsel gelişimi incelenecek, daha sonra ise kuralın uygulanabilmesi için gerekli olan unsurlar ele alınacaktır. Son olarak ise kurala eleştirel bir yaklaşımla bakılacak ve tespit edilen sorunlara çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

1. Kambiyo Senetlerinde Şekle Dair Hususlar

Bir kambiyo senedine bağlanmış olan hakkın devredilebilmesi için öncelikli olarak o belgenin bir kambiyo senedi olarak değerlendirilebilmesi gerekmektedir. Herhangi bir ülkede düzenlenmiş olan bir belgenin kambiyo senedi olarak kabul edilmesi, belgenin düzenlendiği yer hukukunun o belgeyi geçerli bir kambiyo senedi olarak kabul etmesine bağlıdır¹⁶. Bunun için de belgenin düzenlendiği yer hukukunun aramış olduğu sıhhat şartı olan şekil şartlarının sağlanması gerekmektedir.

Türk hukukunda poliçenin şekline ilişkin unsurlar TTK m. 767'de düzenlenmiştir. TTK m. 778/1 (j) TTK m. 767'ye atıfta bulunarak bononun şekline ilişkin hususları düzenlemiştir. TTK m. 820 ise çekler için şekil konusu hüküm altına almıştır. TTK m. 820/2'de bonoda olduğu üzere TTK m.767/2-3'ün çekler açısından da uygulanabileceğini belirtmiştir¹⁷.

¹⁰ Kambiyo senetlerinin şekli kapsamına sadece senedin düzenlenmesi değil, kabul, ciro ve aval da dâhildir. Bkz. ÖZDEMİR, H., "Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk", Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 262.

¹¹ YILMAZ, İ., Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 269.

¹² NOMER, s. 209.

¹³ TTK'nın 767. maddesinin iki ve üçüncü fıkralarında bu maddenin birinci fıkrasına istinaden geçersiz olan poliçeleri şeklen ayakta tutmayı amaçlayan tamamlayıcı kurallara yer verilmiştir. TTK m.778/1 (j) ve TTK 820. maddesinin ikinci fıkrasının TTK'nın 767. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına yapmış olduğu atfı nedeniyle, ilgili fıkralar bono ve çek için de uygulanacaktır.

¹⁴ ÖZDEMİR, s. 263; AYGÜN, M., Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2008, s. 118.

¹⁵ TTK m. 778/1 (j) 'nin TTK m. 767'ye atfı nedeniyle TTK m. 767 burada uygulanır.

¹⁶ DOĞAN, s. 280.

¹⁷ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 114.

2. Tamamlayıcı Kuralın Kaynağı

Daha önceleri bazı ulusal kanunlarda¹⁸ var olan tamamlayıcı kuralın yeknesak bir kural olarak ortaya çıkışı 1930 yıllara dayanmaktadır. 1930 yılında Cenevre’de poliçeler ve bonolar için kanunlar ihtilafı konusunda bir konvansiyon imzalanmıştır¹⁹. Benzer bir düzenleme 1931 yılında çekler için de yapılmıştır²⁰. Bu iki konvansiyon 1934 yılında yürürlüğe girmiştir. Cenevre Konvansiyonlarının hükümleri poliçe, bono ve çeklere ilişkin kanunlar ihtilafı uyumsuzluklarında birçok ülkede uygulanmaktadır²¹. Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri, Kara Avrupası devletlerinin hukuk sistemlerindeki temel farklılıklardan dolayı Cenevre Konvansiyonlarına taraf olmamışlardır²².

Cenevre’de imzalanan bu iki konvansiyonu Türkiye de imzalamış, ancak onaylayarak yürürlüğe koymamıştır²³. Türkiye bu konvansiyonları imzalamamış olmasına rağmen dolaylı olarak bu konvansiyonlarda geçen tamamlayıcı kuralları mevzuatına dâhil etmiştir. Cenevre Konvansiyonlarına istinaden tamamlayıcı hükümler getiren İsviçre BK. m. 1087’deki hüküm 6762 sayılı TTK’da 679. madde, yeni 6102 sayılı TTK’da ise 767. madde olarak düzenlenmiştir²⁴. Diğer bir ifade ile 6102 sayılı TTK’da 6762 sayılı TTK’daki ilgili hüküm korunarak kabul edilmiştir.

6102 sayılı yeni TTK’nın kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen hükümleri ile 6762 sayılı TTK’nın ilgili hükümleri arasında içerik olarak bir fark bulunmamaktadır. Sadece, 6102 sayılı TTK’da ilgili hükümler günümüz Türkçesine uygun olarak kaleme alınmıştır.

Kanun koyucu, 6762 sayılı TTK’da bulunan kambiyo senetlerine ilişkin hükümlerin neden hiçbir değişiklik yapılmadan 6102 sayılı TTK’ya aktarıldığını, 6102 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde açıklamıştır. Kanun koyucu, Kara Avrupasında ve Birleşik Krallık’ta kambiyo senetlerine ilişkin düzenlemelerde hemen hemen hiçbir değişiklik ve reform olmadığını belirtmiştir²⁵. Ortaya çıkan yeni bir durum olmamasını gerekçe göstererek, TTK’da bulunan ilgili hükümlerde de içerik açısından hiçbir değişiklik yapmamıştır. Avrupa ve Birleşik Krallık’ta son yıllarda kambiyo senetleri konusunda bir değişiklik yapılmamış olmakla birlikte Kıta Avrupası sistemi ile Anglo Sakson sistemleri arasında önemli farklar vardır²⁶. Bu farklar özellikle tamamlayıcı kurallarda kendisini göstermektedir.

¹⁸ Almanya, Cenevre Konvansiyonu’nun kabulünden önce tamamlayıcı kurallar mevzuatlarında yer almakta idi. Bu kurala göre Alman vatandaşları arasında yabancı bir memlekette yapılan poliçenin yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olmasa bile Alman kanunlarına göre geçerli ise geçerli olarak kabul edilmekte idi. Bkz. LYON/CAEN/RENAULT., “Traite de Droit Commercial”, 1901, C. IV, s. 491, ÖZDEMİR’den naklen, s. 270. Cenevre Konvansiyonu’nda kabul edilen kuralın temelini Alman düzenlemesi atmıştır denilebilir.

¹⁹ Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes, bkz. <http://www.jus.uio.no/lm/treaties.and.organisations/1930s.html> (10 Mayıs 2012).

²⁰ Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Cheques, bkz. <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml> (10 Mayıs 2012).

²¹ AYGÜN, s. 83.

²² DEVRES, N.M., (Çeviren), Ticari Senetlerde Kanunlar İhtilafı, Adliye Ceridesi, 193, S.13, s. 785.

²³ Konvansiyonları imzalayan ve yürürlüğe koyan devletler hakkında bilgi almak için bkz. <http://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=545&lang=en#top> (9 Mayıs 2012).

²⁴ POROY, R./TEKİNALP, Ü., Kıymetli Evrak Hukuku Esasları: 5941 Sayılı Çek Kanununun Yorumu İle, 19. B., İstanbul 2010, s. 241.

²⁵ Bkz. http://www.tobb.org.tr/Documents/ltk/genel_gerek%C3%A7e.pdf (10 Mayıs 2012).

²⁶ RIEGERT, R.A., Commercial Paper in the Western World: Some Comparative Points, in KING, D. B., Commercial and Consumer Law from an International Perspective: Papers from the Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Castle Hofen, Austria, July 17-22, 1984, Fred B Rothman & Co Publishing, 1986, s. 177.

3. Tamamlayıcı Kurallar

Kambyo senetlerinin şekil açısından geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti temel kural LRA'dır. Ancak bu temel kural ile yetinmenin veya çok sıkı sıkıya bağlı kalmanın getireceği sorunları aşmak için tamamlayıcı kurallara yer verilme ihtiyacı doğmuştur. LRA kuralına göre şeklen geçerli olmayan kambyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırmak için, başka hukuk sistemlerine de yetki tanınarak tamamlayıcı kurallar oluşturulmuştur²⁷. Kambyo senetlerinin şekil bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk noktasında LRA kuralının yanında getirilen tamamlayıcı kurallardan birincisi, taahhütlerin bağımsızlığı ilkesinden ortaya çıkan kuraldır. TTK m. 767/2'ye göre, poliçe taahhüdünün yapıldığı ülke hukukuna (LRA kuralına) göre geçersiz olan bir poliçe, daha sonraki bir borçlanmanın yapıldığı ülke hukukuna göre geçerli olursa, ilk borçlanmanın şekil bakımından geçerli olmaması sonraki borçlanmaların geçerliğine hâlel getirmez²⁸. Diğer bir ifade ile bu kuralın uygulanabilmesi için, LRA'ya göre poliçenin şeklen geçerli olmaması, sonraki yapılan taahhüdün yapıldığı yer hukukuna göre önceki taahhüdün geçerli olması ve sonraki taahhüdün yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir²⁹. Kural, eleştirilmekle³⁰ beraber, genel olarak kambyo senetlerinin tedavül güvenliğini artırması ve hamilin senetten doğan hakları için müracaat hakkını kullanabileceği kişilerin var olmasını sağlaması açısından yerinde bir düzenleme olarak kabul görmüştür³¹. Diğer tamamlayıcı kural ise çalışmamızın konusunu oluşturan *lex forin*in yetkisini tesis eden vatandaşlık faktörüdür (TTK m. 767/3).

3.1 TTK m. 767/3: Lex Forinin Yetkisi

Kambyo senetlerine ilişkin olarak düzenlenen Cenevre Konvansiyonu Kanunlar İhtilafı Kurallarında, aynı devlet vatandaşlığına tabii kişilerin, milli haklarının aradığı şekil şartlarına uygun olarak yabancı bir ülkede kambyo senedi taahhüdünde bulunabilecekleri (LRA'yı tamamlayıcı bir kural olarak) kabul edilmiştir³². Yukarıda da bahsedildiği üzere, Konvansiyonları Türkiye imzalamasına rağmen, onaylamadığından dolayı tamamlayıcı kural İsviçre BK m. 1087/3'in³³ iktibası yoluyla mevzuatımıza geçmiştir. TTK m. 767/3'de düzenlenen tamamlayıcı kuralının uygulanabilmesi için gerekli olan şartların neler olduğunu inceleyelim.

3.1.1 Kuralın Uygulanabilmesi İçin Gerekli Unsurlar

Kuralın uygulanabilmesi için gerekli olan unsurlar şunlardır:

- Taahhüdünün tarafları Türk vatandaşı olmalı,
- Yapılan taahhüt şekil açısından imza yerinin şekil şartlarına göre geçersiz olmalı,
- Yapılan taahhüt Türk hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olmalı,
- Talep sadece Türkiye'de yapılmalıdır.

²⁷ ÖZDEMİR, s. 267; AYGÜN, s. 121; AYGÜN, M. "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", AÜHFĐ, 2012, C. 61, S. 3, s. 951 (AYGÜN, Çek).

²⁸ ÇEKER, M., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 2. B, Adana 2011, s. 692-693.

²⁹ ÖZDEMİR, s. 268; AYGÜN, s. 121.

³⁰ Çalışmamızın kapsamını içerisinde olmaması sebebiyle kurala yapılan eleştiriler burada bahsedilmemiştir. Sadece tamamlayıcı kuralın uygulanma şartları burada bahsedilmiştir. Kurala yapılan eleştiriler konusunda bkz. ÖZDEMİR, s. 268-269.

³¹ AYGÜN, s. 122.

³² ÖZDEMİR, s. 271; AYGÜN, s. 122.

³³ İlgili fıkranın Türkçe çevirisi şöyledir: "..., yurtdışında İsviçreli biri tarafından düzenlenen poliçe İsviçre hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun ise İsviçre'de başka bir İsviçreliye karşı geçerlidir."

3.1.1.1 Tarafların Türk Vatandaşı Olması

TTK m. 767/3'ün uygulanabilmesi için gerekli unsurlardan bir tanesi, işlemin her iki tarafının da Türk³⁴ olması gerekmektedir. TTK. m.767/3, “*Türkler için konulmuş tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır*”³⁵. Taraflardan yalnız birinin Türk vatandaşı olması durumunda, bu kuralın uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, poliçenin şekline imza yeri hukuku yani LRA uygulanacaktır³⁶. İşlemin her iki tarafının da Türk vatandaşı olması, kuralın uygulanabilmesi için temel faktördür. Ancak akla gelen soru şudur ki; ne zamandan itibaren işlemin taraflarının Türk vatandaşı olması gerekmektedir? Başka bir ifadeyle, poliçe taahhüdünün yapıldığı anda mı iki tarafın da Türk vatandaşı olması gerekir, yoksa poliçenin sonradan bir Türk vatandaşının eline geçmesi durumunda da her iki tarafın Türk vatandaşı olması şartı geçerli mi³⁷?

Kanun metnine baktığımızda, bir Türkün bir Türke poliçe ile borçlanmasından bahsedilmemiştir. Kanunun ifadesinde “bir Türkün, yabancı bir ülkede poliçe ile borçlanması, ... Türkiye’de başka bir Türke karşı geçerlidir.” Bir Türkün yabancı bir ülkede poliçe ile taahhüt altına girmesi gerekmekte; taahhüt altına girdiği kişinin Türk vatandaşı olup olmaması önem taşımamakta; ancak bu poliçe Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun olduğu takdirde Türkiye’de başka bir Türke karşı geçerli olacaktır³⁸. Kanun metninden anlaşılan, Türkiye’de hakkın talep edildiğinde poliçenin diğer tarafının da Türk olması gerekmektedir. Aksi halde, TTK m. 767/3 bağlamında bir talepte bulunulabilmesi söz konusu değildir.

Ayrıca, yukarıda ifade edilen soru, Cenevre konferansında Felemenk temsilci tarafından sorulmuş ve cevap yine kendisi tarafından şu şekilde verilmiştir: “*Kambiyo hukukunda muayyen bir kimseye karşı taahhüt alınmaz. Poliçeyi imza eden kimse gayri muayyen bir alacaktır,] her hamile karşı taahhüt altına girmiş oluyor.*”³⁹ Bu gerekçe ile bir senedin sonradan bir Türk vatandaşının eline geçmesi halinde de bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Daha açık bir ifade ile sadece poliçe taahhüdünün yapıldığı sırada keşideci ve lehtarın Türk vatandaşı olması halinde değil; bir Türk vatandaşının keşide ettiği poliçeyi daha sonradan başka bir Türk vatandaşının sahip olması halinde de (poliçenin kendisine ciro edilmesi ile sahip olma) TTK m. 767/3 uygulama alanı bulabilecektir⁴⁰. Verilen bu cevap kambiyo senetlerinin temel özelliğine çok uygundur. Ancak, başka bir soru daha ortaya çıkmaktadır. Bir Türk vatandaşı lehtarın, başlangıçta veya ciro yoluyla poliçe sahip olması ve keşidecinin de Türk vatandaşı olması durumunda TTK. m. 767/3 uygulanabiliyor. Sorumuz, keşidecinin Türk vatandaşı olması gerekli mi? Cirantanın ve ciro edilen kişinin Türk vatandaşı olması ve poliçeye ilişkin talebin Türkiye’de yapılması kuralın uygulanabilmesi için yeterli midir? Özdemir “... sadece, keşideci-lehdar veya **ciranta-ciro edilen** gibi ilişkinin doğrudan taraflarının Türk vatandaşı olması halinde değil, işlemin karşı tarafını teşkil eden yabancının senedi sonradan bir Türk vatandaşına ciro etmesi halinde de ...hüküm uygulanabilecektir”⁴¹ demektedir. Kanun metnine baktığımızda, kanaatimizce, bu

³⁴ Burada kastedilen “Türk” ırk manasında olmayıp Anayasa m. 66’da ifade edilen Türk vatandaşıdır. Daha detaylı bilgi için bkz. Bölüm 4. Ayrıca Bkz. ÖZEL, S., Anayasa m. 66/1 Hükümünde Yer Alan Türk Tanımı Üzerine Bir Değerlendirme, (2012) İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 2012/6, s. 40-59.

³⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 194; ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, s. 123.

³⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 194; TEKİLALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 121.

³⁷ ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, s. 123, AYGÜN, Çek, s. 954.

³⁸ Bkz. Yargıtay 11. HD. 10.06.1976 T., E. 1976/3063 K. 1976/3106, UYAR, T., İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İ.Y. 167-170b), 2.B., Manisa 1989, s. 1218-1219; Ayrıca bkz. www.kazanci.com (10 Mayıs 2012).

³⁹ DEVRES, s. 793.

⁴⁰ ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, s. 123.

⁴¹ ÖZDEMİR, s. 272, Alıntıdaki koyu yazım, vurgu amacıyla bu çalışmanın yazarı tarafından yapılmıştır. Ayrıca bkz. AYGÜN, s. 123; AYGÜN, Çek, s. 954.

yorum yerindedir. Çünkü kanun koyucu bir Türkün yabancı ülkede poliçeyle borçlanmasından bahsetmiştir. Bu borçlanmada Türkün vasfı keşideci olabileceği gibi ciranta da olabilir. Ancak, bu borçlanmanın mutlaka ve mutlaka yabancı bir ülkede gerçekleşmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, ciranta ve ciro ilişkisinde de TTK m. 767/3'ün uygulanabileceğidir.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir konu ise tarafın veya tarafların birden çok vatandaşlığı olması durumudur. Eğer tarafın veya tarafların birden çok vatandaşlığı var ve bunlardan biri Türk vatandaşlığı ise, MÖHUK m. 4/1 (b) hükmünce Türk vatandaşlığını esas alarak işlem tesis etmek gerekecektir. Türk vatandaşlığı ile bağının, diğer vatandaşlığına göre zayıf olması durumunda da bir değişiklik olamayacaktır. Bizim için esas olan kişinin Türk vatandaşlığıdır. Bu durumda, eğer her iki tarafın Türk vatandaşı olması kriteri sağlanıyor ise, TTK m. 767/3 uygulanabilecektir⁴².

Tartışılması gereken diğer konu ise vatandaşlığın sonradan değişmesidir. Keşidecinin kambiyo taahhüdünde bulunduğu zaman Türk vatandaşı değilken, sonradan Türk vatandaşı olması durumunda eğer lehtar da Türk vatandaşı ise her iki tarafında Türk vatandaşı olması şartı gerçekleşmiş olmaktadır mıdır? Tam tersi bir durum olarak, keşideci Türk, lehtar poliçeyi elde ettiği tarihte Türk değil, ancak sonradan Türk vatandaşı olur ise her iki tarafın Türk vatandaşı olması şartı gerçekleşmiş olacak mıdır? TTK'da bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda yapılması gereken MÖHUK m. 3'ün değişken ihtilaflar için formüle ettiği çözümün kullanılması olacaktır. MÖHUK m. 3'e göre, aksine hüküm olmadıkça, yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği durumlarda dava tarihindeki vatandaşlık esas alınır. Keşideci başlangıçta Türk vatandaşı olmasa bile sonradan Türk vatandaşı olması durumunda poliçe lehtarı da Türk vatandaşı ise kambiyo senedinin taraflarının Türk vatandaşı olması şartı gerçekleşmiş olacaktır. Diğer örnekte olduğu üzere, lehtarın sonradan Türk vatandaşı olması durumunda da aynı cevap geçerli olacaktır. Lehtarın dava tarihinde Türk vatandaşı olması, her iki tarafın Türk vatandaşı olması şartının yerine gelmesi için yeterli olacaktır.

3.1.1.2 LRA Kurallarına Göre Geçersiz Olması

Kambiyo taahhütleri yapıldıkları yer⁴³ hukukunun şekil şartlarına uygun olarak yapılmış ise TTK m.767/3'ün uygulama imkânı yoktur. Zira 3. fıkra, kambiyo senedini

⁴² MÖHUK m. 4'ün sadece MÖHUK'da öngörülmüş bulunan konular ihtilafı kurallarına uygulanabileceğine ilişkin dar yorum için bkz. ATAMAN-FİGENMEŞE, İ., "Çifte Vatandaşlık halinde MÖHUK'un 4. maddesinin 6 ve c bentlerinin Uygulama Alanı" MHB, 1999-2000, C. 19-20, s. 1-2, (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), s. 95-114

⁴³ Kambiyo taahhüdünün yapıldığı yerin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. LRA kuralında bazen keşide edilen yerin neresi olduğu tam olarak tespit edilememektedir. Kambiyo taahhüdünün yapıldığı yer ile ifade edilmek istenen nedir? Keşidecinin poliçeyi imzaladığı yer mi yoksa poliçenin lehtara teslim edildiği yer mi? Eğer keşidecinin poliçeyi keşide ettiği yer ise gerçek manada keşide edilen yer mi yoksa poliçeye yazılan keşide yeri mi? Bu sorulara detaylı cevap vermek çalışmamızın kapsamı dışına çıkmamıza neden olacağı için sadece kısaca değineceğiz. Sorular hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s. 262-267; DEVRES, s. 792; RYDER, F.R./BUENO, A./HEDLEY, R./PHILLIPS, M., Byles on Bills of Exchange: The Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes and Cheques, 21.edn., London: Sweet&Maxwell, 1998, s. 356.

İç hukukta bazı yazarlar senedin fiilen düzenlendiği yerin gerçek düzenleme yeri olması gerekirse de senedin keşide edildiği yer olarak ifade edilen veya kanunen keşide yeri sayılan yerin gerçek düzenleme yerinden farklı olmasının senedin kambiyo senedi vasfını etkilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. MOROĞLU, E., "Kambiyo Senetlerinde Düzenleme Yeri", Makaleler, İ-

ayakta tutabilmek ve işlem güvenliğini tesis edebilmek için getirilmiş bir düzenlemedir. Kuralın uygulanabilmesi için, poliçenin mutlaka LRA'ya göre geçersiz olması gerekmektedir.

3.1.1.2.1 Çekler İçin Tanınan Alternatif İmkân

Kambiyo senetlerinde şekil açısından temel kural, kambiyo senedi ile yapılan borçlanmaların imzalandığı ülke hukukuna (LRA) tabii olmasıdır. Çeklerde ise, şekle ilişkin hususlarda, LRA kuralının mecburi olarak uygulanmasına alternatif bir düzenleme getirilmiştir. Bu kural, TTK m. 820/1'in ikinci cümlesinde ifade edilmiştir. Bu cümlede, "*Bununla [LRA kuralı ile] beraber, ödeme yeri hukukunun öngördüğü şekle uyulması yeterlidir.*" Kanunda çoklu bir bağlama kuralı ortaya konulmuştur⁴⁴. Hükümden de anlaşılacağı üzere, çeklerin şekline "imza yeri" veya "ödeme yeri" hukuku seçimlik olarak uygulanır⁴⁵. İki hukukun birlikte uygulanması değil, seçimlik olarak uygulanması söz konusudur ve imza yeri veya ödeme yeri hukuklarından birine göre

tambul 2010, s. 510 (MOROĞLU, Düzenleme Yeri) ; KINACIOĞLU, N., Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1993, s. 139. "Böyle bir tutum, keşidecinin senedi düzenleme yeri olarak gösterdiği veya düzenleme yeri sayılacak yerin kanununa tabi tutmak istediği şekilde yorumlanmalıdır." MOROĞLU, Düzenleme Yeri, s. 510. Kambiyo senetlerinin şekline imza yeri hukukunun uygulanması hükmü emredici nitelikte olması sebebiyle tarafların bir başka hukukun şekil şartlarına tabi olma konusunda anlaşma yapamazlar. Bkz. ÖZDEMİR, s. 262-263. Bu nedenle, katimizce, Moroğlu'nun bakış açısı kabul edilebilir değildir. Ayrıca, özellikle tek bir hukuk sisteminin uygulandığı üniter devlet yapılarında bu durum sorun olmayacaktır. Ancak, gerçek düzenleme yeri ile düzenleme yeri olarak gösterilen yerin farklı hukuk sistemlerine tabi olması veya senedin şeklen geçerliliğine farklı düzenlemeleri ihtiva etmesi durumunda sorun ortaya çıkabilecektir. Poliçe üzerinde keşide yeri olarak belirtilen yerin şekil kurallarına göre geçerli ancak gerçek manada poliçe taahhüdünün yapıldığı yerin şekil kurallarına göre poliçe geçersiz ise durum ne olacaktır? Poliçeyi geçerli mi kabul edeceğiz yoksa gerçek taahhüt yerine göre geçersiz olduğu için geçersiz mi kabul edeceğiz? Nomer, poliçede gösterilen keşide yeri ile gerçek manada imza atılan yani poliçe taahhüdünde bulunulan yer farklı ise gerçek imza yerinin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz, NOMER, s. 209, dn. 15; DOĞANGÜN, T., Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 144. Özdemir ise bunun adil olmayacağını, zira kambiyo senedine sahip olan herkesin gerçek düzenleme yerini araştırmak zorunda kalacağını haklı olarak ileri sürmüştü ve senedin üzerinde yazan keşide yerinin esas olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz., ÖZDEMİR, s. 266-267. Kanaatimizce, senedin üzerinde yazan yer ile gerçek keşide yerinin farklı olup olmadığı konusu bir ispat sorunudur. Zira aksi ispatlanana kadar poliçenin üzerinde yazılı olan düzenleme yeri senedin düzenlendiği yer olarak kabul edilmelidir ve senedin geçerliliği bu hukuka göre tespit edilmelidir. Senedin üzerinde yazan yer ile gerçek imza yerinin farklı olduğunu iddia eden taraf bunu ispatlayabilir ve imza yerini belirtir ise bu durumda gerçek imza yeri hukukuna göre senedin şeklen geçerliliği tespit edilecektir. İngiliz hukukunda ise durum farklılık göstermekte olup önemli olan senedin yazıldığı ve imzalandığı yer değil senedin hamile teslim edildiği yer o senedin düzenlendiği yerdir. Bkz., RYDER/BUENO/HEDLEY/PHILLIPS, s. 356; Negotiable Instrument and Choice of Law; Principle of Private International Law with Reference to United Kingdom and Indian Laws, s. 6, <http://lawlib.wlu.edu/lexopus/works/864-1.pdf> (10 Mayıs 2012).

⁴⁴ YILMAZ, s. 279.

⁴⁵ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 121; YILMAZ, s. 279.

şekil açısından çekin geçerli olması yeterlidir⁴⁶. Çek ile yapılan taahhütlerin geçerliliğini sağlama amacıyla getirilmiş alternatif bir kuraldır⁴⁷.

3.1.1.3 Yapılan Taahhüdün Türk Mevzuatının Şekil Şartlarına Uygun Olması

TTK m. 767/3 düzenlemesinden istifade edebilmek için poliçenin Türk hukukunun öngördüğü şartlara uygun olarak yapılmış olması gerekir. Türk hukukunda, poliçenin şeklinin unsurları TTK m. 671 ve 672’de; bononun şeklinin unsurları TTK m. 776 ve 777’de; çekin unsurları ise TTK m. 780 ve 781’de düzenlenmiştir. TTK m. 672 ve 777’ye göre vade ve düzenleme yeri istisnaları dışında TTK m. 671’deki zorunlu unsurları içermeyen poliçe ve TTK m. 776’daki şekil zorunluluklarını ihtiva etmeyen bono hukuken poliçe ve bono hükmü kazanamaz⁴⁸. Poliçe ve bononun dolaşım güvenliği nedeniyle TTK’da şekil açısından kabul edilen zorunlu unsurların mutlaka senette bulunması gerekmektedir⁴⁹.

3.1.1.4 Talebin Sadece Türkiye’de Yapılabilmesi

Her iki tarafında Türk vatandaşı olduğu durumlarda TTK m. 767/3’ün uygulanabilmesi için gerekli olan diğer unsur, talebin Türkiye’de yapılmasıdır. Taraflar Türk vatandaşı olsa ve poliçe taahhüdü Türk hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak yapılmış olsa dahi, eğer talep Türkiye’de yapılmaz ise kuralın uygulanma imkânı yoktur. Diğer bir ifadeyle, tarafları Türk olan bir poliçede, Türk hamil talebini tamamlayıcı kuralı uygulayan Cenevre Konvansiyonu’na üye yabancı bir devlet mahkemesinde yapsa bile talep yerinde görülmeyecektir. Çünkü, bu durumda, hâkim poliçe taahhüdünün geçerli olup olmadığına LRA’ya göre karar verecektir⁵⁰.

4. Kurala Eleştirel Yaklaşım

Yukarıda ifade edildiği üzere, TTK m. 767/3’ün kaynağını 1930 yılında imzalanmış olan poliçe ve bonolara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen Cenevre Konvansiyonu’nun 3. maddesinin 3. fıkrası oluşturur⁵¹. Bu fıkra, doktrinde bazı eleştirilere tabi tutulmuştur. Bu eleştiriler üç temel noktada toplanmaktadır. Bunlardan birincisini “aynı senet üzerinde yer alan taahhütlerin şekil bakımından geçerliliklerinin bazıları için LRA kuralına bazılarının ise tarafların milli hukuklarına göre belirlenmesinin, senet borçluları açısından adil olmayan sonuçlara yol açtığı”⁵² eleştirisi oluşturur. Bu

⁴⁶ ÖZDEMİR, s. 274. “Ödeme yeri kanununa tanınan bu seçimlik yetki, bir ödeme aracı olan çeklerin hukuki niteliklerine uygundur ve olayların büyük çoğunluğunda çekin geçerliliğini sağlayacaktır. Şöyle ki, bankaların müşterilerine vermiş oldukları çek karneleri, bu bankaların bulunduğu ülkede yürürlükte olan mevzuata uygun şekilde bastırılır. Çeklerde ödeme, çekin muhatap bankaya ibrazı üzerine, yani bankanın bulunduğu yerde yapılır. Dolayısıyla, çekin ödeme yeri, muhatap bankanın bulunduğu ve çek karnelerini mevzuatına uygun şekilde bastırdığı yerdir. Böylece, ödeme yeri hukukuna tanınan yetki, genellikle, çeklerin şekil bakımından geçerliliğini sağlayacaktır.” ÖZDEMİR, s. 275.

⁴⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 194; YILMAZ, s. 279.

⁴⁸ MOROĞLU, E., “Bono ve Poliçelerde Yeni Şekil Koşullarının Hukuki Anlamı”, Makaleler, İstanbul 2010, s. 193.

⁴⁹ MOROĞLU, s. 194.

⁵⁰ ÖZDEMİR, s. 273.

⁵¹ <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/exchange-notes.xml> (10 Mayıs 2012).

⁵² ÖZDEMİR, s. 274; AYGÜN, s. 124. Metinde tırnak içerisinde belirlenen eleştiri dipnotta belirtilen yazarların kendi savdukları görüş değil, eserlerinde değerlendirmeye tabi tuttukları görüştür.

eleştiriye katılmak mümkün değildir. Fıkranın uygulama alanına bakıldığında, getirilen kural, LRA kuralına bir alternatif değil sadece yedek bir kuraldır. Başka bir ifadeyle, kambiyo senedinin şeklen geçerli olup olmadığının belirlenmesinde ilk önce ve mutlaka LRA'ya bakmak gereklidir. LRA'ya göre geçersiz olan bir kambiyo senedinin tarafların milli hukukuna göre şekli geçerliliği tespit edilecektir. Getirilen bu düzenlenin temel amacı senedin ayakta tutulması sağlanarak tedavül kabiliyetini artırmaktır. Ayrıca, her zaman, taraflar kambiyo senedi taahhüdünde bulunacakları yerin hukukunu bilemeyebilirler. Belki rakamsal olarak büyük olarak kabul edilebilecek kambiyo senetleri için senedin keşide edileceği yerden bir hukuki destek alınıp, şekil şartlarında hata azaltılabilir veya tamamen önlenebilir. Ancak, bu husus, her durum için mümkün olmaz. Zira kambiyo senedinin üzerinde yazılı miktar, alınacak hukuk hizmetinin bedeline oranla düşük olabilir veya hukuk hizmeti alınması rakamsal olarak ticari açıdan mantıklı olmayabilir. Bu durumlarda, özellikle lehtarları korumak için tarafların bildikleri hukuk olan milli hukuklarının öngördüğü şekle göre yapılan taahhütlerin geçerli sayılması uygun olacaktır⁵³. Kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırmak için kabul edilen bu kural, sadece tarafların vatandaşlığının bulunduğu devletin mahkemesinde talep edilmesi durumunda geçerli olacaktır. Örneğin, Almanya'da yaşayan iki Türk vatandaşının mobilya fuarı için gittikleri İtalya'nın Milan kentinde düzenlenen poliçenin şeklen İtalyan hukukuna göre geçersiz olduğu durumlarda Almanya'da Alman mahkemeleri önünde poliçenin milli hukuklarına uygun olduğunu ileri süremeyeceklerdir. Alman mahkemesi, poliçenin şekli geçerliliğinde tarafların milli hukukuna değil, LRA'ya bakacaktır. Bu durumda poliçe şeklen geçersiz olacaktır. Ancak Almanya'da yaşayan bu Türk Türkiye'ye gelip Türk mahkemesinden talepte bulunursa ve poliçe Türk hukukunun aradığı şartları taşıyorsa bu poliçe diğer Türk karşı geçerli olmuş olmaktadır. Burada *forum shopping* manevrası devreye girmektedir. Davacı taraf, talebini, talep sonucunun talep edilen ülke mahkemesine göre farklı olması nedeni ile kendisi için en makul sonucu doğuracak ülke mahkemesinde ileri sürecektir. Bu durum, kanunun açık hükmüyle izin verilen bir serbesti olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla, tarafların kambiyo senedinin şekli geçerliliği için yapmış olduğu bu çabayı doğal ve hukuk zemininde karşılamak yerinde olabilir.

Bu kuralın uygulanmasındaki diğer bir zorluk ise birden çok vatandaşlık⁵⁴ durumunda ortaya çıkacaktır. Tarafların aynı ülkenin vatandaşlığına ve tek bir vatandaşlığa sahip olmaları halinde kuralın uygulamasında sorun çıkmayacaktır. Kişinin birden fazla vatandaşlığı olduğu ve yetkili hukukun vatandaşlığa göre tespit edildiği durumlarda sorun ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu durumda nasıl hareket edilmesi gerektiğini MÖHUK'da açıklığa kavuşturulmuştur. MÖHUK m. 4/1 (b) 'de birden fazla vatandaşlığa sahip olanların aynı zamanda Türk vatandaşı olması durumunda Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Yukarıda verdiğimiz örneğe tekrar dönersek olursak, hamilin veya poliçe borçlusunun hem Alman hem de Türk vatandaşlığı olduğu durumlarda Türkiye'de talepte bulunulması durumunda Türk vatandaşlığı esas alınacak ve poliçenin geçerliliği bu doğrultuda belirlenecektir. Ancak ilginç durum hem hamilin hem de poliçe borçlusunun aynı ülkelerin çifte vatandaşı olduğu durumda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Almanya'da yaşayan iki Türkün aynı zamanda Alman vatandaşlığına da sahip olduğunu kabul ederse; bu durumda davacı, Cenevre Konvansiyonu ve Alman hukuku⁵⁵ gereğince Almanya'da, TTK m. 767/3 gereğince de Türkiye'de kambiyo senedi şeklen geçerli olarak kabul edilmesi için talepte bulunulabilecektir.

⁵³ ÖZDEMİR, s. 270.

⁵⁴ Her ülke, kendi vatandaşını kendi hukukuna göre kendisi tespit eder.

⁵⁵ Art. 92/3, Wechselgesetz, Ausfertigungsdatum:21.06.1933, bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wg/gesamt.pdf> (2 Aralık 2012).

İkinci eleştiri ise “*hamilin senet borçlularının millî hukukunu araştırmakla yükümlü tutulmasının, senedin tedavülünü engelleyeceği*”⁵⁶ dir. Bu eleştiriye de katılmak mümkün değildir. Zira hamilin, senet borçlularının milli hukuklarını her zaman araştırma yükümlülüğü yoktur. Çünkü kambiyo senedinin şekil açısından geçerliliğinde temel kural LRA’dır. Eğer bir kambiyo senedi LRA’ya göre geçersiz ise bu durumda kambiyo senedini geçerli hale getirebilmek için senet borçlularının milli hukuklarını araştırmak gerekir. Başka bir ifadeyle, sadece LRA’nın kabulü senedin geçerli olup olmadığını belirlemedeki kolaylık açısından önemlidir⁵⁷. Fakat, senedin ayakta tutularak tedavül kabiliyetinin artırılması noktasından değerlendirildiğinde, tamamlayıcı kurallara yer vermenin önemi ortaya çıkacaktır. Çünkü, LRA’ya göre geçersiz bir senedin geçerli olmadığı ortaya konulduğu zaman tedavül kabiliyetinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira şeklen geçersiz bir senedin tedavül kabiliyeti de olması düşünülemez. Bu nedenle kambiyo senetlerinin şekil bakımından geçerliliğinde temel kuralın LRA olarak kabul edilmesi çok doğru olmakla birlikte, sadece LRA’yı kabul etmenin, senedin ayakta tutulmasını temin etmek ve tedavül kabiliyetini artırmak açısından doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Üçüncü eleştiri ise “*senet borçlusunun taahhüdünün geçerli olup olmadığı, hamilin vatandaşlığına bağlı olarak değişmesinin kabul edilemeyeceği*”⁵⁸ dir. Bu eleştirinin temel kaynağı, bir kambiyo senedinin geçerliliğinde tek bakılması gereken hukukun senedin imzalandığı yer hukuku olmasına dayanır. Yukarıda da söylendiği üzere, kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini artırabilmek için tamamlayıcı kurallar önemli bir fonksiyona sahiptir. Zira tamamlayıcı hükümler sayesinde senedin şekil bakımından geçerliliği sağlanarak, senedin tedavül kabiliyeti artırılmaktadır. Ancak, yapılan bu eleştiriye farklı bir gerekçe ile katılmak mümkündür. Senedin tedavül kabiliyetini artırmak için getirilen TTK m. 767/3 hükmünü sadece hamilin, lehtarın ve keşidecinin veya cirantanın vatandaşlığına bağlı kalarak belirlemek sınırlı bir tamamlayıcı kural vasfını taşımaktadır.

TTK m. 767/3’de yer bulan tamamlayıcı kural, Türkler arasında Türk hukuku düşünülerek yabancı bir ülkede düzenlenmiş ve imza yerine göre geçersiz olan kambiyo senetlerini şeklen geçerli tutarak, hem kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırır hem de kambiyo senetlerini düzenleyen kişilerin aldatma kastı ile başka bir Türke karşı kambiyo senetlerinin geçersizliği iddiasında bulunmasını önler.

Kısaca, kuralın uygulanması ile üç temel amaca ulaşılabilecektir. Bunlar:

1. Kambiyo senetlerini ayakta tutarak kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti artırılmış olmaktadır.
2. Türk hukukunu bilerek işlem tesis eden bir Türkü başka bir Türke karşı koruma altına almaktadır.
3. Kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırarak ülkede ekonomik kamu düzeninin korunmasını sağlamaktır.

Kuralın konuluş amaçları dikkate alındığında, temel amaç Türk hukukunu bile rek hukuki işlem tesis eden Türk’ü korumaktır. Bu sayede, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırılmış ve ülke içerisinde ekonomik kamu düzeni tesis edilmiş olmaktadır. Ancak kanun metninde ifade edilen “Türk” kavramı ile sadece gerçek kişi Türk vatandaşını mı, yoksa gerçek kişi Türk vatandaşı ile birlikte Türk tabiiyetine sahip

⁵⁶ ÖZDEMİR, s. 274; AYGÜN, s. 124. Metinde tırnak içerisinde belirtilen eleştiri dipnotta belirtilen yazarların kendi savdukları görüş değil, eserlerinde değerlendirmeye tabi tuttıkları görüştür.

⁵⁷ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 112.

⁵⁸ ÖZDEMİR, s. 274; AYGÜN, s. 124. Metinde tırnak içerisinde belirtilen eleştiri dipnotta belirtilen yazarların kendi savdukları görüş değil, eserlerinde değerlendirmeye tabi tuttıkları görüştür.

tüzel kişi Türk şirketini de mi kastettiği tam açık değildir. Kanun koyucunun düşüncesini anlayabilmek için yorum yoluna başvurmak gerekecektir. Türk Medeni Kanunu⁵⁹ m. 1’de “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır” ilkesini ortaya koyarak kanunların lafzıyla ve ruhuyla bir bütün olarak uygulanması gerektiğini ortaya koymuştur. Dolayısıyla tamamlayıcı kuralda ifade edilen “Türk” sözünden ne anlamamız gerektiği üzerinde öncelikle durmakta fayda vardır. “Türk” kavramının sözlük anlamına bakıldığı zaman iki anlam karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri vatandaşlık anlamına gelen “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yaşayan halk ve bu halktan olan kimse”⁶⁰, diğeri de ırkı ifade eden Türkçenin değişik lehçelerini konuşan soyu ve bu soydan olan kişiyi ifade eder⁶¹. Kuralda ifade edilen “Türk” kelimesi ile ırk değil, vatandaşlık kavramının ortaya konulduğu aşikârdır⁶². Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁶³ m. 66’da ve diğer birçok maddesinde⁶⁴ “Türk” ifadesi kullanılmıştır ve bu ifadelerin hemen hepsi gerçek kişileri ifade etmiştir. Anayasa m. 66/1-2’de kimlerin “Türk” olduğu ortaya konmuştur. Türk olabilmek için 1. fıkra gereğince Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmak; 2. fıkraya göre ise Türk ananın veya Türk babanın çocuğu olmak gereklidir. Anayasada Türklük için ifade edilen iki unsurda ancak gerçek kişiler için var olabilecek unsurlardır. Ancak, Anayasa m. 69/10’da hem gerçek kişilerden hem de tüzel kişilerden bahsedilmiştir. Fakat, burada “...Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden...” ifadesi kullanılarak vatandaşlık yerine uyruk kavramı tercih edilmiş ve ayrıca gerçek ve tüzel kişiler ayrı ayrı belirtilmiştir. Doktrinde “tabiiyet” ve “uyruk” kavramları eş anlamlı olarak kullanılır⁶⁵. Ayrıca, doktrinde bazen tabiiyet kavramı ile vatandaş kavramı da aynı anlamda kullanılmakla⁶⁶ birlikte, tabiiyet kavramının vatandaş kavramından daha geniş bir kapsamı vardır⁶⁷. Tabiiyet, “şahsı veya şeyi devlete bağlayan siyasi ve hukuki bağdır”⁶⁸. Burada

⁵⁹ R.G. 8.12.2001-24607.

⁶⁰ “Türk” kelimesinin sözlük anlamı için bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.508745e8942eb9.31496906 (10 Mayıs 2012).

⁶¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.508745e8942eb9.31496906 (10 Mayıs 2012).

⁶² ÖZEL, s. 56. Türk kavramında etnik kökene dayalı bir bağlılığı anlamak günümüz devletler hukukunca kabul gören temel prensiplerine aykırılık teşkil eder. Uluslararası sözleşmelerde etnik kökene dayalı devlete bir bağlılığın olmayacağı ortaya konulmuştur. 1997 yılında Strazburg’da imzalanan “European Convention on Nationality (Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi)”nin 2. maddesinde vatandaş ile ifade edilenin kesinlikle etnik köken olmadığı ifade edilmiştir. Yine, 25 Mart 1999 yılında Strazburg’da yapılan toplantıda kabul edilip 14 Eylül 1999 tarihinde imzalanan “Vatandaşlık Belgesi Verilmesine İlişkin Sözleşme”nin 1. maddesinde açık bir dille vatandaşlık kavramının etnik kökeni ifade etmediğini ortaya koymuştur. Bkz. R.G. 18.03.2004-25406.

⁶³ R.G. 9.11.1982-17863 Mükerrer.

⁶⁴ Örneğin Anayasa m. 41, 59, 62, 67, 70 ve 72.

⁶⁵ DOĞAN, V., 5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku, 10.B., Ankara 2010, s. 22, (DOĞAN, Vatandaşlık) ; TURHAN, T./TANRIBİLİR, F.B., Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, Ankara 2010, s. 21.

⁶⁶ Görüşler için bkz. DOĞAN, Vatandaşlık, s. 21-23; ERDEM, B.B., Türk Vatandaşlık Hukuku, 2.B., İstanbul 2011, s. 6; NOMER, E., Türk Vatandaşlık Hukuku, 19. B., İstanbul 2012, s. 15-16, (NOMER, Vatandaşlık).

⁶⁷ TURHAN/TANRIBİLİR, s. 21.

⁶⁸ GÖĞER, E., Türk Tabiiyet Hukuku, 4. B., Ankara 1976, s. 6; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 23; TURHAN/TANRIBİLİR, s. 21; ERDEM, s. 6.

yer alan şahıs kavramı içerisinde hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler yer alır⁶⁹. Vatandaş kavramında ise sadece gerçek kişiler dâhil edilir, zira vatandaşlık hukuki bağın yanında devletle siyasi bir bağ da oluşturur⁷⁰. Sonuç olarak denilebilir ki, tabiiyet kavramı ile vatandaş kavramı eş anlamlı olmayıp, tabiiyet vatandaşa göre daha geniş kapsamlıdır⁷¹. Bu bağlamda, Anayasada kullanılan ifadeler göz önüne alındığında, gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmadan Anayasada kullanılan “Türk” ifadesi sadece gerçek kişi Türk vatandaşını ifade eder.

Bir maddenin, bir kavramın yorumu yapılırken yorum metotlarından sadece birine bağlı kalınmamalı, diğer yorum metotları da kullanılmalıdır⁷². Maddede kullanılan kavram yorumu başlangıç noktasını oluşturur. Buna ilaveten, kuralın özü, yani ruhu neyi ifade etmekte ona da bakılması gerekmektedir⁷³. Amaçsal bir yorum yaparak belki kanun koyucunun tamamlayıcı kuralı tesis etmekteki amacını tespit edebiliriz. Böylelikle kanun koyucunun amacına uygun bir şekilde kuralı uygulayabiliriz. Amaçsal yorum yapılırken toplumun zamanla değişen ve gelişen ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılayabilecek objektif bir anlam verilmeye çalışılır⁷⁴. Böylelikle korunması gereken menfaat ne ise o menfaate en uygun olan anlam tercih edilebilir⁷⁵. Bu doğrultuda bir yorum yapılacak olursa, tüzel kişi tacirlerin günümüzde sıklıkla kambiyo senedi düzenledikleri düşünülürse, kuralın konuluş amacına uygun olarak tüzel kişilerin TTK m. 767/3 kapsamında değerlendirilmeleri uygun olacaktır. Genişletici bir yorumla da bu sonuca ulaşmak mümkün olacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki “kural hangi menfaati hangi amaçla korumayı amaçlamıştır”⁷⁶. Bu amaca ulaşabilmek için objektif tarihi bir yorum yapmak da gerekecektir. Bunu yaparken kanun koyucunun o kuralı, maddeyi düzenlerken hangi nedenlere dayandığının araştırılması gerekir. 6762 sayılı TTK’nın hazırlanması sırasında zamanın hükümeti tarafından hazırlanan tasarınn gerekçesinde poliçe, bono ve çekler hakkında mevcut olan kanunlar ihtilafı hükümlerinin⁷⁷ yetersiz olması sebebiyle Çeşitli konvansiyonlarında kararlaştırılan esaslara tasarıda yer veril-diği ifade edilmiştir⁷⁸. 6762 sayılı TTK’nın gerekçesinde, kuralın kapsamına sadece

⁶⁹ DOĞAN, Vatandaşlık, s. 23.

⁷⁰ TURHAN/TANRIBİLİR, s. 21.

⁷¹ DOĞAN, Vatandaşlık, s. 22-23. Nomer ise kavramlara farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Nomer, tabiiyet kavramı ile vatandaş kavramının tarihsel gelişimini eserinde anlattıktan sonra vatandaş kavramı ile tabiiyet kavramının aynı manaları ifade ettiğini ortaya koymuştur. Birinin diğeri yerine kullanılmasının anlam kargaşasına neden olmayacağını ifade etmiştir. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında ve Türk Vatandaşlığı Kanununda kullanılan vatandaş tabirinin tercih edilmesi gerektiği yönünde de görüşünü ifade etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. NOMER, Vatandaşlık, s. 16.

⁷² AKINTÜRK, T., Medeni Hukuk, 13. B., İstanbul 2008, s. 71; ÖZTAN, B., Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 35.B., Ankara 2011, s. 138.

⁷³ ÖZTAN, s. 133.

⁷⁴ AKINTÜRK, s. 73.

⁷⁵ AKINTÜRK, s. 73-74.

⁷⁶ ÖZTAN, s. 134.

⁷⁷ Mevcut kanunlar ihtilafı hükümleri ifadesi ile kastedilen 1330 (1915) tarihli Türkiye’de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun’un 3. ve 4. maddesidir. Bkz. ELBİR, H.K., Gerekçeli – Notlu – Sistematik Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Mer’iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun ve Alakalı Mevzuat, 2. B., İstanbul 1958, s. 455 ve 470. Muvakkat Kanun için bkz. Düstur, Tertibi Sani, Cilt: 7 s. 458-459.

⁷⁸ Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), S. Sayısı 198, Devre X, İctima 2., s. 39, m. 32/e, bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083ss0198.pdf> (3 Aralık 2012) ; Ayrıca bkz. ELBİR, s. 68.

gerçek kişilerin mi yoksa tüzel kişi tacirlerin de mi gireceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. 6102 sayılı TTK'da ilgili madde metinleri sadece günümüz Türkçesine uygun hale getirildiği için maddeler için detaylı bir gerekçe yazılmamıştır. Ancak şunu söyleyebiliriz ki, tamamlayıcı kural TTK mevzuatına İsviçre Borçlar Kanunu m. 1087/3'ün iktibas edilmesiyle girmiştir. İsviçre'ye de Cenevre Konvansiyonlarından geçmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Cenevre Konvansiyonlarında “national”⁷⁹ ifadesi kullanılmıştır⁸⁰. Bu ifadenin Türkçe karşılığı “vatandaş”dır⁸¹. Bu kavramda, devlet ile hukuki ve siyasi bağ kuran gerçek kişiler ifade edilmektedir. TTK m. 767/3'deki “Türk” ifadesi de İsviçre Borçlar Kanunu ve Cenevre Konvansiyonları ile paralel bir şekilde gerçek kişi Türk vatandaşını ifade etmektedir. TTK'da düzenlenen bir kuralın tüzel kişi tacirleri kapsamamış olması kabul edilmesi zor olsa da, kanaatimizce, kuralın kapsamına ve kaynağına bakıldığı takdirde, sadece Türk vatandaşı olan gerçek kişileri koruma kapsamına aldığı ve Türk tabiiyetine tabi tüzel kişileri geniş ve amaçsal yorum dışında kapsamına almadığı görülecektir. Günlük ticari hayatta tüzel kişi tacirlerin sıklıkla kambiyo senedi kullandıkları ve keşide ettikleri düşünüldüğünde, kuralın geniş ve amaçsal yorumu dışında tüzel kişileri kapsamaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla yapılacak bir değişiklik ile tüzel kişi tacirlerin de kuralın kapsamı içerisine alınması gerekmektedir.

TTK m. 767/3'deki düzenleme 1930 yıllardaki Cenevre Konvansiyonundaki yaklaşım ile aynıdır. 1930 yılların ekonomik, sosyal ve insanların mobilize olma şartları düşünüldüğünde yapılan düzenleme gayet yerinde ve uygundur. Fakat 21. yüzyılda, insanların artık doğdukları yerde değil de yaşamak istedikleri yerde yaşadığını düşündüğümüze durum farklılık arz edecektir. Zira bir vakıa olarak, Türkiye'de özellikle batı bölgesinde çok fazla sayıda yabancı yaşamaktadır ve bu kişiler uzun süredir yaşamlarını Türkiye'de ikame ettirmektedirler. Bir başka deyişle, Türk vatandaşı olmayan bu kişiler yerleşmek niyetiyle veya hayatlarını Türkiye'de sürdürmek için Türkiye'de bulunmaktadırlar. Yerleşmek niyetiyle Türkiye'ye gelen ve Türkiye'de oturanların yerleşim yeri Türkiye olacak, ancak yerleşme niyeti yok sadece hayatlarının idame ettirmek üzere buraya gelmiş kişilerin mutad meskenleri Türkiye olabilecektir. Yerle-

⁷⁹ Bkz. Federal Act on the Amendment of the Swill Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 January 2011), <http://tr.scribd.com/doc/55697597/Code-of-Obligations-en> (10 Mayıs 2012) ; Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes, bkz. <http://www.jus.uio.no/lm/treaties.and.organisations/1930s.html> (10 Mayıs 2012) ; Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Cheques, bkz. <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml> (10 Mayıs 2012).

⁸⁰ İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metninde “Schweizer Staatsbürger” ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadenin Türkçe karşılığı “İsviçreli”dir. İsviçreli kavramının içerisinde de sadece gerçek kişi vatandaşlar girmektedir. Bkz. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Oktober 2012), <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf> (10 Mayıs 2012). Alman Hukukunda ise durum İsviçre ve Türk hukukuna benzerdir. Wechselgesetz m. 92/3'de “inländer” kavramı kullanılmış olup onunda Türkçe karşılığı “yurttaş”tır. Bu kavramda gerçek kişileri ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. Wechselgesetz, Ausfertigungsdatum:21.06.1933, bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wg/gesamt.pdf> (2 Aralık 2012).

⁸¹ Bkz. <http://dictionary.law.com/Default.aspx?searched=national&type=1> (10 Mayıs 2012). “Nationality” kavramı ise bir kişiyi bir millete bağlayan hukuki bağ olarak tanımlanmış ve kazanımı doğumla, evlilikle ve kazanma yolları ile olabileceği ifade edilmiştir. Bkz. CURZON, L.B., Dictionary of Law, 4th ed., London 1997, s. 256.

şim yeri veya mutad meskeni Türkiye’de olan bu kişiler de Türkiye’de ticari hayatın içerisinde bulunmakta ve kambiyo senetlerinin tarafı olabilmektedir. Türkiye’de yaşayan ve yaşamlarını Türk hukukunun şemsiyesi altında devam ettiren bu kişilerin tamamlayıcı kuralların kapsamı alanı dışında bırakılması hakkaniyete uygun düşmediği kanaatini taşımaktayız. Ayrıca, Türkiye’de yaşayan vatansızlar ve mülteciler kesinlikle kuralın koruma kapsamı dışındadır. TTK m. 767/3’ün açık ifadesinde sadece “Türk” denildiği için 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁸² m. 28 kapsamında izin alarak Türk vatandaşlığından ayrılmış “mavi kart” sahibi kişiler de muhtemelen koruma kapsamı dışındadır⁸³. Türkiye’de yaşayan mavi kartlılar, vatansızlar ve mülteciler⁸⁴ yabancı bir ülkede bir Türke veya başka bir yabancıya⁸⁵ karşı Türk hukukunu bilerek ve düşünerek kambiyo senedi taahhütü altına girebilirler. Türk hukukunu bilerek ve düşünerek hareket eden bu kişilerinde de kuralın koruma kapsamı içerisine alınması ekonomik kamu düzeni açısından yerinde olacaktır.

Kanaatimizce, Türk vatandaşı olmayıp ülkemizde yaşayan, yerleşim yeri veya mutad meskeni Türkiye olan yabancılardan bu kapsama alınması gerekmektedir. Bu şekilde, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti daha da artırılmış olacaktır. Çünkü Türk hukukunu bilerek kambiyo senedinin tarafı olan daha fazla kişi koruma altına alınmış olacak ve sonuç olarak ülkenin ekonomik kamu düzeninin sağlanmasında daha büyük bir katkı tesis edilmiş olunacaktır.

Cenevre Konvansiyonlarında ve Kara Avrupasında kambiyo senetlerinin LRA’ya göre geçersiz olduğu durumlarda getirilen tamamlayıcı kuralda vatandaşlığın ön plana çıkarılmasının nedeni, milli hukukun genellikle tercih edilen bağlama noktası olması olabilir. Zira vatandaşlık ilişkisi kolay tespit edilebilen, kolay değişmeyen ve bu doğrultuda güven ve süreklilik ifade eden bir bağlama noktasıdır⁸⁶. Ancak, Birleşik Krallık ve ABD gibi birden fazla hukuk sistemi olan⁸⁷ ve göç alan devletler için vatandaşlık ideal bir bağlama noktası olmayabilir. Çünkü bulunduğu ülkenin vatandaşlığına sahip olmadan uzun yıllardır bir ülkede yaşayan kişilerin olabileceği gibi⁸⁸, vatansızlara ve mültecilere uygulanacak milli bir hukukun olmaması da Birleşik Krallığın bağlama noktası olarak vatandaşlık yerine genel olarak yerleşim yerini (ikametgâhi) tercih etmesinin bir nedeni olabilir⁸⁹.

⁸² RG. 12.6.2009-27256.

⁸³ TVK m. 28’de “...bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır.” hükmü bulunur. Maddede sayılan istisnalar içerisinde TTK m. 767/3 ile ilgili bir ifade yoktur. Ancak, TTK m. 767/3 açıkça Türk dediği için, Türk olmayıp ayrıcalıklı yabancı olan mavi kartlıların koruma kapsamında olup olmadığı çok tartışmalıdır.

⁸⁴ 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin 18. Maddesinde “Taraf Devletler, ülkelerinde yasal olarak bulunan mültecilere, tarım, sanayi, küçük sanatlar ile ticaret sahalarında kendi işyerlerini açmak ve sanayi, ticari şirketler kurmak haklarıyla ilgili olarak, mümkün olduğu kadar müsait ve her halde genel olarak aynı şartlardaki yabancılara tanıdıklarından daha az müsait olmayan muameleyi uygulayacaklardır.” Bkz. ÇİÇEKLİ, B., Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Ankara 2009, s. 184.

⁸⁵ Yabancı geniş anlamda kullanılmış olup içerisine yabancı bir ülkenin vatandaşı, vatansızlar ve mülteciler dahil edilmiştir.

⁸⁶ CLARKSON, C.M.V./HILL, J., Jaffey on the Conflict of Laws, Butterworths 2002, s.49; ÇELİKEL/ERDEM, s. 187.

⁸⁷ CLARKSON/HILL, s. 50.

⁸⁸ CLARKSON/HILL, s. 50.

⁸⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 187.

Vatandaşlık, yukarıda da ifade edildiği üzere kolay tespit edilebilen bir bağlama noktası olmakla birlikte, TTK m. 767/3'ün kapsamındaki tamamlayıcı kuralın amaçları doğrultusunda yeterince kapsayıcı değildir. İkametgâh diğer bir alternatif bağlama noktası olmakla beraber, yerleşim yerinin tespitinde zorluklar vardır⁹⁰. Zira yerleşim yerinde iki unsur vardır. Maddi unsur belirli bir süre bir yerde oturmayı gerektirir iken manevi unsur oturduğu yerde yerleşme niyetini beraberinde aramaktadır. Manevi unsurun tespitinde meydana gelebilecek zorluklar ve yerleşmek niyetiyle Türkiye'de bulunmayan kişileri kapsamı dışında bırakması nedeniyle, yerleşim yeri TTK m. 767/3 kapsamındaki tamamlayıcı kural açısından yeterince kapsayıcı değildir. Mutad mesken ise yerleşim yerine göre daha kapsayıcıdır. Zira kişi bir yerde yerleşmek niyetiyle orada oturmuyorsa bile hayatının etkili merkezi olan yaşamını idame ettirdiği yer⁹¹ onun mutad meskenidir. Denilebilir ki *"mutad mesken daha gerçekçidir, ... ikametgahın hemen tayini güçlükleri onda yoktur."* Bu nedenle, insanların istedikleri yerde yaşadıkları bir dünyada, mutad meskenin bağlama noktası olarak kullanılması yerinde olabilir.

Yukarıda açıklanan sebeple TTK m. 767/3'deki kural *"Türkiye'de mutad meskeni olan kişinin, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, mutad meskeni Türkiye'de olan bir başka bir kişiye karşı geçerlidir"* hükmünün kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak, bu hüküm de bazı açılardan yetersiz kalabilecektir. Zira sadece mutad meskeni Türkiye'de olan kişileri kapsama almak da hakkaniyete uygun olmayabilir. Çünkü, yurt dışında yaşayan ve hala yerleşim yeri Türkiye olup mutad meskeni yurt dışında olan sayıları milyonlarla ifade edilen Türk vatandaşlarının TTK m. 767/3'ün koruması dışına çıkarılması anlamına gelir. Çünkü, yurt dışında yaşayan ve mutad meskeni yaşadıkları yer olan bu kişilerin hala bir kısmı kendi aralarında yaptıkları işlemlerde Türk hukukuna göre hareket etmektedirler. Ayrıca, yurt dışında çalışan olarak yaşayan Türk vatandaşlarını kuralın koruma kapsamı dışında bırakmak Anayasa m. 62'de düzenlenen yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının "...anavatanla bağlarının korunması...için gerekli tedbirleri alır" hükmüne ters düşer.

Kanaatimizce, yapılması gereken Cenevre Konvansiyonu'nun özelliklerini taşıyan İsviçre Borçlar Kanunu m. 1087/3'deki düzenlemesinden farklı olarak, tamamlayıcı kuralda vatandaşlık unsuruna yer vermeyen bir düzenleme getirilebilir. Bu doğrultuda, Birleşik Krallığın tamamlayıcı kuralları incelenebilir.

Birleşik Krallık, kambiyo senetlerine ilişkin kanunlar ihtilafı problemlerini çözmek için kabul edilen Cenevre Konvansiyonlarını kabul etmemiştir. Birleşik Krallık Cenevre Konvansiyonu yerine kendi özel düzenlemesini muhafaza etmiştir⁹³. Birleşik

⁹⁰ DEVRES, s. 798.

⁹¹ ÖZKAN, I., Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 41. "Mutad mesken oturmanın süresinden çok oturmanın niteliği ile ilgilidir. Bu fonksiyonel bir bağlanma noktasıdır ve kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi hukukunu tespit eder." Bkz., ÖZKAN, s. 33.

⁹² ÖZKAN, s. 32.

⁹³ Birleşik Krallığın bu yaklaşımını diğer İngilizce konuşan ülkeler de takip etmiştir. Bkz., Negotiable Instrument and Choice of Law; Principle of Private International Law with Reference to United Kingdom and Indian Laws, s. 5, <http://lawlib.wlu.edu/lexopus/works/864-1.pdf> (10 Mayıs 2012). Avustralya'da aynı Birleşik Krallık ile benzer bir düzenlemeyi Bills of Exchange Act 1909 (Kambiyo Senetleri Kanunu 1909) 'da Sect.77/a (ii) 'de yapmıştır. Bkz., http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/boea1909148/s77.html (10 Mayıs 2012) ; Hindistan'ın benzer düzenlemesi The Negotiable Instruments Act 1881'in 136. maddesinde

Krallık hukuk sisteminde de kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukukta temel sistem LRA'dır⁹⁴. Hukuki işlemin ayakta tutulması için *favor negotii* ilkesi kapsamında⁹⁵ Birleşik Krallık dışında düzenlenen ve düzenlendiği yer hukukuna göre geçerli olmayan bir kambiyo senedi şekil açısından Birleşik Krallık hukukuna uygun olduğu takdirde ödemenin gerçekleşmesini sağlayabilmek için tüm taraflar açısından Birleşik Krallık'ta geçerli kabul edilmektedir⁹⁶. 1882 yılında kabul edilen Polişe Kanunu (Bill of Exchange Act)⁹⁷ m. 72/1 (b) 'ye göre, Birleşik Krallık dışında düzenlenen ve düzenleme yeri hukukuna göre şeklen geçerli olmayan bir poliçe, şekil açısından Birleşik Krallık hukukuna uygun ise, bu poliçe de, ödemenin sağlanmasını gerçekleştirme için Birleşik Krallık'ta geçerli olarak kabul edilebilir⁹⁸. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, vatandaşlık unsurunun burada kullanılmadığıdır. Yani, LRA kuralına göre şeklen geçersiz olan poliçeyi ayakta tutmak için getirilen tamamlayıcı kural daha kapsayıcı olup vatandaşlık unsurundan bağımsız bir düzenlemedir.

Birleşik Krallığın bu düzenlemesi tamamlayıcı kural için vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi herhangi bir bağlama noktası getirmemesi, kambiyo senetlerinin şeklen geçerliliğine esas olarak uygulanan LRA kuralına getirilen bir istisna olan tamamlayıcı kural vasfını kaybedip, LRA kuralına alternatif bir kural haline gelebileceği düşünülebilir. Kanaatimizce bu yönde bir endişe yersizdir. Çünkü LRA kuralına göre şeklen geçersiz olan bir poliçeye sahip olan bir hamil, elindeki poliçe Birleşik Krallığın şekil şartlarına uyuyor ve hamilin Birleşik Krallıkta lehtara veya cırantaya müracaat hakkı var ise⁹⁹ Birleşik Krallığa giderek ödeme için talepte bulunabilir¹⁰⁰. Bu durumda kambiyo senetlerinin şeklen geçerliliğine esas olarak uygulanan LRA kuralına getirilen bir istisna olan tamamlayıcı kural vasfını kaybedip, LRA kuralına alternatif bir kural haline gelmeyecektir. Ayrıca, kanun koyucunun amacı bir hukuku bilerek ve düşünerek o hukuka göre hareket eden kişileri korumak ve kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini artırmak ise burada bir sınır getirip vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bir bağlama noktası koymak uygun düşmeyecektir. Vatandaşlık unsurundan bağımsız olarak yapılacak bir düzenleme ile tüzel kişi tacirlerin TTK m. 767/3'ün kapsamında olup olmadığı sorunu da ortadan kalkmış olacaktır.

yer almaktadır. Bkz., <http://chddistrictcourts.gov.in/THE%20NEGOTIABLE%20INSTRUMENTS%20ACT.pdf> (10 Mayıs 2012).

⁹⁴ Art. 72/1 of Bills of Exchange Act 1909, bkz., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/61/section/72> (10 Mayıs 2012). Ayrıca bkz. RYDER/BUENO/HEDLEY/PHILLIPS, s. 353; Negotiable Instrument and Choice of Law; Principle of Private International Law with Reference to United Kingdom and Indian Laws, s. 3, <http://lawlib.wlu.edu/lexopus/works/864-1.pdf> (10 Mayıs 2012); DICEY, s. 503.

⁹⁵ AYGÜN, s. 79.

⁹⁶ *Lebal v. Tucker* [1867] LR 3 QB 77; *Re Marseilles Extension Railway and Land Co.* (1885) 30 Ch. D. 598.

⁹⁷ Birleşik Krallığın Polişe Kanunu hakkında bkz., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/61/contents> (10 Mayıs 2012).

⁹⁸ Bkz., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/61/section/72> (10 Mayıs 2012).

⁹⁹ *Wynne v. Jackson* (1826) 2 Russ. 351, Alman hukukuna göre geçersiz olan bir poliçe bir İngiliz firmasına ciro edilmiştir. Daha sonra İngiliz firma başka birine bu poliçeyi ciro ederse, sonraki ciro edilen bu kişi sadece İngiliz ciro edene karşı talepte bulunabilir fakat Alman keşideciye karşı talepte bulunamaz. Daha detaylı bilgi için bkz. RYDER/BUENO/HEDLEY/PHILLIPS, s. 354, dn. 4.

¹⁰⁰ RYDER/BUENO/HEDLEY/PHILLIPS, s. 354.

Sonuç

TTK m. 767/3'e göre, yabancı bir ülkede düzenlenmiş bir kambiyo taahhüdü şekil açısından LRA kuralına uygun olarak yapılmamış olsa dahi, eğer taahhüdün tarafları Türk vatandaşı ve Türk hukukunun aradığı şartları taşıyorsa Türkiye'de şeklen geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Ancak, LRA kuralının çok sıkı bir şekilde uygulanmasının getireceği bir takım sakıncaları bertaraf etmek üzere konulmuş olan bu tamamlayıcı kuralın günümüz ihtiyaçlarını karşıladığını söyleyebilmek güçtür.

Cenevre Konvansiyonlarının 1930'larda getirdiği bu hükmün günümüz Türkiye'nin ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı; kuralda kullanılan Türk kavramı içerisinde Türk tabiiyetine tabi tüzel kişilerin dâhil olup olmadığı; hükmün konuluş amacı bakımından Türk vatandaşı olmayan Türk Vatandaşlık Kanununun m. 28'de belirtilen mavi kartlıların ve uzun yıllardır Türkiye'de yaşayan yabancıların bu hükmün koruması kapsamında alınmasının bir gereklilik olup olmadığı; yerleşim yeri Türkiye'de olmayan Türk vatandaşlarının bu hükmün korumasından istifade edip edemeyeceği gibi konuların kanun koyucu tarafından dikkate alınması ve mümkün olduğunca geniş kapsamlı bir tamamlayıcı kuralı düzenlemesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Bu kapsamda TTK m. 767/3'de bir değişiklik yapılması, kanaatimizce, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini daha da artıracaktır. Yapılacak değişiklik ile "Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye'de başka bir Türke karşı geçerlidir" hükmü yerine, Birleşik Krallığın düzenlemesine paralel olarak vatandaşlık unsurundan bağımsız "Türkiye dışında düzenlenen ve düzenleme yeri hukukuna göre şeklen geçerli olmayan bir poliçe, şekil açısından Türk hukukuna uygun ise, bu poliçe, ödemenin sağlanmasını gerçekleştirme için Türkiye'de geçerli olarak kabul edilir" hükmü kambiyo senetlerinin tedavül güvenliği ihtiyacına binaen tercih edilebilir.

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA EŞYA TAŞIMA HUKUKU ALANINDA GETİRİLEN YENİLİKLER

Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL*

ÖZET

Yeni Ticaret Kanunu (6102 sayılı), 6762 sayılı Ticaret Kanunundan farklı olarak Taşıma İşleri isimli yeni bir kitap meydana getirmiştir. Bu kitap m.850-930'u kapsamaktadır. Bu kitapta genel hükümler, eşya taşıma, taşınma eşyası taşınması, değişik tür araçlarla taşıma ve taşıma işleri komisyoncusu bölümleri yer almaktadır. Eşya taşıma bölümü en önemli bölümdür. Çünkü bu bölüm deniz taşıması hariç olmak üzere bütün taşıma yöntemleri ile eşya taşımalarını düzenlemektedir. Bu bölüm Alman Ticarete Kanunu ve CMR hükümlerini temel almıştır.

Temel olarak eşya taşıma bölümü taşıyıcının sorumluluğu ile ilgilidir. Fakat taşıyıcının sözleşmeden doğan hakları ve borçları, taşıma sözleşmesindeki ikinci derecedeki yükümlülükleri, taşıma senedinin hukuki niteliği, taşıyıcının sorumluluğundan doğan tazminat ve hesaplanması, tazminatın sınırları, sözleşme dışı sorumluluk ve tazminat sınırlamasının kalktığı haller de düzenlenmiştir.

Yeni Ticaret Kanunu bu konularda bir çok değişiklikler yapmıştır. Makalemiz bu değişiklikleri incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Taşıyıcının Sorumluluğu, sorumluluktan kurtulma, taşıyıcının yardımcılarından doğan sorumluluğu, fiili taşıyıcı, teslimde ödeme, taşıma sözleşmesinde tarafların borçları, taşıyıcının tazminat sorumluluğu.

ABSTRACT

The New Commercial Code (6102 numbered) is a new book which name "Carriage Affairs" as different from 6762 Numbered Commercial Code. This covers 850-930 articles. The Book has sections including general articles, good carriage, household goods carriage, multimodal carriage and freight forwarder. The good carriage section is the most important. Because this section covers all transport on merchandise except see carriage. This section is based on German Commercial Code forth book and CMR.

Basically, Carriage Goods Section deals with carrier liability. But It also regulates carrier subsidiary performances, carriage contractual rights and obligations, nature of transport bill, compensation and it's count of compensation, compensation limits, non contractual liability, statute of limitation .

The New Commercial Code has several changes in this subjects. My article involves this changing analyse.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Keywords: *Carrier Liability, Exclusion of responsibility, carrier responsibility from agent and servant, actual carrier, cash on delivery, obligations of parts on carriage contract, carrier's compensation liability.*

I. Giriş

13.01.2011 tarihinde kanunlaşan 6102 sayılı TTK'nın, 6762 sayılı TTK'da yer alamayan dördüncü kitabı "Taşıma İşleri"dir. Bu başlık altında altı kısma yer verilmiştir. Bu kısımlardan, "Eşya Taşıma" başlıklı ikinci kısım, 856 ile 893.maddeler arasında düzenlemiştir.

6102 sayılı TTK'nın eşya taşıma hükümleri, Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) yine dördüncü kitabının ilk kısmında § 407-450 arasında yer alan hükümleri esas almıştır.

HGB'nin, 25 Haziran 1998'de kanunlaşan, Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu (*Transportrechtreformgesetz*) ile yenilediği hükümleri, Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımaya İlişkin Konvansiyon (CMR) hükümlerini temel alarak yapılan bir düzenlemedir. Bu açıdan 6102 sayılı TTK'daki eşya taşıma hukuku hükümleri de CMR temellidir. Ancak HGB, CMR'nin ulusal hukukta uygulanmasında ortaya çıkan hususlara ilişkin doktrin ve yargı kararlarını da göz önüne alarak bir kanunlaştırmaya gitmiş, bu da CMR'den bazı açılardan farklı bir düzenlemenin oluşmasına yol açmıştır. Aynı zamanda, düzenlemenin iç hukuka yönelik olması CMR'nin kanunlar ihtilafı kaideleri çerçevesinde iç hukuka bıraktığı hususların, HGB tarafından ayrıca düzenlendiği de görülmektedir.

Ayrıca HGB, taşıma hukukuna ilişkin bazı konvansiyon hükümlerini de göz önüne alarak, CMR'den farklılaşmıştır.

6102 TTK'da taşıma hukukuna ilişkin hükümler de, HGB düzenlemesini mehz aldığı için, CMR'den HGB'in farklılaştığı yönler, 6102 sayılı TTK için de söz konusudur.

6102 sayılı TTK m.852'de, eşya taşıma hükümlerinin deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin özel hükümler saklı olmak şartıyla uygulanacağı ortaya konulmuştur. Bu bakımdan eşya taşıma hükümlerinin özel kanun hükümleri olmadıkça bahsedilen taşıma şekillerindeki eşya taşımalarına uygulanacaktır.

Bu çerçevede 6102 sayılı TTK'da eşya taşıma hükümlerini, HGB ve CMR hükümleri ile birlikte değerlendirerek ele alınması gereklidir.

Eşya taşıma hükümlerinde temel konu taşıyıcının sorumluluğu olmakla birlikte, taşıyıcının yan edim yükümlülükleri, taşıma sözleşmesinden doğan karşılıklı haklar ve borçlar, taşıma senedinin hukuki niteliği, sorumluluktan doğan tazminat ve hesaplanması, sorumluluktaki sınırlamayı ortadan kaldıran haller, sözleşme dışı sorumluluk halleri ve zamanaşımı, bu sorumluluk konusuna bağlı olarak düzenlenen ana konular mahiyetindedir.

Bu konularda 6102 sayılı TTK, 6762 sayılı TTKya nazaran oldukça farklı hükümler ortaya koymuştur. Bununla birlikte eşya taşıma hükümlerinde bunların dışında da pek çok yenilik vardır. Ancak burada en temel hususlara değinmek zorunda kaldık.

II. Taşıyıcının Sorumluluğu

Biraz önce de değindiğimiz üzere eşya taşıma hükümlerinin esas noktası, taşıyıcının sorumluluğu bahsidir. 6102 sayılı TTK'nın 875.maddesinde, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak taşıyıcının ziya ve hasar sorumluluğu ile gecikme sorumluluğunu aynı ilkelere bağlamış, sorumluluğun hukuki niteliğini, yumuşatılmış kusursuz

sorumluluğa dönüştürmüştür¹. Oysa 6762 sayılı TTK m.781'de zıya ve hasar sorumluluğu kusur sorumluluğu iken, 780.maddede düzenlenen gecikme sorumluluğu, kusursuz sorumluluktu².

Bu çerçevede taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında genel sebepler ve özel sebepler ayrımı yapılmış, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında genel bir sebep olarak mücbir sebepten daha geniş nitelikte olan taşıyıcının kaçınamayacağı sonuçlarını önleyemeyeceği olay kavramına yer verilmiştir. Özel sebepler ise, taşıyıcının sadece zıya, hasar ve gecikmede ispatlayarak sorumluluktan kurtulmada ileri sürebileceği, aradaki illiyet bağıni ispatlamasına gerek olmayan durumlardır. Bu düzenlemelerin özelliği, hepsinin taşıma esasında, eşyanın zıya ve hasara uğramasına yol açabilecek kuvvetle muhtemel tehlike oluşturan veya taşıyıcı dışında kaynaklanan olaylar olması ve genel kuraldan farklı olarak zıya ve hasarın bu nedenlerden herhangi birinden doğduğunu kanıtlayan olayları ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesidir. Bu sistem, deniz ticaret hukukunda da düzenlenmiş olan taşınan eşyanın zıya, hasar ve gecikmeye uğramasında taşıyanın, zararın 6102 sayılı TTK m. 1182'de belirtilen özel deniz tehlikelerinden doğduğunu ispatlaması hâlinde, bir karine oluşması ve bu karinenin ancak eşya ile ilgili şahsın çürütmesi hâlinde taşıyanın sorumlu sayılacağı ilkesine benzetilmektedir.

Oysa 6762 sayılı TTK m.781'de sorumluluk kusur sorumluluğu olduğu için, taşıyıcının kusursuzluğu ispatlaması sorumluluktan kurtulması için yeterli iken, gecikme sorumluluğunda taşıyıcı gecikmenin gönderen ve gönderilenin fiillerinden veya mücbir sebepten doğduğunu ispat edemediği takdirde sorumluluktan kurtulmaktaydı.

Bunun yanında 6102 sayılı TTK m.874 eşyanın zamanında teslim edilmemesine bağlı bir zıya karinesi ve bununla ilişkili olmak üzere tazminat talep hakkına sahip olacak kişinin zıya karinesine bağlı haklarını da düzenlemiştir. Hükme göre, "Eşya, taşıma süresini izleyen yirmi gün içinde teslim edilmezse, hak sahibi ona zayı olmuş gözıyla bakabilir. Sınır ötesi taşımalarda bu süre otuz gündür." Hak sahibi, eşyanın zıyayı dolayısıyla tazminat talep eder ve bunu alırsa, bunun ödenmesi sırasında, eşyanın daha sonra bulunması hâlinde, derhâl kendisine haber verilmesini isteyebilir. Böyle bir durumda eşyanın bulunduğu haberini aldıktan itibaren otuz gün içinde, gerektiğinde giderler indirilmek suretiyle, tazminatı geri ödeyerek eşyanın kendisine teslimini isteyebilir. Taşıma ücretini ödeme yükümlülüğü ile tazminat hakkı saklıdır.

¹ Doktrinde CMR m.17 ve HGB § 425'de yer alan sorumluluğa ilişkin düzenlemenin, hukuki niteliğinde tartışma vardır. Bazı yazarlar bu yumuşatılmış kusursuz sorumluluk görüşünü savunmaktadırlar. Bu yönde, Arkan Sabih; Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982, s.44, Clarke Malcolm; International Carriage of Goods by Road: CMR, Fifth Edition, London 2009, s.185, Glöckner Herbert; Leitfaden zur CMR, 8.Auflage, Berlin 2005, s.143-144, Hill, D.J./Messent, A.D.; CMR: Contracts For The Carriage of Goods by Road, London 1995, s.69, Kaya Aslan; Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998 s.325, Koller Ingo; Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, 6. Auflage, München 2007, s.1274. Diğer görüşte olanlar ise özen borcu ağırlaştırılmış, ispat külfeti tersine çevrilmiş kusur sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedirler. Bu yönde; Akıncı Ziya; Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999. s.87, Aydın Alihan; CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar Ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul 2002, s.35, Heuer Klaus; Die Haftung des Franchtführers nach dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, Hamburg 1975, s.58.

² Arkan; Sorumluluk, s.94.

Eşyanın, tazminatın ödenmesinden sonra bulunması halinde, hak sahibi bundan haberdar edilmesini istemediği veya bulunma haberinden sonra eşyanın teslimine ilişkin istem hakkını ileri sürmediği durumlarda, taşıyıcı, eşya üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkı kazanmaktadır.

1. Sorumluluktan Kurtulmada Genel Sebepler

A. Taşıyıcının Kaçınamayacağı Sonuçlarını Önleyemeyeceği Sebepler

Taşıyıcının sorumluluğuna dair 6102 sayılı TTK m.875, taşıyıcının eşyada meydana gelen ziya, hasar ve gecikmede taşıma konusu eşyayı gönderenden teslim alınmadan, gönderilen veya hak sahibi kişiye teslim etmesinde kadar geçen süre zarfında sorumlu olduğunu belirttikten sonra, 876.maddede sorumluluktan kurtulma üst başlığı altında taşıyıcının özeni başlığı ile bir hükme yer vermiştir.

6102 sayılı TTK m.876'daki kural uyarınca, taşıyıcının ziya ve hasardan doğan sorumluluktan kurtulması için, ortaya çıkan bu ziya ve hasarın göstermesi gereken en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden ileri geldiğini ispatlaması gereklidir. Bunun yanında, taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için taşıma süresi dâhilinde eşyayı korunması yolunda bütün özenin gösterildiğinin ispatlanması dışında, bundan önce ve beraber olarak ziya ve hasara yol açan bu kaçınmadığı ve sonuçlarını önleyemediği somut olayı da ispat etmesi gerekmektedir.

Aynı kavram CMR m.17/2'de ve HGB § 426'da yer almaktadır. Daha önce de değindiğimiz üzere, 6102 sayılı TTK'da eşya taşıma hükümleri 1998 tarihli Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu (TRG) ile değişen HGB hükümleri ve dolayısıyla da CMR hükümleri esas alınarak düzenlenmiştir.

Taşıyıcıdan beklenecek en yüksek özen, ideal bir taşıyıcının standartlarında, taşıyıcıda aranan tecrübe çerçevesinde ortalama bir dikkat, beceri ve basiret, gün içinde mümkün olacak uygun hareket ve çevikliğe göre davranmasıdır.³ Buna göre taşıyıcı gerektiğinde ikinci taşıma güzergâhının belirlenmesi veya taşıma organizasyonuna ait gerekli güvenlik önlemlerini almak yükümlülüğündedir.⁴ İdeal bir taşıyıcıdan kasıt ise, taşıma açısından uygun genel bir tecrübeye sahip, mümkün olan tehlikeli durumları ortadan kaldıran bir taşıyıcı olmasıdır.⁵

Taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında, 6102 sayılı TTK m.876'da yer verilmiş kavram olan taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği durumlar, mutlak anlamda anlaşılması gereken olaylar değildir. Geniş bir yorumla mümkün olan, beklenebilir bütün özenin gösterilmesine karşın zararın önüne geçilemediği her hâlin önlemezlik ve kaçınılmazlık içine girdiği kabul edilmektedir.⁶ Çünkü bazen taşıyıcının yolculuk sırasında farklı davranışlarda bulunması ve tedbirler alması bu tip durumların ortaya çıkmasının önlenmesinde etkili olabilir. Ancak, taşıyıcının bu eşyaya zarar verici durumu öngörebilmesi normalde beklenmez.⁷ Taşıyıcının, 6102 sayılı TTK m.876'da öngörülmesi kaçınılmaz ve sonuçları önlenemez sebeplere dayanmasında, bu durumları ispatlamak külfeti vardır ve bunda da, belirli bir durumun olduğunu ya da belirli bir şeyin eşyaya zarar verdiğini ispatlamak zorundadır. Taşıyıcının uygun bir ispat ortaya koyamaması, sorumlu olmaya devam etmesine neden olur.

³ Koller, s.389. Bu konuda dört etken üzerinden yapılan değerlendirme için bkz. Clarke, s.234 vd.

⁴ BGH 01.12.2005 tarih I ZR 108/04 sayılı kararı, www.bundesgerichtshof.de [21.03.2012]

⁵ BGH 17.03.1992 tarih I ZR 62/91 sayılı kararı, VersR 1992, s. 714.

⁶ Kaya; II, s. 254.

⁷ Akinci, s. 102.

Söz konusu kavram mücbir sebepten ayrı ve daha geniş bir kavram olarak anılması gerekir. Özellikle de mücbir sebepte esas olan dıştan gelme özelliğinin burada olmadığı söylenmelidir. Taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği olaylarda gösterilen özen, en üst düzeyde dikkati içermeli buna rağmen sonuç önlenememiş değildir. Taşıyıcının basiretli bir taşıyıcının göstermiş olduğu özeni göstermesi, sorumluluktan kurtulmasına yetmez.⁸

Her ne kadar hükmün gerekçesinde, HGB § 426'da yer alan büyük bir özen gösterilmesi ifadesinin hukukumuzda kullanılmayan, bilinmeyen bir ölçü olduğu, bu sebeple anılan ölçünün kanuna yansıtılmadığı belirtilmekle birlikte, maddede kullanılan kavramın taşıyıcının en yüksek özeni denilerek aslında hukukumuz açısından tedbirli bir taşıyıcı kavramından farklı bir kavramın ortaya konulduğu bellidir. Gerekçede yargıcın "tedbirli" kavramını titiz bir anlayışla yorumlaması hükmün amacına uygun düşer şeklindeki ifade de kanımızca madde hükmü ile bağdaşmamaktadır.

B. Diğer Genel Sebepler

6102 sayılı TTK m.875/2'ye göre taşıyıcı, eşya ilgili kişiler olan gönderen ve gönderilenin bir davranışı veya eşyaya özgü ayıplardan zarar kaynaklandığı takdirde, sorumluluktan kurtulabilecek ya da bunların zararın doğmasında hangi ölçüde etkili olduklarına göre tazminat borcu açısından yapılan hesaplama da bir indirimde gidilebilecektir. Hâlbuki 6762 sayılı TTK'da sadece ziya ve hasar sorumluluğuna ilişkin 781.maddenin ikinci fıkrasının 2.ve 3.bentlerinde eşyada zaten mevcut noksan ve ayıplardan yahut eşyanın mahiyetinden veya ambalajın fena yapılması ile gönderen ve gönderilenin fiillerinden yahut verdikleri emir ve talimatın tatbikinden meydana geldiği ispat edildiği takdirde sorumluluktan kurtulacağından bahsedilmiştir⁹. Gecikme sorumluluğu ise biraz öncede değindiğimiz üzere kusursuz sorumluluk nedeniyle, sorumluluktan kurtulmak ancak gönderen veya gönderilenin fiillerinden ya da mücbir sebepten doğduğu ispatlandığını takdirde mümkündür.

Bu anlamda taşıyıcının, ziya ve hasar açısından tam veya kısmi olarak bu sebeplere dayandığı ispatlaması, tam veya kısmi şekilde sorumluluktan kurtulmasını sağlar.¹⁰ Bu husus m.875/2'de açıkça "tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde, bu olguların ne ölçüde etkili olduğu dikkate alınır" şeklinde belirtilmiştir. Oysa 6762 sayılı TTK açısından böyle bir hüküm yoktu ve sorumluluktan kurtulma hâllerinin etkisi, BK m.44 hükmü uygulanarak tazminatta indirim ile şeklinde ortaya çıkıyordu.

Taşınan her eşya, kendine özgü nitelikleri veya taşınmak üzere tesliminden önce var olan kendine has ayıptan dolayı, taşıma sırasında ziya ve hasara uğramış olabilir.

6102 sayılı TTK m.875/2 uyarınca eşyadaki özel ayıp¹¹ taşıyıcının sorumluluğu nedeniyle taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına neden olabilmektedir. Eşyadaki özel

⁸ Arkan; Sorumluluk, s.44, Aydın, s.70, Heuer, s.52, Clarke, s.233. Kavramın tedbirli bir taşıyıcıdan beklenecek özen ölçüsü olması gerektiği yönünde, Karan Hakan, CMR Şerhi, Ankara 2011, s.320-321.Yargıtay'da CMR'ye yönelik kararlarında basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özen mefhumuna göre değerlendirme yapmaktadır. Bu yönde, Y.11.HD. 20.04.2000 tarih 2000/2114 E. 2000/3241 K. ve 19.02.2008 tarih 2007/201 E. 2008/1874 K. sayılı ilamları.www.kazanci.com [10.02.2012].

⁹ Doktrinde sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu için, bu hususların maddede yer almasının bir anlam taşımadığı da ifade edilmekteydi, Arkan; Sorumluluk, s.112.

¹⁰ Akıncı, s.96, Glöckner, s. 144.

¹¹ 6102 sayılı TTK m.875/2, ATK § 425/2'deki gibi eşyanın özel bir ayıbı (*ein besonderer Mangel*) kavramını kullanırken, CMR m.17/2 eşyanın kendisindeki kötüleşme (*inherent vice*) tabiri kullanılmaktadır. Ayıp kavramı, kusura nazaran daha geniş nitelik arz ettiğinden ve mad-

ayıp doktrinde, eşyaların kendisindeki bazı kusurlar veya uygunsuzluklar yüzünden taşınırken ortaya çıkan hasar ve ziya veya normal taşıma olayının içinde eşyaların doğasındaki uygunsuzluğu sonucu ortaya çıkan kötülükler olarak tanımlanmaktadır¹².

Eşyaya hasa kusur dışında gönderen ve gönderilenin bir davranışının ziya ve hasar ya da gecikmeye yol açması da taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına veya sorumluluk nedeniyle hesaplanacak tazminatın indirilmesine yol açmaktadır. Gönderen ve gönderilenin davranışı kavramı için, onların meydana getirdiği bir fiil ya da verdikleri talimatlar girer. Gönderen ve gönderilenin fiilleri ise, eşyanın ambalajının yetersiz olması, yükleme ve boşaltmanın gereken biçimde yapılmaması veya eşyaya ilişkin yeterli bilgi verilmemesi şeklinde ortaya çıkabilir.

2. Sorumluluktan Kurtulmada Özel Sebepler

6102 sayılı TTK m.878'de düzenlenen hâllerden birinden ziya ve hasar ve gecikmenin doğması durumunda, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur. Burada, taşıyıcının 6102 sayılı TTK m.875/2'den farklı olarak, mevcut durumun varlığı ve zararlar durum arasındaki uygun illiyet bağımlı değil, sadece zararın sayılan hâllerden birinin varlığından doğduğunu ispatlaması yeterlidir. Zira bunun ispatlanması bir karine meydana getirmekte ve zararın bu hâllerden birinden meydana gelmediğini ispatlamak eşya üzerinde tasarruf hakkı sahibine düşmektedir. Bu özel risklere bağlı sorumluluktan kurtuluş CMR m.17/4'den alınmışsa da, CMR'de sadece ziya ve hasar sorumluluğu için öngörülmüş bu haller HGB § 427'deki gibi, TTK m.878'de de gecikme sorumluluğu için de öngörülmüştür. Bunun yanında CMR'de altı bent halinde sayılmış bu hâllere, TTK m.878'de bent (g) olarak "27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile diğer kanun ve düzenlemelerde yer alan hükümlerin taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını haklı gösterdiği hâller" de eklenmiştir. 6762 sayılı TTK'da ise böyle bir özel haller kavramı bulunmamaktaydı.

CMR m.17/4'de ve HGB § 427'de altı bent olarak sayılan ve 6102 sayılı TTK 878.maddede de bulunan haller ise;

a) Sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılmış olması yahut güverteye yükleme yapılması, b) Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama, c) Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması, d) Eşyanın; özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği, e) Taşınacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi, f) Canlı hayvan taşınmasıdır.

6012 sayılı TTK 878.maddenin birinci fıkrasında yer alan yedi bentte ilişkin olarak, bazı bentlerde yer alan özel sorumluluktan kurtulma hallerinin, CMR m.18'de yer alan bu sorumluluktan kurtulma durumlarının uygulanma şartlarını ile birlikte ortaya koymuştur. Taşıyıcı bu sayılan nedenler vaki olduğunda sorumluluktan kurtulmak için bu özel durumları ileri süremez hâle gelmektedir. Bu hususlar her bir özel sebebe ilişkin olmak üzere, maddenin iki ile beşinci fıkraları arasında yer almıştır. Burada özel durumlardan maddenin (a), (d) ve (f) bentlerine ilişkin hususlar yer almaktadır.

denin de amacı bunu gerektirdiğinden, eşyanın özel ayıbı kavramının doğru olduğunu düşünüyoruz.

¹² Hill/Messent, s.74-75, Kaya, Arslan;Taşıyıcının Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II), İÜHFM, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, C. LVI, S. 1-4, İstanbul 1998, s.253-254, Koller, s.382-383. Kavramın bir eşyanın bulunduğu türün ortak özelliklerinden farklı özellikler taşıması, aynı nitelikteki diğer eşyalarla kıyaslandığında bir noksanlık veya bir kusur olduğu yönünde, Aydın, s.65.

Üstü açık araç kullanılması açısından, m. 878/2'ye göre, "Herhangi bir zararın hâl ve şartlara göre birinci fıkrada öngörülen bir sebebe bağlanmasının muhtemel bulunduğu durumlarda, o zararın bu sebepten ileri geldiği varsayılır. Birinci fıkranın (a) bendinde öngörülen olağanüstü zıya veya hasar hâlinde bu karine geçerli olmaz."

878.maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, "Zıya, hasar veya gecikme, gönderenin eşyanın taşınmasına ilişkin özel talimatlarına taşıyıcının uymamasından ileri gelmişse, taşıyıcı birinci fıkranın (a) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz."

6102 sayılı TTK m.878/4'e göre ise, "Taşıyıcı, sözleşme uyarınca eşyayı sıcağa, soğuğa, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara ya da benzer etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğü altında ise, birinci fıkranın (d) bendine ancak, hâl ve şartlara göre, özellikle de gerekli donanımın seçimi, bakımı ve kullanımına ilişkin kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabilir."

Hükmün son fıkrasında da canlı hayvan taşınmasına ilişkin olarak, taşıyıcının bu özel sorumluluktan kurtulma haline, ancak hâl ve şartlara göre kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabileceği ortaya konulmuştur.

3. Yardımcılardan Doğan Sorumluluk

6102 sayılı TTK m.879 hükmü, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere CMR m.3 hükmünün paralelinde bir düzenlemedir. Aynı zamanda hükmeye tekabül eden düzenleme, HGB § 428'dir. 6102 sayılı TTK m.879, "Yardımcıların kusuru" başlığı altında iki adet yardımcı kavramına yer vermiştir. Bunlardan biri kendi adamları, diğeri ise taşımının yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerdir.

6102 sayılı TTK bakımından taşıyıcının, kendi adamlarının ve taşımının yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin fiil ve ihmallerinden kendi fiil ve ihmali gibi sorumlu olduğu, 879.maddede ortaya konulmuştur. 6102 sayılı TTK m.879'un ifadesiyle, taşıyıcının yardımcıların fiil ve ihmalleri kendi fiil ve ihmali hükmündedir. Bu açıdan, 879.madde gereğince taşıyıcının sorumlu tutulabilmesi için, yardımcıların kusurunun olması aranmaz. Yani taşıyıcının yardımcıların meydana getirdikleri bir davranış kusurlu bir davranış olmasa bile, taşınan eşyada zıya ve hasar oluşturuyorsa taşıyıcı sorumlu olacaktır.

Oysaki 6762 sayılı TTK m.782'de taşıyıcının kullandığı kimselerin veya mahiyetinde çalışanların kusurları kendi kusuru hükmündedir demiş, bu kişilerin ancak kusurlu olmaları halinde sorumluluğun doğabileceğini kabul etmiştir. Aynı zamanda, hükümdeki yardımcıları kavramı terminolojik olarak aynı olsa bile, içerik olarak farklıdır. Taşıma sözleşmesinin ifasını üstlenen işletmede görev yapan bütün kişiler, bu anlamda taşımının gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya katılan araç şoförü veya istifleme ve boşaltma yapanlar olarak sayılabilir. İşletmede görev alan ambar memurları, bekçiler de taşımaya görev icabı katılıyorsa taşıyıcının kendi adamlarıdır. Buna karşılık 6762 sayılı TTK m.782'den farklı olarak sözleşmenin ifasıyla ilgisi bulunmayan taşıyanın büro personeli veya idari görevle görevlendirilmiş muhasebeci veyahut temizlikçiler 6102 sayılı TTK m.879 b. (a) 'ya göre taşıyıcının kendi adamları sayılmazlar¹³.

¹³ 6762 sayılı TTK m.782 açısından aksi yönde, bkz. Arkan; Sorumluluk, s.97. Yargıtay'a göre taşıyıcının aracının şoförünün taşıma akdini yapması hâlinde dahi, bu akit araç sahibini bağlayacağından, husule gelen zararlardan TTK m.782'ye göre sorumlulukları icap etmekteydi. TD. 19.11.1971 tarih E. 1970/2626 K. 1971/253 sayılı kararı, Doğanay İsmail; TTK Şerhi, C.2, Ankara 2004, s. 1785 dn.754.

Taşıma işinin icrasının tevdi edildiği akdi mümessil de (TBK m.40), bu anlamda, taşıyıcının kendi adamı kabul edilecektir. Buna karşın, doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere, kanuni mümessilin, yani, taşıyıcının kanuni temsilcisinin, taşıyıcının mahiyetinde çalışan kimse sayılmasına olanak yoktur. Bunlar hakkında, 6098 sayılı TBK. 116 uygulama alanı bulacaktır¹⁴.

6102 sayılı TTK m.879'un gerekçesinde hükmün kaynaklarının CMR m.3 ve ATK § 428 olduğunu söylediğini belirtmiştik. Bununla beraber hükmün içeriği ile CMR ve ATK düzenlemeleri ele alındığında, ihmal kavramının madde de yer alması kanımızca doğru gözükmemektedir. Zira her iki düzenlemede de ihmal kavramına yer verilmemektedir. CMR m. 17/2-3'de ihmal karşılığı olarak kullanılan *neglect'e* karşılık 3.maddede *omissions* terimi kullanılmıştır. *Omissions* terimi ihmal karşılığı olarak düşünülebilse de, burada olumsuz bir davranışta bulunmayı, maddede geçen *acts* terimi ise yardımcının aktif bir davranışı ifade eder mahiyettedir. HGB § 428'de ise, 6102 sayılı TTK m.879'a ihmal olarak çevrilen kavram *Unterlassung* ibaresidir. Bu kavram ihmal anlamına geldiği gibi, yapmama, kaçınma ve sarfınazar etme manalarına da gelmektedir. Yani bu anlamda eylemsizlik söz konusudur. Doktrine baktığımızda ise, söz konusu kavramın HGB § 428'de de olumsuz bir davranışta bulunma olarak temel alındığı anlaşılmaktadır¹⁵. Bu yönden TTK m.879'daki ihmal teriminin yanlış olduğunu ve metinde yer almaması gerektiği, kanaatindeyiz¹⁶.

Yine 6102 TTK m.879'daki başka bir ibare yanlış, yardımcılardan görevlerini yerine getirme sırasındaki fiillerinden taşıyıcının sorumlu olduğudur. Oysa gerek CMR, gerekse HGB § 428'deki ibare görevlerinin alanı içindeki fiilleri nedeniyle taşıyıcının sorumluluğudur ki, yardımcı şahsa verilen görev ile zarar arasında yapılmakla yükümlü olunan görev dâhilinde ve görev ister doğrudan ister dolaylı olarak verilsin sorumluluğu doğacaktır¹⁷.

Yardımcılar, 6102 sayılı TTK 879.maddeye göre sanki kendileri taşıyıcıymış gibi davranmalı ve eşyaya özen göstermelidirler. Bu bakımdan zararı engellemek ve kaçınmak noktasında taşıyıcının göstermek zorunda olduğu dikkat ve özeni gösterme mükellefiyetinde olduklarından, bu dikkat ve özeni göstermemeleri sonucu ortaya çıkan zıya ve hasar taşıyıcının sorumluluğunu doğuracaktır¹⁸.

4. Fiilî Taşıyıcının Sorumluluğu

Fiilî taşıyıcı, gönderenle taşıma sözleşmesini akdeden taşıyıcının, taşımanın bir kısmı ya da tamamı için taşıma işini devrettiği, taşıma sözleşmesine yabancı üçüncü kişi niteliğindeki taşıyıcı olarak tarif edilebilir.¹⁹ Fiilî taşıyıcıyı, eşyanın taşınması tamamen kendisine bırakılan alt taşıyıcılar ya da müteakip taşıyıcı olarak ayırabiliriz. TTK m.888, taşıma hukukuna ilişkin uluslararası konvansiyonlarda²⁰ ve bu konvansi-

¹⁴ Arkan; Sorumluluk, s.97, Tandoğan Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.439.

¹⁵ Koller, s.447-448,

¹⁶ Benzer yönde; Yeşilova Ecehan; Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının Ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34), Ankara 2004 s.76.

¹⁷ Hill/Messent, s.29, Yeşilova; Yardımcılar, s.83.

¹⁸ BGH 04.03.2004 tarih I ZR 200/01 sayılı kararı, TranspR 2004, s.460-462.

¹⁹ Knorre, Jürgen/Demuth, Klaus/Reinhard, Th. Schmid: Handbuch Des Transportrechts, München 2008, s.17, Koller, s.527.

²⁰ Hamburg Kuralları m.10, Varşova Konvansiyonu m.30.

yon hükümlerinin iç hukuka alınması sonucu ortaya çıkan düzenlemelerde²¹ var olan modern bir sorumluluk düzenlemesini Türk hukukuna getirmektedir.

6102 sayılı TTK m.888 anlamında, birden fazla hukuki niteliği olan sorumluluk doğabilir. Eşyalar fiilî taşıyıcı tarafından taşınırken, fiilî taşıyıcının sorumluluğu asıl taşıma sözleşmesine dayalı bir sorumluluk iken, asıl taşıyıcının sorumluluğu eşyayı koruma borcuna (6102 sayılı TTK m.875/1) dayalı bir sorumluluk olduğu gibi, eşyaları devralan fiilî taşıyıcının sorumluluğu sözleşme dışı bir davranış olarak da ortaya çıkabilir. Fiilî taşıyıcının sorumluluğu, sözleşme benzeri (*quasi-contractual*) ve sui generis bir niteliktedir²². Ayrıca 6102 sayılı TTK m.888, eşyanın fiilî taşıyıcılar tarafından taşınırken zarar görmüş olmasını yeterli saymış, taşıma sözleşmesinin tarafı tarafından taşıma yaparken zararın meydana gelmiş olmasını aramamıştır²³.

5. Ödemeli Teslim Halinde Sorumluluk

6102 sayılı TTK m.872 ile CMR 21. maddede yer alan teslimde ödeme şartlı taşıma ve buna bağlı taşıyıcının sorumluluğu uluslararası olmayan taşımalarda da uygulanabilir hale gelmiş olmaktadır. 872.maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, CMR m.21 hükmünün mevzuatımızda düzenleniş hali olup, esasen mehazı HGB § 422'dir.

872/1'e göre, "Eşyanın gönderilene teslimi, kararlaştırılan bedelin ödenmesi şartına bağlanabilir. Bu hâlde, ödeme nakden veya nakde eş değer bir ödeme aracı ile yapılmalıdır."

Burada taşıma sözleşmesinin tarafları olan taşıyıcı ve gönderen arasında ödemeli teslimin kararlaştırılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu kararlaştırma taşıma sözleşmesinde olabileceği gibi, taşıma sözleşmesi yapıldıktan sonra da olabilir. Bu anlaşma ile ödeme karşılığında teslim, taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan borçları dışında, taşıma sözleşmesine bağlı yan edim yükümlülüğü haline gelir²⁴.

Taşıyıcının ödemeyi tahsil etme yükümlülüğü, taşıma sözleşmesinin akdedilmesi esnasında kararlaştırılabileceği gibi daha sonra gönderenin bir talimatı sonucunda da ortaya çıkabilir. Eşyanın ödeme karşılığında teslim edileceği sözlü veya yazılı olarak kararlaştırılabilir²⁵.

TTK m.872/1 c.2'de ise "nakit ya da ona eşdeğer nitelikte" bir ödeme aracından bahsedilmiştir. Burada nakit ödeme yapıldığı durumlarda bir sorun olmayacağı açıktır. Ancak, bono, çek gibi bir kambiyo senedi açısından durumun ne olacağı belirli değildir. Doktrindeki görüşe göre burada hangisinin ödeme yerine geçeceği hususunu yerel mahkeme ortaya koymalıdır²⁶.

Konumuz açısından eşdeğer nitelik kavramının karşılıksız kalmayacağını taahhüt edilmiş olması ile tahsilâtın tehlikeye düşmemiş olduğudur. Bu nedenle, söz konusu şekilde teyit edilmiş çekler için "nakde eşdeğer" olduğu kabul edilmelidir.

TTK 872/2 bakıldığında taşıyıcının alacaklıları ile ilgili de bir düzenleme bulunmaktadır. Her ne kadar yapılan tahsilât aktarılan kadar taşıyıcıda bulunsa da, taşıyıcının alacaklıları alacaklarını bu meblağdan karşılayamayacaktır. Madde metninde

²¹ LuftVG § 49a, HGB § 664.

²² Kehl F. Michael; Die Haftung des Unterfrachtführers im Straßengüterverkehr, Münster 2004, s.52.

²³ Kehl, s.52, Koller, s.535.

²⁴Seven Vural; Karayoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Ödeme Karşılığı'nda Teslim Şartı'ndan Doğan sorumluluğu, Legal Hukuk Dergisi, S.46, 2006, s.3336.

²⁵ Seven, 3368, Yeşilova Aras Ecehan; Uluslararası Karayolu İle Yük Taşımacılığında Teslim Süresinin Aşılması Ve Teslimde Ödeme, Ankara 2010, s.75.

²⁶ Yeşilova; Teslimde Ödeme, s.70.

açıkça “ taşıyıcının alacaklıları bakımından gönderene geçmiş sayılarak” denmekte ve düzenleme altına alınmaktadır.

872/3 ise, “Eşya, bedeli tahsil edilmeden gönderilene teslim edilirse, taşıyıcı, bundan doğan zarardan, gönderene karşı kusuru bulunmasa bile, eşyanın tesliminde ödenmesi gereken tutarla sınırlı olarak sorumludur” şeklindedir. Sorumluluk için, taşıyıcının kendine verilen talimatı gereği gibi yerine getirmemiş olması gerekmektedir. Her ne kadar söz konusu ifade CMR metninde yer almamakta ise de, ATK § 422’de “..auch wenn ihn kein Verschulden” şeklinde aynen düzenlenmektedir.

Burada kusursuz sorumluluk söz konusu olması nedeni ile taşıyıcı teslimde ödeme ile taşıma sözleşmesine ek bir yükümlülük üstlenmişse, bunun yerine gelmesi halinde kusuru olmadığını ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Burada, kusursuz sorumluluğun tercih edilme nedeni gönderenin güvenlik menfaati olarak belirtilmektedir²⁷.

III. Gönderenin ve Taşıyıcının Sözleşmeden Doğan Hak ve Yükümlülükleri

6102 sayılı TTK Eşya taşıma hükümlerinde taşıma sözleşmesinin tarafları olan taşıyıcı ve gönderenin sözleşmeden doğan temel edimler dışındaki hak ve yükümlülüklerinde kapsamlı değişiklikler yapmış, 6762 sayılı TTK’da da yer alan bazı hak ve yükümlülüklerde ise, içeriği açıklayıcı ve genişletici düzenlemeler meydana getirmiştir.

1. Gönderenin Hak ve Yükümlülükleri

Taşıyıcı ve gönderenin taşıma sözleşmesindeki ana edim yükümlülükleri dışında, tali edim yükümlülükleri de ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve 6762 sayılı TTK’da yer almayan bazı tali edim yükümlülükleri getirilmiştir. Taşıma sözleşmesindeki menfaatlerin dengelenmesi ilkesi üzerinden ortaya konulan bu tali edim yükümlülükleri karşılıklı olarak taraf menfaatlerini karşılar niteliktedir.

A.Gönderenin Hakları

a) Gönderenin Taşıma Sözleşmesini Fesih Hakkı

TTK m.865 uyarınca, gönderen taşıma sözleşmesini her zaman feshedebilir. Bunun taşıyıcının riziko alanına giren bir sebepten kaynaklanması mümkün olabildiği gibi, şart da değildir, Hatta taşınacak eşyaların yüklenmesinden sonra dahi fesih mümkündür. Ancak buna karşı taşıyıcının da bazı hakları söz konusudur. 6102 sayılı TTK’da taşıma sözleşmesinin gönderen tarafından feshi özel olarak düzenlenmiştir. Taşıma sözleşmesi ani edimli sözleşme olduğu için buradaki ibare, teknik anlamda feshi değil; sözleşmeden dönme anlamına gelmektedir. Gönderen taşıma sözleşmesini tamamen (TTK m. 865) veya kısmen (TTK m. 866) feshedebilir. Eşyanın bir kısmının taşınmasını talep edilmesi halinde taşıma sözleşmesi kısmen feshedilmiş olmaktadır. Gönderen taşıma sözleşmesini taşıyıcının riziko alanında yer alan sebeplerden ötürü haklı sebebe dayanarak feshedebilir. Aynı zamanda gönderen haklı bir sebebe dayanmadan taşıma sözleşmesini her zaman feshedebilir (TTK m. 865/1).

b) Kısmi Taşımayı İstem Hakkı

6102 sayılı TTK m.866, taşıyıcının, taşınması kararlaştırılan eşyanın tamamı yüklenmiş olmasa bile, gönderenin istemi üzerine yola çıkmak zorunda olduğunu, ancak buna karşı taleplerde bulunabileceğini öngörmüştür. Böylece gönderenin talebi üzerine taşıyıcı eşya tam olarak yüklenmese bile, yüklenmiş olan eşyayı taşımak zorundadır.

²⁷ Yeşilova; Teslimde Ödeme, s.112.

c) Emir, Talimat ve Tasarrufta Bulunma Hakkı

TTK m.868, gönderenin taşıyıcıya, taşımanın yapılması için emir ve talimat ve reabileceği gibi, taşımanın durdurulması, eşyanın geri getirilmesi, başka bir varma veya teslim yerine götürülmesi ya da başka bir gönderilene teslim edilmesi şeklinde tasarruflarda da bulunabileceğinden bahsetmektedir. Ancak taşıma senedi düzenlenmiş ve her iki tarafça imzalanmışsa, gönderen, taşıma senedinde öngörölmüş olması şartıyla, ancak kendisine ait olan nüshayı ibraz ederek tasarruf hakkını kullanabilir. 6762 sayılı TTK m.773 ile 775 arasında emre göre hareket, bildirim yükümlülüğü ve icra mükellefiyeti başlıkları altında düzenlenmiş hükümlerin yerine getirilen 6102 sayılı TTK m.868, emir talimat ve tasarrufların içeriği, bunların kullanılabilme zamanı ve taşıma senedinin bunlar üzerindeki etkisini göstermek bakımından daha ayrıntılı olarak sevk edilmiş bir maddedir.

B. Gönderenin Yükümlülükleri

a) Refakat Belgeleri Verme Yükümlülüğü

TTK m.860'a göre, gönderen, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşıyıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorundadır. Hükümün kaynağı CMR m.11 ve HGB § 413'dür. Gerekçede hüküm düzenlenirken HGB § 413'ün gösterdiği sınırların esas alındığı belirtilmiştir.

b) Tehlikeli Eşya Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü

TTK m.861' göre, tehlikeli eşya taşınacaksa gönderen, taşıyıcıya zamanında açık, anlaşılabilir içerikte ve yazılı şekilde, tehlikenin türü ve gerekiyorsa alınması gereken önlemler konusunda bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Hükümün kaynağı CMR m.22 ve HGB § 410'dur. 6762 sayılı TTK'da yer almayan ve taşıma hukuku açısından önemli bir yükümlülüğü ortaya koyan bir madde olarak yeni kanunda sevk edilmiştir.

c) Ambalajlama ve İşaretleme Yükümlülüğü

TTK m.863'e (HGB § 412) göre, eşyanın niteliği, kararlaştırılan taşıma dikkate alındığında, ambalaj yapılmasını gerektiriyorsa, gönderen, eşyayı zıya ve hasardan koruyacak ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde ambalajlamak zorundadır. Ayrıca gönderen, eşyanın sözleşme hükümlerine uygun şekilde işleme tabi tutulabilmesi için işaretleme gerekiyorsa, bu işaretleri de koymakla yükümlüdür.

C. Taşıyıcının Hakları

a) Ek Ücret İsteme Hakkı

TTK m.863'de kararlaştırılmışsa veya kararlaştırılmış olmasa bile sözleşme hükümlerine dayanarak veya kendi risk alanından kaynaklanmayan nedenlerle makul yükleme veya boşaltma süresinden daha fazla beklerse, bekleme ücreti isteyebilir.

TTK m.865 uyarınca, gönderenin sözleşmeyi feshetmesi halinde kararlaştırılan taşıma ücreti ile bekleme ücretinden ve tazmini gereken giderlerden, sözleşmenin feshi sonucunda tasarruf ettiği giderlerin veya başka bir şekilde elde ettiği veya kötüniyetli olarak elde etmeyi ihmal ettiği menfaatlerin indirilmesiyle kalan tutarı veya kararlaştırılan taşıma ücretinin üçte birini, isteyebilir.

TTK m.866'ya göre de, kısmi taşımanın gönderen tarafından talebi halinde, sözleşmede kararlaştırılmış olan taşıma ücretinin tamamını, doğmuş bekleme ücretini, eksik yükleme sebebiyle yapmak zorunda kaldığı giderleri ve uğradığı zararı talep edebilir. Bu husus bakımından yükleme süresine uyulmaması hallerinde TTK m.869'a göre taşıyıcı sözleşmede kararlaştırılmış olan taşıma ücretinin tamamını isteyebilir.

Böylece 6762 sayılı TTK'da yer almayan, gerekli bir hususa 6102 sayılı TTK'da değinilmiş olmaktadır.

b) Eşyayı Boşaltma Hakkı

TTK m.861/2 uyarınca taşıyıcı, eşyayı teslim alırken tehlikenin türünü bilmiyorsa veya kendisine herhangi bir bildirimde bulunulmamışsa, gönderene karşı herhangi bir tazmin yükümlülüğü doğmaksızın, tehlikeli malın boşaltulmasını, depolanmasını, geri taşınmasını veya gerektiğinde imhasını ve zararsız duruma getirilmesini sağlama hakkı vardır.

TTK m.869/3'e göre ise, taşıma ve teslim engelinin vaki olduğu hallerde, 868.madde kapsamında uyması gereken talimatları uygun bir süre içinde alamazsa, tasarruf hakkı sahibinin menfaatine en iyi görünen tedbirleri almakla yükümlüdür. Taşıyıcı, eşyayı, boşaltıp saklayabilir.

D. Taşıyıcının Yükümlülükleri

a) Refakat Belgelerini Kullanma Yükümlülüğü

TTK m.860/2'ye göre, taşıyıcı, kendisine verilen belgelerin zıyaından, hasardan veya yanlış kullanılmasından doğan zararlardan sorumludur. Bu sorumluluktan ancak zıya, hasar veya yanlış kullanma taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önlemeyeceği durumlardan kaynaklanmış olması halinde kurtulabilir. Burada taşıyıcının sorumluluğu, eşyanın zıyayı hâlinde ödenecek miktarla sınırlanmıştır.

b) Emir ve Talimatlara Uyma Yükümlülüğü

TTK m.868 uyarınca gönderilen veya eşya ulaştığında gönderilen tarafından verilen talimatlara, gönderenin bu tür emir, talimat ve tasarrufları, taşıyıcının işletmesi için sakıncalıysa veya diğer gönderenlerin ve alıcıların gönderileri için bir zarar tehdidini beraberinde getirmediği uymakla yükümlüdür. Aynı zamanda TTK m.869, taşıyıcının eşyanın teslim edilmesi gereken yere ulaşmasından önce, taşımanın sözleşmeye uygun olarak yapılamayacağı anlaşılırsa veya eşyanın teslim edileceği yerde teslim engelleri çıkarsa, taşıyıcı, tasarruf hakkına sahip olan kişiden talimat almak zorunda olduğunu belirtmiştir.

IV. Taşıma Senedi

6102 sayılı TTK m.856 ile 858 arasında düzenlenen taşıma senedi, 6762 sayılı TTK'dan tamamen farklı bir biçimde ele alınmıştır.

Taşıma senedinin 6102 sayılı TTK m.857'de yazılı tüm kayıtları içermesi söz konusu olsa bile, artık 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, kıymetli evrak niteliği yoktur. Oysa 6762 sayılı TTK m. 771/1'in son cümlesinde taşıma senedinin emre yazılı olması hâli ortaya konulmuş, 6762 sayılı TTK'ya göre iki nüsha olan taşıma senedinde, taşıyıcının imzaladığı nüshanın ciro ve senedin teslim edilmesiyle, eşyanın mülkiyetini geçireceği öngörülerek, taşıma senedinin 6762 sayılı TTK m.769'daki tüm hususları içeriyorsa kıymetli evrak niteliğine sahip olduğunu kabul edilmişti.²⁸ Bu bakımdan 6762 sayılı TTK açısından taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğinin esas fonksiyonu, düzenlenmesi sonrası taşıyıcıda bulunmakla, nama yazılı olan, taşıyıcının imzasını içeren kıymetli evrak niteliğini haiz taşıma senedi, devir beyanı yanında evrakın zilyetliğinin devrinin yapılmasıyla eşyanın zilyetliğini taşıyıcıya geçirmektedir.²⁹

²⁸ Arkan; Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma Senetlerine ve İlmühaberlere İlişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATIDER 1978, C. IX, S.4, s.1038.

²⁹ Arkan; Taşıma Senetleri, s.1039.

6102 sayılı TTK m.856/1'e göre ise, yapılacak bir taşımada taraflardan birinin talebi üzerine, 6102 sayılı TTK m.857'de belirtilen kayıtları içeren bir taşıma senedi üç özgün nüsha hâlinde tanzim edilecek taşıma senedinin bir nüshası gönderende kalırken, diğer nüshalarından biri taşıyıcıda kalmakta, diğer nüsha ise eşyaya eşlik etmektedir. Hâlbuki 6762 sayılı TTK m.771/1 taşıma senedinin iki nüsha olarak düzenlenmesini öngörmekteydi.

6102 sayılı TTK m.858'e göre, taşıma senedinde taşıma sözleşmesinin tarafları olan gönderen ve taşıyıcının imzaları bulunacaktır. Bununla ilişkili olarak, taşıma senedinin tanzim edilmiş nüshaların altına imza atanlar için delil niteliği dışında, bir taşıma sözleşmesi yapıldığını ve bu sözleşmenin hükümlerini ortaya koyan aksi ispat edilinceye kadar var kabul edilen bir durum söz konusu olur³⁰.

6102 sayılı TTK'da düzenlenen taşıma senedi, m.858 hükümleri çerçevesinde sadece taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın teslim alındığına dair kanıt meydana getirir³¹.

Buna karşılık, maddenin ikinci fıkrasına göre eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğu ve taşınan paketlerin sayısının, işaret ve numaralarının taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karinedir.

Bundan başka maddenin üçüncü fıkrası taşıyıcı tarafından eşya üzerinde, net olmayan ağırlık, beyan miktarı ve paketlerin içeriği bakımından yapılan inceleme neticesi taşıma senedine yazılmışsa, taşıyıcının bu kayıtlara uygun bir eşya taşıması yaptığına da karine oluşturmaktadır.

Bunun anlamı herhangi bir kontrol yapılmaksızın taşınan eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alınması ve taşıma senedine yazılması hâlinde de, bu durum taşıyıcı aleyhine karine oluşturur³².

III. Yükleme ve Boşaltma Yükümlülükleri

6762 sayılı TTK'da yükleme boşaltmanın kimin tarafından yapılacağına dair herhangi bir açıklık yoktu. Bu açıdan doktrindeki görüşler genellikle yabancı hukuklardaki görüşleri esas alarak şekillenmişti.³³ Bunun yanında bir başka görüş ise, eşyaların yüklenmesinde olayın özelliklerinin dikkate alınması, parça hâlinde taşıma olsa bile, eşyanın nitelik ve özelliklerinin bir tarafça bilinmesine bağlı olarak, bu borcun o tarafa

³⁰ Aynı şekilde, CMR m.9/1.

³¹ 6102 sayılı TTK m.858/1, karine değil, kanıt oluşturacağından bahsetmektedir. Bununla birlikte, gerek hükmün lafzı gerek mehz CMR m.9/1 ve gerekse buradaki ispat kuvveti, bunun fiili karine niteliğinde olduğunu göstermektedir. Bir görüşe göre de, kanun koyucu özel bir koşul vakia öngörmeden, taşıma senedine ispat değeri yüklemiş, böylelikle hâkimin bu belgenin içeriğini kendi serbest takdir yetkisine göre değerlendirmesi imkânını ortadan kaldırmış ve aksi ispat edilinceye kadar, taşıma senedinin içeriğini doğru kabul ederek hüküm vermesi sağlanmıştır. Bu bakımdan burada bir karine yoktur. Yeşilova Ecehan; CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DÜHFD, C.7, S.1, İzmir 2005, s.253.

³² Koller, s.116.

³³ Yabancı hukukta, daha çok parça hâlindeki eşyaların taşıyıcı, büyük ve istifleme yönünden arabacı doldurabilecek eşyaların ise gönderen tarafından yüklenmesi gerektiği kabul edilmektedir Aydın, s.37-38, Aksi yönde Arkan; Sorumluluk, s.54. Bu kurala rağmen, bazı yabancı hukuklar yüklemenin her zaman için taşıyıcının sorumluluğunda olan bir yükümlülük olduğunu söylemektedirler. Fransız, İspanyol ve Belçika hukukunda da bu yönde görüş bulunmaktadır; Akıncı, s.89, Belçika hukuku açısından; Liboution, Jacques; Liability of The CMR in Belgian Case Law, International Carriage of Goods, London 198, s.88.

herhangi bir kural olmaksızın geçmelidir demektedir³⁴. Genelde eşyanın nitelik ve özellikleri hakkında bilgiye sahip olan gönderen olmaktadır. Bunun yanında, bu görüş yüklemde kullanılacak özel aletlerin bir tarafta olması durumunda da yüklemenin o tarafın borcu olduğunu kabul etmektedir.

6102 sayılı TTK m.863 ise yükleme ve boşaltma başlığı altında bu hususu hükme bağlamış durumdadır. Hükümün birinci fıkrasına göre, sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır.

Fıkranın ikinci cümlesinde ise, taşıyıcının yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlama yükümlülüğünün olduğu belirtilmiştir. Hüküm aynen HGB § 412/1'den alınmıştır. Burada kanun, taşınacak eşyaların gönderenin, eşyaların taşıma sırasındaki zarar görmesini engelleyecek biçimde paketlenmesi, istiflenmesi ve yüklenmesinde en iyi bilgi sahibi kişi olduğundan yola çıkarak böyle bir düzenleme yapmıştır³⁵. Bir görüşe göre de, hüküm uyarınca yükleme ve istiflemeyen gönderenin sorumlu tutulması uygun bir çözüm tarzıdır. Zira taşıyıcıyı yükleme ve istifleme ile yükümlü kılmak hayatın olağan akışına terstir³⁶. Bu durumda TTK m.863.maddenin açık hükmü karşısında taşıyıcının eşyaların teslim alınması sonucu sorumluluğunun başlaması yüklemeyen sonra söz konusu olacaktır. Maddede yer alan yükleme ve istifleme, gönderene yüklenmiş bir borç mahiyetindedir ve taşıma sözleşmesi ile bu borcu yerine getirme zorunluluğu doğar. Buna karşılık hükümün ikinci cümlesi ise, yükleme ve istiflemeye taşıma açısından nezaret etmeyi her zaman için taşıyıcının görevleri içine giren bir yükümlülük olarak saymıştır³⁷.

Yükleme gibi boşaltma da, 6102 sayılı TTK 863.maddeye göre, gönderen veya gönderilenin üzerindedir. Her ne kadar maddede boşaltma yükümlülüğü gönderene düşen bir yükümlülük olarak ortaya konulmuşsa da, 6102 sayılı TTK m.871/1 hükmü uyarınca uygulamada bu gönderilen tarafından yerine getirilecek bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸ Gönderilen tarafından yapılan boşaltma işleminde ise taşıyıcının nezaret yükümlülüğü aynı yüklemeye olduğu gibi var olacaktır. Taşıyıcı tarafından bu yükümlülüğü bakımından, boşaltmanın güvenli bir şekilde yerine getirilmesi için aracın uygun şekilde açılması ve uygun pozisyonda park edilmesi, eşyaların boşaltılmasında özel bir araç kullanılacaksa boşaltmaya uygun ortamın sağlanması gereklidir.³⁹

6102 sayılı TTK m.863, aslında yükleme ve boşaltmayı taşıyıcının yükümlenmesi yönünden üç farklı durumu mümkün kılmaktadır. Bunlar yükümlülüğün sözleşme ile kararlaştırılmış olması, durumun gereğinden anlaşılması ve ticari teamülün var olmasıdır. Bu hallerde yükleme ve boşaltma yükümlülüğü taşıyıcıya ait olacak ve taşıyıcının ziya, hasar ve gecikme sorumluluğu da, 6102 sayılı TTK m.875/1 uyarınca bu ameliyeleri yerine getirmeye başladığı andan itibaren var olacaktır.

³⁴ Heuer, s.62. Nitekim Yargıtay, 6762 sayılı TTK'yı uygularken aynı yönde düşünerek; özel aletlerin kullanılmasını veya kullanım için taşıma sözleşmesinin taraflarının anlaşmalarını ayrı bir akit olarak kabul etmeyip, taşıma sözleşmesinin içinde olduğunu telâkki etmekteydi. Atabek Reşat; Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 1960, s. 132 ve s. 131 dn.10'da anılan Yargıtay kararları.

³⁵ Neufang Detlef/Vlader Huber; Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr-Wer ist verantwortlich? Transportrecht, Heft 9, September 2002, s.327, Koller, s.144.

³⁶ Aydın, s.38.

³⁷ Koller, s.145.

³⁸ Neufang/Vlader, s.328.

³⁹ Neufang/Vlader, s.329, Koller, s.157-158.

IV. Tazminatın Hesaplanması

1. Hesaplama Yöntemi

6102 sayılı TTK m.880/1 uyarınca, taşıyıcı eşyanın tamamen veya kısmen zıyanından dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulduğu takdirde, bu tazminat eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki değerine göre hesaplanır.

Burada taşınan eşya aynı olsa bile üretim yeri, kalitesi ve bunun gibi nitelikleri dolayısıyla ortaya çıkan farklardan belirlenecek tazminatın tayini değiştiği için, eşyanın taşıyıcıya teslim yerinin esas alındığını söyleyebiliriz. 6762 sayılı TTK m.785'den farklı olarak taşınan eşyanın gönderilene teslim edildiği yer değil, gönderenden taşıyıcının teslim aldığı yere göre eşyanın değerinin saptanmasının esas alınması, daha uygun ve taşıyıcıyı koruyucu bir düzenlemedir.

Hesaplama bakımından eşyanın değeri, 6102 sayılı TTK m.880/3'e göre ise, piyasa fiyatına göre, bu yoksa aynı tür ve nitelikteki malların cari değerine göre belirlenir. Bu hesaplamanın yapılması için, eşyanın tür ve niteliğinin belli olması gerekecektir.⁴⁰ Çünkü eşyanın tür ve niteliği, borsada kaydı olan bir eşya olduğu takdirde, piyasa fiyatı borsa fiyatına göre, bu yok ise, normal piyasa fiyatlarına göre belirlenmesi gerekir. Bunun belirlenmesinde de, eşyanın niteliği asıldır. 6762 sayılı TTK m.785, bundan farklı olarak zıyadan doğan tazminatın ancak taşıma senedine geçirilen değere, böyle bir değer geçirilmemiş ise, aynı cins ve vasıftaki eşyaların gönderilene teslim edileceği yerdeki değerine bağlı olarak hesaplanacağını kabul ediyordur.

Ancak TTK m.880/3 c.son, piyasa fiyatı açısından bir karine koymuştur⁴¹. Buna göre, eşya taşınmak üzere teslimden hemen önce satılmışsa, satıcının faturasında taşıma giderleri mahsup edilerek gösterilen satış bedelinin piyasa fiyatı olduğu varsayılacaktır.

Taşınan eşyanın borsa değeri, o eşya ile ilgili borsa kaydına ve taşıyıcı tarafından taşınmak üzere teslim alınan yerdeki borsa fiyatına göre belirlenir. Ancak fiyatın hesaplanmasında illa taşıyıcıya teslim edildiği yerde bir borsanın bulunması zorunluluğu söz konusu değildir. Asıl olan, eşyanın teslim edilen yerde eşyaya ilişkin işlemlerde belli olan borsa rayicinin ele alınmasıdır. İlgili ticaret veya emtia borsasının başka bir yerde olması, taşıyıcıya taşınmak üzere teslim edildiği yerde bu borsanın verdiği rayiç değerinin kabulü hâlinde, tazminatın buna göre saptanmasını engellemez.

Piyasa değerinin tespit edilemediği ahvalde, taşıyıcı tarafından taşınmak üzere teslim alınan mahâl ve zamandaki geçek değerinin bulunması için eşyanın, türü ve niteliğine bakılarak da piyasa fiyatı ortaya çıkartılabilir. Çünkü piyasa fiyatı aslında ticari olarak aynı kalite ve çeşitte düzenli olarak satılan bir eşyanın ortalama fiyatıdır⁴².

Piyasa fiyatı hesaplanırken, gönderen tarafından yapıldığı takdirde, ambalajlama ve yükleme masrafları da dâhil edilmelidir⁴³.

Ticari hayatta, ticari nitelikteki eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı yerde birden fazla piyasa fiyatı olabilir. Bu eşyanın ticari standardına göre ortaya çıkar. Böyle bir durumda, piyasa fiyatı tazminat talebinde bulunan bakımından zıya ve hasara uğrayan eşyanın ticari standardına göre satış fiyatı olarak belirlenecektir⁴⁴.

Eşya kısmi zıya uğrarsa, bu takdirde de, kaybolan kısmın değeri taşıyıcının aleyhine tazminat olarak hesaplanacaktır. Mamafih, taşınan eşyanın parça parça ol-

⁴⁰ Arkan; Sorumluluk, s. 153.

⁴¹ Koller, s.451.

⁴² Arkan; Sorumluluk, s. 154, Heuer, s.119, Koller, s.451.

⁴³ Koller, s.451 dn.2'deki OLG Hamburg 15.01.1998 tarihli kararı.

⁴⁴ BGH 27.02.2003 tarih I ZR145/00 sayılı kararı, TranspR 2003, s.298.

makla beraber, bütünlük arz etmesi, eşyada kısmi değil tam zıya yönünden bir tazminat hesaplamasına yol açar⁴⁵. Kısmi zıyaa yönelik hesaplamada zıyaa uğrayan kısmın bütün eşyada hangi oranda değer kaybına yol açtığı ele alınmaz. Sadece zıyaa uğramış kısmın değeri tespit edilir⁴⁶. Buna karşılık 6762 sayılı TTK'da kısmi zıya ve bu zıya halinde tazminat hesaplamasının nasıl yapılacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle doktrin tam zıya haline ilişkin hükmün, kısmi zıya halinde orantılı olarak uygulanacağını kabul ediyordu⁴⁷.

Ancak burada önemli bir husus, 6102 sayılı TTK m.883 uyarınca, taşıyıcının 880.madde uyarınca zıya ve hasardan dolayı sorumlu olarak tazminat yükümlülüğü doğması hâlinde, taşıma ücretine hak kazanamamasıdır. Madde taşıyıcının taşıma ücretini geri vereceğinden bahsetmektedir. Gönderen tarafından taşınan eşyaların taşıyıcıya teslimi sırasında aynı zamanda taşıma ücretinin ödenmesi ilkesine bağlı olarak böyle bir hüküm konulmuş olup, esasen taşıma ücretinin ne zaman ödendiğinin bir önemi yoktur⁴⁸. Hâlbuki 6762 sayılı TTK'da tam zıya veya kısmi zıya halinde taşıyıcının taşıma ücretinin ne olacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Bu konuda taşıma ücretinin istenilebileceği BK m.96 hükmü uyarınca kabul edilirken⁴⁹, bazı görüşler ise istenme imkanı olmadığı yönünde oluşmuştur⁵⁰.

Eşyanın hasara uğramasında, 6102 sayılı TTK m.880/2'ye göre eşyanın taşıyıcı tarafından taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki hasardan önce var olan değeri ki; bu m.880/3 'de piyasa değeri veya cari değeri olarak gösterilmiştir, hasar oluştuktan sonra elde kalan değer arasındaki fark tazmin edilecektir. 6102 sayılı TTK m.880 uyarınca tazmin edilecek bu değer de, TTK m.883'e göre zıya durumundaki gibi tazminatın ödenmesi dışında taşıma ücreti, gümrük vergisi gibi kalemlerin gönderilene iade edileceğinden bahsedilmiştir. Ancak hükmün ikinci cümlesine göre, hasar hâlinde yapılacak bu ödemeler 880/2 çerçevesinde belirlenen tazminat miktarına uygun olarak indirilir⁵¹. Hasar hâlinde de tazminatın saptanmasında kuşkusuz 6102 sayılı TTK m.882 hükmü dikkate alınacaktır.

Bunun yanında 6102 sayılı TTK m.875 uyarınca gecikme halinde, tazminat gecikme süresiyle orantılı olarak taşıma ücretinin indirilmesi gerekir. Aynı husus, 6762 sayılı TTK m.780/1'de yer alıyordu. Ancak 6762 sayılı TTK m.780, gecikme müddeti-

⁴⁵ Arkan; Sorumluluk, s. 155.

⁴⁶ Aydın, s.117, Koller, s.460.

⁴⁷ Arkan, s.157-158.

⁴⁸ Koller, s.476.

⁴⁹ Arkan, s.157, Çağa Tahir/Kender Rayegan; Deniz Ticaret Hukuku, Navlun Mukaveleleri, 9.Baskı, İstanbul 2008, s.224-225.

⁵⁰ Eşyanın taşıyıcının sorumluluğunda iken zarar görmesi hâlinde, taşıma ücretinin istenip istenememesine ilişkin olarak 6762 sayılı TTK'da hüküm olmadığı için konu doktrinde tartışılmış ve taşıma ücretinin istenemeyeceği yolunda da görüş oluşmuştur. Okay Sami; Deniz Ticaret Hukuku II, İstanbul 1971, s. 15. Kanımızca, TTK m.880'de bu yönde bir hüküm getirilmeseydi bile, 6098 sayılı TBK m.112 ve m. 136 (BK m.96 ve 117) uyarınca bir tarafın borcunun ifasının imkânsızlaşmasının, kusur olsun veya olmasın karşı tarafı da her zaman için borçtan kurtaracağı ilkesi göz önüne alınmalıdır. Yani, borçtan kurtulan tarafın alacağı edimi isteyemeyeceği, sadece ikisi arasındaki farkın bir tazmin mükellefiyetini doğurması gerekeceği, burada da uygulanabilir. Buna göre de, taşıyıcının bu hâllerde de ücretini isteyememesi gerekirdi.

⁵¹ Buna karşılık CMR m.25 açısından hasar hâlinde böyle bir durum söz konusu değildir. Yani hasara ilişkin olarak CMR'de iade olunacak masraflar yoktur. 6102 sayılı TTK m.883'de yer alan hüküm ATK § 432'den geçmiş olup, Alman Hukukunda başkaca zararların da tazmin edilmesi ilkesi çerçevesinde kabul edilmiştir. Koller, s.479-480.

nin sözleşme ile belli edilmiş müddetin iki katını aştığı halde taşıma ücretinin tamamen ortadan kalkacağını ve bu yüzden doğan zarardan taşıyıcının sorumlu olacağını öngörürken, 6102 sayılı TTK m.882 gecikmeden doğacak sorumluluğun taşıma ücretinin üç katı ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Buna göre, gecikmeye bağlı olarak taşıma ücreti tamamen ortadan kalkacağı gibi, bundan doğacak zararlarda tasarruf hakkı sahibi taşıma ücretinin üç katına kadar tazminat isteyebilir. Hâlbuki bu konuda 6762 sayılı TTK'da bir sınırlama olmadığı gibi, taşıma ücretinin tamamen ortadan kalkması ise, ancak gecikme süresinin sözleşme ile belirlenen sürenini iki katını aşması haline bağlanmıştır.

2. Tazminatın Sınırlanması

Öngörülen sınırlama, 6102 sayılı TTK m.882/1'de⁵² ziya hâline münhasır olmak üzere,⁵³ TTK'nın koyduğu esaslar dâhilinde hesaplanan tazminatın her zaman için eksik brüt ağırlığın kilogramı başına 8, 33 Özel Çekme Hakkını (SDR)⁵⁴ aşamamasıdır. 6102 sayılı TTK m.882/1 ve CMR m.23/3'de belirtilmiş olan brüt ağırlık, toplam ağırlık olup, eşyanın net ağırlığı ile paket ve varsa palet ile destek ağırlığını da içine alır. Bundan dolayı sorumluluk limiti tespit edilirken taşıma senedinde kayıtlı toplam ağırlık esas alınacaktır⁵⁵.

6762 sayılı TTK m.785/1'in ilk cümlesinde ziyadan doğan tazminatta, taşıma senedine belirlenmiş bir değer geçirilmesi veya taşıyıcının kendisine gönderen tarafından bildirilen değeri kabul etmesi durumlarında tazminat bu değerlere göre belirlenmekteydi. Kural olarak, eşyanın fiyatının piyasa fiyatı esas alınarak hesaplandığı ve buna göre bir tazminatın takdir edildiği dikkate alındığında, taşıma senedine geçirilen bu değer veya taşıyıcı tarafından kendine bildirilerek kabul edilen değer, piyasa değerinden daha yüksek olması mümkündür⁵⁶. Bu konuda, kanunun tam bir açıklıkla meseleyi hâlettğini söylemek zordu ve hatta kanunun burada sustuğu kabul edilmekteydi⁵⁷.

6102 sayılı TTK böyle bir düzenleme getirmemiştir. Ancak bunun TTK m.882'deki sorumluluk sınırlarının her zaman uygulanacağı anlamını taşımadığını belirtmeliyiz. 6102 sayılı TTK için, belli bir değer taşıma senedine geçirilmesi ve bunun taşıyıcı tarafından kabulü şartı kaldırılmıştır. Tarafların sözleşme ile taşıyıcının sorumluluk sınırlamasını her zaman gerçekleştirmesi mümkündür. Bu husus TTK m.888/2'deki taşıyıcının gönderen ve gönderilenle sorumluluk sınırı genişleten sözleşmeler yapabileceği hükmünden de anlaşılmaktadır.

TTK m.857 uyarınca taşıma senedine yazılacak kayıtlarda eşyanın değeri sadece (1) bendi uyarınca teslimde ödemeli satışlarda söz konudur. Bu durumda dahi taşıyıcının sorumluluk sınırlarından yararlanması kanun hükümlerine göre zorunludur. Ancak

⁵² Aynı yönde, CMR m.23/3.

⁵³ Hasar hâlinde tazminat miktarında sınırlama, CMR m. 25/2 (a) ve (b) bentlerinde belirtildiğinden, bu düzenleme hasar için geçerli değildir. Buna karşılık 6102 sayılı TTK m.882/2, hasar sorumluluğunu ziya sorumluluğu ile beraber düzenlemiştir.

⁵⁴ Special Drawing Rights.

⁵⁵ Kaya; II, s.263, Thume, Heinz Karl: Kommentar zur CMR, 2.Auflage, Heidelberg 2007, s.622. Fakat paketlenmemiş eşyalarda brüt ağırlık, toplam parçaların eşya ağırlığıdır, Glöckner; Leitfaden, s. 180.

⁵⁶ Arkan; Sorumluluk, s. 162.

⁵⁷ Doktrine göre, bu durum gönderene gerçek zararın üzerinde bir meblağ sağlamasına karşın, kanun koyucunun amacı olan taşıma akdinin iyi niyetli olarak ifasının sağlanamayıp, taşıyıcı tarafından zarara yol açılması hâlinde süratle gönderenin zararının karşılanması ve gönderenin zararın ispatlanmasındaki külfetini kısmen ortadan kaldırmaya hizmet ediyordu. Atabek; Eşya Taşıma, s.264.

taşıyıcının bu konuda önceden ve sonradan sorumluluğu genişletilmesine ilişkin anlaşma yapması mümkündür.

3. Tazminatı (Sorumluluğu) Sınırlama Hakkının Kaybı

6102 sayılı TTK m.886 “Sorumluluğu sınırlama hakkının kaybı” başlığı altında, zarara taşıyıcının kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlemiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet vermesi veya taşıyıcının yardımcılarının bu benzer davranışları yapması durumunda, taşıyıcının sorumluluktan kurtulma hâllerinden ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamayacağını kabul etmiştir.

6102 sayılı TTK’nın madde gerekçesinde, hükmün kaynaklarının CMR m.29 ve ATK § 435 olduğu, Taşıma İşleri kitabındaki genel hükümler kısmında yer alan zamanlaşımını düzenleyen m.855/5, taşıma işleri komisyoncusundan talepler bakımından zamanlaşımını düzenleyen m.930, deniz taşımalarında taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen m.1187 ve yolcu taşımalarında yolcunun uğradığı zararlardan sorumluluğun sınırlanması hakkının ortadan kalkmasını düzenleyen m.1267’ye paralel bir düzenleme yapıldığı belirtilmektedir.

Gereğede ayrıca, “pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinçle hareket” ibaresinin birlikte tek bir kavram olarak değerlendirilmesi gerektiği, bunun kasta eşdeğer kusur olarak yorumlanmasının lazım olduğu açıklanmaktadır.

Yine gerekçede, belirtildiği üzere, hükmün temel kaynağı CMR m.29/1’deki ibaredir ve Türkçe’ye CMR’nin Türk hukukunda kabulü ile geçmiştir.

Esasen buna benzer bir düzenleme 6762 sayılı TTK m.786/3’de de bulunmaktadır. Hüküm, “Zarar, taşıyıcının ağır kusuru veya hilesinden doğmuş olduğu takdirde yukarıki fıkrada anılan halde veya bu maddenin birinci fıkrası veyahut 785 inci maddede ki tazminatlar yerine tam tazminat istenebilir” demektedir. Türk hukukunda 6762 sayılı TTK bakımından doktrine göre, kusur kategorilendirmesi ve TTK m.786/3’deki ibare, CMR m.29’daki kasta eşdeğer kusur kavramının ağır ihmal olarak yorumlanması sonucuna ulaşılmasına yol açmıştır.

6762 sayılı TTK m.786/3, 785 ve 786.maddelerde yer alan taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılan hükümlerin uygulanmayacağı ve tam tazminatın istenebileceği durumları, taşıyıcının ağır kusur ve hilesi olarak ortaya koymuştur. Doktrinde, kanun koyucunun aralarında fark yokmuşçasına birçok maddesinde olduğu gibi, bu maddede de hileden söz ettiği, aslında burada kastı ifade etmek istediği, ağır kusurla anlatmak istediğinin ise ağır ihmal olduğu belirtilmektedir⁵⁸. Ancak 6102 sayılı TTK ile artık bu görüşün geçerliliği kalmamıştır. Artık CMR’de yer alan hükümle beraber, TTK m.886’daki pervasızca hareket kavramı birlikte değerlendirilerek, kanımızca her somut olayda ağır ihmal dışında farklı bir kusur kavramının, kasta eşdeğer kusuru olduğunun kabul edilmesi gerektiği görülmelidir. Yani 6762 sayılı TTK’daki ağır ihmal kavramı kasta eşdeğer kusuru her zaman karşılamaz ve bu kavramın somut olaya göre belirlenmesi gerekir. Bu konuda Yargıtay uygulaması yol gösterici olacaktır. Ancak Yargıtay’ın CMR’yi uygularken 29.maddedeki kasta eşdeğer kusur kavramını da ağır ihmal olarak algıladığını belirtmek lazımdır.

⁵⁸ Arkan; Sorumluluk, s.166, 6762 sayılı TTK m.786 baz alınarak kavramın ağır ihmal olarak yorumlanmayacağı yönünde, Karan, s.735.

V. Zamanaşımı

6102 sayılı TTK sadece eşya taşımaları için değil, taşınma eşyası taşıması ve yolcu taşıması olarak belirteceğimiz diğer taşımalar içinde ayrıntılı bir zamanaşımı hükmü koymuştur.

6102 sayılı TTK'nın 855.maddesinin birinci fıkrasında, “Bu kitap hükümlerine tabi taşımalarda, yolcunun bir kaza sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğünü zedeleyen bir zarara uğraması hâlinde istem hakları on yılda; diğer zararlarda ise bir yılda zamanaşımına uğrar” denilerek, eşya taşıma sözleşmelerinden doğan talepler için kısa bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, zamanaşımının hangi tarihten başlayacağına dair olmak üzere, eşya taşımalarında bu tarihin gönderilene teslimine bağlandığı açıkça bildirilmiştir. Haksız fiilden doğan talepler de, 6102 sayılı TTK m.885 uyarınca yine aynı bir senelik zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Zamanaşımının ne zaman başlayacağı da aynı maddede eşyanın teslimi⁵⁹ esas alınarak ortaya konulmuştur. Buna karşın, tam zıya hâli bundan müstesnadır. Zira 6102 sayılı TTK m.855/2'ye göre tam zıyaa ilişkin taleplerde bu süre, teslim edilmesi gereken tarihten itibaren başlayacaktır. Elbette ki; teslimin hiç mümkün olmayacağı tam zıya hâline, böyle bir istisnanın konulması tabiidir.

Bunun yanında, gönderen tarafından verilen bir talimatla taşımının durdurulması ve eşyanın iadesi istenirse, zamanaşımı yine eşyanın gönderilene fiilen teslim edilmesi gereken tarih olacaktır⁶⁰. Tek bir seferde taşınması gereken eşyanın parça olarak taşınması durumunda ise, son parçanın teslim edildiği tarihten itibaren zamanaşımı işleyecektir⁶¹. Kısım kısım taşıma üzerinde anlaşılırsa, her giden ve ulaşan parça için, ayrı zamanaşımı süreleri işleyecektir⁶².

6102 sayılı TTK m. 869/3 uyarınca, taşıyıcının tasarruf hakkını haiz kişi hesabına saklanması için eşyayı tevdi etmesi hâlinde, gönderilene zarar muttali olduğu söylenemeyecektir. Ancak, eşyanın tevdi edildiği gönderilene bildirilmiş veya gönderilence malum olmuş ise, eşyanın gönderilen tarafından tetkik ve muayenesi mümkün olduğu surette, tevdi edilen kişiye teslim veya keyfiyetin gönderilene ihbarı tarihi, zamanaşımı başlangıcı olacaktır⁶³.

Zamanaşımının tazminat taleplerinde, birden fazla taşıyıcının bulunması hâlinde nasıl uygulanacağına gelince; 6102 sayılı m.888'e göre, ilk taşıyıcının tazminat davasına muhatap olması ve tazminatı ödemesi hâlinde kendisine karşı talepte bulunulan taşıyıcının aradaki taşıyıcılara rücu ederek bu ödemeyi talep etmesi ise 6102 sayılı TTK m.855/3'e tabi olacaktır. Bu hükme göre, rücu haklarına ilişkin zamanaşımı rücu alacaklısının, zararı ve rücu borçlusunu öğrendiği tarihten itibaren üç ay içinde zarar hakkında rücu borçlusuna bildirimde bulunması şartıyla, rücu alacaklısına mahkeme kara-

⁵⁹ Teslim, gönderen veya gönderilene eşyanın zilyetliğinin intikal ettirilmesi olarak anlaşılmalıdır. Mamafih, eşyaların ardiyeye alınması ile de nakliye mukavelesi sona erer ve taşıma akdinden müstakil bir ardiye akdi vücut bulursa, bu da zamanaşımının başlaması anlamında bir teslim sayılır.

⁶⁰ Arkan; Sorumluluk, s.211.

⁶¹ Atabek, s.324-325. Aynı yönde; Y.TD. 13.5.1960 tarih E.864 K.1505 sayılı kararı, Doğanay, s. 1731 dn.632.

⁶² “Eşya taşımalarında bir yıllık zamanaşımı süresi, son partinin gönderilene teslimi tarihinden başlar” TD. 13.11.1967 tarih E.2936 K.4025 sayılı karar, Eriş, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996 s.191.

⁶³ Yazgan Sıtkı; Taşıma Akitlerinde Zamanaşımı, Banka Ticaret Hukuku ile İlgili İncelemeler, Ankara 1972, s. 111.

rının kesinleştiği günden, kesinleşmiş mahkeme kararı olmayan hâllerde ise, rücu alacaklısının borcu ifa ettiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁶⁴.

6102 sayılı TTK m.855, sürenin hesaplanması yönünden ayrı bir durum öngörmediğinden, 6102 sayılı TTK m. 1 yollamasıyla zamanaşımının hesaplanmasında, 6098 sayılı TBK hükümleri uygulama alanı bulur. Buna göre, 6098 sayılı TBK m. 151 uyarınca zamanaşımında sürenin başladığı ilk gün hesaba katılmayıp, son gün bir tatil gününe rastlarsa, tatilin bitimini izleyen ilk iş günü sonunda süre, TBK m.93 hükmü gereğince dolacaktır. Zamanaşımının durması ve kesilmesi yönünden ise TBK m. 154 ve 155'e bakılacaktır. Bunun yanında, m.855'de öngörülen süre bir hak düşümü süresi olmadığından TBK m. 161 dâhilinde, sürenin dolup dolmadığı, hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Ayrıca, 6102 sayılı TTK m.6 uyarınca da zamanaşımı süresi hakkında taraflarca artırma ve azaltma yönünde bir değişiklik yapılamayacaktır.

6102 sayılı TTK 855/4.maddesinde zamanaşımı süresinin iki şekilde uygulanamayacağından bahsetmiştir. Bunlardan birincisi, gönderilen veya gönderilenin defi olarak kullanmak, diğeri ise, m.855/5'de yer alan eşyanın ziya ve hasarının taşıyıcının kast veya pervasızca bir davranış dolayısıyla böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiil veya ihmalden dolayı eşyanın ziya ve hasara uğradığının anlaşılması durumudur.

6102 sayılı TTK m.855/4'e göre; gönderen veya gönderilen taşıyıcıya karşı haklarını, bir yıl içinde ve 6102 sayılı TTK m.18/3'e uygun şekilde istemiş olmak⁶⁵ şartıyla defi olarak her zaman ileri sürebileceğini ortaya koymuştur. Buna 6102 sayılı TTK m.889 uyarınca eşyanın kabulü ile gönderen veya gönderilen aleyhine karinenin oluşmaması olması hâlini de ekleyebiliriz. Bu hüküm gereğince, bir yıllık zamanaşımı süresi dolmuş dahi olsa, maddedeki şartlar yerine getirildiği takdirde, ziya, hasar taşıyıcının talep ettiği ücret alacağına karşı takas beyanı olarak ileri sürülebilecektir⁶⁶. Hükümden de anlaşıldığı üzere, hakkın sözle istenmiş olması durumunda, 6102 sayılı TTK m.18/3 hükmü de göz önüne alındığında, ispat imkânı olmayacaktır⁶⁷.

Doktrindeki bir düşünceye göre, 6102 sayılı TTK m.855/4'e karşılık gelen 6762 sayılı TTK m.767/4'e ilişkin olarak taşıyıcının ücret alacağının daha uzun bir zamanaşımı süresine bağlanması hâlinde, uygulama olanağı bulacaktır. Eşyanın teslimi takip eden bir yıl içinde taşıyıcı tarafından taşıma ücretine ilişkin bulunulmayan taleplerin daha sonra direkt olarak, bu hükümden bağımsız, zamanaşımı savunması ile karşılaşıcağından bu nedenle de pratikte hükmün uygulama kabiliyetinin pek fazla olmadığı ileri sürülmüştür⁶⁸. Gerçekten, takas talepleri dışında gönderen ve gönderilene karşı bir yıl geçtikten sonra, taşıyıcı tarafından ileri sürülen taleplerin genel zamanaşımı savunması ile karşılaştığı da Yargıtay kararları ile de teyit edilmiştir⁶⁹.

⁶⁴ Bu yönde, Yargıtay, 6762 sayılı TTK'ya ait bir kararında; taşıma akdinden doğan ziya ve hasarın vuku bulduğu tarihi esas alarak, bunun meydana geldiği tarihte başlamasını kabul etmiştir Y.TD. 7.3.1973 tarihli E. 1971/5941 K. 1972/1109 sayılı karar. Yargıtay daha önceki kararlarında ise, 818 sayılı BK m.128'i esas alan kararlar vermiştir. 27.11.1978 tarih E.5867 K.5270 sayılı kararında, yine, BK. 128 muvacehesinde karar verilmiştir, Eriş, s. 195. Ancak Yargıtay'ın bu konudaki kararları istikrar bulmamıştır. Bkz. 11.HD. 08.12.1992 tarihli E.4477 K.11239 sayılı kararı, Eriş, s.210. Yeni düzenleme bu çelişik kararları ortadan kaldıracaktır.

⁶⁵ 6102 sayılı TTK m.18/3'e göre "Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya gövneli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır." Ancak, hükümde gösterilen ihbar ve ihtarların yapılma yöntemleri, artık geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır.

⁶⁶ Arkan; Sorumluluk, s.214.

⁶⁷ 6762 sayılı TTK açısından, geçerli olmayacağı yönünde, Doğanay; TTK Şerhi, s.1731.

⁶⁸ Arkan; Sorumluluk, s.214.

⁶⁹ Bu yönde; Y.11.HD. 23.03.1976 tarihli E. 1592 K.1512 sayılı kararı, Eriş, s. 194.

6102 sayılı TTK m.855/4 hükmü, esasta gönderen ve gönderilene bir yıl içinde kendisine karşı taşıma sözleşmesiyle ilgili taleplere karşı defi hakkı vermekte olup, bu hakkın sadece defi olarak ileri sürülmesi her zaman için mümkündür. Yoksa söz konusu hüküm, gönderen veya gönderilenin davacı olduğu durumlarda bir talep hakkına ilişkin değildir. Davacı gönderen veya gönderilenin bu defi hakkına dayanarak bir yıldan sonra ileri süreceği taleplerde, taşıyıcının zamanaşımı iddiası bakımından bir etkide bulunmaz⁷⁰.

6102 sayılı TTK m.855/5'e göre ise taşıyıcının kastı veya kasta eşdeğer kusur olarak da tarif ettiğimiz pervasızca davranışı dolayısıyla eşyaların ziya ve hasara uğraması hâlinde, taşıyıcının sorumluluğu bu hüküm uyarınca üç yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacaktır. Yani bu durumlarda taşıyıcı bir yıllık zamanaşımın süresinin geçtiği iddiasında bulunamaz. Bu süre, 6102 sayılı TTK m.879 uyarınca taşıyıcı yardımcılarını ve taşımanın yerine getirilmesi için yararlanılan kişiler içinde geçerlidir.

Taşıyıcının, bir yıllık kısa zamanaşımı süresini, kendi aleyhine dava açılmasını önlemek maksadıyla oyalama ve savsaklama ile geçiştirdikten sonra, açılan davada ileri sürmesi de, kanımızca TMK m.2'ye göre hakkın kötüye kullanılması kabul edilir ve bunu ileri süren davacı tarafından da ispatlanabildiği⁷¹ takdirde, bu süre söz konusu davada göz önüne alınmaz⁷². Mamafih, davacı olan gönderen veya gönderilenin taşıyıcının yaptığı uzlaşma teklifleri üzerinde müzakerelerde bulunarak bir yıllık süreyi geçirdikten sonra davada taşıyıcının oyalama yoluna başvurduğunu ispatlayamamaları zamanaşımında TMK m.2 ye dayanmalarına engel olur⁷³.

SONUÇ

6102 sayılı TTK'nın Taşıma İşleri kitabında yer alan Eşya Taşımaya ilişkin hükümler, uluslararası ve ulusal hukukta var olan son düzenlemelerin iç hukuka bir yansımadır. Yeni düzenlemeler, 6762 sayılı TTK'da yer alan pek çok eksik düzenlemeyi ortadan kaldırmayı veya Yargı kararları ile doldurulmak zorunda kalınan boşlukları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

Bu yönde pek çok olumlu düzenlemenin eşya taşıma hukuku hükümlerine girdiği söylenebilir. Taşıma hukukunda ziya, hasar ve gecikme sorumluluğunun aynı ilkeleri bağlanması, sorumluluğun belli bir miktarla sınırlanması, sınırlamanın taşıyıcının kasten veya pervasızca yaptığı bir davranışla eşyaya zarar verdiği hallerde uygulanmaması veya bu hallerde tazminat talepleri bakımından zamanaşımının uzaması, yükleme ve boşlatma yükümlülüklerinin kimde olduğunun bir ilkeye bağlanması, taşıma sözleşmesinde tarafların asli borçları yanında var olan yükümlülüklerinin açık bir şekilde ortaya konulması bunlara gösterilebilecek örneklerdir.

Bununla birlikte, hükümlerin kısmen eleştirilebilecek yönleri de bulunmaktadır. Mesela hükümlerde tamamen HGB'ye bağlı kalmanın ne kadar doğru olduğu tartışılabilir. Bunun yanında bazı ifadelerin HGB'de yer aldığı şekilden farklı bir biçimde tercüme edildiği ve yorum yanlışlıklarına yol açabileceği göz ardı edilmemelidir. Ayrıca çok nadiren de olsa mehzadan ayrılmış (örneğin TTK m.878/b.g gibi) ancak bu ayrılmanın da tam bir gerekçesi ortaya konulamamıştır. Aynı zamanda konulan bu tip hükümlerin ne kadar gerekli olduğu da soru işaretidir.

Ancak genel olarak düzenlemenin uluslararası taşıma hukukuna ilişkin kurallara uyumlu bir nitelik taşıdığı, AB açısından özellikle de taşıma hukukuna yönelik direktifler bakımından gerekli olduğu söylenebilir.

⁷⁰ Y.11.HD. 01.12.1987 tarih E.6433 K.6708 sayılı kararı, Eriş, s.204-205.

⁷¹ Y.11.HD. 30.09.1994 tarih E.4413 K.6956 sayılı karar, Eriş, s.214.

⁷² Atabek, s.326.

⁷³ Arkan; Sorumluluk, s.215.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ziya** : Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999.
- Arkan Sabih** : Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Arkan Sabih** : Türk Ticaret Kanunu'nun Tasıma Senetlerine ve İlmühaberlere İlişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER 1978, C. IX, S.4
- Aydın Alihan** : CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar Ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul 2002.
- Atabek Reşat** : Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 1960.
- Clarke Malcolm** : International Carriage of Goods by Road: CMR, Fifth Edition, London 2009.
- Çağa Tahir/**
- Kender Rayegan** : Deniz Ticaret Hukuku, Navlun Mukaveleleri, 9.Baskı, İstanbul 2008.
- Doğanay İsmail** : TTK Şerhi, C.2, Ankara 2004.
- Eriş Gönen** : Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996
- Glöckner Herbert** : Leitfaden zur CMR, 8.Auflage, Berlin 2005.
- Hill, D.J./**
- Messent, A.D.** : CMR: Contracts For The Carriage of Goods by Road, London 1995.
- Heuer Klaus** : Die Haftung des Frachtführers nach dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, Hamburg 1975.
- Karan Hakan** : CMR Şerhi, Ankara 2011.
- Kaya Aslan** : Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşmenin Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I), Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.
- Kaya, Arslan** : Taşıyıcının Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II), İÜHFİM, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, C. LVI, S. 1-4, İstanbul 1998.
- Kehl F. Michael** : Die Haftung des Unterfrachtführers im Straßengüterverkehr, Münster 2004.
- Knorre Jürgen/Demuth Klaus/**
- Reinhard Th. Schmid:** Handbuch Des Transportrechts, München 2008.
- Koller Ingo** : Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, 6. Auflage, München 2007.
- Neufang Detlef/**
- Vlader Huber** : Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr-Wer ist verantwortlich? Transportrecht, Heft 9, September 2002.
- Seven Vural** : Karayoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımlarında Taşıyıcının Ödeme Karşılığında Teslim Şartı'ndan Doğan sorumluluğu, Legal Hukuk Dergisi, S.46, 2006.
- Tandoğan Haluk** : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Thume Heinz Karl:** Kommentar zur CMR, 2.Auflage, Heidelberg 2007.

- Yeşilova Ecehan** : CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DÜHFD, C.7, S.1, İzmir 2005.
- Yeşilova Ecehan** : Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının Ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34), Ankara 2004.
- Yeşilova Aras Ecehan** : Uluslararası Karayolu ile Yük Taşımacılığında Teslim Süresinin Aşılması ve Teslimde Ödeme, Ankara 2010.
- Yazgan Sıtkı** : Taşıma Akitlerinde Zamanaşımı, Banka Ticaret Hukuku ile İlgili İncelemeler, Ankara 1972.

HAHA TAŞIMACILIĞINDA MONTREAL SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN İÇ HUKUKA ETKİSİ*

Yrd. Doç. Dr. M. Barış GÜNAY**
Yrd. Doç. Dr. Muharrem GENÇTÜRK***

ÖZET

Montreal Sözleşmesi, Türkiye için 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türk Sivil Havacılık Kanunundaki atflar sebebiyle Sözleşmenin hükümleri yurtiçi havayolu taşımaları bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Çalışma, Sözleşmenin yurtiçi havayolu taşımalarına etkilerini ve Sözleşme ile getirilen yenilikleri incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: 1999 Tarihli Montreal Sözleşmesi, Türk Sivil Havacılık Kanunu.

ABSTRACT

Turkey has become a party to the Montreal Convention and it has come into force for Turkey on 26 March 2011. Provisions of the Convention will also be applicable to Turkish domestic air carriage as a result of the references made in the Turkish Civil Aviation Act. This article focuses on the effects of the Convention to Turkish domestic air carriage and it also briefly examines the changes brought by the Convention.

Keywords: Montreal Convention 1999, Turkish Civil Aviation Act.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale, 10-12 Mayıs 2012 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" isimli Sempozyumda Yrd. Doç. Dr. M. Barış Günay tarafından sunulan tebliğin Yrd. Doç. Dr. Muharrem Gençtürk'ün katkılarıyla genişletilmiş halidir.

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

1929 tarihli Varşova Sözleşmesinin (VS) yerine geçmek üzere hazırlanan “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme”¹ (MS) 28 Mayıs 1999 tarihinde Montreal’de imzalanmıştır. MS’nin Sözleşme’nin yürürlüğünü düzenleyen hükmü (MS 53/6) uyarınca, 30’ncü devletin onay tarihinden 60 gün sonra, yani 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 26 Mart 2011 tarihi itibarıyla MS’ye taraf olmuştur².

MS’de genel olarak, VS’nin temel yapısı korunmuştur³. Bu bağlamda MS’nin özellikleri ve temel felsefesi, geniş oranda VS’den alınmıştır⁴. MS’nin temel ilkelerine baktığımızda, iki önemli anlayış göze çarpmaktadır. İlki, müşteri menfaatinin korunması ve adil tazminat ilkesidir. İkincisi, menfaatlerin adil bir şekilde dengelenmesini sağlamaktır⁵.

Türkiye’nin MS’ye taraf olması, Türkiye’deki yurtiçi havayolu taşımalarının hukuki durumu bakımından da önemli değişiklikler getirmektedir. Zira Türk Sivil Havacılık Kanununun (TSHK) ⁶ 106. ve 124. maddelerinde, yurtiçi havayolu taşımalarına Türkiye’nin taraf olduğu Sözleşmelerdeki hükümlerin de belirli sınır ve şartlara tabi olarak uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu çalışmada, TSHK’nın 124. maddesi gereği yurtiçi havayolu taşımaları bakımından doğrudan uygulama alanı bulan ve iç hukukumuz açısından da bir nevi örtülü değişiklik niteliği taşıyan MS tarafından getirilen yenilikler ele alınacaktır.

II. YURTIÇİ HAVAYOLU TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Yurtiçi havayolu taşımalarına TSHK hükümleri öncelikle uygulanır. TSHK’da hüküm bulunmayan hallerde Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası havayolu taşıma sözleşmelerine ilişkin konvansiyonlardaki hükümler ve bunlarda da uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde TTK hükümleri uygulanır (TSHK m.106). Bununla birlikte TSHK’nın 106. maddesi, yurtiçi havayolu taşımalarının tabi olabileceği mevzuatın belirlenmesi bakımından bir anlam ifade etmekteyse de, uygulanacak hükümleri açıkça belirlemekte yetersiz kalmaktadır. *İlk olarak*, taşıyıcının sorumluluğu sözleşmeye dayanan bir sorumluluk olduğu için TSHK hükümlerinden önce emredici hükümler ve sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir⁷. *İkinci olarak* söz konusu hüküm, Tür-

¹ MS’nin tarihi gelişimi ile ilgili olarak bkz. Batra J.C., Modernization of the Warsaw System- Montreal 1999, 65 Journal of Air Law and Commerce 429, 1999-2000, s. 433 vd.

² Türkiye, Varşova Konvansiyonu ve onu değiştiren protokollerden; La Haye Protokolü ve 4 Nolu Montreal Protokolüne taraftır. Öte yandan 2 Nisan 2009 tarihinde, “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” TBMM’de kabul edilmiş ve 14 Nisan 2009 tarihinde 27200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin Konvansiyona taraf olma isteğine ilişkin belgeler ise 25 Ocak 2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütüne (ICAO) verilmiştir. Böylece taraf olma koşullarının tamamlandığı 26 Mart 2011 tarihi itibarıyla, Türkiye MS’ye taraf olmuştur.

³ Batra, s.437.

⁴ Cheng B., A New Era in the Law of International Carriage by Air: From Warsaw (1929) to Montreal (1999), 53 Int’l & Comp. L. Q, 833, 2004, s.845.

⁵ Konvansiyonun dibaçe kısmında bu ilkelere açıkça vurgu yapılmıştır.

⁶ 14.10.1983 tarihinde kabul edilen 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu.

⁷ Bülent Sözer, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi, İkinci Baskı, İstanbul, 2009, s.107 vd.; Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, 23. Baskı,

kiye'nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlara atf yapan tek hüküm değildir. Zira TSHK'nın 124. maddesi de taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması hususunda uluslararası konvansiyonlarda yer alan hükümlere atf yapmaktadır.

1. Emredici Hükümler

Yukarıda da ifade edildiği gibi yurtiçi havayolu taşıma sözleşmelerinde yer alan kayıt veya şartlar emredici hükümlere aykırı olamazlar⁸. Dolayısıyla yurtiçi havayoluyla taşımalarında emredici hukuk kuralları, TSHK'da yer alan tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlerden önce uygulama alanı bulur. Bu çerçevede ne TSHK'daki bütün hükümlerin emredici olduğu, ne de yurtiçi havayolu taşımalarına uygulanacak emredici hükümlerin sadece TSHK'nda yer alanlardan ibaret olduğu ifade edilebilir. Daha doğru bir ifadeyle emredici hükümler, Anayasa da dâhil olmak üzere, ilgili mevzuatın bütünü içinde yer alabilir⁹. Bununla birlikte havayolu taşıma sözleşmelerini düzenleyen mevzuat, genellikle taşıyıcı ile sözleşmenin diğer tarafı arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla emredici hükümlerden oluşmaktadır (TSHK 125; VS m.23; CMR¹⁰ m.41; MS m.26).

2. Sözleşme Hükümleri ve Genel İşlem Şartları

Taşıma sözleşmesinin taraflarının sözleşmede belirlediği şartlar, emredici hükümlerden hemen sonra uygulama alanı bulur¹¹. İrade serbestisinin uygulandığı özel hukuk ilişkilerinde sözleşmelerle öngörülen kayıtların önemli bir yeri olmasına rağmen, hava taşıma sözleşmelerine ilişkin gerek iç hukukumuz gerekse uluslararası konvansiyonlar, taşıyıcı ile sözleşmenin diğer tarafı (yolcu, gönderen, gönderilen) arasındaki menfaatleri dengeleyerek dağıtma gayreti içindedirler. Bu nedenle söz konusu mevzuata öngörülen sorumluluk sınırlarını taşıyıcı lehine azaltan veya sorumluluğu bütünüyle ortadan kaldıran sözleşme kayıtları hükümsüzdür (TSHK m.125; VS m.23; CMR m.41; MS m.26). Başka bir ifadeyle havayolu taşıma sözleşmelerine ilişkin mevzuattaki hükümler genellikle taşıyıcı aleyhine emredicidirler.

Öte yandan havayolu taşıma sözleşmelerine ilişkin sözleşme kayıtlarının genellikle genel işlem şartları niteliğinde olduğu ifade edilebilir. Ayrıca Uluslararası Hava Taşıma Birliği¹² (IATA- *International Air Transport Association*) ile Amerikan Sivil Havacılık Kurumu (*Civil Aeronautics Board*) arasında yapılan 1966 tarihli *Montreal Inter-carrier Agreement*¹³ ile IATA tarafından 1995 yılında IATA taşıyanları arasında yolcu sorumluluğuna ilişkin anlaşmalar da (*IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability*)¹⁴ genel işlem şartı¹⁵ niteliğindedir¹⁶.

Konya, 2012, s.65; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2012, s.89 vd.; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2012, s.107 vd.; Bozkurt Bozabalı B., Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.78 vd.

⁸ Sözer, s.108; Arkan, s.90; Poroy/Yasaman, s.107.

⁹ Sözer, s.108; Arkan, s.89-90; Poroy/Yasaman, s.107.

¹⁰ Convention On The Contract for The International Carriage Of Goods By Road.

¹¹ Sözer, s.108; Poroy/Yasaman, s.107; Arkan, s.90; Bozkurt Bozabalı, s.78.

¹² IATA hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.iata.org>.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Bozabalı, s.50 vd.

¹⁴ Ayrıca 2 Nisan 1996'da Hükümlerin Uygulanmasına Dair Anlaşma (Measures of Implementation Agreement) yapılmıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Bozabalı, s.58 vd.

¹⁵ Bu anlaşmaların genel işlem şartı niteliği ile ilgili olarak bkz. Bozkurt Bozabalı, s.52 ve s.60.

3. Türk Sivil Havacılık Kanunu

Tarafların kendi aralarında yapmış oldukları sözleşme hükümlerinde uyumsuzluğun çözümünde uygulanacak herhangi bir hüküm yoksa üçüncü sırada, TSHK'nın tamamlayıcı ve yorumlayıcı nitelikteki hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁷.

TSHK, yurtdışı havayolu taşımacılığı bakımından özel hükümler niteliğindedir. Daha doğru bir ifadeyle yurtdışı havayolu taşımacılığı söz konusu olduğunda, TSHK hükümleri, taşıma sözleşmelerine ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümlere göre öncelikli olarak uygulanır.

4. Uluslararası Sözleşmeler

Yukarıda da ifade edildiği üzere TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde, yurtdışı havayolu taşımacılığı hakkında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası havayolu taşımacılığını düzenleyen konvansiyonlardaki hükümler uygulanır¹⁸. Bununla birlikte MS'nin, Türkiye açısından yürürlüğe girmesinden önceki (26 Mart 2011) durum ile yürürlüğe girmesinden sonraki durum arasında önemli farklar vardır. MS'nin yürürlüğe girmesinden önce TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde 1929 Varşova Sözleşmesinin 1955 Lahey Protokolü ve 4 Numaralı Montreal Protokolü ile değiştirilmiş şeklinin uygulama alanı bulacağına herhangi bir kuşku bulunmamaktadır¹⁹. MS'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye'nin birden fazla Konvansiyona taraf olduğu düşünülürse, TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde, son taraf olunan metin olmasından dolayı MS'nin uygulanacağı sonucuna varılabilir. Bununla birlikte fikri karışıklığa neden olabilecek birkaç noktaya işaret edilmesi yerinde olabilir. İlk olarak MS, Varşova/Lahey sistemini değiştiren bir protokol değil, bağımsız bir uluslararası sözleşmedir²⁰. İkinci olarak, MS Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir; ama Türkiye hala Varşova Sözleşmesi, Lahey protokolü ve 4 nolu Montreal protokolüne taraftır²¹. Söz konusu Sözleşme ve protokollerin hükümleri birbirinden farklı olduğuna göre, bir uyumsuzluk halinde, TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde hangi metnin uygulama alanı bulacağı sorunu ortaya çıkabilir. Bu nedenle Anayasanın 90. maddesinin 5 fıkrasının hatırlanması, sorunun çözümü açısından yerinde olabilir. Söz konusu hükme göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Kanun hükmünde olduğuna göre, "önceki kanun-sonraki kanun" ilişkisiyle TSHK'nın 106. ve 124. maddeleri gereğince, son kabul edilen uluslararası konvansiyon olarak MS'nin uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir. Anayasa Mahkemesine göre de "Özel kanunlardan yürürlük tarihine

¹⁶ Bu anlaşmaların TSHK m.124/2'de geçen "anlaşma" olduğuna ilişkin olarak bkz. Sözer, s. 220.

¹⁷ Sözer, s.109; Arkan, s.90; Poroy/Yasaman, s.107; Bozkurt Bozabalı, s.78.

¹⁸ Sözer, s.110; Bozkurt Bozabalı, s.78.

¹⁹ Ülgen H., Hava Taşıma Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1987, s.34.

²⁰ MS'nin dibacesinde açıkça taraf devletlerin yeni bir Konvansiyon hazırlamak istedikleri ifade edilmiştir.

²¹ Varşova Konvansiyonu, kural olarak taraf iki devlet arasındaki havayolu taşımacılığına uygulanır (VS m.1/2). Buna göre Konvansiyon, taşımanın yapıldığı devletlerin ortak taraf olduğu metniyle uygulama alanı bulur. Örneğin Türkiye ile Konvansiyonun sadece 1929 tarihli metnine taraf bir ülke arasındaki havayolu taşımacılığına, Lahey ve 4 nolu Montreal protokolü ile değişik metin değil, 1929 tarihli orijinal (ilk) metin uygulama alanı bulur (Bkz. Gençtürk Muharrem, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2006 s.65; Özdemir Türkay, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul, 2006 s.42 vd.; Kırmızı Ahmet, Hava Yolu İle Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1990, s.42 vd.).

göre önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında çelişme bulunursa veya öncekinin ele aldığı konuyu sonraki kanun yeni baştan düzenlerse sonraki kanun, önceki kanunu üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırır²². Dolayısıyla en son kabul edilen Sözleşme olarak MS'nin, TSHK'daki söz konusu atıflar gereği uygulanması fikri ağır basmaktadır (TSHK 106). Bu çerçevede yaşanabilecek belirsizliğin tümden bertaraf edilmesi bakımından, TSHK'da yapılacak özel bir düzenlemeyle konunun açıklığa kavuşturulması daha uygun olabilir.

5. Türk Ticaret Kanunu

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununda (TTK) taşıma işleri ayrı bir kitap (Dördüncü Kitap) haline getirilmiştir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TK) 764. maddesinin kaynaklık ettiği, TTK'nın m.852'nci maddesine göre deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ve posta idaresine ilişkin özel hükümler saklı tutulmaktadır. Bu hüküm, yurtiçi havayolu taşımalarına uygulanacak mevzuatı düzenleyen TSHK m. 106 ile anlam bakımından uyusmaktadır. Başka bir ifadeyle TSHK'da bir hüküm bulunduğu takdirde, TTK'nın Dördüncü Kitabından yer alan hükümlerin uygulanması mümkün değildir. TTK'nın Dördüncü Kitabı, hem özelde karayolu taşımalarını düzenlemekte, hem de genelde taşıma işlerine ilişkin en genel hükümleri içermektedir²³.

TTK m.852 ile TSHK m.106 birlikte değerlendirildiğinde, uluslararası sözleşmeler de hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümlerinin uygulanması gerekir. Bununla birlikte doktrindeki bir görüşe göre²⁴ TSHK'daki açık atfa (m.106) rağmen, TTK hükümlerinden önce Borçlar Kanunu uygulama alanı bulmalıdır. Buna göre taşıma hukukunda, genel hükümler olarak nitelendirilebilecek bir kısım mevcut olmadığından dolayı bir üst kaynağa, yani Borçlar Kanununa gidilmesi uygun olur. Taşıma sözleşmesi esas itibariyle istisna akdi olduğuna göre, TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunundaki istisna akdini düzenleyen hükümler uygulanmalıdır. İstisna akdine ilişkin hükümlerin de yetersiz kalması halinde ise Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerekir. Borçlar Kanunundaki hükümlerin taraflar arasındaki ihtilafa uygulanması mümkün olmadığı takdirde, TTK'ya gidilmesi gerekir. Söz konusu yazar, TTK'daki hükümlerden hangisinin uygulanması gerektiği hususunda ise denizyolu ile taşımayı düzenleyen hükümlerin, TTK'nın diğer hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır²⁵. Zira 6762 sayılı TTK'nın 762-807 maddeleri uygulama alanı bulamaz; çünkü TTK'nın 764. maddesinde (YTTK'nın m.852'nci maddesi) açıkça deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ve posta idaresine ilişkin özel hükümlerin saklı tutulduğu ifade edilmektedir²⁶. Dolayısıyla TSHK m.106'da yapılan atfın denizyolu ile taşımayı düzenleyen hükümlere yapıldığını ve öde deniz yolu ile taşımaya ilişkin hükümlerin hava yoluyla taşımaya ilişkin sorunlara uygulanmasının daha uygun olduğu ifade edilmiştir²⁷.

Katıldığımız diğer görüşe göre Kanunda açıkça ifade edildiği üzere uluslararası sözleşmede hüküm yoksa TTK hükümleri uygulanır. Zira havayoluyla taşımaya ilişkin özel hükümleri içeren TSHK, açık bir atfı yaparak kendisinde ve uluslararası konvansiyonlarda hüküm bulunmayan hallerde, TTK hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. TTK hükümleri genel hüküm olarak değil, atf gereği uygulanan hükümlerdir.

²² 18.7.1966 tarih ve 12351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²³ Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.5-6; Gençtürk, s.11.

²⁴ Sözer, s.116 vd.; Konu ile ilgili bilgi için bkz. Bozkurt Bozabalı, s.81 vd.

²⁵ Sözer, s.119.

²⁶ Sözer B., Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu, Batider, Aralık 1984, C.XII, S.4 (Batider 1984), s.16.

²⁷ Sözer, s.119.

Dolayısıyla açık bir hüküm varken yorum yapılması, ancak amaçsal yorum yapılmasının zorunlu olduğu hallerde mümkün olabilir. TTK içinde ise denizyolu ile taşımaları düzenleyen hükümler değil, kara taşımalarına ilişkin hükümler öncelikli olarak uygulanmalıdır²⁸. Zira TTK m.852 (TK m. 764) 'de özel hükümler saklı tutulduğuna göre, kara taşımalarına ilişkin bu hükümler genel hüküm niteliğindedir²⁹. TTK'nın yürürlüğe girmesi (01.07.2012) nedeniyle katıldığımız görüşün daha da güçlü bir şekilde savunulabilir hale geldiğini ifade edebiliriz. Zira dördüncü kitabın başlığı tüm taşıma türlerini kapsayacak genişlikte "Taşıma İşleri" olarak ifade edilmiştir. *İkincisi* taşıma işleri, bir "ticari işletme faaliyetidir" (TTK m.850/3). Özellikle havayolu taşımalarında kullanılan araçların maliyeti ve havayolu şirketlerinin hacmi dikkate alındığında, havayolu taşımaları bakımından aksi yönde bir ihtimalden dahi söz edilemez. Bu nedenle TTK m.1/2 gereği, TTK hükümlerinin ve hatta ticari nitelikteki örf ve âdetin dahi BK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanması gerekir. *Üçüncüsü* TSHK'nın yürürlüğe girmesinden önce Türk Hukukunda havayolu taşımalarına ilişkin özel hükümler bulunmadığı için TK'nın 762 vd. hükümlerinin uygulandığı ifade edilmektedir³⁰. Dolayısıyla TTK'nın Dördüncü Kitabındaki hükümlerin, genel hüküm niteliği taşımaları bakımından herhangi bir değişiklik yoktur. *Son olarak* TTK'nın 852. maddesinin (TK 764), Adalet Alt Komisyonunda görüşülmesi sırasında, Tasarıda olmayan "demiryolu" taşımacılığına ilişkin hükümler de saklı tutulan hükümler arasına dâhil edilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde, demiryolu taşımacılığına ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde, taşıma işlerine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmiştir³¹.

TTK'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunundaki hangi hükümlerin uygulanması gerektiği hususunda öncelikle taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda benimsenen görüşe göre çözüm önerilerinin de değişebileceğini ifade edebiliriz. Bu koşullar altında havayoluyla yurtiçi yolcu taşımalarına vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümler, eşya taşımalarına ise istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması yerinde olur³². Yolcu taşımalarında taşıma işleri komisyonculuğunun kabul edilmemiş olmasını (TTK m.917; TK m.808), bu görüşümüze dayanak olarak gösterebiliriz. Bu hükümlerin uygulamaya yansımaları ise yolcu biletlerinde taşıyıcının açıkça belirtilmiş olması gereğidir. Başka bir ifadeyle uygulamada "bilet komisyoncusu" veya "seyahat acenteleri" olarak adlandırılan ve taşıyıcı adına yolcu bileti veren işletmeler, taşıma işini fiilen gerçekleştirecek taşıyıcının kendileri tarafından sonradan belirlenmesini (TTK m.918), yani yolcunun taşınmasını taahhüt eden (üstlenen) bilet düzenleyemezler. Bu durum, istisna sözleşmelerinden farklı olarak, yolcu taşıma sözleşmelerinin, bir sonuç taahhüdünden ibaret olmadığını göstermektedir.

III. KONVANSİYONLARIN YURTIÇİ HAVAYOLU TAŞIMALARINA DOĞRUDAN UYGULANMASI (TSHK m.124)

1. Doğrudan Uygulanmanın Kapsamı

TSHK'nın 124. maddesine göre "taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırması," 1929 tarihli VS ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine göre belirlenir (TSHK m.124/I). Bu hüküm uluslararası Sözleşmelerde yer alan hükümlerin boşluk doldurucu nitelikte ve dolaylı olarak uygulanma-

²⁸ Ülgen H., Hava Taşıyıcısının Sınırlı ve Sınırsız Sorumluluğu Hakkında, Prof.Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.480; Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.36.

²⁹ Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.36; Gençtürk, s.11.

³⁰ Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.5-6.

³¹ Bkz. Mutlu Dinç, Yeni Türk Ticaret Kanunu 2011, Ankara, 2011, s. 717, m.852'ye ilişkin dn.2.

³² Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.8-9; Gençtürk, s.13, 22.

sını değil, bilakis TSHK'da hüküm bulunmasına rağmen bunlara aykırı olan Sözleşme hükümlerinin doğrudan doğruya ve öncelikli olarak uygulanması gerektiğini düzenlemektedir. Hükme göre yurtiçi havayolu taşımalarına doğrudan doğruya uygulanacak Sözleşme hükümleri, "taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırması"na ilişkin olanlarla sınırlıdır. Bununla birlikte bu hükmün anlamının ve kapsamının tartışmaya yer veremeyecek şekilde belirlenmesi kolay değildir. Zira "taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırması"nı, sadece sorumluluk sınırını tayin eden hüküm/hükümler şeklinde anlamak mümkün olduğu gibi; sorumluluğun konusu, sebepleri, sınırlandırılması, sınırsız sorumluluk, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler gibi, taşıyıcının sorumluluk miktarının belirlenmesine hizmet eden tüm hükümler şeklinde geniş yorumlamak da mümkündür.

Türkiye bakımından yürürlükte bulunan uluslararası Sözleşmelerdeki "taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırması"na ilişkin hükümlerin yurtiçi havayolu taşımalarına doğrudan uygulanması sorunu ve bunun kapsamı, TSHK'nın 126. maddesi bağlamında, doktrinde ilk kez Ülgen tarafından ele alınmıştır³³. TSHK m.126 yurtiçi havayolu taşımalarında taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Buna göre zararın, taşıyıcının veya yardımcılarının, zarar vermek kastıyla veya zararın doğması ihtimalini bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmal sonucunda meydana geldiği ispat edildiği takdirde, TSHK'da öngörülen sorumluluk sınırları uygulama alanı bulmaz. VS'nin 4 Nolu Montreal Protokolü ile tadil edilmiş metninin 25. maddesine göre, sorumluluk sınırlarının kalkmasına ya da sınırsız sorumluluğa ilişkin hükümler, sadece yolcu ve bagaj taşınması bakımından geçerlidir. Başka bir ifadeyle söz konusu hükme göre yük taşınmasında, taşıyıcının sorumluluğu daima sınırlı sorumluluk esasına göre belirlenmelidir. Dolayısıyla 4 Nolu Montreal Protokolünün Türkiye bakımından yürürlüğe girmesinden sonra³⁴ havayoluyla yurtiçi eşya taşımaları ile yurtdışı eşya taşımaları arasında bir farklılık oluşmuştur³⁵. MS'e baktığımızda da durum bundan farklı değildir. Söz konusu Sözleşmeye göre, sınırsız sorumluluk hali sadece yolcunun ölümü, cismani zarara uğraması ve gecikmesi ile bagajın zıyayı, hasarı ve gecikmesine münhasır olarak düzenlenmiştir (MS m.21, 22/5). Dolayısıyla MS'nin uygulama alanına giren yük taşımalarında taşıyıcının sorumluluğu daima sınırlı iken (MS m.22/5), TSHK kapsamındaki havayolu taşımalarından belirli koşulların gerçekleşmesi halinde sınırsız hale gelebilir (TSHK m.126). Bu durumda uluslararası konvansiyonların, yurtiçi havayolu taşımalarına doğrudan uygulanmasına ilişkin hükmün kapsamının açık bir şekilde belirlenmesi zorunluluğu ve ortaya çıkabilecek sorunların bazılarını aşağıdaki gibi ele almamız mümkündür.

1. Çözülmesi gereken ilk sorun TSHK'da açık bir düzenleme varken, aksine hükümler içeren uluslararası Sözleşmelere başvurulmasının mümkün olup olmadığıdır. Bir görüşe göre³⁶ "taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından" VS sisteminde "sadece 22. maddenin göz önünde tutulması doğru olmaz. Sınırlı sorumluluğun kalktığı ve yerine sınırsız sorumluluğun kaim olduğu hallerde de sonuç itibariyle sınırlı sorumluluk ile ilgilidir". Bu nedenle "TSHK m.124/1'deki atıf sadece VS'nin 22. maddesine değil, aynı zamanda 24., 25. ve 25a. maddeleri oluşturan sisteme yöneliktir." Bu yoruma göre TSHK m.124'teki atfın, sadece sorumluluğun sınırlandırılması bakımından değil; sorumluluğun ortaya çıktığı haller (MS m.17, m.18, m.19), sorumluluğun kalktığı haller (MS m.20), sorumluluğa ilişkin zamanaşımı ve ihbar süreleri bakımından da (MS m.35) geçerli olduğunu kabul edebilir miyiz, şeklinde bir soru da akla gelebilir.

³³ Bkz. Ülgen, Kapsüz Armağanı, s. 485 vd.

³⁴ 4 Nolu Montreal Protokolünün onaylanmasının uygun bulunmasına dair Kanun 21.04.1993 tarih ve 21559 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

³⁵ Ülgen, Kalpsüz Armağanı, s.485.

³⁶ Ülgen, Kalpsüz Armağanı, s.486-487.

Soruna aksi yönde bir düşünceyle bakarsak, yani TSHK m. 124'de yer alan atfın, bu şekilde geniş değil, dar yorumlanması gerektiği savunulabilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermeyi gerektirecek nitelikte kanunda dayanak bulmak da mümkündür. Zira TSHK'da gerek eşya taşımaları gerekse yolcu taşımaları bakımından, taşıyıcının sorumluluk miktarı düzenlenmemiş ve bu hususta uluslararası konvansiyonlara atf yapılmıştır. Sınırlı sorumluluk sistemine ilişkin diğer hükümler ise TSHK'da yer almıştır. Ayrıca Kanun koyucu bu yöndeki iradesini “*taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması*” şeklinde açıkça ifade etmiştir. Bununla birlikte bu çözümün de kendine göre eksik tarafları vardır. Örneğin TSHK m.106'da kanunda hüküm bulunmaması halinde uluslararası konvansiyonlara zaten açık bir atf yapılmışken, aynı atfın 124. maddede tekrar edilmesi, izaha muhtaçtır. Zira kanun koyucunun boşluk doldurucu nitelikte ikinci bir atf yapması, abesle iştiğal etmesi anlamına gelir. Öte yandan bu fikir kabul edildiğinde, havayolu taşıyıcısının sorumluluğu açısından yurtiçi ile yurtdışı taşımaları arasında farklılıklar oluşacaktır. Yurtiçi ile yurtdışı taşımaları arasında oluşan böyle bir farkın yerinde olmadığı savunulabilir. Dolayısıyla gerek atfın kapsamı, gerekse yurtiçi ve yurtdışı havayolu taşımalarında taşıyıcının sorumluluğu bakımından bir farkın olup olmadığının TSHK'da yapılacak açık bir düzenlemeyle çözümlenmesi en doğru yöntem gibi görünmektedir.

2. İşaret edilmesi gereken ikinci husus TSHK m.124'ün kaleme alınış biçimidir. TSHK m.124'e göre taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması, 12 Ekim 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı “sözleşme ve protokollerin” hükümlerine göre belirlenir. Bu ifadedeki “bu Sözleşmeyi değiştiren” ifadesine “*ve onun yerine geçmek üzere hazırlanan*” (TTK m.1328³⁷) şeklindeki ifade-nin eklenmesi daha uygun olacaktır.

2. Yurtiçi Havayolu Taşımaları Üzerindeki Etkisi Yönünden Montreal Sözleşmesinin Getirdiği Değişiklikler

Yurtiçi havayolu taşımaları bakımından uluslararası Sözleşmelerin uygulanması söz konusu olduğuna göre ülkemiz mevzuatı açısından nispeten yenilik arz eden MS ile getirilen değişikliklere de değinilmesi gerekir. Burada özellikle MS tarafından getirilen yeniliklerin, yurtiçi havayolu taşıyıcısının sorumluluğunun sınırlandırılması (TSHK m.124) bakımından getirdiği değişiklikler ele alınacağından, öncelikle Sözleşmenin 17-22. ve 24. maddelerinde yer alan hükümlerin irdelenmesi gerekir.

a. Sorumluluk Sınırlarının Revize Edilmesi

MS'nin havayolu taşıyıcının sorumluluğu bakımından getirdiği ve yurtiçi havayolu taşımalarını etkileyebilecek en önemli değişikliklerden birisi Sözleşmenin 24. maddesinde yer almaktadır. Buna göre Sözleşmede öngörülen sorumluluk limitleri beş yılda bir gözden geçirilerek, belirli usul ve koşullara uygun olarak revize edilebilir. Nitekim bu hüküm gereği, eşya taşımada ziya, hasar ve gecikmeye ilişkin 17 ÖÇH'lik sorumluluk sınırı (MS 22/3), 19 ÖÇH'ye; yolcu taşımalarında gecikmeden doğan zararlara ilişkin 4.150 ÖÇH (MS 22/1) olan sorumluluk sınırı, 4.694 ÖÇH'ye; bagaj taşımada ziya ve hasara ilişkin 1000 ÖÇH olan sorumluluk sınırı (MS 22/2), 1.131 ÖÇH'ye; ölüm ve cismani zararlara ilişkin 100.000 ÖÇH olan ilk basamak sorumluluk sınırı (MS 21/1), 113.100 ÖÇH'ye çıkarılmıştır. Söz konusu reviziyona konu olan sorumluluk sınırları 30.12.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir³⁸. Bundan böyle hem yurtiçi hem de yurtdışı havayolu taşımaları bakımından taşıyıcısının sorumluluk sınırlarının dinamik bir yapıya kavuşturulduğu ifade edilebilir.

³⁷ 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılmasına İlişkin Sözleşmeye yapılan atf için benimsenen ifade daha uygundur.

³⁸ Bkz. LE 3/38.1-09/87, 04. 11. 2009 [http://folk.uio.no/erikro/WWW/cog/087e.pdf] (26.11.2012) ; Birinci Uzun T., Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 2012, s.150, dn.612.

b. Eşya/Yük Taşıyıcısının Ziya, Hasar ve/veya Gecikme Nedeniyle Sorumluluğu

Gönderen, yükün varma yerinde tesliminde özel menfaat beyanında bulunmadığı ve bunun için gerektiğinde ek bir ücret ödemediği sürece, eşyanın ziya ve/veya hasara uğraması halinde her kilogram başına taşıyıcının sorumluluğu, 19 ÖÇH ile sınırlıdır (MS m.22/3). Söz konusu hükmün tamamı incelendiğinde de eşya taşımalarında taşıyıcının sorumluluğu bakımından 4. Nolu Montreal Protokolüyle değişik (1975) VS'den temelde bir farklılığın olmadığı anlaşılmaktadır³⁹. Esasında MS'nin eşya taşımalarında hava taşıyıcısının sorumluluğuna ilişkin hükümleri, 1975 tarihli 4 Nolu Montreal Protokolünden alınmıştır⁴⁰. Bu durumun doğal sonucu veya delillerinden biri de MS'ye göre eşya taşımalarında havayolu taşıyıcısının sorumluluğunun daima sınırlı olması, başka bir ifadeyle sınırsız sorumluluğun sadece yolcu ve bagaj taşımaları bakımından söz konusu olmasıdır⁴¹.

MS'nin gerek ulusal gerekse uluslararası eşya taşımalarında uygulanması bakımından dikkat edilmesi gereken hususlardan biri Türkçe resmi çeviride, eşya taşımalarında hava taşıyıcısının gecikmeden doğan sorumluluk sınırının belirtilmemiş olmasıdır. Bununla birlikte bu durum, taşıma hukukuna ilişkin konvansiyonlarda sıklıkla rastlanan tercüme hatalarından biri⁴² olmaktan öte bir anlam ifade etmemektedir. Zira orijinal metinlere göre eşya taşımalarında taşıyıcının sorumluluğunun miktarına ilişkin 19 ÖÇH'lik sınır, hem ziya ve/veya hasar hem de gecikmeden doğan sorumluluklar bakımından geçerli toplam bir üst sınırı ifade eder (MS m.22/3).

c. Yolcu Taşıyıcısının Ölüm veya Cismani Zarar Nedeniyle Sorumluluğu

Hava taşıyıcısının yolcu taşımalarına ilişkin sorumluluk süreci ise TSHK ile örülmektedir. Buna göre sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kazanın hava aracının içinde ya da herhangi bir iniş veya biniş (*embarking or disembarking*) faaliyeti⁴³

³⁹ 1929 Varşova Konvansiyonunda yük taşımalarında hava taşıyıcısının sorumluluğu, kilogram başına 250 Poincaré Frank ile sınırlandırılmış ve bu miktar Lahey Protokolü (1955) ile de muhafaza edilmiştir.

⁴⁰ Bkz. Dempsey/Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, Montreal, 2005, s.196-197; Gençtürk, s.220-221 ve dn.79; Sözer Bülent, *Havayolu İle Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sistemi'nin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi*", *Batider*, C.XXI, S.1, 2001, (s.141-192), (Montreal), s.167.

⁴¹ MS'nin bu hususu düzenleyen hükmü (MS m.22/5) 4. Nolu Montreal Protokolünün IX. maddesiyle değişik Varşova Konvansiyonunun 25. maddesinden aynen alınmıştır (Birinci-Uzun, s.157).

⁴² CMR'deki tercüme hataları ve doğru tercüme önerileri için bkz. Abuzer, *Kendigelen/Alihan Aydın, Karayolu ile Uluslar arası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR) - Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi*", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, (s.495-525) s.495-525; Abuzer, *Kendigelen/Alihan Aydın, Bibliyografyalı-Notlu-İçtihatlı Taşıma Hukuku Mevzuatı*, İstanbul, 2001 (Mevzuat), s.131 vd.; Arslan Kaya, *Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanması Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I)* ", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yay. No.715, (s.311-333) s.313, dn.6.

⁴³ Burada da resmi çevirinin yük taşımalarında kullanılan "yükleme veya boşaltma faaliyeti" kavramını kullandığını, oysa yolcular, herhangi bir yükleme aracı veya yükleyiciye ihtiyaç duymaksızın kendi irade ve fiilleriyle söz konusu faaliyetleri gerçekleştirdikleri dikkate alınarak, yolcu taşımalarında inmek veya binmek fiilleri kullanılmaktadır.

sırasında meydana gelmiş olması gerekir (MS m.17/1; TSHK m.120)⁴⁴. Bununla birlikte MS'de esaslı sayılabilecek en önemli değişiklikler, yolcunun ölümü ve yaralanması halinde hava taşıyıcısının sorumluluk sınırına ilişkin hükümlerle getirilmiştir⁴⁵.

1. Her şeyden önce ölüm ve cismani zararlardan dolayı hava taşıyıcısının miktar ile sınırlı sorumluluk (sınırlı şahsi sorumluluk) sistemi terk edilmiştir⁴⁶. Dolayısıyla havayolu taşıyıcısı, hem ulusal hem de uluslararası havayolu taşımaları bakımından geçerli olmak üzere, yolcunun ölümü ve cismani zararlarından dolayı meydana gelen bütün zararlardan (sınırsız şahsi sorumluluk) kural olarak sorumludur (MS m.21/1-2; TSHK m.124/1).

2. MS, yolcu taşımalarına ilişkin getirdiği iki basamaklı sorumluluk sistemiyle (*two tier*) de VS ve Protokollerinden ayrılmaktadır (MS m.21)⁴⁷. Bu sisteme göre yolcunun ölümü ve bedensel zarar görmesi halinde taşıyıcının ilk basamaktaki sorumluluğu, mutlak sorumluluk prensibine yaklaşmaktadır⁴⁸. Şöyle ki; ilk basamaktan kaynaklanan ve her bir yolcu için 113.000 ÖÇH olan sorumluluğu yönünden taşıyıcı sorumluluktan kurtulma veya sınırlandırma hakkı imkânına sahip değildir (MS m.17/1 ve m.21/1). Sorumluluktan kurtulma imkânı, yalnızca ilk basamak sınırını (113.000 ÖÇH) aşan miktarlar bakımından söz konusu olabilir (MS m.21/2-a ve b). İlk basamak için taşıyıcı mücbir sebepleri dahi ileri süremez⁴⁹; sadece müterafık kusura dayanabilir (MS m.20)⁵⁰. Öte yandan ilk basamaktan sorumlu tutulabilmesi için taşıyıcının kusurlu olması veya bunun davacı tarafından ispat edilmesi şart değildir. Daha doğru bir ifadeyle taşıyıcının ilk basamaktaki sorumluluğu kusursuz sorumluluk ilkesine dayanır.

3. Söz konusu sorumluluk sistemi, her iki basamak bakımından geçerli olmak üzere Varşova sisteminde benimsenen gerçek zararın tazmin edilmesi ilkesinden ayrılmıştır. Buna göre taşıyıcının, ancak davacı tarafından ispat edilebilen gerçek zararı tazmin etmesi söz konusu olabilir. Kısaca 113.000 ÖÇH'lik sınır, bir üst sınır olup, maktu bir tazminat ödemesi değildir⁵¹.

4. Taşıyıcının ikinci basamaktaki sorumluluğu ise hem kusur ilkesine dayanır, hem de sınırsızdır. Bununla birlikte taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu gerektiren kusurunun ispatı bakımından VS sisteminden sapıldığı savunulabilir. Zira genel olarak taşıma hukukunda ve VS'de taşıyıcının sınırsız sorumluluğuna neden olan kusurunun tespiti bakımından ispat yükü gören/davacı üzerindedir (TSHK m.126; VS m.25; CMR m.29; CIM m.44; TTK m.886). Buna karşılık MS'de taşıyıcının ikinci basamaktan sorumluluğuna sebep olan kusurunun tespiti bakımından ispat yükünün kimin üzerinde olduğu belirsiz olduğunun ileri sürülmesine rağmen⁵², ispat yükü taşıyıcı üzerinde

⁴⁴ VS'ye göre taşıyıcının sorumluluk süreci hakkında bkz. Kırman, s.67 vd.; Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.161.

⁴⁵ Yolcu taşımalarında sorumluluk hükümleri 1995 IATA Intercarrier Agreement'teki "two tier" sisteminden esinlenerek düzenlenmiştir (bkz. Gençtürk, s.6 ve dn 36 ile s.221 ve dn.79).

⁴⁶ Birinci-Uzun, s.149.

⁴⁷ Birinci-Uzun, s.149.

⁴⁸ Moore L., The New Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention, Tulane Journal of International & Comparative Law, Vol.9, 2001, s. 227.

⁴⁹ Taşıyıcının, hava türbülansı gibi olayları bahane ederek sorumluluktan kurtulmasını engellemek amacıyla mücbir sebep savunmasının kabul edilmemesine ilişkin bkz. Dempsey/Milde, s.168.

⁵⁰ Dempsey/Milde, s.179.

⁵¹ Dempsey/Milde, s.182.

⁵² Batra, s.442.

birakılmıştır⁵³. Taşıyıcının ikinci basamaktan kaynaklanan sorumluluğunu önleyebilmesi için zararın kendisinin veya yardımcılarının kusuruna dayanmadığını veya sadece bir üçüncü kişinin kusuru sonucu meydana geldiğini ispat etmesi gerekir (MS m.21/2 a-b)⁵⁴.

5. İkinci basamaktaki sorumluluğun temeli olan kusurun tanım ve türü bakımından da değişiklik vardır. Varşova ve Varşova-Lahey sisteminden farklı olarak, sınırsız sorumluluğun dayanağı olan pervasızca davranış kusuru (*wilfull misconduct*) (VS m.25) yerine “*kusur ya da diğer yanlış bir fiil ya da ihmal*” kusuru kavramı (MS m.21/2-a ve b) kabul edilmiştir⁵⁵. Dolayısıyla MS m.21’e göre bedensel bütünlüğe gelen zarar, Sözleşmede tanımlanan kusur nedeniyle meydana gelmişse sorumluluk sınırsızdır. Diğer bir deyişle taşıyıcının kastı veya pervasızca davranış kusurundan oluşan iki tür ağır kusurunun ispat edilmesi koşuluyla sınırsız sorumluluğu kabul eden VS’deki anlayış terk edilmiş ve yerine sadece taşıyıcının kusurunu yeterli gören sistem getirilmiştir.

d. Bagaj Taşması Nedeniyle Sorumluluk

Havayolu taşıyıcısının bagaj taşımaktan doğan sorumluluk sebepleri ve süreci bakımından MS ile TSHK arasında herhangi bir fark olmadığı ifade edilebilir. Buna göre taşıyıcı, kontrol edilmiş bagajın hava aracı içinde meydana gelen olaylar nedeniyle veya taşıyıcının sorumluluğu altındayken ziya ve/veya hasara uğraması ya da gecikmesi halinde sorumludur (MS m.17/2, 19; TSHK m.121/1-2).

Bagaj taşımada taşıyıcının sorumluluğu bakımından VS ile TSHK’de benimsenen “*tescil edilmiş bagaj*” kavramı yerine “*kontrol edilmiş bagaj*” kavramı kullanılmıştır. Bu yeni kavramın, teknolojik gelişmelere ve günün şartlarına daha uygun olduğu ifade edilebilir⁵⁶.

aa. Kontrol Edilmiş Bagaj Nedeniyle Sorumluluk

Kontrol edilmiş bagaj, taşıyıcı tarafından yolcuya bagaj tanımlama kuponu (etiketi)⁵⁷ verilen eşyalardır (MS m.3/3). Buna göre havayolu şirketinin elemanları tarafından tartı vb. işlemleri yapıldıktan sonra, kupon verilerek yolcudan teslim alınan veya el bagajı olarak yolcuya teslim edilen bagaj, kontrol edilmiş bagaj olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle MS tarafından benimsenen “*kontrol edilmiş bagaj*” kavramı ile VS tarafından benimsenen “*tescil edilmiş bagaj*” kavramı arasında herhangi bir fark olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

VS ile MS arasındaki farklılardan biri de bagaj taşımada sorumluluk sınırına esas alınan ölçü birimi bakımındandır. VS’de taşıyıcının “*tescil edilmiş*” bagaj için sorumluluğu, “*kilogram başına 250 Frank*” ile sınırlıdır (VS m.22/2). Buna karşılık MS’ye göre kontrol edilmiş bagajın ziya ve/veya hasar ya da gecikmesinden⁵⁸

⁵³ Cheng, s.849.

⁵⁴ Moore L., The New Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention, Tulane Journal of International & Comparative Law, Vol.9, s.227-228. Bu ispatın taşıyıcı için oldukça güçlük arz edeceği konusunda bkz. Dempsey/Milde, s.182.

⁵⁵ Cheng, s.849.

⁵⁶ Zira günümüzde bagajın tescil edilip edilmemesi bakımından yolcunun herhangi müdahalesi söz konusu olamaz. Bu durum tamamen taşıyıcı firmanın iç işleyişi ile ilgili bir karar olarak görünmektedir.

⁵⁷ Bagaj tanımlama kuponunda hangi bilgilerin bulunması gerektiği açık değildir. Uygulamada kalkış ve varış yerleri, uçuş numarası gibi hususlar bulunmaktadır (Dempsey/Milde, s.89).

⁵⁸ Burada da orijinal metinde olmasına rağmen, Türkçe resmi çeviride “*gecikme*” ibaresi yer almamıştır.

kaynaklanan zararlardan dolayı taşıyıcının sorumluluk sınırı, “her yolcu için” 1.131 ÖÇH’dir (MS m.22/2).

Kontrol edilmiş bagajın kaybolduğu, taşıyıcı tarafından kabul edilirse veya ulaşması gereken tarihten itibaren 21 gün içinde teslim edilmezse yolcu, bagajının zayı olduğu gerekçesiyle taşıma sözleşmesinden doğan haklarını kullanabilir (MS m.17/3).

Kontrol edilmiş bagajın ziya ve/veya hasarı halinde, taşıyıcının sorumsuzluk sebepleri bakımından da MS ile TSHK arasında farklılıklar bulunmaktadır. VS ile TSHK’ye göre taşıyıcı, kendisinin veya yardımcılarının zararı önlemek için gerekli bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma imkânı olmadığını ispat ederse sorumlu olmaz (VS m.20; TSHK m.123). MS’de ise bagaj taşınmasında sorumsuzluk sebepleri, yolcu ve eşya taşımalarında sorumsuzluk sebeplerinden ayrı ve farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre zarar bagajın kendi kusurundan, kalitesizliğinden veya kötüliğünden kaynaklanıyorsa taşıyıcı sorumlu olmaz (MS m.17/2).

bb. Kontrol Edilmemiş Bagaj Nedeniyle Sorumluluk

Kontrol edilmemiş bagajın ziya ve/veya hasarından doğan zararlar söz konusu olduğunda ise taşıyıcının sorumluluğu kusur ilkesine dayanır. Buna göre “*Kişisel eşyalar dâhil olmak üzere, kontrol edilmemiş bagajların olduğu durumlarda*”, zarar taşıyıcının ya da yardımcılarının kusuruna bağlı olarak meydana gelmiş ise taşıyıcı sorumludur (MS m.17/2- son cümle).

Kontrol edilmemiş bagajdan dolayı taşıyıcının sorumluluğuna esas tutulan kusur bakımından ispat yükünün kimin üzerinde olduğu belirli değildir. Taraflar arasındaki ilişkinin taşıma sözleşmesine dayandığı kabul edilirse ispat yükünün taşıyıcı üzerinde olduğu sonucuna varılmalıdır. Buna karşılık taşıyıcının kontrolünden geçmemiş ve muhtemelen ondan habersiz olarak uçağa alınan el bagajı ve kişisel eşyalar açısından taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulmadığı ve ilişkinin haksız fiil hükümlerine tabi olduğu kabul edilirse, ispat yükünün yolcu üzerinde olduğu kabul edilmelidir⁵⁹.

Kusur bakımından ispat yükünün taşıyıcı üzerine olduğu kabul edilse dahi kontrol edilmiş bagaj sorumluluğu ile kontrol edilmemiş bagaj sorumluluğu arasındaki nitelik farkı, ispat yükünün kapsamı bakımından da önem arz eder. Buna göre kontrol edilmiş bagaj sorumluluğu söz konusu olduğunda, yolcunun, zararın taşıyıcının sorumluluk süreci içinde meydana geldiğini ispat etmesi yeterlidir. Bundan sonra kontrol edilmiş bagaja dair sorumluluktan kurtulmak isteyen taşıyıcının, MS tarafından sınırlı sayılı şekilde belirlenmiş olan sorumsuzluk sebeplerinden birinin gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir (MS m.17/2 - ikinci cümle). Oysa kontrol edilmemiş bagaj sorumluluğundan kurtulmak isteyen taşıyıcının, zararın kendisinin veya yardımcılarının kusurundan doğmadığını ispat etmesi yeterlidir (MS m.17/2 - son cümle). Yani bu halde, taşıyıcının sorumsuzluk sebepleri sınırlı sayıda değildir.

Kontrol edilmemiş bagaj nedeniyle taşıyıcının sorumluluk süreci MS’de açıkça belirlenmemiştir. Dolayısıyla kontrol edilmiş bagaj dolayısıyla taşıyıcının sorumluluk sürecini düzenleyen hükümlerin, kıyasen kontrol edilmemiş bagaj sebebiyle de uygulanması gerekir.

⁵⁹ Dempsey/Milde, ayrıntıya girmeksizin kontrol edilmemiş bagajdan dolayı sorumlu tutulabilmesi için davacı tarafın, zararın taşıyıcının kusurundan doğduğunu ispat etmesi gerektiğini ileri sürer (Dempsey/Milde, s.123).

e. Gecikme Zararları Nedeniyle Sorumluluk

MS’de havayolu taşıyıcısının yolcu, bagaj ve eşya taşımada gecikmeden doğan zararlardan sorumluluğu ortak bir hükümle düzenlenmiştir. Buna göre taşıyıcının gecikmeden kural olarak sorumlu olmakla birlikte, eğer kendisinin veya yardımcılarının zarardan kaçınmak için gerekli bütün önlemleri aldıklarını veya bu türden önlemlerin alınmasının mümkün olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur (MS m.19). Görüldüğü gibi gecikme zararlarından sorumluluk ve kurtuluş sebepleri bakımından VS ve TSHK ile MS arasında bir farklılık bulunmamaktadır⁶⁰. Dolayısıyla TSHK’nın 122. maddesi ile yalnızca gecikmeden doğan sorumlulukla sınırlı olmak üzere 123. maddesi, halen yürürlüğünü devam ettirmektedir.

f. Müterafık Kusur

MS, VS’de olduğu gibi müterafık kusuru bir sorumluluktan kurtulma sebebi olarak düzenlemiştir (MS m.20). Söz konusu hüküm, aynı konuyu düzenleyen VS’nin 21. maddesindeki hükümden daha ayrıntılı olmasına rağmen, temelde bir farklılık bulunmamaktadır. Bununla birlikte VS’nin 21. maddesindeki iç hukuka (*lex fori*) yapılan gereksiz atıf⁶¹ kaldırılmış ve müterafık kusura ilişkin hükmün bütün sorumluluk hallerinde (ölüm, cismani zarar, gecikme, ziya ve hasar) uygulanacağı açıkça hükme bağlanmıştır. TSHK’da benzer bir hüküm bulunmadığından 106 ve 124. maddelerdeki atıflar nedeniyle MS’deki müterafık kusura ilişkin hükümler yurtiçi havayolu taşımalarına da uygulanmalıdır.

IV. SONUÇ

TSHK kapsamında gerçekleştirilen yurtiçi havayolu taşıma sözleşmelerine uygulanacak hükümler bakımından Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası havayolu taşımalarını düzenleyen konvansiyonlardaki değişikliklerin büyük önemi bulunmaktadır. Zira TSHK’nın 106. maddesine göre Kanunda hüküm olmayan hallerde ve 124. maddesine göre de “taşıyıcının sorumluluğunun sınırlanması” hususunda Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlardaki hükümler uygulanır. Bu bakımdan Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlarda bulunan ve “taşıyıcının sorumluluğunun sınırlanması” hakkındaki hükümlerin uygulanması için TSHK’da hüküm bulup bulunmamasının bir önemi yoktur. Daha doğru bir ifadeyle Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlardaki söz konusu hükümler, sonraki kanun olarak TSHK hükümlerini değiştirebilmektedir.

TSHK kapsamındaki taşıma sözleşmelerine uluslararası konvansiyonlardaki hükümlerden sonra uygulanması gereken iç hukuk hükümlerinin belirlenmesi hususunda doktrinde yaşanan tartışma bakımından TTK’nın yürürlüğe girmesi önemlidir. Kanaatimizce TSHK ve TTK’ya göre uluslararası konvansiyonlarda hüküm bulunmayan hallerde yurtiçi havayolu taşıma sözleşmelerine taşıma işlerini düzenleyen ve TTK’nın Dördüncü Kitabında yer alan hükümlerin uygulanması gerekir (TSHK m.106; TTK m.850/3 ve m.852).

⁶⁰ Havayolu taşımalarında gecikmenin genellikle hava koşulları ve uçuş güvenliği ile ilgili olmasından dolayı genellikle gecikmeden doğan sorumluluğun ağırlaştırılmasına sıcak bakılmamaktadır. MS’nin yukarıda anılan hükmü de bu düşüncenin ürünü olarak herhangi bir değişiklik getirmemiştir.

⁶¹ VS m.21’deki “*Kendi kanunlarının hükümlerine göre...*” ifadesinin gereksizliği ile verilmesi gereken anlamı için bkz. Özdemir, s.263; Ayrıca farklı görüşler için bkz Gençtürk, s.177, dn.271; Kırman, s.122 vd.

Havayolu taşıma sözleşmeleri hakkında Türkiye'nin taraf olduğu son konvansiyon MS'dir. MS'nin VS sisteminde yer alan hükümlerden ayrıldığı noktalar, anılan atıflarla sınırlı olmak üzere (TSHK m.106, 124) yurtiçi hava taşıma sözleşmeleri bakımından da geçerlidir.

MS, özellikle sorumluluk sınırlarının belirli usul ve şartlara uyularak güncellenmesine imkân vermesi, yolcu taşımalarında iki basamaklı sorumluluk sistemini getirmesi, bagaj taşımalarında kg esasına dayalı sorumluluk sınırını terk ederek yolcu başına sorumluluk sınırı belirlemesi ve kontrol edilmemiş bagajdan sorumluluğu düzenlemesi gibi hususlarda getirdiği yeni hükümlerle yurtiçi havayolu taşımaları bakımından da uygulama alanı bulacaktır.