

10 OTURUM

TEBLİĞ

*** DENİZ HUKUKU'NDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI**

Doç. Dr. Pınar AKAN

*** 6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NU
BEKLERKEN TÜRK TİCARET KANUNUN'DA KILAVUZLUK
KURTARMA İLİŞKİSİ**

Av. Hasan HÜRMAN

DENİZ HUKUKU'NDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Doç. Dr. Pınar AKAN*

ÖZET

Çalışmamızda alternatif çözüm yollarının neler olduğu belirtilerek,günümüzde de çok tartışılan arabuluculuk müessesesinin önemi,avantaj ve dezavantajları ile diğer çözüm yollarının karşılaştırılması yapılarak basta SMA,LLMA ve BIMCO'daki düzenlemeler olmak üzere deniz ticaret hukuku alanındaki uygulaması üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelime: Arabuluculuk

ABSTRACT

In our study after the concept of alternative dispute resolutions mentioned in general, mediation will be underlined. Not only the goals,but also pros and cons of mediation will be analysed and legal evaluations -taking into consideration of the mediation clauses in SMA,LLMA and BIMCO- will be made.

Keywords: Mediation

KISALTMALAR

Art.	: Article
BIMCO	: Baltic and International Maritime Conference
Disp.	: Dispute
dn	: Dipnot
Ed.	: Edition
Harv.	: Harvard
J.	: Journal
L.	: Law
LMAA	: London Maritime Arbitration Association
Mar.	: Maritime
Negot.	: Negotiation
P&I	: Protection and Indemnity
Q.	: Quarterly
Resol.	: Resolution
Rev.	: Review
s.	: Sayfa
SMA	: Society of Maritime Arbitrators
St.	: State
Tul.	: Tulane
UK	: United Kingdom
Vol.	: Volume

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Dünya üzerinde insanlar gerek günlük yaşantılarında gerekse iş hayatlarında her türlü ihtilafların çözümüyle uğraşır. Gündelik hayatımız müzakere ile geçmektedir. Aslında karşılaştığımız sorunlarla baş etmeyi müzakere olarak algılamasak da geride d-urup baktığımızda devamlı müzakere halinde olduğumuzu görebiliriz.

Hukuk düzeni, yıllar boyu bize uzlaşma imkanı sağlayarak, ihtilafların çözümü-nde ister hakemlik ister yargı yolundan yararlanma imkanı vermiştir.¹

Rekabet ortamının yoğun olduğu ticari hayatta ise ihtilafların ortaya çıkması kaçınılmazdır.Son yıllarda ihtilafların çözümünde, yargı yoluna gitmekten ziyade gerek zamandan tasarruf gerekse daha az maliyetli olması açısından alternatif çözüm yollarına başvuruya rağbet artmaktadır.Özellikle ticari ihtilafların çözümünde arabuluculuk müessesesine müracaat hızla artmaktadır. Brokerler gibi profesyonel uzlaşmacılara güvenin yüksek olduğu deniz ticareti alanında da ihtilafların çözümünde alternatif çözüm yollarına başvurulmaktadır²

I- Denizcilik Sektöründe İhtilafların Çözümüne İlişkin Gelişim ve Değişen Tutumlar

Denizcilik sektörü yüzyıllar boyu bir şekilde uyumsuzlukların sonlandırılması için başta tahkim olmak üzere alternatif çözüm yollarından yararlanmıştır. Bir ihtilaf halinde brokerlar deniz hukukuna ilişkin sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda arabulucu gibi hareket etmişler³ ve ihtilafın çözümünde, günümüzde olduğu gibi hukukçulardan ziyade etkin rol oynamışlardır.

1970'li yıllarda donatanlar P&I Klüpleri tarafından sunulan ek F.D.&D. (Freight, Demurrage&Defense) poliçesinin avantajlarından yararlanmaya başlamışlardır. F.D.&D ek poliçesi donatana, sözleşmenin karşı akidine ya da kendisine bu hususta husumet yöneltilmesi ihtimalinde donatanın adına yasal temsilci temini öngörmektedir. Söz konusu sigorta teminatının gündeme gelmesiyle gemi brokeri P&I Klüp tarafından arabulucu yerine geçmektedir.^{4 5}

¹ Measter/Skoufalos, s.3

² Measter/Skoufalos, s.4

³ Bu hususta yapılan bir röportajda Besman, donatan ya da chartererimin bir sorunu olduğunda ilk iş karşı tarafla bir toplantı ya da öğle yemeği ayarlar, onları uzlaştırmaya çalışırım.Bu şekilde uzlaşma sağlayamamışsam, artık söz konusu sorunun gideceği yer tahkimdir." şeklinde ifade etmiştir. Bkz.. [www.westpandi.com\(rules directory\)](http://www.westpandi.com/rules_directory)

⁴ Measter/Skoufalos, s.4

⁵ Örnek vermek açısından, West of England P&I Club'da yer alan F.D.&D kurallarınuyarınca Klup teminatına inceleyecek olursak Klüp üyelerini;

- sigorta konusu geminin sigorta süresi içinde sebep olduğu tüm olaylarda,
- üyenin menfaati açısından sigorta konusu gemi ve onunla bağlantılı olarak charterparti, konişmento ya da sair navlun sözleşmesinden doğan navlun,ölü navlun,sürastarya ücretlerinde
- sigorta konusu geminin kurtarma gemisi ya da kurtarma hizmetinde kullanılmak üzere dizayn edilmiş ya da kurtarma gemisi olarak değiştirilmiş olması ve kurtarma hizmetinde kullanılması halinde hapis,kurtarma, müşterek avarya masraf ve garamesine iştirak hallerinde
- Sigorta konusu gemi tarafından verilen hasar,
- geminin işletilmesi ile bağlantılı kamu idareleri ya da yetkilileri tarafından araştırma ve soruşturmada temsil
- sigorta konusu gemi üzerine konulan ipotek ya da buna ilişkin sözleşmelerde
- sigorta konusu geminin alım ve satımı, yapımı ve tamiri için yapılan sözleşmeler ve söz konusu sözleşmelerle bağlantılı garantilerde sözleşmenin sigorta sözleşmesinin başlangıcı ya

Her ne kadar uyuşmazlıkların çözümü için P&I Klüp tarafından vekalet verilen avukatlar karşı tarafla anlaşmaya çalışsalar da saat başı ücret alarak çalışmaları sebebiyle uyuşmazlıkları masa başında ve hızlı bir şekilde halletmek için çok motive oldukları söylenemez. Zira onlar temsil etmek ve müvekkili adına kazanmak için çalışmaktadır.⁶ Gelişmiş ülkelerde toplumun refah seviyesi arttıkça yargı yoluna başvuruda artışlar görülmüştür. Denizcilik sektöründe de durum bu şekilde gelişmiştir; ancak son yıllarda tahkim yoluna talep artmıştır. Bu hususta davaların hatırı sayılı bir kısmında Londra ve New York tahkim merkezi iken, denizcilik sektöründe fazla görülmesine de buna Hong Kong, Singapur, Pekin, Sanghay ve Paris de eklenmiştir.

Yıllar geçtikçe hakem önünde biriken davaların sayısındaki artışla doğru orantılı olarak hakem ücretleri de artış göstermiş ve uyuşmazlığın sonuca ulaşması vakit almaya başlamıştır. Bu duruma sebep olarak F.D.&D'yi öne süren P&I Klüpleri suçlansa da tahkim ve yargı masraflarını protesto ederek söz konusu masrafların azaltılması için girişimlerde bulunulması gerektiğini ifade eden de yine P&I Klüpler olmuştur.⁷ Ancak denizcilik sektörünün ağırlıklı bir bölümü bu hususta vekalet ücretlerinin oldukça yüksek olması nedeniyle avukatları suçlarken onlar da müvekkil donatanları uyuşmazlıkları sonlandırmak için ucuz, etkili diğer yolları kabul etmemekle suçlamışlardır. Sonuçta sektördeki herkes kendileri dışında kalanları bu durumdan sorumlu tuttuklarından kısırdöngü aşılamamış ve özellikle İngiltere'de tahkimin yargı yolundan çok daha masraflı hale gelmesine sebep olmuştur.⁸

Deniz hukuku alanındaki ihtilafların çoğunda tahkim tercih edilmekte olup bu alanda yargı yoluna müracaat neredeyse sınırlı hale gelmiştir; ancak hakem ücretlerinin oldukça yüksek olması ve sonuca ulaşmanın da eskisi kadar hızlı olamaması nedeniyle tahkim yolu da artık cazibesine yitirmeye başlamıştır. F.D.&D ek poliçesini bize tanıtan P&I Klüpler de bu hususta yeni bir arayış içine girmişken kuru yük chartereri Cargill,⁹ EuroMed Charter Party'ye eklediği kloz ile arabuluculuğun denizcilik sektöründe yer almasına katkı sağlamıştır. Şöyle ki;

"Tarafların makul bir anlaşmaya varamamaları halinde taraflar CEDR Londra'da öngörülen arabuluculuk prosedürü uyarınca uyuşmazlıklarını arabulucuya götürecekleri hususunda anlaşacaklardır. Taraflar ayrıca talep ettikleri takdirde CEDR tarafından seçilecek arabulucuyu da kabul edeceklerdir. Arabulucunun seçilmesinden itibaren 35 gün geçmesine rağmen tarafların imzaladığı bir uzlaşma metninin ortaya çıkmaması halinde uyuşmazlığın çözümünde Londra tahkime gidilecektir."¹⁰

da süresi içinde yapılmış olması ya da idarecilerin yazılı olarak ömz konusu sözleşmelerden doğacak ihtilaf ya da tazminat taleplerini kabul etmesi şartıyla teminat sağlamaktadır.

Üyenin-karşı tarafa ödenecek olan masraf ve ücretler de dahil olmak üzere- yukarıda sayılan hususlarla doğrudan bağlantılı tüm uyuşmazlık ve tazminat talepleri sonucu oluşan masrafları Klüpten talep edebileceği gibi söz konusu hususlarla bağlantılı hukuki yardım alabilir.

Yönetimin yazılı onayı yoksa ya da bu kurallarda yazılı olan düzenlemeler ya da muhafiyet/sınırlandırmaya ilişkin kayıt/klozlarla hariç tutulmuşsa söz konusu masraf ve ücretlerin ödenmesi Klüpten talep edilemez. Ancak Klüp her halukarda 5 milyon USD aşan ödeme yapamaz.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. Measter/Skoufalos, s.5

⁷ Aston, 14th.Int.Congress of Maritime Arbitrators, (bkz. ,Measter/Skoufalos,dn.10)

⁸ Aston, 14th.Int.Congress of Maritime Arbitrators, (bkz. ,Measter/Skoufalos,dn.10, s.6)

⁹ www.cargill.com

¹⁰ EuroMed Charter Party Form 1983 (rev.1997)

I- Arabuluculuk

A-Kavram

Müzakereye yardımcı bir çözüm yolu olarak arabuluculuk¹¹ iki ya da daha fazla şahsın, "arabulucu" olarak adlandırılan üçüncü bir şahsın yardımıyla ihtilaflarını çözmeye çalışmasıdır.¹²

Arabulucu kural olarak ihtilafın çözümü hususunda deneyimli bir kişi olup tahkim müessesesindeki hakemin aksine taraf tutmaz ya da karar vermez.¹³ Görevi ihtilafın taraflarına hedeflerini değerlendirmeleri ve kendi çözümlerini bulma hususunda alternatifleri görmeleri bakımından yardımcı olmaktadır.¹⁴

Ihtilaf halinde alternatif çözüm yollarını karşılaştıracak olursak:^{15 16}

PROSEDÜR	ARABULUCULUK	TAHKİM	YARGI YOLU
Kim Karar Verir?	Taraflar	Hakem	Hakim
Kim Kontrol Eder?	Taraflar	Hakem/Vekiller	Mahkeme
Prosedür	Resmi değildir. Gizlilik esası vardır ve tarafların rahatça konuşup kendilerini ifade edebilmeleri için bazı kurallar getirilmiştir.	Üzerinde mutabakat sağlanmış kurallara ve prosedüre izin verilmiştir.	Resmi
Süre	Max. birkaç hafta	Max. birkaç ay	Birkaç yıl
Taraflara Maliyeti	Düşük	Orta	Yüksek
Delil ibraz kuralları	Yok	Var, resmi olmayan	Komplike
Aleniyet	Gizli	Genelde gizli	Kamuya açık
Tarafların ilişkileri	İşbirliği çabaları gelişebilir	Hasım	Hasım
Konsantrasyon	Gelecek odaklı	Geçmiş	Geçmiş
Müzakere metodu	Fedakarlık	Yoğun pazarlık	Yoğun pazarlık
İletişim	Genellikle gelişmiş	Bloke	Bloke
Sonuç	Başarılıysa çift kazanç	Kazanma/kaybetme	Kazanma/kaybetme

¹¹ Huber/Huber, (I), s.276;Ware, s.201

¹² Roberts/Palmer, s.154, AlfinI/Press/Sternlight/Stulberg, s.1, ;Grenig,s.65

¹³ Ordoner/Donoff, s.54

¹⁴ Charness, s.216

¹⁵ Lovenheim, (I) s.13

¹⁶ Lovenheim,(II) s.1.12

B- Önemi

Arabuluculuk müessesesinde kilit nokta zorlayıcı olmamasıdır. Şöyle ki, arabulucunun herhangi bir kararı empoze etme yetkisi olmadığından her iki taraf da kabul etmediği takdirde bir uzlaşma söz konusu olamayacaktır. Tarafların karşılıklı uzlaşması halinde söz konusu anlaşmanın şartları bağlayıcı hale getirilebilecektir.¹⁷

Arabuluculuk müessesesinin kabulü yasal haklardan vazgeçme anlamına gelmemektedir. Arabuluculuk görüşmeleri sonucu bir anlaşmaya varılamaması halinde tarafların, önceden kararlaştırılmışsa tahkim yoluna ya da yargı yoluna gitme hakları saklıdır.¹⁸

Arabuluculuğun asıl amacı ihtilafların, ihtilafın tarafları açısından inandıkları ve güvendikleri bir şekilde çözüme ulaştırılmasıdır. Bu anlamda arabuluculuk geçmiş değil gelecek odaklıdır.¹⁹ Zira yargı yoluna gidildiğinde hakim geriye dönüp durum değerlendirmesi yapıp, kimin haklı kimin haksız olduğunu, kanun ya da sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini dikkate alarak karar verdiğiinden yargı yolu geçmiş odaklı olarak kabul edilebilmektedir.²⁰

Bir ihtilaf ister tamamen çözüme ulaşsın ister ulaşmasın arabuluculuk müessesesinin getirdiği tali faydalar da bulunmaktadır. Öncelikle tarafların iletişimlerinin gelişmesinde, bir tarafın, karşı tarafın bakış açısını daha iyi anlaması, yüz yüze görüşmenin sağladığı iletişim avantajı olarak karşı tarafı dinleme ve sorununu ifade edebilme ve arabulucu tarafından yapılan yorumlar dikkate alınarak tarafların durumundan güçlü ve zayıf oldukları hususları anlama bakımından büyük katkı sağlamaktadır.

Arabuluculukta amaç anlaşma zemini aramaktır. Buna karşılık tahkimde amaç ise nötr üçüncü şahsın taraflara uygun gördüğü çözüm yolunu empoze etmesidir.

Arabuluculuk kesinlikle bir yargı yolu değildir. Arabuluculukta yargılama yapılmadığı gibi karar da verilmez. Arabulucu sadece uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olan, çözüm ortamı hazırlayan kişidir. Kendisinden beklenen, tarafları sulh etmesidir. Taraflar isterse uzlaşma metni hazırlar. Taraflar uzlaşmak istemezlerse buna zorlanamazlar. Başarısı arabuluculara bağlıdır. Zira arabulucular aslında hakim gibi hüküm vermeyip, tarafların kendi müzakere ortamında kendi çözümlerini üretmelerine yardımcı olarak zor bir iş üstlenmektedirler.

Başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa, arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir. Arabulucunun ihtilaf konusu üzerinde tecrübeli olmasından ziyade genellikle çözüm teknikleri hususunda tecrübeli olması önem arz etmektedir.

C-Avantajları

a- Süratlilik

İhtilafın konusuna ve türüne bağlı olmakla birlikte arabuluculuk müessesesi hızlı ilerler. Genellikle talepten itibaren birkaç hafta ile birkaç ay içinde arabuluculuk görüşmelerine başlanır. Görüşmeler de ihtilafın konusuna göre en az birkaç saat en fazla birkaç hafta sürer. Buna karşılık yargı süreci uzun ve meşakkatli olup yıllarca sürebilir.

¹⁷ Picker, s.2

¹⁸ Lovenheim,(II) s.1.4

¹⁹ Goldberg/Sanders/Rogers/Cole, s.111

²⁰ Lovenheim,(II) s.1.5

Arabuluculuk müessesinde arabulucular ihtilafların çözümünde bir gelişme kaydettiklerine inandıkları sürece görüşmeleri devam ettirirler.²¹

b- Gizlilik

Arabuluculuk görüşmeleri, "İhtilaf olduğunu kimsenin bilmesine gerek yok" mantığından hareketle gizli yapılmaktadır. Yargı yoluna gidildiğinde mahkemede söylenenlerin çoğu kamuya açık olup gizlilik söz konusu değildir.²² Ancak arabuluculuk görüşmelerinde söylenenler özel olup başarı sağlanamama ihtimali olup da yargı yoluna gidildiğinde dahi mahkemede kullanılamaz. Gizlilik esası sayesinde tarafların şahsi, ailevi ve iş ilişkilerine zarar gelme ihtimali de söz konusu olmaz.^{23 24}

c- Düşük Maliyet

Arabuluculuk müessesesi tahkime ve yargı yoluna nazaran çok daha düşük maliyetli olup tarafların çok daha az masrafla uyuşmazlıkların çözümüne ulaşmalarına katkı sağlar.²⁵

d- Hakkaniyet

Arabuluculuk, tarafların ihtilaflarını kendi ihtiyaçları doğrultusunda çözmesi hususunda çok daha fayda sağlamaktadır. Öncelikle resmi bir prosedür söz konusu olmadığından²⁶ tarafların anlaşmanın sonucunu tatmin edici bulmadıkları takdirde kabul etmek zorunda değildirler.

e- Esneklik

Arabuluculuk sürecini taraflar kontrol eder ve karar da taraflar tarafından verilir. Ayrıca delil ibraz kuralları da olmadığından taraflar, önemli olduğunu düşündükleri hususlarda ihtilaflarıyla bağlantılı her konuyu gündeme getirebilirler.

f- Başarı

Arabuluculuk süreci başarılı geçtiği takdirde bu her iki taraf için de başarı demektir. Zira, ihtilafın çözümü hususunda her iki taraf da tatminkar sonuç elde etmiştir. Kaybeden tarafın genellikle üzgün ve kızgın olduğu yargı yoluna kıyasla arabuluculukta başarı her iki taraf için söz konusudur.²⁷

g- Daha Az Stres

Birçok kişi için yargı yoluna gitmek meşakkatli ve ürkütücüdür. Zira bazen anlamakta güçlük çekilen prosedürlerle karşılaşılma ihtimali olduğu gibi öte yandan bir tarafın kazanıp diğer tarafın kaybedeceği bir sonuç söz konusudur. Bu nedenle arabuluculuk yargı yoluna kıyasla çok daha az streslidir.

²¹ Örneğin, sabah 9.00'da başkayan arabuluculuk görüşmeleri saat 11.00'de sona erebilir. Ancak tarafların uzlaşması daha uzun zaman alacaksa öğle arasından sonra tüm öğleden sonra veya daha uzun sürebilir. Ancak uygulamada çok taraflı ihtilafların diğerlerinden daha uzun vakit aldığı görülmektedir. S

²² Frey, s.165; Kovach, s.35

²³ Lovenheim, (I) s.10

²⁴ McEwen/Cole/Rogers ,s. 9.10

²⁵ Craver, s.300

²⁶ Jasper, s.23

²⁷ Lovenheim, (I) s.10

D- Dezavantajları

a- Zorlayıcı Olmaması

Arabuluculuk müessesesinin en çok eleştirilen özelliklerinin başında zorlayıcı olmaması gelmektedir. Şöyle ki, arabulucunun bir kararı empoze etme yetkisi yoktur.²⁸

Taraflardan biri, yüzde yüz haklı olduğuna inanarak zaman kazanmak, maddi olarak tasarruf etmek ve daha az enerji harcamak amacıyla arabuluculuk yoluna başvurur ancak ihtilafın çözümünde başarı sağlanamazsa bu takdirde zaman ve enerji kaybının yanısıra düşük de olsa mali kayıp olacaktır;ancak bu durumun negatif olarak değerlendirilmeyeceği kanaatindeyiz zira arabuluculuk prosedürü resmi bir prosedür olmadığından, birkaç gün içinde anlaşma yoluna gidilemeyeceğinin öngörülmesi halinde taraflardan her birinin arabuluculuktan vazgeçme imkanı her zaman mevcuttur.

b-Taraflar Arası Güç Dengesizliği Olma İhtimali

Taraflardan birinin diğerine nazaran gerek mali gerekse konum itibariyle daha güçlü olması halinde zayıf taraf arabuluculukta belirgin bir dezavantaja sahip olabilir.²⁹ Ancak bu durumda da arabulucuya ciddi bir görev düşmektedir. Arabulucunun ihtilafı çözüme ulaştırma hususunda istekli olması halinde adil bir sonuca ulaşmak için her iki taraf dinlenerek ve anlaşmanın tüm şartlarının dikkatle değerlendirilmesi ile taraflar arası bu eşitsizliğin bertaraf edilmesi mümkün olabilecektir. Bu konuda arabulucu önem arz etmektedir. Arabulucunun görevini en iyi şekilde ifa edebilmesi için sahip olması gereken belli özellikler vardır. Öncelikle güvenilir ve tarafsız olması önemlidir. Ayrıca iyi insan ilişkilerine ve liderlik özelliğine sahip olmalıdır. Karşı tarafı dinleme, problem çözüm , güçlü müzakere ve espri yeteneğine sahip olmalıdır.Sabırlı ve esnek olup, arabuluculuk tecrübesi³⁰ bulunmalıdır. Ticari ihtilaflarda arabulucunun uygulamada genellikle ihtilaf konusu alanda saygı duyulan bir şahıs ya da hukukçu olduğu görülmektedir.³¹

c- Kaygan Zemin

İhtilafın taraflardan birinin arabuluculuk görüşmeleri sırasında duygusal davranarak sırf uyumlu görünmek adına kendisi için uygun olmayan bir anlaşmayı kabul ederek uzlaşma amacını içselleştirme riski altında olması ihtimali olabilir.³²

d- Tüm Kozların Açığa Vurulması

Etkili bir arabuluculukta taraflar karşı tarafın fedakarlık yaparak uzlaşmaya yanaşmasına ikna edebilmek amacıyla içinde bulunduğu durumu güçlendirmek için elindeki tüm kozları açığa çıkarır. Arabuluculuk görüşmeleri sonucu anlaşma sağlanamaması ve ihtilafın yargıya intikal etmesi halinde ise bazı hallerde arabuluculukta açığa çıkarılan bu kozların karşı tarafın mahkemede daha etkili bir savunma hazırlaması için kullanılma riski bulunmaktadır.³³

²⁸ Lovenheim,(II) s.1.8

²⁹ Palenski/Launer, s.68

³⁰ Kakalik/Dunworth/Hil/Oshiro/Pace, s.59;Roberts,s.99

³¹ Ambrose/Maxwell/Parry, s.31

³² Lovenheim,(II) s.1.9

³³ Lovenheim,(II) s.1.10

III- BIMCO Mediation Clause

Deniz hukukuna ilişkin ihtilaflarda alternatif çözüm yollarının kullanılması hususunda en önemli gelişme BIMCO'da yer alan tahkim klozunda yarılan düzenlemedir. Söz konusu düzenleme ile arabuluculuk temelli standart alternatif çözüm yolu getirilmiştir.

Donatanların haklarını korumak bakımından aktif bir rol üstlenen BIMCO³⁴, bu hakların korunması amacıyla carterparti ve çarterparti klozlarına ilişkin taslak hazırlama yoluna giderek söz konusu hazırlık aşamasında gerek donatanların gerekse çartererlerin görüşlerine başvurmuştur.³⁵

BIMCO'nun hazırladığı arabuluculuk klozu, mevcut standart tahkim klozunun içine dahil edilmiştir. Amaç, arabuluculuğun karşı tarafı oyalama taktiği olarak kullanılmasının engellenmesidir. Arabuluculuk müessesesi ihtiyaridir. Tahkim klozunun emredici olmasına karşılık BIMCO klozu uyarınca tarafların arabulucuya başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bir tarafın arabuluculuğa katılmaya zorlanması mümkün değilken karşı tarafın da arabuluculuğu reddetmesi hakemler tarafından gerek masraf gerekse ücret takdirinde dikkate alınacaktır.³⁶

IV- SMA Mediation Rules

New York'ta bulunan Deniz Hakemler Birliği de yakın zamanda arabuluculuğa ilişkin kurallar getirmiştir. SMA, resmi olarak BIMCO arabuluculuk klozunu onaylamış, hatta söz konusu klozun düzenlenmesine katkıda bulunmuştur.

BIMCO'nun aksine SMA, arabuluculuğu oldukça geniş düzenlemiş, arabulucunun atanması, rolü, hatta arabuluculuk görüşmeleri bu klozla detaylı olarak ele alınmıştır.

V- LMAA Mediation Rules

Londra Deniz Hakemler Birliği de (LMAA) 2002 yılında arabuluculuk kuralları yayınlamıştır. Söz konusu kurallar SMA'nın kurallarından farklılık arz etmektedir. Zira SMA kuralları uyarınca taraflar arabuluculuk başlamadan önce bir arabulucu üzerinde anlaşamazlarsa kendilerin arabulucu listesi temin edilecektir. Buna rağmen arabulucunun kimliği üze rinde uzlaşılmasını halinde ise arabulucu SMA başkanı tarafından atanacaktır.³⁷

Arabulucu açısından LMAA kuralları ile SMA kuralları karşılaştırıldığında, LMAA kurallarının daha çok analistik yaklaşımı; SMA kurallarının ise değiştirici/kolaylaştırıcı bir yaklaşımı içerdiği görülmektedir.^{38 39 40}

³⁴ www.bimco.dk (BIMCO/history)

³⁵ www.bimco.dk (BIMCO/documentation)

³⁶ Measter/Skoufalos, s.7

³⁷ SMA Rules for Mediation, Art.3

³⁸ Measter/Skoufalos, s.8

³⁹ LMAA Art.9.1 analistik yaklaşıma dayanarak arabulucuya uzlaşma metni yazma hususunda yetki vermektedir.

⁴⁰ İsveç P&I Klübü de deniz hukukuna ilişkin ihtilafların çözümü için arabuluculuk müessesinin faydalarının, başarı oranının gizlilik esasının öneminin ve düşük maliyetli olmasının

SONUÇ

Bir ilişkinin değil de bir sorunun sona erdirilmesi isteniyorsa arabulucuya başvurmak yerinde olacaktır. Birçok ihtilafta eğer doğrudan karşı tarafla müzakerede bulunulabilirse o ihtilafın çözülme ihtimali çok daha yüksek olacaktır. Sonuçta bu sorunları çözmek için hızlı ve ucuz bir yoldur. Arabuluculukta taraflara kendilerini bağlayıcı bir karar empoze etmeden kendi bağlayıcı anlaşmalarına ulaşmalarını sağlamak amaçlanır.

Denizcilik sektöründe de arabuluculuğun uygulamasının gelişimi oldukça zaman almıştır; çünkü taraflar aralarında kendiliğinden ticari bir anlaşmaya ulaşamadıkları takdirde arabuluculuğun da bir fayda sağlamayıp bilakis zaman ve maddi kayba sebep olacağı düşüncesine sahip olmuşlardır. Günümüzde bu düşünce değişmeye başlamıştır. Zira, taraflar kendileri üzerinde anlaşabildikleri sonuca ulaşmayı, kendilerine empoze edilmesinden daha çok tercih etmektedirler.

Her ne kadar tahkime kıyasla daha sınırlı da olsa denizcilik alanında arabuluculuk daha fazla uygulanabilir hale gelmiştir. Birçok sözleşmede tahkim klozu bulunmaktadır; ancak taraflar, bir ihtilaf halinde tahkim yoluna gitmeden arabuluculuk yolunu tercih edebilirler. Zira arabuluculuğun avantajları çok fazladır. Öncelikle arabuluculuk zaman kazandırır ve masraflı değildir. Sorunlara çabuk, adil ve ucuz çözüm yolu bulma hususunda güç verir. Ayrıca gizlilik esası olduğundan tarafların şahsi, ailevi ve iş ilişkilerine zarar gelme ihtimali söz konusu olmaz.

Alternatif çözüm yollarından arabuluculuk yaygınlaşsa da denizcilik sektörü açısından uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak bu müessese tam anlamıyla sahiplenilmemektedir. Bu durumun sebepleri incelendiğinde öncelikle deniz hukuku alanında hakem birliklerinin sözleşmelere arabuluculuk klozu koymaya yanaşmadıkları görülmektedir. Zira deniz hukuku alanında uyuşmazlık tarafları dünyanın farklı yerlerinde yaşadıklarından arabuluculuk müessesesinin devreye sokularak tarafları uyuşmazlığın çözümü amacıyla bir araya getirip sonuca ulaştırmaya çalışmak zor görünmektedir. Doktrinde taraflar arasındaki kültürel farklılıkların da bu hususa etkisinin göz ardı edilmemesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Arabulucuya bu konuda birçok görev düştüğü tartışılmaz olup arabulucu tarafların kültürünü dikkate alarak, onlara tanıdık gelen bir yaklaşım izleyip, kullandığı farklı yaklaşımları da her bir tarafa açıklamalı, onları dikkatle dinleyip kendisine anlatılan olaylardaki önemli hususların altını çizerek bu hususları açık bir şekilde dile getirmelidir.

Arabuluculuğun denizcilik sektöründe uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak ilk yol olarak yerini alması için zaman gereklidir. Zamanla, tahkim prosedürüne yönelik memnuniyetsizlikler ve arabuluculuğun uygulamadaki faydaları görüldükçe söz konusu müessesenin olması gereken yere geleceği hususundaki inancım tamdır.

KAYNAKÇA**ALFINI/PRESS/STERNLIGHT/****STULBERG** : Mediation Theory and Practice 2006**AMBROSE,C./MAXWELL,K./****PARRY,A.** : London Maritime Arbitration London, 2009**ASTON,C** : "The Emergence of Mediation as a Means of Dispute Resolution in Maritime Matters" 14th. International Congress of Maritime Arbitrators, (New York October.22-26, 2001)**BESMAN, J.P.** : Interview, October 22,2001 www.westpandi.com (rules directory)**BUFFALOW, G.C.** : "The Force Majeure Defense: Recent Cases, Boilerplate and Analysis" Journal of Maritime Law and Commerce , April, 2011**CHARNESS, .B.** : "Alternative Dispute Resolution and the Settlement Gap" Dispute Resolution:Bringing the Settlement Gap , Edited by David A. Anderson,London 1996**CRAVER, C.B.** : Effective Legal Negotiation and Settlement, 6th.Ed., 2009**HODGES/BENOHR/CREUTZFELDT-****BANDA** : Consumer ADR in Europe Civil Justice Systems,2012**HUBER, S./****HUBER, W.T.** : Alternative Dispute Resolution Strategies for Law and Business 1996 (I)**HUBER, S./****HUBER, W.T.** : Mediation and Negotiation: Reaching Agreement in Law and Business, 2007 (II)**FREY, M.A.** : "Alternative Method of Resolution" Dispute Resolution: Bringing the Settlement Gap , Edited by David A. Anderson, London 1996**GOLDBERG/SANDER/****ROGERS/COLE** : Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes, 4th.Ed., 2003**GRENI, J.E.** : Alternative Dispute Resolution Vol.2 3rd.Ed.**HARRINGTON, C.B.** : Shadow Justice; The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court, 1985**JASPER, M.C.** : The Law of Dispute Resolution:Arbitration and Alternative Dispute Resolution, 1995**KAKALIK/DUNWORTH/HILL/****MC.CAFFREY/OSHIRO/****PACE/VAIANA** : An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act, 2001**KOVACH, K.** : Mediation, 2003**KOVACH/LOVE** : Mapping Mediation:The Risk of Riskin's Grid, 3 Harv. Negot. L.Rev. 71 (1998)**LEE, F.C.** : Case History on Transnational Mediation, 1 Asian Disp. Rev. 28, 30 (June,2001)

- LEVINE, M.** : "Power Imbalances in Dispute Resolution" Mediation Context and Challenges Edited by Palenski and Launer
- LORD, B.D.** : "Dispute Resolution on the High Seas: Aspects of Maritime Arbitration", 8 Ocean and Coastal Law Journal 71-89 (2002).
- LOVENHEIM, P.** : Mediate, Don't Litigate: How to Resolve Disputes Quickly, Privately and Inexpensively Without Going To Court, 1989 (I)
- LOVENHEIM, P.** : How to Mediate Your Dispute, 1996 (II)
- MCEWEN/COLE/ROGERS** : Mediation: Law, Policy and Practice 2nd. Ed., 2010
- MEASTER, C.L./SKOUFALOS, P.** : "The Increasing Role of Mediation in Resolving Shipping Disputes" Tul. Mar. L. J., Summer 2002
- MOORE/WOODROW** : "Collaborative Problem Solving Within Organisation" A Consensus Building Handbook, Edited by Susskin, McKearnen and Larner, 1999
- ODOM, E.** : "Mediation Hearing; A Primer" Mediation Contexts and Challenges Edited by Palenski and Launer
- ORDOVER, A.P./DONEFF, A.** : Alternatives to Litigation Mediation, Arbitration, and the Art of Dispute Resolution, 2nd. Ed. 1993
- PALENSKI/LAUNER** : Mediation; Context and Challenges, 1986
- PEARSON, J.J.** : "An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication", The Justice System Journal Vol. 7/3, Spring 1982.
- PELTZ, R.D.** : "The Myth of Uniformity in Maritime Law" Tul. Mar. L.J., Winter 1996 Symposium: Federalism and Uniformity in Maritime Law
- PICKER, B.G.** : Mediation Practice Guide, A Handbook for Resolving Business Disputes, 2nd. Ed, 2003
- RASCH, J.** : Dispute Resolution in the Third Millennium, 14th. International Congress of Maritime Arbitrators (New York, October. 22-26, 2001)
- RISKIN, L.L.** : "Understanding Mediators' Orientation, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed" 1 Har. Negot. L. Rev. 7, 1996 (I)
- RISKIN, L.L.** : Mediation and Lawyers, 43 Ohio St. L.J. 29, (1982)
- ROBERTS, M.** : Mediation in Family Disputes- Principles of Practice 2nd. Ed., UK, 1997
- ROBERTS/PALMER** : Dispute Processes- ADR and the Primary Forms of Decision Making, UK, 2005
- SEREZEN, O.M.** : "Resistance to Mediation within the Legal Profession" Mediation Contexts and Challenges Edited by Palenski and Launer
- WARE, S.J.** : Alternative Dispute Resolution, 2001

6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NU BEKLERKEN TÜRK TİCARET KANUNUN'DA KILAVUZLUK KURTARMA İLİŞKİSİ

Av. Hasan HÜRMAN*

ÖZET

Tebliğimizde yeni Türk Ticaret Kanunu hükümleri ışığında gemi adamları ve kılavuzun tanımı yapılarak kılavuzluk faaliyeti açıklanmıştır. Kurtarma faaliyeti, kurtarma ücreti talep etme şartları ve kılavuzların kurtarma ücretinden pay alıp alamayacakları hususu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kılavuzluk ve kurtarma

ABSTRACT

In this paper, the pilotage system in Turkey is discussed by defining the ship master, crew and the pilot under the new Turkish Commercial Code (Maritime Division). Marine salvage process, the requirements for claim to be awarded and the matter of salvage award for the pilots are observed.

Keywords: Pilotage and Salvage

1- KURTARMA NEDİR?

6102 sayılı Yeni Ticaret Kanununun 1298 maddesi,

I- Kurtarma Faaliyeti,

(1) Seyrû sefere elverişli sularda tehlikeye uğramış bulunan su aracı veya diğer eşyanın kurtarılması için yapılan her fiil veya hareket kurtarma faaliyeti oluşturur ve onun hakkında bu bölüm hükümleri uygulanır.

Yeni kanunla kurtarma ve yardım hükümleri birleştirilmiş tüm bu işlemlere KURTARMA adı verilmiştir.

(Eski TTK'daki kurtarma faaliyeti nedir?)

Eski TTK.1222. Maddesi: Deniz tehlikesi altında bulunan bir gemi veya gemideki şeyler; gemi adamlarının idaresinden çıktıktan sonra üçüncü şahıslar tarafından ele geçirilerek emniyet altına alınır veya, bu hal haricinde, gemi veya gemide bulunan şeyler üçüncü şahısların yardımıyla deniz tehlikesinden kurtarılır ise bu kısım hükümleri gereğince kurtarma veya yardım için bir ücret istenebilir.

(2) “su aracı” teriminin kapsamına her türlü gemi ve seyri sefere elverişli yapı girer:

“Eşya” terimi ise kıyıya sürekli ve iradi olarak sabitlenmiş olmayan her türlü şey ile hak kazanılmış olmayan navlun alacağını ifade eder.

* Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Baş Hukuk Müşaviri

Eski TTK 816. Maddesi: Tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması, denizde hareket etmesi imkanına bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekne "Gemi" sayılır.

Yeni TTK 931. Maddesi: Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkanı bulunmasa da, bu Kanun bakımından "gemi" sayılır.

Yeni kanunla su aracı adıyla yeni bir terim getirilerek gemi tanımlaması dışında bir takım kavramlarında su aracı terimi kapsamına alındığı görülmüştür.

(3) "Eşya" terimine;

a) Deniz yataklarındaki mineral kaynaklarının keşfi, çıkartılması veya işlenmesi amacıyla kullandıkları sürece sabit veya yüzer platformlar ile açık deniz sondaj birimleri,

b) Deniz yatağında bulunan prehistorik arkeolojik veya tarihi değeri olan kültür eserleri,

Girmez.

(4) "Kurtarma Faaliyeti" terimine;

a) Su aracının malikinin veya kaptanının yahut araçta bulunmayan ve bulunmuş olmayan eşyanın malikinin açık ve makul olarak karşı koymasına rağmen yürütülen faaliyetler,

b) Tehlike altında bulunan araçta çalıştırılan kişiler tarafından yürütülen faaliyetler,

c) Tehlike doğmadan önce kurulmuş bir sözleşmenin ifası amacıyla yapılan veya yapılması gereken hizmetler;

Girmez.

Eski T.T.K.'nin 1224. Maddesi,... Tehlike altında bulunan geminin gemi adamları da böyle bir talepte bulunamazlar.

II- Diğer haller

Madde 1299- (1) Bu bölüm hükümleri

a) Kurtaranın mevzuat gereğince kurtarma yükümlülüğü bulunması

b) Kurtarma faaliyetlerinde bulunan aracın kurtarılan araçla aynı malike ait olması, hallerinde de uygulanır.

Eski T.T.K.'nin 1222. Maddesi... Kurtarma veya yardım aym donatanın birden çok gemileri arasında olsa da hüküm aynıdır.

2- KILAVUZ KAPTAN KİMDİR?

Kılavuz Kaptanların Yeterlilikleri Eğitimleri Belgelendirilmeleri ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin (f) bendine göre; Kılavuz Kaptan Bu yönetmelikte belirtilen Kılavuz Kaptan Yeterlilik belgelerinden birine sahip olarak, gemi kaptanına yetkili kılavuz kaptan belgesi ile yetkilendirildiği alan dahilinde uluslararası denizcilik teamüllerine göre geminin seyir ve manevrasına yönelik konularda danışmanlık yapan ve gemi kaptanının sorumluluğu esas olmak üzere hizmetleri seyir ve manevra ile sınırlı olarak gemiye kılavuzluk eden kişiyi ifade eder.

Doç. Dr.Pınar AKAN'ın Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in anısına armağan makalesinden alıntı; Kılavuz terimi, Yerel şartlar ve seyrüsefer tehlikelerine karşı deneyim ve bilgi sahibi olan, belirli bir bölgede bulunan gemiye söz konusu bölgedeki kanal, nehir

Beklerken Türk Ticaret Kanunun'da Kılavuzluk Kurtarma İlişkisi

yada benzeri suların geçmesi için yardımcı olmak üzere alman uzman kişileri ifade etmektedir.

Kılavuz kaptan tarafından verilen hizmetler başlıca 4 kategoride toplanmıştır.

- 1- Gemiye, açık denizden belirli bir Limana ya da belli bir Limandan açık denize yönelmek,
- 2- Gemiye Limanda yer açılana kadar demirlemiş olduğu yerden, Yükleme- Boşaltma faaliyetlerini gerçekleştireceği yere yönelmek,
- 3- Gemiye, Liman Sınırları içinde bir terminalden diğerine yönelmek,
- 4- Gemiye tehlikeli veya dar bir su yolu, Boğaz veya kanaldan zararsız geçişine yönelmek.

Kılavuzluk şöyle sınıflandırılabilir.

- a) İsteğe bağlı (ihtiyari)
- b) Mecburi (zorunlu)

İsteğe bağlı kılavuz, gemi kaptanının yada donatanının isteğine bağlı olarak gemiye çağrılan kılavuz demektir. Bu kılavuzun görevi navigasyon ve gemicilik alanındaki genel bilgisine ek olarak kazanmış olduğu yerel bilgi ve deneyimine dayanarak gemi kaptanına danışmanlık etmektir. Kaptana verdiği öğütler istişari niteliktedir. Prof.Dr. Gündüz AYBAY

Mecburi (zorunlu) kılavuzluk da iki türdür.

- 1- Gemiye kılavuz alınması mecburiyeti,
- 2- Seyir (navigasyon) bakımından, gemiye, zorunlu kılavuzun yönetimine bırakmak anlamında mecburiyet,

Sadece gemiye kılavuz alınmasını zorunlu kılan düzenlemede kılavuzun durumu ihtiyari kılavuza eşittir. Yani zorunlu kılavuz danışman durumundadır. Tavsiye ve önerilerini gemi kaptanı dilerse göz önünde tutar, dilerse tutmaz.

Türk Limanlarında Yönetimin kaptanda kalması koşulu ile zorunlu (mecburi) kılavuzluk uygulaması vardır.

Seyir (navigasyon) bakımından yönetimin kılavuz kaptana bırakıldığı bir örnek Kiel kanalındaki uygulamadır. Bu kanalda kılavuz bir serdümenle birlikte gemiye gelir gerek dümen gerekse makine manevraları kılavuz buyruğuna göre yapılır.

Yönetimin kılavuza bırakıldığı durumlarda kılavuzun kusurundan doğan çatma olaylarında donatan sorumlu tutulamaz.

Eski T.T.K.'nin 1219. Maddesi, (1) Gemi mecburi kılavuz tarafından sevk edilirken onun kusurundan ileri gelen çatmadan geminin donatanı mesul olmaz, meğer ki, gemi adamlarından olan kimseler kendilerine düşen vazifeleri yapmamış olsunlar.

Yeni T.T.K.'nin 1291. Maddesi, (1) Gemi zorunlu danışman kılavuz veya isteğe bağlı kılavuz tarafından sevk edilirken onun kusurundan ileri gelen çatmadan geminin donatanı sorumludur.

(2) Gemi zorunlu sevk kılavuzu tarafından sevk edilirken onun kusurundan ileri gelen çatmadan geminin donatanı sorumlu değildir.

Kılavuz kaptanın sorumluluğu düzenlenirken eski T.T.K. mecburi kılavuz kaptan tanımını yaparken kılavuz almanın mecburiyeti ile alman mecburi kılavuzun navigasyon anlamında sevk ve idareyi üstlenip üstlenmediği belli değildir.

Yeni T.T.K. 1291. Maddesi ile mecburi kılavuzlukta bu sorumluluk durumu aydınlatılmıştır.

3- KILAVUZ KAPTAN GEMİ ADAMI MIDIR?

Gemi Adamı: Eski T.T.K. 821. Maddesi ile Yeni T.T.K.'nun 934.maddesi Gemi Adamını: "Gemi adamları" Kaptan, gemi zabitleri, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler" olarak tanımlanmıştır.

Kıymetli büyüğümüz Emekli Baş Kılavuz Kaptan Saim Oğuz ÜLGEN bana bir soru sordu kılavuz botundan kılavuzlayacağı gemiye şeytan çamlığından çıkarken bot üzerine düşüp ölen kılavuz kaptan için sorumluluk kimdedir.

Eski T.T.K.'nin 1218 maddesi, Gemide bulunan bir insanın ölümünden veya yaralanmasından yahut sıhhatinin bozulmasından doğan zararlardan gemilerin donatanları zarar görene karşı müteselsilen mesul olurlar.

Burada ölen veya yaralanan kişinin gemi adamı veya diğer şahıslar olması önemli değil ölmesi veya zarar görmesidir. O gemide olması ya da bu gemide olması da önemli değil kazaya neden olan olay gemi adamlarının kusurundan ileri gelmiş olması gerekir.

Yeni T.T.K. 1290. Maddesi Donatanın sorumluluğunu tarafların sorumluluk oranlarına göre belirlemiştir.

Eski T.T.K. 1219 mecburi kılavuz kaptanın kusurundan gemi donatanı sorumlu tutulmuyor.

Yeni T.T.K. 1291 ayrımı yapılarak Mecburi Kılavuzun sevk idari kılavuzu olması halinde donatanın sorumlu olmayacağından bahsetmektedir.

Bu durumda ihtiyari kılavuz danışmanlık hizmeti yaptığından onun önerileri doğrultusunda ya da onun önerilerini dikkate almadan kaptan ve gemi adamları tarafından sevk işlemi gerçekleştiğinden kılavuz kaptan ve gemi adamı gibi değerlendirilip, Donatan danışmanlık hizmeti veren ve kaptana öneriler sunup bu öneriler doğrultusunda kendi kaptanı veya gemi adamları tarafından eylem gerçekleştirildiğinden kılavuz kaptan sorumlu olmamaktadır.

Mecburi sevk idari kılavuzunda ise işlem ve eylemler zorunlu olarak kılavuz kaptan direktifleri doğrultusunda gerçekleştirildiğinden dışarıdan gelip geminin sevk ve idaresini alan kılavuz kaptan o geminin gemi adamı gibi değerlendirilmediğinden yaptığı kusurlu eylem ve işlemleri Donatanın değil, kılavuz kaptanı istihdam edenin sorumluluğuna geçmiş olmaktadır.

Doç. Dr. Pınar AKAN, Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in anısına Armağan makalesinden;

Amerikan Hukukunda Eski Mahkeme kararlarında kılavuzun gemiye çıktığı andan itibaren gemi adamı olduğundan kılavuzluk şirketinin bir çalışanı olma statüsünü kaybettiğinden hareketle donatanın, kılavuzun kusuru nedeniyle meydana gelen tüm zararlardan sorumlu olacağı yönündedir.

Daha sonraki kararlarda, kılavuzun hem kılavuzluk şirketi adına hem de gemide gemi adamı sıfatıyla çalıştığı düşüncesinden hareketle "adam çalıştırmanın sorumluluğu" ilkesinden iki tarafında (Kılavuzluk Şirketi ve Donatan) sorumlu olduğu meydana gelen zarara müştereken katlanması gerektiği ifade edilmiştir.

Müşterek sorumluluk, Gemi Donatanı ile kılavuzluk şirketi arasında yapılan sözleşmeye konulan "Kılavuzluk Klozu (Pilotage Clouse) ile engellenmektedir. Ancak bu klozun geçerliliği hususunda ihtilaflar bulunmaktadır. Bu klozun kamu düzenine aykırı olduğu ve özellikle mecburi kılavuzluk hallerinde uygulanmaması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Kuruluşumuzun verdiği kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinde düzenlenen BİLL'de "Under United Kingdom Towage Contract Condition" kuralları uygulanmakta olduğu belirtilmektedir. Bu kurallar gereği hizmet verilen geminin emrine girilmiş olduğundan meydana gelen zararlardan donatan sorumlu tutulmaktadır. B.K. 99.

Beklerken Türk Ticaret Kanunun'da Kılavuzluk Kurtarma İlişkisi

Maddesi ise Hile ve Ağır Kusurun Sözleşme ile bertaraf edilmesi veya karşı tarafa yükletilmesine engel teşkil etmektedir.

B.K. Madde 99: Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammum edecek her şart, batıldır.

Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mes'uliyetten beraeti tazammum eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir.

Türk Mahkemeleri B.K. 99. Hükmü uyarınca karar vermektedir.

Amerikan Mahkemeleri Kılavuzluk Klozunun geçersizliği ile ilgili iddiaları reddettiği gibi kılavuzluk klozunun kamu düzenine aykırı olduğu iddialarını da reddetmiştir. Mahkeme ayrıca bu klozun kılavuzluğun mecburi olduğu hallerde geçersiz olduğu iddialarını da reddetmiştir.

Yeni Türk Ticaret Kanununun 1291 maddesi Mecburi ve ihtiyari Danışman kılavuz kaptanın kusurlarından ileri gelen çatmada donatan sorumlu tutuluyor yani istihdam edenin sorumluluğu gibi kılavuz kaptana zımni olarak gemi adamı statüsü kazanırılıyor.

Gemi zorunlu sevk kılavuzu tarafından sevk edilirken onun kusurundan kaynaklanan çatmada ise donatan sorumlu olmuyor yani donatanın adamı sayılmıyor yani gemi adamı sayılmıyor.

Bu açıklamalar ışığında kılavuz kaptan, kılavuzlayacağı gemiye çıktığında bu hizmet ister ihtiyari kılavuzluk ister mecburi kılavuzluk olsun o geminin kılavuzluk hizmeti bakımından gemi adamı statüsünü kazanır hizmetini bitirdiği anda veya bir şekilde bittiği anda gemi adamı olma vasfını kaybeder dolayısıyla gemide 3. Şahıs hükmündedir.

Bu yaklaşımın (T.T.K. 1291 m.) doğru bir yaklaşım tarzıdır. Tartışılıp sorgulanabilir. Donatan ve kaptan adına sevk ve idareyi ele alan zorunlu Kılavuz Kaptanın Geminin sevk ve idaresinde görev alan gemi adamı gibi değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

4- KILAVUZ KAPTANIN KURTARMA HİZMETİNE KATILMASI:

Kılavuz Kaptanların Yeterlilikleri Eğitimleri Belgelendirilmeleri ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. Maddesinin (f) bendine göre; Kılavuz Kaptan Bu yönetmelikte belirtilen Kılavuz Kaptan Yeterlilik belgelerinden birine sahip olarak, gemi kaptanına yetkili kılavuz kaptan belgesi ile yetkilendirildiği alan dahilinde uluslar arası denizcilik teamüllerine göre geminin seyir ve manevrasına yönelik konularda danışmanlık yapan ve gemi kaptanının sorumluluğu esas olmak üzere hizmetleri seyir ve manevra ile sınırlı olarak gemiye kılavuzluk eden kişiyi ifade eder.

Yine aynı Yönetmeliğin "Kılavuz Kaptanların Gemi Kaptanlarına Tavsiyede Bulunma Görev ve Sorumlulukları" başlıklı 22. Maddesinin 1. Fıkrasının Kılavuz Kaptan, mesleki bilgisi ve deneyimini kullanarak gemi seyri hakkında gemi kaptanına tavsiyede bulunur. Bu tavsiyeyi mücbir hallerde bir başka gemi üzerinde iken veya karada iken verebilir. Ancak seyredilen deniz alanı yetkili bir Gemi Trafik Hizmetleri Merkezi (GTHM) alanı içinde ise kılavuz kaptanlar başka gemilere verecekleri tavsiyeleri veya başka gemi ile kılavuzladıkları gemiler arasında yapacakları manevra mutabakatları (GTHM) bilgisi dahilinde yapılır.

Yukarıda açıklanan mevzuat dahi kılavuz kaptanların kılavuzluk hizmeti dışında verdiği ya da vermek zorunda kaldığı hizmetleri sınırlamıştır, dolayısıyla kazaya uğramış gemi kılavuzlanma ihtiyacını kaybetmiş gemidir. Kılavuzun da kılavuzluk hizmeti burada son bulmuştur.

“Admiralty and Maritime Law: Salvage” dan yapılan bir alıntıda “örneğin bir mürettebat üyesi, hiçbir şart altında yetkilendirilemeyecektir. Aynıı yolcular içinde geçerlidir. İtfaiyeci veya hatta lisanslı kılavuz kaptanlar gibi kamu çalışanları bile, mülkü kurtarmaktan ötürü bir ödüle hak kazanamayacaklardır.”

Gooffrey Brice'in “Maritime Law Of Salvage” adlı kitabının “The Concept Of Salvage” bölümünde Pilot (Kılavuz Kaptan) hizmetlerine ilişkin 92. Sayfasında, Özetle; Verilen Hizmetin kurtarma hizmeti olup, kılavuzluk hizmeti olmadığını kanıt-lama yükümlülüğünün kılavuz kaptana aittir,

Classic Encyclopedia'nın Salvage bölümünde, Ne mürettebat, ne yolcular, ne de kılavuz kaptan gönüllü olarak kalmamışlarsa, ne geminin, ne de yükün kurtarıcısı ola-mazlar. Gemiye istisnai şartlarda binmiş ve kılavuzluk ücretinin gerektirmediği bir şeylere bakmış veya kılavuzluk hizmeti olarak girmiş, işin özelliği değişmiş veya ge-miyi terk etme şansı olmayan kılavuz kaptanın bir ücret talep etmesi için bir şüphe oluşmuşsa, bu kurtarma için görevlendirilemez.

Eğer ki Kılavuzladığı geminin kazaya uğraması nedeniyle gemiden ayrılamayan kılavuz kaptanın kılavuzluk hizmeti dışında kurtarma hizmetine bir desteği bir yardımı olmuşsa bu fiil aynı zamanda bir kurtarma faaliyeti olarak değerlendirilebiliyorsa kıla-vuz kaptan kurtarmaya katılmış demektir.

5- KILAVUZUN KURTARMA HİZMETİ İÇİN KURTARMA ÜCRETİ İSTENEBİLİR Mİ? 1910 Brüksel Kurtarma Milletlerarası Sözleşmesi:

Ülkemiz Lozan Antlaşmasının Madde 100 f.1.b.3 uyarınca anlaşmaya dahil ol-mayı taahhüt etmiş bu konuda hazırlıklarını tamamlamış Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin uygulanabilmesi için kurtaran ve kurtarılan gemilerden biri-nin sözleşmeye taraf olması yeterlidir. Türkiye bakımından yürürlükte ve geçerli olan bu sözleşme uygulanacak olup sözleşmede yer almayan hususlar da T.T.K. hükümleri uygulanacaktır.

1989 Londra Denizde Kurtarma Hakkında Milletlerarası Sözleşme;

Türkiye bu sözleşmenin tarafı olmamakla beraber bu sözleşmenin hükümleri 6102 sayılı yeni T.T.K.'da yer almıştır. Türkiye bu sözleşmeye taraf olmak için çalış-malarını sürdürmektedir.

1- Öncelikle 1910 sözleşmesi uyarınca kılavuzun “Kurtaran” sıfatını alıp alma-yacağı incelenmelidir.

Sözleşmenin hazırlık aşamasında kılavuzun durumu hakkında bir düzenleme yer alırken görüşmeler sonucu bu hükmün çıkarıldığı görülmüştür. Dolayısıyla sözleşmede hüküm yoktur.

Buradan 2 zıt görüşe varılabilir.

- Kılavuzun ücret istemesini engellemek,
- Sözleşmede hüküm yok milli hukuka bırakılmıştır.

İngilizler kural olarak kılavuzun ücret hakkından yoksun olduğunu ancak kıla-vuzluk sözleşmesi dışında olağanüstü bir fedakarlık söz konusu ise kılavuzluk ücretinin artırılabilceği çok istisnai hallerde kurtarma ücretinin gündeme gelebileceği kabul edilmiştir.

Alman Hukukunda da benzer çözümler var.

Türk Hukukunda ise Kılavuzluk Sözleşmesinin dikkate alınması gerektiği bildi-rilmiştir. (Prof.Dr.Rayegan KENDER)

Dğer kılavuz mevzuat ve sözleşme gereği üstlendiği borcun dışında fevkalade hizmetlerde bulunmuş ise (Eski T.T.K. 1224 f.3) kurtarma ücreti istemi söz konusu olabilecektir.

Söz gelimi yanan bir tankerin baş tarafına gidip römorköre halat verilmesi veya römorkörden alman halatın bağlanması halinde kılavuzluk hizmeti dışında bir kurtarma faaliyetinden bahsedilebilecektir. Köprü üstünde veya telsiz başında yapılan faaliyetler kurtarma kapsamında değerlendirilmesi düşünülemez.

Bu görüşümüzü teyit eden Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 14.02.2012 tarih ve 2010/9976E. 2012/1912K.sayılı karar mevcuttur.

Kılavuz kaptanın kurtarma ücreti isteyebilmesi için kılavuzluk hizmetinin dışında bir hizmet yapmış olması bu hizmetin de kurtarma hizmeti olarak değerlendirilmiş olması halinde kurtarma ücretinden pay istemeye hakkı olur.

Eski T.T.K. 1230. Maddesi ile Yeni T.T.K. 1310. Maddesi kurtarma ücretinin dağıtımı konusunda herhangi bir farklılık öngörmemiştir.

