

İSTANBUL BAROSU LOJİSTİK ve TAŞIMA HUKUKU KOMİSYONU

LOJİSTİK VE TAŞIMA HUKUKU GÜNLERİ KONFERANS VE SEMİNERLERİNDE SUNULAN TEBLİĞLER KİTABI

KONFERANS VE SEMİNERLER

KOMBİNE TAŞIMALAR. T.T.K 902 VE DEVAMINDA DÜZENLENEN DEĞİŞİK TÜR ARAÇLAR İLE TAŞIMA. ÇEVİRİMİÇİ SEMİNER 13 OCAK 2021

MÜŞTEREK AVARYANIN UNSURLARI HUKUKİ MAHİYETİ VE UYGULANACAK HÜKÜMLER. ÇEVİRİMİÇİ SEMİNER, 24 OCAK 2021

TAŞIYICININ GÜMRÜK KANUNUNDAN KAYNAKLANAN İDARİ PARA CEZALARINA KARŞI SORUMLULUĞU VE BU SORUMLULUĞUN TAŞIMA HUKUKU MEVZUATI AÇISINDAN İNCELENMESİ. ÇEVİRİMİÇİ SEMİNER, 10.03.2021

DEMİRYOLU TAŞIMALARI. ÇEVİRİMİÇİ SEMİNER, 13 MART 2021

LOJİSTİK VE TAŞIMA HUKUKU GÜNLERİ II, LOJİSTİK, TAŞIMA HUKUKU, SİGORTA VE BLOK ZİNCİR UYGULAMALARI. ÇEVİRİMİÇİ KONFERANS, 27-28 MAYIS 2021

KABOTAJ, MAVİ VATAN VE TÜRK DENİZCİLİĞİ, İSTANBUL BAROSU CUMHURİYET ARAŞTIRMALARI MERKEZİ/TAŞIMA VE LOJİSTİK HUKUKU KOMİSYONU ORTAK DÜZENLENEN ONLINE KONFERANS 1 TEMMUZ 2021

2021



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

ISBN: 978-605-7848-64-2

•

Yayıncı Sertifika No: 12457

•

İstanbul Barosu Lojistik ve Taşıma Hukuku Komisyonu

•

İstiklal Cad. Orhan A. Apaydın Sk. No.2 Beyoğlu - İSTANBUL

Tel: (0212) 393 07 00 Belgeç (Fax): (0212) 293 89 60

www.istanbulbarosu.org.tr

dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile

1000 adet basılmıştır.

•

Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4/1 347047 Ataşehir - İstanbul

Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05

www.egebasim.com.tr

Matbaa Sertifika No: 45604

Kitapta yer alan tebliğler, etkinlik tarihine göre ve etkinlik tarih sırası ile yer almıştır.

İÇİNDEKİLER

Sunu	7
Önsöz	9
Değişik Ortamlarda Yapılan Yük Taşımaları (Karma Taşımalar) ve Taşıyanın Sorumluluğu İle İlgili Bazı Meseleler (Rotterdam Kuralları ve Yeni Ticaret Kanunu'nun Hükümleri İle Karşılaştırmalı Olarak)	
Av. Prof. h.c. Dr. Bülent SÖZER	11
Pîrî Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Müşterek Avaryalar	
Av. Prof. h.c. Dr. Bülent SÖZER	53
Pîrî Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
CMR Konvansiyonu ve TTK Madde 860 Açısından Taşımacının Gümrük Evrakları, Refakat Belgelerinin Temininden Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğun Transit Rejimine Konu Edilen Serbest Dolaşım Açısından İncelenmesi	
Av. Egemen Gürsel ANKARALI	70
İstanbul Barosu Lojistik Ve Taşıma Hukuku Komisyonu Başkanı	
Demiryolu İle Yolcu Taşımacılığı	
Hakim Döndü Deniz BİLİR	80
Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi Başkanı	
Karayolu Taşımacılık Sektöründeki Şoförlerin İşçilik Alacaklarıyla İlgili Uyuşmazlıklar	
Av. Çiğdem MUMCUOĞLU	122
Depo ve Antrepo Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Sorumlulukları	
Av. Burcu ÇOTUKSÖKEN	129
İstanbul Barosu Lojistik Ve Taşıma Hukuku Komisyonu Başkan Yardımcısı	

Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Ticari Sulh Anlaşmalarının Singapur Konvansiyona Taraf Devletlerde Doğuracağı Sonuçlar	
Prof. Dr. Nuray EKŞİ	135
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı	
Lojistik Faaliyetleri İçin Sorumluluk Sigortaları ve Uygulamadaki Eksiklikler	
Av. Hayriye Aslı ŞENEL	184
Nakliyat Hasarlarında Sigortacının Rücu Hakkı ve Rücu Sürecinin İşleyişi	
Av. Ayşe ÜREKLİ	196
Karayolu İle Eşya Taşımacılığında Gönderenin Taşıyıcıya Karşı Sorumluluğu	
Av. Gülsaniye EKMEKÇİ	211
Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği ve Taraf Temsili	
Av. Arb. Dilek YUMRUTAŞ	230
Uzman Arabuluculukta Müzakere Teknikleri	
Av. Arb. Nur ÖZDEN	259
Sivil Hava Taşımada Bilet	
Av. Hüsnüye Çiçekcioğlu ANDRİNİ	264
Sivil Hava Taşımada, Bagaj Aksaklıklarından Taşıyıcının Sorumluluğu	
Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN	277
Covid-19 Salgını Özelinde Hava Taşımaları	
Av. Arb. Pınar Yılmaz ÖZÇELİKEL	281
Taşıma Sürecinde Hapis Hakkı	
Dr. Öğr. Üyesi Turkey ÖZDEMİR	292
Çekilmeyen Yükler	
Av. Hüseyin ÇELİK	310
Ordinonun Tanımı	
Ahmet AYTOĞAN	316
Konteyner Demurajı Çin ve Türkiye	
Av. Güneş KÖKSAL	328
Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun Kapsamında Kargo Şirketlerinin Şüpheli İşlem Bildirim Sorumluluğu	
Av. Sedat TATAR	336
İstanbul Barosu Lojistik Ve Taşıma Hukuku Komisyonu Genel Sekreteri	

Blokszinciri (Blockchain) Teknolojisi ve Kripto Paraların Lojistik Sektörüne Etkisi İle Blokszinciri Uygulamalarına İlişkin Lojistik Sektörü Örnekleri Av. Ayça Aktolga ÖZTÜRK	342
Lojistik Sektöründe Blockchain Uygulamaları Alperen GÜLER	351
Utikad Sektörel İlişkiler Müdürü	
Kabotaj Kanunu Uyarınca Yabancılara Yasaklanan Meslek ve Sanatlar Prof. Dr. Nuray EKŞİ	357
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı	

SUNU

İstanbul Barosu Lojistik ve Taşıma Hukuku Komisyonu, kurulduğu günden bu yana Baromuz içinde örnek çalışmalar sergileyen, başarılı çalışmaları ile öne çıkan bir platform oldu. Son yıllarda sektörde meydana gelen ve önemli hukuksal tartışmaların konusunu teşkil eden değişimleri, ilk kez yorumlayan, bu yorumları ile Yargıtay kararlarına kadar etki alanı sağlayabilen Komisyonumuz, UND UTİKAD gibi sektör bileşenleri ile yaptığı işbirliği sayesinde, yorumların değerlendirilmesinin uygulamaya da yansımaları sağlayabildi.

Son kez Pandemi sürecinde bu çalışmaları online ortamında da sürdüren Komisyonumuz sadece ortak hukuksal değerlendirme yapmakla yetinmeyen, özellikle genç meslektaşlarımızın uzmanlaşmasını sağlayacak Baro Projelerine de destek oldu.

Elinizdeki eser, bu çalışmalara katkı veren meslektaşlarımız ile bileşenlerinin temsilcilerinin 2021 tebliğlerinden oluşmaktadır. İçinde bulunduğumuz döneme ilişkin buna benzer yüzlerce tebliği daha Komisyonumuzun belleğinde bulabilirsiniz. Biriktirdiği bilgilerle mesleğe ve sektöre çok ciddi bir katkı verdiğini yazılı olarak kanıtlayıp tarihe bırakan Komisyonumuz, bu anlayışı ile de örnektir.

Bu vesile ile; çalışmalarda ortaklaştığımız paydaşlarımıza, katkı veren çok değerli akademisyenlere ve nihayet Komisyonumuzun Başkan ve üyelerine çok teşekkür ederim.

Bütün meslektaşlarıma bu eseri gururla sunuyorum.

Saygılarımla...

Av. Mehmet DURAKOĞLU
İstanbul Barosu Başkanı

ÖNSÖZ

Bu eser, İstanbul Barosu Lojistik ve Taşıma Hukuku Komisyonu'nun 2021 yılı içinde düzenlediği seminer ve konferanslara sunulan tebliğlerin büyük bir bölümünün , tekrar gözden geçirilerek toplu halde sizlere sunulmuş halidir. Etkinliklerimize, eğitim çalışmalarımıza katılan tüm konuşmacılarımıza çok teşekkür ederiz.

İstanbul Barosu Lojistik ve Taşıma Hukuku Komisyonu 2014 yılında kurulmuş ve kurulduğu ilk günden bu yana, meslektaşlarımızdan geniş bir ilgi görmüştür. Lojistik, Taşıma Hukuku, Dış Ticaret, Depo, Antrepo, Sigorta ve Gümrük alanlarında bilgilendirici, aydınlatıcı, güncel çalışmalar yapma gayesi içindeyiz.

Mümkün olduğu kadar sık aralıklarla, sertifikalı eğitim çalışmaları, seminer ve konferanslar düzenlemekteyiz. Staj Eğitim Merkezi ve Staj Eğitim Merkezi Başkanı Sn. Av. Elif Görgülü ve Genç Avukatlar Merkezi Başkan Yardımcısı Sn. Av. Ömeralp Pulatoğlu'na bize verdikleri destek için, teşekkür ederiz.

Çalışmalarımızda yönetim kurulumuzun teşvik, destek ve yardımını her zaman aldık. İstanbul Barosu Başkanı Sn. Av. Mehmet Durakoğlu'na , komisyonumuzun koordinatörlüğünü yapan Sayman Yönetim Kurulu üyesi Sn. Av. Muazzez Yılmaz'a ve tüm yönetim kurulu üyelerine minnettarız ve çok teşekkür ederiz.

Bu kitabın çıkarılması hazırlıkları aşamasında bir üzücü kayıp yaşadık. 12 Ağustos 2021 günü kaybettiğimiz, komisyonumuz üyesi ve kurulduğumuz ilk günden bu tarafa bizlere gönülden destek veren, İstanbul Barosu İdare ve Vergi Hukuku Komisyonu başkanı Av. Mehmet Kaya'yı rahmet ve şükranla anıyoruz. Bu eserde yayınlanan tebliğlerin sunulduğu 27-28 Mayıs tarihli, çevrimiçi konferanstaki ilk oturuma, başkan olarak, hastane odasından katılmış ve başarı ile yönetmişti. Bizim için hoş ve çok anlamlı bir anı olarak hep hatırlanacaktır. Işıklar içinde uyusun.

Kitabın, hukuki çalışma ve araştırmalarınızda sizlere destek olmasını dilerim.

Av. Egemen Gürsel ANKARALI

İstanbul Barosu Lojistik ve
Taşıma Hukuku Komisyonu Başkanı

DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN YÜK TAŞIMALARI (KARMA TAŞIMALAR) VE TAŞIYANIN SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ BAZI MESELELER (ROTTERDAM KURALLARI VE YENİ TİCARET KANUNU'NUN HÜKÜMLERİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)

Av. Prof. h.c. Dr. Bülent SÖZER

Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GİRİŞ

1. Genel Olarak

Taşıma, bilindiği surette, bir yer değiştirme faaliyetini ihtiva eder. Daha pratik bir ifade ile taşıma, insanların veya eşyanın bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesidir. Bu tarif, taşıma hukukunun deyimleri ile tekrarlanacak olursa, taşıma yolunun veya yükün bir yerden bir başka yere nakledilmesidir şeklinde verilebilir¹.

Taşımada, iki fizikî unsur önemli rol oynar: Taşımada kullanılan araç² ve taşımanın yapıldığı ortam. Diğer bir tanım ile, yer değiştirme faaliyetinin gerçekleştirileceği taşıt ve bu taşıtın üzerinde hareket edebileceği fizikî veya doğal alt yapı³.

Tabii, ikinci unsur daha önemlidir, çünkü taşımanın yapılacağı ortam, taşımada kullanılacak aracın seçimini etkilemektedir.

Taşımanın altyapısını, tabiattaki üç ana unsur sağlar; yani kara, deniz ve hava. Taşıma, tabiattaki bu üç ana ortamdan birisinde, yani ya karada ya deniz-

1 Bu tebliğde sadece yük taşımaları ele alınacaktır.

2 Doktrinde, bir görüşe göre, herhangi bir yer değiştirme faaliyetinin, taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, mutlaka bir araç kullanılarak icrasının şart olmadığı ileri sürülmektedir ve dolayısı ile insanların ve/veya eşyanın bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesinin bedenî kuvvet kullanılarak gerçekleştirilmesinin de taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği kabul edilebilmektedir. Bu görüşün tabii sonucu olarak, araç kullanımı taşıma sözleşmesinin unsurlarından sayılmamaktadır (ARKAN, Sabih, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s. 12). Navlun sözleşmelerinde ise, *gemi* akdin unsurlarından bir tanesidir, TK. md. 1138. Kanaatimce, araç kullanılması, taşıma sözleşmesinin ana unsurlarından bir tanesidir ve esasında Taşıma Hukuku, araç kullanılarak yapılan taşıma sözleşmelerini düzenler; SÖZER (Deniz), 528, 536 vd.; ayrıca bkz. SÖZER (Havayolu), 7, 15 vd.

3 İhtiyaten hatırlatayım: Uçak da hava tabakasına dayanarak, hava tabakasının üstünde uçar.

de, ya da havada yapılır. Bu tabii ortamlardan bir tanesine, yani karaya, sun'î (yapay) bir ortam eklenerek dördüncü bir ortam, yani demiryolu ortaya çıkarılmıştır. İngilizce'de taşımanın, yararlanılan doğal altyapı, ya da fizikî unsur bakımından türlerinin ayırt edilmesi için *mode*⁴ deyimini kullanılmaktadır: *Modes of Carriage* veya *Modes of Transportation*. Bu suretle, taşımanın karada mı, denizde mi, havada mı ya da demiryolunda mı yapıldığı açıklanmış olur.

Konuya biraz daha hukukî açıdan yaklaşılacak olursa, münferit taşıma sözleşmelerinin tarifinde, genel olarak, şu kavramların kullanıldığını görürüz:

Taşıma sadece, meselâ karayolu ile veya denizyolu ile yapılmakta ise ve sadece tek bir araç kullanılarak tamamlanacak ise, buna *unimodal* taşıma denir.

Taşıma *unimodal* olmakla beraber, aynı türden olmak şartı ile (meselâ, gemi), yük birkaç araç kullanılarak, yani bir araçtan bir diğerine (meselâ bir gemiden diğerine) aktarma edilerek gerçekleştirilecek ise, buna *through transport* adı verilmektedir.

Through transport genellikle aynı taşıyan tarafından yapılarak tamamlanır. Eğer taşımanın birden fazla taşıyan tarafından, yine hep aynı tür araç kullanılarak, yükü birbirlerine aktarma ederek yapılması öngörülmüş ise, bu *successive transportation*, mütevali (peş peşe) taşıma olarak anılır⁵.

2. Multimodal Transport

Nasıl insanoğlu teknolojiyi kullanarak, karayoluna yapay bir unsur ekleyip, demiryolu ile taşımayı yarattı ise, bir de hukukî unsurdan yararlanıp, birden fazla taşıma altyapısı üzerinden yapılan taşıma yöntemi geliştirdi. Diğer bir deyişle, yüklerin hem denizyolu hem karayolu hem de havayolu kullanılarak veya kısmen denizyolundan, kısmen demiryolundan, kısmen de havayolundan taşındığı bir tür ortaya çıkarıldı: *Multimodal Transport* yani çok modlu taşıma veya uygulamada daha çok anıldığı gibi, “karma taşıma” veya “kombine taşıma”⁶.

Anlaşıldığı üzere, karma taşımayı ayırt etmekte kullanılacak olan kriter, taşımanın üzerinde -veya içinde- yapıldığı fizikî unsurdur, yani deniz gibi, hava gibi, demiryolu gibi. Yoksa, bazı tariflerde rastlandığı üzere, taşımada kullanılan araç değildir.

4 İşaret edelim ki, *mode* ile *medium* kavramlarını ayırt etmek lâzımdır; *mode* gerçek anlamı ile fizikî ortamı ifade etmek için kullanılmaktadır; *medium* ise, aynı fizikî ortamın değişik hallerini ifade etmeye yarar, meselâ, deniz gemisinin iç sulara geçişinde olduğu gibi, bkz. GLASS, 272 dn. 368.

5 De WIT, 18.

6 Taşımacılık camiasında daha çok “Karma Taşıma” kullanıldığı için, biz de bu deyimde yer vermeyi uygun gördük.

Bu bakımdan, karma taşımanın tarifini basit bir şekilde yaparken, yüklerin kısmen denizyolu ile, kısmen karayolu ile, kısmen demiryolu ile taşınması demek doğrudur⁷. Yoksa, yüklerin kısmen gemi ile, kısmen kamyon ile, kısmen tren ile taşınması şeklinde verilecek tarif hatalı olur. Ama, işin pratik yönüne bakıldığı zaman, sonuç bu şekilde yansımaktadır, o da başka⁸.

Diğer taraftan, taşımanın araç değiştirilerek, yani aktarma sureti ile, aynı ortamda yapılması da karma taşıma sayılmaz; meselâ, Hamburg'a götürülecek yüklerin İstanbul'dan bir gemiye yüklendikten sonra, önce İzmir'de bir başka gemiye, daha sonra da Rotterdam'da diğer bir gemiye aktarılarak taşınması, karma taşıma anlamına gelmez⁹.

“Karma Taşıma” her zaman vardı. Fakat, hukukî bir kavram, konsept, olarak, ekonomik açıdan bakıldığında, taşıma sektöründeki iki baş aktörün, yani taşıtanlar ile taşıyanların zamanla artan “işlem maliyeti” ne¹⁰ çare bulmak için yaptıkları çalışmalar sonunda gelişti ve kendine has belli kuralları yaratıldı. Uluslararası ticaretteki artış ile ortaya çıkan veya daha da çoğalan sorunlar da ilgililerin çözüm yaratmakta ellerini çabuk tutmaları için bir başka sebep oluştu. Dünyanın değişik yerlerinde taşıyan bulunması, tek tek taşıma sözleşmeleri yapılması, her bir münferit taşıma için belgeler düzenlenmesi, taşıma işlerini düzenleyen birçok uluslararası konvansiyonun ve/veya millî mevzuatın aradığı çeşitli bilgilerin bu belgelere yazılması, belgelerin tasnifi ve saklanması ve sözleşmelerden doğan hak ve borçların takibi vs. vs. Bütün bu işlemlerin getirdiği dolaylı maliyetler hem taşıyanlara ve hem de taşıtanlara giderek artan ciddi külfetler yüklemeye başladı ve buna paralel olarak da çözüm arayışları hızlandı. Pratik açıdan bakıldığı zaman ise, karma taşımaların önemli bir ilham kaynağının -veya itici gücünün- “Container” olduğu söylenebilir. Deyim yerinde ise, container, karma taşımaların hem anası ve hem de yavrusu veya hem ebesi ve hem de evladı olmuştur. Daha çağdaş bir ifade ile söylemek gerekirse, container ile karma taşıma büyük bir *sinerji* yaratmıştır. Container ile taşıma yaygınlaştıkça, karma taşımalar gelişmiş ve bunun için kurallar koymak ihtiyacı doğmuş, karma taşımalar ile ilgili hukukî düzenleme yapıldıkça da container ile taşıma artmıştır.

7 Doğru deyimın tesbiti için, hükümlerini aşağıda inceleyeceğimiz *United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods* ile Rotterdam Kuralları'nın başlığına bakmak yeterli olacaktır; ayrıca yine aşağıda ele alacağımız Hamburg Kuralları ile Varşova/La Haye Sistemi'nin maddelerine de bkz. Mamafih, ayrıca da bkz. ÖZDEMİR, 81, 86.

8 *de Wit*, tanımda asıl olan kriterin taşımanın yapıldığı ortam olmakla birlikte, taşıma aracının da dikkate alınmasının doğru olacağı görüşündedir, De WIT, 171.

9 ÖZDEMİR, 85.

10 *Transaction Costs*: Sözleşmenin kurulması ve uygulanması aşamalarında yapılması gereken olan masraflar; metnin yazılması, noter, tescil, şerh işlemleri, şartlara göre icap edebilecek olan ihbar/ihtar vs. işlemleri ve harcanacak olan zaman.

Container ile yürütülen taşımaların çok büyük bir yüzdesi deniz yolu ile yapılan nakliyatta cereyan ettiği için, karma taşımalar ile ilgili hukukî düzenlemelerde de deniz yolu ile yapılan yük taşımalarına ilişkin prensipler hâkim olmuştur veya en azından bunların esin kaynağını teşkil etmiştir.

3. Terminoloji

Bizde daha çok “karma taşıma” diye anılmakta olan, bazen de “kombine taşıma” diye adlandırılan bu taşıma türüne, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, İngilizce’de *multimodal transport* denmektedir. Gerçi zaman zaman *combined carriage* dendiğine de rastlanmaktadır. Türkçe’de ne kullanmalıyız? Ya da, kavramı doğru ifade edebilmek için, nasıl bir deyim seçmeliyiz? Doktrinde, “Değişik Tür Taşıtlarla Yapılan Taşıma” deyimini kullanıldığı gibi “Karma Taşıma” deyiminin kullanıldığı da görülmektedir¹¹.

TK. nda, Dördüncü Kitap’ın Dördüncü Kısmı (md. 902-905) “Değişik Tür Araçlarla Taşıma” başlığını taşımaktadır. Burada dikkat edilecek olan, söz konusu kategori taşımanın ayırt edilmesinde esas alınan kriterin, kullanılan araç türü olmayıp, taşımanın yapıldığı fizikî ortam veya doğal altyapı olduğudur. Taşıma sözleşmesinin tarafları, yükün ne tür araçla veya araçlarla taşınacağını değil fakat hangi ortamlardan geçilerek tamamlanacağını müzakere ederler: ‘A’ noktasından ‘B’ noktasına karayolu ile, ‘B’ noktasından ‘C’ noktasına denizyolu ile ‘C’ noktasından ‘D’ noktasına demiryolu ile gidilecek şeklinde. Demek oluyor ki, seçimi etkileyen araç ile ilgili tercih değil, taşıma ortamı ile ilgili tercih olmaktadır.

Ama, daha önce de söylediğim gibi, uygulamada, tabiatın getirdiği şartlar dolayısı ile, fizikî ortam araç seçimini etkiler ve taşıma -örnekteki sıraya uygun olarak- kamyon, gemi ve tren kullanılarak yapılmış olur. Fakat, işin bu pratik yönü, hukukî niteliği ve tarifi değiştirmez.

Taşımanın üstünde -veya içinde- yapıldığı fizikî/doğal altyapı -veya ortam- esas faktör olduğuna göre, taşıma türünün adını da ona göre seçilmesi isabetli olacaktır. Bu durumda benim kullandığım ve kullanılmasını da önereceğim deyim “Değişik Ortamlarda Yapılan Taşımalar” veya “Birden Fazla Ortamda Yapılan Taşımalar” olacaktır. Bununla beraber metinde, zaman zaman değişik ortamlarda yapılan taşımalar deyimine alternatif olarak karma taşımalar deyimini de kullanacağım.

11 ARKAN (Batider), 27-47; ARKAN (Akipek Armağanı), 341-358.

4. Değişik Ortamlarda Yapılan Taşımalara İlişkin Sözleşmelerde Ekonomik Faktör- İşlem Maliyeti

Sözleşme, ekonomik değerlerin ve ihtiyaçların yasal yollardan değişimi/temini için kullanılan -hukuk düzeninin yarattığı- araçtır; diğer alternatif, hukuka aykırı yollardır, kaba kuvvettir.

Sözleşmeler Hukuku, ‘Akit Serbestisi’ veya ‘Sözleşme Özgürlüğü’ başlığı altında ifade edilen ‘bireysel tercih özgürlüğüne’ en fazla yer verilen alandır. Sözleşme, ticaretin alt yapısı olduğu gibi, Sözleşmeler Hukuku (Borçlar Hukuku) da¹² Ticaret Hukuku’nun alt yapısıdır.

Sözleşmeler, özellikle taşımacılık alanında, büyük çoğunluğu itibarı ile, uygulamanın getirdiği şartlar ve çizdiği ana hatlar içinde şekillenir, hukuk da bunları, akit serbestisinin sınırları içinde kabul edebileceği gibi¹³, gerektiği takdirde ve gerektiği ölçüde yazılı metinler haline getirir. Uygulamayı ise, ihtiyaçlar belirler.

Değişik ortamlarda yapılan taşımalar için kurulan sözleşmeler de, bu şekilde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Meseleye konumuz açısından bakıldığında, aşağıda kısaca temas edilecek olan 1980 Cenevre Konvansiyonu ve özel olarak da Rotterdam Kuralları, hukukun ihtiyaçlara yazılı kurallar ile çözüm getirme aşamasına geldiğini kabul ettiği aşamayı göstermektedir.

Uluslararası ve bilhassa kıtalararası taşıma faaliyetinin artması ve buna bağlı olarak taşıma sektörünün gelişmesi ve değişik ortamlarda yapılan taşımaların çoğalması ile birlikte ortaya çıkmaya başlayan ciddi problemlerden bir tanesi de tek bir taşıma işlemi için birden fazla taşıyanın bulunması ile birlikte birden fazla taşıma sözleşmesi yapmak zaruretinin yol açtığı sıkıntılar olmuştur. Birden fazla taşıyan ile sözleşme yapılması için gereken bağlantıların kurulması, müzakerelerin yapılması, sözleşmelerin kurulması ve taşıma belgelerinin düzenlenmesi için gerçekleştirilecek olan işlemler ve özellikle de bu işlemlerin ortaya çıkardığı malî külfet, yani ‘işlem maliyeti’ (*transaction cost*)¹⁴, her iki tarafın da dolaylı giderlerinde (*over-head costs*) ciddi oranda artış meydana

12 Kast ettiğim hukuk dalını, Sözleşmeler Hukuku başlığı altında zikredip, Borçlar Hukuku’ndan ayırt etmemin sebebi, Borçlar Hukuku’nun ve dolayısı ile Borçlar Kanunu’nun haksız fiile ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri de ihtiva etmesi ve bu alanlarda sözleşme hürriyetine yer verilmemesidir.

13 İsimli sözleşmeler bakımından olduğu surette.

14 *Transaction costs*, yukarıda da değindiğimiz üzere, akdi ilişkilerin yürütülebilmesi için gereken masraflar olarak tanımlanmaktadır (*costs of running the contractual relations.*); gerçekten de her işlemin gerçekleştirilmesi, bir masrafı icab ettirir. Serbest piyasa rejiminde, işlem maliyetleri ne kadar az olursa, tarafların o oranda daha yararlı sonuçlar elde etmeleri imkânı doğar. Bkz. BURROWS, Paul and VELJANOVSKI, Cento G. (eds.), *The Economic Approach to Law*, Butterworths, London 1981, s. 62; MATTEI, Ugo, *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998, s. 54-55.

getirmeye başlamıştır¹⁵.

Yük taşımak isteyen kişi -ki 1980 Cenevre Konvansiyon'un kullandığı deyim ile *consignor* ve Rotterdam Kuralları'nın kullandığı deyim ile *shipper* olarak tanımlanmakla beraber, bu çalışmada, mensubu olduğumuz branşta kullanılan kanunî deyim ile, taşıtan olarak anılacaktır- bizzat veya temsilcisi aracılığı ile her bir bacak için birden fazla taşıyan ile tek tek sözleşme yapacak veya bu sözleşmeleri onların adına davranan yetkili temsilciler ile kuracaktır. Bu durumda, taşıtanın karşısında birden fazla âkit taraf bulunmakta ve buna bağlı olarak da birden fazla hukukî düzenleme olmaktadır. Birden fazla taşıma sözleşmesi söz konusu olduğu için, velev bir taşıyan taşımanın bütün bacakları için taşımayı taahhüt etse dahi, yapılacak birden fazla sözleşme hem zaman hem bilgi gereği ve hem de işlem bakımından, sıkıntı kaynağı teşkil ettiği kadar, maliyet unsuru da yaratmaktadır.

Ayrıca eklemeye gerek yoktur ki, bu durum, bir tek sevkiyat için, birden çok kaynaktan doğan ve farklı içerikleri olan haklar ve borçlar ortaya çıkarmaktadır ve bunların takibi de hem zaman ve hem de maliyet unsuru açısından, çoğu halde ciddî boyutlara ulaşabilmektedir.

Diğer bir ifade ile ve işe uygulama açısından bakarak söylemek gerekirse, taşıtan için esasında tek bir işlem olarak görülen bir taşıma sözleşmesinin değişik aşamalarında, yükün taşıyana tesliminden başlayarak, gönderilene hasarlı veya geç tesliminde veya hiç teslim edilmemesinde söz konusu edilebilecek değişik akdî veya objektif hukuk kurallarının bulunması kadar; zarara yol açan olayın, taşıma işleminin hangi aşamasında vaki olduğunun, sorumlusunun tayininin, davanın açılmasının, zararın isbatının ve benzeri bir çok meselenin halinin değişik kurallara bağlı olması, taşıtanlar ve diğer yüklerle ilgililer -özellikle sigortacılar- için ciddî problemlere yol açmaktadır.

Bu gibi problemlerin asgariye indirilmesi için düşünülen çare olarak, “tek odaklı” bir sistemin yaratılması olmuştur. Sistemi, kaçınılmaz olarak, birden fazla birim (*component/element*) oluşturacaktır ama, tüm işlemler ve hukukî ilişkiler tek bir odakta toplanacaktır. Diğer bir deyişle hal çaresi olarak, “tek taşıyan” üzerine kurulu bir sistemin tasarlanması ve işletilmesi düşünülmüştür. Bu sistem aynı zamanda, “tek sözleşme” ve “tek belge” ile tamamlanmış olacaktır.

15 Bazen basit bir kira sözleşmesinin yapılması dahi hem vakit ve hem de nakit olarak sıkıntı yaratabilmektedir. Dikkat edilecek olursa, bankalar bireysel kredi reklamlarında, uyguladıkları faiz oranları ve ödeme şartlarının cazibesi ile birlikte, işlem hızını da yani başvuruların ne kadar çabuk sonuçlandırıldığını da, vurgulamaya dikkat etmektedirler.

II. DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN TAŞIMALARA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN TEORİK ÇERÇEVESİ - TANIMLAYICI UNSURLAR

Yukarıda özetlemeye çalıştığım surette, değişik ortamlarda yapılan taşımalar için geliştirilen sözleşme modeli, “tek taşıyan”, “tek sözleşme”, “tek belge” esasları üzerine kurulmuştur. Teyiden beyan edeyim ki, bu modelin yaratılmasında ve geliştirilmesinde etken olan faktör, son tahlilde, taraflar arasında kurulacak olan hukukî ilişkilerin hazırlık ve sonuçlandırma çalışmalarında maliyetleri asgarî seviyede tutmak olduğu kadar, bir uyumsuzluğun ortaya çıkması halinde de çözümün en az malî külfet ile sağlanması olmuştur.

1. Tek Taşıyan

Hemen yukarıda belirtildiği üzere; modelin gereği olarak, değişik ortamlarda yapılan taşımalarda taşımanın tamamını tek bir kişi üstlenmektedir. Bu kişi taşıtan ile kendi nam ve hesabına sözleşme yapar. Değişik ortamlarda yapılması öngörülen bir taşıma işleminde taşıtanın karşı âkididir. Kendisi taşımanın tamamını bizzat yapabileceği gibi sadece bir kısmını da yapabilir veya tamamını başkalarına yaptırıp kendisi hiçbir aşama için taşımaya fiilen katılmayabilir veya kendisinin icra etmediği bacaklarda yükü başkalarına taşıtır. Ancak, taşımanın tamamının sorumluluğu onun üzerindedir¹⁶.

Bu kişi, kendisinin fiilen yapmayacağı taşımaların organizasyonunu sağlamak ile de yükümlüdür. Ayrıca, sorumluluğu sadece dar anlamda taşıma işlemi ile sınırlı olmayıp, başlama noktasında ve aktarma yerlerindeki işlemler ile birlikte, varma yerinde de, gereken yükleme, boşaltma, istif, depolama, gümrükleme vb. gibi işler onun tarafından üstlenilir. Fakat, bu gibi işlemlerin yürütülebilmesi için icab eden sözleşmeleri asıl taşıtanı temsilen değil, kendi nam ve hesabına yapar¹⁷. Bu sözleşmelerin taşıtan olarak tarafı kendisidir¹⁸. Her durumda tüm sorumluluk onun üzerindedir. Özetle, yükün teslim alınmasından, gönderilene teslim edilmesine kadar bütün sorumluluğu bu kişi taşır.

Bu sebepler ile, karma taşımalarda, taşıma sözleşmesinin icra tarafında bulunan kişi, üstlenmiş olduğu borçlar dikkate alınarak, sadece taşıyan (*carrier*) değil, *Multimodal Transport Operator* (MTO) olarak anılmaktadır¹⁹.

16 De WIT, 3; ULFBECK, 39-40. Bkz, Rotterdam Kuralları, md. 18.

17 WILSON, John F., *Carriage of Goods by Sea*, Pitman Publishing, 3. ed. London 1998, s. 241.

18 Taşıtan (*consignor*), MTO'ın yaptığı sözleşmelerin tarafı değildir, FITZGERALD, Gerald F., “The United Nations Convention on the International Multimodal Transport of Goods”, *V. Annals of Air and Space Law*, 51.

19 De WIT, 5.

Diğer taraftan, Konvansiyon'a göre değişik ortamlarda yapılan taşımalar için yapılacak sözleşmede, mutlaka taşıma taahhüdünün yer alması gerekmektedir ve sözleşmenin nitelendirilmesinde, taşıma taahhüdü önem taşımaktadır. Buna paralel olarak taşıtanın karşısında, yükleri fiilen taşımayı taahhüt etmesi gereken bir taraf olmadığı için ve dolayısı ile de taşıyan sıfatını almak için, sözleşmede taşıtanın karşı âkidi olan kişinin bir taşıma taahhüdünde bulunması zorunlu olmadığından, herhangi bir kişi MTO sıfatını alabilir ve işin sorumluluğunu üstlenebilir.

Bu hukukî düzenleme karşısında, MTO taşıyan olarak nitelendirilebilir mi? Taşıyan sıfatının alınabilmesi için, bir tarafın diğer tarafa karşı taşıma taahhüdünde bulunması lâzımdır. Taşıyan sıfatını almak ve dolayısı ile de bir taşıma sözleşmesinin tarafını teşkil etmek için, bundan başka bir şart aranmamaktadır²⁰. Bununla beraber, genel geçer hukuk prensiplerine uygun olarak, taşıyan, taşıma taahhüdünün muhtevası itibarı ile veya taraflar arasında aksine sarih bir anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan borcunu bizzat ifa etmek zorunda değildir.

1980 Konvansiyonu'na göre ise, MTO sıfatının alınabilmesi için, taşıtana karşı, yükün değişik ortamlarda taşınması amacı ile kurulan sözleşmenin ifası veya ifasının sağlanması taahhüt edilmelidir. Şu halde, bir taraf açıkça yükü taşımayacağını fakat sadece taşınmasını temin edeceğini taahhüt eylemek sureti ile de Konvansiyon anlamında MTO sıfatını alabilmektedir.

Bu düzenlemeye taşıma hukukunun klâsik kavramları açısından bakıldığı zaman, taşıma taahhüdünde bulunmamış olan bir MTO'ın, taşıyan olarak kabul edilmesi biraz zor olacaktır. Acaba, muhtevası böyle olan bir akit, MTO'ı, taşıma işleri komisyoncusu yapar mı? Kanaatımızca, bu soruya menfi cevap vermek gerekecektir; bir kere MTO taşıma sözleşmelerini kendi nam ve hesabına yapmaktadır, taşıtanı temsilen değil; ikinci olarak, taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işleminden sorumluluğu bulunmamaktadır, yükün kaybı veya hasara uğraması, taşıma işleri komisyoncusunu sorumluluk altına sokmaz (TK.

20 Her ne kadar Karayolu Taşıma Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak çıkartılmış olan Karayolu Taşıma Yönetmeliği, taşıma sözleşmesi yapabilmek ve taşıyan sıfatını alabilmek için bir takım sınırlamalar koymakta ve özellikle Yönetmeliğin 13. md. sinde taşımanın yapılacağı araçların mülkiyetine sahip olmak gibi bazı şartlar aramakta ise de, kanaatimizca, bu gibi hükümler, taşıma sözleşmelerini düzenleyen temel hukuk normları bakımından taşıma sözleşmesinin kurulmasına ve taşıyan sıfatının alınmasına etkili olamazlar. Söz konusu Kanun'un amacı, taşıma faaliyetinde bulunacak olan veya bulunan -özel veya tüzel- kişiler ile yetkili kamu idareleri arasındaki ilişkiyi düzenlemektir. Bu arada, bazı kişiler, akıllarına gelen bir çok hüküm, gereği yok iken, Kanun'a yazmışlardır. Anılan Kanun'da veya bu Kanun'a dayanılarak çıkarılacak tüzük veya yönetmelik gibi ikinci derece mevzuatta yer alacak hükümlerin müeyyidesi idarî ve/veya cezai olabilir, fakat söz konusu hükümler ile aranan şartları havi olmayan kişilerin yapacakları taşıma sözleşmeleri yine geçerli birer taşıma sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

md. 916-930). Hâlbuki 1980 Konvansiyonu, taşıma taahhüdünde bulunmamış olan bir kişiyi, MTO olarak kabul edip, taşımanın bütün sorumluluğunu ona yüklemektedir²¹.

Buna karşılık, taşıma taahhüdünde bulunan fakat taşımanın hiçbir aşamasını fiilen icra etmeyip, bunları başka taşıyanlara ve kendi nam ve hesabına yaptığı taşıma sözleşmeleri ile bırakan MTO'ya taşıyan sıfatı verilebilecektir. Bu tür bir uygulama taşıma hukukunun genel geçer prensiplerine, zaten, aykırı düşmektedir. Yine de, MTC'da, MTO'nun üstlendiği borç hakkında açık bir hüküm bulunmadığı hallerde, MTO, tüm taşımaları başka kişilere yaptırsa, hüküm nasıl olmalıdır?²². Özellikle, taşıma sözleşmelerinin, taşıtan nam ve hesabına yapılacağı, açık veya zımnî olarak, belirtilmiş olan bir MTC bakımından taşıyan sıfatı nasıl tesbit edilmelidir?

Bu ve ilgili birçok husus, çok daha ayrıntılı incelemeyi icab ettirmektedir. Böylesine bir çalışma ise, bu tebliğin sınırını fazlası ile aşacaktır. Bu bakımdan, söz konusu meseleleri başka bir inceleme vesilesi ile ele almayı düşünüyoruz.

2. Tek Sözleşme

Sözleşme hazırlanması, özellikle de taşıma sözleşmelerinin düzenlenmesi -maruf bir tekerlemeden istiane ile- *hukukçulara bırakılmayacak kadar ciddi iştir*. Merkezi İstanbul'da bulunan bir şirketin; çeşitli yerlere göndereceği malların sevki için değişik aşamaları üstlenecek olan taşıyanlar ile yapması gereken farklı nitelik ve içerikteki sözleşmelerinin düzenlenmesi amacı ile sahip olması icab edecek olan bilginin temini ve sözleşmelerin ifa aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların çözümü için lüzûm duyacağı diğer bilgiler; gerek bilginin kaynağı ve gerekse de işlemlerin yürütülmesi bakımından ciddi boyutta maliyet getirecektir.

Bu gibi sorunların üstesinden gelinebilmesi için çözüm yolu, tüm taşıma için, taşıtan ile MTO arasında bir tek sözleşme yapılmasında bulunmuştur. Buna *Multimodal Transport Contract* (MTC) adı verilmektedir. Bu sözleşme ile MTO, taşımanın tamamı için borç ve dolayısı ile de sorumluluk üstlenmektedir. Kendisinin yapmayacağı taşımalar için gereken taşıma sözleşmelerini MTO -kendi nam ve hesabına- yapacaktır. Buna ek olarak ve hemen yukarıda

21 GENÇTÜRK, Muharrem, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 77.

22 Aslında benzer tartışmalar akdın diğer tarafı hakkında da geçerlidir. 1980 Konvansiyonu, taşıtan için *consignor* deyimini kullanmaktadır. Consignor, karma taşıma sözleşmesini bizzat yapan veya sözleşmenin adına veya hesabına yapılmış olduğu kişi için kullanıldığı kadar; yükleri taşıyana, yani MTO'ya fiilen teslim eden veya yüklerin adına veya hesabına MTO'ya teslim edildiği kişi için de kullanılmaktadır (md. 1/5). Bu tanım içinde bakıldığında, *consignor*, TK. anlamında hem taşıtan ve hem de yükleten olmaktadır.

da ifade edilmiş olduğu gibi, MTO ifasını üstlenmiş olduğu sözleşmenin tam ve gereği gibi yerine getirilmesini sağlamak amacı ile icab eden diğer hukukî işlemleri de yapmakla yükümlüdür; bu cümleden olarak, MTO gerektiği hal-lerde yükleme-boşaltma-istif işlemleri için veya malların korunması amacı ile depoya konması gerektiğinde, bu işlem için sözleşmeler yapmak zorundadır.

Burada önemli olan, tarafların sözleşmeyi yaparken taşımanın değişik ortamlarda yapılacak (multimodal) bir taşıma olacağına anlaşmış bulunmalarıdır. Diğer bir deyişle, sözleşmeye, karma taşımaları düzenleyen hükümlerin tatbiki tamamen tarafların rızasına bırakılmıştır. Taraflar taşımanın değişik ortamlarda yapılacağını kararlaştırıp tek bir sözleşme yapmış olmakla beraber, sözleşmede her bir taşıma aşaması için ayrı ayrı hükümler getirilmiş ise, MTC'tan söz edilemez ve dolayısı ile de Konvansiyon uygulanamaz²³.

Bu demektir ki, taraflar MTC olarak nitelenebilecek bir taşıma sözleşmesi yaptıktan sonra, MTO bu akitten doğan borcunu *unimodal* olarak ifa etse, yani taşımanın tamamını aynı ortamda gerçekleştirse, sözleşme yine karma taşıma hükümlerine tâbi olur²⁴.

Bir görüşe göre; değişik ortamlarda yapılacak taşıma sözleşmesi, taraflar arasında öngörülmüş bulunan taşımanın bütün ortamlarına/aşamalarına (bacaklarına) ilişkin olan ve o ortamlardaki münferit taşımaları düzenleyen sözleşmeleri de içeren bir akit tipidir. Bu anlamı ile, multimodal taşıma sözleşmesi, bir dizi unimodal sözleşmeden meydana gelen bir tür üst akittir. Taşımanın her münferit aşaması, o aşamayı düzenleyen hükümlere tâbi olur. Diğer bir görüşe göre; değişik ortamlarda yapılacak taşımaları düzenleyen sözleşme bir karma sözleşme niteliğindedir. Fakat, taşımanın iradesi münferit taşıma aşamalarının (bacaklarının) düzenlenmesine yönelik olmayıp, "A" noktasında teslim etmiş olduğu yüklerini "Z" noktasında teslim almaya yöneliktir. Bu iradeye karşı, MTO da, "A" noktasında teslim aldığı yükleri "Z" noktasında teslim etmek ve bu amaçla gereken organizasyonu yapmak borcunu üstlenmektedir. Bu bakımdan, aralarında taşımanın münferit bacaklarını düzenleyen unimodal sözleşmeler yapmış oldukları görüşü işin özü ile bağdaşmaz²⁵.

Başka bir görüş ise, bu tür sözleşmelerin *sui generis* nitelikte olduğunu ileri sürer²⁶.

23 ÖZDEMİR, 85.

24 De WIT, 351.

25 Ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. ARKAN (Batider), 39-40; ARKAN (Akipek Armağanı), 345-347; GLASS, 289-290.

26 FUJITA, 72-73.

3. Tek Belge

İş birden fazla taşıyan ile yapılacak sözleşmeler ile bitmemekte ve her bir sözleşme uyarınca yapılacak olan taşımalar için gereken taşıma belgelerinin düzenlenmesi de sorunlar yaratmaktadır. Bu belgelerin hazırlanması kadar, her birinden doğan hakların da takip edilmesi belli düzeyde özel bilgiyi gerektirdiği gibi, bunların tasnif edilmeleri ve saklanmaları da lâzım gelmektedir. Bütün bunların zaman ve maliyet yönünden yarattığı sonuçlar da, taşıma sektörünün aktörlerini, işi basite irca etmeye ve tek belge modeline dayanan bir sistem kurmaya yöneltmiştir.

Tüm taşıma, MTO tarafından düzenlenip, taşıtana verilen *Multimodal Transport Document* (MTD) altında yapılmaktadır. MTO'ın başkalarına yaptırmak yoluna gideceği taşımalar için, o taşımaların türüne göre gereken belge MTO ile taşımayı yapan arasında düzenlenecektir. Bunlar ile taşıtanın herhangi bir ilişkisi yoktur ve taşıtana her hangi bir hak sağlamazlar, borç da yüklemeler²⁷.

Uygulamada MTD için değişik adlar kullanılmaktadır; meselâ, FIATA Bill of Lading gibi. Bunlar, kuşkusuz, gerçek hukukî anlamı ile konişmento niteliğinde olmayan belgelerdir, önemli olan belgenin içeriği olup, taşıdığı başlık hukukan değer ifade etmemektedir. Bu vesile ile ifade edeyim ki, 1980 Konvansiyonu, MTD'ın ciro edilebilir veya edilemez nitelikte düzenlenmesinde taşıtanın (consignor) tercihine ağırlık vermiştir (md. 5/1). Bu bakımdan MTO, belgenin düzenlenmesinde taşıtanın talebi ile bağlıdır. Rotterdam Kuralları'nda da taşıma belgesinin ciro edilebilir veya edilemez olarak düzenlenebileceği öngörülmüştür (md. 35).

III. DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN TAŞIMALARDA SORUMLULUK PRENSİPLERİ

Değişik ortamlarda yapılan taşımalarda, bir zarar vukuunda yüküle ilgilinin başvuracağı kişi kim olmalıdır? Bu taşımalar, yukarıda da ifade edildiği üzere, tamamen taşıma sözleşmesini yapmış olan MTO tarafından üstlenilmektedir. Dolayısı ile taşıtana karşı bu kişi sorumludur. Zarar, taşımanın kendisi tarafından icra edilmemiş olan bir aşamasında meydana gelmiş ise, bunun müsebbibi ile -deyim yerinde ise- hesaplaşmak da ona ait bir işittir. Netice itibarı ile, zararın faili MTO'ın âkididir ve bu bakımdan fail ancak kendi âkidine muhatap olacaktır. Aynı şekilde, zararın failine karşı tazminat talebinde bulunmak, âkit taraf olan MTO'a aittir²⁸.

²⁷ DE WIT, 3.

²⁸ Yüküle ilgilinin haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açabilmek hakkını bir başka vesile ile tartışmak üzere, şimdilik ele almıyorum.

Ancak, bu noktada ciddi bir problem ortaya çıkmaktadır. MTO'nun yükle ilgiliye karşı sorumluluğu hangi hükümlere göre tayin edilmelidir? Diğer bir ifade ile, MTO'nun sorumluluğu, zararın meydana gelmiş olduğu taşıma aşamasının tâbi olduğu kurallara göre mi tayin edilmelidir, yoksa MTO'nun sorumluluğu, zararın vukuu bulunduğu yer ile bağlı olmadan, taşımanın her aşaması için geçerli olacak bir genel prensibe mi bağlanmalıdır? Ayrıca, birinci görüş benimsendiği takdirde, zararın nerede meydana geldiği tesbit edilemediği hallerde, hüküm ne olacaktır? İsbat külfeti hangi tarafa ait olmalıdır? Kuşkusuz, taraflar, aralarındaki ilişkiye uygulanma kabiliyeti olan hukukun kurallarına uygun olmak kaydı ile, bu hususu sözleşme ile tâyin edebileceklerdir.

Sorumluluk konusunda iki teori ortaya atılmıştır:

1. *Network System*

Network System, tüm taşımanın, içerdiği taşıma ortamları dikkate alınarak, kısımlara/aşamalara ayrıldığı bir sorumluluk rejimi öngörür. MTO, zarar hangi aşamada meydana gelmiş ise, o aşamaya uygulanabilecek olan sorumluluk kurallarına göre sorumlu tutulur²⁹.

Bu teoriye göre, yükün kaybına veya hasara uğramasına yol açan olay (ki aşağıda *kritik olay* diye anılacaktır), taşımanın hangi aşamasında -bacağında-vaki olmuş ise, sorumluluk, o safhayı -o taşıma bacağı- düzenleyen emredici nitelikteki uluslararası sözleşmelere veya uygulanması gereken millî mevzuat hükümlerine göre tayin edilir. Daha da ayrıntılı bir açıklama ile; taşıyan ile taşıtan arasında, sadece kritik olayın vaki olduğu aşamayı içeren bir taşıma sözleşmesi yapılmış olsa idi, bu sözleşme gereğince taşıyanın sorumluluğu hangi kurallara tâbi tutulacak idi ise, *Network System* içinde de bu yaklaşım ile tesbit edilecek olan sorumluluk kuralları uygulanır³⁰.

Her durumda sorumluluk MTO'nun üzerindedir, fakat, MTO her ayrı uyumsuzluk bakımından kritik olayın cereyan etmiş olduğu safhanın sorumluluk rejimine tâbi olur. Dolayısı ile de, konuya pratik açıdan bakıldığında, âkit taşıyanın sorumluluğunu, esasında fiilî taşıyanın tâbi olacağı sorumluluk rejimi tayin eder³¹. Zararın, daha doğrusu, kritik olayın taşımanın hangi aşamasında cereyan edeceği bilinemeyeceğinden, *Network System* hem taşıyan (MTO) ve hem de taşıtan bakımlarından sürprizler ile dolu ve beklenmeyen gelişmelere açık olan bir rejim ifade etmektedir³².

29 ARKAN (Akipek Armağanı), 349-350.

30 FUJITA, 358

31 ULFBECK, 46.

32 ULFBECK, 46.

Böylece, bir taşıma sözleşmesinin tarafı olan taşıyan, sözleşmenin ifasında, tamamen tesadüflere bağlı olarak, farklı hukukî rejimlere göre sorumluluk altına girmiş olmaktadır. Bu özelliğini dikkate alarak, bu sisteme *Chameleon System* (Bukalemun Sistemi) de derler. Gerçekten de, MTO, her bir münferit olayda, olayın cereyan etmiş olduğu ortama -kendi iradesi ile olmamakla beraber- intibak ettirilmektedir. Diğer bir anlatımla, bu teoride, karma taşıma sözleşmesi (MTC), sanki taşımanın her bir bacağı için ve o bacağı düzenleyen hükümlere göre yapılmış birden fazla sözleşmeden meydana gelmiş bir bütün gibi görülmektedir³³.

Bu sistem MTO bakımından cazip denebilecek bir özellik taşımaktadır: Karma taşımalarda, MTO, üstlenmiş olduğu sorumluluğu, herhangi bir zarar halinde, zarara fiilen sebebiyet vermiş olan fiilî taşıtana yansıtmak isteyecektir. *Network System* düzeninde, MTO, yani âkit taşıyanın sorumluluğu, fiilî taşıyan sorumluluğu ile aynı olduğundan, MTO büyük bir risk altında olmayacaktır³⁴.

Fakat bu yöntemin birçok mahzuru olduğu da aşikârdır. Kritik olayın hangi safhada vaki olduğunun tesbiti -ki container ile yapılan taşımalarda bu oldukça zordur- bilhassa sorumluluk ve sigorta konularında ciddi meselelere yol açar. Ayrıca, zararın kendisinin hangi aşamada doğduğunun tesbit edilebildiği durumlarda dahi, zararın daha önceki bir aşamada vaki olmuş bir kritik olayın sonucu olarak ortaya çıkması ihtimali de daima söz konusu olabilecektir.

Diğer taraftan, ister bir uluslararası konvansiyon veya millî mevzuat olsun, *Network System* esasına yer veren düzenlemelerde *kritik olayın* nerede vaki olduğunun tayin edilemediği hallerde uygulanacak bir sorumluluk rejiminin de, ayrıca, tesbiti gereklidir³⁵.

Bilindiği üzere, taşıma sözleşmelerini düzenleyen uluslararası konvansiyonlardaki sorumluluk hükümleri ve limitleri yeknesak olmayıp, birbirinden farklıdır. Değişik ortamlarda yapılan taşımalarda, her bir ortamdan, teorik olarak çok, hatta sınırsız sayıda, geçilebilmektedir. Bu husus sigorta teminatının sağlanması bakımından da problem kaynağı teşkil etmektedir. Taşıyan, her bir taşıma sözleşmesi için ayrı sigorta yaptırarsa bile, zararın hangi bacakta doğacağını önceden bilmek mümkün olmayacağına göre, sigorta teminatının plânlanması ve priminin tesbiti çok tartışmalara yol açacaktır. Poliçelerin yıllık olarak veya belli dönemler itibarı ile, istatistiklere göre düzenlendiği işletmeler bakımından, mesele daha da kritiktir.

33 De WIT, 137 vd.

34 ULFBECK, 46.

35 ULFBECK, 46.

Gecikme zararları bakımından da benzer tartışmalar söz konusu olabilecektir. Yük gönderilene geç teslim edilmiştir ama, gecikmeye yol açan kritik olay veya olaylar, hangi ortamda vaki olmuştur ve bu olay veya olaylar taşımanın müteakip aşamalarını nasıl etkilemiştir?³⁶.

2. *Uniform Liability System* (Yeknesak Sorumluluk Sistemi)

Bu sistemde, MTO (taşıyan) tek bir sorumluluk rejimine tâbi tutulmuş bulunmaktadır. Kritik olay taşımanın hangi bacağında vaki olmuş olursa olsun, MTO'nun sorumluluğu hep aynı, dolayısı ile yeknesak bir sorumluluk rejimine göre tayin edilecektir³⁷. Bu bakımdan, kritik olayın taşımanın hangi aşamasında meydana geldiğini tesbit için herhangi bir gayret sarf edilmesi söz konusu olmayacaktır. Taşıtan, haklarının ne olduğunu açık bir surette ve herhangi bir sürpriz söz konusu olmadan bilecek durumdadır. Bu açıdan, bu teori makûl ve pratik bir sistemi yansıtmaktadır³⁸.

Bununla beraber, yine de bazı sakıncalarının bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle şu husus ciddî sıkıntılara yol açabilecektir. MTO tek bir sorumluluk rejimine tâbi olmakla beraber, bu rejim kendisi ile taşıtan arasındaki sözleşme bakımından geçerlidir. MTO'nun taşıma işini bizzat yapmayacağı bacaklar için başka taşıyanlar ile kuracağı sözleşmeler, o bacakları düzenleyen hükümlerin öngördüğü sorumluluk kurallarına tâbi olacaktır. Bu değişik bacakların hukukî sorumluluk sistemi ile MTO'nun tâbi olduğu sistem arasında çoğunlukla, hatta önemli, farklar bulunabilir, ki bu husus MTO'nun *kritik olayın* vaki olduğu bacadaki taşıyana rücu ettiği zaman bazı problemler ile karşılaşmasına sebep olabilecektir. Bu durum, daha pratik bir ifade ile, MTO'nun aynı yük için taşıyan şapkası altında tâbi olduğu sorumluluk kuralları ile taşıtan şapkası altında tâbi olacağı sorumluluk kuralları arasındaki farktan doğan, bazen de oldukça ciddî boyuta ulaşacak olan, zararlara uğramasına yol açacaktır³⁹.

36 Üç aşamalı, yani üç değişik ortamdan geçilerek tamamlanacak bir taşımada, birinci bacadaki meydana gelen bir olayın yol açtığı iki günlük gecikme, ikinci bacağın başlamasını beş gün geciktirmiş ise, bu gecikme de üçüncü bacağın başlamasını on gün ileri atmış ise, gönderilene teslimdeki toplam onbeş günlük gecikmeden kim sorumluluk taşıyacaktır veya taşımalıdır?

37 ARKAN (Akipek Armağanı), 347-349.

38 De WIT, 143 vd.; ULFBECK, 46-47.

39 FUJITA, 358; ULFBECK, 46-47.

IV. DEĞİŞİK ORTAMLARDA YAPILAN TAŞIMALARIN ULUSLARARASI HUKUK ALANINDA DÜZENLENMESİ

1. Yürürlükte Bulunan Konvansiyonlarda Multimodal Taşımlar Hakkında Yer Alan Hükümler⁴⁰

Halen yürürlükte bulunan uluslararası -unimodal- taşımalara ilişkin konvansiyonlara baktığımız zaman, bunların hepsinde de multimodal taşımlar hakkında hüküm ihtiva eden kuralların bulunduğunu görürüz. Bu kurallar *Network Sistemi* üzerine kurulmuştur⁴¹. Ancak, bu kurallar ile getirilmiş olan düzenleme yeknesak değildir ve aralarında oldukça fark vardır. Bununla beraber bu hükümleri esas olarak iki grup içinde toplamak mümkündür.

Bu kurallardan bir grubu, taşımanın kendi düzenlediği alanda cereyan eden aşamasına/bacağına, taşıma sözleşmesi esasında hangi konvansiyona tâbi olursa olsun, kendi hükümlerinin uygulanacağını öngörür.

Diğer bir grubu ise, kendilerine tâbi olan bir taşımada, taşımanın kendi düzenledikleri alanın dışında yapılan aşamasına/bacağına da kendilerinde bulunan hükümlerin uygulanacağını âmirdir.

Söz konusu hükümler şu iki kategoriye ayrılabilir:

a. Birinci Kategori Hükümler

Bu hükümler, düzenledikleri alana öncelik verirler ve bir multimodal taşımada, taşımanın kendi düzenledikleri alanda cereyan eden aşamasına/bacağına kendi kurallarının uygulanacağını öngörürler. Gerek denizyolu ve gerekse de havayolu ile yapılan taşımaları düzenleyen konvansiyonlar bu kategoride yer alırlar.

Denizyolu ile yapılan taşımlar hakkındaki Hamburg Kuralları'nın⁴² konuya ilişkin olan md. 1/6 hükmünde: "... denizyolu ile taşıma ile birlikte başka bir ortamda yapılacak taşımayı da ihtiva eden bir sözleşme, bu Konvansiyon bakımından ancak denizyolu ile yapılan taşımaya ilişkin olduğu nisbette navlun sözleşmesi olarak kabul edilir." denilmektedir.

40 Bu başlık altında unimodal taşıma hakkında hüküm ihtiva eden konvansiyonlara değineceğiz, multimodal taşımalara ilişkin olan 1950 Cenevre Konvansiyon ile Rotterdam Kuralları ayrıca ele alınacaktır.

41 ULFBECK, 49 ve dn. 40.

42 "Denizyolu ile Yük Taşıma Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu" (*United Nations Convention for the Carriage of Goods by Sea*). Bu Konvansiyon, Hamburg'da 31 Mart 1978 günü imzalanmıştır ve onaylayan devletler arasında 1 Kasım 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Konvansiyon'a taraf değildir. Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU, Emine, *Hamburg Kurallarına Göre Taşımanın Sorumluluğu-Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000.

... a contract which involves carriage by **sea** and also carriage by some **other means** is deemed to be a contract of carriage by sea for the purposes of this Convention only in so far as it relates to the carriage by sea.

Dikkat edilirse, **gemi ile** yapılacak taşıma diye yazılmamış, **denizyolu ile** yapılacak taşıma diye yazılmış ve **başka bir araç ile** denmemiş, **başka bir ortamda** diye belirtilmiş.

Bu hüküm dolayısı ile, multimodal taşıma öngören bir sözleşmede, zarar taşımının denizyolundan yapılmış olduğu sırada meydana geldiği takdirde, taşıyanın sorumluluğu hakkında -tabîî söz konusu Konvansiyon'da belirtilen diğer şartlar da gerçekleşmiş ise- Hamburg Kuralları uygulanacaktır. Havayolu ile yapılan taşımaları düzenleyen Varşova/La Haye Sistemi'nde⁴³, md. 31/1'e göre: "Kısmen havayolu, kısmen başka herhangi bir yol ile yapılan birleşik taşıma halinde, bu Sözleşme hükümleri, taşımanın 1. md. çerçevesine girmesi şartı ile, sadece havayolu ile yapılan taşımalarına uygulanacaktır."⁴⁴

*In the case of combined carriage performed partly by **air** and partly by any other **mode of carriage**, the provisions of this Convention shall apply only to the carriage by air, provided that the carriage by air falls within the terms of Article 1.*

Bu maddede de "... havayolu ... başka herhangi bir yol ..." deniyor, uçak veya başka bir araç denmiyor. Bu maddeye göre, bir multimodal taşıma sözleşmesinin, havayolu ile yapılan aşaması/bacağı Varşova/La Haye Sistemi'nin uygulama alanına girecektir.

Bununla beraber, 1999 Montreal Konvansiyonu'nun 18. md. sine de işaret etmekte yarar görmekteyiz: Bu madde, Varşova/La Haye Sistemi'nin havayolu

43 Havayolu ile yapılan uluslararası taşımalar ilk olarak 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve onaylayan devletler arasında 13 Şubat 1933 günü yürürlüğe girmiş olan "Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyon" (*Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Transportation by Air*) ile düzenlenmiştir. Bu Konvansiyon, 1955 La Haye Protokolü ve 3-25 Ekim 1975 tarihlerinde Montreal'de toplanmış olan konferansta kabul edilen Protokoller ile tadil edilmiştir. Bunlardan konumuz bakımından önem taşıyan olanı, 25 Ekim 1975 tarihinde imzalanmış ve onaylayan devletler arasında 14 Haziran 1998 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 4 numaralı Protokol'dür. Türkiye bu Protokol'e 12 Eylül 1998 tarihi itibarı ile taraftır. Bkz. 8 Mayıs 1991 tarihli ve 3736 sayılı onay Kanunu ile 15 Şubat 1993 tarihli ve 93/4166 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG. 21 Nisan 1993-21559). Ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER (Havayolu), 57 vd.

44 Bu hüküm, *Warsaw Convention as Amended by the Hague Protocol of 1955 and further amended by Protocol No. 4 of Montreal, 1975* metninin 31/1 md. sindedir. Bu kural, bu metnin yerini almak amacı ile yapılmış olup, 28 Mayıs 1999 günü Montreal'de imzalanmış olan ve onaylayan devletler arasında 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 1999 Montreal Konvansiyonu'nun 38. md. sine yer almaktadır. *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*. Türkiye de Konvansiyonu onaylamış olup, Konvansiyon 26 Mart 2011 tarihinden itibaren Türkiye için bağlayıcı nitelik kazanmıştır. Bkz. Onay Kanunu: 2 Nisan 2009-5866 (RG. 14 Nisan 2009-27200), Bakanlar Kurulu Kararı: 13 Eylül 2010-2010/895 (RG. 1 Ekim 27716). Konvansiyon'un Türkçe tercümesi işaret edilen Bakanlar Kurulu Kararı'nın ekinde yer almaktadır.

ile yapılan taşımalara uygulanacağını ve havayolu ile taşımanın, dolayısı ile de taşıyanın sorumluluğunun, zaman dilimi itibarı ile, yükün taşıyanın zilyedliği altında bulunduğu süreyi ifade ettiğini hükme bağlamaktadır (md. 18/1 ve 3). 18. md. nin 4. b. inde ise, yükün, taşıma sözleşmenin ifası sırasında, yükleme, teslim veya aktarma işlemleri amacı ile karada, denizde veya iç sularda taşınmasının da, havayolu ile taşıma süresinin içinde sayılacağı yazılıdır. Ancak, hemen belirtmek lâzım gelir ki, bir taşıma sözleşmenin ifası amacı ile yapılacak bu tür zorunlu operasyonlar, zaten multimodal sözleşme modeline uymamaktadır.

Ayrıca, taşımanın havayolu ile yapılacağı öngörülmüş olan bir sözleşmenin, taşıtanın muvafakatı olmadan, başka bir ortamda (*mode*) yapılması halinde de, bu aşama da havayolu ile yapılmış olarak kabûl edilir (md. 18/4). Münhasıran havayolu ile ifade edileceği kararlaştırılmış olan bir taşıma sözleşmesi de, anlaşılacağı surette, esasen multimodal taşıma olarak nitelendirilemeyecektir.

b. İkinci Kategori Hükümler,

Bu hükümler ise kendi düzenlemedikleri alana da taşarlar ve ilgili maddelerinde gösterilen şartlar gerçekleştiği takdirde, uygulama alanlarının dışında kalan taşımalara da uygulanırlar.

Karayolu ile ve demiryolu ile yapılan taşımaları düzenleyen konvansiyonlar bu türdendir.

Karayolu ile yapılan uluslararası yük taşımaları hakkındaki CMR⁴⁵ md. 2/1'e göre: "Eşya yüklü taşıt, yolculuğun bir kısmında yükü boşaltılmadan, denizyolu, demiryolu, içsuyolu veya havayolu ⁴⁶ ile taşınırsa, buna rağmen, Konvansiyon taşımanın tamamına uygulanır ..."⁴⁷.

Bu maddede de 'denizyolu', 'demiryolu', 'havayolu' kelimeleri kullanılmıştır; 'gemi', 'tren', 'uçak' diye yazılmamıştır.

45 *Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road*, Geneva 19th May 1956. Konvansiyon'un kısaltması "CMR", Fransızca başlığına uygun olarak yapılmıştır: *La Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route*. Türkiye bu Konvansiyon'a 31 Ekim 1995 tarihi itibarı ile tarafıdır (bkz. 7 Aralık 1993 tarihli ve 3939 sayılı onay Kanunu, RG. 14 Aralık 1993-21778).

Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CLARKE, Malcolm A., *International Carriage of Goods by Road: CMR*, Informa Professional, 4th ed., London 2003; HILL, D. J. and MESSENT, A.D., *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, Lloyd's of London Press, Ltd., London 1984.

46 Md. nin resmî Türkçe tercümesinde *havayolu* kelimesi yer almış olmakla beraber, bunu aslına uygun olarak *karayolu* şeklinde anlamak gerekir.

47 Bununla beraber, zararın ancak denizyolu ile yapılan taşıma sırasında ve sebebi ile meydana geldiği isbat olunduğu takdirde, CMR uygulanmaz ve olaya tatbik edilebilecek nitelikteki konvansiyon veya millî kanun hükmü uygulanır.

Görülüyor ki, karayolu ile yapılan taşımaları düzenleyen CMR, belli şartlar altında, taşımanın denizyolunda veya demiryolunda veya havayolunda veya iç-suyolunda yapılan bacaklarına da uygulanabilecektir⁴⁸.

Demiryolu ile yapılan uluslararası taşımaları düzenleyen ana konvansiyonu teşkil eden COTIF⁴⁹ ile birlikte yük taşımalarına ilişkin özel hükümler ihtiva eden CIM hükümlerine göre⁵⁰, Konvansiyon esas olarak demiryolu ile yapılan taşımalara uygulanmakla beraber, demiryollarını birbirine bağlayan ve uluslararası trafiğe açık olan karayolları ile denizyolları veya içsuyolları da ilgili devlet veya devletler tarafından OTIF Merkez Ofisi'ne⁵¹ bildirilerek, Konvansiyon'un kapsamına giren hatları⁵² listesine dahil edilebilir ve bu hatlar üzerinde yapılacak taşımalar, COTIF/CIM hükümlerine tâbi olur⁵³.

Söz konusu hükümler, trenin yük indirilmeden denizyolu veya karayolu veya içsuyolu taşıma yüklenerek taşınması halinde olduğu kadar, yükün tren-den indirilip, duruma göre, söz konusu araçlardan bir tanesine yüklenerek taşınması halinde de uygulanır⁵⁴.

İç sularda yapılan taşımaları düzenlemek amacı ile hazırlanmış bulunan Bu-

48 Karayolu ile yapılan taşımanın mesafesi ile denizyolu veya demiryolu veya havayolu ile yapılan taşımanın mesafesi arasındaki fark, bu hükmün uygulanmasına engel teşkil etmez, CLARKE, age. 30 ve 31.

49 Demiryolları ile yapılan taşımalar ilk olarak 14 Ekim 1890 günü Bern'de imzalanan ve 1 Ocak 1983 tarihinde yürürlüğe giren *Convention International sur le Transport de Marchandises par Chemin de Fer* isimli Konvansiyon ile düzenlenmiştir. Halen yürürlükte bulunan *Convention Relative aux Transports Internationaux Ferroviaires*, 9 Mayıs 1980 tarihinde Bern'de imzalanmış olup, onaylamış olan devletler arasında 1 Ocak 1985 günü yürürlüğe girmiştir. Türkiye COTIF'e tarafıdır, bkz. onay kanunu: 21 Mart 1985-3172, (RG. 27 Mart 1985-18707) ve BKK. 8 Mayıs 1985-85/9458 (RG. 1 Haziran 1985-18771). COTIF, yolcu taşımalarını düzenleyen 'A' eki CIV (*RU-CIV: Règles Uniformes Concernant le Contrat de Transport International Ferroviaire des Voyageurs et des Bagage*) ve yük taşımalarına ilişkin kuralları ihtiva eden 'B' eki (*RU-CIM: Règles Uniformes Concernant le Contrat de Transport International Ferroviaire des Marchandises*) ile birlikte 3 Haziran 1999 günü imzalanan ve Vilnius Protokolü olarak anılan bir anlaşma ile tādil edilmiştir. Vilnius Protokolü, onaylayan devletler arasında 1 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokolü de onaylamıştır (Onay Kanunu: 6 Ekim 2005-5408, RG. 12 Ekim 2005-25964; BKK: 24 Kasım 2005-2005/9709, RG. 24 Aralık 2005-26033 mkr.). Aslında demiryolu ile yük taşıma sözleşmelerini düzenleyen ilk Konvansiyon, bizatihi CIM dir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, Sabih, *Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, yayın nu: 206, Ankara 1987.

50 Vilnius Protokolü ile muaddel maddeler, COTIF md. 2 § 1 (a) 1 ve md. 24; CIM md. 1 §§ 3 ve 4.

51 *Organisation Intergouvernementale pour les Transports Internationaux Ferroviaires*. Bu teşkilat ilk olarak 1893 tarihli Bern Konvansiyonu ile kurulmuştur. Şimdiki statüsü, 1980 COTIF hükümlerine dayanılarak, 1 Mayıs 1985 tarihinde oluşturulmuştur.

52 Üye devletler belli hatların COTIF rejimine tâbi olmayacağını kararlaştırıp, OTIF'e bildirebilirler.

53 Meselâ, Türkiye'de Sirkeci-Haydarpaşa arasında yapılan feribot seferleri ile Van-Tatvan arasındaki Van Gölü geçişi COTIF'e dahildir. İngiltere ile Fransa arasındaki deniz trafiği COTIF rejimine tabidir. Bundan başka, Romanya ile birlikte Derince - Köstence ve Samsun - Köstence seferleri de 1 Temmuz 2006 tarihi itibarı ile listeye alınmıştır. Maş Tüneli de (*The Channel Tunnel* - Popüler adı ile *Chunnel*) 14 Mart 1994 tarihinde listeye eklenmiştir.

54 Anılan md. 2/2'nin resmî Türkçe tercümesinde *karayolu* kelimesi yerine *havayolu* kelimesi yer almakla beraber, bunu aslına uygun olarak *karayolu* şeklinde anlamak gerekir.

dapeşte Konvansiyonu'nun⁵⁵ 2.2. md. sine göre, iç su yolu ile yapılan taşıma ile denizyolu ile yapılan taşımanın aynı gemi ile gerçekleştirildiği hallerde, sözleşmeye bu Konvansiyon'un hükümleri uygulanacaktır. Ancak, denizyolu ile yapılan taşımalarda kullanılan tür konişmento düzenlendiği veya denizyolunun iç su yolundan daha uzun olduğu seferlerde, her bir aşama, kendine has hükümlere tâbi tutulacaktır⁵⁶.

2. 1980 Cenevre Konvansiyonu'nun Hükümleri⁵⁷

Konvansiyon'un 30. md. sinin 1. f. sı, bu Konvansiyon'un donatanın sorumluluğunu düzenleyen: (i) 25 Ağustos 1924 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun, (ii) 10 Ekim 1957 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun ve (iii) 19 Kasım 1976 tarihli Londra Konvansiyonu'nun donatanın haklarına ve borçlarına ilişkin hükümlerini değiştirmedeğini öngörmektedir.

Konvansiyon, yine 30. md. sinin 3. f. ile, nükleer enerji ile ilgili kurallar içeren 29 Temmuz 1960 tarihli Paris Konvansiyonu ile bu Konvansiyonu tadil eden 28 Ocak 1964 tarihli Protokol ve nükleer zararlardan doğan sorumluluk hakkındaki 21 Mayıs 1963 tarihli Viyana Konvansiyonu'nun hükümlerini de saklı tutmaktadır.

1980 Cenevre Konvansiyonu, ayrıca, md. 30/4 hükmü ile yukarıda değinilen CMR ve COTIF/CIM hükümlerini mahfuz tutmuş ve bunların anılan Konvansiyonlar'a taraf olan ve söz konusu maddeleri uygulamakla yükümlü bulunan devletler bakımından, Konvansiyon'un md. 1/1 açısından uluslararası multi-modal taşıma sayılmayacağını belirterek, uygulama alanının dışına çıkarmıştır.

Burada değinilmesi gereken bir husus bulunmaktadır: Md. 30/4, CMR ve COTIF/CIM hükümlerine atıf yaparken "*such as*" - "*meselâ*" kelimesi ile vurgu yaparak, söz konusu tür düzenlemelerin yapıldığı başka uluslararası konvansiyonların da kapsanmakta olduğunu gösteren bir ifade kullanmıştır. Mevcut uluslararası konvansiyonlar içinde, Varşova/La Haye Sistemi ile La Haye Kuralları'nı ve dolayısı ile de şu anda yürürlükte bulunan son metinler olarak 1999 Montreal Konvansiyonu ile 1978 Hamburg Kuralları'nı zikredebiliriz. Bu Konvansiyonlar ise, yukarıda değinmiş olduğumuz maddelerinin getirmiş olduğu düzenlemeler dolayısı ile, zaten 1980 Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışında kalmaktadır.

55 *Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterways*. United Nations Economic Commission for Europe – UNECE tarafından düzenlenmiş ve Budapeşte'de 25 Eylül-3 Ekim 2000 günlerinde toplanmış olan konferansta kabul edilmiştir. Metin, 22 Haziran 2001 tarihinde imzalanmış ve Konvansiyon 1 Nisan 2005 günü yürürlüğe girmiştir.

56 Yukarıda değinilen konvansiyonların söz konusu maddeleri hakkında ek bilgi için bkz. HANCOCK, 36-39.

57 Konvansiyon hakkında bilgi aşağıda V/1 altında verilmektedir.

Bununla beraber, söz konusu şart, herhangi bir tarihte bazı devletlerin bir araya gelip, multimodal taşımalar için özel hükümler getiren konvansiyonlar yapmalarına dayanak sağlayabilecektir⁵⁸.

3. Rotterdam Kuralları'nın Hükümleri⁵⁹

Rotterdam Kuralları bu konuda iki ayrı hüküm ihtiva etmektedir.

a. Md. 26: Yüklerin Gemiye Yüklenmesinden Önce ve Gemiden Boşaltılmasından Sonra Yapılan Taşımalar

Rotterdam Kuralları'nın 26. md. si, sınırlı bir *Network System* sorumluluğu öngörmektedir. Bu maddede, yükün kaybının veya hasara uğramasının veya tesliminin gecikmesine sebep olan olayın, taşımanın deniz bacağına dışında cereyan etmiş olması haline ilişkin bir düzenleme getirilmektedir.

Bu hükme göre, kayıp veya hasara veya gecikmeye yol açmış olan sebebin, yüklerin gemiye yüklenmesinden önce veya gemiden boşaltılmasından sonra cereyan etmiş olduğu isbat edildiği takdirde, söz konusu olaya zorunlu olarak -emredici hüküm niteliği icabı- uygulanması gereken bir uluslararası konvansiyon bulunduğu takdirde, Rotterdam Kuralları'nın yerine bu konvansiyonun hükümleri uygulanır. Zarar veya hasarın veya gecikmeye sebebiyet vermiş olan olayın hangi aşamada vaki olduğunun tesbit edilemediği veya kayıp veya hasarın veya gecikmeye yol açmış olan olayın birkaç aşamayı kapsayan bir süreç içinde vakî olduğu hallerde yine Rotterdam Kuralları uygulanır⁶⁰.

Md. 26 hükmünün uygulanmasında şu hususa da işaret etmeliyiz ki, deniz bacağına dışında (*non-maritime leg*) yapılan taşımalar, bağımsız bir taşıma sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecek nitelik ve hüviyette olmalıdır; asıl taşımanın icrası amacı ile yapılacak fer'î veya tamamlayıcı mahiyetteki taşımalar, yine Rotterdam Kuralları'na tâbi olurlar⁶¹.

Md. 26 ile ilgili ayrıntılı açıklamalar, aşağıda 'V/2, d, aa' başlığı altında yapılacaktır.

58 *Glass*, pratik bir ifade kullanarak, md. 30/4 hükmünün, söz konusu konvansiyonların müstakbel tadilatını da hedef aldığını yazmaktadır, bkz. GLASS, 290.

59 Konvansiyon hakkında bilgi aşağıda V/2 altında verilmektedir. Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARA, Hacı, *Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu*, İstanbul 2014. Rotterdam Kuralları'nın İngilizce metni ile birlikte Türkçe tercümesi için bkz. SÜZEL, Cüneyt/DAMAR, Duygu, XXVI *BATİDER* 2, 147-240.

60 Ayrıntılı açıklama için bkz., HANCOCK, 43-44; van der ZIEL, 303-307.

61 Meselâ, yüklerin taşıtanın deposundan alınıp, onları limana götürecek araca yüklemek amacı ile yapılan taşımalar veya limanda gemiden boşaltılan yüklerin, onları nihai teslim yerine nakledecek olan araca yüklenmek üzere taşınması gibi ara taşımalar. Teyiden bkz. van der ZIEL, 304.

b. Md. 82: Başka Ortamlarda Yapılan Taşımaları Düzenleyen Uluslararası Konvansiyonlar

Rotterdam Kuralları'nın 82. md. si ise, çok daha kapsamlı bir hüküm getirmektedir: bu maddeye göre, havayolu, karayolu, demiryolu ve içsuyolu ile yapılan taşımaları düzenleyen uluslararası konvansiyonların taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümleri saklı tutulmaktadır.

Söz konusu konvansiyonlar Rotterdam Kuralları'nın yürürlüğe girdiği tarihte keza yürürlükte olmalıdır ve bu konvansiyonlarda ileride yapılacak değişiklikler de, 82. md. nin kapsamı içindedir. Fakat, hükmün açık ifadesinden anlaşılacağı üzere, diğer taşıma ortamları (*mode*) için, Rotterdam Kuralları yürürlüğe girdikten sonra yeni konvansiyonlar yapıldığı takdirde, bunlar 82. md. nin atfının dışında kalacaktır.

Bu madde ile atıf yapılan konvansiyonlar, 'bugün itibarı ile', havayolu ile taşımalar bakımından Varşova/La Haye Sistemi; karayolu ile taşımalar bakımından CMR; demiryolu ile taşımalar bakımından COTIF/CIM ve içsuyolu ile taşımalar bakımından ise, 2001 Budapeşte Konvansiyon'u olmaktadır⁶². Rotterdam Kuralları'nın yürürlüğe girdiği tarihte anılan konvansiyonlar yürürlükten kaldırılmış ve yerlerine yenileri yapılmış olabilir, o zaman bu yeni konvansiyonlar md. 82 hükmünün kapsamı içinde mutalea edilecektir. Fakat, Rotterdam Kuralları'nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte iken daha sonra iptal edilerek yerlerine yenileri yapılan konvansiyonlara 82. md. uygulanamayacağı gibi, mevcut bir veya birden fazla konvansiyon yürürlükten kaldırılmadan da aynı konu hakkında yeni başka konvansiyon yapılırsa, bu yeni konvansiyonlar da 82. md. nin kapsamı dışında kalırlar⁶³.

Bu konular ile ilgili ayrıntılı açıklamalar, aşağıda 'V/2, d, bb' başlığı altında yer alacaktır.

V. ULUSLARARASI MULTİMODAL TAŞIMALAR İÇİN YEKNESAK HÜKÜMLER GETİRMEK AMACI İLE YAPILMIŞ BULUNAN ÇALIŞMALAR⁶⁴

Multimodal taşımalar ile ilgili hukukî konuları düzenlemek amacını güden çalışmalar oldukça eski tarihlerde başlamıştır.

⁶² Md. 82 nin uygulanması ile ilgili muhtelif alternatifler için bkz. HANCOCK, 46-50.

⁶³ HONKA, 351; van der ZIEL, 310.

⁶⁴ Bu başlık altında ele alınan konular ve özellikle 1980 Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. De WIT, 147 vd.; ayrıca bkz. RAMBERG, Jan, *Unification of the Law of International Freight Forwarding*, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1998-1.htm>. (metin 23 Şubat 2011 günü incelendi).

Aşağıda, konu ile olan yakın ilgisi ve bu alandaki ilk uluslararası birleştirme teşebbüsü olması dolayısı ile 1980 Cenevre Konvansiyonu'na, kısaca da olsa, temas edilecek ve sonra 2008 Rotterdam Kuralları'nın, konumuza ilişkin bulunan hükümlerini, özet halinde olmak üzere, incelenecektir.

1. Multimodal Transport Convention

a. Konvansiyon'un Hazırlanması⁶⁵

Uluslararası multimodal taşıma sözleşmeleri için uygulanacak yeknesak kuralların tesbiti amacı ile ilk adımlar, *Comité Maritime International* (CMI) tarafından düzenlenmiş olan 1911 Paris ve 1913 Kopenhag Konferansları vesilesi ile atılmıştır. Bu alanda sürdürülen ön hazırlıkların, kısmen başarı kazanamaması, kısmen de ancak belli bir olgunluk seviyesini aşamaması sonucunda varılan noktada, konu ile ilgili çalışmaların Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Komisyonu (*United Nations Commission on Trade and Development - UNCTAD*) tarafından sürdürülmesi kararlaştırılmıştır.

UNCTAD, 1973 yılının Mayıs ayında bir Hükümetlerarası Hazırlık Grubu (*Intergovernmental Preparatory Group*) kurarak, konvansiyon taslağının kaleme alınması için faaliyete geçmiştir. Hazırlık Grubu ilk toplantısını 29 Ekim-2 Kasım 1973 tarihinde yapmış ve konvansiyon taslağını 1979 yılının Mart ayında tamamlamıştır. Bu taslak üzerinde görüşmek üzere 12-30 Kasım 1979 tarihleri arasında toplanan diplomatik konferans, müzakerelerin oldukça tartışmalı geçmesi üzerine, çalışmalarını ertelemiş ve 8-27 Mayıs 1980 tarihleri arasında Cenevre'de yapılan ikinci toplantıda, üzerinde anlaşılan metin kabul edilerek *United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods* başlığı ile, 24 Mayıs 1980 tarihinde imzalanmıştır.

Bu Konvansiyon henüz yeteri sayıda devletten onay alamadığı için yürürlüğe girmemiş olmakla beraber, uluslararası değişik ortamlarda yapılan taşımalar büyük oranda bu Konvansiyon'un temel prensiplerine uygun şart ve hükümler içeren sözleşmeler ile icra edilmektedir. Bu açıdan bakılınca, Konvansiyon'un, genel olarak, taşımacılık camiası tarafından benimsenip uygulamaya konulduğu söylenebilir. Konuya bir başka açıdan bakıldığında ise; Konvansiyon'un uluslararası karma taşımalarda uygulanagelen kurallara büyük ölçüde yer vermiş olduğu ve dolayısı ile bir bakıma tatbikatı yansıtmakta olduğu ileri sürülebilir.

Konvansiyon hakkında söylenecek bir diğer husus da, Hamburg Kuralları'ndan esinlenerek kaleme alınmış olmasıdır.

65 Ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN (Batider), 27-30; SÖZER (Multimodal), 56 vd.

b. Konvansiyon'un Yapısı⁶⁶

1980 Konvansiyon'u, Konvansiyon'a hâkim olan temel prensiplerin ifade edildiği ve bir anlamı ile gerekçe niteliğinde görülebilecek olan *Giriş (Preamble)* bölümünden sonra, toplam 40 madde halinde, sekiz Kısım'dan oluşmaktadır.

I. Kısım *Genel Hükümler* başlığı altında (md. 1-4) tanımları, Konvansiyon'un uygulanma şartlarını, karma taşımaların düzenlenmesine ilişkin kuralları ihtiva etmektedir.

II. Kısım *Belgeleme (Documentation)* başlığı altında dokuz maddeden ibarettir (md. 5-13). Bu Kısım'da karma taşıma belgesinin düzenlenmesi, karma taşıma belgesinin türleri, belgenin içeriği ve hukukî değeri hakkında hükümler sevk edilmiştir⁶⁷.

III. Kısım'da (md. 14-21) Konvansiyon'un odak noktasını oluşturan ve karma taşımalarda taşıyanın, Konvansiyon'da kullanılan deyim ile "*Multimodal Transport Operator*" un, sorumluluğunu düzenleyen hükümler yer almaktadır.

IV. Kısım'da (md. 22-23) karma taşıma sözleşmesinin -esas itibarı ile⁶⁸- diğer tarafı olan taşıtanın (*consignor*) sorumluluğu düzenlenmiştir.

V. Kısım, dört madde içinde (md. 24-27), zararın ihbarı, sorumluluk davası, kaza yetkisi ve tahkim konularını ele almaktadır.

VI. Kısım (md. 28-31) *Ek Hükümler* başlığı altında, karma taşıma sözleşmesinin içeriğini belirlemekte, sözleşme ile Konvansiyon hükümlerinin değiştirilemeyeceğini öngörmekte, müşterek avarya ve 1980 Konvansiyonu'nun diğer bazı konvansiyonlar ile olan ilişkisi hakkında hükümler içermekte ve sorumluluğun sınırlandırılmasında kullanılan değer birimini tarif etmektedir.

VII. Kısım tek bir madde (md. 32) içinde, gümrük işlemleri hakkında kurallar içermektedir.

VIII. Kısım Konvansiyon'un onaylanması, yürürlük hükümleri, Konvansiyon'da yapılacak değişiklikler ve Konvansiyon'un feshi gibi, her uluslararası konvansiyonda bulunması gereken ortak genel esaslara ayrılmıştır.

Konvansiyon'da bundan sonra altı maddeden oluşan (md. I-VI) bir *Annex* bölümü vardır. Burada uluslararası karma taşımalarda uygulanacak gümrük kuralları ile ilgili esaslar yer almaktadır.

⁶⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. SÖZER (Multimodal), 60 vd.

⁶⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. ARKAN (Batider), 35-39.

⁶⁸ Konvansiyon'un md. 1/5 hükmünde yer alan tanıma göre, *consignor* sadece taşıma sözleşmesinin bir tarafı olan taşıtan için değil, fakat yerine göre temsilci veya yükleten için de kullanılmaktadır.

c. Konvansiyon'un Temel Prensipleri

Konvansiyon, esas olarak ve karma taşımaların ayırt edici unsurlarını dikkate alarak, 'tek taşıyan', 'tek sözleşme' ve 'tek belge' formülü üzerine kurulmuştur.

Bu esasa göre, taşıma işini üstlenen taraf, sadece taşıyan (*carrier*) olarak değil, fakat *Multimodal Transport Operator* (MTO) olarak adlandırılmıştır (md. 1/2). MTO, taşıtanın âkidi olup, taşımanın tamamının ifasını üstlenmektedir; taşımanın tamamını bizzat yapabileceği gibi, sadece bir kısmını da yapabilir veya tamamını başkalarına yaptırır. Taşıtan ile MTO arasında, taşımanın tümü için tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen bir sözleşme yapılacağı öngörülmüştür: *Multimodal Transport Contract* (MTC) (md. 1/3).

Konvansiyon'da, karma taşımaların diğer ayırt edici unsuru olarak, tek bir taşıma belgesi düzenlenmesi kabul edilmiştir: *Multimodal Transport Document* (MTD) (md. 1/4 ve 5-13).

MTO'nun sorumluluğunda, esas olarak *Uniform Liability System* prensibi kabul edilmiş, fakat, sınırlı ölçüde de olsa, *Network System* öngörülmüştür. Eğer zarara sebebiyet vermiş olan olayın taşımanın hangi aşamasında/bacağında vaki olduğu isbat edilebilir ise, MTO'nun sorumluluğunun sınırı, sanki bu bacak tek başına bağımsız bir taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturmakta imiş gibi tesbit edilir (md. 19).

MTO'nun sorumluluğu, özen borcu ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir (md. 16/1)⁶⁹.

Sorumlulukta esas olan sınırlı sorumluluk olup, zarara kast veya ağır ihmâl ile yol açılması halinde, sorumluluk sınırsız olacaktır (md. 21/1).

2. Rotterdam Kuralları⁷⁰

a. Konvansiyon'un Hazırlanması

Rotterdam Kuralları, 1924 Brüksel Konvansiyonu ile onu tadil eden Visby Protokolü ve 1978 Hamburg Kuralları'nın yerine geçecek bir konvansiyon yapılması amacı ile hazırlanmıştır⁷¹.

Rotterdam Kuralları, bir yönü ile de, denizyolu ile yapılan yük taşımalarında, yükün maruz kalabileceği zararın riskinin taşıyan ile taşıtan arasında âdil ve olabildiği kadar da ilgililer tarafından kabul görebilecek bir düzen içinde

69 ARKAN (Batider), 41.

70 Rotterdam Kuralları ile ilgili açıklamamız, sadece bu makalenin ana konusu ile sınırlı, özet bir takdimden ibaret olacaktır

71 ATAMER, 469-470.

dağıtılmasının temini amacı ile sürdürülen çalışmaların son örneğidir. Bilindiği üzere bu husus ile ilgili pozitif hükümler ilk olarak *Harter Act*'de yer almıştır⁷².

Söz konusu mesele ile ilgili çalışmalar bir yandan da *The International Law Association* tarafından başlatılmış ve sözü edilen kuruluş, bazı hazırlık aşamalarından sonra, 1882 yılında, tarafların çıkarlarını dengeleyici nitelikte kayıtlar ihtiva eden bir örnek konişmento yayınlamıştır⁷³.

Konu, bir asrı aşkın bir süredir, hukukçusu, iktisatçısı, işletmecisi, yatırımcısı, girişimcisi ve aynı zamanda siyasî otoriteleri de dahil olmak üzere, denizcilik camiasını meşgul etmektedir. Bu süre içinde, bilindiği üzere; 1921 La Haye Kuralları'ndan başlanarak, sırası ile 1924 Brüksel Konvansiyonu, ki tatbikatta La Haye Kuralları diye anılmaktadır, 1968 de yine Brüksel Konvansiyonu, ki tatbikatta La Haye-Visby Kuralları diye anılmaktadır, 1978 Hamburg Kuralları ve son aşamada da 2008 Rotterdam Kuralları hazırlanmış bu uygulama alanına konmuştu⁷⁴. Rotterdam Kuralları da, Hamburg Kuralları gibi, UNCITRAL tarafından hazırlanmıştır. Ancak, CIM büyük destek ve katkı sağlamıştır.

1968 La Haye-Visby Kuralları'nda sonra tedricen ortaya çıkmaya başlayan ve Hamburg Kuralları'nı takip eden yıllarda önemini daha da arttıran üç gelişme ve mevcut düzenlemelerin bu ihtiyaçlara cevap verememesi, Rotterdam Kuralları'nın hazırlanmasında ciddî ölçüde âmil olmuştur: (i) Container ile yapılan taşımalardaki olağanüstü artış ve bu artışa paralel olarak karşılaşılan sorunların konvansiyonlardaki hükümler ile aşılamaması, (ii) taşıma belgelerine ilişkin kurallar ve bu kuralların söz konusu belgelerin bilgisayar ortamında tutulabilmesi ve yine bu ortam içinde kullanılabilmesi için yeterli hukukî desteğin konvansiyonlarda bulunmaması ve (iii) uluslararası ticaretteki gelişme dolayısı ile, bazı büyük hacimli taşımaları öngören, uzun vadeli sözleşmelerin La Haye-Visby rejiminin dışına çıkarılmasına ihtiyaç duyulması⁷⁵.

Çalışmalar, muhtelif aşamalardan geçmiş, değişik komitelerin ve grupların incelemeleri ve tartışmaları ile belli bir olgunluğa kavuşmuş ve neticede yazılan taslak konvansiyon metni, 2008 yılının Haziran ayında yapılan toplantısında, UNCITRAL tarafından kabûl edilerek, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na (*UN General Assembly*) sunulmuştur. Metin, Genel Kurul tarafından, "Altıncı Komite (Sixth Committee)" olarak da bilinen Hukuk Komitesi'ne havale edilmiştir. Hukuk Komitesi'nin tasarımı uygun görmesi ve konvansiyon olarak kabûl edilmesini tavsiye etmesi üzerine, Genel Kurul 11 Aralık 2008 tarihinde

72 Harter Act, 13 Şubat 1893. Kanun'un tam ismi: *An Act Relating to Navigation of Vessels*. Özet bilgi ve belli başlı kaynaklar için bkz. SÖZER (Deniz), 564 vd.

73 STURLEY, in Thomas, ed., 3,5, 24-33

74 Özet bilgi ve ayrıca kaynaklar için bkz. SÖZER (Deniz), 498-500, 559-561.

75 STANILAND, Hilton, "Preface" in *Debattista et al.*; SEKOLEC, Jernej, "Foreword", in von Ziegler *et al.*

yapılan 67. toplantısında 63/122 sayılı Karar ile tasarı metni *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*⁷⁶ olarak kabûl etti ve imza töreninin 23 Eylül 2009 günü Rotterdam şehrinde yapılmasını kararlaştırdı. Bu sebeple, bu Konvansiyon, *Rotterdam Kuralları* olarak anılmaktadır⁷⁷. Bu Konvansiyon, 94. md. sinin koyduğu şart gereğince, yirminci onaylama veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten bir yıl geçtikten sonra gelen ilk ayın birinci günü, onaylamış bulunan devletler arasında, yürürlüğe girecektir⁷⁸.

b. Konvansiyon'un Yapısı⁷⁹

Ayrıntıya girmeden önce söylenecek olan şudur ki, Rotterdam Kuralları uluslararası konvansiyonlarda çok rastlanmayan sayıda maddeyi ihtiva eden, oldukça uzun bir metindir⁸⁰. Ayrıca birçok maddenin de bir hayli ayrıntılı hüküm ettiği dikkate alınacak olursa, Konvansiyon'un oldukça *unorthodox* bir düzenlemeyi yansıttığı söylenebilir.

Konvansiyon 18 Chapter (fasıl/bölüm/kısım/bab!) içinde toplanmış 96 maddeden oluşmaktadır. Her Chapter bağımsız bir konuya ayrılmış olup, bunlar arka arkaya yazılmıştır, ayrıca üst kavramlar altında daha sistematik bir düzenleme yapılmamıştır.

Bazı maddeler çok uzundur; meselâ, md. 17 ile md. 47 bir buçuk sayfadır.

Ciddî bir eksiklik tariflerin (md. 1) alfabetik sırada yazılmamış olmasıdır, 1. md. nin 1. bendi “Contract of carriage”, 2. bendi “Volume contract”, son bent olan 30. bendi ise “Competent court” kavramının tarifini vermektedir.

c. Konvansiyon'un Uygulama Alanı ve Temel Prensipleri

aa. Konvansiyon'un Konu İtibarı ile Uygulanma Alanı

Konvansiyon, başlığından da anlaşılacağı üzere, denizyolu ile yük taşıma sözleşmelerini düzenlemektedir; fakat, Konvansiyon, amaç aynı zamanda karma taşımalar hakkında da hüküm getirmek olduğu için, sadece denizyolu

76 “Taşımanın Tamamının veya Bir Kısımının Denizyolu ile Yapıldığı Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu.”

77 Ayrıntılı bilgi için bkz. REYNOLDS, Francis, “Hague, Visby, Hamburg and Rotterdam-A Maritime Tour of Northern Europe”, *Serving the Rule of International Maritime Law-Essays in Honour of Professor David Joseph Attard*, Norman A. Martinez Gutiérrez (ed.), Routledge, Oxon 2010, 236-250, s. 246-250; STURLEY, in Thomas, ed. 11-24. Ayrıca bkz. *Comité Maritime International Yearbook Yearbook 2009*, 252-254.

78 Bu tebliğin kaleme alındığı sırada, sadece Benin, Kamerun, Kongo, İspanya ve Togo katılma belgesini tevdi etmiştir.

79 Genel nitelikte bir açıklama için bkz. BERLINGIERI, in von Ziegler *et al.*, 3-6; REYNOLDS, *ibid* 246-250; STURLEY, in Thomas ed., 24-30.

80 Birleşmiş Milletler'in web sayfasından indirilen metin toplam 39 sayfadır.

ile taşımayı öngören sözleşmelere değil, fakat taşıma işleminin bir kısmının deniz yolu ile bir kısmının da başka ortamlarda yapılacağı öngörülen taşıma sözleşmelerine de uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Konvansiyon'un uygulama alanına girecek olan taşıma sözleşmesi, Konvansiyon'un 1/1 md. sinde şöyle tanımlanmıştır: "... Sözleşme, denizyolu ile taşımayı öngöreceği gibi, denizyolu ile taşımanın yanı sıra, başka ortamlarda taşımayı da öngörebilir."⁸¹. Denizyolu ile yük taşımanın taahhüt edilmiş olması, Konvansiyon hükümlerinin uygulanması için zorunlu şart olup, kısmen de olsa denizyolu ile taşımanın öngörülmediği sözleşmeler, Konvansiyon'un kapsamına girmeyecektir⁸²; velev denizyolundan yapılacak taşımanın mesafesi çok kısa olsa dahi⁸³.

Konvansiyon'un md. 5/1 hükmünde yer alan şart da dikkate alındığı zaman, Rotterdam Kuralları'nın uygulanabilmesi için, taşıma sözleşmesinde, taşımanın tamamının veya bir kısmının denizyolu ile yapılacağı öngörülmüş olduktan başka, taşımanın, sözleşme şartlarına uygun olarak, tamamının veya bir kısmının, fiilen de denizyolu ile yapılmış olması icab edecektir⁸⁴.

Bu açıdan bakıldığı zaman, Rotterdam Kuralları'nın genel yaklaşım olarak, denizyolu ile yapılan yük taşımalarına özgü temel prensiplerin, diğer ortamlarda yapılan taşımalar için de uygulanmasını öngördüğü ileri sürülebilir ve dolayısı ile de, Rotterdam Kuralları'nda, esas olarak kabûl edilen sorumluluk rejiminin *uniform liability system* olduğu söylenebilir. Fakat, zararın, deniz bacağına dışında olmak şartı ile, hangi aşamada/ortamda meydana geldiği isbat edilebildiği takdirde (*localisation of damage*), sorumluluk *network system* esasına dayandırılmıştır⁸⁵.

Denizyolu ile taşıma şartının bulunması, Rotterdam Kuralları'nın gerçek anlamda multimodal taşımaları kapsayan bir konvansiyon olarak nitelendirilmesine engel olmakta ve bu itibarla doktrinde *maritime plus* olarak anılmaktadır⁸⁶.

bb. Konvansiyon'un Yer İtibarı ile Uygulanma Alanı

Rotterdam Kuralları'nın uygulanması için, md. 5 hükmü uyarınca:

i. Taşıma sözleşmesine göre hem yükün teslim yeri ile teslim yeri iki ayrı devletin ülkesinde bulunmalıdır ve hem de denizyolu ile taşıma bacağına yük-

81 "... The contract shall provide for carriage by sea and may provide for carriage by other modes of transport in addition to the sea carriage."

82 DEBATTISTA, in Debattista *et al.* 15; STURLEY, in von Ziegler *et al.*, 41-43.

83 RAMBERG, 279.

84 *Diamond*, sözleşme şartlarına ağırlık vermekle beraber, değişik bir yorum ileri sürmektedir, DIAMOND, 140.

85 FUJITA, 357 vd., özellikle, 362; RASMUSSEN, in von Ziegler *et al.*, 143-144; ULFBECK, 85 vd.

86 ATAMER, 478; DEBATTISTA, in Debattista *et al.*, 1, 16; THOMAS, in Thomas, ed., 53; van der ZIEL, 302-303.

leme limanı ile boşaltma limanı iki ayrı devletin ülkesinde yer almalıdır, ve

ii. İşaret edilen yerlerden (tesellüm yeri, yükleme limanı, teslim yeri, boşaltma limanı) bir tanesi, Konvansiyon’u onaylamış olan devletlerden bir tanesinin ülkesinde bulunmalıdır (md. 5/1).

cc. Konvansiyon’un Zaman İtibarı ile Uygulanma Alanı

Rotterdam Kuralları ile, sınırlı bir ölçüde de olsa, multimodal taşımaların düzenlenmesi amaçlanmıştır. Bu ana fikre uygun olarak da, taşıyanın sorumluluk süresi *door-to-door/kapıdan kapıya* formülü ile belirlenmiştir.

Bilindiği üzere; 1924 Brüksel Konvansiyonu’nda bu süre *tackle-to-tackle* formülüne göre (md. 1/e), Hamburg Kuralları’nda ise *port-to-port* esasına göre tanımlanmıştır (md. 4/1). Rotterdam Kuralları’nda, md. 12/1 ile, taşıyanın sorumluluğunda *door-to door* prensibi kabûl edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, taşıyanın sorumluluğu, yükü ilk olarak teslim aldığı⁸⁷, diğer bir deyişle yükün doğrudan zilyedliğini devir aldığı andan, taşımanın sonunda, yükün doğrudan zilyedliğini devir ettiği, nihaî teslim anına kadar devam etmektedir⁸⁸.

Bu süre diğer taraftan da, esas kural itibarı ile, taşıyanın sorumluluk taşıdığı süreyi ifade etmektedir⁸⁹. Bununla beraber, taşıyanın sorumlu olacağı sürenin, prensip olarak, sözleşme ile tayin edilmesi de mümkündür, yeter ki, sorumluluk süresinin emredici olarak belirlendiği md. 12/3 hükmü ihlâl edilmesin. Söz konusu hüküm, *taşıyanın emredici olarak sorumlu bulunacağı sürenin*, yüklemenin başladığı an ile boşaltmanın tamamlandığı an arasındaki süre olacağını öngörmektedir. Md. 12/3, sözleşme ile, yükün teslim anının, yüklemenin başlangıcından sonraki bir an olarak kabûl edilemeyeceğini ve teslim anının da boşaltmanın tamamlandığı andan daha önceki bir an olarak belirlenemeyeceğini âmir olup, aksine sözleşme şartlarının geçersiz olacağını söylemektedir⁹⁰. Yükleme-boşaltma aşamalarında kullanılan deyimler ile ifade edilecek olursa, Rotterdam Kuralları, taşıyanın sorumluluğunda *door-to-door* ilkesini kabûl et-

87 Sorumluluk, ancak, bütün taşıma sözleşmeleri bakımından da olduğu gibi, yükün taşınmak amacı ile teslim alınması ile başlar, yükün depolanması veya başka bir amaçla taşıyana teslim edilmiş olması, Rotterdam Kuralları bakımından sorumluluk süresinin başlamasına yol açmaz, NIKAKI, in Thomas, ed. 94.

88 ATAMER, 478; DELEBECQUE, 79-82 in von Ziegler *et al.* 79-82; STURLEY, in Thomas, ed. 27-28 ve 31-32. Bu bağlam içinde teslim kavramı için bkz. SÖZER (Deniz), 606-607 ve dn. 142.

89 Md. 12/1 “*The period of responsibility of the carrier for the goods under this Convention begins when the carrier or the performing party receives the goods for carriage and ends when the goods are delivered.*”

90 Md. 12/3 “... a provision ... is void to the extent that it provides that:

(a) *The time of receipt of the goods is subsequent to the beginning of their initial loading under the contract of carriage; or*

(b) *The time of delivery of the goods is prior to the completion of their final unloading under the contract of carriage.*

miş, fakat, sorumluluğun emredicilik vasfını *tackle-to-tackle* formülü ile tesbit etmiştir⁹¹.

Bu düzenleme karşısında, Rotterdam Kuralları'na tâbi bir sözleşmede FIO/FIOS klotlarının nasıl yorumlanacağına da tartışma konusu yapılması icab edecektir.

FIO klotu ile yükün gemiye yüklenmesi ve geminin içinde konulacağı yere bırakılması taşıtanın yükümlülüğüne ve sorumluluğuna terk edilir; istifleme ise taşıyan tarafından yapılır. Boşaltmada, yükün gemide bulunduğu yerden çözümlere gönderilene teslim edilmesi taşıyan tarafından icra edilir; bundan sonra yükün gemiden çıkarılması ve karaya indirilmesi gönderilenin sorumluluğundadır.

FIOS klotunda, yükün istiflenmesi de taşıtanın sorumluluğundadır.

Ancak, FIO/FIOS klotları her zaman ve her yerde aynı anlama gelmezler ve değişik hukuk sistemlerinde, bu klotların farklı hüküm ve sonuçları vardır. Bazı hukuk sistemlerinde FIO/FIOS şartı hem sorumluluğun ve hem de masrafların hangi tarafa ait olacağını gösterir. Bazı hukuklarda ise, bu klotlar sadece masraflar ile ilgili olup, sorumluluk bakımından herhangi bir değer taşımazlar⁹².

Rotterdam Kuralları açısından bakıldığında, kural olarak, FIO/FIOS klotu ile taşıyanın sorumluluk taşıdığı sürenin yüklemenin tamamlandığı andan başlatılıp, boşaltmanın başladığı an bitecek şekilde sınırlandırılması mümkün değildir (md. 12/3). Fakat, md. 13/2, denizcilikte yerleşmiş bazı uygulamaları dikkate alarak, yüklemenin, handlingin, istiflemenin veya boşaltmanın, sözleşme ile taşıtana veya gönderilene bırakılabileceğini kabûl etmektedir. Bu klotun geçerlik şartı, sözleşme hüküm ve şartlarında⁹³ gösterilmiş olmasıdır⁹⁴.

FIO/FIOS klotu ile taşıyan sadece yükleme, handling, istifleme ve boşaltma işlemlerini taşıtana devredebilmektedir; fakat, bu klot, taşıyanın sorumluluk taşıdığı süreyi kısaltmaz ve taşıyanın, genel anlamı ile yüke özen göstermek yükümlülüğü yine de devam eder, meselâ, taşıyanın yükün tesellümünde, yüklenmesi-boşaltılması aşamalarında yüke nezaret etmek, yükün korunması için tedbirler almak borcu saklıdır⁹⁵.

91 FUJITA, 353-354.

92 SÖZER (Deniz), 576, 598-599.

93 Sözleşme şartları/hükümleri (*Contract Particulars*) md. 1/23 de "Taşıma senedi veya elektronik taşıma kaydında yer alan ve taşıma sözleşmesine veya yüke dair (sözleşme şartları, el yazısı notlar, imzalar ve cirolar da dahil) her türlü bilgilerdir." şeklinde tarif edilmiştir.

94 DELEBECQUE, 84-85, in von Ziegler *et al.*, 84-85; NIKAKI, in Thomas, ed., 93.

95 NIKAKI, in Thomas, ed., 94.

Konuya, Konvansiyon'un md. 17/3 (i) hükmü açısından bakıldığında da, FIO/FIOS klozları ile, sadece yükleme, handling, istif ve boşaltma işlemlerinin ve söz konusu işlemler sebebi ile doğacak sorumluluğun taşıtana veya gönderilene aktarılabilceği söylenebilecektir⁹⁶.

dd. Sorumluluk ile İlgili Hükümler

i. Genel Olarak

Konvansiyon'da taşıyanı⁹⁷ sorumluluğu "kusurlu sorumluluk" rejimine tâbi tutulmuştur (md. 17/2)⁹⁸.

Fakat, Konvansiyon'un 26. veya 82. md. si uyarınca uygulanması gereken olan hükümler, taşıyan için kusursuz sorumluluk rejimini kabûl etmiş ise, kuşkusuz, taşıyanın sorumluluğu söz konusu hükümlere göre tayin edilecektir.

Sorumlulukta prensip olarak *uniform liability system* esas alınmıştır; ancak, zararın taşımanın denizyolu ile yapılan bacağına dışında (*non-sea leg*) vaki olduğu isbat edilebildiği hallerde (*localised damage*), sınırlı *network system* kabûl edilmiştir⁹⁹.

Taşıyan, yükün zayı (kayıp) olması ile hasara uğramasından ve teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur (md. 17/1). Yükün zıyı (kayıbı), hasara uğraması ve teslimdeki gecikme kavramları, yerleşmiş hukuk prensipleri ile belirlenmiş olan klâsik anlamları çerçevesinde anlaşılacaktır.

Kayıp, hasar veya gecikmenin veya bunlara sebebiyet vermiş olan olayın, taşıyanın 4. bölümde tanımlanmış olan sorumluluk süresi içinde vaki olduğunu isbat, talepte bulunan tarafa aittir (md. 17/1).

Md. 17/1 hükmü ile Rotterdam Kuralları, iki ayrı kıstası da kabûl etmiş olmaktadır. Hem gerçek zararın, yani yükün kayıp olmasının veya hasara uğramasının veya gecikmenin, yükün taşıyanın zilyedliği altında meydana gelmesini aramış; diğer taraftan da, yükün kaybına, hasara uğramasına veya teslimin gecikmesine sebep olan olayın, diğer bir deyiş ile kritik olayın, yüklerin taşıyanın zilyedliği altında iken vaki olması alternatifini de, taşıyanın sorumluluğu için yeterli görmüştür.

96 FUJITA, 355-356; NIKAKI, in Thomas, ed., 93-94.

97 Rotterdam Kuralları, taşıyan ile birlikte, taşıma sözleşmesinin ifasına katılan başka kişilerin de sorumluluklarını düzenlemektedir; biz bu çalışmamızda, konuyu dağıtmamak için sadece taşıyanın sorumluluğunu ele almaktayız. Rotterdam Kuralları'nın hak ve borçlarını belirlediği diğer aktörler için bkz. BERLINGIERI, in von Ziegler *et al.*, 7 vd.; THOMAS, in Thomas, ed., 56 vd. Ayrıca bkz. ATAMER.

98 HANCOCK, in Thomas, ed., 42; THOMAS, in Thomas, ed., 52.

99 HANCOCK, in Thomas, ed., 42-44; RASMUSSEN, in von Ziegler *et al.*, 145 vd.

Taşıyan, zarara yol açmış olan sebebin veya sebeplerden bir tanesinin kendisinin veya 18. md. icabı sorumluluklarını temsil ettiği kişilerin kusurundan doğmadığını isbat edebildiği takdirde, sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulur (md. 17/2).

Taşıyan, ayrıca, zararın md. 17/3 hükmünde, 15 bent halinde sayılan hallerden bir tanesine bağlı olarak meydana gelmiş olduğunu isbat ederek de sorumluluktan kurtulabilir.

ii. Sorumluluğun Sınırlandırılması

Taşıyanın sorumluluğu, uyuşmazlık konusu olan yükler için kg. başına ‘3’ Özel Çekme Hakkı (*Special Drawing Right*) veya parça veya diğer taşıma ünitesi başına ‘875’ Özel Çekme Hakkı ile sınırlandırılmıştır. Burada dikkat çekici husus şudur ki, sorumluluk, mutad olduğu surette, sadece yük ziya ve hasarları ile ilgili talepler bakımından sınırlandırılmış olmayıp, taşıyanın Konvansiyon’dan doğan bütün borçlarından doğan sorumluluğu söz konusu sınıra tâbi tutulmuştur (md. 59/1). Sadece, gecikme zararları ayrı bir maddede ele alınmıştır (md. 60)¹⁰⁰.

Ancak, davacı tarafın, zararın, sınırlı sorumluluktan yararlanmak isteyen kişinin, kastı veya bir zararın meydana gelebileceğini bilerek ve buna rağmen pervasızca yaptığı bir davranış sonucunda vaki olduğunu isbat etmesi halinde, sınırlı sorumluluk kuralından yararlanılamaz (md. 61/1).

d. Karma Taşımalar ile İlgili Düzenleme

Yukarıda kısaca değinmiş olduğumuz gibi, Rotterdam Kuralları, esas olarak karma taşımaları düzenlemek amacı ile hazırlanmış olmakla beraber, daha önce de işaret ettiğimiz üzere, denizyolu ile taşımayı içermeyen taşıma sözleşmelerine uygulanma imkânı yoktur ve dolayısı ile de gerçek anlamı ve içeriği ile bir *Multimodal Transport Convention* niteliğine sahip olmadığından, doktrin Konvansiyon’a *maritime plus* deyimini yakıştırmıştır.

Konvansiyon, değişik ortamlarda yapılan taşımalar hakkında, iki ayrı hüküm ihtiva etmektedir. Bunlardan bir tanesi, denizyolu ile taşıma safhasının/bacağının dışında kalan safha (lar) içinde meydana kalan yük zararları hakkındadır (md. 26), diğeri ise başka ortamlarda yapılan taşımalara ait esaslar içermektedir (md. 82).

100 “Subject to article(s) 60 ... the carrier’s liability for breaches of its obligations under this Convention is limited to ...”.

aa. Yük Zararının Denizyolu ile Taşıma Safhasının Dışında Meydana Gelmesi

Rotterdam Kuralları, bu madde ile, sınırlı bir *network system* esasına dayanan sorumluluk rejimi getirmiştir¹⁰¹.

Yükün kaybının veya hasara uğramasının veya tesliminin gecikmesine sebep teşkil eden olayın veya durumun¹⁰², yüklerin gemiye yüklenmesinden önce veya gemiden boşaltılmasından sonraki bir safhada/aşamada meydana geldiği, diğer bir ifade ile, denizyolu ile taşıma aşamasının dışında (*non-sea leg*) vaki olduğu isbat edilebildiği takdirde; şayet taraflar sadece söz konusu aşama/safha için bir taşıma sözleşmesi yapmış olsa idiler, bu sözleşmeye emredici olarak uygulanması gereken bir uluslararası konvansiyon var ise, taşıyanın sorumluluğu, bu konvansiyona göre tayin edilir (md. 26); aksi takdirde Rotterdam Kuralları uygulanır¹⁰³.

Ne var ki, bu hüküm ile yapılan atfın kapsamı oldukça sınırlıdır, söz konusu konvansiyonun sadece taşıyanın sorumluluğuna, bu sorumluluğun sınırlandırılmasına ve hak sahibinin taşıyan aleyhine dava açma süresine ilişkin olan maddeleri uygulanabilir.

Yük kayıp veya hasarının veya teslimdeki gecikmeye yol açmış olan olayın nerede vaki olduğu tesbit edilemediği takdirde¹⁰⁴ veya birden fazla ortamda vaki olduğu veya belli bir ortamda vaki olmuş olsa dahi sonuçlarını müteakip ortamda/ortamlarda gösterdiği hallerde, yine Rotterdam Kuralları uygulanacaktır.

Değindiğimiz 26. md. nin uygulanabilmesi için bir diğer şart da zarara yol açmış olan olayın vaki olduğu aşamanın, bağımsız ve uluslararası nitelikte bir taşıma sözleşmesine konu olabilecek tür ve içerikte bir taşıma yükümlülüğü teşkil etmesidir; denizyolu ile taşıma bacağına veya karayolu ile veya demiryolu ile taşıma gibi bir diğer aşamanın ifasını sağlamak için yapılan talî/fer'i nitelikteki taşımalar, md. 26 hükmünün kapsamına girmez ve uyuşmazlığa Rotterdam Kuralları'nın hükümleri uygulanır¹⁰⁵.

Söz konusu 26. md. nin uygulanmasında dikkate alınması gereken diğer bazı önemli noktalar da vardır; bunlara aşağıda kısaca yer vereceğiz:

101 FUJITA, 357 vd.; HANCOCK, in Thomas, ed., 43; van der ZIEL, 303 vd.

102 "... event or circumstance ...".

103 FUJITA, 362; HANCOCK, in Thomas, ed., 43; RASMUSSEN, in von Ziegler, *et al.*, 142 vd.; THOMAS, in Thomas, ed., 65-66.

104 Diğer bir deyişle bu hüküm *non-localised damage* için uygulanmaz.

105 DIAMOND, 144; HANCOCK, in Thomas, ed., 43-44; ayrıntılı açıklama için bkz. van der ZIEL, 303 vd.

i. Madde metninde, *international instrument* deyimini kullanılmıştır, ki bu kavramın *international convention* deyiminin karşılığı olmadığı ortadadır. *International instrument* deyimini kullanılarak, hükümdeki atf ile sadece standart anlamdaki uluslararası konvansiyonlara işaret edilmeyip, aynı zamanda Avrupa Birliği'nin *Regulation* veya *Directive* niteliğindeki kuralları da 26. md. nin kapsamına alınmıştır. Millî mevzuat ise tamamen maddenin dışında tutulmuştur¹⁰⁶.

ii. Yükteki kayıp veya hasarın fiilen denizyolu ile taşıma aşamasının dışında gerçekleşmiş olması icab etmektedir; kayıp veya hasarı meydana getirmiş olan olayın/sebebin değil. Aynı şekilde, kayıp veya hasarın tesbit edilmiş olduğu an da önem taşımamaktadır. Doktrinde, *van der Ziel* metnindeki *occurred* kelimesinin özel olarak seçildiğini, alternatif tekliflerden *caused* veya *detected* kelimelerinin kabûl görmediğini açıkça ifade etmektedir¹⁰⁷.

Gecikmede ise, gecikmeye sebebiyet vermiş bulunan olay veya durumun, yine bu aşamada vakî olması aranacaktır.

iii. 26. md. de atf yapılan *international instrument* hükümlerinden, sadece, emredici nitelikteki kurallar uygulanabilir ve bunlar Rotterdam Kuralları'nın üstünde, *lex specialis* hüviyeti ile, doğrudan uygulama kabiliyetine sahip olurlar¹⁰⁸.

van der Ziel, 26. md. ile öngörölmüş bulunan düzenleme çerçevesinde uygulanma kabiliyeti olduğu tesbit edilebilen *international instrument* kuralının uygulanmasının mecburî olduğu ve hatta davaya bakan mahkemenin bağlı olduğu devlet tarafından, söz konusu *international instrument* onaylanmış olmasa dahi, mahkemenin yine de tesbit edilen kuralı uygulamak mecburiyetine olduğu görüşündedir¹⁰⁹.

bb. Başka Ortamlarda Yapılan Taşımaları Düzenleyen Konvansiyonlar

Rotterdam Kuralları'nın 82. md. sinde, konvansiyonlar arası çatışmaları (conflicts between conventions) önlemek amacı ile konmuş kurallar yer almaktadır.

i. Md. 82/a, havayolu ile yapılan taşımalar hakkında hüküm içermektedir. Bu alan Varşova/La Haye Sistemi'ne dahil olan konvansiyonlar ve/veya proto-

106 RASMUSSEN, in von Ziegler, *et al.*, 147; van der ZIEL, 303 vd.

107 van der ZIEL, 305 vd. Ayrıca bkz. RASMUSSEN, in von Ziegler, *et al.*, 146.

108 RASMUSSEN, in von Ziegler, *et al.*, 144, 149. Bununla beraber, yine *Rasmussen*, 26. md. nin emredici nitelikte olmadığını ve tarafların bu hükmün dışında bir sorumluluk rejimi kabûl edebileceklerini ileri sürmektedir, RASMUSSEN, in von Ziegler, *et al.*, 145.

109 van der ZIEL, 306. Buna karşılık, *Fujita*, aksi görüşte olup, 26. md. nin, şartları gerçekleştiği takdirde, mahkemenin söz konusu *international instrument* tarafından öngörülen sorumluluk kurallarını uygulamak yetkisine sahip olduğunu kabûl etmekle beraber, mahkemeye bu istikamette bir mecburiyet yüklediğini ileri sürmektedir, FUJİTA, 360.

koller ile düzenlenmiştir. Son metin 1999 Montreal Konvansiyonu'dur. Montreal Konvansiyonu'nun 18/1. md. sine göre taşıyan yükün kayıp olmasından veya hasara uğramasından ancak, kayıp veya hasara sebebiyet vermiş olan olayın havayolu ile taşıma süresi içinde vaki olması şartına bağlı olarak sorumlu tutulabilir.

Md. 18/4, c. 1, prensip olarak, hava meydanının dışında karayolu, denizyolu veya içsuyolu ile yapılan taşımaların, havayolu ile taşıma sayılmayacağını öngörmektedir; fakat, ikinci cümleye göre, yükün taşıma sözleşmesinin ifası sırasında yükleme, teslim veya aktarma işlemlerinin icrası amacı ile karada, denizde veya içsularda taşınması da, havayolu ile taşıma süresinin içinde yapılan taşıma olarak kabûl edilecektir.

Md. 18/4 ise, yükün havayolu ile taşınacağı şart edildiği bir sözleşmenin ifası sırasında, yük, taşıtanın izni olmaksızın başka bir ortamda taşınacak olursa, bu taşımının yine havayolu ile yapılan bir taşıma olarak kabûl edileceğini söylemektedir.

Şu halde, şartlar gerçekleştiği takdirde, havayolu ile taşıma ve bu taşımının ifası amacı ile yapılmış olmak kaydı ile, karayolu veya denizyolu veya içsuyolu ile yapılacak taşımalar, Rotterdam Kuralları'nın kapsamı dışında kalacak ve havayolu ile yük taşımalarını düzenleyen konvansiyon veya protokollerin hükümlerine tâbi olacaktır.

Meseleye, konuya ilişkin paralel bir hüküm açısından bakıldığı zaman da, Montreal Konvansiyonu'nun 38/1 md. sinin, karma taşımaların, havayolu ile yapılan aşamasının/bacağının anılan Konvansiyon'un hükümlerine tâbi olacağını tesbit ettiği görülür¹¹⁰.

ii. Md. 82/b, karayolu ile yapılan taşımalara ilişkindir. Karayolu ile yapılan yük taşımaları, CMR olarak kısaltılan Konvansiyon¹¹¹ ile düzenlenmiştir. Bu hüküm, esasında, Rotterdam Kuralları'nın, şartları uygun olduğu hallerde, karayolu ile yapılan taşımalara uygulanmasını engellememektedir; Rotterdam Kuralları'nın kapsamı dışına çıkarılan taşıma, sadece, yüklerin karayolu ile taşıma aracından boşaltılmadan, karayolu ile taşıma aracı ile birlikte, denizyolu ile, yani bir gemide taşınması söz konusu olduğu hallerde söz konusudur (md. 2/1). Yükün taşıttan boşaltılarak gemiye yüklenmesi halinde ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlık Rotterdam Kuralları'na bağlı olacaktır¹¹².

110 FUJITA, 364-365; van der ZIEL, 311 dn. 14.

111 Bkz. yukarıda dn. 48.

112 FUJITA, 365.

Anlaşılabacağı üzere; md. 82/b, esasında RO-RO trafiğini hedef almaktadır ve dolayısı ile sadece RO-RO şartını içeren bir karma taşıma sözleşmesi hakkında hüküm ifade edecektir¹¹³.

iii. Md. 82/c de, md. 82/b hükmüne paralel bir düzenleme getirmektedir ve COTIF/CIM hükümlerine atıf yapmaktadır. Yukarıda da anıldığı gibi, COTIF/CIM (1999) metninde, COTIF md. 2 § 1 (a) 1 ve md. 24 ile CIM md. 1 §§ 3 ve 4, demiryollarını birbirine bağlayan denizyolları ile içsuyollarında yapılan taşımaları da COTIF/CIM hükümlerine tâbi tutulmasını sağlayacak kurallar yer almaktadır.

iv. Md. 82/d hükmü ile de, içsularda yapılan taşımalar hakkındaki Budapeşte Konvansiyonu saklı tutulmuş olmaktadır¹¹⁴.

VI. YENİ TİCARET KANUNU'nun HÜKÜMLERİ¹¹⁵

1. Tanım ve Kavram

YTK. nun, Dördüncü Kitap'ının, Dördüncü Kısım'ında (md. 902-905) “Değişik Tür Araçlarla Taşıma” başlığı bulunmaktadır.

Kanun md. 902 (1) ile, değişik tür araçlar ile taşıma kavramına, dolaylı yoldan da olsa, bir tanım getirmektedir.

Bu hükme göre, bir taşıma sözleşmesinin -YTK. anlamında-, değişik tür araçlar ile taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için:

i. Yükün, taşımanın başlangıç noktasından, varma noktasına kadar taşınması tek bir taşıma sözleşmesi ile taahhüt edilmiş olmalıdır;

ii. Sözleşmede, taşımanın değişik tür araç kullanılarak icra edileceği belirtilmiş bulunmalıdır;

iii. Akdin icrasında kullanılacak her bir değişik tür araç ile yapılacak taşıma için bağımsız sözleşmeler yapılmış olsa idi, bunlardan en az iki tanesinin farklı kurallara tâbi tutulması zorunlu olmalıdır;

iv. Söz konusu md. 902 (1) hükmünden sonra gelen maddeler ile, uygulanması gerekli milletlerarası sözleşmelerde, aksi yolda bir düzenleme bulunmamalıdır.

113 van der ZIEL, 311.

114 Md. 82 ile ilgili olarak bkz. HANCOCK, in Thomas, ed.; 48; HONKA, in von Ziegler, *et al.*, 350 vd.; van der ZIEL, 310 vd.; ayrıca bkz. ve krş. DIAMOND, 142-143.

115 YTK. nun söz konusu maddelerinin ayrıntılı ve mukayeseli bir incelemesini bir başka çalışmada yapacağım; burada anılan hükümlere, tebliğin konusunun çerçevesinde kalacak şekilde, özet halinde değineceğim.

Kanun bu maddenin (a-c) bentleri ile tarif vermekte, 1. f. nın 1. c. si ve (d) b. i ile de uygulanacak hükümleri göstermektedir.

Buna göre karma taşımalara:

- i. Esas olarak, md. 903-905 hükümleri uygulanacaktır.
- ii. Eğer gereken şartlar var ise, uyumsuzluğun tâbi olacağı uluslararası konvansiyon hükümleri uygulanacaktır.
- iii. Bu iki kategori hükmün uygulanması söz konusu olmadığı hallerde, TK.'nun karayolu ile eşya taşınmasını düzenleyen hükümleri uygulanacaktır (TK. md. 850-893).

Bununla beraber, kanaatimce, uygulanacak hükümler, evvelâ tarafların arasındaki sözleşme olacaktır. TK. md. 902-905 maddeleri, emredici nitelikte hüküm içermemektedir, dolayısı ile taraflar, bir karma taşımayı öngören sözleşmeyi, kendi tercihlerine göre yapmak hakkına sahiptirler; özellikle, uygulamada kullanılan standart / tip metinleri kullanabilirler. TK. 902-905, böyle bir anlaşma yoksa uygulanır.

TK. md. 902 (1) diğer taraftan değişik tür araçlar ile yapılacak taşımaların, kural olarak, Kanun'un karayolu ile yapılan yük taşımalarını düzenleyen 850-893. md. lerine tâbi olacağını hüküm altına almakta ve aynı zamanda md. 902/d ile de, "... aşağıdaki hükümler ... (!) ve ... uygulanması gerekli milletlerarası sözleşmelerde ..." yer alan kurallar saklı tutulmaktadır.

İmdi, TK, işaret edilen maddeleri ile, eğer, multimodal taşımaları kastetmek niyetinde idi ise, kullanılmış olan bu ifade hatalıdır, yok eğer başka tür bir taşıma yöntemi öngörmekte idi ise, bilgi alanının dışında kalan bu konunun tartışmasına girmek istemem!

Söz konusu 902-905. md. lerin, *multimodal taşımaları* düzenlemek amacı ile kaleme alındığını kabûl edecek olur isek, yukarıda '1/2-3' altında da işaret ettiğimiz gibi, bu deyimın yanlış olduğunu ve kastedilen taşıma usulünün tanımlanması için "değişik ortamlarda yapılan taşımalar" deyiminin kullanılmasının doğru olacağını, teyiden, ifade etmek isterim. Hiç olmaz ise, karma taşımalar deyimini kullanılmış olsa idi, onu da kabûl edebilirdik!

Bununla beraber ve Kanun'daki çelişkileri göstermek için, Kanun'un 903. md. sinde kullanılan kavramlara da işaret etmek isterim. Bu maddenin yan başlığında, 'Bilinen Zarar Yeri' terimi kullanılmıştır ve hemen belirteyim ki, doğru ve isabetli olmuştur.

Madde metninde de, taşımanın kısmı kavramına yer verilmiştir; taşıyanın sorumluluğunun tâbi olacağı hükümlerin tesbitine esas olmak üzere ... taşımanın hangi kısmında - ... taşımanın bu kısmı ... - ... taşımanın hangi kısmında ... gibi kriterlere yer verilmiştir. Bu ibarelerin kullanılması da doğru olmuştur.

Ancak, inceleme konusu tür taşımalar için Kanun'da değişik tür araçlar ile yapılan taşıma başlığı verildiğine göre, ana kavram ile, YTK. md. 903 ile düzenlenen olasılık arasında çelişki doğmuş olmaktadır.

Şu halde, YTK. nun incelenen hükümlerinde söz konusu tür taşımalarda ayırt edici unsur olarak araç esas alınmış olduğuna göre ve aynı zamanda terim birliğinin de sağlanması için, Dördüncü Kısım'ın başlığında ve md. 902 ile yapılmış bulunan tarifte kullanılmış olduğu gibi, meselâ, “Zararın Meydana Geldiği Aracın Bilinmesi” veya “Zararın Hangi Araçta Meydana Geldiğinin Bilindiği Haller” gibi deyimler kullanılması icab ederdi. Ne ise ki, Kanun'un 903. md. sinde, muhtemelen tesadüfen veya insiyakî (içgüdüsel) olarak kullanılmış bulunan bu kavramlar/deyimler vesilesi ile ve onların sayesinde, kanun koyucunun gerçek amacını anlamak imkânını elde etmiş oluyoruz!

Esasında Kısım başlığı ile maddelerdeki kavramlar doğru kullanılmış olsa idi, bu gibi yorum sıkıntılarına yol açılmamış olurdu.

Şöyle ki:

Bir kere, düzenlenen konuya göre, Kısım başlığında Değişik Ortamlarda Yapılan Taşımalar ifadesi kullanılmalı idi.

İkinci olarak, md. 902 ile verilen tarifi de yersiz ve yanlış olduğu söylenebilir. Değişik ortamlarda yapılan taşımalar/karma taşımalar gerek doktrin ve gerekse tatbikat tarafından yeterli surette tarif edilmiş olduğu gibi, yürürlüğe girmemiş olsa dahi, 1980 Cenevre Konvansiyonu ile kabûl edilmiş olan tarif de, Kanun'da yer verilmesi uygun bulunmuş olan bu kurumun tanımlanmasında ve yorumlanmasında esas tutulabilirdi¹¹⁶.

Kaldı ki, değinilen maddenin içeriğinde, bir tek (a) ve yanlış ifade edilmiş olmakla beraber (b) bentleri, o da belli bir ölçüde olmak kaydı ile, değişik ortamlarda yapılan taşımaları tanımlayan kriterler olarak kabûl edilebilir.

¹¹⁶ 1980 Cenevre Konvansiyonu'nun 1/1 md. sinde *International Multimodal Transport* şöyle tanımlanmaktadır: ... *carriage of goods by at least two different modes of transport on the basis of a multimodal transport contract from a place in one country ... to a place designated for delivery situated in a different country* Bu tarifteki, taşımanın milletlerarası özelliğini belirleyen nitelendirme bir kenara bırakıldığı takdirde, görülecektir ki, bu konuda ana unsur sözleşmenin birden fazla taşıma “*modu*” kullanılarak ve tek bir akit uyarınca ifa edileceğinin kararlaştırılmış olmasıdır. Bu itibarla ve açıklamaya çalışacağım surette, YTK. md. 902 hükmündeki (b) bendinde yer alan şartın hatalı olması bir yana, (c) ve (d) bentlerindeki şartlar da gereksizdir.

En olumlu bakış açısı ile ele alındığında ve değişik tür araç deyiminin yerine değişik ortam kavramının kullanılması şartı ile, (a) ve (b) bentlerinin içeriği, bu tür taşımaların ayırt edilmesinde kullanılmaktadır. Diğer iki bendin herhangi bir anlamı yoktur.

Zaten ... her bir türdeki araç için ayrı sözleşme ... yapmak, daha ziyade değişik tür araç, meselâ, kamyon veya otomobil veya uçak satın almak veya kiralamak için yapılacak sözleşmeleri çağrıştırmaktadır. Olsa olsa, ... her ayrı tür araç ile yapılacak taşıma için ayrı sözleşme ... yapmak diye yazılabilirdi!

(d) bendinde atfı yapılan ... aşağıdaki hükümler ... ile, bu Kısım'da yer alan hükümlerin mi, yoksa Kanun'un müteakip bütün maddelerinin mi kastedildiği anlaşılamamaktadır.

Özet halinde sunmaya çalıştığım bu bir kısım eleştirilerden sonra, kanaatimce, tartışma konusu taşıma kategorisi için verilecek tarif, temel iki unsur dikkate alınarak, şu surette yazılabilirdi:

“Değişik ortamlarda yapılacağı, taşımanın bütünü için tek bir sözleşme ile kararlaştırılmış olan taşımalar.”

Daha ayrıntılı bir tarif verilmesi öngörülecek olduğu takdirde, şu ifade kullanılabilirdi:

“Değişik ortamlarda yapılacağı kararlaştırılmış olup, taşımanın tamamı için taşıyanın sorumluluk üstlenmiş olduğu sözleşmeler.”

Gelelim ve yine (d) bendindeki... uygulanması gerekli milletlerarası sözleşmeler ... ibaresine.

Hangi sebebe dayanılarak uygulanması gerekecek olan milletlerarası sözleşmeler bu kapsam içinde mutalea edilmelidir? Burada, sadece Türk Devleti'nin, Anayasa hükümlerine uygun olarak onaylayıp, taraf olduğu uluslararası konvansiyonlar mı kastedilmektedir; yoksa, Türkiye'nin onaylamadığı, fakat, tarafların, yaptıkları akdi, sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca serbest iradeleri ile seçip tâbi tuttukları, yani *incorporation* yolu ile akde ithal ettikleri, konvansiyonlar da hükmün kapsamı içinde midir?

Maddenin yazılışından, ikinci şıkkın kabûl edildiğini anlamaktayız. Çünkü, birinci şıkkın ifade edilmek istendiği düzenlemelerde, geleneksel olarak şu ibareler kullanılmaktadır: “Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar veya Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler veya Türkiye'nin katıldığı sözleşmeler” Halbuki, değinilen maddede, bu şekilde açık bir kayıt veya kısıtlama bulunmamaktadır.

Bu sebeple, kanaatimca, Türkiye Devleti'nin onaylamadığı, fakat tarafların yaptıkları sözleşmeye uygulanmasını akit yolu ile kabûl ettikleri uluslararası konvansiyonları da, YTK. md. 902/d anlamında, ... uygulanması gerekli ... milletlerarası sözleşmeler olarak kabûl etmek icab edecektir.

... uygulanması gerekli ... ibaresi de, ayrıca, tartışmaya açıktır. Bu ibare ile kastedilen tarafların sözleşmede atıf yapmış olmaları dolayısı ile uygulanma gereği midir, yoksa, konvansiyon hükümlerinin emredici vasıfta olmaları sebebi ile mi uygulanma zorunluğu mudur?

Md. 905 ile Taşınma Eşyasının Taşınması hakkındaki sözleşmelerin de, eğer taşıma değişik tür araçlar ile yapılacaksa, md. 894-901 hükümlerine tâbi olacağı ifade edilmektedir. Gerek hukuk ve gerekse de günlük hayat ile ilgili konular hakkındaki bilgimin ve aynı zamanda Türkçe'ye olan vukufumun, Taşınma Eşyası Taşınması kavramı hakkında her hangi bir beyanda bulunacak kadar üstün ve güçlü olmadığını itiraf ederek, bu hususa değinmekten kaçınıyorum!

Olsa olsa şu söylenebilir: 'Taşınma eşyası' deyimi, bir taşınma işi, bir nakliye ameliyesi için kullanılacak nesnelere ifade etmektedir, öyle ise, sandık, koli, hurç, varil ve hatta container kastedilmektedir. Fakat, TK.'nun atıf yapılan 894-901. md. lerine bakıldığı zaman, ev veya işyeri taşımalarına ilişkin düzenleme yapıldığı görülmektedir ... !!

Md. 903, zarara sebebiyet vermiş bulunan olayın taşımanın hangi aşamasında/bacağında meydana geldiğinin tesbit edilebildiği hallerde (*localisation of damage*), taşıyanın sorumluluğuna söz konusu aşamayı düzenleyen kuralların uygulanacağını kabûl etmektedir.

2. Sorumluluk ile İlgili Düzenleme

a. Genel Olarak

YTK. md. 902/1, değişik ortamlarda yapılacak taşımalar hakkında, md. 850-893 hükümlerinin uygulanacağını söylemekle, bu tür taşımalara, kural olarak, karayolu ile yapılan yük taşımalarını düzenleyen maddelerin uygulanacağını kabûl etmiş olmaktadır. Böylece, YTK. nun, bu kategori taşımalarda, sınırlı olmak üzere, *uniform liability* (yeknesak sorumluluk) esasını benimsendiği görülmektedir.

Diğer taraftan md. 903 ile, *localised damage* halinde, sorumluluğun *network system* prensibine göre tayin edileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme, karma taşımalar hakkında genel-geçer olarak kabûl edilmiş yönetime uymaktadır.

Dikkat edilirse, bu maddede araç değil, doğru olarak, taşıma aşaması/safhası esas alınmıştır.

YTK. md. 903, kritik olay kıstasını kabûl etmiştir. Kaybın, hasarın veya gecikmenin hangi aşamada vaki olduğu değil, fakat kayba, hasara veya gecikmeye sebep olan olay esas alınmıştır.

Md. 903, hangi kategori hükümlerin uygulanacağını belirtmemektedir. Uygulanacak hükümler, taşıma sözleşmesinin konusu ve içeriği dikkate alınarak tayin edilecektir. Daha açık bir ifade ile, şartlara göre Türk Hukuku uygulanacağı gibi, yine şartları mevcut olduğu takdirde, uluslararası konvansiyonların hükümleri de uygulanabilecektir. Esasen, md. 902/d hükmü ile, uluslararası konvansiyonların uygulanması kabûl edilmiştir.

Tarafların iradeleri rol oynar mı? Kanaatımca, evet! YTK. md. 903, emredici hüküm niteliğinde değildir. Taraflar, karma taşıma sözleşmesine, kuşkusuz emredici kurallara aykırı olmamak kaydı ile koyacakları şartlar ile, taşımanın tamamına veya belli bacaklarına, hangi hükümlerin uygulanacağını tayin etmekte serbesttirler. Bu itibarla, taşıyanın (MTO) sorumluluğunu *network system* veya *uniform liability system* esaslarına göre belirleyebilirler.

b. Sorumluluğun Niteliği

YTK. md. 902 hükmü ile yapılmış olan atıf gereğince, taşıyanın sorumluluğu, esas itibarı ile, YTK. nun karayolu ile yük taşıma sözleşmelerine uygulanan maddelerine tâbi olacaktır.

Taşıyanın sorumlu olduğu haller, zıya, hasar ve gecikme olarak YTK. nun 875 md. sinde gösterilmiş ve md. 876 ile de, YTK. taşıyanın sorumluluğunu, özen göstermek yükümlülüğü ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olarak belirlenmiştir.

Ancak, YTK. md. 903 uyarınca, zararın meydana geldiği bacağa/safhaya uygulanacak olan hükümler, taşıyanın sorumluluğunu, kusursuz sorumluluk esasına tâbi tutmuş ise, taşıyan da kusursuz sorumlu tutulacaktır.

c. Sorumluluğun Sınırlandırılması

YTK. md. 902 ile yapılan atıf uyarınca, taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasında, YTK. md. 882 vd. hükümler uygulanacaktır.

YTK. nun 903. md. sinin uygulanması gerektiği hallerde ise, hemen yukarıda da işaret etmeye çalıştığımız surette, söz konusu olacak hükümlerde gösterilen limitler geçerli olacaktır.

d. Sınırsız Sorumluluk

YTK. md. 902 uyarınca, kural olarak, taşıyanın sınırsız olarak sorumlu tutulması, YTK. md. 886 hükmü ile belirtilmiş olan şartlara bağlı olacaktır.

Bununla beraber, yine YTK. md. 903 hükmünün uygulandığı hallerde, taşıyanın sınırsız sorumlu tutulması da, uygulanması söz konusu olan kurallarda gösterilen şartlara bağlı olacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ARKAN, Sabih “24.5.1980 Tarihli ‘Eşyanın Değişik Tür Taşıtlarla Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon’ Üzerinde Bir İnceleme”, *XI Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 3, 27-47 (ARKAN, Batider)
- ARKAN, Sabih, “Karma Taşımlarla İlgili Hukuki Sorunlar”, *Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan*, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, No: 11, Konya 1991, 341-358 (ARKAN, Akipek Armağanı)
- ATAMER, Kerim, “Construction Problems in the Rotterdam Rules regarding the Performing and Maritime Performing Parties”, 41 *Journal of Maritime Law & Commerce* 4, 469-497
- BERLINGIERI, Francesco, “General Introduction”, in von Ziegler *et al.*, 1-25.
- CLARKE, Malcolm A., *International Carriage of Goods by Road: CMR*, Informa Professional, 4th ed., London 2003
- DEBATTISTA, Charles, *et al.*, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, Informa Law, London 2009 (Debattista *et al.*)
- DELEBECQUE, Philippe, “Obligations of the Carrier”, in von Ziegler *et al.*, 72-92.
- DIAMOND, Anthony, “The Next Sea Carriage Convention?”, [2008] 2 *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 135-187
- FUJITA, Tomotaka, “The Comprehensive Coverage of the New Convention: Performing Parties and the Multimodal Implications”, 44 *Texas International Law Journal* 349-373
- GLASS, David A., *Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts*, Informa Professional, London 2004
- HANCOCK, Christopher, “Multimodal Transport Under the Convention”, in Thomas, ed., 34-51.
- HOEKS, Marian, *Multimodal Transport Law*, Kluwer Law International, 2010.
- HONKA, Hannu, “General Provisions”, 27-38, in von Ziegler *et al.*, 27-38.
- HONKA, Hannu, “Matters Not Governed by This Convention”, in von Ziegler *et al.*, 349-354.
- KARA, Hacı, *Rotterdam Kuralları’na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu*, İstanbul 2014.
- ÖZDEMİR, Turkey, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- RAMBERG, Jan, “UN Convention on Contracts for International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea”, *Comité Maritime International Yearbook 2009*, 277-281
- RASMUSSEN, Uffe Lind, “Additional Provisions Relating to Particular Stages of Carriage”, in von Ziegler *et al.*, 133-149.
- SPANJAART, Michiel, *Multimodal Transport Law*, Routledge, London 2018.
- SÖZER, Bülent, “Değişik Ortamlarda Yapılan Yük Taşımları (Karma Taşımlar) ve Taşıyanın Sorumluluğu ile İlgili Bazı Meseleler”, 9 *Deniz Hukuku Dergisi* 1-4, 49-81 (SÖZER, Multimodal)
- SÖZER, Bülent, *Türk Hukuku’nda ve Uluslararası Hukuk’ta Hava yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, Genişletilmiş 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (SÖZER, Hava yolu)
- SÖZER, Bülent, *Deniz Ticareti Hukuku / Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku’nda Sorumluluk Rejimi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011 (SÖZER, Deniz)
- STANILAND, Hilton, “Scope of Application”, in Debattista *et al.*, 15-21.
- STURLEY, Michael F., “Scope of Application”, in von Ziegler *et al.*, 39-50.
- STURLEY, Michael F., “Transport Law for the Twenty-First Century: An Introduction to the Preparation, Philosophy and Potential Impact of the Rotterdam Rules”, in Thomas, ed., 1-33.

- THOMAS, D. Rhidian (ed.), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules*, Lawtext Publishing Limited, Oxford 2009 (Thomas, ed.)
- THOMAS, D. Rhidian, “An Analysis of the Liability Regime of Carriers and Maritime Performing Parties”, in Thomas, ed., 52-88.
- VIBE, Ulfbeck, “Multimodal Transports in the United States and Europe-Global or Regional Liability Rules?” 34 *Tulane Maritime Law Journal* 1, 38-90
- De WIT, *Multimodal Transport*, Lloyd’s of London Press Ltd., London 1995
- von ZIEGLER, Alexander, “Issues of Transport Law”, *Comité Maritime International Yearbook 1998*, 107-117
- von ZIEGLER, Alexander/SCHELIN, Johan/ZUNARELLI, Stefano (eds.), *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010 (von Ziegler et al.)
- van der ZIEL, Gertjan, “Multimodal Aspects of the Rotterdam Rules”, *Comité Maritime International Yearbook 2009*, 301-313

MÜŞTEREK AVARYALAR

Av. Prof. h.c. Dr. Bülent SÖZER

Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. MÜŞTEREK AVARYA'nın TANIMI

1. Genel Olarak

Müşterek avarya, hukukun başka alanlarında benzerine hiç rastlanmayan, tamamen deniz hukukuna (*Lex Maritima*) has bir kurumdur¹.

Müşterek avaryanın, M.Ö. yaklaşık 800 yıllarında uygulanan Rodos Hukuku'ndan geldiği ifade edilir; fakat, elimizde Rodos Hukuku'na ait yazılı kaynak mevcut olmayıp, bu bilgiyi Bizans İmparatoru *Iustinianus* tarafından hazırlanmış bulunan *Corpus Juris Civilis*'in *Digesta* kısmındaki XIV. kitabın 2. başlığının 1. md. sinden sağlamaktayız. Bu hükümde, aşağıda da değinileceği gibi, müşterek avaryanın en tipik uygulaması olan denize yük atma müşterek avaryası düzenlenmiştir².

Avarya kelimesinin Arapça'dan geldiği ve orijinin "Avar" olduğu söylenmektedir. İngilizce'de *average* olarak yazılır, fakat doktrinde bu kelimenin, müşterek avarya ile ilgili hukukî düzenlemelerin başlamasından çok sonra yerleştiği söylenir. Deniz Ticareti Hukuku'nda ve denizcilik sigortalarında "avarya" kayıp/zıya anlamında kullanılır. Bir deniz yolculuğu sırasında gemiye, yüke ve navluna ilişkin olarak ortaya çıkan ve deniz yolculuğunun normal olaylarının dışında kalan bütün olağanüstü zararlar ve masraflar avarya hali olarak nitelendirilir.

Müşterek avarya, *müşterek bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi, yükü ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden bunları korumak için iradî olarak ve makûl surette yapılmış olan, olağanüstü fedakârlık yahut olağanüstü masrafların, bu sayede kurtulmuş bulunan değerlerin arasında paylaşılmasıdır*³.

1 *Titus Aurelius Antoninus* (M.S. 86-161, emp. 138-161) or more popularly known as *Antoninus Pius*: *I, indeed am Lord of the World, but the Law is Lord of the Sea*.

2 *De Lege Rhodia de Jactu*. Bu kural, *Digesta*'da, XIV.2.1. başlığı altında yer almaktadır. Bu hükme göre, geminin hafifletilmesi amacı ile bazı yükler denize atılırsa, bütün menfaatler için feda edilmiş olanlar, yine bütün menfaatlerin katkıları ile yerlerine konulurlar: *The Rhodian law decrees that if cargo has been jettisoned in order to lighten a ship, the sacrifice for the common good must be made good by common contribution*. Bkz. ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN, 7 vd.; SÖZER II, 48 vd.

3 ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN, 32-34; SÖZER II, 4.

Müşterek avarya, geminin, yükün ve navlunun arasında bir kader ortaklığının kurulduğu faraziyesine dayanır. Geminin ve yükün birlikte kurtarılması amacı ile yapılan masrafların ve fedakârlığın paylaşılması bu faraziyenin sonucudur.

TK. md. 1272 (1) de, müşterek avarya şöyle tarif edilmektedir: “Ortak bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve makûl bir hareket tarzı oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir fedakârlık yapılması veya olağanüstü bir gidere katlanması halinde “müşterek avarya hareketi” var sayılır”.

Müşterek avaryaya uygulanacak hükümleri uluslararası düzeyde birleştirmek amacı ile hazırlanmış olan York Anvers Kuralları’nın A Kuralı, müşterek avarya için: “Bir müşterek avarya hareketi, ancak ve yalnız ortak deniz sergüzeştine katılmış olan malvarlıklarını, karşılaştıkları bir tehlikeden korumak amacı ile müşterek selamet için bilerek ve makûl bir şekilde olağanüstü bir fedakârlık veya harcama yapılması halinde vardır.”⁴ tanımını vermektedir. Bu tanım, 1924 Kuralları’nda kabûl edilmiş olup bugüne kadar değiştirilmemiştir.

Müşterek avarya hareketi iki şekilde olur: Ya bir maddî fedakârlık ya da bir masraf yapılmıştır veya diğer bir ifade ile, müşterek avarya zararı veya masrafı yansıtır. Daha da farklı bir deyiş ile, ortada ya bir maddî kayıp olmalıdır ya da nakdî harcama. Zarar, müşterek avarya hareketi ile özdeştir / eş zamanlıdır, müşterek avarya hareketi esasında ve niteliği gereği olarak bir zarar meydana getirir. Masraf ise, çoğunlukla müşterek avarya hareketi icra edildikten sonraki dönemde yapılması gereken bazı işler dolayısı ile söz konusu olur.

Müşterek avarya Deniz Ticareti Hukuku’na (*Maritime Law*) has olan ve tabîî hukuk anlayışından doğan, çok özel bir kurumdur. Deniz sigortalarının ortaya çıkmasından önce uygulanmaya başlanılmış olan bir tür karşılıklı sigortadır (*mutual assurance*). Amaç, riskin dağıtılmasıdır. Esasında, kural, her menfaatin (veya ilgilinin) kendi zararına kendisinin katlanmasıdır. Bu hâl, *hususî avarya* olarak adlandırılır. Asıl kuralın istisnası olarak müşterek avarya kurumu vardır ve tarifinden de anlaşıldığı gibi, meydana gelen zarar, belli şartlar altında, ilgili taraflar arasında paylaşılır.

2. Hususî Avarya - Küçük Avarya

Hususî avarya, yolculuk sırasında meydana gelecek olan bütün zarar ve masrafları ifade eder. Bunlar, müşterek menfaat uğruna yapılmış olmayıp, sa-

4 *There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.*

dece taraflardan bir tanesinin menfaati icabı veya daha da sık olarak rastlandığı gibi, bir tarafın, yani donatanın ve/veya taşıyanın üstlenmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirmek amacı ile katlandığı masraflardır, dolayısı ile de bunların paylaşılması söz konusu olmaz. Hususi avaryada, ilgili kurallar uyarınca, taraflar kendi masraflarına kendileri katlanırlar (ETK. md. 1180 ve 1196). Söz konusu 1196. md., bir taraftan da ETK. nun 1075. md. sine atıf yaparak, bu maddede sayılan zarar ve masrafların da hususi avarya olarak kabûl edileceğini belirtmektedir. Doktrinde, ETK. nun 1075. md. sine dayanılarak, bir de *küçük avarya* diye bir kategori yaratılmıştır. YTK. 'nda bu iki avarya tipine ait maddelere yer verilmemiştir.

3. Müşterek Avaryanın Temel Prensipleri

Yukarıda da değinildiği gibi, müşterek avarya geminin, yükün ve navlunun arasında bir kader ortaklığının kurulduğu fikrine dayanır. YAK., Kural A'da ... *malvarlıkları ... (property)* kelimesi ile kastedilen bu üç unsurdur. Bu unsurlar hakkında ve bu program ile sınırlı olarak, aşağıdaki açıklamaları yapmak istiyoruz:

Gemi kavramının tayini için TK. 'nun 931 (1) hükmündeki tarife bakılacaktır ve bu tarife uyan *araçlar*, TK. md. 1272 (1) hükmü anlamında gemi olarak kabûl edilecektir. TK. 'nun 935. md. sinde herhangi bir özel kayıt bulunmadığı cihetle de, müşterek avarya hükümleri sadece ticaret gemileri hakkında uygulanacaktır.

Müşterek avarya hükümleri, TK. md. 931 (1) deki şart gereğince, denizde hareketi gerektirmeyen bir amaca *devamlı olarak* tahsis edilmiş bulunan cisimlere uygulanmayacaktır. Bu sebeple otel, lokanta, depo vb. işlere tahsis edilmiş olan gemiler hakkında müşterek avarya söz konusu olmaz.

Ayrıca, bu gibi amaçlar için kullanılan gemilerde bulunan mallar/eşyalar, yük niteliğinde olmaz. Buna paralel olarak, “navlun” kelimesi, sadece denizyolu ile yük taşınması karşılığında ödenen ücreti tanımlamak için kullanılır, sabit bir hizmete tahsis edilmiş bir gemiye bir ücret karşılığında muhafaza edilmesi amacı ile konulmuş olan mallar için ödenen ücrete navlun denemez. Bu sebeple, söz konusu gemiler veya daha da doğrusu bu tür cisimler bakımından, TK. 'nun 1272. md. si anlamında ‘gemi-yük-navlun’ arasındaki müşterek deniz sergüzeşti de söz konusu olamaz.

Müşterek avarya, gerek orijini ve tarihi gelişimi ve gerekse de niteliği ve unsurları itibarı ile sadece denizyolu ile yapılan yük taşımalarında uygulanabilir.

Müşterek avarya karayolu veya havayolu ile yapılan taşımalara uygulanamaz; aynı sebep ile nehirlerde veya göllerde yapılan taşımalara da uygulanmaz⁵.

Kanun'un (TK. md. 1272 (1)) ve keza YAK.'nın açık ve kesin tarifi dolayısı ile, müşterek avarya sadece denizde cereyan edebilir; bu itibarla TK.'nin müşterek avaryayı düzenleyen hükümleri nehirlerde veya göllerde yapılan taşımalar hakkında geçerli değildir. Bu sebeple, 1272. md. nin 1. f. sında yer alan gemi kelimesini de, Kanun'un 931. md. sinin 1. f. sındaki gibi, geniş anlamda yorumlamayıp, sadece deniz gemisi olarak, dar yorumlamak icap edecektir.

Yük, taşınmak amacı ile gemiye -veya başka bir taşıta- konmuş olan eşya anlamına gelir. Eşya, taşınmak üzere bir taşıta konulduğu, yani taşınması amacı ile yüklendiği zaman, artık yük olarak anılmalıdır⁶.

Navlun, denizyolu ile yük taşıma sözleşmesinde -yani navlun sözleşmesinde-, taşıtan tarafından taşıyana ödeneceği taahhüt edilen ücrete verilen isimdir, dolayısı ile de, müşterek avarya hükümlerinin uygulanabilmesi için, ortada navlun sözleşmesi olarak tanımlanabilecek bir sözleşme ile, navlun olarak nitelendirilebilecek bir ücretin varlığı aranacaktır.

Başka bir ifade ile, tarafların arasındaki sözleşme bir denizyolu ile yük taşıma sözleşme olarak nitelendirilmekte ise müşterek avarya hükümleri uygulanabilir. Bu hususta tarafların gerçek iradeleri dikkate alınır, mevzuattaki tarifler ve kategoriler önem taşımaz (BK. md. 19/I)⁷.

Ancak, navlunun garameye katılması bakımından, her müşahhas olayda navlunun riskini hangi tarafın taşıdığına bakılması lâzımdır. Navlun yükün tesliminde ödenecek ise (*freight collect*) riski taşıyana aittir; iade şartı olmadan peşin ödenmiş navlunda (*freight deemed earned ship and/or cargo lost or not lost*) ise risk yükü ile ilgililerde kalmış olur.

II. MÜŞTEREK AVARYA'nın UNSURLARI

Gerek TK. md. 1272 (1) ve gerekse de YAK. Kural A dikkate alınarak müşterek avaryanın unsurlarını aşağıdaki başlıklar altında toplayabiliriz⁸.

5 GILMORE and BLACK, 245; LOWNDES and RUDOLF, 104; ROSE, 21. *Morrison S.S. Co. v. Greystoke Castle* davasında ifade edilen prensip: *The principle involved in general average contribution is peculiar to the law of the sea and extends only to sea risks. Morrison S.S. Co. v. Greystoke Castle*, 22nd November 1946 (1947) 80 Ll. L. Rep. 55.

6 SÖZER I, 344.

7 SÖZER I, 317 vd., 342.

8 ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN, 34; SÖZER II, 11 vd.

1. Müşterek Deniz Sergüzeşti

Gemi, yük ve navlun müştereken (ortak) bir deniz sergüzeştine atılmış olmalıdır. Bir taraftan TK. md. 1272 (1) hükmünün ve diğer taraftan da YAK. A Kuralı'nın içerdiği unsurlara bakıldığı zaman, gemi, yük ve navlunun bir deniz sergüzeşti içinde bulunmalarının gerektiği sonucu ortaya çıkar.

Bu tür bir ilişki bir navlun sözleşmesi ile kurulur; şu halde önce yükün bir navlun sözleşmesine dayanılarak taşındığının tesbit edilmesi lâzımdır, diğer bir deyişle, taşıyan ile taşıtan arasında bir navlun sözleşmesi bulunmalıdır.

Müşterek avaryanın bu temel unsuru, söz konusu her üç değer arasında bir kader birliğinin kurulduğu faraziyesine dayanmaktadır. Tek bir değer maruz kaldığı tehlikeden kurtarılması halinde, müşterek avaryaya hükümlerinin uygulanması mümkün olamaz⁹.

Gemi olarak, hemen yukarıda da işaret ettiğim gibi, müşterek avaryaya hükümlerinin uygulanmasında, TK.'nin 931. md. sinin 1. f. sındaki tarife uyan gemiler esas alınacaktır. Fakat, müşterek avaryaya kurumunun özelliği gereğince, bu hükümler sadece ticaret gemileri için uygulanabilecektir.

Herhangi bir sebep ile, devamlı surette sabit hizmette kullanılan gemiler hakkında da müşterek avaryaya hükümleri uygulanmaz.

Müşterek avaryanın tarifini ve temel unsurlarını belirten TK. md. 1272 hükmüne ve YAK.'nin A Kuralı'na göre, müşterek avaryaya denizyolu ile yapılan taşımalarda uygulanabilecek olup, iç sularda, yani göllerde ve nehirlerde yapılan taşımalarda uygulanamaz.

Bununla beraber, nehirlerde yapılan taşımalar için müşterek avaryaya hakkında özel ve sınırlı olarak uygulanacak kurallar ile yapılmış bazı düzenlemeler vardır. Bu düzenlemelerden bir tanesi *IVR*¹⁰ tarafından 1956 yılında, tavsiye mahiyetinde olarak yayımlanmış olan "*IVR Rhine Rules*" dur. Bu kurallar, daha sonra 1992 yılında, *Rhine-Main-Danube* kanalının açılması üzerine ve Doğu-Batı entegrasyonunun sağlanması düşüncesi ile, yine *IVR* tarafından, 1 Haziran 2006 tarihinde yayınlanan *General Average Rules IVR* ile değiştirilmiştir.

Diğer bir düzenleme 1990 tarihli "*Danube Rules on General Average*" dır. Bu kurallar Tuna Nehri'nde sefer yapan onbir işletme tarafından ve "*Agreement*

9 SÖZER II, 12-13. Hiç yükü bulunmayan ve bir navlun sözleşmesinin ifası amacı ile kullanılmayan, meselâ, yük almak amacı ile yükleme limanına doğru sahra ile sefer hâlinde bile olmayan (*not on ballast*) bir geminin içinde bulunduğu tehlikeli durumdan kurtarılması, bkz. LOWNDES and RUDOLF, 106.

10 *Internationales Vereniging het Rijnscheppenregister (International Association of the Rhine Ship's Register)*.

on *General Terms of Carriage of Goods in International Communication on the Danube*” un tamamlayıcı bir kısmı olarak kabul edilmiştir. *Danube Rules on General Average*, 21 md. halinde ve YAK. paralelinde bir düzenlemedir.

İçsularda yapılan taşımalarda müşterek avaryaya ilişkin hükümler içeren ve yine sınırlı olarak ve ancak belli bir suyolunda uygulanabilecek olan *Bratislava Konvansiyonu* vardır. Bu Konvansiyon, Tuna Nehri’nde faaliyet gösteren şirketler tarafından 26 Eylül 1955 tarihinde imzalanmıştır. Bratislava Konvansiyonu, 23 Eylül 1989 tarihinde imzalanan *Siofolk Konvansiyonu*¹¹ ile tadil edilmiştir.

Ayrıca, tanımlanmış bulunan bazı iç sularda yapılan taşımaları düzenleyen *Budapeşte Konvansiyonu*¹² ile müşterek avarya olayında zararların ve garame paylarının nasıl hesaplanacağı hakkında taşıma sözleşmesine konulacak şartların veya millî hukuklardaki kuralların geçerli olacağını kabul edilmiştir (md. 26).

Yük ise, yine yukarıda ifade edildiği gibi, taşınmak amacı ile gemiye veya başka bir taşıta konmuş olan eşya anlamına gelir. Eşya, taşınmak üzere bir taşıta konulduğu, yani yüklendiği zaman, artık yük olarak anılmalıdır. Sadece “canlı insan” yolcudur, bunun dışında kalan her unsur yüküdür; her tür hayvan yük olduğu gibi, cenaze de yüküdür. Konumuz bakımından, sadece bir navlun sözleşmesine dayanılarak taşınan cisimler yük olarak nitelendirilir. Bu itibarla, müşterek avarya da ancak bir navlun sözleşmesinin ifası amacı ile taşıma yapılması halinde söz konusu olabilir¹³.

Navlun, denizyolu ile yük taşıma sözleşmesinde -yani navlun sözleşmesinde-, taşıtan tarafından taşıyana ödeneceği taahhüt edilen ücrete verilen isimdir (TK. md. 1138, 1193). Herhangi bir durumda, müşterek avaryadan söz edebilmek için, ortada navlun sözleşmesi olarak tanımlanabilecek bir sözleşme ile, navlun olarak nitelendirilebilecek bir ücretin varlığı aranacaktır.

Kural olarak navlun, navlun sözleşmesinin tam ve gereği gibi ifa edilerek yükün gönderilene sözleşme hükümleri dairesinde teslim edilmesi üzerine muaccel olur (TK. md. 1197, 1199). Bununla beraber, bu madde emredici hükümlerden olmayıp, taraflar navlunun ödeme zamanını, yerini ve usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.

Müşterek deniz sergüzeşti, yüklemenin başlaması ile başlar, yükün gemiden tamamen boşaltılmasına kadar sürer. Esas olan gemi ve yük arasında bir kader

11 *Convention on the General Conditions of Carriage of Goods in International Traffic on the Danube.*

12 *Budapest Convention on the Contracts for the Carriage of Goods by Inland Waterways, Budapest, 22nd June 2001.* Yürürlük tarihi: 1 Nisan 2005.

13 SÖZER I, 286-288, 344; SÖZER II, 15.

birliğinin kurulmuş olmasıdır. Bu birlik fiilî bir durumdur ve devam ettikçe müşterek avarya hükümleri uygulanır.

Kader birliği şartı, farklı taşıtanlara ait olup dolayısı ile de farklı navlun sözleşmeleri ile taşınan yükler ile gemi arasında, her bir yük bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir. Aynı taşıtana ait ve tek bir navlun sözleşmesi ile taşınan farklı yükler ise, tek bir birim olarak ele alınacaktır. Ancak, kader birliği unsuru fiilî bir durum olarak nitelendirildiği için, yukarıda söylediğim gibi, özellikle yükleme ve boşaltma aşamalarında, gemide fiilen bulunan yük esas alınmalıdır.

Bu kuralın iki istisnası vardır: YAK. Kural VIII ile öngörülen hafifletme müşterek avaryası ile Kural X ve XI ile öngörülen barınma müşterek avaryasında, yük ve gemi birbirlerinden geçici süreler için ayrıldıklarında dahi, müşterek deniz sergüzeştinin devam ettiği kabûl olunur.

2. Müşterek Tehlike

Müşterek avarya için hem gemiyi hem yükü ve hem de navlunu tehdit eden, bu her üç değer için de ortak olan bir tehlikenin bulunması lâzımdır; sadece gemiyi veya sadece yükü tehdit eden bir tehlike, müşterek avarya için yeterli değildir. Bu itibarla, yukarıda da belirtildiği gibi, navlunun kesin ödeme olarak peşin tahsil edildiği hallerde, sadece gemi ve yük müşterek deniz sergüzeştine atılmış olurlar¹⁴.

Müşterek avaryanın geleneksel teorisinde ve özellikle de uygulamasında, tehlikenin gerçek, mevcut, hemen vaki olacak ve hem geminin ve hem de yükün ciddî ölçüde zarar görmesine, telef olmasına sebebiyet verecek nitelikte olması aranırdı. Fakat, daha sonra, özellikle de YAK.'nda 1924 yılında yapılmış olan değişiklik ile ilave edilmiş olan harfli Kurallar'dan A Kuralı'na da bağlı olarak, tehlike unsuru bakımından daha esnek bir anlayış hâkim olmaya başladı.

Bu anlayışın sonucu olarak, tehlike unsuru bakımından, gemi ve yükün bunları birlikte tehdit eden gerçek ve her an tesirini gösterebilecek bir tehlike ile karşı karşıya bulunmaları gerekmektedir. Ancak, tehlikenin mevcut veya derhal meydana gelecek derecede olması şart değildir. Gerçek, ciddî ve her an tesirlerini göstermesi beklenen bir tehlike halinin hüküm sürmesi yeterlidir. Mesela, geminin içinde bulunduğu şartlara göre herhangi bir tehlike halinin olmamasına rağmen, suların çekilmesi, rüzgârın belli bir yönden esmeye başlaması gibi, bazı emarelerin belli şiddette bir fırtınanın çıkacağına işaret etmesi halinde de, tehlikeli ortamın varlığı kabûl edilebilecektir.

14 ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN, 306.

Bu müşterek tehlike, geminin ve yükün kaybına veya ağır hasara uğramasına sebep olacak güçte ve olağanüstü nitelikte, bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, navlun sözleşmesinin ifasında karşılaşılmaması, tedbirli ve özenli bir taşıyan tarafından öngörülmesi icap eden nitelikteki risklerin dışında ve ötesinde bir ciddiyet ve ağırlık (vahamet) ifade etmelidir. Bu anlamı ile olağanüstü tehlike, öngörülmesi ve keza önlenmesi taşıyandan beklenemeyecek bir tehlike demektir. Yoksa, navlun sözleşmesinin tam ve gereği gibi ifa edilmesini sağlamak için taşıyanın önlemesi gerekecek olan tehlikeler, müşterek avarya hükümleri açısından, olağanüstü tehlike olarak kabûl edilemez.

Tehlikenin bir deniz sergüzeşti sırasında (*during a maritime adventure in the nature of a voyage*) sırasında vaki olması şarttır¹⁵. Yangın her durumda ve kapsamda ciddi bir tehlike olarak kabûl edilmelidir¹⁶; geminin tamamen hareketsiz kalması da her an ciddi bir tehlike ile karşı karşıya gelebileceğini gösterir¹⁷

Tehlike unsuru bakımından, iki değişik hukuk sisteminde farklı kriterler kabûl edilmektedir. Kara Avrupası hukuklarında, özellikle Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde, kaptanın takdirine yer verilir ve tedbirli ve özenli bir kaptanın, belli bir olayı olağanüstü bir tehlike olarak nitelendirmesi halinde, müşterek avarya kabûl edilir. Diğer bir ifade ile, söz konusu hukuklarda tehlikenin sübjektif olarak bulunması yeterlidir; ortada, gerçekten, yani objektif olarak, bir tehlikenin bulunmaması müşterek avaryanın kabulüne engel olmaz. Ancak, kaptanın karşılaştığı durumu değerlendirirken özenli ve tecrübeli bir kaptandan beklenecek şekilde davranmış olması gerekmektedir. Kaptan tehlike unsurunu tahlil ve takdir ederken hatalı davranmış veya paniğe kapılıp gereksiz önlemlere baş vurmuş ise, müşterek avarya kabûl edilmez.

Buna mukabil Anglo-Amerikan hukukunda, kural olarak, tehlikenin gerçekten, objektif olarak mevcut bulunması şarttır, kaptan, velev tedbirli ve özenli bir kaptan olarak da davransa, gerçekten mevcut olmayan bir tehlikeyi var sayarak hareket etmesi müşterek avarya için yeterli görülmemektedir. Bu bakımdan, İngiliz ve Amerikan hukuklarında, tehlike unsuru bakımından objektif kriter esastır. Fakat, yine de, tehlikenin tehdit derecesinin tayininde kaptanın takdirine yer verilmektedir; objektif olarak bir tehlike mevcut oldukça, kaptan tehlikenin derecesi, önemi hakkında hata etse ve gerekenden fazla tedbir alsada dahi, bu durum müşterek avaryanın kabulünü etkilemez¹⁸.

15 ROSE, 20.

16 LOWNDES and RUDOLF, 98.

17 LOWNDES and RUDOLF, 98, 101.

18 *Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Insurance C. Ltd. (The "Makis")*, 28th July 1928, (1928) 31 *L.L.Rep.* 313; *Asp. MLC.* 544-547.

Kanaatımca, Türk hukuku bakımından, TK.'nin kaptanın sorumluluğunu düzenleyen kuralları karşısında, zaten sübjektif teorinin esas alınması icap edecektir. TK. md. 1088'e göre, kaptan tedbirli bir kaptan gibi davranmak mecburiyetindedir. Bu hüküm ile getirilen yükümlülük, kanaatımca, bir *özen borcu* niteliğindedir. Bununla beraber, buradaki sorumluluk, esas itibarı ile kusur sorumluluğu olup, mutlak sorumluluk değildir.

TK. kaptan için kusur sorumluluğunu kabûl etmiştir. Dolayısı ile, ancak kaptanın kusurlu davranışı halinde, diğer bir ifade ile, kaptanın kararının tecrübeli ve tedbirli bir kaptandan beklenmeyecek ölçüde hatalı takdire dayandığı hallerde, başvurulmuş olan tedbir müşterek avarya olarak kabûl edilmeyecek ve tedbirin sebep olduğu zararlardan kaptan sorumlu olacaktır.

Kaptanın verdiği zararlardan ise, ayrıca donatan TK. md. 1062 ve taşıyan da TK. md. 1178 ve 1179 hükümlerine göre sorumlu olur.

3. Olağanüstü (İradî) Fedakârlık (TK. md. 1272 - YAK. Kural A)

Geminin ve yükün müşterek tehlikeden kurtarılması amacı ile bazı tedbirlere başvurulması gerekmiş ve bu tedbirlere iradî surette, bilerek ve istenerek başvurulmuş olması lâzımdır. Başvurulan tedbirlerin olağanüstü nitelikte olması icap eder. Bu tedbire karar verecek olan da kaptandır¹⁹.

Ancak, bir müşterek avaryadan söz edebilmek için bu tedbirin olağanüstü bir fedakârlığa veya olağanüstü bir masrafa yol açması lâzımdır, navlun sözleşmesinin ifası amacı ile alınması gereken tedbirler taşıyanın yükümlülüğü altındadır ve bu gibi tedbirlerin bir zarara yol açması halinde, bunlardan taşıyan sorumlu olur (TK. md. 1196)²⁰.

Fedakârlık veya masraf geminin ve yükün, onları birlikte tehdit eden olağanüstü müşterek tehlikeden kurtarılması amacı ile yapılmış olmalıdır. Navlun sözleşmesinin konusu olan sefer bakımından normal olan, makûl surette öngörülmesi beklenen tehlikelerin önlenmesi ve herhangi bir zarara yol açılmaması için gereken tedbirlerin alınması, taşıyanın sorumluluğuna dahildir. Müşterek avarya için, olağanüstü bir tehlikeden kurtulmak amacı olağanüstü bir fedakârlık yapılmış olması icap eder.

Fedakârlık, gemiyi ve yükü -ve söz konusu ise, navlunu- kurtarmak amacı ile yapılmalıdır, başka değerleri korumak için değil; meselâ, bir kanaldan geçerken karinasında rahne açılmış olan bir gemi, geminin ve yükün kurtarılması

19 SÖZER II, 23-28. Bununla beraber krş. ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN, 45-46.

20 GILMORE and BLACK, 254; ROSE, 36-37.

için değil de, kanalı kapatmamak düşüncesi ile sığ bir yerde karaya oturtulmuş ise, burada da müşterek avarya yoktur.

Fedakârlık, kural olarak, tamamen kaptanın serbest ve şuurlu tercihi, kararı ve iradesi ile ve gemi ile yükü birlikte kurtarmak amacı ile yapılmış olmalıdır²¹.

Fedakârlık kaptanın iradesi ile değil de, kaza sonucu veya dışarıdan gelen bir gücün etkisi veya talimat²² sebebi ile vaki olmuş ise, bu durumda müşterek avarya kabûl edilmez.

Alınan tedbirin uygulanması sonucunda gemide meydana gelen zarar veya yapılmış olan masraf, olayın cereyan ettiği sefer için olağandışı olmalı, diğer bir deyişle, alınmış olan tedbirler, TK. md. 1178 ve 1196 uyarınca taşıyanın navlun sözleşmesinden doğan borcunun ifası amacı ile alması zorunlu bulunan tedbirlerin de dışında, olağanüstü bir özellik taşınmalıdır.

4. Fedakârlığın Makûl Olması

Gemi ve yükün kurtarılması için yapılacak fedakârlık makûl olmalıdır. Bu şart YAK. Üstün Kural'da ve Kural A/1 de ... *reasonably* ..., TK. md. 1272 (1) de ise, ... makûl ... sıfatları ile ifade edilmektedir.

Taşıyan yükün fer'i fakat doğrudan zilyedi durumundadır ve kaptan da zilyet yardımcısı sıfatındadır. Kaptan aynı zamanda hem donatanın ve hem de taşıyanın kanunî temsilcisi olduğu gibi, yükle ilgililerin de menfaatlarını korumakla görevlidir. Dolayısı ile, kaptan söz konusu kişilere zarar vermemek için gereken dikkat ve itinayı göstermek, lüzumlu tedbirleri almak ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı bir davranış olarak nitelendirilebilecek müşterek avarya hareketinin de en son çare olarak ve azamî ölçüde makûl bir davranış şeklinde yapılmış olması zorunludur.

Gerek alınan kararın içeriği, yani düşünülen tedbir veya alınan karar gerekse de, tedbirin/kararın uygulanmasında izlenen yol makûl olmalıdır. Netice itibarı ile, müşterek avarya kendine özgü (*sui generis*) bir kavram olup, deniz hukukunun çok özel bir uygulamasını yansıtmaktadır. Bu itibarla, her bir müşterek avarya hareketinde, bu şarta titizlikle uyulduğu tesbit edilmelidir. Meselâ, bazı yüklerin denize atılması ile gemi ve yük kurtarılabilir ise, bir limana girip barınma müşterek avaryası ilân etmek makûl bir davranış teşkil etmeyebilir. Denize yük atılmasına karar verildiği hallerde de, asgarî adet ile yetinmeye

21 SÖZER II, 24-25.

22 Meselâ, yetkili kamu otoriteleri tarafından alınmış olan bir karara bağlı olarak yapılan icraat dolayısı ile doğmuş olan zararlar, LOWNDES and RUDOLF, 82-83. *Athel Line Ltd. v. Liverpool and London War Risks Association Ltd.*, (1944) 77 Ll. L. Rep. 132

dikkat edilmelidir; bir limana barınılmasının makûl bir hareket teşkil ettiği hal-lerde ise, gereksiz masraftan kaçınılması icap eder.

5. Faydalı Sonuç

Yapılan fedakârlık veya masrafın faydalı sonuç vermesi, davranışın müş-terek avarya olarak kabûl edilmesi için bir unsur olarak aranmalı mıdır? Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir kere, gemi ve yük tamamen zayı olmuş ise, müşterek deniz sergüzeşti-ne atılmış olan değerlerden hiçbir tanesi kurtulamadığı için müşterek avarya söz konusu olmaz. Çünkü, müşterek avarya ancak fedakârlık veya masraf, söz konusu varlıkları korumak amacıyla yapılmış olduğu takdirde vardır. Aksi tak-dirde müşterek avarya yoktur, dolayısı ile de bütün ilgililer kendi zararlarına katlanırlar.

Diğer taraftan, müşterek avaryadan söz edebilmek için geminin, yükün, di-ğer eşyanın ve -söz konusu olduğu hallerde navlunun- birlikte kurtarılması icap eder; gemi batmış, yükün bir kısmı -hatta tamamı- kurtarılmış ise, ortada yine müşterek avarya yoktur. Fakat, gemi hasarlanmış, yükün de ancak bir kısmı kurtarılmış ise, müşterek avarya vardır.

III. MÜŞTEREK AVARYA İLE İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEME

1. Müşterek Avarya ile İlgili İlk Kurallar

Müşterek avarya ile ilgili kuralların oldukça eski tarihlerde ortaya çıktığı bilinmektedir.

Müşterek avaryayı düzenleyen kuralların en eskisi olarak Rodos Adası'nın denizcilik teamülleri gösterilir. Bu teamüller, zamanla ve özellikle de Rodos'un ekonomik gücünün artmasına bağlı olarak, Doğu Akdeniz havzasında uygulan-maya başlanmış, daha sonra Roma Hukuku tarafından da benimsenmiş ve hatta yazılı hukuk haline de dönüştürülmüştür.

Müşterek avaryanın en eski ve tipik örneği, batma tehlikesi ile karşı karşıya bulunan gemiyi hafifletmek için, gemideki yüklerin bir kısmının denize atılma-sıdır. Rodos Adası hukukunun bu kuralı, *Iustinianus'un Digestası'nın*, XIV.2.1. faslında *De Lege Rhodia de Jactu* başlığı ile yer almıştır. Bu hükme göre, ge-minin hafifletilmesi amacı ile bazı yükler denize atılırsa, bütün menfaatler için feda edilmiş olanlar, yine bütün menfaatlerin katkıları ile tazmin edilirler.

2. York-Anvers Kuralları

Bugün müşterek avaryaya denizcilik alanında yaygın bir surette benimsenmiş bulunan York-Anvers Kuralları (*York-Antwerp Rules*) ile düzenlenmektedir²³.

a. Genel Olarak

YAK., uluslararası deniz ticareti hukuku içinde, tamamen özel ve kendine özgü (*unique*) bir hüviyete sahiptir. Uygulanması devlet otoritesine, devletlerin egemenlik haklarından doğan kural koymak yetkisine bağlı değildir. Sadece ilgili (gerçek veya tüzel) kişilerin tercihine ve anlaşmasına bağlıdır.

YAK., müşterek avaryaya uygulanacak bazı temel kuralların uluslararası alanda ve düzeyde birleştirilmesini ve böylece müşterek avaryaya ile ilgili konuların ve dolayısı ile de müşterek avaryadan doğacak uyuşmazlıkların, belli bir çerçevede de olsa, yeknesak kurallara tâbi tutulmasını sağlamak amacı ile hazırlanmıştır.

YAK. uluslararası konvansiyon niteliğinde değildir, uluslararası konvansiyon niteliğinde olmadığından, uygulanması için devletlerin onayları gerekmemektedir²⁴; sadece taşıma sözleşmesinin taraflarının ve riski üstlenmiş olan sigortacının serbest iradelerine bırakılmıştır.

YAK. ilk olarak 25 Eylül 1860 tarihinde Glasgow’da toplanmış olan bir konferansta görüşülmüş ve kabûl edilmiştir. YAK. sık sık değiştirilmiştir, son metin ise 2016 yılında *Comité Maritime International*’ın 3-6 Mayıs 2016 günlerinde, New-York’ta yapılan 42. Uluslararası Konferansı’nda, 6 Mayıs 2016 günü kabûl edildi.

Müşterek avaryaya ile ilgili yeknesak kurallar hazırlanması için ilk teşebbüs, 1860 yılının Mayıs ayında, “Sosyal İlimleri Geliştirme Millî Cemiyeti” (*National Association for the Promotion of Social Science*) isimli kuruluşun başkanının, başta Lloyd’s olmak üzere, gerek İngiltere’de ve gerekse de Avrupa’da bulunan denizcilik ile ilgili bir çok kuruluşa göndermiş olduğu bir mektup ile yapılmıştır.

YAK. ile müşterek avaryaya ilişkin bütün hususların düzenlenmesi düşünülmüş olmadığı gibi, müşterek avaryanın temel prensiplerinin değiştirilmesi de öngörülmemiştir. Sadece, uygulamada yeknesaklığın sağlanması ve bir oranda da gelişen şartlara intibak ettirilmesi hedef alınmıştır.

23 SÖZER II, 52-59.

24 Bu hüviyeti bakımından Anayasa’nın 90. md. sinin konusunu teşkil eden “Milletlerarası Anlaşma” niteliğinde değildir ve ulusal yargı sistemimiz içinde uygulanması T.C.B.M. tarafından bir kanunla uygun bulunmasına bağlı değildir.

b. 1860 Glasgow Kararları

Müşterek avarya ile ilgili yeknesak kurallar hazırlanması için ilk teşebbüs, 1860 “Sosyal İlimleri Geliştirme Millî Cemiyeti” (*National Association for the Promotion of Social Science*) tarafından başlatılmış ve 25 Eylül 1860 tarihinde Glasgow’da toplanan ve üç gün süren konferansta kabûl edilen onbir kural ile, -henüz bu başlığı taşımamakla beraber- YAK.’nın ilk metni olarak ortaya çıkmıştır. Konferans’ta, kabûl edilen kuralların uygulanmasının tarafların iradesine bırakılması yerine, bunların devletlerin yasama organları tarafından birer kanun hüviyeti ile, iç hukuk kuralı haline getirilmesi de öngörülmüştü.

c. 1864 York Kuralları

26 Eylül 1864 günü York’ta toplanan Müşterek Avarya Konferansı’nda, yine devletlerin iç hukukları için hazırlamaları öngörülen örnek metin üzerinde tartışılmış ve Glasgow Kararları’nın üzerinde bazı değişiklikler de yapılarak, 11 Kural kabûl edilmiş ve bunlar 1864 York Kuralları olarak yayınlanmıştır.

Ayrıca, müşterek avarya kurallarının millî hukuklarda yerini alıncaya kadar, şu metnin navlun sözleşmelerine ve konişmentolara konulması hakkında tavsiye kararı alınmıştır: “Müşterek avaryadan doğan her türlü ihtilaf, 1864 tarihinde York’ta kabûl edilen milletlerarası müşterek avarya kuralları uyarınca çözümlenecektir.”.

d. 1877 York Anvers Kuralları

1864 York Kuralları’nın kabûl edilmesini takip eden yıllarda sürdürülen bazı çalışmalar üzerine, daha sonra “Milletlerarası Hukuk Derneği” (*International Law Association*) adını alan *Association pour la Réforme et la Codification des lois des Nations* 30 Ağustos 1877 tarihinde Anvers’te bir konferans düzenlemiş ve Konferans’ın sonunda York Kuralları’na 12. Kural ilave edilmiş, ayrıca da Kurallara *York-Anvers Kuralları* adının verilmesi kabûl edilerek, metin York-Anvers Kuralları 1877 başlığı ile yayınlanmıştır.

e. 2016 York Anvers Kuralları

Devam edegelen gelişmeler, tesbit edilen yeni ihtiyaçlar YAK.’nın zaman zaman değiştirilmesini zorunlu kılmıştır, son değişiklik, yukarıda da işaret edildiği surette, 2016 yılında yapılmıştır.

3. Türk Hukuku²⁵

a. 1956 Tarihli ve 6762 Sayılı (Eski) Ticaret Kanunu

Türk Hukuku’nda müşterek avaryayı düzenleyen hükümlere, ilk defa 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu’ndan esinlenerek hazırlanmış olan, 1864 tarihli

Kanunname-i Hümayun-u Ticaret-i Bahriye’de, “Hasarat-ı Umumiye” başlığı altında ve 241-273. md. lerde yer verilmiştir.

Söz konusu Kanunname’nin yerine geçen 1929 tarihli Deniz Ticareti Kanunu, 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu’nun, deniz ticaretine ayrılmış olan 2. Kitab’ından tercüme edilmiş olup, Alman Ticaret Kanunu’nun müşterek avarayı düzenleyen 700. ve müteakip maddeleri, kanunumuza 1241-1274. md. ler olarak alınmıştır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ise, müşterek avarayı 1179-1215. md. lerinde YAK.’nı esas alarak düzenlemiştir; bir anlamı ile, bu Kanun 1950 tarihli YAK.’nı iktibas etmiştir.

b. 2011 Tarihli ve 6102 Sayılı (Yeni) Ticaret Kanunu

Bu Kanun’da müşterek avaryanın düzenlenmesi çok farklı fakat oldukça hatalı bir yol takip edilerek yapılmıştır.

Md. 1272 (1)’e 2004 YAK.’nın Kural A (1) hükmü ile Kural C (1) hükmü birleştirilerek alınmış; md. 1272 (2)’ de 2004 YAK.’nın Kural F hükmüne yer verilmiştir.

Md. 1272 (3)’e ise, 2004 YAK.’nın, pek doğru bir şekilde ifade edilmiş olmasa da, Kural A (2) hükmü alınmıştır. Bunların dışında, TK.’nda müşterek avaryanın esasları ile ilgili hükümlere, yani, 2004 YAK.’nın gerek harfli Kuralları’na ve gerekse de numaralı Kuralları’na yer verilmemiştir.

Buna karşılık Kanun, 1273. md. ile gayet değişik ve pek de rastlanmayan bir atf (veya *incorporation*) metodu uygulamış ve tartışmaya oldukça açık olan bir ifade ve yöntem ile ve aşağıda yorumlamaya çalışacağım gibi, müşterek avaraya - taraflar başka bir anlaşma yapmış olmadıkça-, YAK.’nın daima en son metninin uygulanmasını sağlamak amacını güden bir düzenleme getirmiştir²⁶.

Bu maddeye göre, o tarihte yürürlükte olan, yani 2004 tarihli YAK., Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile Denizcilik Müsteşarlığı’nın birlikte kuracağı bir komisyon tarafından Türkçe’ye tercüme edilecek ve bu metin orijinal metin ile birlikte Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe konulacaktır. YAK.’nda yapılacak değişiklikler de aynı usul takip edilerek yayınlanacaktır. 2004 YAK.’nın ve Türkçe tercümesinin Resmî Gazete’de yayınlanması mecburî bir işlem olarak öngörülmüş olmakla beraber, her ne nedense, ileride yapılacak değişikliklerin yayınlanması mecburî tutulmayarak, takdire bırakılmış veya gerçek veya tüzel kişilerin başvurusu üzerine yayınlanabileceği ifade edilmiştir (md. 1273 (2 - 2. c.)).

²⁶ Ayrıca 1273. md. nin gerekçesine de bkz.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki 26 Eylül 2011 tarihli ve 655 sayılı KHK. ile (RG. 1 Kasım 2011-28102 mükerrer), Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki 10 Ağustos 1993 tarihli ve 491 sayılı KHK. yürürlükten kaldırılmış (md. 44 (1)) ve mevzuatta Denizcilik Müsteşarlığı'na yapılan atıflar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına yapılmış sayılır hükmü (md. 44 (6-b)) getirilmiştir. Bu düzenleme dolayısı ile, YAK.'nın Türkçe'ye tercüme edilmesi, artık Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile birlikte söz konusu Bakanlığın yetki alanına girmiş bulunmaktadır²⁷. Bu yeni düzenlemeye uygun olarak, 2004 tarihli YAK.'nın Hazine Müsteşarlığı, Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile anılan Bakanlık tarafından kurulan komisyonun yaptığı tercümesi, 2004 YAK.'nın İngilizce metni ile birlikte RG.'nin 13 Ocak 2014 tarihli ve 28881 sayılı nüshasında yayınlanmıştır. Bu durumda, TK. md. 1273 (2) hükmü anlamında orijinal metnin RG. de yayınlanmış bulunan İngilizce metin olarak kabûl edilmesi gerekecektir. Ne var ki, YAK. kuralları, CMI. tarafından hem İngilizce ve hem de Fransızca olarak yayınlanır ... Hem İngilizcesi ve hem de Fransızcası orijinal metin niteliğinde olarak kabûl edilir ...

YAK. 2016 ise, RG.'nin 19 Şubat 2019 tarihli ve 30691 sayılı nüshasında yayınlandı.

TK.'nun 1273. md. sinin (1). f. sına göre, taraflar arasında başka bir anlaşma yapılmış olmadığı hallerde, müşterek avarya, YAK.'nın RG. de yayınlanmış bulunan söz konusu metnine göre yapılacaktır.

Birinci aşamada bakılacak olan Türkçe tercüme olacaktır. Uygulanacak hükmün veya hükümlerin anlam ve/veya içeriğinde hangi bir uyumsuzluk çıktığı takdirde, orijinal metne bakılması icap edecektir. Bu aşamada, orijinal metnin hangi dilde yazıldığı veya hangi dillerde yazılmış olan metinlerin, orijinal metin olarak kabûl edilebileceği tartışma konusu olabilecektir. Hemen yukarıda söylediğimiz gibi, orijinal metin olarak kabûl edilebilecek nitelikte hem Fransızca hem de İngilizce metin²⁸ olduğu cihetle, burada da bir uyumsuzluk çıkması mümkündür ve muhtemeldir!

TK. md. 1273 (1) e göre bir kere, TK.'nun uygulanması bakımından müşterek avarya, ancak Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından kaleme alınacak olan kurallara tâbi olacaktır. Burada atf yapılan Milletlerarası Denizcilik

27 Denizcilik Müsteşarlığı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının bünyesine katıldı; ileride Sigortacılık Genel Müdürlüğü kaldırılacak -lağiv edilecek- olursa veya fonksiyonları bir kaç kuruluş arasında dağıtılsa, YAK.'nın tercümesini hangi kurum üstlenecektir?

28 CMI.'in uygulaması halen böyledir, ileride YAK. başka dillerde de yayınlanabilir.

Komitesi'nin, *Comité Maritime International* olduğunu kabûl etmek gerekir. Fakat, ileride, CMI.'ın yerine başka bir kuruluşun geçmesi ve müşterek avarya ile ilgili kuralların, bu kuruluş tarafından hazırlanması ihtimali de akla geliyor.

CMI. varlığını sürdürebilir, fakat YAK.'nın revize edilmesi, bir başka kuruluş tarafından yapılabilir?

Ayrıca, ileride müşterek avaryanın farklı bir surette düzenlenmesi yoluna gidilir ve yeni kurallara York Anvers Kuralları adı verilmeyecek olursa, ne yapacağız? YAK.'na tâbi tutulması gerekecektir ... bu durumda müşterek avaryanın kendisi hakkında hangi kurallar uygulanacaktır?

YAK. zaman zaman revize edilmektedir ve her revizyonun yapıldığı toplantılarda, ki bunlar genellikle CMI.'ın yıllık toplantıları olmaktadır, kabûl edilen yeni metnin hangi tarihten itibaren yürürlüğe gireceği de karara bağlanmaktadır. Revize edilmiş olan metinlerin TK. md. 1273 uyarınca tercüme edilmesi, kaçınılmaz olarak, zaman alacaktır. Revize edilmiş YAK.'nın yürürlüğe girmesi ile tercümenin tamamlanması arasında kalacak olan süre içinde, hangi metin uygulanacaktır? Farz edelim ki, taraflar navlun sözleşmesine "Müşterek avarya YAK. na tâbi olacaktır" diye bir madde koymuş olsunlar; hangi YAK.'nın uygulanması doğru olacaktır? Yeni YAK.'nın mı, yoksa, TK. md. 1273 uyarınca tercümesi yapılmış bulunan bir evvelki YAK.'nın mı? Belki, TbtK.'nın md. 2 (1) hükmünden *istiane* edilerek ve sözleşmede belli bir açıklığın da bulunmadığı durumlarda, özellikle de uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulandığı hallerde, müşterek avarya olayının meydana geldiği tarihte mevcut olan YAK. tercümesinin tercih edileceği söylenebilir. Fakat, navlun sözleşmesinde hangi YAK. metninin uygulanacağı açıkça gösterilmiş ise, sözleşmedeki şarta uyulacaktır.

IV. YORK-ANVERS KURALLARI

1. Genel Olarak

YAK iki bölümden oluşur: Harfli Kurallar ve Numaralı Kurallar.

Müşterek avarya esasî itibarı ile harfli kurallara tâbidir. Bunlar, YAK.'nın genel hükümlerini teşkil ederler.

Ancak, numaralı kurallarda, harfli kurallardaki hükümlerin aksine bir şart veya unsur varsa, o zaman olay numaralı kurallara tâbi olur. Diğer bir ifade ile, bir numaralı kural ile, harfli kurallar arasında bir çelişki ortaya çıktığı takdirde, numaralı kural (lar) öncelikle uygulanır. Fakat, Üstün Kural (*Rule Paramount*) daima geçerlidir ve öncelikle uygulanması zorunludur; zaten, bu kural müşterek avaryanın temel prensibini yansıtmaktadır.

2. *Üstün Kural (Rule Paramount)*

“Makûl ölçüler içinde yapılmayan fedakârlık ve masraflar için, hiçbir halde paylaşırma yapılmayacaktır.”

Bu prensip, müşterek avaryanın temel şartlarından başlıcasıdır, müşterek deniz sergüzeştindeki unsurlardan olan değerlerden bir tanesinin feda edilmesi, ancak makûl bir hareket teşkil ettiği takdirde, davranış müşterek avarya olarak kabûl edilebilir.

3. *Kural A*

Kural A, f. 1, müşterek avaryanın tarifini verir ve unsurlarını belirtir

“Bir müşterek avarya hareketi, ancak ve yalnız ortak deniz sergüzeştine katılmış olan malvarlığı unsurlarını (değerleri) karşılaştıkları bir tehlikeden korumak amacı ile müşterek selamet için bilerek ve makul bir şekilde olağanüstü bir fedakârlık veya harcama yapılması halinde vardır.”

Müşterek avarya hükümleri ancak ve sadece denizyolu ile yapılan yük taşıma sözleşmeleri hakkında uygulanabilir. İçsularda yapılan taşımalara uygulanamaz. Müşterek avarya hükümleri yolcu taşıma sözleşmeleri hakkında da uygulanamaz; maddî olayın denizde cereyan etmiş olması lâzımdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ÇETİNGİL, Ergon / KENDER, Rayegân / ÜNAN, Samim, *Müşterek Avarya Hukuku*, İstanbul 2011.
- GILMORE, Grant / BLACK, Charles L. Jr., *The Law of Admiralty*, 2nd ed., New York 1975.
- LOWNDES, Richard and RUDOLF, George Rupert, *The Law of General Average and The York-Antwerp Rules*, 13th ed. by J.H.S. Cooke and R.R. Cornah, London 2008.
- ROSE, F.D., *General Average: Law and Practice*, 2nd ed. London 2005.
- SÖZER, Bülent, *Deniz Ticareti Hukuku, Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri*, C. I, 3. Bası, İstanbul 2014 (SÖZER I).
- SÖZER, Bülent, *Deniz Ticareti Hukuku, Müşterek Avaryalar-Çatmalar-Kurtarma ve Gemi Alacaklısı Hakkı*, İstanbul 2016 (SÖZER II).

CMR KONVANSİYONU VE T.T.K MADDE 860 AÇISINDAN TAŞIMACININ GÜMRÜK EVRAKLARI, REFAKAT BELGELERİNİN TEMİNİNDEN SORUMLULUĞU VE BU SORUMLULUĞUN TRANSİT REJİMİNE KONU EDİLEN SERBEST DOLAŞIM AÇISINDAN İNCELENMESİ

Av. Egemen Gürsel ANKARALI

Istanbul Barosu Lojistik ve Taşıma Hukuku Komisyonu Başkanı

a. CMR Konvansiyonu'na Göre Taşımacı ının Gümrük Belgelerinin Temininden ve Doğruluğundan Sorumluluğu;

Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Konvansiyon (CMR) Uluslararası Kara Taşıma sözleşmelerine uygulanacak temel hukuk kaynağıdır. Bu konvansiyon, 31.10.1995 tarihi itibarı ile Türkiye açısından uluslararası karayolu taşıma sözleşmelerinde iç hukuk kaynağı mertebesinde-dir. CMR şeklinde kısaltılmaktadır. (*Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road*)

CMR Konvansiyonu Anayasa madde 90' a uygun bir şekilde yürürlüğe konulmuştur. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası adlaşmalar kanun hükmündedir.

Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası adlaşma hükümleri esas alınır.

CMR Konvansiyonu'na Göre taşımacının gümrük belgelerinin tamamlanması, gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesinden, kaynaklanan Sorumluluğu; madde 11. de düzenlenmiştir.

Madde 11 : Mallarının tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için, gönderici, lüzumlu belgeleri

sevk mektubuna ilâştirecek yahutta taşımacıya verecek ve talep ettiği diğer bilgileri kendisine sağlayacaktır.

Taşımacı bu belgelerle verilen bilgilerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda değildir. Gönderici bu gibi belgelerin bulunmaması yetersiz olması, veya usule aykırı oluşundan doğacak zarar, ziyan ve hasardan, taşımacıya karşı sorumludur. Ancak taşımacının hatası veya ihmali görülen durumlar bu hükmün dışındadır.

Sevk mektubunda belirtilen, bu mektuba ekli veya kendilerine verilen belgelerin kaybindan veya hatalı kullanılmasından doğacak sonuçlardan taşımacı, komisyoncu gibi aynı derecede sorumludur. Ancak, taşımacının ödeyeceği tazminat yükün kaybolması halinde ödenecek tazminatı geçemez.

Benzer şekilde düzenleme Montreal Konvansiyonu Mad.16 ve CIM Konvansiyonu mad. 25 de bulunmaktadır.

Gümrük ve diğer formalitelerden kasıt, eşyanın ticarete konu edinebilmesi ve taşınabilmesi için mevzuat gereği tamamlanması gereken gümrük ve diğer tüm “idari formalitelerdir “. Gerek Yüklemenin, gerek transitin gerekse boşaltmanın yapılacağı ülkelerdeki idari formaliteler hesaba katılır

Taşımacı idari formaliteler için gerekli olan, ancak belgelerde yer almayan bilgileri (refakat bilgileri) de göndericiden talep edebilir. Gönderici, bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

CMR mad.11 hükmünde, resmî işlemlerden bahsedilmemekle birlikte “gümrük ve diğer formaliteler”den bahsedilmektedir. Mezkûr hükümde resmî işlemler ifadesine yer verilmemesi sebebiyle hükmün daha geniş yorumlanmaya müsait olduğu söylenebilir. Ancak gümrük işlemleri örneği dikkate alındığında bilgi ve belgelerin resmî işlemler için gerekli olduğundan şüphe duyulmamalıdır. O halde “gümrük ve diğer formaliteler” ifadesinden; taşıma konusu eşyanın taşınabilmesi için taşıma güzergâhı üzerinde bulunan ülkelerin mevzuatları gereğince varlığı aranan ve idari sorgulaması yapılması muhtemel olan bütün idari formaliteler anlaşılmalıdır. Bunlara örnek olarak; gümrük beyannamesi, fatura, çeki listesi, bitki ve bitkisel ürünler için bitki sağlık sertifikası, hayvansal ürünler için orijin ve veteriner sağlık sertifikası, zorunlu standarda tâbi ürünlerde standart kontrol belgesi, orman ürünleri için üretim yerinden verilen nakliye tezkeresi, ihracı izne tabi ürünler için izin belgesi, tekele tâbi ürünler için tekel makamı tarafından verilen nakliye tezkeresi, ATR dolaşım belgesi ve EURO-1 belgesi gösterilebilir.

Refakat bilgi ve belgeleri, resmî makamların mevzuatları gereği istemeye yetkili oldukları bilgi ve belgelerdir. Resmî makamların yetkisinde olmamakla birlikte yetkilerini aşarak talep ettikleri bilgi ve belgeler, refakat bilgi ve belgeler olarak değerlendirilemez.

Sonuç olarak , CMR Konvansiyonu'na göre taşımacının Gümrük belgelerinin temininden ve doğruluğundan sorumluluğu bulunmamaktadır. Resmi işlemlerde aranan ve eşyayla ilgili bu nevi refakat belge ve bilgileri göndericinin hâkimiyetindedir. Bu sebeple, taşımacı, bunların doğruluğunu ve yeterliliğini araştırmak zorunda değildir

b. T.T.K. Mad 860'a Göre Taşımacının Gümrük Gümrük Belgelerinin Temininden Sorumluluğu;

Türk Ticaret kanunu madde 860, CMR Konvansiyonu ile birebir paralel düzenlemeler içermektedir. Madde 860'ın da içinde bulunduğu, Türk Ticaret Kanununun taşıma kitabına ilişkin yasal düzenlemelerin büyük bir bölümü CMR Konvansiyonu esas alınarak hazırlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu Genel Gereğe CMR Konvansiyonuna ilişkin bölümler şöyledir;

“(84) Avrupa kara taşıması hukukunda reform, CMR ekseninde gerçekleşmektedir. CMR, Avrupa bağlamında uluslararası nitelikte bir düzenleme olmasına rağmen, aynı zamanda bir uyumlaştırma aracı, bir çeşit uyumlaştırma “yönerge”si rolünü de oynamıştır.

(158) Bu sebeple esas itibarıyla sınır aşan taşımalar hakkında öngörül-müş olmakla beraber hem iç hem de dış kara taşımacılığında, uluslararası uygulamada geniş kabul gören CMR kısaltmasıyla anılan Karayollarında Eşya Taşınmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşme hükümlerinin Tasarıya yansıtılması bir gereklilik olarak ortaya çıkıyordu.”

Türk Ticaret Kanununda, taşımacının gümrük İşlemlerinden kaynaklanan sorumluluğu “*Refakat belgeleri*” başlığı altında,T.T.K. Madde 860 da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

“Gönderen, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşımacı'ya vermek ve söz konusu belgeleri taşımacının tasarrufuna bırakmak zorundadır.

Taşımacı, kendisine verilen belgelerin zıyaından, hasarından veya yanlış kullanılmasından doğan zararlardan sorumludur; meğerki, zıya, hasar veya yanlış kullanma taşımacı ının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği

durumlardan kaynaklanmış olsun. Ancak, taşımacının sorumluluğu, eşyanın zıyayı hâlinde ödenecek miktarla sınırlıdır.

*Gümrük beyannameleri, sağlığa, güvenliğe, terminallere, polise ilişkin belge ve raporlar gibi. Anılan belgeler gönderen tarafından eşyanın tesliminden önce taşımacının tasarrufuna bırakılmalıdır. Önemli olan taşımacının belgeleri ve bilgileri tasarruf edebilmesidir; yoksa teslim önemli değildir.” **Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri – Dördüncü Kitap – Taşıma İşleri (Madde 850-930) Madde 860 – Hükmün kaynağı CMR’nin 11 inci maddesidir. Alm TK m. 413’de hükmün sınırlarının çizilmesinde dikkate alınmıştır.** “*

T.T.K. mad. 860’ da bulunan düzenleme de CMR Konvansiyonu ile paralellik arz eder ve **gönderen**, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşımacıya vermek ve söz konusu belgeleri taşımacının tasarrufuna bırakmak zorundadır

c. 4458 Sayılı Gümrük Kanunu’na göre Transit Rejimine Konu Edilen Eşyanın Gümrük Beyanındaki Bilgilerinin Yanlış ve Yetersiz Olmasından ve Transit Rejimine uygun olmayan Taşıma Yapılmasından Taşımacının Sorumluluğu :

Transit Rejimi :

Transit, eşya taşımacıların eşya için tahakkuk edebilecek vergiler ödenmesizin sınır veya ülke geçmesi ve eşyanın bir bölgeye girişinde (veya çıkışında) sadece tek bir gümrük işlemine tabi tutulması temelinde gümrük İdaresince tanınan bir imkandır.

Serbest dolaşımda olmayan eşyanın ülke içerisinde yani Türkiye Gümrük Bölgesi’nde, (TGB) bir noktadan başka bir noktaya taşınması transit rejimi kapsamında yapılmaktadır, gümrük idareleri, transit rejimine tabi tutulan eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesi içinde yabancı bir ülkeden yabancı bir ülkeye, yabancı bir ülkeden Türkiye’ye, Türkiye’den yabancı bir ülkeye, bir iç gümrük idaresinden diğer bir iç gümrük idaresine taşınmasına transit rejimi kapsamında izin vermektedir. Bir antrepoda muhafaza edilen serbest dolaşımda olmayan eşya gümrük işlemleri yapılmak amacıyla bir iç gümrüğe taşınabilir veya başka bir gümrüğe taşınarak ithalat işlemi için gümrük işlemine tabi tutulabilir. Yurtdışından gelen aynı tür eşya muhafaza edilmek amacıyla bir antrepoya taşınabilir. Her ne olursa olsun eşya serbest dolaşımda olmadığı için transit rejimi ile taşınabilmektedir.

Esas olarak Gümrük Kanununda ve Yönetmeliğinde yerini bulan transit rejiminin çalışma esasları AB ortak transit uygulamalarıyla paralellik arz edecek şekilde düzenlenmiştir. Türkiye 2003 yılında AB ortak transit düzenlemelerine taraf olmuştur. 28.07.2003 ve. Sayılı 25182 Resm, Gazete 'de yayınlanarak yürürlüğe giren Ortak Transit Yönetmeliği kapsamında transit işlemleri **T1** ve **T2** rejimi olarak tanımlanmaktadır.

T1 düzenlemeleri eşyanın cinsine ve menşesine bakılmaksızın Türkiye Gümrük Bölgesi içerisinde transit olarak bir gümrük idaresinden diğer bir gümrük idaresine taşınmasını temel almaktadır. Esas itibarıyla bakıldığında, T1 transit uygulaması AB'de serbest dolaşım hakkı kazanmadan Türkiye Gümrük Bölgesi'ne gelen ve T2 transit uygulamasının işletilemediği eşya için kullanılmaktadır.

T2 transit uygulaması ise, AB'de serbest dolaşım hakkına sahip eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesi'ne gelerek, değişime uğramadan, yine AB'ne taraf ülkeye gidecek eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesi içinde dolaşım esaslarını düzenlemektedir.

Örneğin; Almanya'da serbest dolaşım hakkına sahip bir iş makinesi İstanbul Makine Fuarında tanıtılmak amacıyla Türkiye Gümrük Bölgesi'ne getirilsin ve fuar sonunda İtalya'ya gönderilecek olsun. Bu eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesi içinde dolaşımını **T2** transit esaslarına göre yapılacaktır.

Bu rejimin çalıştırılması diğer rejimlerde de olduğu gibi, Gümrük Beyan Formları veya gümrük idareleri tarafından kabul edilen ve Gümrük Beyan Formları yerine geçen transit belgelerin kullanılmasıyla mümkün olmaktadır. Türkiye Gümrük Bölgesi'ne alınıp geçici depolama yeri, antrepo veya gümrükçe izin verilen yerlere konulan eşyanın buralardan yine gümrük idarelerinin denetimi altında bulunan alanlara taşınması veya Türkiye Gümrük Bölgesi dışına çıkarılması transit beyannamesi veya yerine geçen belgelerle yapılır. Bu durumda eşya taşıt aracına yüklenmeden önce *acente*, *taşımacı* ya da *eşya sahibi tarafından transit beyannamesi veya yerine geçen belgeler gümrük idaresine verilir.*

Transit işlemleri; Hareket gümrük idaresi, Varış gümrük idaresi, Eşyayı taşıyan veya onun adına hareket eden kişi arasında gerçekleştirilir. Transit rejimin işleyişi eşyanın geldiği ve gideceği ülke veya gümrük idaresine, malın niteliğine ve taşıma şekline göre farklılık göstermektedir

Asıl sorumlu, hareket idaresinde transit beyanında bulunmak suretiyle eşyanın rejimine tabi tutulmasını talep eden taraftır. Transit rejimi hak sahibi olarak asıl sorumlu, eşya transit amacıyla serbest bırakıldıktan sonra, eş-

yanın belirlenen süre içinde transit beyanı ile birlikte tam ve sağlam olarak varış idaresine teslim edilmesinden sorumludur. Asıl sorumlu, (mevzuat veya izinde istisna tanınmadıkça) emtianın taşınması sırasında askıya alınan gümrük vergilerini kapsayan tutarda bir teminat vermektedir. Teminat, nakit veya kefil olarak hareket eden bir mali kuruluş tarafından verilen bir belge olabilir. Tek bir transit işlemini kapsayan bireysel teminat, ya da birden fazla işlemi kapsayan kapsamlı teminat yapılacak taşımaya göre belirlenmektedir. Teminat, hareket gümrük idaresine verilir.

4458 Sayılı Gümrük Kanunu'na göre transit rejimine konu edilen, serbest dolaşımda olmayan eşyanın, yapılan kontrol veya muayene sonucunda, beyan edilenden belirgin bir şekilde farklı cinsten olduğunun tahlil, teknik inceleme ve araştırmaya gerek olmaksızın tespiti hâlinde idari para cezaları söz konusu olabilmektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu . mad 235 /5 (Değişik : 7190 - 24.10.2019 / m.12)

“Türkiye Gümrük Bölgesine getirilen ve varış gümrük idaresine karayolu ile sevk edilmek üzere transit rejimine konu edilen serbest dolaşımda olmayan eşyanın, yapılan kontrol veya muayene sonucunda, beyan edilenden belirgin bir şekilde farklı cinsten olduğunun tahlil, teknik inceleme ve araştırmaya gerek olmaksızın tespiti hâlinde.....,

a) Farklı çıkan eşyanın gümrük vergileri toplamının beyan edilen eşyanın gümrük vergileri toplamından fazla olması durumunda farklı çıkan eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin iki katı idari para cezası verilir.

b) Farklı çıkan eşyanın beyan edilen eşyadan farklı şekilde, ithalinin lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olması durumunda farklı çıkan eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı idari para cezası verilir.

c) Beyana göre eksik olduğunun tespit edilmesi hâlinde, eksik çıkan eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin alınmasının yanı sıra eşyanın gümrük vergilerinin iki katı idari para cezası verilir.

d) Beyana göre fazla olduğunun tespit edilmesi hâlinde, fazla çıkan eşyanın gümrük vergileri kadar idari para cezası verilir ve fazla çıkan eşya 177 ile 180 inci madde hükümlerine göre tasfiyeye tabi tutulur. “

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun, Transit Taşıma'yı düzenleyen hükümlerine göre, taşımacının taşınan emtianın eksik veya fazla olması,

farklı, yanlış, yetersiz bilgi barındırması durumunda idari para cezası düzenlemeleri getiren 235/5 hükümlerinden olumsuz yönde etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Çünkü, Transit Rejimine özgü olarak taşımacı, taşımacılık sıfatının yanı sıra “rejim hak sahibi” sıfatını da üzerine alarak, emtia hakkında bir takım sorumlulukları üzerine alarak, transit taşımayı yapabilmektedir.

Bu önemli bir konudur. Salt CMR Konvansiyonu ve T.T.K mad.860 açısından bakıldığında taşımacının lehine bir yorum yapılarak, bir taşıma ilişkisinde emtianın beyan edilenden belirgin bir şekilde farklı cinste olması, emtiada farklılık, eksiklikler, fazlalıklar çıkması durumunda bundan gönderen tarafın sorumlu olabileceği yorumu ortaya çıkabilir. Fakat, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun ilgili hükümleri incelendiğinde, özellikle transit taşımalarda bazı farklılıkların olabileceği ve bunların taşımacının aleyhine hükümler doğuracağı, bilinmelidir. Bu tür uyuşmazlıklarda, bu alanı düzenleyen özel kanun olması sebebi ile, öncelikle Gümrük kanunu uygulanacaktır.

Transit rejimine göre taşındığını bilerek eşyayı kabul eden taşımacı veya alıcı da, eşyayı öngörülen süre içerisinde ve gümrük idareleri tarafından eşyanın ayniyetinin tespiti amacıyla alınan tedbirlere uymak suretiyle, “varış gümrük idaresine” sağlam ve noksansız olarak sunmakla yükümlüdür.

4458 Sayılı Gümrük Kanunu Rejim hak sahibi ’ne asıl sorumlu sıfatı ile sorumluluk vermiştir.

4458 Sayılı Gümrük Kanunu Madde 86 ‘ya göre “Asıl sorumlu,” eşyayı öngörülen süre içerisinde ve gümrük idareleri tarafından eşyanın ayniyetinin tespiti amacıyla alınan önlemlere uymak suretiyle, (Değişik ibare : 5911 - 18.6.2009 / m.67/23 / Yürürlük / m.72) “varış gümrük idaresine” sağlam ve noksansız olarak sunmak ve transit rejimine ilişkin hükümlere uymakla yükümlüdür. (“*Rejim hak sahibi* “ni 4458 sayılı kanun, aşağıda belirtildiği şekilde tanımlamıştır.(4458 s.k. 3.mad (Değişik : 5911 - 18.6.2009 / m.1 / Yürürlük / m.72) “*Rejim hak sahibi*” kendi adına ve hesabına gümrük beyanını yapan veya hesabına gümrük beyanı yapılan kişi veya bu kişilere ait bir gümrük rejimi ile ilgili hakların ve yükümlülüklerin devredildiği kişidir. Bağlayıcılığı olmayan, açıklayıcı nitelikteki Transit El kitabına baktığımızda ise “*Rejim Hak Sahibi*” “*Asıl sorumlu*” olarak tanımlanmaktadır)

Asıl sorumlunun madde 86/1 yükümlülükleri saklı kalmak üzere, **transit rejimine göre taşındığını bilerek eşyayı kabul eden taşımacı veya alıcı da,**

eşyayı öngörülen süre içerisinde ve gümrük idareleri tarafından eşyanın ayniyetinin tespiti amacıyla alınan tedbirlere uymak suretiyle, “varış gümrük idaresine” sağlam ve noksansız olarak sunmakla yükümlüdür.

İlgili madde şu şekilde devam etmektedir. Madde, 83 ve 184 üncü maddeler kapsamında bir gümrük yükümlülüğü doğduğunda, asıl sorumlu, transit rejimine tabi tutulan eşya ile ilgili olarak gümrük idaresine karşı mali olarak sorumludur. 5607 sayılı Kanun uyarınca gümrük idaresince işlem yapıldığı hâllerde, asıl sorumlunun sorumluluğunun belirlenmesinde fiilin işlenmesinde dahlinin olup olmadığı hususu dikkate alınır.

Örneğin; Mersin limanından, Irak’taki yük alıcısına transit olarak karayolu ile taşınması işinde gerekli belgeler ve yük taşımacıya teslim edilecektir. Gümrük beyannamesinde yükün niteliğinin yanlış belirtilmesi, T1 beyannamesi hatalı olarak düzenlenmesi ve Transit Taşımada bu durumun ilgili Gümrük Müdürlüğüne tespit edilmesi durumunda, yukarıda belirtilen hükümler geçerli olacak ve para cezası taşımacı adına da kesilebilecektir.

Sonuç;

Yukarıda belirttiğimiz gibi, CMR Konvansiyonu’na göre taşımacının gümrük belgelerinin temininden ve doğruluğundan sorumluluğu bulunmamaktadır. Resmi işlemlerde aranan ve eşyayla ilgili bu nevi refakat belge ve bilgileri göndericinin hâkimiyetindedir. Bu sebeple, taşımacı, bunların doğruluğunu ve yeterliliğini araştırmak zorunda değildir

CMR Madde 11 : *Mallarının tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için, gönderici, lüzumlu belgeleri sevk mektubuna ilâştirecek yahutta taşımacıya verecek ve talep ettiği diğer bilgileri kendisine sağlayacaktır.*

T.T.K. Madde 860 da aynı çerçevede bir düzenlemeye sahiptir.

“Gönderen, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşımacıya vermek ve söz konusu belgeleri taşımacıya tasarrufuna bırakmak zorundadır.

Taşımacı bu belgelerle verilen bilgilerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda değildir resmi işlemlerde aranan ve eşyayla ilgili bu nevi refakat belge ve bilgileri göndericinin hâkimiyetindedir. Bu sebeple, taşımacı, bunların doğruluğunu ve yeterliliğini araştırmak zorunda değildir

CMR Konvansiyonu ve T.T.K Taşıma İşleri kitabına göre durum bu şekilde olmakla e bu konuda genel bir düzenleme olmakla birlikte, Gümrük Kanunu

ile, Transit Taşımalarda bu düzenlemeye çok dar bir yorum getirilerek, eşyanın varış idaresine tam ve sağlam olarak sunulmaması, emtiada farklılık, eksiklikler veya fazlalıklar olması, durumunda yükümlülük sadece gönderen tarafa ait olmayacak, taşımacı veya alıcı da sorumlu olabilecektir.

Asıl sorumlu ile birlikte eşyanın transit rejimi kapsamında taşındığını bilerek kabul eden taşımacı ve alıcı da öngörülen süre sınırına kadar, ayniyet önlemlerine uygun olarak varış idaresine gerekli belgeler ile birlikte eşyayı tam ve sağlam olarak sunmakla yükümlüdür. (G. K. madde 86/2)

Transit El Kitabı Sh.190 da belirtildiği gibi, Transit rejimi kapsamında taşınan eşyanın ayniyetinin sağlanması çok önemlidir. Genel bir kural olarak, bu eşyanın ayniyeti mühürlenerek sağlanır. Mühürün usulüne uygun olması, bozulmaması, seyahat süresince taşımacının özellikle dikkat etmesi gereken bir konudur.

Asıl sorumlu, transit rejiminde rejim beyanında bulunan veya adına rejim beyanında bulunulan kişidir. Genel ilke olarak transit rejimi teminatlı gerçekleştirilen bir rejim olduğundan, asıl sorumlu aynı zamanda teminat sahibi kişidir.

Taşımacı ve eşyanın transit rejimine tabi tutulduğunu bilerek eşyayı alan herhangi bir kişi de eşyanın varış idaresine süre sınırı içinde ve alınan ayniyet önlemlerine uyulmak suretiyle eksiksiz ve sağlam olarak sunulmasından sorumludur. (Transit El Kitabı Sh. 228).

Taşımacı tarafın bu gibi durumlarda çok dikkatli ve basiretli bir yol izlemesi gerekir. Yapılan uluslararası taşımalarda, emtianın beyannamede belirtilen tarife ve vasıflara uygun olduğunu, tırın herhangi bir şekilde belirlenen yol güzergahından ayrılmadığını, izin verilen yerler dışında durmadığı ve belirlenen süreden önce varış gümrük idaresine vardığı hususlarını ispatlayacak durumda olmalıdır. Bu durumda, verilen cezaların hukuka uygun olmayabileceğini ispat ederek, idari para cezalarını iptal ettirmesi mümkün olabilir. Nitekim bu konuya çok isabetli bir şekilde değinen aşağıdaki mahkeme kararının, CMR Konvansiyonu mad.11 ve T.T.K. 860.maddeye uygun bir karar olduğunu belirtmek isterim.

“Erzurum BİM - 1. Vergi Dava Dairesi, Esas No.: 2017/363 Karar No.: 2017/730 Karar tarihi 28.09.2017

Davacı tarafından, yurtdışı edilmek üzere sevki yapılan 04.08.2015 tarih ve N1 sayılı Transit Refakat Belgesi muhteviyatı eşyanın (*çay atığı*) varış gümrük idaresi olan Sarp Gümrük Müdürlüğünde yapılan muayenesi sonucu eksik

ve farklı çıktığından bahisle adına tahakkuk ettirilen gümrük vergisi ve katma değer vergisine vaki itirazının reddine ilişkin Doğu Anadolu Gümrük ve Ticaret Müdürlüğü'nün 22.01.2016 tarih ve 1 karar sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada;

Farklı çıktığı iddia olunan eşyaların izahnameye göre GTİP'de aynı pozisyonda yer alması ve vergi hadlerinin aynı olduğu hususu da göz önüne alındığında herhangi bir vergi kaybı söz konusu olmayacağından davacı adına çıkarılan gümrük ve katma değer vergisini ihtiva eden ek tahakkuk kararına vaki itirazın reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde **hukuka uyarlık** bulunmadığı, eksik olduğu tespit edilen eşyalar bakımından; davacının beyanına göre söz konusu tırın herhangi bir şekilde belirlenen yol güzergahından ayrılmadığı, durmadığı ve belirlenen süreden önce varış gümrük idaresine vardığı hususları ile davalı idarece dosyaya sunulan savunma dilekçelerinde de aracın yol güzergahında durduğu veya varış süresinden sonra ulaştığı hususunda herhangi bir beyanda bulunmadığı gibi herhangi bir tespitinde yapılmadığı göz önünde tutularak, *Vergi Mahkemesi'nce verilen 09/02/2017 gün ve E:2016/253, K:2017/117 sayılı karar usul ve hukuka uygun olup kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, istinaf başvurusunun reddine.*"

YARARLANILAN ESERLER

- Prof.Dr. Hakan KARAN – Dr.Özgenur KARA- Dr.İzel VARAN CMR ŞERHİ Ankara 2020
- Dr.Ufuk SELEN Gümrük İşlemleri GÜMRÜK İŞLEMLERİ Bursa 2007
- Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir TEKİN-Öğr.Gör.Ümit Engin TEKİN GÜMRÜK İŞLEMLERİ
- Mehmet UYLUKCU Gümrük ve Ticaret Uzmanı Umut Şedele Gümrük ve Ticaret Uzmanı Ortak transit ve NCTS Cep Kitabı
- Dr. Süleyman KIRAN EŞYA TAŞIMALARINDA REFAKAT BELGELERİ (BİLGİLERİ) VE BUNLARDAN DOĞAN SORUMLULUK www.dergipark.com.tr
- TRANSİTEL KİTABI- AB'nin Transit Eylem Planı Ortak Transit ve Topluluk Transit Rejimlerini ayrıntılı bir şekilde tanımlayan ve gerek gümrük idarelerinin gerek ticaret babının rollerini açıklayan bir El Kitabının amacı transit rejiminin işleyişinin ve farklı katılımcıların rollerinin daha iyi bir şekilde anlaşılmasını sağlamaktır. El Kitabı yasal açıdan bağlayıcılığı bulunmayan açıklayıcı bir belgedir ve ortak transit rejimini uygulayan tüm gümrük makamları için transit düzenlemelerine ortak bir yorum getirmektedir.

DEMİRYOLU İLE YOLCU TAŞIMACILIĞI

Hakim Döndü Deniz BİLİR

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi Başkanı

A-TAŞIMA KAVRAMI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma kavramının tanımına yer verilmemekle birlikte Kanunda ilk defa taşıma işleri adıyla ayrı bir kitap olarak düzenlemeye gidilmiştir. Bununla birlikte, gerek Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde; gerekse de taşıma işlerini düzenleyen TTK gibi genel iç hukuk normlarında taşıma kavramının tanımına yer verilmemiştir. Buna karşın, özel bir iç hukuk normu olan Karayolları Taşıma Kanununda, taşımanın tanımına yer verildiği görülmektedir. Kanunun tanımlar başlıklı 3. maddesinde taşıma; yolcunun taşıta bindiği veya yükün taşımacıya teslim edildiği yerden varış noktasına götürülmesini ifade eder demektir. TTK.nun 850.maddesinin 2.fıkrası¹ taşıyıcıyı düzenleyen hükmünden hareketle, taşımayı genel ve basit tanımıyla; bir şeyi veya kişiyi bir yerden başka bir yere götürme olarak tanımlamak mümkündür. Demiryolu taşıma sözleşmelerini, diğer taşıma sözleşmelerinden ayırt eden unsur, taşıyıcının taahhüt ettiği taşımayı demiryolu ortamında gerçekleştirecek olmasıdır. Buna karşılık, ulusal demiryolu taşıma sözleşmelerinin uluslararası demiryolu taşıma sözleşmelerinden farkı, sözleşme gereğince taşımanın başlayacağı ve sona ereceği yerlerin aynı ülke sınırı içinde yer almasıdır.²

B-UYGULANACAK MEVZUAT

Konumuz demiryolu ile yolcu taşımacılığı olduğu için öncelikle, yolcu taşıma sözleşmelerinde esas alınacak mevzuat hükmünü belirlemek gerekmektedir. Bu hususta tartışma konusu olan iki ana düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan biri, Türkiye cumhuriyeti kurulmadan önce 18.05.1872 yılında yürürlüğe giren Rumeli Demiryolu Umur-u Nakliyesi Hakkındaki Nizamname (tüzük) diğeri ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur. Nizamnamenin Dördüncü Faslından, Nizamnamenin zamanın kanun koyucusu Saltanat'ın kabulü ve oluruyla yü-

- 1 Madde 850/(2) Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyla varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır.
- 2 Abdullah CİVAN Demir yolu ile yurt içi yük taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğu çağ Üniversitesi sosyal bilimler enstitüsü özel hukuk anabilimdalı yüksek lisans tezi Eylül 2019, s.2

rürlüğe sokulduğu anlaşıldığından günümüz kanunlarına eşdeğer bir hukukî düzenleme olduğu açıktır.³ Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamnamede, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 14.06.1937 tarihli ve 3259 sayılı Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesinin Zıya ve Hasar Tazminatına Müteallik Birinci Bab 29, 37, 42 ve İkinci Bab 20'nci Maddelerindeki Hadlerin Tadiline Dair Kanun ile değişikliğe gidilmiş, bu suretle Nizamnamenin kanun vasfı tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi de, benzeri gerekçelerle Osmanlı Devleti zamanında kabul olunan nizamnamelerin kanun hükmünde olduğuna karar vermiştir. Nizamname, saltanatın kabul ve oluruyla yürürlüğe girmiş bulursa da aslında Rumeli Demiryolunun inşasına ve işletilmesine yönelik olarak yabancı işletmelere verilen imtiyaz sözleşmesinin Fransızca ekinin Osmanlıcaya tercümesinden ibarettir. İmtiyaz sözleşmesi ekinin nizamname (günümüz normlar hiyerarşisinde kanun) olarak düzenlenmesi ve imtiyaz sözleşmesinin dolayısıyla nizamnamenin hükümlerinin tatbikinde bazı orantısızlıkların (işletmeci lehine) bulunması, yabancı şirketlerin saltanat üzerindeki etkisinin bir göstergesidir.⁴

Türk Ticaret Kanununun hazırlık aşamasında TBMM Adalet Komisyonu'nun, Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan taslağa müdahalesiyle Nizamnamenin yürürlüğünün devamı sağlanmıştır. Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Komisyonu, TTK.nun 852. maddesinin taslağında, atfı yapılan özel hükümlerden demiryoluna ilişkin olanları çıkartmış, bu suretle TTK.nun taşımaya ilişkin genel hükümleri “*kara taşımaları*”, yani kara ve demiryolu taşımaları için özel hüküm saymış, zımnen Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamnamenin yürürlüğüne son vermişken, TBMM Adalet Komisyonu, Türk Ticaret Komisyonunun görüşünü almadan eskiden olduğu gibi 852. maddenin metnine demiryoluyla taşımaya dair özel hükümleri saklı tutan bir hüküm koymuş, ancak Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamnamenin yürürlüğünü kaldıran açık bir düzenlemeye ise yer vermeyerek atıl Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamnameyi yürürlükten kaldırma imkânını da ortadan kaldırmıştır.⁵

Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname, kabul olunduğu 1872 yılındaki ticarî, ekonomik, sosyal ve siyasî şartlar altında şekillenen menfaatleri dengelemektedir. Nizamnamede daha sonra sadece bir kez

3 Prof. Dr. Hakan Karan. tbmm adalet komisyonu'nun taşıma hukukuna katmayı başardığı iki temel sorun: taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile ulusal demiryolu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk s.20

4 Prof. Dr. Hakan Karan. tbmm adalet komisyonu'nun taşıma hukukuna katmayı başardığı iki temel sorun: taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile ulusal demiryolu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk s.21

5 Prof. Dr. Hakan Karan. tbmm adalet komisyonu'nun taşıma hukukuna katmayı başardığı iki temel sorun: taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile ulusal demiryolu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk s.25

1937 yılında değişikliğe gidilmiş olup, bu değişiklik sadece ödenecek tazminatla sınırlı olup, tazminat miktarında yapılan artışlar zaman içinde anlamını yitirmiştir. **Bu haliyle Nizamnamenin günümüzde uygulanması mümkün değildir.** En önemlisi taşıyıcı konumundaki TCDD.nin sebebiyet verdiği zarar dolayısıyla ödeyeceği azami tazminat miktarı günümüzde anlam ifade etmeyecek kadar değer kaybetmiştir. Örneğin, Nizamnamenin birinci bab 29, 37, 42 ve ikinci bab 20. maddeleriyle TCDD.nin zıya veya hasardan sorumluluğunun **hiçbir halde taşınan bagajın kilogramı başına 400 kuruştan, araba başına 10.000 kuruştan, beygir başına 10.000 kuruştan, semiz sığır başına 8.000 kuruştan, zayıf sığır başına 6.000 kuruştan, dana başına 2.500 kuruştan, semiz domuz başına 3.000 kuruştan, zayıf domuz başına 1.750 kuruştan, dişi koyun, keçi, kuzu ve domuz yavrusu başına 800 kuruştan, köpek başına 1.000 kuruştan, katır ve eşek başına 6.000 kuruştan, diğer hayvanlar için kilogram başına 1.600 kuruştan ve eşyanın kilogramı başına 2.700 kuruştan fazla olamayacağı hükme bağlanmıştır.** Bu sorumluluk sınırlarının Türk Lirasından altı sıfır atılmadan önceki değeri ifade ettiği unutulmamalıdır.

Yine Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamenin birinci babının 5. maddesinde yolcuların vaktinden önce gara gelerek gezinmelerinin dahi yasakladıkları görülmektedir. Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamenin örnek kabilinden sayılan yukarıdaki maddeleri dışındaki tüm maddeleri de günümüz demiryolu taşıma sözleşmelerinin ifasında kullanılmayacak kadar eski hükümler içermektedir. Yargıtayın yaklaşık son 30 yıldır verdiği kararlardan ulusal demiryolu taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamenin uyguladığına dair karara ulaşılamamıştır.

Doktrinde bir hükmün sözü ve ruhu itibariyle tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı ve bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde, “kanunda örtülü boşluk”un varlığı kabul olunmaktadır. Kanun boşluğu halinde, hâkim uygulanabilecek daha genel hükme başvurarak somut uyuşmazlığı halleder.⁶

TBMM Adalet Komisyonu’nun Türk Ticaret Kanunu taslağına olumsuz müdahalesi, Türk Ticaret Kanununun 852. maddesine, taslaktan farklı olarak demiryolu taşımaya dair özel hükümleri saklı tutan eklemesiyle olmuştur. Taslakta demiryolu taşımaya alakalı özel hükümlere yollama yapılmamasının sebebi, 1872 tarihli Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamenin uygulamasına son vermek ve ulusal demiryolu taşıma sözleşmelerini Türk Ticaret Kanununun

6 Prof. Dr. Hakan Karan. tbmm_adalet_komisyonu’nun taşıma hukukuna katmayı başardığı iki temel sorun: taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile ulusal demiryolu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk s.26

taşıma işlerine dair IV. Kitabına tabi kılmaktır. Yapılması gereken, bu Nizamnamenin uygulama kabiliyetinin yitirip yitirmediği hakkında karar vermek ve yitirdiği, yani kanunda örtülü boşluk olduğu sonucuna varılırsa, hakkında yeni bir özel kanuni düzenlemeye gidilinceye kadar kanun koyucunun maksadını da dikkate alarak Türk Ticaret Kanununun IV. Kitabını uygulamaktır.⁷

Demiryolu ile yurt içi yük taşımalarında hangi düzenlemenin uygulanacağı konusunda doktrinde farklı değerlendirmeler mevcuttur. Türk Ticaret Kanunu'na baktığımızda, Kanunun 850-855 madde hükümleri taşımaya ilişkin genel hükümleri düzenlemektedir. Genel hükümlerin gerekçesinde aynen, "Tasarının Dördüncü Kitabının özellikle birinci ve ikinci kısımlarını, Türk taşıma hukukunun genel hükümleri haline dönüştürmüştür. Bu düzenleme çerçevesinde, karayoluyla ve demiryoluyla yapılan ve ilgili milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanına girmeyen eşya taşımaları, yolcu taşımaları, taşınma eşyası taşınması, değişik tür araçlar ile yapılan (karma, kombine) taşımalar ve taşıma işleri yüklenicileri hakkında uygulanacak ortak kurallar tespit edilmiştir. Dolayısıyla, 6762 sayılı Kanunun 764 üncü maddesinden farklı olarak, demiryoluyla yapılan taşımalar da artık Tasarının bu hükümlerine tâbi tutulmuştur. Buna karşılık, yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklarda, öncelikle, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin hükümleri (CMR, CIV/CIM) doğrudan tatbik edilecek; ayrıca, 2675 sayılı Kanun hükümlerine göre tarafların yapmış olabilecekleri hukuk seçimleri dikkate alınacaktır." hükmünü,

852.maddenin gerekçesinde ise, "Bu maddenin uygulamasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin, şartları oluşmuşsa, öncelikle uygulanacağı sabittir. Dolayısıyla, demiryolu taşımalarında da COTİF/CIM-CIV'ın uygulama alanı bulunduğu hallerde doğrudan o milletlerarası sözleşmeler, aksi halde Tasarının Dördüncü Kitabı hükümleri uygulanacaktır." hükmünü haizdir.

Doktrinde, gerekçe kısmında, demir yoluyla yapılan yurt içi taşımaların tasarının dördüncü kitabının hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiş olsa da, gerekçenin madde metninden sayılmaması nedeniyle hukuk düzeninde normatif bir değeri bulunmamaktadır" şeklinde görüşler mevcuttur. Oysa Yargıtay bazı kararlarında gerekçe ve madde metnini birlikte yorumlamak suretiyle sonuca ulaşmış ve uyuşmazlık çözülmüştür. (15.H.D. 23.10.2019 gün ve 2019/87E-2019/4119K, 3.H.D. 22.05.2017 gün ve 2016/22487E- 2017/7677K., 8.H.D.09.06.2009 gün ve 2009/982 E.-2009/2991K.)

7 Prof. Dr. Hakan Karan. tbmm adalet komisyonu'nun taşıma hukukuna katmayı başardığı iki temel sorun: taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile ulusal demiryolu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk s.28

Sonuç itibariyle; her ne kadar şeklen 1872 tarihli Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname halen ayakta ve yürürlükte olduğu kabul edilse bile, Nizamnamenin Rumeli Demiryolunun inşasına ve işletilmesine yönelik olarak yabancı işletmelere verilen imtiyaz sözleşmesinin Fransızca ekinin Osmanlıcaya tercümesinden ibaret olduğu, en son değişikliğin 14.06.1937 ve 25.12.1942 yıllarında yapıldığı, *sorumluluk sınırlarının Türk Lirasından altı sifir atılmadan önceki değeri ifade ettiği*, hükümlerinin günümüzde uygulanmasının adalet ve hakkaniyete aykırı olacağı, bu durumda yapılması gerekenin, Nizamnamenin uygulama kabiliyetinin yitirdiği hakkında karar vermek, yani kanunda örtülü boşluk olduğu sonucuna varılarak, hakkında yeni bir özel kanuni düzenlemeye gidilinceye kadar kanun koyucunun maksadı ve 6102 sayılı TTK.nun 852.maddesinin gerekçesindeki *aksi halde Tasarının Dördüncü Kitabı hükümleri uygulanacaktır* şeklindeki dikkate alarak TTK.nun IV. Kitabını uygulamak gerekir diye düşünüyorum. Tabiki Doktrindeki bu tartışmaya son verilmesi için ulusal demiryolu taşımaları için özel bir düzenleme yapılmalı yada demiryolu taşımaları için TTK.nun hükümlerinin geçerli olmasını sağlayacak düzenleme yapılmalıdır.

Bu durumda; demir yolu ile yapılan yurt içi (ulusal) taşımalarda öncelikle uygulanacak ilk düzenleme 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunudur. Eski 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundan farklı olarak, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun dördüncü kitabında taşıma işleri adı altında taşımaya ilişkin hükümlerde düzenlemeye gidilmiştir. Böylelikle, yeni kanunda ayrı bir kitap altında kendisine yer bulmuştur. Türk Ticaret Kanununun taşıma işleri kitabının oluşumunda Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunundan geniş ölçüde yararlanılmıştır. Türk Ticaret Kanununun birinci kısmı olan md. 850-855 hükümleri taşımaya ilişkin genel hükümleri; 906-916 maddeler arasında yer alan beşinci kısımda yolcu taşınmasına ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Uluslararası yolcu taşımacılığında ise, Uluslararası demiryolu taşımaları için 09.05.1980 tarihinde akdedilen Milletlerarası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Konvansiyon (COTIF) ile eki Demiryolu ile Milletlerarası Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Yeknesak Kurallar (CIV) uygulanmaktadır. Söz konusu Konvansiyonun 1999 tarihinde tamamen değiştirilmiş hali Türkiye tarafından 2005 yılında onaylanmış olup, taraf devletler arasında 01.07.2006 tarihinden itibaren geçerlilik kazanmıştır.

Bununla birlikte, demiryolunda yolcu taşımacılığına dair oldukça yeni tarihli bir düzenlemenin mevcut olduğunun altını çizmekte fayda vardır. 08.03.2019

tarikh 30708 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Demiryolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik hükümleri de bundan böyle ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde bir seyahat belgesi ile hizmet alan yolculara ve onlara hizmet veren demiryolu tren işletmecilerine, acentelere, gar ve istasyon işletmecilerine uygulanacaktır.

C-DEMİRYOLU İLE TAŞIMADA HUSUMET

Konumuz olan demiryolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda, husumetin kime yöneltileceği hususu 6461 sayılı sayılı “Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanunun” yürürlüğe girmesiyle tartışma konusu hale gelmiştir. Öncelikle, bu konuda değerlendirilmeye esas alınacak mevzuat hükümlerini incelemek gerekir.

Bilindiği üzere 6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun 01.05.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve yasada gösterilen TCDD Taşımacılık A.Ş. de 17.06.2016 tarih 9099 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlanarak tüzel kişilik kazanmıştır.

6461 sayılı Kanunun Amaç ve kapsam başlıklı 1.maddesi; ” *Bu Kanunun amacı; a) Demiryoluyla yolcu ve yük taşımacılığının hizmet kalitesi açısından en uygun, etkin ve olabilecek en düşük fiyatla sunulmasını,*

b) Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünün demiryolu altyapı işletmecisi olarak yapılandırılmasını,

c) Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık Anonim Şirketi adıyla demiryolu tren işletmecisi olarak bir şirket kurulmasını,

ç) (b) ve (c) bentlerinde belirtilen demiryolu altyapı işletmecisi ve demiryolu tren işletmecisinin hukuki ve mali yapıları, faaliyetleri ve personeline ilişkin hükümler ile ilgili diğer hususların düzenlenmesini,

(2) *Bu Kanun, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde faaliyette bulunan demiryolu altyapı işletmecileri ve demiryolu tren işletmecilerini kapsar.”*

Tanımlar başlıklı 2.maddesi; “(1) *Bu Kanunun uygulanmasında;*

c) Demiryolu altyapısı: Demiryolunu oluşturan zemin, balast, travers ve ray ile elektrifikasyon, sinyalizasyon ve haberleşme tesisleriyle bunların tamamlayıcısı her türlü sanat yapısı, tesis, gar ve istasyonları, lojistik ve yük merkezleri ve bunların eklentileri ile iltisak hatlarını,

ç) Demiryolu altyapı işletmecisi: Tasarrufundaki demiryolu altyapısını güvenli bir şekilde işletmek ve demiryolu tren işletmecilerinin hizmetine sunmak hususunda Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişilerini ve şirketleri,

d) Demiryolu tren işletmecisi: Ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde yük ve/veya yolcu taşımacılığı yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişilerini ve şirketleri,

g) TCDD: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünü,

ğ) TCDD Taşımacılık A.Ş.:Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık Anonim Şirketini,

h) Ulusal demiryolu altyapı ağı: Türkiye sınırları içerisinde bulunan il ve ilçe merkezleri ve diğer yerleşim yerleri ile limanlar, hava meydanları, organize sanayi bölgeleri, lojistik ve yük merkezlerini birbirine bağlayan, kamuya veya şirketlere ait bütünleşik demiryolu altyapısı ağını, ifade eder.”

Kanunun “TCDD ve TCDD Taşımacılık A.Ş.’ye İlişkin Hükümler” üst başlıkta yer alan 3.maddesi; “TCDD’nin demiryolu altyapı işletmecisi olarak belirlenmesi ve görevleri (1) TCDD, ulusal demiryolu altyapı ağı içinde yer alan ve Devletin tasarrufundaki demiryolu altyapısının kendisine devredilen kısmı üzerinde demiryolu altyapı işletmecisi olarak görev yapar.”

4.maddesi; “TCDD ve TCDD Taşımacılık A.Ş.’nin hukuki statüsü, (1) TCDD, bu Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabidir.

(2) TCDD Taşımacılık A.Ş., 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabidir.”

Anılan kanunun BEŞİNCİ BÖLÜM “Geçici ve Son Hükümler Devir hükümleri” başlıklı GEÇİCİ MADDE 1 – “(1) TCDD Taşımacılık A.Ş. ticaret siciline kayıtlı tüzel kişilik kazanır. (17.06.2016 tarihinde tüzel kişilik kazanmıştır.)

(2) TCDD Taşımacılık A.Ş. tüzel kişilik kazandıktan sonraki bir yıl içinde:

a) TCDD’nin ilgili hizmet birimlerinden TCDD Taşımacılık A.Ş.’ye devredilecek personel ile cer, yük ve yolcu taşımalarıyla ilgili hizmetlerinde kullanılan çeken ve çekilen araçlar ve bunlarla ilgili her türlü diğer araç, gereç ve cihazlar TCDD Yönetim Kurulu tarafından belirlenir. Personel kadro ve pozis-

yonlarıyla, araç, gereç ve cihazlar ise hak, alacak, borç ve yükümlülükleriyle birlikte başka bir işleme gerek kalmaksızın TCDD Taşımacılık A.Ş. 'ye devredilmiş sayılır.

b) (a) bendi kapsamında devredilen personel ile araç, gereç ve cihazlarla ilgili TCDD 'ce taraf olunan işlem ve sözleşmelerde TCDD Taşımacılık A.Ş. taraf olur. **Bu hususlara ilişkin olarak TCDD leh ve aleyhine açılmış olan davalar ile başlatılmış olan takiplerde TCDD Taşımacılık A.Ş. kendiliğinden taraf sıfatını kazanır. Söz konusu hususlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce TCDD tarafından yapılmış iş ve işlemler sebebiyle açılacak davalar TCDD Taşımacılık A.Ş. 'ye yöneltilir.**

(6) TCDD ile TCDD Taşımacılık A.Ş. arasındaki devir işlemleri tamamlanmaya kadar, TCDD Taşımacılık A.Ş. 'ye verilen görevlerin TCDD tarafından yürütülmesine devam olunur." hükümlerine havidir.

19 Ağustos 2016 tarih ve 29806 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan DEMİR-YOLU İŞLETMECİLİĞİ YETKİLENDİRME YÖNETMELİĞİ'nin Amaç ve kapsam başlıklı 1.maddesi "(1) Bu Yönetmeliğin amacı, Ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde yapılan her türlü demiryolu taşımacılık faaliyetlerinde düzenin sağlanması; demiryolu altyapı işletmecileri, demiryolu tren işletmecileri ile demiryolu taşımacılığı alanında organizatör, acente, komisyoncu, gar veya istasyon işletmecisi faaliyetinde bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik, mesleki yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarının belirlenmesi, **bu faaliyetlerde bulunanların; hakları, yetkileri, yükümlülükleri ve sorumluluklarının tespit edilmesi; yetkilendirilmesi ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.**

(2) Bu Yönetmelik hükümleri; Ulusal demiryolu altyapı ağı dışındaki şehir içi raylı toplu taşıma hizmetleri verilen demiryolu ağlarındaki taşımacılığı kapsamaz."

Tanımlar ve kısaltmalar başlıklı 3.maddesi "(1) Bu Yönetmelikte geçen;

f) Demiryolu altyapısı: Demiryolunu oluşturan zemin, balast, travers ve ray ile elektrifikasyon, sinyalizasyon ve haberleşme tesisleriyle bunların tamamlayıcısı her türlü sanat yapısı, tesis, gar ve istasyonları, lojistik ve yük merkezleri ve bunların eklentileri ile iltisak hatlarını,"

TCDD'nin altyapı işletmecisi olarak yetkilendirilmesi başlıklı 38.maddesi;

"(1) TCDD, 6461 sayılı Kanununun 3 üncü maddesi ile ulusal demiryolu altyapı ağı içinde yer alan ve devletin tasarrufundaki demiryolu altyapısının

kendisine devredilen kısmı üzerinde demiryolu altyapı işletmecisi olarak görevlendirildiğinden Bakanlık tarafından DA yetki belgesi ile süresiz olarak yetkilendirilmiştir.”

TCDD Taşımacılık A.Ş.’nin **yük ve yolcu treni işletmecisi olarak yetkilendirilmesi** başlıkla GEÇİCİ 1.MADDESİ; “(1) TCDD Taşımacılık A.Ş. 6461 sayılı Kanun ile demiryolu tren işletmecisi olarak görevlendirildiğinden Bakanlık tarafından DB1 ve DB2 yetki belgeleri ile bir defaya mahsus olmak üzere yetki belgesi süresince yetkilendirilmiştir.”

TCDD ve TCDD Taşımacılık A.Ş. arasındaki devir dönemi için yetki belgeleri başlıklı GEÇİCİ 4.MADDESİ; “(1) 6461 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin altıncı fıkrası hükmünde belirtildiği üzere, TCDD ile TCDD Taşımacılık A.Ş. arasında devir işlemleri tamamlanıncaya kadar, TCDD Taşımacılık A.Ş. ’ye verilen görevlerin TCDD tarafından yürütülmesine devam olunur. Bu süre içinde TCDD için DB1 ve DB2 yetki belgesi alma şartı aranmaz.” hükmünü haizdir.

04.06.2016 tarih ve 29732 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLET DEMİRYOLLARI İŞLETMESİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ ANA STATÜSÜ’nün Amaç ve kapsam başlıklı 1.maddesi ;

“(1) Bu Ana Statünün amacı; Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü adı altında teşkil olunan iktisadi devlet teşekkülünün hukuki statüsünü, faaliyet alanını ve görevlerini, organlarını ve teşkilat yapısını, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve iştirakleri ile bunlar arasındaki ilişkileri, tasfiye, denetim, mali ve personele ilişkin hükümler ile malvarlığı ve ilgili diğer hususları düzenlemektir.”

Dayanak başlıklı 2.maddesi; “(1) Bu Ana Statü 24/4/2013 tarihli ve 6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun ile 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine dayanılarak hazırlanmıştır.”

Hukuki statü başlıklı 4.maddesi; “(1) Bu Ana Statü ile teşkil olunan TCDD; tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir iktisadi devlet teşekkülüdür.

(2) TCDD; Kanun, KHK ve bu Ana Statü hükümleri saklı kalmak üzere özel hukuk hükümlerine tabidir.”

Faaliyet alanı ve görevleri başlıklı 5.maddesi; “(1) TCDD ’nin faaliyet alanları aşağıda gösterilmiştir:

- a) Yüksek hızlı ve hızlı tren taşımacılığı için demiryolu altyapısı yapmak,
- b) Demiryolu altyapı işletmeciliği yapmak,
- d) Demiryolu altyapı işletmeciliği ve feribot işletmeciliği için gerekli her türlü çeken ve çekilen araç, malzeme ve gereçleri üretmek ve işletmek, hükümlerine” havidir.

İlgili Mevzuat hükümleri yukarıda açıklandıktan sonra, hükümlerin yürürlüğe girmesi ile Yargının önüne gelmiş olaylarda vermiş olduğu kararları incelenmek gerekirse;

Yargıtay 11.HD.si 6461 sayılı Kanundan sonra verdiği kararlardan biri olan 18.09.2019 tarih 2018/4725E.-2019/5533K. da kanun değişikliğinden bahsederek “...Bu durumda mahkemece, davalıya ne surette kusur izafe edildiği üzerinde durularak, varsa olaydaki kusurun mevcut düzenlemeden sonra Genel Müdürlüğün mü yoksa Şirketin mi sorumluluk sahasında kaldığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Şayet yapılacak değerlendirmede, kusurun sadece Şirketin sorumluluk sahasında kaldığı anlaşılırsa bu takdirde Genel Müdürlüğün taraf sıfatı son bulup, Şirket taraf sıfatını kazanacaktır. Şu halde Mahkemece, yürürlüğe giren Kanun nedeniyle re’sen bir değerlendirme yapıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmeyip yerel mahkeme kararının re’sen bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

2-Bozma sebep ve şekline göre taraf vekillerinin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

KARŞI OY

Yukarıda açıklanan madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, TCDD Taşımacılık A.Ş.’nin tüzel kişilik kazandığı tarihten önceki döneme ilişkin 6461 sayılı Kanun’dan doğan sorumluluğu, söz konusu geçici 1. maddenin (a) bendine göre devredilen personelin kadro ve pozisyonlarıyla ve araç gereç ve cihazlarla ilgili olarak TCDD’ce gerçekleştirilmiş olan işlem ve sözleşmelerden kaynaklanan hak, alacak, borç ve yükümlülüklerle sınırlı olup, davalı TCDD’nin devredilen personel, araç ve gereçler ile gerçekleştirdiği yük ve yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan sorumluluk hali ise 1. maddenin (b) bendi kapsamında değildir.

Demiryolu ile yük ve yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan sorumluluk hali, taşımacılık şirketinin tüzel kişilik kazandıktan sonraki tarihlerde tren işletmecisi-

si olarak gerçekleştireceği taşıma faaliyetlerinden doğan zararlara ilişkin olarak 6461 sayılı Kanun ile yürürlükteki demiryolu taşımacılığına ilişkin diğer ulusal ve uluslararası sözleşme hükümlerine tabi olacaktır.

Somut uyuşmazlığa konu tren kazası 10.08.2008 tarihinde meydana geldiğinden sorumluluğu doğuran olayın meydana geldiği zaman yürürlükte olan kurallar gereğince taşıma sözleşmesinin tarafı olan davalı TCDD sorumlu olup, 6461 sayılı Kanun uyarınca kurulan davalı TCDD Taşımacılık A.Ş.'ne husumet yöneltilmeyeceğinden sayın çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.” şeklinde kararlar verilmiştir.

Kaza tarihi 08.02.2012 tarihi olan ve 21/08/2013 dava tarihli husumetin TCCD Genel Müdürlüğüne yöneltilen diğer bir davada ise; **11.HD. 05/12/2019 gün ve 2018/3081E - 2019/7864K ile ilk derece mahkemesinin kararı onanırken KARŞI OY** da ise *“ancak yukarıda da belirtildiği gibi TCDD Taşımacılık A.Ş. dava derdestken 17.06.2016 tarihinde tüzel kişilik kazanmıştır. Bu durumda mahkemece, davalının pasif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı üzerinde durularak mevcut düzenlemeden sonra Genel Müdürlüğün mü yoksa Şirketin mi sorumluluk sahasında kaldığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Şayet yapılacak değerlendirmede, husumetin TCDD Taşımacılık A.Ş olduğu anlaşılırsa bu takdirde Genel Müdürlüğün taraf sıfatı son bulup, Şirket taraf sıfatını kazanacaktır. Şu halde Mahkemece, yürürlüğe giren Kanun nedeniyle re'sen bir değerlendirme yapıp oluşacak sonuca göre karar vermek üzere karar düzeltme isteminin re'sen kabulü ile Daire onama ilamının kaldırılarak yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar düzeltme isteminin reddine ilişkin sayın çoğunluk görüşüne karşıyım.”* denilmiştir.

Yine 11.HD. si 07/11/2019 gün ve 2019/2956 E.- 2019/6979K kararında; *“... Ankara Bölge Adliye Mahkemesince, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama ve tüm dosya kapsamına göre, somut uyuşmazlıkta 22.01.2011 tarihindeki olayın meydana gelmesinde, hem davalı TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne devredilen personel olan hareket memuru Yusuf Hatipoğlu'nun 2. derecede % 20 oranında, hem de Yasa gereğince diğer davalı TCDD Taşımacılık A.Ş'ye devredilen personel olan tren makinisti Nazım Öz'ün 1. derece %60 oranında ayrı ayrı kusur tespitleri yapıldığı ve zararın bu kusurlu eylemler sonucunda meydana geldiği belirlendiğine göre, davacıya karşı meydana gelen zarardan, her iki davalının da müteselsilen sorumlu olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne, 4.542,26 TL geçici işgörmezlik tazminatı ile 367.538,10 TL sürekli iş görmezlik tazminatının, davalı TCDD Taşımacılık A.Ş. yönünden*

22.01.2011 olay tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle, davalı TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü yönünden 22.01.2011 olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve *müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.*

Bölge Adliye Mahkemesi kararı, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalılar vekillerinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.” denilerek Bölge Adliye Mahkemesinin kararı onanmıştır.

Öte yandan; **Ankara BAM 20.HD.nin 13/02/2020 gün ve 2019/744E-2020/193K sayılı kararında belirtildiği üzere;** *“Davalılardan hangisinin sorumlu olduğu hususu mahkemenin görevi ile ilgili değil, husumet ile ilgili bir husustur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21/10/2013 tarih ve 2013/884 esas 2013/18280 karar sayılı kararında “TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü 233 sayılı KHK’nın 2/3 maddesine göre sermayesinin tamamı devlete ait iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsüdür. Kamu iktisadi teşebbüsleri 233 sayılı KHK ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabiidirler. Ayrıca ticari bir faaliyet olarak işletmeciliği yürütülen Mamak tren istasyonunda ve TTK’da düzenlenen taşıma hizmeti esnasında gerçekleşen hadise nedeniyle TCDD’nin sorumluluğuna ilişkin iş bu davada adli yargı görevlidir.»* içtihat etmektedir.

04.06.2016 tarihli RG.’de yayımlanan TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü Ana Statüsü’nün “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesi ve “Hukuki Statü” başlıklı 4. maddesinde, bu Ana Statü ile teşkil olunan TCDD İşletmesinin, tüzel kişiliğe sahip, sermayesinin tamamı Devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir “İktisadi Devlet Teşekkülü” olduğuna ve Kanun, 233 sayılı KHK. ile bu Ana Statü hükümleri saklı kalmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi bulunduğu işaret edilmiştir. Bu durumda uyumsuzluğun çözümü için olayda, işletmenin yürüttüğü faaliyetin ve işletme ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin incelenmesinin gerektiğinden, Dairemizce de somut uyumsuzlukta adli yargının görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” şeklinde karar verilmiştir.

Daha sonra Uyuşmazlık mahkemesi 24.02.2020 gün ve 2020/113E.-2020/164 K sayılı ilamında da; *“TCDD İşletmesi, tekel kapsamında demiryoy-*

lu taşımacılığı hizmetini yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu ise de; 233 sayılı KHK ve Ana Statü ile, özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi olduğu anlaşılmaktadır.” denilerek devamında “*Aynı Ana Statünün “Hüküm bulunmayan haller” başlıklı 22. Maddesinde de, “Bu Ana Statüde hüküm bulunmayan hususlarda Kanun, KHK ve 6102 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.” düzenlemesine yer verilmiştir.*

Buna göre, TCDD İşletmesi, tekel kapsamında demiryolu taşımacılığı hizmetini yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu ise de; 233 sayılı KHK ve Ana Statü ile, özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi olduğu anlaşılmaktadır.” Şeklinde karar verilmiştir.

Sonuç itibariyle; Yukarıda belirtilen yargı kararlar dikkate alınarak öncelikle TCDD genel müdürlüğüne karşı taşıma nedeniyle açılacak davada ADLİ YARGI görevli olacaktır.

Ayrıca, 6164 sayılı kanunun GEÇİCİ 1/b.maddesi (b- (a) bendi kapsamında devredilen personel ile araç, gereç ve cihazlarla ilgili TCDD’ce taraf olunan işlem ve sözleşmelerde TCDD Taşımacılık A.Ş. taraf olur. Bu hususlara ilişkin olarak TCDD leh ve aleyhine açılmış olan davalar ile başlatılmış olan takiplerde TCDD Taşımacılık A.Ş. kendiliğinden taraf sıfatını kazanır. Söz konusu hususlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce TCDD tarafından yapılmış iş ve işlemler sebebiyle açılacak davalar TCDD Taşımacılık A.Ş. ’ye yöneltilir.) Demiryolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmeliğin 24/3.maddesi (“**Yolcuların ölmeleri veya yaralanmaları halinde sorumluluk MADDE 24 – (1) Demiryolu tren işletmecisi, yolcunun trene binerken, trenden inerken veya trende bulunduğu sırada demiryolu sistemi ile ilgili bir kaza nedeni ile ölmesinden veya yaralanmasından ve bunlara bağlı fiziki ve ruhsal bütünlüğüne gelebilecek her türlü zarardan sorumludur.(2) Demiryolu tren işletmecisi aşağıdaki durumlarda bu sorumluluklardan kurtulur:**a) Zararın mücbir sebep nedeniyle meydana gelmesi.b) Zararın, zarar görenin kusuru nedeniyle meydana gelmesi.c) Zararın üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi. (3) **Kaza ve olay, altyapı veya üçüncü bir şahsın davranışından dolayı meydana gelir ve eğer buna rağmen demiryolu tren işletmecisi ikinci fıkranın (c) bendi gereği sorumluluktan tamamıyla kurtulamazsa, bu Yönetmeliğin kapsamı dahilinde altyapı veya**

üçüncü şahsa karşı olası rücu hakkı saklıdır.” hükmü ile aynı yönetmeliğin 39.maddesi **“Demiryolu tren işletmecisinin sorumlu olduğu kişiler MADDE 39 – (1) Demiryolu tren işletmecisi, görevlerinin icrası çerçevesinde hareket ettikleri sürece çalışanlarından ve hizmetine başvurduğu diğer kişilerden sorumludur. Üzerinde taşımanın yapıldığı demiryolu altyapı işletmecisi, taşımanın icrası için demiryolu tren işletmecisi tarafından hizmetine başvurulan diğer kişiler olarak kabul edilirler.”** hükümleri dikkate alındığından yolcunun taşıma nedeniyle uğradığı zararlarda (6461 sayılı kanundan sonra 17.06.2016 tarihinde TCDD A.Ş nin tüzel kişilik kazandığı dikkate alındığında) bu tarihten önce açılmış davalarda TCDD A.Ş kendiliğinden davada taraf sıfatını kazanacak ve kusur oranlarına göre müteselsil sorumluluğa karar verilecektir.

Bu tarihten sonra açılacak(17.06.2016 tarihinden) davalarda; hem alt yapı hemde taşıma hizmetinden yolcuya karşı Demiryolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmeliğin 24/3. ve 39.maddesi maddesi uyarınca TCCD A.Ş zarardan sorumlu olacak ve daha sonra şartları var ise TCCD Genel Müdürlüğüne rücu edecektir. (ancak BK. **Hükümleri ve 24/2.c bendi uyarınca üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi durumu hariç**)

Ancak Bir adım daha atılarak yolcu tarafından her ikisi aleyhine dava açıldığında ise, TCDD genel müdürlüğünün 6461 sayılı kanun gereği sorumluluğu var ise müteselsil sorumluluğa karar verilmelidir kanaatindeyim. (Yargıtay 11.HD 07.11.2019 gün ve 2019/2956E.-2019/6979K. olay t. 22.01.11, DT. 21/04/2017)

D-YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE GÖREVLİ MAHKEME SORUNU

6102 sayılı TTK'nın 5. maddesinde de belirtildiği üzere ticaret mahkemeleri aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Bu noktada ticari dava kavramının açıklanması gerekmektedir. Ticari davalar kendi içinde mutlak ve nispi ticari dava olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak ticari davalarda tarafların tacir olmaları veya yapılan işin ticari iş olmasının bir önemi yoktur. Bu davaların ticari dava sayılmaları kanunun emredici hükmü gereğidir. 6102 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK.da düzenlenen Taşıma işlerinden doğan uyuşmazlıklar taraflarına bakılmaksızın mutlak ticari davadır.

Öte yandan, 6502 sayılı Kanunun 73. maddesine göre tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/k. maddesinde Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmış, 3/ 1. maddesinde ise, Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanmıştır. Benzer tanıma TTK'nun 864. maddesinin 5.fikrasında da yer verilmiştir (864/5.m(5) *Tüketici, sözleşmeyi ticari veya meslekî faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişidir*).

Tüketici kanununda yer verilen “edinme, kullanma ve yararlanma” eylemleri 6502 sayılı Kanunda tek tek sayılmamış; yerine “hareket eden” denilerek tüketici kavramının geniş olarak yorumlanmasının yolu açılmıştır.

Kanunda yer alan bu açık düzenleme karşısında bir taşıma hizmetinin sağlanmasına yönelik özel amaçla hareket eden yolcu ile taşıyıcı arasındaki taşıma sözleşmelerinin de ilgili şartları taşıması halinde birer tüketici işlemi sayılması gerektiğine dair şüphe bulunmamaktadır. Buna göre, bir işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için işlemin mal ve hizmet piyasasında gerçekleşmesi, bir hukuki işlem olması, bir tarafın tüketici diğer tarafın ise ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden olması gerekmektedir. Kanun koyucunun taşıma sözleşmesini tüketici işlemleri arasında saymış olması taşıma sözleşmesini tek başına tüketici işlemi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Yolcu taşıma sözleşmesinin de bir tüketici işlemi olarak kabul görebilmesi adına sayılan unsurların varlığı aranmalıdır.

Buna göre, taşıma işi bir hizmet olarak kabul edilmeli, yolcu tüketici olmalı, yolcunun karşısında taşıma işini mesleki veya ticari amaçlarla üstlenen kişi bulunmalı ve yolcu ile taşıyan arasında konusu taşıma olan bir hukuki ilişki bulunmalıdır.

Ancak ücretsiz taşıma, kanuni hükümler nedeniyle gerçekleşmekte ise, (örneğin, gazilerin, toplu taşıma araçlarını ücretsiz kullanması, belli bir yaşın altındaki yolculardan bazı taşıma türlerinde ücret alınmaması gibi) bu durumda taşımanın TKHK anlamında bir hizmet olduğu kabul edilmelidir. Burada ücretsiz taşımasına sebep olan husus bir özgür irade değil, kanuni düzenlemedir. Benzer şekilde, özellikle ülkemizde örneğine rastlanıldığı üzere, bayramlarda

gündeme gelen ücretsiz taşımalar nedeniyle de ilgili kurum ve firmaları Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine tabi kılmak gerektiği kanısındayız.⁸

I-Tüketici Kavramının Unsurları

a- Gerçek veya Tüzel Kişi Olması

6502 sayılı kanunun 3/k. maddesinde tüketici ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi olarak tanımlanmıştır. Kanun tüzel kişileri kapsam dışında tutmamıştır. Kanun tüketici işlemini tanımlarken subjektif bir tanımı tercih etmiş ve işlemi yapanlara (tarafılara) göre bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesi esasını getirmiştir. Tüketici tanımından yola çıkıldığında kar amacı gütmeyen tüzel kişiler ile bir işletmenin ihtiyaçlarını gidermek amacıyla kullanan ya da tüketen, aldığı malı yeniden piyasaya sürmeyen tüzel kişiler tüketici sayılacaktır.

b- Ticari ve Mesleki Olmayan Amaçlarla Hareket Etme

Bir hukuki işlemin sadece 6502 sayılı yasada düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığı tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. (Yargıtay 13.HD. 22/01/2020 gün ve 2017/1782E-2020/437K) Kanunun 3/k. maddesinde düzenlenen “ticari veya mesleki amaçlı olmama” unsurunun belirlenmesinde göz önüne alınması gereken kriter ise Yargıtay kararlarında da benimsendiği üzere “nihai kullanım” kriteridir. Taşıma hizmeti almak için taşıyıcı ile özel amaçlarla, diğer bir deyişle, mesleki veya ticari olmayan amaçlarla belirli bir ücret veya menfaat karşılığı kurulan hukuki işlemin tarafı gerçek kişi yolcunun, tüketici sayılacağı kuşkusuzdur. Aksi halde; yani mesleki veya ticari amaçlarla hareket eden yolcu tüketici sayılmayacak ve açılacak davada Asliye Ticaret Mahkemesi görevli olacaktır. Bu konuda Yargıtay 11.HD. 17.11.2020 gün ve 2020/1765E.- 2020/5132K. da; ”...*Dava, yurtiçi hava yolu taşımından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 2. maddesinde, kanun kapsamının tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalar olduğu belirtilmiş, zikredilen yasanın 3/1-1 bendinde tüketici işlemi; “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsar-*

8 Ceyda Erdal Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Yüksek Lisans Tezi Ankara-2019 s 89

lık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder” şeklinde açıklanmış, aynı Yasa’nın 3/1-k bendinde ise tüketici; “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmıştır.

6102 sayılı TTK’nın 4/1-a. maddesiyle, ticaret kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava niteliğinde olduğu hüküm altına alınmış, aynı Yasa’nın 5/1. maddesinde ise asliye ticaret mahkemelerinin tüm ticari davalara bakmakla görevli olduğu belirtilmiştir. Somut olayda davacı, çalıştığı şirket tarafından İzmir’de düzenlenen toplantıya katılmak için davalıdan uçak bileti almış olup, mesleki amaçlarla hareket ettiği için tüketici olarak kabul edilemez. Taşıma işleri 6102 sayılı TTK’nın 4. kitabında düzenlenmiş olup, somut uyuşmazlık, taşıma ilişkinden kaynaklanan ticari dava niteliğindedir.

Görev hususu kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her safhasında re’sen gözetilmelidir. Bu itibarla, mahkemece davalıyla yaptığı işlem bakımından mesleki amaçlarla hareket eden davacının tüketici olarak kabul edilemeyeceği, taraflar arasındaki uyuşmazlığın taşıma sözleşmesinden kaynaklanan ticari dava niteliğinde olduğu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un uygulanmasını gerektirir bir hususun bulunmadığı nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esası incelenerek, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Şeklinde karar vermiştir.

Ayrıca Yargıtay, duruşmasına gitmek üzere bir taşıma sözleşmesi ilişkisine giren avukatın (Yargıtay 11. HD 22.10.2018 tarih 2017/930 E. , 2018/6554 K), inşaat firmasında çalışan, çalıştığı firmanın yurtdışında bulunan işletmesinde çalışmak üzere yolculuk yapan şahsın mesleki amaç taşıdığı (Yargıtay 11. HD 16.01.2017 tarih 2016/14600 E., 2017/281 K.), bu nedenle şahsın tüketici, taşıma sözleşmesinin ise tüketici işlemi olmadığı belirtilmiştir.

Tüketici kanununun 83/1.ve 2.bentlerinin; “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır. (2) Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” Şeklindeki hükümleri dikkate alındığında taşıma sözleşmesinden kaynaklanan davalara bakma hususunda tüketici mahkemeleri görevlidir.

Yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan ihtilafların görüleceği mahkeme bakımından ölüm ve yaralanma hallerinde de bir tarafın tüketici olduğu hallerde (ister yaralanma isterse yakının ölmesi halinde açılacak destekten yoksun kal-

ma tazminatı) görevli mahkeme yolunun tüketici olup olmadığına göre ya Tüketici Mahkemesi yada Asliye Ticaret Mahkemesidir.

Yargıtay 11.HD. 11/04/2016 gün ve 2015/15205E.- 2016/3941K sayılı ilamında; *Davacı vekili, müvekkilinin davalı tarafından işletilen trende yolcu iken bozuk ve güvensiz kapının açılması nedeniyle trenden düşerek yaralandığını, olayda davalının kusurlu olduğunu, müvekkilinin kazaya bağlı olarak fiziksel zarar gördüğü gibi akıl sağlığının da bozulduğunu, tedavi giderleri yaptığını, iş gücünden yoksun kaldığını, açılan kısmi davanın derdest olduğunu ileri sürerek şimdilik 50.000 TL'nin olay tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.*

Mahkemece, tarafların tacir olmadığı, uyuşmazlığın Borçlar Kanununda düzenlenen haksız fiilden kaynaklandığı, davaya bakma görevinin asliye hukuk mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

*Dava, taşıma sözleşmesinden doğan tazminat istemine ilişkin olup mahkemece, uyuşmazlığın haksız fiilden kaynaklandığı, **asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmişse de**, davacı, davalı tarafından işletilen trende yolcu olarak bulunduğunu, kapıların açılmasıyla düşerek yaralandığını ileri sürmüştür.*

Her ne kadar taşıma sözleşmesi TTK'da düzenlenmişse de, 28.05.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6502 sayılı Yasa'nın 3/k bendinde «Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi» tüketici, 3/1 bendinde ise «Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem» tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır. Aynı Yasa'nın 73/1. maddesinde tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiş, 83/2. maddesinde ise taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve 6502 sayılı Yasa'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceğine değinilmiştir. HMK'nın 1. maddesinde ise görev hususunun kamu düzenine ilişkin olduğu, mahkemece yargılamanın her aşamasında resen gözetileceği düzenlenmiştir.

Somut olayda; davanın açıldığı 07.07.2014 tarihi itibarıyla 6502 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu, davacının ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi nedeniyle tüketici, dava konusu taşıma işleminin de tüketici işlemi sayıldığı, yukarıda belirtilen yasa hükümleri uyarınca davaya bakma hususunda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu hususu gözetilerek dava dosyasının İstanbul Anadolu Tüketici Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmesi gerekirken asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahisle yazılı şekilde karar tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde,

Yine, 11.HD 25.05.2011 gün ve 2011/5844 E.- 2011/6445K sayılı kararında; *“Dava, bir kısım davalıların organize ettiği paket tur niteliğindeki geziye katılan davacıların annesi Açılay Türkmen'in, bu tur kapsamında davalıların temin ettiği ve diğer davalıların maliki ve sürücüsü oldukları araç içinde yolcu iken meydana gelen kazada yaşamını yitirmesi nedeniyle davacıların destekten yoksun kaldıkları ve maneviyatlarının sarsıldığı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.*

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa'nın 6.maddesine 4822 sayılı Yasa ile eklenen (C) bendi ile getirilen paket tur sözleşmelerine ilişkin düzenleme, dava tarihinden önce yürürlüğe girmiş olup, bu nitelikteki sözleşmelerden kaynaklanan davalara bakmak görevi anılan yasanın 23/1. maddesi hükmüne göre tüketici mahkemelerinin görevi dahilindedir.

Somut olayda, davacıların annesi müteveffa Açılay Türkmen ile karar düzeltme isteminde bulunan davalı Erinmez Ltd. Şti. arasındaki hukuki ilişki iddiaya ve gezi programına ilişkin belgeye göre, unsurları gerek 4077 sayılı Yasa'nın 6/C bendinde, gerekse yasa değişikliği ile aynı tarihte yürürlüğe giren “Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te tanımlanan paket tur sözleşmesi niteliğindedir. Davacıların gördüklerini ileri sürdükleri zararın, bu sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen ölüm olayının yansımaları niteliğinde bulunduğu gözetildiğinde, işbu davanın da 4077 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi, buna bağlı olarak davanın da ihtisas mahkemesinde görülmesi gerekmektedir.

İhtisas mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkin olup Ankara'da müstakil tüketici mahkemesi bulunmaktadır. Mahkemelerin görevi, kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında *re'sen* gözetilmesi gerekir.

Bu durumda, davaya bakma görevi Tüketici Mahkemesi'ne ait olup mahkemece davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken esasa giril-

mesi doğru bulunmadığından, davalılardan Erinmez Ltd. Şti. vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüyle Dairemizin 6.5.2010 tarih ve 1746-4977 sayılı bozma ilamının kaldırılmasına, yerel mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.” şeklinde kararlar verilmiştir.

Diğer benzer kararlar ise; Yargıtay 11 HD 20.04.2015 tarih 2015/4557 E. , 2015/5493 K. sayılı kararı, YARGITAY 11. HD. 2020/1765 E.- 2020/5132K, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi 13.02.2020 gün ve 2018/2100E-2020/194K

Tüketici mahkemesinde görülecek davalar; Tüketici kanununun 73/(4). maddesi uyarınca, 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Altıncı Kısım hükümlerine göre (Basit yargılama usulü) yürütülür. Yine aynı kanunun 73/(2).maddesi uyarınca, Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaftır.

Buna karşılık taşıma hukukuna özgü durumlarda, özellikle taşıyıcının sorumluluğuna dayanan uyuşmazlıklarda TTK'nın emredici hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca, tüketici Kanunundaki tanıma uymayan ve ticari veya mesleki amaçla hareket eden yolcunun taşıma sözleşmesinden kaynaklanan davası Asliye Ticaret Mahkemesinde ve tek hakimli görülecek davalardaki sınır dikkate alınarak basit yada yazılı yargılamaya tabi olacaktır. (18.06.2014 gün 6545 sayılı kanunun 45.maddesi uyarınca 300.000 TL olan sınır 7251 sayılı kanunun 54.maddesi uyarınca tek hakimle çözümlenecek davalarda 500.000TL. şeklinde değiştirilmiştir.)

Yargıtay 11 HD 20.04.2015 tarih 2015/4557 E. , 2015/5493 K. sayılı ve Yargıtay 11. HD 11.04.2016 tarih 2015/15205 E. , 2016/3941 K. sayılı kararlarında; *“Davacı vekili, müvekkilinin çocukları ... ile...’ın 22.07.2004 tarihinde yolcu olarak buldukları trende meydana gelen kazada vefat ettiklerini, müvekkilinin davalı aleyhine kısmi olarak açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davasının sonuçlandığını, bakiye TL için davalı aleyhine giriştikleri icra takibinin TL’lik kısmına davalının kısmen itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Mahkemece davacının çocukları ile davalı arasında aktedilen taşıma sözleşmesi gereğince yapılan yolculuk sırasında kazanın meydana geldiği, davacının çocuklarınının 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/k maddesi uyarınca tüketici, taşıma sözleşmesinin de aynı yasanın 3/l madde-

si uyarınca tüketici işlemi niteliğinde bulunduğu, 6502 sayılı yasanın 73/1 ve 83/2. maddeleri gereğince görevli mahkemenin tüketici mahkemeleri olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmiştir... açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, şeklinde,

Yine YARGITAY 11. HD. 2020/1765 E.- 2020/5132K sayılı ilamında; “(Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi Tarihi: 13.02.2020 gün ve 2018/2100E-2020/194K)

Davacı vekili, davalı Kurumu ait trenin 07.07.2018 tarihinde rayların altına boş olması sebebiyle raylardan geçtiği sırada 5 vagonun devrilmesi ile yaralamalı tren kazası meydana geldiğini, yolcu olarak bulunan müvekkilinin de ağır yaralandığını, idarenin kusuru bulunduğunu ileri sürerek, şimdilik 1.000,00 TL iş göremezlik tazminatı ile 150.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, kamu hizmeti görmekle yükümlü olan idarelerin, kamu hizmeti sırasında verdikleri zararlardan dolayı özel hukuk hükümlerine tabi olmadıkları, kamu tüzel kişilerinin yasalar tarafından kendilerine verilen görev ve yetkilerin kullanılması sırasında oluşan zararların niteliği itibarıyla hizmet kusurundan kaynaklanan zararlar olduğu, bu zararların tazmini amacıyla açılan davaların hizmet kusurlarına dayalı olarak İYUK 2. maddesi hükmü uyarınca idari yargı yerinde tam yargı davası olarak açılmasının gerektiği, HMK. ’nın 114/1-b maddesi gereğince yargı yolunun caiz olmadığı gerekçesiyle dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar vermiştir.

Karara karşı, davacı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, davanın açıldığı 05.09.2018 tarihi itibarıyla 6502 sayılı Yasa ’nın yürürlükte olduğu, davacı tarafın ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi nedeniyle tüketici ve dava konusu taşıma işleminin de tüketici işlemi sayıldığı, davaya bakma görevinin tüketici mahkemelerine ait bulunduğu, mahkemece somut uyuşmazlıkta tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle HMK ’nın 114/1-c ve 115/2. maddeleri uyarınca mahkemenin görevine ilişkin dava şartı noksanlığı sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmasının doğru görülmediği gerekçesi ile davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın HMK ’nın 20. maddesi kapsamında gerekli işlemlerin yapılabilmesi için Ankara 11. Asliye Ticaret Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Karar, davalı Kurum vekilince temyiz edilmiştir.

HMK'nın 362/1-c maddesi hükmüne göre, Bölge Adliye Mahkemelerinin yargı çevresi içinde bulunan İlk Derece Mahkemelerinin görev ve yetkisi hakkında verilen kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulamaz. Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın anılan yasal düzenleme kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. HMK'nın 366. maddesi delaletiyle kıyasen uygulanması gereken aynı kanunun 346/2. maddesi hükmü uyarınca, kesin olan kararların temyiz istemleri hakkında Bölge Adliye Mahkemesince bir karar verilmesi gerekmektedir birlikte, Yargıtay tarafından da bu yolda karar verilebileceğinden, davalı vekilinin kesin olan karara yönelik temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerekmiştir.” şeklinde kararlar vermiştir.

E-TÜKETİCİ HAKEM HEYETİNE BAŞVURU

6502 sayılı kanununun 68.madde hükmü uyarınca “Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri dört bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, altı bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise dört bin Türk Lirası ile altı bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.”

26 Aralık 2020 31346 sayılı tebliğin 3.maddesi ile (1) 2021 yılı için Tüketici Hakem Heyetlerine yapılacak başvurularda değeri:

a) 7.550 (yedibinbeşyüzelli) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri,

b) Büyükşehir statüsünde olan illerde 7.550 (yedibinbeşyüzelli) Türk Lirası ile 11.330 (onbirbinüçyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,

c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 11.330 (onbirbinüçyüzotuz) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,

ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 7.550 (yedibinbeşyüzelli) Türk Lirası ile 11.330 (onbirbinüçyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri görevlidir.

Yargıtay 11.H.D. nin 13/02/2017 gün ve 2016/14881E.- 2017/776 K sayı-

lı ilamında; “Davacı vekili, davalının müvekkili şirketten 795,00 TL ödeyerek uçak bilet satın aldığını, havaalanında işlemlerinin yapılmaması nedeniyle uçağı kaçırdığını bildirerek ödediğı bilet bedelinin iadesini Zeytinburnu Tüketici Hakem Heyeti’nden istediğini, Tüketici Hakem Heyeti’nce talebin kabul edildiğini, oysa Ticaret Mahkemelerinin görevli olması nedeniyle uyuşmazlığın Tüketici Hakem Heyeti’nin görev alanı dışında kaldığını beyanla Zeytinburnu Tüketici Hakem Heyeti Başkanlığı’nun 9.11.2015 gün ve 2015/13423 sayılı kararının iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, uyuşmazlıkta Ticaret Mahkemesinin görevli olduğu, Tüketici Hakem Heyeti’nin görev alanı dışında kaldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, karar aleyhine Adalet Bakanlığı’nın yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talebinde bulunulmuştur.

Dava, Tüketici Hakem Heyeti kararının iptali istemine ilişkindir.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 3/k maddesinde Tüketicinin “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”yi ifade ettiği, Yasa’nın 3/1 maddesinde Tüketici İşlemini “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet bankacılık ve benzeri sözleşmelerde dahil olmak üzere hertürlü sözleşme ve hukuki işlemi “olarak tanımlandığı, Yasa’nın 66/1 maddesinde “Bakanlığın, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevli” olduğu, Yasa’nın 68/1 maddesinde «değeri 2.000.00 TL»nin altında (karar tarihinde 2.320,00 TL) bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine..... başvurunun zorunlu” olduğu, Yasa’nın 83/2 maddesinde de “taaraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceğı” düzenlenmiştir. Somut uyuşmazlıkta, hava taşımasının gerçekleşmemesi nedeniyle ödenen bilet bedelinin istirdadı talep edilmekte olup, davalı yolcu 6502 sayılı Yasa’nın 3/k maddesinde ifade edilen “tüketici”, davalının işlemi Yasa’nın 3/1 maddesinde ifade edilen “tüketici işlemi”, olup Yasa’nın 66 ve 68 maddesi hükümleri gereğince uyuşmazlık 6502 sayılı Yasa kapsamında ve Tüketici Hakem Heyeti’nin görev alanı içinde bulunmaktadır.

Kaldı ki, 6502 sayılı Yasa'nın 83/2 maddesi açık hükmü de tereddüde yer bırakmayacak şekilde somut uyuşmazlığın 6502 sayılı Yasa kapsamında bulunduğu vurgulamaktadır.

Bu durumda, mahkemece, uyuşmazlığın 6502 sayılı Yasa kapsamında kaldığı, Tüketici Hakem Heyeti'nin uyuşmazlıkta görevli olduğunun kabulü ile işin esasının incelenerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi yürürlükteki hukuka aykırı görüldüğünden yazılı emir isteğinin kabulü ile hükmün kanun yararına bozulması gerekmiştir. “şeklinde,

Yine, Ankara BAM 3.HD 04/12/2019 gün ve 2019/199E - 2019/2147K sayılı kararında; “Tüketici Hakem Heyeti'nin hangi uyuşmazlıklarda görevli olduğu 6502 sayılı TKHK'nın 66 vd. maddeleri ile Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu olmadığını ispat için İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca genel hükümler çerçevesinde mahkemeye başvurarak menfi tespit davası açabilir. Böyle bir uyuşmazlığın yargı organlarının niteliklerine ve sıfatlarına sahip olmayan Tüketici Hakem Heyetlerince çözüme kavuşturulması mümkün değildir. (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 25/06/2018 tarih ve 2017/4573 Esas, 2018/7254 Karar ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 08/02/2018 tarih ve 2017/5506 Esas, 2018/508 Karar sayılı emsal kararları)

Bu anlamıyla uyuşmazlık, Tüketici Hakem Heyeti'nin görev alanı dışında kaldığına göre; mahkemece, iddia ve savunma doğrultusunda tarafların delilleri toplanarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Şeklinde,

ANKARA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 3. HUKUK DAİRESİ
09/10/2019 gün ve 2018/2418E- 2019/1692K sayılı kararında; “7063 sayılı Kanun ile yapılan söz konusu değişiklik gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde ise; tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu bulunan uyuşmazlıklar/miktarlar yönünden alacaklı tarafın İİK'daki ilamsız/genel haciz yolu ile icra takibinde bulunup, borçlunun itirazı üzerine de takibin devamını sağlamak için İİK'nın 67/1.maddesi uyarınca mahkemeye başvuruda bulunabileceği açık şekilde düzenlenmiş olmakla, itirazın iptali talepli olarak tüketici mahkemelelerine dava ile başvuru yolunun açıldığının, diğer bir deyişle belirtilen durumda itirazın iptali davası açılabilceğinin kabulü gerekir. (Bkz:Yargıtay 3.H.D. 'nin 31/10/2018 tarih ve 2017/871-2018/10831 esas ve karar sayılı ilamı)” şeklinde,

ANKARA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 3. HUKUK DAİRESİ 01/06/2017 gün ve 2017/584E- 2017/554K sayılı kararında; “*Mahkemece, dava değerinin 3.300-TL’yi geçme ihtimalinin bulunmadığı, 6502 Sayılı Kanununun 68. maddesine göre, 2016 yılı için tüketici hakem heyetine zorunlu müracaat sınırının 3.480-TL olduğu, hakem heyetine müracaat edilmeden tüketici mahkemesinde dava açılmayacağı gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir.*

Davacı tüketici, davalı satıcı üreticiye karşı açtığı dava ile taraflar arasında yapılan 06/03/2016 tarih ve 1.500-TL bedelli sözleşme kapsamında ayıplı imal edilen gelinlik nedeni ile uğradığı maddi ve manevi zararın davalıdan tahsilini istemiştir.

Davacı tarafından toplam 1.400-TL maddi tazminat talebinde bulunulduğu, manevi tazminat talebinin 2.000-TL olduğu göz önünde bulundurularak toplam dava değerinin 3.400-TL olduğu anlaşılmaktadır.

Buna göre, 6502 Sayılı Kanununun 68. maddesi uyarınca 2016 yılı için hakem heyetine zorunlu başvuru sınırının 3.480-TL olduğu, tüketici işlemi niteliğindeki uyuşmazlık hakkında tüketici il hakem heyetine başvurulmadan tüketici mahkemesinde dava açılmayacağı, bunun HMK’nın 114/2. maddesi uyarınca dava şartı oluşturduğu görülmekle, mahkeme kararında isabetsizlik yoktur.” şeklinde kararlar verilmiştir.

F-YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE YETKİLİ MAHKEME

1-Genel yetkili mahkeme: HMK.6.maddesinde düzenlenmiştir. HMK.6/1. Fıkrasına göre “genel yetkili mahkeme davalı gerçek ve tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.” 6/2.fıkrasına göre “yerleşim yeri, TMK hükümlerine göre belirlenir.”

2-Özel yetkili mahkeme: a-Yolcu taşımadan kaynaklanan davalarda yetkili mahkemeyi belirlemede temel ölçü “sözleşme” ilişkisidir. HMK.10.m. Uyarınca, Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.

b-Tüketici kanununun 83/(2).m Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez. 73/(5).m Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir.

Ancak kural olarak özel yetki genel yetkiyi ortadan kaldırmaz, onunla birlikte uygulanır. Yalnız taşımacının sorumlu olduğu olaylarda veya yalnızca taşımacıya karşı açılan davalarda, yetkili mahkeme konusunda yolcunun seçimlik hakkı vardır. Dilerse genel yetkili mahkemede (tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri HMK.6.) dilerse özel yetkili mahkemede (sözleşmenin yerine getirileceği HMK.10.) dava açabilir.

Daha açıklayıcı olursak;

a- sözleşmenin yerine getirileceği yer (yolcunun gideceği yer) (HMK.10.m)

b-Taşımacının yerleşim yeri (HMK.6.m)

c-Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir. (6502 s.73/5.m)

d- Taşımacının şubesinin bulunduğu yer (HMK.14/1.m)

e- taşımacı dışında başka davalılar varsa bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi (HMK.7.m)

f- gezi sözleşmesini yapan seyahat acentasının bulunduğu yer mahkemesi

Yargıtay 11.HD. 31/10/2016 gün ve 2016/11740E-2016/8547 K sayılı kararında; “...davacının, taşıma sözleşmesinin ihlali nedeniyle zarar gördüğünden bahisle ödemiş olduğu meblağın bir kısmının iadesini talep ettiği, HMK m. 6 uyarınca genel yetkili mahkeme davalının ikamet mahkemesi olup, 6098 sayılı TBK m. 89/1 (818 sayılı BK m. 73/1) gereği aksine bir anlaşma olmadığı süreçte para borçlarında ifa yerinin, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeri olduğuna ilişkin kuralın uygulama yeri bulunmadığının anlaşılmasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” şeklinde,

Yine Yargıtay 11.HD. 20/09/2016 tarihinde 2016/6505E.-2016/7398K sayılı kararında; “...davanın uluslararası yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklandığı, yolcu taşıma sözleşmelerinin 6102 sayılı TTK'nın 850/1-3. ve 3. m. uyarınca mutlak bir ticari dava olduğundan ticaret mahkemesinin görevli olduğu, 6100 sayılı HMK'nın 6. m. uyarınca da davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olup, Bakırköy/İstanbul'da olan davalının süresi içerisinde yetki itirazında bulunduğu gerekçesiyle, mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğuna, yetkili ve görevli mahkemenin Bakırköy Asliye Ticaret Mahkemeleri olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere, gerektirici sebeplere ve her

ne kadar 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un göreve ilişkin hükümlerinin aynı Yasa'nın 87. maddesi gereğince 28/05/2014 tarihinden sonra açılacak davalarda uygulanacak olmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.” şeklinde karar verilmiştir.

G-DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

Tüketici kanunun “*MADDE 73/A- (Ek:22/7/2020-7251/59 md.) (1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz: a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynundan doğan uyuşmazlıklar (2) 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz.*” hükmünü havidir.

Tüketici davalarında alacak, tazminat, menfi tesbit ve itirazın iptali davalarının tamamı dava şartı arabuluculuğa tabidir.

Ankara BAM 20.Hukuk Dairesi 29.01.2021 gün ve 2020/1697 E.- 2021/69K sayılı kararında; “*Dava, taşıma sözleşmesine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. 6102 sayılı TTK'nın 3. maddesi uyarınca, bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerin ticari iş olduğu, aynı Yasanın 4/1-a maddesine göre, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; bu Kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılacağı, taşıma işleri hakkındaki maddi hukuk normları ile ilgili düzenlemelerin de TTK'nın 4. Kitabında yer aldığı, taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari iş ve ticari dava sayıldığı, somut uyuşmazlıktaki talebin kaynağının da taşıma sözleşmesi olduğu, davanın ticari dava olması ve bir miktar paranın ödenmesi talebini içermesi nedeniyle, 6102 sayılı TTK'nın 5/A ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesi uyarınca, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı bulunduğu, uyuşmazlığın ticari dava niteliğinin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 83/2. maddesi ile ortadan kaldırılmadığı, Dairemizin uygulamasının bu yönde olduğu gibi (Ankara BAM*

20. H.D. 'nin 22/01/2021 tarih ve 2020/1759 E.- 32 K.) Tüketici Hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmakla görevli Ankara BAM 3. H.D. 'nin uygulamasının da aynı yönde olduğu (Ankara BAM 3. H.D. 'nin 30/12/2020 tarih ve 2020/2228 E.- 2027 K.), davanın 7155 sayılı Kanununun 20. maddesi ile değişik 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesinin yürürlüğe girdiği 01/01/2019 tarihinden sonra açıldığı ve davacı tarafça da mahkemece verilen karar tarihine kadar arabuluculuk tutanağının sunulmadığı anlaşılmakla, davacı vekilinin ilk derece mahkemesinin 25.02.2020 tarihli kararına yönelik istinaf başvurusunun esas yönünden reddine dair hüküm kurmak gerekmiştir." şeklinde karar verilmiştir.

H- TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

I-Genel Olarak

Taşıma işi öncelikli olarak TTK'da düzenlendiğinden mutlak suretle bir ticari iş olarak kabul edilmektedir. Nitekim TTK anlamında taşıma işi, yolcu ve eşya taşımayı meslek edinenler ve bunun için işyeri açanlar tarafından sürekli ve düzenli olarak yapılan ticari bir iştir . TTK'da açıkça bir taşıma sözleşmesi tanımına yer verilmemekle birlikte; TTK'nın 850/2. maddesinde taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyu varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanırlar." hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile aslında yolcu taşıma sözleşmesinin unsurları belirtilmiş ve bir anlamda yolcu taşıma sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu çerçevede taşıma sözleşmesini, yolcunun ücret ödemesi borcuna karşılık, kullanılan taşıma aracının özelliğine göre farklılık gözecek bir araç vasıtası ile, taşıyıcı tarafından, zamanında ve güvenli bir şekilde taşınmasının taahhüt edildiği sözleşme olarak tanımlayabiliriz. Taşıma sözleşmesi kendine özgü bir iş görme – iş gördürme sözleşmesidir.

6102 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanuni düzenlemelerde yolcu taşıma sözleşmeleri herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Buna göre taşıma sözleşmesi birçok şekilde kurulabilir. Örneğin, yolcunun duraktaki otobüse binmesi, yoldan geçen taksiyi durdurarak binmesi veya bir uçağa bilet alması ile taşıma sözleşmesi kurulmuş sayılır. Kanuni düzenlemelerde şekil şartı öngörülmemiş olmasına karşılık, sözleşmeyi tevsik eden birtakım belgelerin varlığından söz edilmiştir . Yolcu taşıma sözleşmelerinde ise bu belge, yolcu bileti ve bagaj kuponu olarak vücut bulmaktadır.⁹

9 Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Yüksek Lisans Tezi Ceyda Erdal Ankara-2019 s 33.

II-ASIL TAŞIYICI

TTK.nun 850.maddesinde taşıyıcı, ücret karşılığında, yük taşıma işini üstlenen kişi olarak tanımlanmıştır. Taşıma sözleşmesi rızai ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Sözleşmenin tarafı olan ve ücret karşılığında yük ve yolcu taşıma işini üstlenen taraf ise taşıyıcı olarak yer almaktadır. 6461 sayılı Türkiye demiryolu ulaştırmasının serbestleştirilmesi hakkında kanun 2/ç.maddesi uyarınca demir yolu taşıyıcısının (tren işletmecisi) şirket olması dışında, kamu tüzel kişisi de olması mümkündür. Dolayısıyla, demir yolu taşıyıcısının gerçek kişi olması veya yukarıda sayılanlar dışında bir hükmi şahıs olması mümkün değildir. Bununla birlikte, TTK.na tabi taşımalarda, taşıyıcının gerçek veya tüzel kişi olmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Taşıma işini arızı olarak üstlenen gerçek ve tüzel şahıslar hakkında da TTK md.851 gereğince uygun düştüğü ölçüde taşıma işleri kitabı uygulanmaktadır. Bu hükümle birlikte taşıyıcının taşıma işini meslek veya sanat edinmemiş olması halinde de bu hükümlere tabi olacağı (ücret kazanacağı, hapis hakkına sahip olacağı vs.) düzenlenmiştir. Demir yolu taşımacılığında ise 6461 sayılı yasa uyarınca, taşıyıcı olabilmek için Bakanlığın izninin gerekli olması nedeniyle uygulamada, arızı taşımanın sık görülmesinin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Taşıyıcının taşıma işini devretmesi halinde yine de asıl taşıyıcı, taşıyıcı sayılmakta ve taşıyıcı olma bağlı olan sorumluluğu da devam etmektedir.¹⁰

III-YOLCU

Yolculuk kavramı, ülkeden ülkeye veya bir ülke içinde bir yerden diğer bir yere gidiş, geliş, seyahat, gezi veya sefer faaliyetlerini ifade eder. Bu yönüyle yolculuk belirli bir başlangıç noktasından varış yerine kadar duruma göre, kara yolu, hava yolu, deniz veya demir yolu araçları ile gidilmesini içeren gerçek kişi hareketini kapsamaktadır. Yolcu ise, sözlük anlamı ile “yolculuk” fiilini gerçekleştiren kişidir . Bu tanımlardan da anlaşıldığı gibi, bir kişinin taşımacılık anlamında yolcu sıfatını haiz olması için bu kişi ile arasında bir taşıma sözleşmesi bulunması gerekmektedir. Kural olarak taşıma sözleşmesini yolcu yapmakla birlikte, yolcunun yerine başka bir kişinin onu temsilen taşıma sözleşmesi yapması söz konusu olabilir. Yolcu yerine taşıma sözleşmesi akdeden, Türk Borçlar Kanunu’nun 40. maddesi anlamında doğrudan temsil yetkisi ile sözleşme akdeden kişidir. Benzer şekilde sözleşmenin üçüncü kişi yararına akdedilmesi, üçüncü kişinin yolcu sıfatını kazanabilmesi için yeterlidir. Örnek olarak veli veya vasinin küçük veya kısıtlı için taşıma sözleşmesi akdetmesi bu

10 Abdullah Civan. Demir Yolu İle Yurt İçi Yük Taşımacılığında Taşıyıcının sorumluluğu Eylül 2019 s.48

nitelikte sayılabilir. **Yolcu sıfatının kazanılması için karşı tarafı taşıyıcı olan bir taşıma ilişkisinin muhatabı olunması gerektiğinden, taşıyıcı ile aralarında bu tarz bir taşıma ilişkisi bulunmayan kişilerin taşıma aracında hazır olsalar bile yolcu olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.** Buna göre hizmet ilişkisi dolayısıyla araçta bulunan görevli personel yolcu kapsamında değerlendirilemez. Benzer şekilde, taşıyıcının bilgisi dışında gizlice araca binen, taşıyıcının bilgisi haricinde araçta bulunan kaçak yolcular, hatır taşıması ile bir yerden başka bir yere taşınan kişiler de yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olamazlar. Bu nedenle, kaçak yolcunun taşıma sırasında bir zarar uğraması durumunda, taşıyıcı ile kaçak yolcu arasında akdedilen bir taşıma sözleşmesi bulunmaması sebebiyle taşıyıcının akdi sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık bu kaçak yolcuların taşıma esnasında zarara uğraması halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin 49 uncu madde ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Burada esasen, taşıma sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri olan “ücret ödeme”nin yolcu sayılma şartlarından biri olduğunu söylemek mümkündür.¹¹

Nitekim taşıyıcı tanımına yer verilen TTK'nın 850 nci maddesinin ikinci fıkrasında taşıyıcının üstlendiği edim karşılığında eşya taşımalarında gönderenin, yolcu taşımalarında yolcunun kural olarak taşımaya karşılık bir ücret ödemesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, kural olarak taşıma sözleşmesi için ücret ödeyen ve araçta bulunan kişinin yolcu olduğu şeklinde bir tanımlama yapmak yerinde olacaktır. Taşınan ile taşıyıcı arasında taşıma sözleşmesi dışında diğer bir sözleşme ilişkisine dayanarak araçta bulunan ve seyahat edenler de yolcu olarak nitelendirilemezler. Buna göre yolcu sıfatına haiz olunabilmesi için taşıyıcı ile taşınan gerçek kişi arasında taşıma ilişkisi bulunması kuralı uyarınca taşıyıcı ile arasında hizmet ilişkisi bulunan kişilerin yolcu sayılamayacağı tartışmasızdır.

Taşıyıcı ile “iş” ilişkisi içerisinde bulunan kişiler yolcu olarak nitelendirilemez. Buna karşın ticari ve mesleki amaçlarla olsa dahi taşıyıcı ile taşıma sözleşmesi akdeden kişinin her durumda yolcu kabul edileceği atlanılmamalıdır. Örnek olarak, bir pilot somut uçuşun pilotu olmaksızın ancak hizmet akdi gereği o uçuşta yer alıyor ise, bu kişi yolcu sayılamayacak; ancak bir işletme sahibi işi ile ilgili olarak yurtdışı toplantıya gitmek amacıyla uçuşta bulunuyor ise her halükarda arada taşıma sözleşmesi kurulduğundan yolcu sayılacaktır. Kısaca, kanaatimizce taşınan kişinin yolcu olup olmadığı ayrımı yalnızca taşıma sözleşmesi gereği mi yoksa hizmet akdi gereği mi taşındığına göre yapılmalıdır.

11 Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Yüksek Lisans Tezi Ceyda Erdal Ankara-2019 s 18.

IV-BAGAJ

Yolcular çoğu zaman beraberlerinde götürdükleri eşyaları aracın ayrı bir bölümünde taşınması için taşıyıcıya teslim etmektedirler. Yolcudan ayrı ve taşıyıcının zilyetliğinde taşınan bu tür eşya ve yükler, Türk Ticaret Kanunu anlamında bagaj adını alır. Eğer yolcu, bu yükünü taşıyıcının zilyetliğine bırakmıyor ve yolculuğu sırasında yanında bulunduruyor ise, bu yük “el bagajı” olarak anılmaktadır. Yolcunun beraberinde götürdüğü bagaj ve kişisel eşya ayrı ve bağımsız bir taşıma sözleşmesine konu oluşturmaz.

V-BİLET

Bilet, taşıma sözleşmesinin şekil şartı değil ise de hak aramada önemli bir kanıttır. Nitekim ögretide bilet bir ispat belgesi olarak kabul edilmektedir. Buna göre taşıyıcının yolcuyla biletsiz veya ilgili düzenlemelerde yazılı kayıtları içeren bir bilet vermeden kabul etmiş olması taşıma sözleşmesinin varlığını ve geçerliliğini etkilemez. Bilet taşıma sözleşmesinin kurulması için kurucu unsur değildir.¹²

I)Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yolcu Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

A--Kurallara Uyma Zorunluluğu TTK.906.m

TTK 906. maddesi uyarınca yolcu, taşıyıcı tarafından iç hizmetleri düzenlemek için konulmuş kurallara uymakla yükümlüdür. Nitekim taşıyıcı, yolculuğun düzenli ve güvenli bir şekilde yapılabilmesi için birtakım kurallar koyabilir. Bu kurallar yolculuk sırasında taşıyıcının yükümlüklerini gereği gibi yerine getirmesi açısından yolcunun özen göstermesi gereken kurallardır . Gerçekten de taşıyıcılar özellikle bilet alım, rezervasyon, seferin genel işleyişi, inme, binme, duraklama gibi konularla ilgili olmak üzere bazı düzenlemeler yapabilir. TTK'nın emredici hükmü gereği yolcu, taşıyıcı tarafından konulan bu kurallara uymak zorundadır. Yolcunun iç hizmete ilişkin düzenlemelere uymaması sonucu taşıma sözleşmesinin feshedilmesine kadar gidebilecek yaptırımlar uygulanabilir. Söz konusu kuralların yazılı olması veya önceden kararlaştırılmış olması zorunlu değildir. Hayatın olağan akışı gereği bir takım davranış ve düzen kuralları; hatta bazı örf ve adet kuralları da bu kurallar kapsamında sayılabilir. Buna göre sigara yasağına uymak, kemer takma zorunluluğuna uymak, kalkış saatinde ve mola yerlerinde aracı bekletmemek bu kurallara örnek olarak gösterilebilir.¹³

12 Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Yüksek Lisans Tezi Ceyda Erdal Ankara-2019 s 34.

13 Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Yüksek Lisans Tezi Ceyda Erdal Ankara-2019 s 36-37

2. Seferin Yapılamaması TTK.907.m

Taşıyıcının taşıma sözleşmesinden kaynaklanan asli edimi, taşıma işini gerektiği gibi ve zamanında yapmasıdır. Taşıyıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmesi, taşıma işinin yapılmasına; taşıma işinin yapılması ise ancak yolcunun katılım sağlamış ve taşıyıcının söz konusu seferi gerçekleştirmiş olmasına bağlıdır. Eğer taşıyıcı bu yükümünü yerine getirememiş ise; taşıma, ya mücbir sebeple imkansız hale gelmiş, ya taşıyıcının kusuru ile imkansız hale gelmiş, ya da mümkün olduğu halde yapılmamıştır.¹⁴ *TTK.907madde uyarınca;*

(1) Sefer, taşıma sözleşmesinin yapılmasından sonra fakat hareketten önce ortaya çıkan bir sebep dolayısıyla yapılmamışsa, aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Ölüm, hastalık veya bunun gibi bir mücbir sebep dolayısıyla sefer yapılamamışsa, sözleşme, taraflardan hiçbirine tazmin yükümlülüğü doğurmaksızın kendiliğinden geçersiz olur.

b) Sefer, taşıma aracıyla ilgili olup taşıyıcı için kusur oluşturmayan, iki tarafın da kusurundan doğup yolculuğa engel bulunan veya yolculuğu tehlikeli duruma sokan bir sebep dolayısıyla yapılmamışsa, sözleşme, taraflardan hiçbirine tazmin yükümlülüğü doğurmaksızın kendiliğinden geçersiz olur.

c) Sefer, taşıyıcının fülü veya ihmali sebebiyle yapılmamışsa, yolcu tazminat isteyebilir.

d) Sefer, herhangi bir sebeple yapılmamış ve yolcu da o sefer için saatinde gerekli yerde bulunamamışsa, o seferi izleyen seferlerden birinde, aynı düzeydeki bir araçla ve aynı düzeydeki bir yerde seyahat etme hakkını haizdir; meğerki, bu istemin yerine getirilmesi taşıyıcı yönünden imkânsız olsun veya büyük bir mali yük oluştursun. Yolcuya sefer öneremeyen taşıyıcı bilet ücretinin üç katı tutarında tazminat öder. Seferin yapılamamasında taşıyıcının kusuru yoksa, yolcu aynı şartlarla kendisine önerilen seferi, haklı bir sebep göstermesizin reddederse taşıma ücretini öder.

e) (a), (b) ve (c) bentlerinde anılan hâllerde taşıyıcı, peşin almış olduğu taşıma ücretini geri verir. Hükümünü havidir.

Buna göre, ölüm, hastalık veya bunun gibi bir mücbir sebep dolayısıyla sefer yapılamamışsa, sözleşme, taraflardan hiçbirine tazmin yükümlülüğü doğurmaksızın kendiliğinden geçersiz olur. Bunun sonucu olarak taraflardan hiçbirine herhangi bir sebeple tazminat yükümlülüğü yüklenmemektedir. Yine sefer, taşıma aracıyla ilgili olup taşıyıcı için kusur oluşturmayan, iki tarafın da

14 Bir Tüketici İşlemi Olarak Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Yüksek Lisans Tezi Ceyda Erdal Ankara-2019 s .37

kusurundan doğup yolculuğa engel bulunan veya yolculuğu tehlikeli duruma sokan bir sebep dolayısıyla yapılmamışsa, sözleşme, taraflardan hiçbirine tazmin yükümlülüğü doğurmaksızın kendiliğinden geçersiz olur. Burada taşıyıcıdan kaynaklanmayan; ancak seferin yapılmasını imkansız hale getiren bir halin varlığı zorunludur . Bu gibi durumlarda taşıyıcı peşin aldığı taşıma ücretini iade etmekle yükümlüdür. Yolcunun iradi olarak veya kendi kusurundan kaynaklanan bir nedenle sefere katılmamış olması durumunda yolcunun taşıyıcıdan hak talep etme imkanı bulunmamaktadır. Buna karşılık taşıma, taşıyıcının fiili ya da ihmali nedeniyle yapılamaz ise yolcunun tazminat isteme hakkı vardır. Bu tazminat yolcunun maddi anlamda uğradığı zararlardır.

Anılan maddenin (d) bendine göre, sefer herhangi bir sebeple yapılmamış ve yolcu da o sefer için saatinde gerekli yerde bulunamamışsa, o seferi izleyen seferlerden birinde, aynı düzeydeki bir araçla ve aynı düzeydeki bir yerde seyahat etme hakkını haizdir. Ancak taşıyıcı için yolcuya seferlerden birinde yer vermek olanaksız ise veya taşıyıcı bakımından kabul edilemez bir yük oluşturuyor ise taşıyıcı bu yükümlülüğünden kurtulur. Ancak söz konusu halde, yolcuya sefer öneremeyen taşıyıcı bilet ücretinin üç katı tutarında tazminat öder. Buna göre tazminatın yolcunun tüm zararını karşılaması zorunlu değildir. Seferin yapılamamasında taşıyıcının kusuru yoksa, yolcu aynı şartlarla kendisine önerilen seferi, haklı bir sebep göstermeksizin reddederse taşıma ücretini öder.¹⁵

3. Seferin Gecikmesi TTK.908.m

Daha önceden de belirtildiği üzere, taşıyıcının asli edimi, yüklendiği taşıma işini sözleşmede kararlaştırılan zamanda ve yine kararlaştırılan süre içerisinde yerine getirmektir. Taşıyıcı, taşımanın kararlaştırılan saatinde ve zaman diliminde yerine getirilememiş olması nedeniyle meydana gelecek zararlardan da sorumlu olacaktır. Bu yükümlülüğe aykırı durumlar ise TTK'da; yolculuğun başlangıcında hareketin gecikmesi, yol değiştirme ve zorunlu sebepler olmak üzere üç başlık halinde düzenlenmiştir.

I-Hareketin gecikmesi hali TTK'nın 908 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“MADDE 908- (1) Hareket, duruma ve şartlara göre yolcudan katlanması istenemeyecek bir süre gecikirse, yolcu sözleşmeden cayıp ödediği ücreti ve varsa zararını isteyebilir. Yolcu, gecikmeye rağmen yolculuğu yapmışsa, sadece gecikmeden doğan zararının tazminini dava edebilir. Cayma şekle bağlı değildir; hareket yerinden ayrılma, cayma kabul edilir. Sözleşmeden cayılınsın veya cayılmasın, gecikme nedeniyle doğmuş herhangi bir zarar ispat edilemese bile mahkemece bilet parasının üç misli tazminata karar verilir.”*

15 Gönen Eriş Taşıma Hukuku 2015 s.911

Buna göre, yolcuya belirtilen hareket saatinde taşımanın başlamaması halinde yolcunun şekle bağlı olmayan bir cayma hakkı vardır. Cayma anlamına gelebilecek davranışları da yeterlidir. Yolcunun cayma hakkını kullanması halinde bilet bedeli yolcuya iade edilmekle birlikte yolcuya bilet bedelinin üç katı kadar tazminat ödenir. TTK'nın bu hükmüne göre ayrıca yolcu bu tazminata ek olarak gecikmeden kaynaklı zararlarını da isteyebilecektir. **Bu kapsamda, örneğin,** yolcunun geciken seferi beklerken üşüterek hasta olması halinde de tedavi masraflarının gecikmeden kaynaklanan zararlar kapsamında taşıyıcıdan talep edebileceği kabul edilmektedir .

II-Sefer sırasında Gecikme sefer sırasında da ortaya çıkabilir. **a- yol değiştirme** “MADDE 909- (1) Taşıyıcı, sefer esnasında, tarifede bulunmayan bir yerde durur, sebepsiz yere olağan yoldan başka bir yol izler veya diğer bir şekilde ve kendi fiili sebebiyle gidilmesi amaçlanan yere geç ulaşırsa, yolcu, sözleşmeden cayıp tazminat isteyebilir. (2) Taşıyıcı, yolcu dışında yük de taşıyorsa, yükün boşaltılması için gerekli olan süre için sefere ara verebilir. (3) Bu madde hükümleri sözleşmede aksine hüküm yoksa uygulanır.”

Buna göre taşıyıcı, sefer esnasında, tarifede bulunmayan bir yerde durur, sebepsiz yere olağan yoldan başka bir yol izler veya diğer bir şekilde ve kendi fiili sebebiyle gidilmesi amaçlanan yere geç ulaşırsa, yolcu, sözleşmeden cayıp tazminat isteyebilir. **Ancak bu cayma, yolculuk tamamlanmadan olmalıdır.** Eğer yolcu sözleşmeden caymamış ve geç de olsa yolculuğu tamamlamış ise yolcunun artık sözleşmeden cayamayacağı kabul edilmektedir. Ancak cayma söz konusu olmamakla birlikte, taşıyıcının zarardan sorumluluğu devam eder

b. Zorunlu sebepler “MADDE 910- (1) Sefer; Hükümet emrinden, idari bir tasarruftan, taşımanın yapıldığı aracın onarılması zorunluluğundan veya ansızın çıkıp yolculuğa devamı tehlikeli duruma sokan bir sebepten gecikmişse, iki taraf arasında buna ilişkin bir sözleşme bulunmadığı takdirde, aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Yolcu, engelin kalkmasını veya onarımın sonunu beklemek istemezse, taşıma ücretini, gidilen yol ile orantılı olarak ödeyerek sözleşmeden cayabilir:

b) Yolcu, taşıma aracının hareketini beklerse, sadece kararlaştırılmış ücreti öder. Taşıma ücretine yemek dâhilse durma süresince yemek giderini yolcu yüklenir.”

TTK'nun 910. madde hükmünde, yolculuk başladıktan sonra zorunlu sebeplerden dolayı seferin gecikmesi halinde uygulanacak kurallar düzenlenmiştir. Maddede öngörülen haller konu itibarıyla sınırlıdır. Bir başka ifade ile madde-

de sayılı zorunlu haller dışında kalan haller bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Buna göre maddenin uygulama alanı, yetkili mercii emri, araçta meydana gelen zorunlu tamir veya seyahati engelleyen ani tehlike ile sınırlıdır. Bunlar dışındaki haller zorunlu nedenler olarak kabul edilemez. Burada taşıyıcının kusurunun bulunmaması gerekir.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, yol güzergahındaki bir ülkedeki kolera salgını durumunun bu madde kapsamında sayılan durumlardan biri olarak kabul edildiği ve yolcuların cayma hakkın haiz olduklarının kabul edildiği görülmektedir (HGK 19.11.1976 tarih 1975/11-477 E. 1976/294 K.). Buna karşılık taşıma güzergahında uzun süredir devam eden ve bilinen savaş hali madde kapsamında değerlendirilmemiştir (Yargıtay 11. HD 13.04.1995 tarih 1792 E./3306 K.).

4- Seferin Duraklaması “*MADDE 911- (1) Sefer, taşıma sözleşmesinin kurulmasından ve hareketten sonra duraklarsa, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, aşağıdaki hükümler uygulanır:*

a) Yolcu kendi isteği ile yol üzerinde bulunan bir yerde yolculuktan vazgeçerse ücretin tamamını öder.

b) Taşıyıcı, sefere devamdan vazgeçer veya taşıyıcının kusuru sebebiyle yolcu yol üzerinde bulunan bir yerde inmek zorunda kalırsa, taşıma ücreti ödenmez; ödenmişse yolcu tamamını geri alır. Yolcunun tazminat hakkı saklıdır.

c) Sefer, yolcunun kendisini veya taşıma aracını ilgilendiren ve taşıyıcı için kusur oluşturmayan bir sebepten duraklarsa, ücret, gidilen yol ile orantılı olarak ödenir. Bu hâlde taraflardan hiçbiri diğerine tazminat ödemez.”

Taşıma sözleşmesinin kurulmasından ve seferin başlamasından sonra yolculuğun yapılamaması seferin duraklaması olarak anılmaktadır. TTK'nın 91. hükmü gereği taraflar seferin duraklaması halinde uygulanacak hükümleri sözleşme ile düzenleyebilirler.

5. Bagaj “Taşıyıcının bagajdan doğan sorumluluğu başlıklı TTK'nın 912. maddesi uyarınca “*MADDE 912- (1) Yolcu, bagajı ile el bagajı için, aksine sözleşme yoksa, ayrı ücret ödemez. Taşıyıcı, yolcunun eşyasının zıyanından veya hasara uğramasından Kanununun 875 ilâ 886 ncı maddeleri uyarınca sorumludur: (2) Yolcunun kişisel eşyasından taşıyıcı sorumludur.”*

Söz konusu madde uyarınca, TTK'nun eşya taşımaya ilişkin olarak öngördüğü hükümlerin yolcu taşımada bagajdan sorumluluk hali için de geçerli olacağı kabul edilmiştir. Oldukça yeni tarihli Demiryolu İle Seyahat Eden Yol-

cuların Haklarına Dair Yönetmeliğin 10/6. fıkrasında bagaj için açıklayıcı bir hüküm getirilmiştir. Buna göre demiryolu tren işletmecisi; bagajları ve eşyaları teslim aldıkları andan teslim edinceye kadar, bagajın veya eşyanın tamamen veya kısmen kaybindan, hasara uğramasından, güvenliğini sağlamaktan, teslim alınan şeklini muhafaza etmekten ve taşınmasından sorumludur. Ödenecek tazminat miktarları yönetmeliğin 34-37.maddelerinde sınırlı sorumluluk olarak düzenlenmiştir.

TTK yolcu taşımada yaşanan gecikmelerde bir sınırlı sorumluluk öngörmemiş olmasına rağmen; taşıyıcının bagajdan sorumluluğu hususunda uluslararası düzenlemelere paralel bir sınır getirdiği görülmektedir. **Anılan Kanunun 916/2. fıkrasına göre taşıyıcının bagajdan doğan sorumluluğu iç taşımalarda 500, dış taşımalarda ise 1.000 Özel Çekme Hakkından fazla olmamak üzere sınırlıdır.** (“916/2.m(2) *Taşıyıcının bagajdan doğan sorumluluğu iç taşımalarda 500, dış taşımalarda ise 1.000 Özel Çekme Hakkından fazla olmamak üzere Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca tespit edilir.*”)

Taşıma sözleşmesi bir biçime bağlı değildir. Ancak taşıma sözleşmesinin kanıtlanması bakımından değerine göre yazılı delil gerekir. Taşıma sözleşmesinin örf ve adet uyarınca yazılı biçimde bağlanması gerekmeyen hallerde, taşıma sözleşmesi tanıkla kanıtlanabilir. Böyle bir durumda bagajın teslimi de tanıkla kanıtlanabilir. Taşıma sözleşmesinin yazılı olduğu hallerde, bagajın tesliminin de yazılı olması ve bunun sonucunda da teslimin yazılı olarak kanıtlanması gerekir. Yolculuğun sonunda bagaj yolcu tarafından her nasılsa alınmamış olabilir. Bu durumda taşıyıcı bagajı korumak zorundadır ve uygun süre beklemesi gerekir. Uygun süre geçtikten sonra yolcu yönünden alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.(TBK.106.m)¹⁶

6. Ölüm ve Yaralanma Halinde Taşıyıcının Sorumluluğu Taşıyıcının yüklendiği edim yolculuğun planlanan zamanda başlaması ve belirtilen süre içerisinde gerçekleşmesi ile sınırlı değildir. Aynı zamanda taşıyıcı, yolcunun ulaşacağı yere sağlıklı ve sağ biçimde ulaştırılması ile de yükümlüdür . Nitekim bu yükümlülük TTK'nın 914 üncü maddesinin birinci fıkrası ile de ifade edilmiştir: “*MADDE 914- (1) Taşıyıcı, yolcuları rahat bir yolculukla ve sağlıklı olarak gidecekleri yere ulaştırmakla, özellikle hava, ses, yer ve çevre kirliliğine meydan vermemek için gerekli düzeni kurmakla, gerekli diğer tüm önlemleri almak ve mevzuatta öngörülen kurallara uymakla yükümlüdür.*

(2) *Taşıyıcı, yolcuların kazaya uğramalarından doğacak zararı tazmin eder. Yolcunun kaza sonucunda ölmesi hâlinde, onun yardımından yoksun kalanlar uğradıkları zararın tazminini taşıyıcıdan isteyebilirler. Ancak, taşıyıcı, kaza-*

nın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulur.

(3) Taşıyıcı, bilette belirtilen yerin başka bir kişiye verilmesi, bilette gösterilen araç yerine onunla aynı düzeyde olmayan başka bir aracın sefere konulması, aracın belli saatten önce hareketi nedeniyle yolcunun yetişememesi, taşıma aracında durumun gerektirdiği ilk yardım malzemelerinin ve ilaçlarının bulundurulmaması veya bunlardan derhâl yararlanma imkânının sağlanmamış olması sebebiyle de, ikinci fıkraya göre sorumludur; herhangi bir zarar ispat edilmese bile taşıyıcı bilet parasının üç katını tazminat olarak öder.”

Sağ ve sağlıklı ulaştırma yükümlülüğünün bir yansıması olarak taşıyıcı, yolcunun uğrayacağı zararlardan sorumlu olacaktır. Yolcunun kaza sonucunda ölmesi halinde, onun yardımından yoksun kalanlar uğradıkları zararın tazminini taşıyıcıdan isteyebilirler. Ancak, taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulur.

Buradaki tazminat, Türk Borçlar kanununda düzenlenen ölüm ve bedensel zararlar ile manevi tazminat hükümlerine göre belirlenecektir.

İ-DEMİRYOLU İLE SEYAHAT EDEN YOLCULARIN HAKLARINA DAİR YÖNETMELİK

Demiryolu ile yolcu taşımaya ilişkin diğer bir mevzuat; 8 Mart 2019 gün ve 30708 sayılı yönetmeliktir. Yönetmelik dayanağını, 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 478 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinden almıştır. (ulaştırma Alt Yapı Bakanlığının Görev ve yetkilerine dayanılarak) Ayrıca yönetmeliğin 65.maddesinde;”*Bu Yönetmeliğin hazırlanmasında, 23/10/2017 tarihli ve 1371/2007/EC sayılı Demiryolu Yolcularının Hakları ve Yükümlülükleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü dikkate alınmıştır* “denilmektedir.

Anayasanın 124’üncü maddesinde açıkça vurgulandığı üzere yönetmelik çıkarılabilmesi için yönetmeliğin ilgili olduğu hususların öncelikle bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş olması şarttır. Oysa Yönetmelikte düzenlenen yolcu hak ve yükümlülükleri ile taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin, Yönetmeliğin dayanağı olan 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde pozitif bir düzenleme mevcut değildir.¹⁷

¹⁷ Dr.Nurdan Orbay ortaç Kırıkkale Üni. Hukuk Fak.Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 sorunlar ve çözüm önerileri Bildiri kitabı .yetkin yayınları .s.567

Yönetmeliklerin dayanağı olan kanuna (veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine) uygun olmaları gerekir; yönetmelikle kanunda (veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde) öngörülme­yen düzenlemeler getirilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda, kanaatimizce Yönetmelikte düzenlenecek hususlara ilişkin esaslarının öncelikle bir Kanunla düzenlenmesi isabetli olacaktır.¹⁸

Yönetmeliğin ilgili hükümlerine baktığımızda; Yönetmeliğin 1.maddesi uyarınca, bu Yönetmeliğin amacı; demiryolu ile seyahat eden yolcuların seyahat öncesinde, esnasında, sonrasında ve kendilerini etkileyen kaza ve olaylarda sahip olacakları hak ve yükümlülükleri, bu hakların geçerli olduğu durumları ve yolculara hizmet sunan kuruluşların yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin belirlenmesi ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.

Yönetmeliğin kapsamı, 2.maddede düzenlenmiş olup, “(1) *Bu Yönetmelik hükümleri, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde bir seyahat belgesi ile hizmet alan yolcuları ve onlara hizmet veren demiryolu tren işletmecilerini, acenteleri, gar ve istasyon işletmecilerini kapsar.*

(2) *Bu Yönetmelik hükümleri;*

a) *Ulusal demiryolu altyapı ağundan bağımsız olan şehir içi raylı toplu taşıma hizmetleri ile belli bir işletmenin veya kurumun dâhili yolcu taşıma ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulmuş demiryolu altyapıları üzerinde hizmet alan ve hizmet verenleri,*

b) *Ulusal demiryolu altyapı ağundan bağımsız olan altyapılar üzerinde, turistik, tarihi, eğlence, müze sergilemesi, gösteri ve benzeri amaçlarla hizmet alanları ve hizmet verenleri,*

c) *Ulusal demiryolu altyapı ağında yapılan banliyö taşımacılık hizmetlerini kapsamaz.”* Denilmiştir.

Yönetmeliğin 19.maddesi genel sorumluluğu düzenlemiştir. Buna göre ; “(1) *Demiryolu tren işletmecisi, kendisiyle taşıma sözleşmesi yapan her yolcuya veya göndericiye bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ve taahhüdünü yerine getirmek zorundadır.*

(2) *Demiryolu tren işletmecisi;*

a) *Yolcunun trene binış veya trenden iniş esnasında veya trende bulunduğu*

18 Dr.Nurdan Orbay ortaç Kırıkkale Üni. Hukuk Fak.Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 2021 sorunlar ve çözüm önerileri Bildiri kitabı .yetkin yayınları .s.568

sırada ölümüne veya herhangi bir bedensel zarara uğramasına neden olan kazalardan,

b) Bagajın veya eşyanın; taşıma esnasında, trende, istasyonda veya istasyon dışında muhafaza ve nezareti altında bulunduğu süre içerisinde kayıp veya zarara uğramasından sorumludur.”

Yönetmeliğin 25. maddesinde yolcunun ölümü halinde tazminat, 26. maddesinde yaralanması halinde tazminat ve 27. maddesinde ölüm ve yaralanma halinde tazminatların şekli ve tutarına ilişkin hükümler öngörülmüştür. Ancak belirtmeliyiz ki, bu hükümler zaten Borçlar Kanunu’nda yer alan genel hükümler olup yönetmelikte yer almaları hatalı olmuştur.

Ölüm ve yaralanma halinde tazminatların şekli ve tutarı yönetmeliğin 27.maddesinde; “(1) 25 inci maddenin birinci fıkrasında (25/(1) **Yolcunun kaza veya olay nedeniyle ölümü halinde tazminatlar; a) Yapılan cenaze giderleri, b) Ölüm hemen gerçekleşmemişse, tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpları içerir.**) ve 26 ncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde (26/(1) a) **Tedavi ve yol masraflarının,**) öngörülen tazminatlar nakden ödenir.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasına göre tahsis edilecek tazminatların miktarı **genel hükümlere göre belirlenir.**” şeklinde,

Bagaj ve eşyalara yönelik sorumluluklar 31.maddesinde; “(1) Demiryolu tren işletmecisi, bagajların ve eşyaların kendisi tarafından teslim alınıp yolcuya veya alıcıya teslim edilene kadar geçen sürede bunların tamamen veya kısmen kaybolmasından, hasara uğramasından ve geç teslim edilmesinden doğan zarardan sorumludur.” Şeklinde,

Bagaj, el bagajı, evcil hayvan ve araçların kaybolması veya hasarlanması halinde tazminat sınırı 32.maddesinde; ” (1) Demiryolu tren işletmecisi, 30 uncu maddeye göre sorumlu olduğunda, yolcu başına el bagajı için kilogramı başına otuz Türk Lirası ve en fazla üçyüzaltmış Türk Lirasına, evcil hayvanlar için en fazla binsekizyüz Türk Lirasına, araçlar için ise yolcu başına en fazla yedibin Türk Lirasına kadar olan zararı tazmin etmek zorundadır.

(2) Demiryolu tren işletmecisi, 31 inci maddenin birinci fıkrası gereği sorumlu olduğunda, yolcu başına bagaj veya eşya için kilogramı başına otuz Türk Lirasına ve en fazla ikibinyüz Türk Lirasına kadar olan zararı tazmin etmek zorundadır.

(3) İlgili kişilerin genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.” Şeklinde düzenlenmiş olup, **Sorumluluktan muafiyet ise 33.maddesinde;** “(1) Demir-

yolu tren işletmecisi, yolcunun gümrük veya diğer idari makamların talimatlarına uymamasından doğan zarar nedeniyle yolcuya karşı sorumlu değildir.

(2) Demiryolu tren işletmecisi, kendisinin ve çalışanlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa, zarardan sorumlu değildir.” Şeklinde, **bagajların ve eşyaların kayıp karinesi 34.maddesinde** “(1) Hak sahibi bu Yönetmeliğin 18 inci maddesinin dördüncü fıkrasına uygun olarak yapılan bagaj/eşya teslim talebini izleyen ondört gün içinde demiryolu tren işletmecisi tarafından teslim edilmemesi veya emrine verilmemesi halinde, başka deliller göstermek zorunda kalmaksızın bir bagajı veya eşyayı kaybolmuş sayabilir.” Şeklinde, **Bagaj ve eşyaların kaybı halinde tazminat 35.maddesinde** ” (1) Bagaj veya eşyaların tamamen ya da kısmen kaybolması halinde, demiryolu tren işletmecisi diğer tüm tazminatlar hariç olmak üzere, bagaj veya eşya brüt ağırlığının eksik kilogramı başına otuz Türk Lirasına ve en fazla *ikibinyüz* Türk Lirasına kadar olan zararı tazmin etmek zorundadır.” **Bagaj veya eşyanın hasarı durumunda tazminat ise 36.maddesinde** ”(1) Demiryolu tren işletmecisi, bagaj veya eşyaların hasarlanması halinde, diğer tüm tazminatlar hariç olmak üzere, bagaj veya eşyaların değer kaybına eşit bir tazminat öder.

(2) Bu tazminat;

a) Bagaj veya eşyanın tümü hasardan dolayı değer kaybetmişse, tamamen kaybolması halinde ulaşabileceği tutarı,

b) Bagaj veya eşyanın yalnızca bir kısmı hasardan dolayı değer kaybetmişse değer kaybına uğramış kısmın kaybolması halinde ulaşabileceği tutarı aşamaz.” Şeklinde düzenlenmiştir.

Demiryolu taşımacısının sorumluluk sınırı hakkının düşmesi 38.maddesinde “(1) Bu Yönetmelikte öngörülen sorumluluk sınırları, demiryolu tren işletmecisinin böyle bir zarara sebebiyet verme niyetiyle veya böyle bir zararın meydana gelebileceğini farkındayken yaptığı bir fiilden veya ihmalden kaynaklandığı kanıtlanırsa uygulanmaz.” Şeklinde, **Demiryolu tren işletmecisinin sorumlu olduğu kişiler de 39.maddesinde**, “(1) Demiryolu tren işletmecisi, görevlerinin icrası çerçevesinde hareket ettikleri sürece çalışanlarından ve hizmetine başvurduğu diğer kişilerden sorumludur. Üzerinde taşımının yapıldığı demiryolu altyapı işletmecisi, taşımının icrası için demiryolu tren işletmecisi tarafından hizmetine başvuru olan diğer kişiler olarak kabul edilirler.” Şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında, **genel haklar başlıklı 43.maddesinde**, “(1) Yolcuların diğer kanun ve düzenlemelerden doğan tazminat talep etme

*hakları saklıdır. Bu Yönetmelik kapsamında ödenen tazminat söz konusu tazminattan mahsup edilebilir.”*denilmiştir.

Yönetmelikte taşıyıcının sorumluluğu kural olarak sınırlı sorumluluk esasına tabi kılınmıştır. (bkz. m. 32, 35, 37). Taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin getirilen sınırlamaların miktarları Türk lirası cinsinden belirlenmiştir. Oysa son yıllarda Türk hukukunda iç hat taşımalarına ilişkin birçok düzenlemede uluslararası sözleşmelerle yeknesaklık sağlanması amacıyla tazminat miktarlarının hesaplanmasında, özel bir hesaplama birimi olan Özel Çekme Hakkının²⁸ esas alındığını görüyoruz (örneğin; TTK m. 864, 882, 916, 1256; aynı şekilde TSHK m. 124’te uluslararası sözleşmelere yapılan atıf gereği havayolu ile taşımalarda da tazminat miktarı Özel Çekme Hakkı esas alınarak hesaplanmaktadır.). Aynı uyumun demiryolu taşıyıcısının sorumluluğuna dair hükümlerde de sağlanması isabetli olacaktır.¹⁹

Sonuç olarak; Demiryolu ile taşımalarda taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılırken uluslararası düzenlemelerle yeknesaklık sağlanması amacıyla sorumluluk miktarlarının Özel Çekme Hakkı esas alınarak belirlenmesi isabetli olacaktır. Zira bu amaca hizmet edebilmesi için hem Türk Ticaret Kanununda hem de Türk Sivil Havacılık Kanununda taşıyıcının/taşıyanın sorumluluğunun miktarı özel çekme hakkı cinsinden belirlenmiştir.²⁰

K. ZAMANAŞIMI

“MADDE 855- (1) Bu Kitap hükümlerine tabi taşımalarda, yolcunun bir kaza sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğü zedeleyen bir zarara uğraması hâlinde istem hakları on yılda; diğer zararlar ise bir yılda zamanaşımına uğrar. (2) Bu süre, eşya taşımada, eşyanın gönderilene teslimi; yolcu taşımada, yolcunun varma yerine ulaşma tarihinden başlar. Eşya tamamen zayı olmuş veya yolcu gideceği yere ulaşamamış ise, zamanaşımı süresi, eşyanın teslimi ve yolcunun ulaşması gereken tarihten itibaren işlemeye başlar. (3) Rücu haklarına ilişkin zamanaşımı, rücu alacaklısının, zararı ve rücu borçlusunu öğrendiği tarihten itibaren, üç ay içinde zarar hakkında rücu borçlusuna bildirimde bulunmuş olması şartıyla; rücu alacaklısına karşı mahkeme kararının kesinleştiği günden, kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmayan hâllerde ise, rücu alacaklısının borcu ifa ettiği tarihten itibaren işlemeye başlar. 11161 (4) Gönderen veya gönderilen, taşıyıcıya karşı olan haklarını, bir yıl içinde 18

19 Dr.Nurdan Orbay ortaç Kırıkkale Üni. Hukuk Fak.Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 sorunlar ve çözüm önerileri Bildiri kitabı .yetkin yayınları .s.578

20 Dr.Nurdan Orbay ortaç Kırıkkale Üni. Hukuk Fak.Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 sorunlar ve çözüm önerileri Bildiri kitabı .yetkin yayınları .s.580

inci maddenin üçüncü fıkrasına uygun şekilde istemiş olmaları şartıyla, def'i olarak her zaman ileri sürebilirler. (5) Taşıyıcının kastından veya pervasızca bir davranışıyla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinden veya ihmalinden dolayı; a) Eşya ziyaa, hasara uğramış veya geç teslim edilmişse, b) Yolcu geç ulaşmışsa, taşıyıcının sorumluluğu üç yılda zamanaşımına uğrar. (6) 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunundaki zamanaşımı hükümleri saklıdır.”

TTK'nın zamanaşımını düzenleyen 855 inci maddesinin birinci fıkrasında yolcunun bir kaza sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğü zedeleyen bir zarara uğraması halinde istem hakları on yılda; diğer zararlarda ise bir yılda zamanaşımına uğrayacağı düzenleme altına alınmıştır.

Zamanaşımı başlangıç tarih ise, anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca yolcu taşınmasında, yolcunun varma yerine ulaşma tarihinden; yolcu gideceği yere ulaşmamış ise, yolcunun ulaşması gereken tarihten itibaren işlemeye başlar. Buna karşılık anılan maddenin beşinci fıkrası uyarınca taşıyıcının kastından veya pervasızca bir davranışıyla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinden veya ihmalinden dolayı yolcu geç ulaşmışsa, taşıyıcının sorumluluğu üç yılda zamanaşımına uğrar.

KARAYOLU TAŞIMACILIK SEKTÖRÜNDEKİ ŞOFÖRLERİN İŞÇİLİK ALACAKLARIYLA İLGİLİ UYUŞMAZLIKLAR

Av. Çiğdem MUMCUOĞLU

Giriş

Ülke ekonomimiz açısından hayati öneme sahip sektörlerin başında Karayolu taşımacılığı gelmektedir. Taşımacılık; bir yükün ya da yolcunun bir yerden başka bir yere ücret karşılığında anlaşılan süre içerisinde gecikmeksizin kayıp ve hasar olmaksızın ulaştırılması ya da teslimidir.

Bu genel tanımdan da anlaşılacağı üzere, şoförler bu sektörün en önemli çalışanlarından birisidir. Hal böyle iken, işverenler ile şoförler arasındaki işçilik alacaklarına ilişkin binlerce dava dosyası her yıl yargı organlarının önüne gelmektedir. O zaman bu denli önemli bir çalışmanı ile nakliyeciler arasındaki anlaşmazlıklar nereden kaynaklanmaktadır?

Bu soruyu yanıtlamadan önce şoför ve sürücü arasındaki ayrımı ortaya koymak gerekir ki bu terimler karıştırılmasın;

- Sürücü: Karayolunda, motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişidir. (Değişik 17/10/1996 – 4199/1 md.)
- Şoför: Karayolunda, ticari olarak tescil edilmiş bir motorlu taşıtı süren kişidir. (Ek: 17/10/1996 – 4199/1 md.)

Sorumuza dönersek, anlaşmazlığın temelinde, ücret alacağının yatmakta olduğunu görüyoruz. Anlaşmazlık konusu ücret olunca, ücrete esas olan kıdem, ihbar, hafta tatili, yıllık izin, UBGT ve fazla çalışma gibi işçilik alacakları da tartışmalı hale gelmektedir.

Uzun yol şoförleri yurt içi ya da yurt dışı seferi olmak üzere iki farklı şekilde çalışabilmektedirler;

- Yurt içi taşımalarda hizmet veren tır şoförü, otobüs şoförü veya kamyon şoförleri açısından işveren ile yapılacak sözleşme gereği sabit ücret alınabileceği gibi sabit ücrete ek olarak, sefer primi diye adlandırılan gidilen mesafeyle orantılı ek ödeme ya da kilometre başına yapılan ödeme şeklinde de alınabilmektedir.

- Yurt dışı uzun yol şoförlerine gelince; ücret konusu genellikle asgari ücret ve sefer primi şeklinde belirlenir. Uygulamada ise kimi işverenler asgari ücret ödemeksizin sadece yapılan sefere ilişkin ücret verebilmektedir. Bu gibi durumlarda uzun yol şoförünün aldığı ücret sadece sefer primlerinden oluşmaktadır. Sefer primi olarak adlandırılan husus, gidilen yere göre farklılık göstermekle birlikte, sefer sırasında ödenen yol geçiş ücretleri, yakıt giderleri gibi masraflardan bağımsızdır. Bu tür harcamalar, harcırah olarak kabul edilip sefer sonunda belgelenecek işverenden tahsil edilmektedir. Fakat sefer primi salt uzun yol şoförüne ödenecek ücreti niteliğini ifade eder.

Bu ayırım neden önemlidir? Çünkü işveren genelde işçinin ücretini asgari ücretten bordroda gösterdiği için yıllık izin, fazla çalışma, hafta tatili, UGBT, kıdem ve ihbar tazminatına esas ücretini hesaplarken sefer prim ücreti bordroda yer almadığından eksik ödeme söz konusu olmaktadır. İşverenin sefer primlerini eksik yatırması veya sefer primlerinde kesinti yapılması da sıklıkla karşılaşılan, ücrete ilişkin anlaşmazlıklardan birisidir.

Uzun Yol Şoförünün Ücreti Nasıl Hesaplanır?

Sefer primlerinin hesaplanmasındaki anlaşmazlıklarda, işçinin sefer sayıları yurt dışı giriş ve çıkış kayıtları emniyet birimlerinden talep edilir ve bu bağlamda sefer sayıları ortaya çıkarılabileceği gibi gidilen mesafe de ölçülebilir. İşveren ve şoför ortaya koyacakları deliller ile durumun çözümünü sağlayamazlar ise, ilgili meslek kuruluşları ücret araştırması yapabilmektedir.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu; yurt içi ya da yurt dışı sefer yapan tır şoförlerinin her sefere çıktıklarında ödenen paranın, yolluk-harcırah-prim niteliğinde olup olmadığı; kıdem tazminatına ve prime esas kazancın hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusunda içtihat birliğine gidilmesine gerek görmedi.

Yıllık İzin Hakkı

Yıllık izin, işçinin ücretli olarak dinlenme hakkını ifade eder. Burada yıllık izinde işçinin, çalıştığı zamandaki ücretini alması gerekir. Asgari ücret ve sefer primi şeklinde ücretlendirilen uzun yol şoförlerinde ise, yıllık izin hakları kullanılırken alınacak ücret, asgari ücret ve yıllık sefer primi ortalaması şeklinde olmalıdır. Bu durumda yıllık izinde yalnızca asgari ücret hesaplanarak izin kullandırılması yanlış olacaktır. Aşağıda yer alan karar bu konuyu çok iyi özetlemektedir.

“Asgari ücretle birlikte gidilen ülkeye göre sefer primi alan tır şoförü yıllık izin hakkını kullandığı dönemde kendisine ödenmesi gereken ücret asgari ücretle sınırlı değildir.

Yıllık izin hakkı Anayasal temeli olan dinlenme hakkı olmakla çalışılmayan dönemde de işçi ücretini tam olarak almalıdır. Bu anlamda yıllık izinde geçen sürede işçiye salt asgari ücretin ödenmesi halinde, işçinin dinlenme hakkını kullanabileceğinden söz edilemez. Sefer primi ortalamalarına göre işçinin izinde geçen süreye ait ücret hakları sağlanmalıdır. İş sözleşmesinin feshinde işçinin kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretleri de sefer primi eklenmiş ücret üzerinden hesaplanarak ödenmelidir. (Yargıtay 7.H.D. 28.03.2013 gün, 2013/1623 E, 2013/4798 K.)”

Yıllık izin hakkı, yazılı delil ile ispatlanmalıdır. İspat yükü işverendedir. Davacı işçi uzun yıllardır aynı iş yerinde çalışıyor olmasına rağmen hiç izin kullanmadığını iddia ediyorsa, o takdirde, mahkeme tarafından davacı asil huzura alınarak, bu konuda kendisine soru sorulur. Bu bir isticvap değildir. Asil yoksa, vekilde cevap verebilir, Yemin için açıkça delil olarak dilekçede bildirilmesi gerekmektedir. Davalı yıllık izin konusunda yemin teklif edebilir.

Uzun Yol Şoförünün Fazla Çalışma Ücreti

- Ücret bordrolarında imzalı fazla çalışma tahakkuku varsa aksi ancak yazılı delil ile ispatlanır.
- Bordroda imza ile birlikte işçi ihtirazı kayıt koymuşsa aksi her türlü delil ile ispat edilir.
- Düşük ücretten tahakkuk varsa yada göstermelik bir tahakkuk varsa aksi her türlü delil ile ispatlanır.
- Yargıtay Yeni 9.HD. İlke kararına göre; İşçinin bordroda imzası yok ama düzenli olarak fazla tahakkuk ile birlikte ücret bankaya yatıyor ise aksi her türlü delil ile ispat edilebilir, eskiden yazılı delil isteniyordu.

Takometre kayıtları varsa tanık deliline bakılmaz. Yurt dışına sefer yapan tır şoförlerinin fazla çalışma yaptıklarını ve hafta tatillerinde çalıştıklarını yazılı delille ispatlamaları gerekir.

“Avrupa ülkelerinde hafta tatili günlerinde tır trafiği yasak olduğu için Avrupa ülkelerine sefer yapan tır şoförleri için salt tanık beyanları ile hafta tatili çalışmalarının ispatı mümkün değildir. (Yargıtay 9.H.D. 2011/16868 E, 2013/17242 K.; Yargıtay 9.H.D. 03.05.2013 gün, 2011/7424 E, 2013/13347 K.)”

Yurt dışı sefer yapan tır şoförünün yurt dışında olduğu sırada bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı yazılı delil veya şahit beyanları ile ispatı mümkündür. Yasa gereği şoför en fazla 9 saat araç kullanır, sürekli olarak 4.5 saat 45 dakika ara dinlenmesi vardır. Bu 45 dakikayı isterse 15 er dakikalık molalar

halinde kullanılabilir. Günlük çalışma süresi 11 saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğinden bu süreyi aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamaz.

“Yurt içinde çalışan tır şoförünün hafta tatili ile bayram ve genel tatillerde çalıştığını her türlü yazılı delil veya tanıklarla kanıtlanması mümkündür. Ancak ulusal trafik kurallarına göre günde belli bir saat araç kullanma zorunluluğu sebebiyle fazla çalışma yapıldığının inandırıcı delillerle ispatı gerekir. (Yargıtay 22.H.D. 24.06.2013 gün, 2012/ 25400 E, 2013/ 15235 K.)”

“Takometre kayıtlarının sunulması halinde konunun uzmanı bilirkişi marifetiyle inceleme yapılarak kayıtlara üstünlük tanınmalıdır. (Yargıtay 9.H.D. 13.06.2013 gün, 2011/ 17536 E, 2013/ 18349 K. ; Yargıtay 22. H.D. 21.05.2013 gün, 2013/ 10623 E, 2013/ 11943 K.)”

Yargıtay tarafından çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarının yüksek çıkması halinde hakkaniyet indirimine gidilmesi her ne kadar istikrarlı uygulama halini almış ise de, fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelerle ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmektedir.

Asgari ücret ve prim esaslı ile çalışan uzun yol şoförünün fazla çalışma ücreti hesaplanırken, fazla çalışma ücretinin normal zamsız kısmı prim olarak ödenmiştir. Bu nedenle burada fazla çalışılan ücret sadece %50 zamlı olarak ödenecektir. Ancak asgari ücret için hesaplamada fazla çalışma %150 olarak hesaplanması gerekir.

Tanık

Tanık fazla çalışma konusunda tanıklık edecekse aynı dönemde çalışıyor olması gerekir. Çalışma sürelerinin ispatı konusunda tanık deliline ihtiyatlı yaklaşmak gerekir.

İlke kararı: Husumetli tanığın beyanlarına yan delil yada olgularla desteklendiği takdirde itibar edilir;

- Davalı tanık anlatımı ile husumetli tanığın anlatımları birbirini doğruluyorsa,
- İş müfettişinin düzenlediği tutanak yada raporlarla fazla çalışma saptanmışsa,
- Husumetli tanığın kendi açtığı dava da fazla çalışması kesinleşmiş ise,

artık husumetli tanığın beyanlarına itibar edilecektir. İhtarname göndermiş ama dava açmamış olan tanık, husumetli tanık değildir.

Hafta Tatili ve UBG T Alacakları

İlke kararı: İstifa eden işçi fazla çalışmasının ödenmemesi nedeniyle istifa ettiyse sonradan hafta tatiline bunu dönüştürebilir ancak UBG T'ye dönüştüremez. Hafta tatili çalışmaları fazla mesai olarak kabul edilemez. Bu nedenle 270 saatin içinde değildir.

Hafta tatili ve UBG T günlerinde işçi çalışmış ise karşılığı serbest zaman olarak kullanılamaz.

Örneğin; işçinin aylık 9000 TL brüt ücret karşılığı çalıştığını var saydığımızda; işçi 23 Nisan günü çalışma yapmaması halinde o güne ilişkin ücretini (₺9000 / 30 gün = ₺300) tam olarak alacaktır. Çalışma yapması halinde ise ücreti %100 zamlı olarak (₺300 + ₺300 = ₺600) alacaktır.

Hafta Tatili Alacağı Nasıl Hesaplanır?

Yüzde 50 artırımlı hesaplanan ücret, 1 günlük ücret alacağı üzerine ilave edilmelidir. Hafta tatili günü çalışan işçi çalışmasa dahi 1 günlük ücreti alacağından, çalıştığı zaman 1,5 günlük ücret daha alacaktır ve kendisine hafta tatili çalışması için toplamda 2,5 günlük ücret ödenecektir.

Hafta tatilinde işçinin 1 saatlik çalıştırılması halinde dahi ücretinin tam olarak ödenmesi gerektiği yargı kararları ile sabittir. Bu anlamda işverenler açısından işçinin 1 saat veya 7 saat çalışması arasında bir fark olmamakta, günlük ücreti zamlı olarak ödenecektir.

Belirsiz Alacak Davası

Fazla çalışma, UBG T ve hafta tatili belirsiz alacak davası olarak açılır. Kıdem, ihbar, yıllık izin, temel ücret davaları belirsiz alacak olarak açılmaz. Ancak; iş yerinde aynı yardımlar veriliyorsa ve bunların parasal karşılığının işçi tarafından belirlenmesi beklenmeyeceğinden giydirilmiş brüt ücret nedeniyle belirsiz alacak davası olarak açılmak zorundadır.

Davacı mutlaka dava dilekçesinde belirsiz alacak davası demesi yada HMK 107 ye dayanması gerekir yoksa kısmi dava olarak kabul edilir. İslahla dava türü değiştirilemez. Belirsiz alacak davası kısmi davaya kısmi dava belirsiz alacak davasına dönüştürülemez.

Davanın Somutlaştırılması

HMK 119, dava dilekçesinde ücret ve diğer sosyal haklar şeklinde talepte bulunulmuş ama bu hakların neler olduğu dilekçeden anlaşılamaması durumunda salt davacı tanık beyanları ile bunlar eklenemez. Bu durumun istisnaları ise;

- Davalı tanıkları işverenlikte öğlenleri yemek verilir şeklinde bir beyanda buldularsa,
- İşverenden sadır olan delillerle bu hak açıkça görülüyorsa,

Kalem kalem belirtilmese de mahkeme bu konuda karar verebilecektir. Ancak davacı dilekçesinde; benim ücretim 5000 TL ayrıca yol yardımı alırdım başkaca da bir hakkım yoktu şeklinde beyanda bulduysa, taleple bağlılık kuralı gereği diğer sosyal hakların varlığı ispatlansa dahi mahkeme bunlar hakkında bir karar vermeyecektir.

Hükümler

Kara taşımacılığı işinde faaliyet gösteren işverenler ile şoför olarak çalışanların uygulanacak maddi hukuka ilişkin normatif hükümler, Anayasa temel olmak üzere;

1. 4857 sayılı İş Kanunu (Bu kanunun 120. Maddesi yollaması ile halen yürürlükte olan kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesi.

1. Borçlar Kanunu, genel kanun olduğundan boşluk bulunması ve 4857 sayılı İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde uygulanacaktır.

2. İş yerinde sendikal örgütlenme ve toplu iş sözleşmesi imzalanması durumunda 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Kanunu.

3. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu.

4. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu.

5. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu.

6. Uluslararası Sözleşmeler;

a. Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Yapan Taşıtlarda Çalışan Personelin Çalışmalarına İlişkin Avrupa Anlaşması (AETR KONVANSİYONU) 5 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşme Türkiye dahil 43 ülkeyi kapsamakta ve Uluslararası taşımacılıkla iştigal eden araç sürücülerinin korunmasını, Trafik güvenliğinin artırılmasını amaçlamaktadır.

Yönetmelikler;

a. Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Yapan Araçlarda Kullanılan Takograf Cihazları Hakkında Yönetmelik.Yönetmeliğin AETR KONVANSİYONU'nu esas alınarak hazırlandığı açıktır. Özellikle şoförlerin sürüş ve dinlenme sürelerini açıkça düzenlediklerinden, tır şoförlerinin mesai ve tatil ücretlerinin belirlenmesinde Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca iç hukuku normu halinde

gelen AETR KONVANSİYONU (sözleşme) ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin öncelikle uyumsuzluklarda uygulanması kaçınılmazdır.

b. Karayolu Taşıma Yönetmeliği, bu yönetmeliğin 32 ila 35. Maddeleri taşıma işlerinde istihdam edileceklerin hakları, nitelikleri ve çalışma ve dinlenme sürelerinde tabii olacakları mevzuat açıkça belirtilmiştir.

Kaynakça

1. Kar Bektaş, İş Yargılaması Usulü
1. Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması
2. Karayel Muzaffer, İş Hukuku Uygulamaları ve Nitelikli Hesaplamalar
3. Yargıtay 9.HD. 20.09.2020 tarihli ilke kararları

DEPO VE ANTREPO SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN HAK VE SORUMLULUKLARI

Av. Burcu ÇOTUKSÖKEN

İstanbul Barosu Lojistik ve Taşıma Hukuku Komisyonu
Başkan Yardımcısı

Depo ve antrepo faaliyetlerinin son yıllarda giderek arttığını ve geliştiğini gözlemliyoruz. Özellikle e-ticaretin hayatımıza girmesi, malların stoklanması ihtiyacı ve depoculuk faaliyetinin beraberinde gelişen tedarik zincirinin de bir parçası haline gelmesi depoculuk faaliyetinin önemini giderek arttıran faktörler arasında olmuştur.

Depoculuk faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi esnasında da ortaya çıkan uyumsuzluklarda taraflar arasındaki sözleşmelerin düzenlenmesi ve tabii ki yine tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinin büyük önem arz ettiğini ifade etmek gerekir.

Buradan yola çıkarak öncelikle depo kavramı üzerinde durmak yerinde olacaktır. Depo; tedarik zinciri içinde, malzemelerin, çeşitli amaçlarla ve değişik dönemlerde kullanılmak üzere korunması ve stoklanması amacıyla istiflendiği, saklandığı ve malzeme tipine göre tasarlanmış, farklı boyutlarda ve özelliklerde olabilen, kapalı veya açık alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Depolar, gelecekte yönetim anlayışında salt ürünlerin saklandığı yerler olarak algılanırken, günümüzün tedarik zinciri yönetimi anlayışında satışa destek yerler olarak da görülmektedir.

Depolar, genellikle korumaktan çok bir akış noktası haline gelmektedir. Çünkü firmaların artık stok hakkında bilgi vermek, küçük miktarlı sevkiyat ve depoyu birleştirme amaçlı kullanma eğilimleri artmaktadır. Depo, ürünlerin zamana bağlı taleplerine uygun bir şekilde boşaltma ve yükleme işlemleri arasındaki zaman diliminde bekletildikleri, korumalı bir alandır.

Depolar birer maliyet kaynağı gibi görünseler de ürünlerin bulunabilirliği için büyük önem taşıyan tesislerdir. Dolayısıyla mal ve hizmet üreticileri ürünlerinin bulunabilirlik oranını yükseltmek, hedeflenen müşteri hizmet düzeyine ulaşabilmek için çeşitli bölgelerde, çeşitli kapasitelerde depo kullanmaktadırlar.

Eskiden depo kavramından, içine az veya çok sayıda ürün veya hammad- denin saklandığı, korunduğu yerler anlaşılırdı. Depo kayıtları çoğunlukla elle yürütülürdü. Bu kayıtlara göre var gözüken bir malın depoda bulunmayışı veya kayıtlarda yok gözüken bir malın fiziksel olarak bulunması durumları ile karşı- laşılırdı. Ürün bulunana dek geçen süre içerisinde zaman kaybı ya da raf ömrü dolmasından dolayı hurdaya ayırma gibi olaylarla karşılaşılırdı. Bu nedenle sıklıkla sayım yapmak gerekirdi.

Günümüzde depolar malı saklamak ve korumak işlevinin yanında malı özel- liklerine, müşteri tiplerine ve sözleşme esaslarına göre sınıflandırmak, kalite kontrol, ambalajlama, barkod ve etiketleme yaparak sevkiyata hazır hâle getir- mek ve bilgisayar ortamında stok hareketlerinin kaydını tutmak ve gönderen, alıcı, müşteri, üretici vb.. ile iletişimi gerçekleştirmek gibi işlemleri de içere- mektedir.

Saklama (Depo) sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda 561-580 maddeleri arasında düzenlemiş bulunmaktadır.

Saklama Sözleşmeleri MADDE 561- Saklama sözleşmesi, saklayanın, sak- lananın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir.

Açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, sakla- yan ücret isteyebilir. Saklama sözleşmesinde saklayanın borçları; yine borçlar kanununa göre kendisine teslim edilen malı kullanma yasağı ve süre sonunda geri verme borcudur. Saklayan, saklatandan izin almadığı müddetçe saklanıla- nı kullanamayacaktır. Bu izin sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi sözleşme kurulmasından sonra tarafların anlaşması ile de kararlaştırılabilir. Saklayanın; saklanılanı geri verme zorunluluğu bulunmaktadır. Sözleşme ile saklama süresi kararlaştırılmış olsa dahi saklananın talebi üzerine saklanılan geri verilmelidir. Bu halde saklayan; yapmış olduğu masrafları talep edecek ve sonrasında sakla- nılanı geri verecektir. Saklama sözleşmesinde süre kararlaştırılmış ise saklayan; bu süre dolmadan önce saklanılanı geri veremez. Geri vermeme hükmünün tek istisnası ise şudur; saklayan, öngörülemeyen durumlar dolayısıyla sözleşmenin devamı saklanan için tehlikeli veya kendisi için zararlı olursa, belirlenen süre- nin sona ermesinden önce saklama konusu eşyayı geri verebilecektir.

Burada ifade etmeliyiz ki, sözleşme ile süre kararlaştırılmaması halinde sak- layan saklanılanı her zaman geri verebilecektir. Kanun koyucu saklanılanın geri verileceği yeri saklanılan yer (depo) olarak öngörmüştür. Taraflar sözleşme ile geri verme yerini tayin edebilecektir.

Kanun koyucu, ticari malların saklanması da ayrı olarak hükme bağlamıştır. TBK madde 571 ile madde 575 arasında düzenlenen “*Ardiyeciye bırakma*” ticari malların saklanması ifade etmektedir. Ardiye kavramı, eşya veya malların korunduğu yer anlamına gelir. Ardiyeciyi eşya ve malları koruyan olarak ifade edebiliriz. Saklama sözleşmesinin taraflarından olan saklayan bu durumda ardiyeci olarak adlandırılacaktır.

Ardiyecinin saklama borcu MADDE 572- Ardiyeci, kendisine bırakılan malları bir komisyoncu gibi özenle saklamak ve mallarda ayrıca önlem alınmasını gerektiren bir değişiklik olursa, durumu imkân ölçüsünde saklatana bildirmekle yükümlüdür. Ardiyeci, saklatana, malların durumunu incelemesi ve örnek alması için, alışılmış iş zamanlarında; gerekli koruma önlemlerini alabilmesi için de her zaman izin vermek zorundadır.

Depocunun hak ve sorumluluklarına ilişkin örnek birkaç Yargıtay kararına bakacak olursak;

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E. 2015/7514 K. 2015/9234 tarihli saklama sözleşmesinden kaynaklı tazminat talepli dava, davacı tarafından saklanmak üzere davalıya teslim edilen emtianın davalı tarafından dökülmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin kışın satmak için aldığı 82.504 kg portakalı davalıya deposunda saklaması için teslim ettiğini, davalının portakalları çürüdüğü gerekçesiyle çöpe attığını, imha ettiğini müvekkilinin davalının kusuru nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek zararının tazminini talep etmiştir.

Davalı vekili, dava konusu portakalların davacı tarafından satılmadığından Ekim ayı ortalarına kadar depoda tutulduğunu ve yaşlanmaya bağlı çürüme sebebi ile atıldığını, davacının mallarını süresinde almadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının piyasadan satın aldığı 82,504 kg portakalı davalının çalıştırdığı soğuk hava deposuna teslim ettiği, portakalların muhafazası için davalı tarafından ilaçlama ve muamlama hizmetinin yapıldığı net 80.000 kg portakalın depoda muhafaza edilmeye başlandığı, davacının bu iş için davalıya 22.000,00 TL kira ödediği, dava konusu portakallar için davacının piyasaya 65.000,00 TL tutarında çeklerle ödeme yaptığı, portakalların 6.000 kg'lık kısmının soğuk hava deposundan satılmak için sevk edildiği, davalı tarafından kalan portakalların çürüdüğünden bahisle 23/10/2012 tarihinde imha edildiği, davalının imha ettiği portakalların çürümeye başladığına dair mahkemeden bir tespit yaptırmadan imha işlemini

gerçekleştirdiği, imha işleminin yapılması yasal olmadığından davalının zarardan sorumlu olduğu, davacının zararının 53.480,00 TL olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, 53.480 TL'nin davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E.2017/3848 K.2019/2534 Davada, davalıya ait soğuk hava deposuna konulan ürünün uygun saklama koşullarında saklanmaması nedeniyle hasara uğradığı iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili, müvekkilinin Çin'den ithal ettiği sarımsağı davalıya ait soğuk hava deposuna koyduğunu, davalının uygun saklama koşullarını sağlamaması nedeniyle ürünlerin bozulduğunu ve müvekkilinin zarara uğradığını, gönderilen ihtara rağmen davalının sebep olduğu zararı ödemediğini ileri sürerek, şimdilik 8.000.- TL'nin ticari reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili ise müvekkiline ait soğuk hava deposuna teslim edilen ürünün uygun koşullarda saklandığını, söz konusu ürünün davacı tarafça soğutma tertibatı bulunmayan araçlarla getirildiğini, ürünlerin bozuldukları tarih itibarıyla zaten ekonomik ömürlerini tamamladıklarını, ürünlerin bozulmaya başladıklarının bildirilmesine rağmen davacının ürünleri teslim almadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, sarımsakların saklanmasından kaynaklı davalının kusuru olmadığından davacının talep edebileceği maddi zararının da bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Depo kavramı ve depocunun hak ve sorumluluklarından kısaca bahsettikten sonra antrepo kavramı ve yine antrepocunun hak ve yükümlülüklerine ilişkin de örnek yargı kararı ile kavramı pekiştirmek yerinde olacaktır.

Antrepo; Gümrük Müsteşarlığı'na verilen izin doğrultusunda, bir gümrük idaresine bağlı olarak işletilen, depo içerisindeki malzemelerin, resmi yetkililerin gözetimi altında yerleştirilmesi gereken, sahibinin tüzel kişilik veya kurum olma zorunluluğu bulunan, içine salt millileşmemiş ithal eşya ile ihracat amaçlı malların konulabileceği alanlardır. Antrepodaki ürünler, pazara dağıtılmaya kadar devletin kontrolü altında tutulmaktadır. Antrepo işleticisi; gümrük antreposunda bulunduğu süre içerisinde eşyanın gümrük gözetimi altında bulunmasını sağlamaktan, gümrük antrepo rejimi kapsamında eşyanın muhafaza edilmesiyle ilgili yükümlülükleri yerine getirmekten ve izinde belirtilen özel şartlara uymaktan sorumlu olan kişi olarak ifade edilebilir.

11. HD., E. 2017/2856 K. 2019/1817 T. 5.3.2019 Dava, antrepo hizmet sözleşmesine dayalı hasar bedelinin tazmini hakkındadır.

Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, **2008 ton çeltik ürününün 542 ton ve 1466 ton olarak 09/06/2011 tarihinde iki ayrı siloya konulduktan sonra ürünün özelliği gözetilerek, mesleğinde uzman olduğu kabul edilen davalı depocunun en az 20 günde bir depoları kontrol etmesi gerektiği halde**, 13/07/2011 tarihine kadar herhangi bir kontrol yapmadığı, halbuki BK'nın 463 ve 474. m. göre depocunun saklamak için teslim edilen emtiayı güvenli bir yerde koruma altına alarak özenle saklama ve emtiada ayrıca önlem alınmasını gerektirecek bir değişiklik olursa durumu imkan ölçüsünde saklatana bildirmek yükümlülüğü bulunduğu, bu yükümlülüğün saklanan emtianın özelliğine göre güvenle korunması için gerekli denetim ve gözetimlerin yapılmasını da içerdiği, davalının fazla ürün konulan siloya daha bir özenle yaklaşması ve onu daha sık kontrol etmesi gerektiği bilinciyle hareket etmesi gerektiği halde bu yükümlülüğünü ihlal ederek hasarın oluşmasına sebebiyet verdiğinden hasardan davalının tamamen sorumlu olduğu... şeklinde karar verilmiştir.

Yukarıdaki örnek Yargıtay kararlarından da yola çıkacak olursak Depo, Antrepo Faaliyetlerinde hizmet alan ve hizmet verenlerin olası riskleri önlemeleri için dikkat etmeleri gereken hususlar mevcuttur. Bunlardan ilki kuşkusuz kapsamlı ve uygulanabilir bir sözleşmenin yapılmasıdır. Sözleşmenin kapsamlı ve uygulanabilir bir sözleşme olması için de alanı iyi belirlemek gerekir.

Elleçleme hizmetlerinin verilmesi, Ambalajlama ve sınıflandırmanın yapılması, yükleme, boşaltma ve istifleme hizmetlerinin sağlanması, malların yüklenmesi, taşımaya elverişli hale getirmesi, sevkiyat vb...hizmetlerin hangilerinin nasıl yerine getirileceği açıkça belirlenmelidir.

Depo ve antrepo sözleşmelerinin taraflarının mesleki ehliyet ve tecrübeye sahip olmaları da olası riskleri azaltmak bakımından önem arz etmektedir.

Örneğin;

Çimento: Çimento ıslanınca veya nemlenince katılaşır. Bu nedenle kuru, ısıtmalı binada ve döşemededen yukarıda korunmalıdır. Kereste: ıslandığında bozulmaya elverişli duruma gelir ve pek çok mantarın ve bakterinin yerleşmesine neden olur.

Tarım Ürünleri: Çeşitli sebzeler, hasat zamanı arasındaki uzun sürede depolanmak zorunda olabilir. Eğer gerekli özen gösterilmezse küflenebilir veya

çürüyerek haşeratin zararına maruz kalabilir. Kutulanmış sebzeler kuru tutulmalı ve ilaçlanmalıdır. Bu ilaçlama, haşerat ve bozulmaya karşı olmalıdır. Bazı durumlarda bu işlem; raftan indirme, ilaçlama ve rafa koyma aşamalarını da içerebilir. Bunlar sözleşme taraflarının bilmesi gereken mesleki ve tecrübeye dayalı bilgilerdir.

Bununla birlikte dikkat edilecek diğer hususlar depolama alanlarını ve eklentilerini faaliyet konusu ile uyumlu hale getirilmesi, malın muhafaza edilmesi, teslim alınması ve mala uygun istiflemenin yapılması, deponun amacına ve faaliyet konusuna uygun ekipmanlarla donatılması ve depo da ürüne uygun, istifleme, düzenleme koruma hizmetlerinin sağlanması şeklinde sıralanabilir. Yine taraflar arasındaki sigorta Sorumluluğunun tam olarak yerine getirilmesi ve yine ortaya çıkabilecek riskleri en aza indirebilmek için Hukuki Uygulamaların ve Emsal Kararların takip edilerek göz önünde tutulması büyük önem arz etmektedir.

ARABULUCULUK SONUCU YAPILAN MİLLETLERARASI TİCARİ SULH ANLAŞMALARININ SİNGAPUR KONVANSİYONA TARAF DEVLETLERDE DOĞURACAĞI SONUÇLAR¹

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

I. Genel Olarak Arabuluculuk

A. Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk, arabulucu olarak adlandırılan ve uyuşmazlığın taraflarına bir çözüm dayatma yetkisine sahip olmayan üçüncü kişinin veya kişilerin yardımıyla uyuşmazlığın taraflar arasında dostane çözümlenmesi usulüdür². Arabuluculuk usulünde süreci arabulucu yürütmektedir. Arabulucunun rolü, taraflara herhangi bir çözüm önerisi dayatmadan, kendi görüşlerini beyan etmeden³ onlara yardımcı olmak, bilgi ve tecrübesini kullanarak onları uyuşmazlığı çözmeye ve uzlaşmaya teşvik etmek, bu yönde yardımda bulunmaktır⁴.

- 1 Bu tebliğ, 2020 yılında yayınlanan makalem esas alınarak hazırlanmış, bazı eklemeler yapılmış ve makalenin yayınlanmasından sonra erişilen kaynaklar ilave edilmiştir. Makale için bkz. Nuray EKŞİ, Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu), IX(2020)1 Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, s. 25-89.
- 2 Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu) md. 2(3). 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2(1). maddesinin (a) ve (b) bentlerinde arabulucu ve arabuluculuk aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır: a) Arabulucu: Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi ifade eder. b) Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder.
- 3 6325 sayılı Kanun'un 2(1)(b) maddesinde arabuluculuğun tanımı yapılırken ve 15(1)(7). maddesinde arabuluculuk faaliyeti yürütülürken "...tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen..." ifadesine yer verilmiştir.
- 4 Elif DEMİREL ÖZDEMİR, Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Alternatif Yöntemlerle Çözümünde Tahkim, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Yayın No: 0002, Ekonomik Modellene ve Konjonktür Değerlendirme Genel Müdürlüğü Mart 2019, Uzmanlık Tezi, Ankara 2019, s. 19; Mustafa Serdar ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I, 4. baskı, Ankara 2016, s. 357; İbrahim ÖZBAY, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, 10(2006)3-4 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 465; Şule ŞAHİN CEYLAN, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 298; Melis TAŞPOLAT TUGSAVLU, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012, s. 27-28.

Uyuşmazlıkların genellikle kısa sürede çözümlenmesi, tarafların ticari sırlarının ifşa edilmemesi, teknik ve uzmanlık isteyen uyuşmazlıklar, yabancı yatırımcıların yatırıma ev sahipliği yapan devletin mahkemelerine başvurmayı tercih etmemesi, yatırım uyuşmazlıklarında tahkimin maliyetinin yüksek olması başta olmak üzere muhtelif sebeplerle taraflar tahkim dışında kalan diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tercih edebilmektedir. Devlet yargısının yanı sıra mevcut olan diğer uyuşmazlık çözüm yolları arasında tahkim ön planda olmakla beraber arabuluculuk da giderek yaygınlaşmaktadır. Özellikle arabuluculuk usulünün tahkime nazaran ucuz olması, basit ve hızlı bir şekilde ilerlemesi arabuluculuğu cazip hale getirmiştir. Zaten gerek alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gerekse adli yargı açısından asıl olan uyuşmazlığın tarafları arasında sulh yoluyla çözümlenmesidir. Zorunlu arabuluculuk sürecinin yargılamanın uzamasına ve davanın sürüncemede bırakılmasına sebep olabileceği⁵ endişesine rağmen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında arabuluculuğun yıldızı giderek parlamaktadır. İlk defa Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan⁶ arabuluculuk müessesinin Amerika ve Uzak Doğu'daki başarısı; Avrupa Birliği tarafından hazırlanan arabuluculukla ilgili yönerge; arabuluculukla ilgili UNCITRAL⁷ Model Kanunu'nun hazırlanması; birçok ülkenin arabuluculuk konusunda yasal düzenleme yapması; kurumsal tahkim merkezlerinin arabuluculuk faaliyetlerine başlamasının yanı sıra yalnızca arabuluculuk hizmeti veren kurumların sayısının artması⁸; arabuluculukta tarafların ticari sırlarının korunması⁹; zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamının genişletilmesi ve zorunlu arabuluculuk konusunda devletin verdiği destek arabuluculuğun yaygınlaşmasına etki eden sebeplerin başında gelmektedir.

B. Arabuluculuğun Türleri

Arabuluculuk, yasayla düzenlenmiş olup olmamasına göre “adi/basit arabuluculuk” ve “nitelikli arabuluculuk” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Adi arabuluculuk kavramı yerine “geleneksel arabuluculuk” kavramı da kullanılmaktadır. Arabuluculuk, arabulucunun faaliyetine göre “kolaylaştırıcı arabulu-

5 Saim ÜSTÜNDAĞ, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler, (2008)148 Yargı Dünyası, s. 14; Süha TANRIVER, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 842; Süha TANRIVER, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, (2006)64 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 169-170.

6 ÖZBAY, s. 462; TAŞPOLAT TUGSAVUL, s. 32-33.

7 United Nations Commission on International Trade Law-Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu.

8 Ali YEŞİLIRMAK, Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, s. 156.

9 Arabuluculukta gizlilik hakkında monografik bir çalışma için bkz. Çiğdem YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.

culuk”, “değerlendirici arabuluculuk”, “dönüştürücü arabuluculuk”¹⁰ ve “hibrit arabuluculuk” olmak üzere ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ayrıca arabulucunun üstlendiği role göre “uzman tavsiyesi arabuluculuğu” (expert advisory mediation), “uzlaştırıcı arabuluculuk” (settlement mediation), “kolaylaştırıcı arabuluculuk” (facilitative mediation), “bilge danışman arabuluculuğu” (wise counsel mediation), “dönüştürücü arabuluculuk” (transformative mediation), “teşhis edici arabuluculuk” (diagnostic mediation)¹¹ ayrımı da yapılmaktadır.

Arabuluculuk, ayrıca, “zorunlu arabuluculuk”; “ihtiyari arabuluculuk”; “kurumsal arabuluculuk”; “ad hoc arabuluculuk”; “millî nitelik taşıyan uyuşmazlıklarda arabuluculuk”; “milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıklarda arabuluculuk”; “mahkeme içi arabuluculuk” ve “mahkeme dışı arabuluculuk” olmak üzere çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir. HMK’nın 137., 140. ve 320. maddelerinde aslında mahkeme içi arabuluculuk öngörülmüştür. Avukatlık Kanunu’nun 35A maddesinde öngörülen uzlaşmanın nitelik itibarı ile mahkeme öncesi arabuluculuğun bir çeşidi olduğu ifade edilmiştir¹². İhtiyari arabuluculuk, yasal düzenlemelerde zorunlu olarak arabulucuya başvurulması öngörülmemesine rağmen tarafların kendi inisiyatifleriyle arabulucuya başvurmalarıdır. Bunun için taraflar arasında “arabuluculuk sözleşmesi” (agreement to mediate) yapılır. Taraflar arasında yapılan anlaşmada ihtiyari arabuluculuk, tahkimin bir ön aşaması (med-arb) olarak da kararlaştırılabilir. Zorunlu arabuluculuk ise, ancak kanunla öngörülebilir. Yasakoyucu, mahkemeye başvurmadan önce taraflara arabuluculuk müessesine gitme zorunluluğu getirebilir. Böyle bir durumda arabulucuya başvurulması, dava şartıdır ve bu yol tüketilmeden dava açılmaz. Bu yol tüketilmeden dava açılırsa, dava şartı eksikliği sebebiyle dava reddedilir. Nitekim Türk hukukunda iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesinde dava şartı arabuluculuk düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca bireysel ve toplu iş sözleşmelerine dayanan *işçi ve işveren alacağı ve tazminatı* ile *işe iade* talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. TTK’nın 5A maddesinin yanı sıra 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun¹³ 18A maddesiyle konusu bir miktar *paranın* ödenmesi ve *tazminat* talebi olan *ticari işlerde* arabuluculuğa başvurulması zorunlu hale getiril-

10 Ayrıntılı bilgi için bkz. Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Adalet Bakanlığı/Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Nisan 2019, s. 36-37.

11 ALEXANDER/CHONG, s. 54-55.

12 Ali YEŞİLİRMAK, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s. 14.

13 RG 22.6.2012/28331.

miştir. Ticari işlerde zorunlu arabuluculuk 1.1.2019 tarihinden sonra açılacak olan davalar için uygulama alanı bulmuştur¹⁴. Arabuluculuk belirli bir kurumun örneğin ICC'nin bünyesinde gerçekleştiriliyorsa, kurumsal arabuluculuk; belirli bir kurumun bünyesinde gerçekleştirilmiyorsa *ad hoc* arabuluculuktur. Kurumsal arabuluculuk, bu konuda ulusal veya uluslararası düzeyde hizmet sunan bir kurum tarafından organize edilmekte ve düzenlenmektedir¹⁵. Arabuluculuğa tabi uyuşmazlık yabancılık unsuru taşııyorsa, millî arabuluculuk; yabancılık unsuru veya diğeri bir ifadeyle milletlerarası unsur taşıyorsa milletlerarası arabuluculuktur. Mahkeme içi arabuluculuk, dava açıldıktan sonra tarafların kendi inisiyatifleriyle veya hâkimin yönlendirmesiyle arabulucuya başvurmasıdır. Mahkeme dışı arabuluculuk ise, dava açılmadan önce tarafların arabuluculuk yoluna gitmesini ifade etmektedir¹⁶.

Ayrıca arabuluculuğun dava anı dikkate alınarak “yargılama dışı arabuluculuk” (extrajudicial mediation), “yargılama öncesi arabuluculuk” (pretrial mediation), “yargılama sırasında (trial) arabuluculuk” ve “yargılama sonrasında arabuluculuk” (post trial mediation) olmak üzere dörde ayrılmaktadır¹⁷. Yargılama sonrası arabuluculuk ifadesi yanlış anlaşılmaya sebep olabilir. Burada kastedilen yargılama sırasında taraflar kendi istekleriyle veya mahkemenin yönlendirmesiyle arabuluculuğa başvurmuş ve arabuluculuk sulh anlaşmasının yapılmasıyla sonlanmış olmasına rağmen daha sonra taraflardan biri sulh anlaşmasına uymadığından diğeri tarafın hukuki yollara başvurusudur. Arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmasının tenfizi¹⁸ veya sulh anlaşmasına istinaden icra yoluna başvurulması, yargılama sonrası arabuluculuğun tipik örnekleridir.

C. Arabuluculuğa İlişkin Yasal Düzenlemeler, Model Kanunlar ve Milletlerarası Antlaşmalar

Arabuluculuk yalnızca ulusal mevzuatlarda düzenlenmemiştir. Bu konuda uluslararası kuruluşlar tarafından model kanunlar hazırlanmış ve milletlerara-

14 TTK'nın 5A maddesinde, eda davası ya da tespit davası gibi bir ayırım yapılmaksızın, davanın adından veya türünden bağımsız olarak uyuşmazlığın konusunun bir miktar paranın ödenmesine veya tazminat taleplerine ilişkin olması öngörülmüştür (Abdülhamit YILMAZ, Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, 4(2018)1 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 226 vd.).

15 Laurence BOULLE, International Enforceability of Mediated Settlement Agreements: Developing the Conceptual Framework, 7(2014)1 Contemporary Asian Arbitration Journal, s. 52.

16 Hakan ÖZTATAR, Genel Olarak Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Yayına Hazırlayan Yasemin Işıktaç, İstanbul 2014, s. 10.

17 I.A. FILIPOVA/V.V. FILIPOV, Mediation in Enforcement Proceedings: Application in the European Countries and Prospects of Application in the Russian Federation, 11(2017)1 Actual Problems of Economics and Law, 2017, s. 181.

18 FILIPOVA/FILIPOV, s. 181.

sı antlaşmalar yapılmıştır. 2002 yılında hazırlanan *UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuk Model Kanunu*'nda (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation) arabuluculuğa ilişkin temel kavramlar tanımlanmış (md. 1); arabuluculuk sürecinin başlaması (md. 4); arabulucu sayısı ve ataması (md. 5); arabuluculuk sürecinin yürütülmesi (md. 6); taraflarla arabulucu arasında iletişim kurulması (md. 7); bilgilerin paylaşımı (md. 8); gizlilik (md. 9); arabuluculukta üretilen delillerin dava, tahkim ve benzeri usullerde kullanılması; arabuluculuğun sonlandırılması (md. 10); taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun, arabuluculuk yaptığı uyuşmazlıkta hakem olamaması (md. 12); mahkemelerin ve hakem heyetlerinin arabuluculuk sözleşmesine etki tanınması (md. 13); arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının taraflar açısından bağlayıcı ve tenfizinin ilgili devletin öngördüğü usule tabi olduğu (md. 14) konuları düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle UNCITRAL Model Kanunu 2002, tıpkı 6325 sayılı Kanun gibi arabuluculuk müessesini düzenlemektedir. Bu yönüyle UNCITRAL Model Kanunu 2002, Singapur Konvansiyonu'ndan tamamen farklıdır.

UNCITRAL Model Kanunu 2002'nin görüşmeleri sırasında New York Konvansiyonu'na benzer şekilde arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının tenfizeine ilişkin hükümlerin Model Kanunu'na eklenmesi düşünülmüşse de bu düşünce hayata geçirilmemişti¹⁹. Bu konuda ulusal hukuklarındaki farklı sistemlerden dolayı Model Kanun'un 14. maddesinde tenfizi engelleyen sebeplerin yanı sıra tenfiz talebinin yapılacağı yetkili makamlar, akit devletlerin ulusal hukuklarına bırakılmıştı²⁰.

2018 yılında, UNCITRAL Model Kanunu 2002'nin yerini alan yeni bir metin hazırlanmıştır. 2018 yılında yapılan *Milletlerarası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmalarına Dair Model Kanun* (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018 amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002), *2002 Milletlerarası Ticari Arabuluculuk Model Kanunu*'nun yerini almıştır²¹. UNCITRAL Model Kanunu 2018'de, Model Kanun 2002'de kullanılan "conciliation" (uzlaşma) kavramının yerini "mediation" (arbuluculuk) kavramı almıştır. Aslında kimi ülke hukuklarında bu kavramlar ayrı anlamlara gelse de UNCITRAL çalışmaları açısından her iki kavram aynı anlama gel-

19 WOLSKI, s. 92.

20 CHUA, s. 575.

21 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) A/73/17: https://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/51stsession/Annex_II.pdf (23.9.2019).

mektedir. UNCITRAL “mediation” (arabuluculuk) kavramının “conciliation” (uzlaşma) kavramına nazaran daha yaygın olarak kullanılması sebebiyle böyle bir değişiklik yapmıştır²². UNCITRAL Model Kanunu 2018’de hem arabuluculuk müessesesi hem de arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası nitelikli sulh anlaşmalarının diğer ülkelerde tanınması ve tenfizi de dahil nasıl sonuç doğuracağı düzenlenmiştir. O halde tıpkı Singapur Konvansiyonu’nda olduğu gibi bir ülkede gerçekleşen arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının diğer ülkelerde hangi şartlara sonuç doğuracağı UNCITRAL Model Kanunu 2018’in 16-19. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerin içeriği, Singapur Konvansiyonu’nun 4-5. maddeleriyle hemen hemen aynıdır. Zaten UNCITRAL, Model Kanun 2018 ile Singapur Konvansiyonu’nun çalışmalarına aynı anda başlamış; önce Model Kanun 2018’in çalışmaları; ardından da Singapur Konvansiyonu’nun çalışmaları tamamlanmıştır.

Model Kanun’un yanı sıra Avrupa Birliği 2008 yılında *Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2008/52/EC Sayılı Yönergeyi*²³ hazırlamıştır. Arabuluculuk Yönergesi, üye devletlerin, arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmalarının tenfizini sağlamalarını zorunlu kılarken bunun bir mahkeme kararıyla mı yoksa başka bir yetkili makam kararıyla mı olacağını ve şartlarını üye devletlere bırakmıştır. 2008/52/EC sayılı Yönerge’nin 6. maddesi şöyledir:

Madde 6- Arabuluculuk sonucu yapılan anlaşmaların tenfizi

1. Üye devletler, tarafların veya karşı tarafın açık rızasıyla, taraflardan birinin talebi üzerine, arabuluculuk sonucu yapılan yazılı anlaşmanın tenfizinin mümkün olmasını sağlamalıdır. Söz konusu anlaşmanın içeriği, somut olayda talebin yapıldığı üye devletin hukukuna aykırı veya bu devletin hukukuna göre tenfiz edilemez değilse, tenfiz edilebilir.
2. Anlaşmanın içeriği, talebin yapıldığı üye devletin hukuku uyarınca mahkemece veya diğer bir yetkili makam tarafından bir ilam veya bir karar veya resmî bir belge olarak tenfiz edilebilir.
3. Üye devletler 1. ve 2. paragraflar uyarınca taleplerin yapılacağı mahkemelerini veya diğer yetkili makamlarını Komisyona bildireceklerdir.
4. Bu maddede yer alan hiçbir hüküm, 1. paragraf uyarınca anlaşmanın diğer bir üye devlette tanınması ve tenfiz edilmesine uygulanacak hükümlerine halel getirmez.

AB Arabuluculuk Yönergesi’nin 6. maddesi, üye devletleri, her iki tarafın talep etmesi halinde, sınıraşan ticari uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk sonucunda yapılan yazılı sulh anlaşmalarını tenfiz etmesini zorunlu kılmış; tenfiz

22 UNCITRAL Model Kanunu 2018’in metnin yer aldığı belgenin 2 numaralı dipnotunda bu husus belirtildikten sonra terminolojideki değişikliğin kavramsal veya içerik açısından herhangi bir önem taşımadığı vurgulanmıştır.

23 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Official Journal of the European Union 24. 5. 2008 L 136 s. 3-8.

usulünü ve tenfize karar vermekle görevli makamı belirlemeyi üye devletlere bırakmıştır²⁴. Diğer bir ifadeyle Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesi, arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının üye devletlerde tenfizi için ortak hükümler ihdas etmemiştir. Fakat Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesi'nin 6. maddesi, sulh anlaşmasının bir mahkeme kararına veya resmî bir belgeye dönüştürülerek tenfiz edilebileceğini öngörmüştür²⁵. Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesi'nin 6. maddesinin uygulanması bazı şartlara bağlanmıştır:

(1) Arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının yazılı olması gerekir.

(2) Sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucu yapılması gerekir.

(3) Sulh anlaşmasının sınıraşan ticari uyuşmazlığa ilişkin olması gerekir.

(4) Sulh anlaşmasının tenfize engel bir sebebin bulunmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle sulh anlaşmasının tenfiz edileceği ülkenin hukukuna aykırı olmaması yani bu devletin tenfize ilişkin şartlarını yerine getirmesi gerekir²⁶.

Türk hukukunda bazı yasal düzenlemelerde *ihtiyari* arabuluculuğa ilişkin hükümlere yer verilmiştir²⁷. Örneğin, HMK'nın 137. maddesinde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşviki; Avukatlık Kanunu'nun 35A maddesinde²⁸ avukatın müvekkili ile karşı tarafı uzlaşmaya davet etmesi öngörülmüştür. Türk hukukunda özel hukuk uyuşmazlıklarında *ihtiyari* arabuluculuk 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu²⁹ ile düzenlenmiştir. 2017 yılında yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun³⁰ 3. maddesinde iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk yani *zorunlu* arabuluculuk düzenlenmiştir. 2018 yılında ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

24 CHUA, s. 575; ŽUKAUSKAITĒ, s. 210; CHUA, The Singapore Convention on Mediation-A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, s. 198.

25 Nadja ALEXANDER, Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform, Mediation-Principles and Regulation in Comparative Perspective, Editörler Klaus Hopt and Felix Steffek, Oxford University Press 2013, s. 48.

26 ŽUKAUSKAITĒ, s. 211.

27 Türk hukukunda arabuluculuğa ilişkin hükümler içeren mevzuat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. II, 4. bası, Ankara 2016, s. 841 vd.; TAŞPOLAT TUGSAVUL, s. 72 vd.

28 Avukatlık Kanunu md. 35A- Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.

29 RG 22.6.2012/28331.

30 RG 25.10.2017/30221.

Kanunu Yönetmeliği³¹ yürürlüğe girmiş ve 2013 yılında Resmî Gazete’de yayımlanan Yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır. Ticari işlerde dava şartı olarak arabuluculuk ise 2018 yılında uygulamaya konulmuştur. TTK’nın 5A maddesi ile 6325 sayılı Kanun’un 18A maddesinde ticari davalarda dava şartı arabuluculuk düzenlenmiştir. TTK’ya, 7155 sayılı Kanun’un³² 20. maddesi ile 2018 yılında eklenen ve “dava şartı olarak arabuluculuk” başlığını taşıyan 5A maddesine göre, TTK’da veya diğer kanunlarda belirtilen *ticari* davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan *alacak ve tazminat* talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır³³. O halde ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun yani zorunlu arabuluculuğun yasal dayanakları şunlardır:

- (1) 6102 sayılı TTK’nın 5/A maddesi ile geçici 12. maddesi,
- (2) 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/A maddesi ve diğer ilgili hükümleri,
- (3) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği.

Doktrinde, TTK’nın 5A maddesinde sözü edilen arabuluculuğun gerçekleştiği coğrafi alan açısından bir sınırlamanın bulunmadığı; bu maddenin lafzından hareketle tarafların mutlaka Türkiye’de arabuluculuğa başvurmasının zorunlu olmadığı; tarafların yabancı bir ülkede arabuluculuk müessesine başvurusu halinde dahi dava şartının yerine gelmiş sayılacağı; yabancı ülkede arabuluculuk yolunu denemiş tarafların Türkiye’de tekrar zorunlu arabuluculuğa sevk edilemeyeceği; aksi uygulamanın hak arama hürriyetine gereksiz engel koymaktan başka bir anlamının olmayacağı ifade edilmiştir³⁴.

D. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Sulh Anlaşmalarına İstinaden Başvurabilecek Hukuki Yollar

1. Yabancılık Unsuru Taşımayan Arabuluculuk Sonucu Yapılan Sulh Anlaşmalarının İcrası

Arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının nasıl icra edileceği konusunda ulusal hukuklarda farklı sistemler öngörülmüştür. Kimi sistemler sulh anlaşmasının doğrudan icrasını benimserken kimi sistemler sulh anlaşmasının basit yargılamayla mahkeme kararına dönüştürülmesini; kimi sistemler ise sulh

31 RG 2.6.2018/30438.

32 Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, RG 19.12.2018/30630.

33 Nuray EKŞİ, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 3. bası, İstanbul 2019, s. 190.

34 Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. bası, İstanbul 2019, s. 560-561.

anlaşmasına uyulmaması halinde mahkemede dava açılmasını kabul etmiştir³⁵. Arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının icrasının genellikle sözleşmelere ilişkin hükümlere tabi olduğu Amerika da dahil birçok ülkenin hukukunda kabul edilmektedir. Dolayısıyla taraflardan birinin sulh anlaşmasına sadık kalmaması halinde zaman alan bir usul izlenerek sözleşme hükmünde kabul edilen sulh anlaşmalarının icrası sağlanabilmektedir. Kimi ülkelerde yargılama sırasında yapılan ve mahkeme kararına geçirilen sulh anlaşmaları, ilamlar gibi icra edilmektedir. Bazı ülkelerde yargılama dışında yapılsa bile sulh anlaşmalarına ilişkin olarak mahkeme kararı verilebilmektedir³⁶. Örneğin, Singapur Arabuluculuk Kanunu'na göre, taraflar mahkemeye başvurarak arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmasının mahkeme kararı olarak tescil edilmesini talep edebilirler³⁷. Kanada Ontario Eyaleti 2010 Ticari Arabuluculuk Kanunu da dahil kimi ülkelerde ise sulh anlaşmalarının icrası için mahkemece tescil edilmesi esası kabul edilmiştir. Filipinler Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının bölge adliye mahkemesine tevdi edilmesini ve anlaşmanın icrası için dosya üzerinde hızlandırılmış usulde bir incelemenin yapılmasını öngörmüştür³⁸. Bazı ülkelerde ise sulh anlaşmasının icrası için noterde onaylatılması gerekmektedir³⁹. Örneğin, Alman hukukunda taraflar notere başvurarak arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmasını ve borçlu tarafın borcunu yerine getireceğine ilişkin beyanını noterde düzenlenen belgeye ektebilir. İspanya ve Japonya hukukunda, sulh anlaşması noterde onaylatıldıktan sonra belirli şartları taşıması halinde yerine getirilebilir⁴⁰. İsviçre hukukunda, arabuluculuk otoritesinin tasdikinden sonra sulh anlaşması icra edilebilir⁴¹. O halde arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmalarının icrası konusunda ortak bir uygulama yoktur. Diğer bir ifadeyle arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının icrası konusundaki uygulama ülkeden ülkeye göre değişmekte; sulh anlaşmaları sözleşme, resmî belge, hakem kararı veya mahkeme kararı gibi icra edilebilmektedir⁴². Özellikle arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının içeriğine ilişkin itirazların olması halinde yargı yoluna başvurulabilmekte; bu durumda arabulucu ve avukatlar da dahil arabuluculuk sürecine dahil olanların güvenilirliği ve gizliliği tartışma konusu yapılmaktadır⁴³.

35 ŽUKAUSKAITĒ, s. 208; WOLSKI, s. 95 vd.

36 Edna SUSSMAN, The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements, (2018)3 ICC Dispute Resolution Bulletin, s. 46; CHUA, s. 577-578.

37 CHUA, s. 578.

38 CHUA, s. 578.

39 SUSSMAN, s. 46; CHUA, s. 595.

40 CHUA, s. 595; ŽUKAUSKAITĒ, s. 207.

41 ŽUKAUSKAITĒ, s. 207.

42 ALEXANDER/CHONG, s. 22-23.

43 ALEXANDER/CHONG, s. 23.

Arabuluculuk sonucunda yapılan anlaşmanın ilam niteliği konusunda 6325 sayılı Kanun'da ikili bir ayırım yapılmıştır. 6325 sayılı Kanun'un 18(2). maddesi uyarınca taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin olarak mahkemeden şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. Doktrinde de ifade edildiği üzere icra edilebilirlik şerhi ile sulh anlaşması mahkeme kararına dönüşmemekte, maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazanmamakta; sadece ilam *niteliğinde* bir belge haline gelmekte ve bu şekilde icra edilebilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla icra edilebilirlik şerhi içeren sulh anlaşması kesin delil olarak veya İİK'nın 68. maddesi anlamında belge olarak kullanılabilir veya İİK'nın 38. maddesi uyarınca ilamlı icraya konulabilir⁴⁵. Ayrıca arabuluculuk sonucu yapılan anlaşma icra edilebilirlik şerhi olmasa dahi bazı hallerde ilam niteliği taşıyabilir. 6325 sayılı Kanun'un 18(4). maddesine göre, *taraflar ve avukatları ile arabulucunun* birlikte imzaladıkları anlaşma icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Bu son durumda anlaşma metninin taraflar ve arabulucunun yanı sıra tarafların avukatlarınca imzalanması gerekir. Eğer taraflar arabuluculuk sırasında avukatlık hizmeti almamışsa arabuluculuk süreci sonucunda yapılan ve taraflarla arabulucular tarafından imzalanan anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılabilemesi için mahkemeden icra edilebilirlik şerhinin alınması gerekir. Taraflarla arabulucu tarafından imzalanan ve bu şerhi içermeyen anlaşmaya uyulmaması halinde borca aykırılık nedeniyle çeşitli taleplerde bulunmayı sağlayacaktır⁴⁶.

2. Yabancı Ülkede Gerçekleştirilen Arabuluculuk Sonucu Yapılan Sulh Anlaşmalarına İstinaden Türkiye'de Başvurulabilecek Hukuki Yollar ve Bu Anlaşmaların Tenfizi

Singapur Konvansiyonu'nun onaylanmasından önce arabuluculuk sonucu taraflar arasında yabancı ülkede yapılan anlaşmanın Türkiye'de nasıl sonuç doğuracağını düzenleyen özel bir hüküm yoktu. Yabancı ülkede noter huzurunda tasdik edilen ve belirli bir meblağa ilişkin sulh anlaşmalarının İİK'nın 38. maddesi uyarınca ilam niteliğinde sayılabileceği ifade edilmiştir⁴⁷. Ancak burada unutulmaması gereken husus, yabancı noterde onaylanan sulh anlaşmasının, resmî belge olarak Türkiye'de sonuç doğurması için konsolosluk onayı veya

44 Kerem GİRAY, II. Oturum: Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar: Genel Değerlendirmeler, Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Getirilir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler, Editörler Ceyda Süral/Ekin Ömeroğlu, Ankara 2015, s. 121

45 GİRAY, s. 121-122.

46 Gülgün ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 166.

47 Nejla ÖZTÜRK, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk (Özellikle Yabancı Unsurlu Uzlaşma Sözleşmesinin Tanınması ve Tenfizi Meselesi), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Editörler Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün/A. Kübra Altıparmak/Cansu Kaya, Ankara 2016, s. 618-619.

apostil şerhi içermesi gerektiğidir. Türkiye'nin bazı devletlerle yaptığı iki taraflı adli yardımlaşma anlaşmalarında⁴⁸, konsolosluk onayı veya apostil tasdiki kaldırılmış olabilir. O zaman yabancı noterde onaylanan sulh anlaşmasının konsolosluk onayı veya apostil şerhi içermesi gerekli değildir. Eğer yabancı ülkede cereyan eden arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşması bir tespit davasıyla mahkeme kararına dönüştürülmüşse⁴⁹ veya yabancı mahkemece sulh anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmişse, yabancı mahkemenin hukukuna göre bu nitelikteki sulh anlaşmalarının ilam niteliğinde olması kaydıyla, MÖHUK'un 50. maddesinde aranılan yabancı mahkeme kararı şartının yerine geldiğinin kabul edilmesi gerektiği ve bu nitelikteki sulh anlaşmalarının Türkiye'de tenfizinin MÖHUK 54. maddesinde yer alan şartlarla talep edilebileceği ifade edilmiştir⁵⁰. Yabancı mahkemece taraflar arasındaki sulhun sadece tespiti ile yetinilmesi halinde, kesinleşmiş bir yabancı mahkeme kararı yoksa MÖHUK'un 50. maddesi anlamında yabancı mahkeme kararından söz edilemeyeceği; buna karşın sulh anlaşması yabancı mahkeme kararı şeklinde tesis edilmişse bu kararın tenfizinin talep edilebileceği belirtilmiştir⁵¹. Türk hukuku uyarınca yabancı ülkelerde yapılan sulh anlaşmalarının mahkeme tarafından onaylanması veya bunlara icra edilebilirlik şerhinin verilmesi veya sulh anlaşmasının mahkeme huzurunda yapılması halinde söz konusu sulh anlaşmalarının MÖHUK'a göre tanınacağı ve tenfiz edileceği; zaten bu nitelikteki sulh anlaşmaları Singapur Konvansiyonu'nun kapsamı dışında kaldığı ifade edilmiştir⁵². Ayrıca hakem kararına derc edilen milletlerarası nitelikli sulh anlaşmalarının Türkiye'de tanınması ve tenfizinin New York Konvansiyonu ile MÖHUK hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir⁵³.

Arabuluculuk sonucunda taraflarca yapılan sulh anlaşmasının akıbetinin ne olacağı hususunda yaşanan tereddütler tarafların arabuluculuğa başvurmada tereddüt etmesine neden olmaktadır. Çünkü Singapur Konvansiyonu'ndan önce –hakem kararlarının tanınması ve tenfizinden farklı olarak– arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının sınıraşan etkisini düzenleyen bir milletlerarası antlaşma mevcut olmadığından her mahkeme kendi ulusal hukukuna göre bu anlaşmalara sonuç bağlamaktaydı⁵⁴. Özellikle sınıraşan ticari işlerde arabulu-

48 İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının yapıldığı devletler ve Resmî Gazete atıfları için bkz. Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat*, 14. bası, İstanbul 2020, s. 407-420.

49 Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. bası, Ankara 2019, s. 122-123; ÖZTÜRK, s. 619-620.

50 ÖZTÜRK, s. 619-620.

51 Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. bası, İstanbul 2017, s. 512.

52 Mustafa Alper ENER, *Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmalarının New York Konvansiyonu, XXIII(2019)4 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 233.

53 ENER, s. 233

54 Bobette WOLSKI, *Enforcing Mediated Settlement Agreements (MISASs): Critical Questions and Directions for Future Research*, 7(2014)1 *Contemporary Asian Arbitration Journal*, s. 89, 100; Chang-Fa LO, *Desirability of a New International Legal Framework for Cross-Border Enforcement of Certain*

culuk sonucunda yapılan sulh anlaşmasının tenfizi (cross-border enforcement of international mediated settlement agreements) konusunda ulusal hukukların farklı düzenlemeleri arabuluculuğun yaygın olarak uygulanmasını engellemektedir. Arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan sulh anlaşmasının icrası ve bu anlaşmanın yapıldığı devlet dışında kalan diğer devletlerde yerine getirilmesi önemli bir sorun teşkil etmektedir. Nitekim bu sorunu çözmek için UNCITRAL Model Kanunu 2018'in 16-19. maddelerinde düzenleme yapılmıştır. Bu maddelere yukarıda yer verildiğinden burada üzerlerinde durulmayacaktır. Yine UNCITRAL tarafından bu düşüncelerle hazırlanan ve arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının Konvansiyona taraf olan ülkelerde tanıma ve tenfiz de dahil nasıl sonuç doğuracağını düzenleyen Singapur Konvansiyonu ile getirilen ortak kurallar, milletlerarası ticari ilişkilerde arabuluculuğu teşvik edecektir.

II. Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler (Singapur) Konvansiyonu'nun Hazırlık Çalışmaları Amacı ve Yasal Düzenlemeler ile Diğer Konvansiyonlarla İlişkisi

A. Singapur Konvansiyonu'nun Hazırlanmasına Etki Eden Faktörler ve Konvansiyonu'nun Amacı

1. Singapur Konvansiyonu'nun Hazırlanmasına Etki Eden Faktörler ve Konvansiyonun Hazırlık Süreci

Arabuluculuk çözüm yolunun kullanılmasının önündeki en önemli engel, arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan sulh anlaşmasının nasıl icra edileceği noktasında toplanmaktadır⁵⁵. Arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasına karşı tarafın sadık kalmaması halinde arabuluculuk için harcanan emek ve zaman boşa gitmektedir. Ayrıca arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasını borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olarak kabul eden ülkelerde sulh anlaşmasına ilam veya resmî belge gücü tanınmaması sebebiyle tahkim veya dava yoluna başvurulması zorunlu olmakta; bu durum ise arabuluculuğa başvurulması konusunda tarafların isteksiz davranmasına yol açmaktadır⁵⁶. Yapılan araştırmalar sonucunda hazırlanan raporlarda da özellikle milletlerarası

Mediated Settlement Agreements, 7(2014)1 Contemporary Asian Arbitration Journal, s. 121; Timothy SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, (2019)1 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, s. 2-3.

55 Iris NG, The Singapore Mediation Convention: What Does it Mean for Arbitration and the Future of Dispute Resolution?, Kluwer Arbitration Blog, August 31, 2019; <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/31/the-singapore-mediation-convention-what-does-it-mean-for-arbitration-and-the-future-of-dispute-resolution/> (6.6.2021).

56 Ersin ERDOĞAN, Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcraısına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara, s. 190.

nitelikli arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmaları açısından bu husus vurgulanmış ve bu sorunun giderilmesi için *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu*'na benzer bir milletlerarası antlaşmanın yapılması gerektiği dile getirilmiştir⁵⁷. Sulh anlaşmasının yapıldığı ülke dışında diğer ülkelerde tenfiz edilmesi, hakem kararlarına nazaran daha zordur⁵⁸. Bu zorluğun aşılması, sulh anlaşmalarının tenfizinde New York Konvansiyonu'na benzer bir düzenlemenin yapılmasıyla aşılabildi. Tahkim ile arabuluculuk müesseselerinin birbirinden farklı olması sebebiyle New York Konvansiyonu'nun arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının tanınması ve tenfizinde uygulanmayacağı ifade edilmiştir⁵⁹.

Milletlerarası ticarete ilişkin arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan sulh anlaşmalarının, diğer ülkelerde sonuç doğurmasını sağlamak için ABD, 2014 yılında UNCITRAL'e bir öneride bulunmuştur⁶⁰. Bu öneri üzerine Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları başlatılmıştır⁶¹. Singapur Konvansiyonu'nun müzakereleri, taraflardan birinin sonradan gönüllü olarak sulh anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde arabuluculuk sonucu yapılan sınıraşan sulh anlaşmalarının diğer ülkelerde yerine getirilmesinin hakem kararlarına nazaran daha zor olması; sınıraşan sulh anlaşmalarının yerine getirilmesinin genel olarak sözleşmelere ilişkin hükümleri tabi olması nedeniyle bir hayli zaman alması ve masraflı olması; bu olumsuzlukları giderecek şekilde sınıraşan sulh anlaşmalarının yerine getirilmesi için hızlı ve kolay bir sistem kurulmasına ihtiyaç olduğu anlayışıyla yürütülmüştür⁶². Tıpkı yabancı hakem kararlarının tenfizinde için yapılan New York Konvansiyonu'nda olduğu gibi

57 Eunice CHUA, Enforcement of International Mediated Settlements Without the Singapore Convention on Mediation, (2019)31 Singapore Academy of Law Journal, s. 573-574; Ergun ÖZSUNAY, Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme, 93(2019)3 İBD, s. 31-32; Eunice CHUA, The Singapore Convention on Mediation-A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, 9(2019) Asian Journal of International Law, s. 195.

58 SUSSMAN, s. 42.

59 Dorcas Quek ANDERSON, Litigating Over Mediation-How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements?, (2015) Singapore Journal of Legal Studies, s. 130.

60 Itai APTER/Coral Henig MUCHNIK, Reservations in the Singapore Convention-Helping to Make the New York Dream Come True, 20(2019)4 Cardozo Journal of Conflict Resolution, s. 1269; Hector Flores SENTIES, Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and Their Importance for the Success of the Convention, 20(2019)4 Cardozo Journal of Conflict Resolution, s. 1237; ALEXANDER/CHONG, 6; SUSSMAN, 42; SCHNABEL, 4-5; Eunice CHUA, Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence, 15(2019)1 Asian International Arbitration Journal, s. 4; Clemens TREICHL, The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement Agreements?, 11(2020) Journal of International Dispute Settlement, s. 418.

61 Singapur Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SUSSMAN, s. 42-50; SCHNABEL, s. 4-8.

62 Herman VERBIST, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, (2019)1 Belgian Review of Arbitration, s. 57.

arabuluculuk sonucu yapılan sınıraşan sulh anlaşmalarının yerine getirilmesi için bir konvansiyon hazırlanması gerektiği; bir model kanun ile atılacak adımların yetersiz kalacağı düşünülmüştür⁶³. Bu çalışmaların neticesinde kısaca “Singapur Konvansiyonu” olarak anılan *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu* (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation)⁶⁴, 20.12.2018 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir⁶⁵. Ayrıca 20.12.2018 tarihinde yapılan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda *Milletlerarası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Model Kanunu*’nun üye devletler tarafından hayata geçirilmesini tavsiye edilmiştir⁶⁶. Daha önce ifade edildiği üzere 2002 yılında hazırlanan *UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuk Model Kanunu* (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation), 2018 yılında, *Milletlerarası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Model Kanunu*’nu (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation) olarak değiştirilmiştir. Değiştirilen metin, 25.7.2018 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda kabul edilmiştir. UNCITRAL, bir yandan Model Kanun’un hayata geçirilmesi diğer yandan Singapur Konvansiyonu’nun onaylanmasıyla arabuluculuk alanında ülkeden ülkeye değişiklik gösteren uygulamaların ortadan kaldırılmasını ve bu alanda ortak bir düzenlemenin sağlanmasını amaçlamıştır⁶⁷. Konvansiyon 12 Haziran 2021 tarihi itibarıyla Belarus, Ekvator, Fiji, Katar, Suudi Arabistan, Singapur ve Türkiye⁶⁸ tarafından onaylamıştır⁶⁹. Singapur Konvansiyonu, üçüncü onay

63 VERBIST, s. 58; Piotr WÓJTOWICZ/Franco GEVAERD, A New Global ADR Star is Born: The Singapore Convention on Mediation, 37(2019)9 Alternatives, s. 141; TREICHL, s. 418-419.

64 Singapur Konvansiyonu’nun taslak metninin Türkçe tercümesi için bkz. Chang-fa LO/Winnie Jo-Mei MA, Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı, (Çevirenler Nejla Öztürk/Güven Yazar), 8(2017)2 İnÜHFD, s. 639-652. Tercümede, Singapur Konvansiyonu’nun başlığı da dahil önemli hatalar yapılmıştır. Ayrıca [http://www.ikonion.net/attachments/article/53/Milletleraras%C4%B1%20Arabuluculuk%20Uzlaşma%20Sözleşmesi%20Anlaşma%20Sözleşmesi%20Milletleraras%C4%B1n%C4%B1n%20C4%B0cras%C4%B1na%20C4%B0li%C5%9Fkin%20Birle%C5%9Fmi%C5%9F%20Milletler%20S%C3%B6zleşmesi%20TR.pdf] adresinde yer alan tercümede de fahiş hatalar yapılmıştır. Söz konusu hatalar yalnızca kavramsal değil içeriği de etkileyecek boyuttadır.

65 United States Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf (12.6.2021).

66 VERBIST, s. 54.

67 VERBIST, s. 53-54.

68 Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun No. 7282, Kabul Tarihi: 25.2.2021, RG 11.3.2021/31420; Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun Onaylanması Hakkında Karar (Karar Sayısı: 3866), RG 22.4.2021/31462.

69 https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=no=XXII-4&chapter=22&lang=_en (12.6.2021).

belgesinin tevdi edilmesinden itibaren 6 ay sonra 12 Eylül 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyon'un hazırlanmasında öncülük eden Amerika Konvansiyonu imzalamış ancak henüz onaylamamıştır⁷⁰. Avrupa ülkelerinden sadece Kuzey Makedonya, Karadağ ve Sırbistan Konvansiyonu imzalamıştır. Singapur Konvansiyonu'nun Singapur'un arabuluculuğunun kalbi olmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir⁷¹.

2. Singapur Konvansiyonu'nun Amacı

Singapur Konvansiyonu, bir model kanun değil bir milletlerarası antlaşmadır⁷². Singapur Konvansiyonu'nun hazırlık sürecinde, arabuluculuğa başvuru için taraflar arasında bir arabuluculuk sözleşmesinin (agreement to mediate) varlığının şart olup olmadığı ele alınmıştır. Ancak kısa bir müzakereden sonra Konvansiyon'un uygulama alanına giren ve arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları açısından taraflar arasında önceden yapılmış arabuluculuğa başvuru anlaşmasının olup olmadığının önem taşımayacağı sonucuna varılmıştır. Taraflar arasında arabuluculuğa başvuru konusunda bir anlaşma olsun veya olmasın arabuluculuk sonucunda yapılan milletlerarası ticari sulh anlaşması Singapur Konvansiyonu'na tabi olacaktır⁷³. Belirtmek gerekir ki Singapur Konvansiyonu, arabuluculuğa başvurulması için taraflar arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesi veya arabuluculuğa başvuru sözleşmesini (mediation agreements/agreements to mediate) değil arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının⁷⁴ yapıldığı ülke dışındaki etkilerini düzenlemektedir⁷⁵. Bu yönüyle Singapur Konvansiyonu, New York Konvansiyonu'ndan ayrılmaktadır. Çünkü New York Konvansiyonu'nda hem tahkim anlaşmalarının hem de hakem kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir⁷⁶. Ayrıca Singapur Konvansiyonu sayesinde ilk defa arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarına yeni bir statü kazandırmış ve bunlar hakem kararlarıyla aynı seviyeye taşınmıştır⁷⁷.

70 https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=en (12.6.2021).

71 Gloria LIM, International Commercial Mediation: The Singapore Model, 31(2019) Special Issue Singapore Academy of Law Journal, s. 403.

72 Singapur Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmaları sırasında metnin bir model kanun olarak mı yoksa bir konvansiyon olarak mı hazırlanması gerektiği konusunda yapılan tartışmalar hakkında bkz. SCHNABEL, s. 8-11; ÖZSUNAY, s. 33; ALEXANDER/CHONG, s. 7.

73 SCHNABEL, s. 14.

74 Doktrinde "milletlerarası nitelikli sulh anlaşması" kavramı yerine "çözüm anlaşması" kavramını kullanan da vardır. Bkz. ENER, 227-248. Ancak, milletlerarası antlaşmalarda yer alan kavramları özünde değişiklik yapmadan ve yayın olarak kabul edilen anlamlarıyla Türkçeye çevirmekte fayda vardır.

75 Ergin NÖMER/Nuray EKŞİ/Günsel GELGEL ÖZTEKİN, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, İstanbul 2021, s. 20.

76 ALEXANDER/CHONG, s. 17.

77 SCHNABEL, s. 9-14.

Böylece arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan sulh anlaşmasına bağlanan farklı sonuçlar Singapur Konvansiyonu'na taraf olan devletlerde bertaraf edilecek ve sulh anlaşmalarının bütün akit devletlerde yerine getirilmesi sağlanacaktır. Ayrıca arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının âkit devletlerde tenfizinin sağlanması, arabuluculuk müessesesinin daha cazip hale getirecektir⁷⁸. Singapur Konvansiyonu'nun dibacesine göre, Konvansiyon, milletlerarası ticaretin yeknesaklaştırılması, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Milletlerarası Ticari Arabuluculuk Model Kanunu (Model Law on International Commercial Conciliation) ve milletlerarası ticarete ilişkin uyuşmazlıkların taraflar arasında yapılan anlaşmalarla çözümlenmesi için atılan adımların sonucunda hazırlanan bir konvansiyondur. Singapur Konvansiyonu, farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sitemlere sahip devletlerin milletlerarası nitelikli arabuluculuk konusundaki yasal düzenlemelerini tamamlayıcı bir işleve sahiptir ve ekonomik ilişkileri yeknesaklaştırıcı gelişmelere katkıda bulunmaktadır. Singapur Konvansiyonu, tıpkı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu'nun hakem kararları için üstlendiği rolü arabuluculuk sonucunda yapılan milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlığa ilişkin sulh anlaşmaları açısından üstlenmiştir. Diğer bir ifadeyle arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlığa ilişkin sulh anlaşmasının, Konvansiyona taraf olan bütün devletlerde tenfizinin yanı sıra diğer hukuki sonuçları doğurmasını sağlamak amacıyla Singapur Konvansiyonu yapılmıştır. Hızlı ve diğer uyuşmazlık çözüm yollarına nazaran daha az masraflı olmasının yanı sıra taraflar arasındaki ticari ilişkinin sürdürülmesine de katkı sağlayan bir usul olması sebebiyle arabuluculuğun sınıraşan bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak yaygınlaşmasını sağlamak, Singapur Konvansiyonu'nun amaçları arasında yer almaktadır⁷⁹.

Singapur Konvansiyonu, arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmalarının (international mediated settlement agreements-iMSAs/mediated settlement agreements-MSAs) âkit devletler arasında dolaşımını kolaylaştırmak amacıyla yapılmıştır. Bunu sağlamak için Konvansiyon'da kendisine münhasır yapısı olan bir hukuki metin yani sulh anlaşması ve bu metnin tanınması ve tenfizi için bir sistem öngörülmüştür⁸⁰. Böylece ilk defa bir milletlerarası antlaşma ile taraflar arasında yapılan özel hukuk sözleşmesine yabancı mahkeme kararları ile yabancı hakem kararlarına benzer bir statü tanınmıştır⁸¹.

78 SUSSMAN, s. 42.

79 SCHNABEL, s. 2.

80 Nadja ALEXANDER/Shouyu CHONG, The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution, Vol. 8, Kluwer Law International 2019, s. 1.

81 ALEXANDER/CHONG, s. 6.

Singapur Konvansiyonu'nda, milletlerarası nitelikli sulh anlaşmalarının, yapıldığı devlet dışında diğer devletlerde kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurması kabul edilmemiştir. Arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan ve milletlerarası nitelik taşıyan sulh anlaşmalarının, yapıldıkları ülke dışında sonuç doğurması, bazı şartlara tabi kılınmıştır. Bu açıdan da Singapur Konvansiyonu, New York Konvansiyonu'na benzemektedir. Sulh anlaşmasının, ticari uyuşmazlığa ilişkin olması, Konvansiyon'un uygulama alanı dışında bırakılan sulh anlaşmalarından olmaması, Konvansiyon'da belirtilen kriterler uyarınca milletlerarası nitelikli olması, arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılması ve Konvansiyon'da sayılan red sebeplerinden birinin mevcut olmaması gerekir. Bu şartların bir araya gelmesi halinde, bir âkit devlette yapılan sulh anlaşması diğer âkit devletlerce tanınacak ve tenfiz edilecektir. Ancak sulh anlaşmasının diğer âkit devletlerde sonuç doğurması için mutlaka tanıma veya tenfiz davasının açılması zorunlu değildir. Tanıma ve tenfiz davası yerine başka hukuki yollara da başvurulabilir. Örneğin, sulh anlaşmasına istinaden icra takibi yapılabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Singapur Konvansiyonu'nda belirtilen sebepler tahdidi olduğundan bu sebepler dışında sulh anlaşmasının esasına girilerek bir denetim yapılmayacaktır.

Singapur Konvansiyonu'na ilişkin bildirimler Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine yapılacaktır. Singapur Konvansiyonu, 7.8.2019 tarihinde Singapur'da ve ardından Birleşmiş Milletlerin ana merkezinin bulunduğu New York'ta da imzaya açılmıştır (md. 11/1). Singapur Konvansiyonu'na, örneğin Avrupa Birliği gibi ekonomik entegrasyon kuruluşları da katılabilir (md. 12/1). Avrupa Birliği, Singapur Konvansiyonu'nun müzakerelerine katılmıştır⁸². Singapur Konvansiyonu'nun 12(4). maddesine göre, bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşlarının yasal düzenlemeleri ile Konvansiyon arasındaki çatışma olduğunda Singapur Konvansiyonu'na üstünlük tanınmayacaktır. Bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşlarının yasal düzenlemelerinin Konvansiyon'dan önce veya sonra yapılmış olması sonucu değiştirmeyecektir. Ancak bunun için bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşu tarafından yapılan yasal düzenlemenin bu kuruluşun üyesi olan devletler arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin olması ve 4. madde uyarınca sulh anlaşmasının sonuç doğurması istenilen devletin yanı sıra 1(1). maddede söz edilen bütün devletlerin de bu kuruluşu üye olması gerekir.

82 Avrupa Birliği'nin arabuluculuk konusundaki yetkisi, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 81. maddesinden kaynaklanmaktadır. "Medeni konularda adli işbirliği" başlığını taşıyan bu maddenin 2(g) maddesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi Avrupa Birliği'nin görevleri arasında sayılmıştır.

İki veya daha fazla hukuk sistemine sahip toprağı olan devletler, hangi toprak parçasında Konvansiyon'un uygulanacağı hususunda imza, onay veya katılım aşamasında bildirimde bulunabilirler. Konvansiyonu bütün topraklarına teşmil edebilecekleri gibi belirli bir toprak parçası ile sınırlandırabilirler (md. 13/1).

Singapur Konvansiyonu, üçüncü onay, kabul veya katılım belgesinin depozitere tevdi edilmesinden altı ay sonra yürürlüğe girecektir (md. (14/1). Konvansiyon'da değişiklik yapılmasını isteyen âkit devlet, bu konuda Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne bildirimde bulunacaktır. Genel Sekreterlik bildirimi, diğer âkit devletlere iletacaktır. Akit devletlerin en az üçte birinin değişiklik talebine olumlu yanıt vermesi halinde değişiklik görüşmeleri için Birleşmiş Milletler nezdinde yeni bir konferans düzenlenecektir (md. 15/1). Akit devletler, Singapur Konvansiyonu'ndan çekilebilir. Çekilme beyanı, depozite edilmesinden oniki ay sonra hüküm ve sonuç doğurur. Konvansiyon, çekilme beyanının yürürlüğe girmesinden önce yapılan sulh anlaşmaları açısından uygulanmaya devam eder (md. 16/1-2).

B. Singapur Konvansiyonu'nun Çekince Konulabilecek Maddeleri

Singapur Konvansiyonu'na daha fazla devletin katılmasını sağlamak için iki konuda Konvansiyona çekince konulması kabul edilmiştir⁸³. Bu iki konu dışında Singapur Konvansiyonu'na çekince konulamaz (md. 8/2). Çekince konulacak konulardan biri sulh sözleşmesinin taraflarına ilişkindir. Singapur Konvansiyonu'nu onaylayacak devletler, arabuluculuk sonucunda yapılan ve kendilerinin taraf olduğu sulh anlaşmalarına; çekinceye belirttikleri devlet kurumlarının veya devletin yetkili kişilerinin taraf olduğu sulh anlaşmalarına uygulanmaması için çekince koyabilirler (md. 8/1-a). Bu çekincenin konulmasına izin verilmesinin sebeplerinden biri bazı ülkelerde kamu kurumlarının sulh olma yetkisinin bulunmamasıdır⁸⁴. Ayrıca arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşması devletlerin hassas olduğu kamu düzenine veya kamu güvenliğine etki eden hususlara ilişkin olabilir. Üstelik devlet kurumlarının veya yetkililerinin taraf olduğu arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmalarının Singapur Konvansiyonu'nun uygulama alanına girmesi tek başına devletlerin Konvansiyona katılmaması sonucunu doğurabilirdi⁸⁵. Çekince koyma yetkisinin tanınmasıyla isteyen devletler, devlet kurumlarının veya yetkililerinin taraf olduğu milletlerarası sulh anlaşmalarına Konvansiyonu uygulamama olanağı-

83 APTER/MUCHNIK, s. 1268.

84 APTER/MUCHNIK, s. 1273.

85 APTER/MUCHNIK, s. 1273-1274.

nı elde etmişlerdir. Ancak şirketler, bu çekinceyi koyan devletlerin kamu kurumları veya yetkilileri ile sulh anlaşması yapmak istemeyebilirler. Singapur Konvansiyonu'nun 8(1)(a) maddesi, özellikle yabancı yatırımcılar ile yatırma ev sahipliği yapan ve çekince koyan devletler arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun tercih edilmemesi sonucunu doğurabilecektir⁸⁶.

Ayrıca devletler, taraflarca Singapur Konvansiyonu'nun uygulanmasının kararlaştırılması kaydıyla Konvansiyon'un uygulanabileceğine ilişkin çekince koyma (md. 8/1-b). O halde her âkit devlet, milletlerarası ticari uyuşmazlığın taraflarının anlaşması kaydıyla Singapur Konvansiyonu'nun uygulanacağına ilişkin çekince koyma hakkına sahiptir. Bu çekinceyi koyan devletlerde milletlerarası nitelikli sulh anlaşmasının Singapur Konvansiyonu hükümlerine göre sonuç doğurabilmesi için, taraflar arasında Singapur Konvansiyonu'nun uygulanacağına dair bir anlaşmanın olması gerekir. Ancak taraflar arasında Singapur Konvansiyonu'nun uygulanmasına ilişkin bir anlaşma yoksa 8(1)(b) maddesine istinaden çekince koyan devletlerde milletlerarası sulh anlaşmasının sonuç doğurması örneğin, tenfiz edilmesi istenemeyecektir. Singapur Konvansiyonu'nun 8(1)(b) maddesi ile âkit devletlere tanına "opt-out" yetkisinin çok sayıda devlet tarafından kullanılması halinde Konvansiyonun yaygın olarak uygulanmasını engelleyeceği ifade edilmiştir⁸⁷. Çifte taraf iradesi şartının (requiring double consent by parties) yani hem arabuluculuk sonucu milletlerarası sulh anlaşması yapılırken hem de Singapur Konvansiyonu uygulanırken aranmasının gereksiz olduğu; zaten arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının diğer bir âkit devlette sonuç doğurması için talepte bulunulması halinde karşı tarafın öne sürebileceği itirazların Konvansiyonda ayrıntılı olarak belirlenmesi sebebiyle 8(1)(b) maddesindeki çekincenin gereksiz olduğu öne sürülmüştür⁸⁸. Singapur Konvansiyonu'nun 8(1)(b) maddesine istinaden çekince koyan devletlerde arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının sonuç doğurması için taraflar arasında Singapur Konvansiyonu'nun uygulanacağına ilişkin bir anlaşmanın (opt-in) olması gerekir⁸⁹. Singapur Konvansiyonu'nun 8(1)(b) maddesinde âkit devletler tarafından bu yönde bir çekince konulabileceği ifade edilirken tarafların sıfatına ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle ister özel hukuk kişisi olsun isterse de kamu tüzel kişisi olsun ticari ilişkinin tarafları, aralarında yapacakları sulh anlaşmasında Singapur Konvansiyonu'nun uygulanmayacağını kararlaştırmışsa, söz konusu

86 APTER/MUCHNIK, s. 1274.

87 Ali Moghaddam ABRİŞHAMİ, Singapore Convention on Mediation: Should Iran Follow the Position of Qatar?, 36(2020) Arab Law Quarterly, s. 14.

88 APTER/MUCHNIK, s. 1277.

89 TREICHL, s. 427.

çekinceyi koyan âkit devlette Singapur Konvansiyonu'na istinaden sulh anlaşmasının sonuç doğurması talep edilemeyecektir.

Singapur Konvansiyonu'nun 8(3). maddesine göre, çekince her zaman konulabilir. Bununla beraber imza sırasında konulan çekincenin onay, kabul ve tasdik aşamasında da tekrar edilmesi gerekir. Çekince, çekince koyan devlette Konvansiyon'un yürürlüğe girmesiyle beraber işlerlik kazanır. Konvansiyon'un yürürlüğe girmesinden sonra konulan çekinceler, çekincenin depozitere tevdi edilmesinden 6 ay sonra yürürlüğe girer (md. 8/3). Konulan çekinceler her zaman geri alınabilir. Geri alma, bildirim depozitere tevdi edilmesinden 6 ay sonra sonuç doğurmaya başlar (md. 8/5)⁹⁰.

C. Singapur Konvansiyonu'nun Âkit Devletlerin Yasal Düzenlemeleri ve Taraf Oldukları Diğer Konvansiyonlarla İlişkisi

Singapur Konvansiyonu'nun 7. maddesinde, akit devletlerin arabuluculuğa ilişkin yasal düzenlemeleri ile arabuluculuğa ilişkin olarak taraf oldukları diğer konvansiyonlarla olan ilişkisi düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, Singapur Konvansiyonu, sulh anlaşmasının ilgili tarafının, sulh anlaşması uyarınca sahip

90 9.12.2019 tarihi itibarıyla Singapur Konvansiyonu'nu imzalayan devletler şunlardır: Afganistan, Amerika Birleşik Devletleri, Belarus, Benin, Brunei Darussalam, Çad, Çin, Ekvator, Ermenistan, Esvatini, Fiji, Filipinler, Gabon, Gine-Bissau, Grenada, Gürcistan, Haiti, Hindistan, Honduras, İran İslam Cumhuriyeti, İsrail, Jamaika, Karadağ, Katar, Kazakistan, Kolombiya, Kongo, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Kore Cumhuriyeti, Kuzey Makedonya, Lao Demokratik Halk Cumhuriyeti, Malezya, Maldivler, Moritus, Nijerya, Palau, Paraguay, Samoa, Sırbistan, Sierra Leone, Singapur, Sri Lanka, Suudi Arabistan, Şili, Timor-Leste, Türkiye, Uganda, Ukrayna, Uruguay, Ürdün, Venezüela (Bolivya Cumhuriyeti): https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status (12.6.2021). Belarus Devleti, Singapur Konvansiyonu'nu imzalarken şu çekinceyi koymuştur: “*Konvansiyonun 8. maddesi uyarınca Belarus Cumhuriyeti Konvansiyonu kendisinin, hükümet kurumlarının veya hükümet kurumlarını temsil eden şahısların taraf olduğu sulh anlaşmalarına uygulamayacaktır*”. Aynı çekince Suudi Arabistan tarafından da konulmuştur. İran İslam Cumhuriyeti, Singapur Konvansiyonu'nu imzalarken şu çekinceyi koymuştur: “*Bu beyanda bulunmanın esas amacının aşağıdaki maddelerin gelecekte [İran İslam Cumhuriyeti'nin] başlangıçtaki niyetiyle ve önceki konumuyla bağdaşmayacak şekilde yorumlanmasını veya İran İslam Cumhuriyeti'nin ulusal hukukuyla ve düzenlemeleriyle uyumsuz olmasını engellemek olduğunu akılda tutarak, İran İslam Cumhuriyeti Hükümeti, Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nu imzalarken Konvansiyonun hükümlerini nasıl anladığını kaydetme fırsatını kullanmıştır. İran İslam Cumhuriyeti'nin çekincelerden anladığı şudur: İran İslam Cumhuriyeti, Konvansiyonu kendisinin, beyanında belirlediği, hükümet kurumlarının veya hükümet kurumlarını temsil eden şahısların taraf olduğu sulh anlaşmalarına uygulamak yükümlülüğü altında değildir. İran İslam Cumhuriyeti bu Konvansiyonu, sulh anlaşmasının taraflarının Konvansiyonu uygulanmasını kararlaştırdığı hallerde uygulayacaktır. İran İslam Cumhuriyeti, onay sırasında çekince koyma serbestisine sahiptir. İran İslam Cumhuriyeti, Konvansiyonun ilgili hükümleri uyarınca, Devletlerle işbirliği için yasa ve düzenleme yapma hakkını saklı tutar*”. İran Anayasası'nın 139. maddesine göre, kamu ve hükümetin mallarına ilişkin uyuşmazlıklarda uzlaştırma (conciliation) ve tahkim Bakanlar Kurulu'nun ve Parlamento'nun onayına tabidir. İran ekonomisi daha çok devlete bağlı teşebbüsler tarafından yönlendirilmektedir (ABRİSHAMİ, s. 31). Ayrıca İran'da yerel korumacılığın, devlete ait olan işletmelerin hakimiyeti ve yargıda yolsuzluğun yaygın olması, milletlerarası nitelikli sulh anlaşmalarının İran'da sonuç doğurup doğurmayacağı konusunda tereddüt edilmesine neden olmaktadır (ABRİSHAMİ, s. 32).

olduğu ve sulh anlaşmasının sonuç doğurmasının talep edildiği âkit devletin hukukunun veya bu devletin taraf olduğu diğer milletlerarası antlaşmaların tanıdığı hakları kullanmasından onu yoksun kılmaz. O halde sulh anlaşmasının sonuç doğurması için başvurunun yapıldığı devletin yasal düzenlemeleri veya onayladığı milletlerarası anlaşmalarda Singapur Konvansiyonu ile düzenlenmemiş olan başka haklar varsa bunlara da dayanılabilir.

Singapur Konvansiyonu'nun 12(4). maddesine göre, Singapur Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde ekonomik bölgesel entegrasyon kuruluşlarına üye bir devlette sulh anlaşmasının tenfizinin talep edilmesi halinde ekonomik bölgesel entegrasyon kuruluşlarının düzenlemeleri ile Singapur Konvansiyonu arasında çatışma olması halinde Konvansiyon hükümlerine üstünlük tanınmayacaktır. Dolayısıyla Singapur Konvansiyonu'na tabi bir tenfiz rejimi, bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşlarının ek şartlarına tabidir. Örneğin, Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesi uyarınca sulh anlaşmasının tenfizi için karşı tarafın rızasının alınması gerekir⁹¹.

III. Singapur Konvansiyonu'nun Uygulama Alanı

A. Singapur Konvansiyonu'nun Uygulama Alanına Giren Sulh Anlaşmaları

Singapur Konvansiyonu'nun gerek adında gerekse metninde “sulh sözleşmesi” (settlement contract) ibaresi yerine “sulh anlaşması” (settlement agreement) ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla biz de açıklamalarımızda Konvansiyon'da kullanılan terminolojiye sadık kalacağız. Singapur Konvansiyonu, arabuluculuk müessesini bütün yönleriyle düzenleyen bir konvansiyon değildir. Bu Konvansiyon yalnızca arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan sulh anlaşmalarının âkit devletler arasında serbest dolaşımına uygulanır. Singapur Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmaları sırasında Konvansiyon'un kapsamının yalnızca konusu belirli bir miktar para alacağı (monetary obligations) olan sulh anlaşmalarıyla sınırlandırılmasına ilişkin teklif kabul görmemiş ve konusu para olmayan sulh anlaşmaları da (non-monetary) da kapsama alınmıştır⁹².

Singapur Konvansiyonu'nda “arabuluculuk” (mediation) kavramı kullanılmıştır⁹³. Konvansiyona taraf olan ülkelerde bu kavram yerine “uzlaştırma”

91 Iris NG, The Singapore Mediation Convention: What Does it Mean for Arbitration and the Future of Dispute Resolution?, Kluwer Arbitration Blog, August 31, 2019: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/31/the-singapore-mediation-convention-what-does-it-mean-for-arbitration-and-the-future-of-dispute-resolution/> (6.6.2021).

92 SCHNABEL, s. 12; ÖZSUNAY, s. 34.

93 A/CN.9/934 Distr.: General 19 February 2018, United Nations Commission on International Trade Law Fifty-first session New York, 25 June-13 July 2018, Report of Working Group II (Dispute Settlement)

(conciliation) veya başka bir kavramın kullanılmasının önemli olmadığı; zira “arabuluculuk” kavramının bir şemsiye kavram olarak kullanıldığı ifade edilmiştir⁹⁴. Zaten Singapur Konvansiyonu’nun arabuluculuğun tanımına ilişkin 2(3). maddesinde “kullanılan ibareler ya da yürütülen usul ne olursa olsun” ifadesinin kullanılmasının sebebi budur. Ayrıca sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucunda yapılması öngörülmüştür. Ancak arabulucunun, süreci baştan sona yürütmesinin gerekli olup olmadığı; örneğin, arabulucunun esaslı uyuşmazlık üzerine taraflar anlaşınca ayrıntılarda onları yalnız bırakması halinde arabuluculuk sonucu yapılan bir anlaşmadan söz edilip edilemeyeceği konusunda Konvansiyon’da bir açıklık yoktur. Bununla beraber bu son halde dahi yapılan sulh anlaşmasının Singapur Konvansiyonu’nun kapsamına girdiği kabul edilmektedir⁹⁵. Hatta arabulucu sürecin yalnızca bir kısmını yürütse ve sulh anlaşması yapılırken sürece dahil olmasa bile Singapur Konvansiyonu’nun uygulanacağı ifade edilmiştir⁹⁶. Diğer bir ifadeyle arabulucunun sürecin başından sonuna kadar yer almasına ihtiyaç yoktur. Arabuluculuk sürecinin bir kısmında yer alması yeterlidir. Arabulucunun sürecinin bir kısmında yer alsa bile yapılan sulh anlaşmaları Singapur Konvansiyonu’nun uygulama alanına girmektedir⁹⁷. Arabulucunun sicile kayıtlı bir arabulucu olup olmadığı da önem taşımamaktadır⁹⁸.

Taraflar arasında arabuluculuk yoluna başvurulması için bir anlaşma yapılmış olsun ya da olmasın arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmaları Singapur Konvansiyonu’nun uygulama alanına girmektedir. Diğer bir ifadeyle, Singapur Konvansiyonu uyuşmazlığın tarafları arasında arabuluculuğa başvurulması için sözleşme yapılmasını zorunlu kılmamaktadır. Arabuluculuğa başvurulması için taraflar arasında bir sözleşme olmasa bile arabuluculuğa başvurulmuş ve arabuluculuk sonucunda milletlerarası ticari nitelikli sulh anlaşması yapılmışsa, bu sulh anlaşması Singapur Konvansiyonu’nun uygulama alanına girer⁹⁹. O halde dava şartı arabuluculuk ya da diğer adıyla zorunlu arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları da Singapur Konvansiyonu kapsamına girmektedir. Dolayısıyla ister ihtiyari arabuluculuk isterse zorunlu

on the work of its sixty-eighth session (New York, 5-9 February 2018), s. 4; A/CN.9/942 Distr.: General 2 March 2018, United Nations Commission on International Trade Law Fifty-first session New York, 25 June-13 July 2018, Settlement of commercial disputes International commercial mediation: draft convention on international settlement agreements resulting from mediation Note by the Secretariat, s. 9.

94 SCHNABEL, s. 15; WÓJTOWICZ/GEVAERD, s. 142; ERDOĞAN, s. 191; Khory McCORMICK/Sharon S.M. ONG, Through the Looking Glass: An Insider’s Perspective into the Making of the Singapore Convention on Mediation, 31(2019)Special Issue, Singapore Academy of Law Journal s. 522.

95 SCHNABEL, s. 17.

96 SCHNABEL, s. 17; ERDOĞAN, s. 192.

97 ERDOĞAN, s. 192.

98 ERDOĞAN, s. 193.

99 VERBIST, s. 64.

arabuluculuk sonucu yapılsın milletlerarası nitelikli sulh anlaşmaları Singapur Konvansiyonu'nun kapsamına girmektedir. Arabuluculuğa taraflar ihtiyari olarak veya yasal düzenlemelerde yer alan hükümler uyarınca zorunlu olarak ya da mahkemenin veya hakem heyetinin talimatıyla başvurmuş olabilir. Hangi yolla arabuluculuğa başvurmuş olursa olsunlar sonuç değişmeyecek ve arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşması Singapur Konvansiyonu'nun uygulama alanına girecektir¹⁰⁰. Nitekim TTK'nın 5A maddesi ile 6325 sayılı Kanun'un 18A maddesi uyarınca dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulması için taraflar arasında bu konuda bir anlaşmanın yapılmış olması gerekli değildir. Zaten arabuluculuğa başvurulması zorunlu olduğundan taraflarca arabuluculuk yoluna başvurulması için bir anlaşmanın yapılmasına da ihtiyaç yoktur. Türk hukukunda İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Ancak iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları milletlerarası nitelik taşıyabilir bile Singapur Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışındadırlar. Çünkü Singapur Konvansiyonu'nun 1(2)(b) maddesi uyarınca iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları Konvansiyona tabi değildir. TTK'nın 5A maddesi uyarınca ticari uyuşmazlıklardan para alacağı ve tazminat alacağına ilişkin olanlar için zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulabilir. Ancak arabuluculuk sonucu yapılan iç ticarete ilişkin sulh anlaşmaları da Singapur Konvansiyonu kapsamında değildir. Milletlerarası ticari nitelikli bir uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının diğer âkit devletlerde sonuç doğurması Singapur Konvansiyonu hükümlerine tabidir.

Singapur Konvansiyonu'na göre, arabuluculuğa götürülen uyuşmazlığın ticari nitelikte olması ve arabuluculuk sonucunda yapılan anlaşmanın yazılı olması gerekir. Ayrıca sulh anlaşması *yapıldığı sırada* ticari uyuşmazlığın *milletlerarası* nitelik taşıması zorunludur (md. 1). O halde Singapur Konvansiyonu'nun uygulanabilmesi için:

(1) Arabuluculuğa başvurulması ve arabuluculuk sonucunda taraflar arasında anlaşma yapılması gerekir.

(2) Arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan anlaşmanın yazılı olması gerekir.

(3) Arabuluculuğun konusunu oluşturan anlaşmanın ticari uyuşmazlığa ilişkin olması gerekir.

100 Elisabetta SILVESTRI, The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?, 4(2019)3 Access to Justice in Eastern Europe, s. 7.

(4) Arabuluculuk sonucunda yapılan anlaşmanın konusunu teşkil eden ticari ilişkinin anlaşma yapıldığı anda milletlerarası nitelikli bir ilişki olması gerekir.

Singapur Konvansiyonu'nun 1. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde ticari ilişkinin hangi hallerde milletlerarası nitelik taşıyacağı belirlenmiştir. Bu bentlere göre:

- (a) sulh anlaşmasının taraflarının iş yerlerinin farklı ülkelerde olması;
- (b) sulh anlaşmasının taraflarının iş yerlerinin bulunduğu devletlerin
- (i) sulh anlaşmasından doğan borcun esaslı bir kısmının ifa edileceği devletten;
- (ii) sulh anlaşmasının konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten

farklı olması halinde sulh anlaşması milletlerarası nitelik taşıyacaktır.

Singapur Konvansiyonu'nun 1. maddesinin (a) ve (b) bentlerinden anlaşılacağı üzere *arabuluculuğun gerçekleştiği yerin* milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde herhangi bir rolü yoktur. Dolayısıyla online olarak gerçekleşen ve belirli bir yere bağlanamayan arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları da Singapur Konvansiyonu'nun uyumla alanına girmektedir. Milletlerarası nitelik açısından sulh anlaşmasının *yapıldığı an* esas alınmıştır. Anlaşma belgesinin yapıldığı andan önce veya sonra milletlerarası niteliğinin bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur. Anlaşma yapılırken milletlerarası nitelik mevcut olmakla beraber sonradan bu nitelik ortadan kalkabilir. Örneğin, arabuluculuk sonucu sulh anlaşması yapıldığı anda tarafların iş yerleri farklı ülkelerde olmasına rağmen sonradan taraflardan biri işyerini diğer tarafın iş yerinin bulunduğu ülkeye taşıyabilir. Arabuluculuk usulü yürütülürken veya arabuluculuk sonucu sulh anlaşması yapıldıktan sonra, hatta sulh anlaşmasının Singapur Konvansiyonu'na istinaden diğer bir âkit devlette tenfizinin talep edildiği esnada tarafların işyerlerinin aynı ülkede olması milletlerarası niteliği ortadan kaldırmaz. Önemli olan sulh anlaşması yapılırken tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olmasıdır.

Sulh anlaşmasının taraflarından birinin birden fazla iş yeri varsa, milletlerarası niteliğinin tayininde, sulh anlaşması yapıldığı sırada taraflarca bilinen veya tahmin edilebilecek olan haller dikkate alınarak sulh anlaşmasının konusunu teşkil eden hukuki ilişki ile en sıkı ilişkili olan iş yeri dikkate alınacaktır. Ancak taraflardan biri herhangi bir işyerine sahip olmayabilir. Bu durum özellikle gerçek kişi tacirlerin taraf olduğu arabuluculuk halinde ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda "iş yeri" ibaresi, mutad mesken olarak kabul edilecektir (md. 2/1-a).

Yazılı sulh anlaşması ibaresi, anlaşmanın herhangi bir şekilde kayıtlı olması anlamındadır. O halde taraflar arasında bir metne dökülen ve imzalanan anlaşmanın

olması şart değildir. Elektronik ortamda yapılan ve teati edilen sulh anlaşmasına erişim sağlanabiliyorsa bu anlaşma şekil açısından geçerlidir (md. 2/2). Önemli olan elektronik ortamdaki sulh anlaşmasının taraflar arasında gönderilmesi ve alınmasının yanı sıra erişilebilir şekilde elektronik ortamda kayıtlı olmasıdır. Hatta taraflar arasında e-mail teatisi yoluyla sulh anlaşması yapılmış olabilir¹⁰¹.

Arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmasının konusunun ticari bir uyuşmazlığa ilişkin olması gerekir. Singapur Konvansiyonu'nda ticari ilişkinin tanımı yapılmamıştır. Ancak Konvansiyon açısından ticari ilişki kavramının en geniş anlamda kullanıldığı ve yabancı yatırımcı ile yatırma ev sahipliği yapan devlet arasındaki uyuşmazlıkların da bu kavrama dahil olduğu kabul edilmektedir¹⁰². Ticari olmayan uyuşmazlıklarda gerçekleşen arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının kamu düzeni ve müdahaleci normlarla çakışması riski dikkate alınarak Konvansiyon'un kapsamına sadece ticari uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları alınmıştır¹⁰³. Ayrıca UNCITRAL Model Kanunu 2018'in 1 numaralı dipnotunda tanım yapılmıştır. Bu tanım, Singapur Konvansiyonu açısından da benimsenebilir. UNCITRAL Model Kanunu 2018'in 1 numaralı dipnotuna göre:

'Ticari' kavramı, sözleşmesel olsun veya olmasın ticari nitelikli bütün hukuki ilişkilerden kaynaklanan meseleleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Ticari nitelikteki ilişkiler bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla şu muameleleri kapsamaktadır: Hizmetlerin, malların arzına veya değişimine ilişkin her tür ticari muamele; dağıtım sözleşmesi; ticari temsil ve acente; faktoring; leasing; inşaat işleri; danışmanlık; mühendislik; lisans; yatırım; finansman; bankacılık; sigorta; doğal kaynakların çıkarılması sözleşmeleri veya imtiyaz sözleşmeleri; joint venture ve diğer ticari ve sinai işbirliği modelleri; havayoluyla, karayoluyla, demiryoluyla yolcuların veya malların taşınması.

Arabuluculuğun tanımı Singapur Konvansiyonu'nun 2(3). maddesinde yapılmıştır. Bu madde uyarınca "arabuluculuk", kullanılan ibareler ya da yürütülen usul ne olursa olsun, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı arabulucu olarak adlandırılan ve uyuşmazlığın taraflarına bir çözüm dayatma yetkisine sahip olmayan üçüncü kişinin veya kişilerin yardımıyla sulhen çözüme usulüdür. Arabulucunun rolü, tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözmelerini kolaylaştırmak, istek ve ihtiyaçlarını dikkate alarak uzlaşmaya teşvik etmek ve bu yönde yardımda bulunmaktır.

101 SCHNABEL, s. 28; CHUA, The Singapore Convention on Mediation-A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, s. 197.

102 SCHNABEL, s. 22-23; CHUA, Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence, s. 6.

103 Shouyu CHONG/Felix STEFFEK, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention-Private International Law Issues in Perspective, 31(2019) Singapore Academy of Law Journal, s. 457.

B. Singapur Konvansiyonu'nun Uygulama Alanı Dışında Kalan Sulh Anlaşmaları

Singapur Konvansiyonu arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan ve milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıklara ilişkin her sulh anlaşmalarına uygulanmaz. Nitekim Singapur Konvansiyonu'nun 1(2). maddesi ile 1(3). maddesinin (a) ve (b) bentlerinde, Konvansiyon'un uygulama alanı dışında kalan sulh anlaşmaları düzenlenmiştir. Singapur Konvansiyonu, yalnızca milletlerarası unsurlu ve ticari nitelikteki sulh anlaşmalarının diğer bir âkit devlette sonuç doğurması talep edildiğinde uygulanacaktır. Dolayısıyla milli nitelikli sulh anlaşmaları Konvansiyon'un uygulama alanına girmemektedir. Böyle Singapur Konvansiyonu, ticari nitelikli sulh anlaşmaları arasında milli ve milletlerarası nitelikli olup olmamalarına göre bir ayırım yaparak düalist bir yaklaşım benimsemiştir¹⁰⁴. Singapur Konvansiyonu'nun 1(2). maddesine göre, sulh anlaşmasının taraflarından birinin şahsı veya ailesi veya evi için tüketici olarak yaptığı işlemler sonucunda arabuluculuğa başvurulmuş ve arabuluculuk neticesinde taraflar arasında sulh anlaşması yapılmışsa bu sulh anlaşması Singapur Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışındadır. Ayrıca 1(2)(b) maddesinde aile, miras ve iş hukukuna ilişkin arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmalarının da Konvansiyon'un uygulama alanı dışında tutulduğu ifade edilmiştir. Bu konulara ilişkin arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmalarının Singapur Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışında tutulmasının sebebi, sulh anlaşmasının ulusal hukuklarda yer alan kamu düzenine ilişkin olan veya müdahaleci normlarla çatışacağı düşüncesidir¹⁰⁵.

Singapur Konvansiyonu'nun 1(3). maddesinin (a) ve (b) bentlerine göre, sulh anlaşmasının bir âkit devletin mahkemesi tarafından onaylanması veya mahkeme yargılaması esnasında yapılması ve mahkeme kararı olarak söz konusu devlette icra edilebilir olması halinde Konvansiyon uygulanmayacaktır. Ayrıca tahkim yargılaması sırasında yapılan ve hakem kararı olarak icra edilebilen sulh anlaşmaları da Singapur Konvansiyonu kapsamı dışında bırakılmıştır.

Singapur Konvansiyonu'nda açıkça belirtilmemiş olmakla beraber eğer arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmasında yetki veya tahkim klozu varsa, Konvansiyon uygulanmayacaktır¹⁰⁶.

C. Singapur Konvansiyonu'nun Zaman İtibariyle Uygulanması

Singapur Konvansiyonu'nun 9. maddesinde, Konvansiyon'un hangi anda yapılan sulh anlaşmalarına uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca,

104 ABRİŞAMİ, s. 5.

105 SUSSMAN, s. 50.

106 Christina G. HIOUREAS, The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward, 46(2019)1 Ecology Law Quarterly, s. 67.

her âkit devlet gerek Konvansiyonu gerekse Konvansiyona koyduğu veya geri aldığı çekinceleri, Konvansiyon'un, çekincelerin veya çekincelerin geri alınmasının yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan sulh anlaşmalarına uygulayacaktır.

D. Singapur Konvansiyonu Açısından Sulh Anlaşmasının Hukuki Niteliği

Arabuluculuk sonucunda düzenlenen sulh anlaşmasının hukuki niteliğın belirlenmesi, bu anlaşmaya uyulmaması halinde takip edilecek yolu belirlemek bakımından önem taşımaktadır. Arabuluculuk sonucunda taraflar arasında yapılan anlaşmanın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır.

Bir görüşe göre, taraflar, varılan anlaşmayı mevcut haliyle uygulamak isterlerse, arabuluculuk sonunda düzenlenen tutanak sözleşme hukukunun genel hükümlerine tabi olacak; arabuluculuk sonucunda tutulan tutanak taraflar ile avukatları tarafından birlikte imzalanması halinde Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine göre ilam niteliğında belge teşkil ettiğinden, bu tutanağın icra edilebilirlik niteliği kazanması için mahkemeye sunulmasının gerek kalmayacaktır. İcra edilebilirlik şerhi içeren tutanaklar, İİK'nın 38. maddesi anlamında ilam niteliğında belge¹⁰⁷ olduklarından ilamlı icraya konulabilecektir¹⁰⁸.

Diğer bir görüş, arabuluculuk sonucunda yapılan anlaşmanın hukuki niteliği konusunda kesin bir değerlendirme yapılamayacağını; ancak dava açılmadan önce tarafların arabuluculuk yöntemine başvurmaları halinde anlaşma sağlanırsa bu anlaşmanın niteliğini mahkeme dışı sulhe benzediğini; bu anlaşmanın adi belge niteliğında olması halinde İİK'nın 68. maddesi anlamında veya noter huzurunda yapılması halinde İİK'nın 38. maddesi anlamında belge olacağını; dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması halinde tarafların mahkemeden anlaşmaya göre karar vermesini istemeleri halinde anlaşmanın mahkeme içi sulhe dönüşeceğini, tarafların mahkemeden anlaşmaya göre karar vermesini talep etmemeleri halinde mahkemece uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla sona ermesi sebebiyle karar verilmesine gerek olmadığı yönünde karar vereceğini ifade etmiştir¹⁰⁹. İcra edilebilirlik şerhi içeren anlaşma, İİK'nın 38. maddesi anlamında belge teşkil eder ve içeriğinin cebri icraya elverişli olması kaydıyla ilamlı icraya konulabilir. Anlaşmanın konusu bir hukuki ilişkinin tespiti ise o zaman anlaşma cebri icraya konulmayacaktır¹¹⁰.

Singapur Konvansiyonu'nda açıkça sulh anlaşmasının hukuki niteliği düzenlenmemiştir. Bununla beraber Konvansiyon'da yer alan bazı hükümlerden

107 ÖZBEK, C. II, s. 1259-1261.

108 ÖZBEK, C. II, s. 1264.

109 TAŞPOLAT TUGSAVUL, s. 189-190.

110 TAŞPOLAT TUGSAVUL, s. 192.

hareketle sulh anlaşmasının ilam niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Sulh anlaşması taraflardan sadır bir belge olduğundan kanaatimizce resmî belge niteliğinde de değildir. Dolayısıyla bir âkit devlette düzenlenen sulh anlaşmasına istinaden Türkiye’de işlem yapılabilmesi için apostil şerhine veya konsolosluk onayına da ihtiyaç yoktur.

Singapur Konvansiyonu’nun 1(3). maddesine göre, Konvansiyon, mahkeme yargılaması sırasında tasdik edilen veya yapılan ve mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak yerine getirilen sulh anlaşmalarına uygulanmaz. Singapur Konvansiyonu’nun 1(3). maddesinde yer alan iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Birincisi, yargılama sırasında sulh anlaşmasının yapılması veya mahkemece tasdik edilmesidir. İkinci şart ise, mahkemenin bulunduğu devlette söz konusu sulh anlaşmasının mahkeme kararı gibi yerine getirilmesidir. Türk hukukunda arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları arasında bir ayırım yapılmıştır. 6325 sayılı Kanun’un 18. maddesinin (2). fıkrasında arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasına icra edilebilirlik şerhinin verilmesini düzenlemiştir. 6325 sayılı Kanun’un 18. maddesinin 2. fıkrasına göre, *taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.* Dikkat edilecek olursa icra edilebilirlik şerhi alınmasına rağmen anlaşma ilam haline gelmez, ancak ilam niteliğinde belge sayılır. Bazı hallerde arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşması icra edilebilirlik şerhi olmasa dahi ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. 6325 sayılı Kanun’un 18. maddesinin (4). fıkrasında hangi durumda icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının ilam niteliğinde belge sayılacağı düzenlenmiştir. 6325 sayılı Kanun’un 18. maddesinin (4). fıkrasına göre, *taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.* 6325 sayılı Kanun’un 18. maddesinin (2). ve (4). fıkralarında belirtilen şekilde düzenlenen sulh anlaşmaları, mahkeme ilamı niteliğinde belge sayılacakları için Singapur Konvansiyonu’nun kapsamı dışında kalacaklardır. 6325 sayılı Kanun’un 18. maddesinin (2). fıkrası uyarınca sulh anlaşması için icra edilebilirlik şerhi alınmaması halinde ise söz konusu sulh anlaşmasının yapıldığı anda milletlerarası nitelik taşıması ve ticari uyuşmazlıklara ilişkin olması kaydıyla Singapur Konvansiyonu’nun uygulama alanına girecektir.

Buna karşın Avukatlık Kanunu'nun 35A maddesi ile HMK'nın 315(1). maddesinde düzenlenen sulh anlaşmaları da Singapur Konvansiyonu'nun uygulama alanı içinde kalmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 35A maddesi uyarınca taraflar arasında yapılan sulh anlaşmaları HMK'nın 315(1). maddesi uyarınca kesin hüküm gibi sonuç doğurmakta; 35A maddesi uyarınca ise ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 35A maddesine göre, avukatlar *dava açılmadan* veya *dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce* kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar İİK'nın 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.

HMK'nın 315(1). maddesine göre, sulh ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve *kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur*. Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına hükmeder. Eğer taraflar, mahkemenin sulh anlaşmasına göre karar vermesini isterse mahkeme sulh anlaşmasını kararına derc edecektir. Bu durumda yargılama sırasında yapılan ve mahkeme kararına derc edilen sulh anlaşması milletlerarası nitelikli olması kaydıyla ilamlar gibi yerine getirileceğinden; Singapur Konvansiyonu'nun 1(3). maddesinin (a) bendinde yer alan iki koşul gerçekleşeceğinden Konvansiyon'un kapsamı dışında kalacaktır. Buna karşın taraflar mahkemenin sulh anlaşmasına göre karar vermesini istemez ise bu durumda mahkemece “esas hakkında karar verilmesine gerek olmadığına” veya “sulh sebebiyle hüküm verilmesine yer olmadığına” karar vererek yargılamayı sonlandıracaktır. Bu durumda da yine sulh anlaşması kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracaktır. Singapur Konvansiyonu'nun 1(3). maddesinin (a) bendi şöyledir:

3. Konvansiyon, aynı zamanda [aşağıdaki] sulh anlaşmalarına uygulanmaz:

- (a) (i) Mahkeme yargılaması sırasında tasdik edilen veya yapılan; ve
- (ii) Mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak yerine getirilen sulh anlaşmaları.

Mahkeme yargılaması sırasında yapılan ancak mahkemece tasdik edilmeyen sulh anlaşmaları, eğer mahkeme kararı gibi yerine getirilecekse, Konvansiyon uygulanmayacağından HMK'nın 315(1). maddesinde düzenlenen söz konusu sulh anlaşmaları da Konvansiyon'un uygulama alanı dışındadır.

IV. Konvansiyon Uyarınca Bir Akit Devlette Yapılan Sulh Anlaşmasının Diğer Akit Devlette Sonuç Doğurması

A. Sulh Anlaşmasına Konu Uyuşmazlığın Diğer Bir Akit Devlette Yeniden Tartışma Konusu Yapılması

Arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının mevcudiyetine rağmen taraflardan biri anlaşmaya konu uyuşmazlıkla ilgili bir iddiada bulunabilir. Böyle bir durum sulh anlaşmasına konu uyuşmazlık hakkında dava açılması veya icra takibi yapılması halinde ortaya çıkacaktır. İşte bu durumda Singapur Konvansiyonu'nun 3. maddesi âkit devletlere, diğer tarafa sulh anlaşmasına dayanarak bu iddiayı bertaraf etme olanağının tanınması yükümlülüğünü getirmiştir. Singapur Konvansiyonu'nun 3. maddesinin metni şöyledir:

Madde 3- Genel İlkeler

1. Konvansiyona taraf devletler, kendi usul kuralları ve Konvansiyonda yer alan şartlarla sulh anlaşmasını yerine getireceklerdir.
2. Sulh anlaşmasıyla hâlihazırda çözülmüş olan bir hususta bir tarafın iddiası üzerine uyuşmazlık ortaya çıkarsa, Konvansiyona taraf olan devlet, diğer tarafın, söz konusu hususun zaten çözümlenmiş olduğunu ispatlaması için kendi usul kuralları ve Konvansiyon'da yer alan şartlarla sulh anlaşmasına dayanmasına izin verir.

B. Sulh Anlaşmasının Diğer Bir Akit Devlette Tenfizi ve Tenfiz Dışında Başka Bir Sonuç Doğurması

1. Singapur Konvansiyonu'nda “Tanıma ve Tenfiz” Yerine “Hukuki Yollara Başvurulması” Kavramının Kullanılmasının Sebepi

Singapur Konvansiyonu'nda sulh anlaşmasına dayanmak isteyen tarafın mutlaka sulh anlaşmasının tanınması ve tenfizi talep etmesini şart koşmamıştır. Sulh anlaşmasına istinaden herhangi bir hukuki yola (relief) başvurulmasından söz edilmiştir. Sulh anlaşmasına dayanarak diğer bir ülkede hukuki yola başvuran tarafın yazılı sulh anlaşmasını ibraz etmesi ve bu sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucu yapıldığına ilişkin delil ibraz etmesi yeterli görülmüştür. Sulh anlaşmasının noter tarafından onaylanması aranmadığı gibi arabuluculuk siciline tescil edilmiş yerel bir arabulucu tarafından imzalanmış olması da şart koşulmamıştır¹¹¹.

Daha önce belirtildiği gibi Singapur Konvansiyonu, sulh anlaşmalarının yalnızca tanınması ve tenfizi açısından önem taşımamaktadır. Nitekim çeşitli

¹¹¹ Nadja ALEXANDER and Shouyu CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation- Perspectives from Singapore, 22(2018)4 Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement, s. 43.

vesilelerle ifade edildiği üzere Singapur Konvansiyonu'nda "tanıma" ve "tenfiz" kavramları kullanılmamıştır¹¹². Bu kavramların kullanılmasına Konvansiyon'un müzakerelerine katılan özellikle Avrupa Birliği temsilcileri karşı çıkmıştır. Çünkü arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının tanınması veya tenfizi halinde "kesin hüküm" etkisi kazanmasının mümkün olmadığı; bu etkinin sadece mahkeme kararları açısından geçerli olacağı ifade edilmiştir¹¹³. Avrupa Birliği delegelerinin tutumuna rağmen Singapur Konvansiyonu uyarınca milletlerarası nitelikli sulh anlaşmalarının tanınması ve tenfizinin talep edilmesine engel bir durum yoktur. Ayrıca sulh anlaşmalarına istinaden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebi yapılabilir. Hatta sulh anlaşmasının aynen ifası talep edilebilir. Üstelik sulh anlaşmasına konu olan bir uyuşmazlık bir akit devlette yeniden yargılama konusu yapılırsa sulh anlaşması delil olarak ibraz edilip sulh anlaşmasına konu olan uyuşmazlığın zaten karara bağlandığı ispatlanabilir. Bu nedenle Singapur Konvansiyonu'nun 5. maddesinde sulh anlaşmasına istinaden yapılan talebin reddi sebepleri için "tanıma ve tenfiz reddi sebepleri" ibaresi kullanılmamış "hukuki yola başvurunun reddi sebepleri" ("grounds for refusing to grant relief") ibaresi kullanılmıştır.

Sulh anlaşmasının yerine getirilmesi için, bu anlaşma lehine olan taraf, anlaşmanın içeriğine göre muhtelif taleplerde bulunabilir. Daha önce ifade edildiği üzere sulh anlaşmasının aynen ifası, bu anlaşmaya istinaden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir veya sulh anlaşmasının tanınması ve tenfizi talep edilebilir. Bu taleplerin reddedilmesi, belirli şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlardan hiçbirini gerçekleşmemişse talep reddedilmez. Singapur Konvansiyonu'nun 5. maddesinde talebin hangi hallerde reddedileceği düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan şartlar ikili bir ayırım yapılmıştır. Bu maddede yer alan bazı şartların sulh anlaşmasının sonuç doğurması için talebin yapıldığı ülkenin yetkili makamı tarafından resen dikkate alınması öngörülmüştür. Ayrıca bu maddede sayılan bir kısım red sebeplerini ileri sürme ve ispat yükümlülüğü sulh anlaşması aleyhine olan tarafa yüklemiştir.

2. Bir Akit Devlette Yapılan Sulh Anlaşmasının Diğer Akit Devletlerde Sonuç Doğurması İçin Yapılan Başvuruya Eklenmesi Gereken Belgeler

Taraflardan birinin sulh anlaşmasına istinaden Konvansiyona uyarınca diğer bir âkit devlette herhangi bir hukuki yola başvurabilmesi için gerekli olan şartlar, Singapur Konvansiyonu'nun 4. maddesinde belirlenmiştir. Bu maddenin metni şöyledir:

112 "Tanıma" ve "tenfiz" kavramları arasındaki farklar için bkz. Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz*, 2. bası, İstanbul 2020, s. 5-14.

113 ALEXANDER/CHONG, s. 74; CHONG/STEFFEK, s. 465-466.

Madde 4- Sulh Anlaşmasına Dayanılması İçin Gerekli Şartlar

1. Bu Konvansiyon uyarınca sulh anlaşmasına dayanmak isteyen taraf, hukuki yollara başvurduğu diğer âkit devletin yetkili makamına [aşağıdaki] belgeleri ibraz edecektir:
 - (a) Taraflarca imzalanmış sulh anlaşmasını;
 - (b) Sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucu yapıldığını gösteren delilleri, örneğin;
 - (i) Sulh anlaşması üzerindeki arabulucunun imzasını;
 - (ii) Arabuluculuğun yapıldığına ilişkin arabulucu tarafından imzalanan belgeyi;
 - (iii) Arabuluculuğun bünyesinde yapıldığı kurum tarafından düzenlenen belgeyi; veya
 - (iv) (i), (ii) veya (iii) bentlerdeki belgelerin yokluğu halinde, yetkili makamca kabul edilebilir herhangi bir delili.
2. Elektronik yazışmalar açısından sulh anlaşmasının taraflarca veya uygulanabilir olduğu durumlarda, arabulucu tarafından imzalanması şartı, eğer [aşağıdaki şartlar] gerçekleşmişse yerine gelmiş olur:
 - (a) Tarafların veya arabulucunun teşhis edilmesi ve tarafların veya arabulucunun elektronik yazışmada yer alan bilgiye ilişkin niyetlerinin anlaşılmasını sağlayan bir yöntem kullanılmışsa; ve
 - (b) Kullanılan yöntem aşağıdaki yöntemlerden herhangi biri olabilir:
 - (i) Sulh anlaşması da dahil bütün şartları ışığında elektronik yazışmanın kaynağının veya iletiminin güvenilir olmasını sağlayan [yöntem]; veya
 - (ii) Bizzat veya diğer delillerle birlikte yukarıda (a) bendinde belirtilen işlevleri yerine getirdiğini ispatlayan [yöntem].
3. Eğer sulh anlaşması, ülkesinde hukuki yola başvuru için âkit devletin resmî dilinde değilse, söz konusu âkit devletin yetkili makamı, sulh anlaşmasının kendi diline tercüme edilmesini isteyebilir.
4. Yetkili makam, Konvansiyon'da öngörülen şartların yerine getirildiğini teyit eden herhangi bir belge de talep edebilir.
5. Başvurulan hukuki yolu inceleyen yetkili makam, ivedi hareket eder.

Singapur Konvansiyonu'nun 4. maddesinde aranılan şartlar şunlardır:

(1) Singapur Konvansiyonu'nun 4. maddesi uyarınca sulh anlaşmasının diğer bir âkit devlette sonuç doğurması için talepte bulunan tarafın öncelikle sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucu yapıldığını ispatlaması gerekir. Singapur Konvansiyonu'nun 4. maddesi uyarınca talepte bulunanın, taraflarca imzalanmış olan sulh anlaşmasının metnini ilgili makama ibraz etmesi gerekir. İlgili makamın hangi birim olacağına, sulh anlaşmasının sonuç doğurması için talebin yapıldığı veya sulh anlaşmasının tenfiz edileceği devletin usul hukuku karar verecektir. Bu makam mahkeme olabileceği gibi başka bir mercii de olabilir.

(2) Sulh anlaşmasına dayanarak hukuki yollara başvuran tarafın, arabuluculuğun yapıldığına ilişkin arabulucu tarafından imzalanmış olan belgeyi veya arabuluculuğun bünyesinde yapıldığı kurum tarafından hazırlanan ve sulh anlaşmasına eklenen belgeyi ibraz etmesi gerekir. Arabulucunun imzası, sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucunda yapıldığına delil teşkil eder. Eğer bunlardan

herhangi biri yoksa o zaman söz konusu akit devletin yetkili makamı tarafından kabul edilebilir başka bir delil ibraz edecektir. Sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucu yapıldığını göstermek için mutlaka arabulucunun imzasını taşıyan bir belgeye ihtiyaç yoktur. Bazen bu imza yerine başka bir yöntem kullanılabilir. Tarafların veya arabulucunun belirlenebilir olması ve tarafların veya arabulucunun elektronik yazışmada yer alan bilgiye ilişkin niyetlerinin anlaşılması için başka bir yöntem kullanılmış ise, kullanılan yöntemin sulh anlaşması da dahil halin bütün şartları ışığında elektronik yazışmanın kaynağının veya iletiminin güvenilir olmasını sağlaması veya tarafları, arabulucuyu ve bunların niyetlerini ortaya koyma işlevlerine sahip olması gerekir (md. 4/2-b).

Singapur Konvansiyonu'nun 4. maddesinde yer alan ve sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucu yapıldığını ispatlayan yollar tahdidi değildir. Söz konusu maddede sayılan yollar dışında kullanılan diğer yolların sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucu yapıp yapılmadığını ispatlanması için yeterli olup olmadığı tenfiz talebinin yapıldığı veya sulh anlaşmasına istinaden diğer hukuki yollara başvuru devletin mahkemelerinin veya yetkili makamlarının takdirine bırakılmıştır¹¹⁴.

Eğer sulh anlaşması, bu anlaşmanın sonuç doğurması için başvuru devletin resmî dilinde değilse, söz konusu akit devletin yetkili makamı sulh anlaşmasının kendi diline tercümesinin yapılmasını isteyebilir. Ayrıca yetkili makam Konvansiyon'da öngörülen şartların yerine getirildiğini teyit eden herhangi bir belge de talep edebilir (md. 4/3-4).

3. Singapur Konvansiyonu Uyarınca Sulh Anlaşmasına İstinaden Diğer Akit Devletlerde Yapılan Tenfiz Talebinin veya Diğer Hukuki Yollara Başvurunun Reddi Sebepleri

Bir âkit devlette gerçekleşen arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası nitelikli ticari sulh anlaşmasının diğer bir âkit devlette sonuç doğurması için aranan şartlar Singapur Konvansiyonu'nun 5. maddesinde belirlenmiştir. Tıpkı New York Konvansiyonu'nun V. maddesinde olduğu gibi söz konusu şartlar açısından ikili bir ayırım yapılmış ve kimi şartların aleyhine hukuki yollara başvuru tarafça ispatlanması, kimi şartların ise ilgili merci tarafından resen araştırılması öngörülmüştür. Singapur Konvansiyonu'nun 5. maddesinde sayılan şartlar tahdididir ve bu şartlar genişletilemez veya bunlara yenileri eklenebilir¹¹⁵. Söz konusu maddenin metni şöyledir:

114 CHUA, The Singapore Convention on Mediation-A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, s. 199.
115 VERBIST, s. 68; SCHNABEL, s. 42; CHUA, The Singapore Convention on Mediation-A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, s. 201.

Madde 5- Talebin Reddi Sebepleri

1. Konvansiyona taraf bir devletin yetkili makamı, 4. madde uyarınca hukuki yola başvurulması halinde aleyhine hukuki yola başvuru tarafın istemi üzerine ve [aşağıdaki] hususları ispatlaması kaydıyla talebi reddedebilir:

(a) Sulh anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması;

(b) Sulh anlaşmasının:

(i) taraflarca tabi kılındığı hukuka veya taraflarca tabi kılınan bir hukuk yoksa 4. madde uyarınca talebin yapıldığı yetkili makamın ait olduğu devletin hukukuna göre sulh anlaşmasının geçersiz ve hükümsüz olması veya işlerlik kazanmamış olması veya ifa edilebilir olmaması;

(ii) hükümlerine göre bağlayıcı veya nihai olmaması; veya

(iii) sonradan değiştirilmesi.

(c) Sulh anlaşmanın konu borcun:

(i) ifa edilmiş olması; veya

(ii) açık veya belirlenebilir olmaması;

(d) Talep edilen konuda karar verilmesinin sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı olması;

(e) Arabuluculuk veya arabulucu standartlarının arabulucu tarafından açıkça ihlal edilmesi ve bu ihlal olmasaydı söz konusu tarafça sulh anlaşmasının yapılamayacak olması; veya

(f) Arabulucunun tarafsız veya bağımsız olduğuna haklı şüphe yaratacak şekilde arabulucunun tarafların durumlarına ilişkin bilgileri ifşa etmesi ve bu ifşanın sulh anlaşmasının yapılmasına esaslı şekilde etki veya tesir etmesi ve bu ifşa olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşması yapmayacak olması.

2. 4. madde uyarınca hukuki yola başvurunun yapıldığı bir âkit devletin yetkili makamı [aşağıdaki] hususlardan birini tespit eterse] talebi reddedilebilir:

(a) Talebin, başvuru devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması; veya

(b) Uyuşmazlığın konusunun başvuru devletin hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmaması.

O halde sulh anlaşmasının yapıldığı âkit devlet dışında diğer bir akit devletlerde sonuç doğurmasının, sulh anlaşması aleyhine olan tarafça engellenebileceği sebepler şunlardır:

(1) Sulh anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması.

(2) Sulh anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı hukuka veya taraflarca tabi kılınan bir hukuk yoksa sulh anlaşmasının sonuç doğurması için talebin yapıldığı ilgili makamının ait olduğu devletin hukukuna göre sulh anlaşmasının geçersiz ve hükümsüz olması veya işlerlik kazanmamış olması veya ifa edilebilir olmaması; hükümlerine göre bağlayıcı veya nihai olmaması; sonradan değiştirilmesi.

(3) Sulh anlaşmanın konu borcun ifa edilmiş olması veya açık ve belirlenebilir olmaması;

(4) Talep edilen konuda karar verilmesinin sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı olması;

(5) Arabuluculuk veya arabulucu standartlarının arabulucu tarafından açıkça ihlal edilmesi ve bu ihlal olmasaydı söz konusu tarafça sulh anlaşmasının yapılamayacak olması;

(6) Arabulucunun tarafsız veya bağımsız olduğuna haklı şüphe yaratacak şekilde arabulucunun tarafların durumlarına ilişkin bilgileri ifşa etmesi ve bu ifşanın sulh anlaşmasının yapılmasına esaslı şekilde etki veya tesir etmesi ve bu ifşa olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşması yapmayacak olması.

a. Sulh Anlaşmasına Bağlı Sebeplerle Tenfiz Talebinin veya Diğer Hukuki Yollara Başvurunun Reddi

aa. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmasının Taraflarının Ehliyetsiz Olması

Arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması, sulh anlaşmasının diğer âkit devletlerde sonuç doğurmasını engelleyen bir sebep teşkil etmektedir. Arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının taraflarının gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Örneğin, gerçek kişilerde yaş küçüklüğü veya temyiz kudretinin yokluğu; tüzel kişilerde *ultra vires* teşkil eden bir işlemin yapılması ehliyetsizlik bağlamında değerlendirilecek hususlar arasında yer almaktadır. Hatta tüzel kişinin yetkili temsilci tarafından temsil edilip edilmediği meselesinin de (a) bendi kapsamına girdiği ifade edilmiştir¹¹⁶. İster tüzel kişi sterse gerçek kişi olsun tarafların hangi devletin hukukuna göre ehliyetli olup olmadıklarının belirleneceği konusunda Singapur Konvansiyonu'nda hüküm yoktur. Ehliyet meselesi, usule ilişkin bir mesele olmadığından Singapur Konvansiyonu 3. maddesinden hareketle bu konuda ulusal hukukların uygulanacağı sonucunu varılamayacaktır. Milletlerarası nitelikli sulh anlaşmasının taraflarının ehliyeti olup olmadığı hususunda, söz konusu sulh anlaşmasının sonuç doğurması için talebin yapıldığı devletin yetkili makamının kendi kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak ehliyete uygulanacak hukuku tespit etmesi önerilebilir.

bb. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmasının Hükümsüz Olması, İşlerlik Kazanmamış Olması veya İfa Edilebilir Olmaması

Arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının geçersiz olması, hükümsüz olması, işlerlik kazanmamış olması, ifa edilebilir olmaması

¹¹⁶ ALEXANDER/CHONG, s. 88; CHONG/STEFFEK, s. 471.

veya sonradan değiştirilmesi yapıldığı ülkeden başka bir ülkede sonuç doğurmasını engelleyen sebepler arasında yer almaktadır. Singapur Konvansiyonu'nda söz konusu engellerin hangi hukuka göre değerlendirileceği hususuna açıklık kazandırılmış ve sulh anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı hukukun veya taraflarca tabi kılınan bir hukuk yoksa sulh anlaşmasının sonuç doğurması için talebin yapıldığı ilgili makamının ait olduğu devletin hukukun uygulanması öngörülmüştür. Taraflardan birinin rızasının olmaması, hata, hile ve tehdit arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının hükümsüz ve geçersiz olması sonucunu doğurabilir¹¹⁷. Arabuluculuğun gerçekleştiği ülkedeki arabuluculuğa ilişkin usul kurallarına uyulmamasının 5(1)(b)(i) kapsamına girmediği ifade edilmiştir¹¹⁸.

cc. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmasının Hükümlerine Göre Bağlayıcı veya Nihai Olmaması

Arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının hükümlerine göre bağlayıcı veya nihai olmaması, söz konusu sulh anlaşmasının tanınması veya tenfizinin yanı sıra başka bir sonucu doğurmasının reddedilebileceği haller arasında sayılmıştır. Singapur Konvansiyonu'nun 5(1)(b)(ii) maddesindeki engeli, başvurunun yapıldığı mahkemeye veya yetkili makam resen dikkate alamaz. Sulh anlaşmasının sonuç doğurması için aleyhine başvuru alan tarafça bu hususun ispatlanması gerekir.

dd. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmasının Sonradan Değiştirilmesi

Arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının sonradan değiştirilmesi halinde karşı taraf sulh anlaşmasının değiştirildiğini öne sürerek diğer âkit devlette anlaşmanın sonuç doğurmasını engelleyebilir. Örneğin, taraflar ödeme tarihini değiştirebilir veya takas mahsuba ilişkin bir hüküm ekleyebilirler¹¹⁹. Aslında bu durumlarda sulh anlaşmasının yerine getirilebilir olmaması sebebiyle Singapur Konvansiyonu'nun 5(1)(b)(i) maddesine dayanılarak da itiraz yapılabilir¹²⁰. Sulh anlaşmasında taraflarca sonradan değişiklik yapılacağı belirtilmiş olabilir. Arabuluculuk sonucunda yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının sonuç doğurması için başvuru alan mahkeme, sonradan değişiklik yapılarak hükümsüz hale getirilen eski metindeki hükümlere istinaden yapılan talepleri dikkate almayacaktır¹²¹.

117 ALEXANDER/CHONG, s. 92; SENTIES, s. 1246.

118 ALEXANDER/CHONG, s. 92-93.

119 ALEXANDER/CHONG, s. 101.

120 ALEXANDER/CHONG, s. 101.

121 SENTIES, s. 1247.

ee. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmasının Konusu Teşkil Eden Borcun İfa Edilmiş Olması

Arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının ifa edilmiş olması da, karşı tarafın itiraz etmesi kaydıyla, bu anlaşmanın diğer âkit devlette sonuç doğurmasını engeller.

ff. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmasının Konusunu Teşkil Eden Borcun Açık ve Belirli Olmaması

Singapur Konvansiyonu'nun 5(1)(c)(ii) maddesi uyarınca milletlerarası sulh anlaşmasının konusunu teşkil eden borcun açık ve belirli olmaması da sulh anlaşmasının diğer bir âkit devlette yerine getirilmesine engel teşkil edecektir. Bu engeli yetkili makam resen dikkate alamaz. Aleyhine yasal yollara başvuru olan tarafın sulh anlaşmasına konu borcun açık ve belirlenebilir olmadığını ispatlaması gerekir.

gg. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmasına İlişkin Tenfiz Talebinin veya Diğer Hukuki Yollara Başvurunun Sulh Anlaşmasının Hükümlerine Aykırı Olması

Singapur Konvansiyonu'nun 5(1)(d) maddesine göre, talep edilen konuda karar verilmesinin sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı olması, bir tenfiz engelidir. Bu madde açısından *Sebastian v Rail Infrastructure Corp 'ın*¹²² iyi bir örnek teşkil ettiği ifade edilmiştir¹²³. Söz konusu olayda taraflar arasında yapılan arabuluculuk görüşmeleri sonunda bazı uyuşmazlıklara ilişkin sulh anlaşması imzalanmıştır. Ayrıca davalının avukatı tarafından ibra anlaşması hazırlanmışsa da hiçbir zaman imzalanmamıştır. Ancak sulh anlaşmasında, sulh anlaşmasının yerine getirilmesi, ibra anlaşmasının imzalanmasına bağlanmıştır. Taraflar ibra anlaşmasını imzalamadığından tenfiz veya diğer bir sonucun doğurmasına ilişkin talep Singapur Konvansiyonu'nun 5(1)(d) maddesi uyarınca reddedilecektir¹²⁴.

Singapur Konvansiyonu'nun 5(1)(d) maddesinin Konvansiyonun uygulanmasını önemli ölçüde engelleyeceği ifade edilmiştir. Çünkü bu hüküm uyarınca yapılan talebin, sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı olması halinde talep reddedilecektir. Singapur Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmalarına göre (*travaux préparatoires*) taraflar sulh anlaşmasına koyacakları bir hükümle (contract out) Singapur Konvansiyonu'nun tenfizini engelleyebilirler¹²⁵. Örneğin, arabulu-

122 Sebastian v Rail Infrastructure Corp [2005] NSWADT 281.

123 ALEXANDER/CHONG, s. 110.

124 ALEXANDER/CHONG, s. 110.

125 Iris NG, The Singapore Mediation Convention: What Does it Mean for Arbitration and the Future of

culuk sonucunda taraflar arasında yapılan sulh anlaşmasında, bu anlaşmadan doğan uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeye başvurulacağı veya tahkime gidileceğine ilişkin bir kloz varsa böyle bir durumda artık Singapur Konvansiyonu uygulanamayacaktır.

b. Arabulucuya İlişkin Sebeplerle Tenfiz Talebinin veya Diğer Hukuki Yollara Başvurunun Reddi

Singapur Konvansiyonu'nun 5(1)(e)(f) maddesi uyarınca arabulucuya ilişkin iki sebebin varlığı halinde milletlerarası nitelikli sulh anlaşmasının tanınması veya tenfizi talebi veya sulh anlaşmasına istinaden diğer hukuki yollara başvuru reddedilebilecektir. Söz konusu hükümler uyarınca arabuluculuk veya arabulucu standartlarının arabulucu tarafından açıkça ihlal edilmesi ve bu ihlal olmasaydı söz konusu tarafça sulh anlaşmasının yapılamayacak olması halinde talep reddedilecektir. Ayrıca arabulucunun tarafsız veya bağımsız olduğunda haklı şüphe yaratacak şekilde arabulucunun tarafların durumlarına ilişkin bilgileri ifşa etmesi ve bu ifşanın sulh anlaşmasının yapılmasına esaslı şekilde etki veya tesir etmesi ve bu ifşa olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşması yapmayacak olması halinde sulh anlaşmasına istinaden yapılan talepler reddedilecektir.

c. Tenfiz Talebinin veya Diğer Hukuki Yollara Başvurunun Yapıldığı Mercii Resen Dikkate Alacağı Şartlar

Singapur Konvansiyonu'nun 5(2). maddesinde ise sulh anlaşmasının sonuç doğurması için başvuru akit devletin yetkili makamı tarafından resen aranılacak şartlar düzenlenmiştir. Bu şartlar şunlardır:

- (1) Sulh anlaşmasının doğuracağı sonucun kamu düzenine aykırı olması.
- (2) Sulh anlaşmasının sonuç doğurması istenilen devletin hukukuna göre uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmaması.

Singapur Konvansiyonu'nun hazırlıkları sırasında kamu düzeninin yanı sıra kamu güvenliğinin de arabuluculuk sonucunda yapılan milletlerarası nitelikli sulh anlaşmalarının diğer âkit devletlerde sonuç doğurmasını engelleyen şartlar arasına dahil edilmesi teklif edilmişse de bu teklif kabul edilmemiştir¹²⁶. Kamu düzeni bir kılıf olarak kullanılıp Singapur Konvansiyonu'nda yer alan tenfiz engellerinin genişletilmemesi gerekir¹²⁷. Nitekim sertifikası olmayan arabulu-

Dispute Resolution?, Kluwer Arbitration Blog, August 31, 2019: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/31/the-singapore-mediation-convention-what-does-it-mean-for-arbitration-and-the-future-of-dispute-resolution/> (6.6.2021).

126 ABRİSHAMİ, s. 8.

127 Hakem kararlarının tenfizinin hangi hallerde kamu düzeni kapsamında engelleneceğine ilişkin olarak

cu tarafından yürütülen süreç sonunda yapılan sulh anlaşmasının tenfizi için açılan davanın, kamu düzeni sebebiyle reddedilmemesinin gerektiği ifade edilmiştir¹²⁸. Arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmaları, aslında kara parayı aklama aracı olarak kullanılabilir. Böyle bir durumun tespiti halinde hiç şüphesiz milletlerarası sulh anlaşmasının Türkiye’de tenfizi mümkün olmayacaktır. Ayrıca arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmalarının dikkat çekmeden Türkiye’den yurt dışına para transferi için bir kılıf olarak kullanılması mümkündür. Özellikle terör örgütlerine veya üyelerine bu yolla para gönderildiğine ilişkin emareler de kamu düzeni kapsamında söz konusu anlaşmaların tenfizi engelleyecektir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde, hakem kararına konu teşkil eden uyuşmazlığın tahkime elverişli olması tenfiz mahkemesince resen dikkate alınacak şartlardan biridir. Singapur Konvansiyonu’nda, aynı esas arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmalarının tenfizi açısından benimsemiştir. O halde arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmalarının hangi ülkede sonuç doğurması isteniyorsa o ülkenin hukukuna göre taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması gerekir¹²⁹.

C. Sulh Anlaşmasının Tenfizinin veya Tenfiz Dışında Başka Bir Sonuç Doğurması Talebinin Tabi Olduğu Usul

1. Singapur Konvansiyonu Uyarınca Usule Lex Fori’nin Uygulanması

Singapur Konvansiyonu’nun 3(1). maddesiyle, New York Konvansiyonu’nun III. maddesine benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Tıpkı New York Konvansiyonu’nda olduğu gibi usul, *lex fori*’ye tabi kılınmıştır. Singapur Konvansiyonu’nun 3(1). maddesine göre, âkit devletler, sulh anlaşmasını kendi usul kurallarına göre ve Konvansiyon’da yer alan şartlarla yerine getirecektir. O halde bir âkit devlette yapılan sulh anlaşmasının diğer bir âkit devlette tenfizi veya yerine getirilmesi için başvurulacak yollar, açılacak davalar, görevli ve yetkili mahkemeler, yargılama lisanı, basit yargılama usulünün mü yoksa seri yargılama usulünün mü uygulanacağı, dosya üzerinden mi karar verileceği yoksa duruşma mı yapılacağı vb. usuli konular talebin yapıldığı âkit devletin

doktrin ve Yargıtay kararlarıyla bazı ölçütler oluşturulmuştur. Söz konusu ölçütler arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmalarının tenfizinde de kullanılabilir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 40(2020)1 Public and Private International Law Bulletin, s. 143-201. 128 SCHNABEL, s. 54; Talat KAYA, Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi, 25(2019)2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 977. 129 SENTIES, s. 1251. Türk hukuku açısından arabuluculuğa elverişlilik konusunda değerlendirmeler için bkz. Mustafa ERKAN, Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, İstanbul 2020, s. 246-258.

hukukuna tabidir. Usul başvurunun yapıldığı devletin hukukuna tabi olmasına karşın arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmasının söz konusu devlette hangi şartlarla hüküm ve sonuç doğuracağı, Singapur Konvansiyonu hükümlerine tabidir.

Ayrıca Singapur Konvansiyonu'nun 3(2). maddesine göre, sulh anlaşmasının konusuna ilişkin olarak bir uyuşmazlık meydana gelirse âkit devletler sulh anlaşmasının varlığını iddia eden tarafa Konvansiyon'da belirtilen şartlarla ve söz konusu âkit devletin usul hukukuna göre, uyuşmazlığın zaten sulh anlaşmasıyla çözümlendiğini ispatlamasına izin verecektir. Böylece sulh anlaşmasının konusunu teşkil eden bir konuda sanki sulh anlaşması yapılmamış gibi bir âkit devlette herhangi bir hukuki yola başvurulması veya dava açılması halinde, karşı taraf, söz konusu âkit devletin usul hukukunda öngörüldüğü şekilde uyuşmazlığın zaten arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşması ile çözümlendiğini ispatlama hakkına sahiptir.

2. Lex Fori Prensibi Uyarınca Singapur Konvansiyonuna Tabi Sulh Anlaşmalarının Türkiye'de Doğuracağı Sonuçlar

Singapur Konvansiyonu'nda usule ilişkin konular 3(1). madde ile âkit devletlerin ulusal hukuklarına bırakılmıştır. O halde sulh anlaşmasının sonuç doğurması için talepte bulunulması halinde usule *lex fori* uygulanacaktır. Singapur Konvansiyonu'nda bir âkit devlette yapılan sulh anlaşmasının diğer bir âkit devlette *tanınması veya tenfizinden* söz edilmemiştir. New York Konvansiyonu'nun aksine Singapur Konvansiyonu'nda kasıtlı olarak bu kavramların kullanılmasından kaçınılmıştır. Bu kavramların yerine bir âkit devlette yapılan sulh anlaşmasına istinaden diğer bir âkit devlette *hukuki yola (relief)* başvurulmasından söz edilmiştir. Üstelik başvurulacak hukuki yolların hangileri olduğunun belirlenmesi de ulusal usul hukuklarına bırakılmıştır.

O halde Singapur Konvansiyonu'na taraf bir devlette arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının Türkiye'de sonuç doğurması için başvurulacak hukuki yollar, Türk usul hukukuna göre belirlenecektir. Singapur Konvansiyonu'na taraf bir devlette yapılan sulh anlaşmasının Türkiye'de sonuç doğurması için çeşitli hukuki yollara başvurulabilir. Örneğin:

- (1) İcra takibi yapılabilir.
- (2) İhtiyati tedbir talep edilebilir.
- (3) İhtiyati haciz talep edilebilir.

(4) Mevcut bir dava içinde sulh anlaşması takas ve mahsup olarak öne sürülebilir.

(5) Kesin delil olarak ileri sürülebilir.

(6) Sulh anlaşmasına konu uyuşmazlığa ilişkin olarak açılan davanın hukuki menfaat yokluğu sebebiyle reddedilmesi için kullanılabilir.

(7) İflas masasına alacağın kaydı için kullanılabilir.

(8) Sulh anlaşmasının tanınması veya tenfizi için dava açılabilir.

(9) Sınıraşan arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının maddi hukuk alanında sonuç doğurması mümkündür. Örneğin, sulh anlaşmasının konusunu teşkil eden alacak temlik edilebilir.

(10) Sınıraşan arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasına konu olan alacak teminat gösterilebilir.

Sınıraşan arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının Türkiye’de doğuracağı ve yukarıda sayılan usule ilişkin ilk 7 sonuç açısından özellik arz eden bir husus yoktur. Belirtilen konularda HMK ve İİK hükümleri aynen uygulama alanı bulacaktır. Ancak konu 8 numaralı başlık altında sözü edilen sulh anlaşmasının tanınması veya tenfizine gelince bu konuda bazı sorunlar ortaya çıkacaktır. Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK’un 50-59. maddeleri ile Türkiye’nin taraf olduğu bazı çok taraflı milletlerarası antlaşmalarda veya iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarında yer alan hükümlerle düzenlenmiştir. Yabancı hakem kararlarının tenfizi ise MÖHUK’un 60-63. maddelerinin yanı sıra New York Konvansiyonu ve bazı iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarındaki hükümlere tabidir. Singapur Konvansiyonu’nun 1(3). maddesinin (a) ve (b) bentlerinde bir akit devletin mahkemesi tarafından onaylanan veya mahkemede yapılan yargılama esnasında yapılan ve mahkeme kararı olarak söz konusu devlette icra edilebilir olan ya da tahkim yargılaması sırasında yapılan ve hakem kararı olarak icra edilebilir olan sulh anlaşmaları Konvansiyon’un kapsamı dışında bırakılmıştır. Singapur Konvansiyonu’na taraf bir ülkede gerçekleştirilen arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşması ne hakem kararı ne de mahkeme kararıdır. O halde söz konusu sulh anlaşmasının tanınması ve tenfizi için açılacak olan davada usul *lex fori* olarak Türk hukukuna tabi kılındığına göre hangi hükümler uygulama alanı bulacaktır? Bu sorunun cevabını mevcut hükümlerle vermek zor gözükmemektedir. Bu nedenle Singapur Konvansiyonu onaylanırken bu soruya yanıt verecek bir düzenleme yapılması ve uygulamada ortaya çıkacak sorunların bu şekilde bertaraf edilmesi unutulmamalıdır.

D. Paralel Başvurular

Paralel başvurular, Singapur Konvansiyonu’nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Paralel başvurudan kasıt taraflardan birinin sulh anlaşmasının yerine

getirilmesi için bir âkit devlette hukuki yola başvurmasına karşın diğer tarafın sulh anlaşmasının konusunu teşkil eden uyuşmazlık için mahkemeye veya tahkime veya başka bir yola başvurmasıdır. Singapur Konvansiyonu'nun 6. maddesinin metni şöyledir:

Madde 6- Paralel Başvurular veya İddialar

Eğer 4. madde uyarınca yapılan talebi etkileyebilecek şekilde sulh anlaşmasına ilişkin bir iddia veya talep mahkemeye, hakem heyetine veya yetkili diğer bir makama yapılmışsa, başvurunun yapıldığı âkit devletin yetkili makamı, uygun görürse, karar vermeyi erteleyebilir ve diğer tarafın talebi üzerine, kararın ertelenmesi lehine olan tarafın uygun bir teminat yatırmasına da karar verebilir.

O halde taraflardan biri örneğin sulh anlaşmasının tenfizi için dava açmış olmasına rağmen karşı taraf mahkemeye başvurmuşsa sulh anlaşmasının tenfizi talebini inceleyen makam, açılan davayı bekletici mesele yapabilir. Açılan davayı bekletici mesele yapması halinde, kararın ertelenmesi lehine olan tarafın uygun bir teminat yatırmasına karar verebilir. Ancak sulh anlaşmasının tenfizi talebini inceleyen makam, açılan davayı bekletici mesele yapmak zorunda değildir. Bekletici mesele yapıp yapmama tamamen sulh anlaşmasının tenfizi talebini inceleyen makamın takdirine bırakılmıştır. Ayrıca sulh anlaşmasının tenfizi talebinin bekletici mesele yapılmasının teminat şartına bağlanması da tenfiz talebini inceleyen makamın takdirindedir.

V. Singapur Konvansiyonu'nun Bazı Hükümlerine Yapılan Eleştiriler

Singapur Konvansiyonu'nun 8. maddesinde âkit devletlere iki konuda çekince koyma yetkisinin tanındığını daha önce ifade etmiştik. Singapur Konvansiyonu'nun 8(1)(b) maddesinde âkit devletlere, Konvansiyonu sadece tarafların sulh anlaşmasında Konvansiyona tabi olacaklarını belirtmeleri kaydıyla uygulayacaklarına dair çekince koyma yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin çok sayıda devlet tarafından kullanılması, Singapur Konvansiyonu'nun yaygın bir şekilde kullanılmasını engelleyecektir. Bu yetkinin kaç devlet tarafından kullanılacağını zaman gösterecektir. Bu yönde çekince koyan devletlerde arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının tenfizi ulusal hukuka tabi olacaktır¹³⁰.

Ayrıca mahkemece tasdik edilen veya hakem kararına geçirilen sulh anlaşmalarının da Singapur Konvansiyonu kapsamına alınmamasının bir eksiklik olduğu ifade edilmiştir¹³¹. Aslında yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusundaki milletlerarası anlaşmalar dikkate alınarak bu anlaşmalarla Singapur Konvansiyonu çatışmasını diye bu nitelikteki sulh an-

130 ŽUKAUSKAITĖ, s. 212; VERBIST, s. 68-69.

131 ŽUKAUSKAITĖ, s. 212.

laşmaları Singapur Konvansiyonu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak mahkemece tasdik edilen veya hakem kararına geçirilen sulh anlaşmaları da Singapur Konvansiyonu kapsamına alınsaydı, söz konusu çatışmanın tarafların yararına olabileceği ve böylece tarafların kendi menfaatlerine uyan metni seçebileceği dile getirilmiştir¹³².

Singapur Konvansiyonu'nda yer alan ve tenfizi engelleyen sebeplerin kapsamlı olduğu ifade edilerek Konvansiyon'da sadece sulh anlaşmasının (1) kamu düzenine aykırı olması ve sulh anlaşmasının tenfiz devletinin hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmaması; (2) sulh anlaşmasına konu uyuşmazlığa ilişkin maddi vakıalar incelenmeksizin sulh anlaşmasının metninden açıkça anlaşılabilen hususlara örneğin, sulh anlaşmasının bağlayıcı veya nihai olmadığına ilişkin itirazlar; (3) sulh anlaşmasının sonradan değiştirildiği veya sulh anlaşmasının veya arabuluculuk usulünün adil olmadığına ilişkin olarak bir mahkemede dava açıldığı olmak üzere üç hususta tenfiz engeli kabul edilseydi daha isabetli olurdu¹³³.

Sulh anlaşmasının tenfizi veya bu anlaşmaya istinaden yapılan diğer bir talebin ne kadar süre içinde karara bağlanacağı Singapur Konvansiyonu'nda düzenlenmemiştir. Bununla beraber yetkili makamın yapılan talebi “makul süre” (reasonable timeline) içinde karara bağlaması gerekir. Aksi halde yani mahkeme talebi uzun bir sürede karara bağlarsa bu durum Konvansiyon'un 4(5). maddesine aykırı olacaktır. Söz konusu maddede makul süre kavramı kullanılmamıştır. Konvansiyon'un 4(5). maddesine göre, başvuru hukuki yolu inceleyen yetkili makam, ivedi/seri (shall act expeditiously) hareket eder. Bu ifadeyi, arabuluculuk sonucu yapılan anlaşmanın sonuç doğurması için yapılan talebin, mümkün olduğunca kısa sürede ve müessesenin ruhuna uygun olacak şekilde makul sürede karara bağlanmasıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere bir âkit devlette gerçekleştirilen arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmasının diğer bir âkit devlette sonuç doğurması için gerek tenfiz davası açılması gerekse başka bir hukuki yola başvurulması halinde usule başvurunun yapıldığı âkit devletin hukuku uygulanacaktır. Bu durumda aleyhine tenfiz davası açılan veya diğer bir hukuki yola başvuru tarafın, söz konusu devletin usul hukukuna istinaden itirazlar öne sürebileceği ve bu yönüyle Singapur Konvansiyonu'nun yeknesak bir şekilde uygulanmasının tehlikeye düşeceği ifade edilmiştir¹³⁴.

132 ŽUKAUSKAITĖ, s. 212.

133 ŽUKAUSKAITĖ, s. 214.

134 CHUA, Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence, 27.

Sonuç

Türkiye, Singapur Konvansiyonu'nu ilk onaylayan devletler arasında yer almaktadır. Onay sürecinin hızlı bir şekilde yürütülmek istenmesinin altında Türkiye'deki yatırım iklimine önemli katkı sağlayacağı düşüncesi yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle Türkiye, Singapur Konvansiyonu'nun Türkiye'ye yapılacak yabancı sermaye yatırımlarını teşvik edeceği düşüncesiyle Konvansiyon'un hızlı bir şekilde onaylamayı planlamış ve onaylamıştır. Ancak Singapur Konvansiyonu'nu yabancı sermaye yatırımları için mucizevi bir güce sahip metin olarak görmek yanıltıcıdır. Yabancı sermaye yatırımları açısından ülkedeki demokratik duruş, istikrar, güven ortamı ve yabancı sermaye yatırımlarına kısıtlama getirilip getirilmediği hayati önem taşımaktadır. Türkiye ICSID¹³⁵ ve MIGA¹³⁶ konvansiyonlarının yanı sıra Avrupa Enerji Şartı'na¹³⁷ da taraftır. Ayrıca 170 civarında ülkeyle iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları yapılmıştır. Zaten söz konusu anlaşmalardan uyuşmazlıkların çözüm yolları düzenlenmiştir. Bu bakımdan Singapur Konvansiyonu'nun Türkiye'de yabancı sermaye yatırımlarının artmasına katkıda bulunacağı düşünülmemektedir.

Singapur Konvansiyonu'nu onaylamadan önce bazı hususlar üzerinde düşünülmesi faydalı olurdu. Öncelikle Konvansiyon, herhangi bir Avrupa Birliği üyesi devlet tarafından imzalanmamış veya onaylanmamıştır. Singapur Konvansiyonu, Avrupa Birliği gibi bölgesel ekonomik örgütlerin üyeliğine açıktır. Bununla birlikte, Avrupa Birliği, Konvansiyona çekimser bakmaktadır. Üstelik özellikle milletlerarası özel hukuk alanında yaptığı tüzüklerde yer alan hükümlerle ile Konvansiyon arasında bir çakışma olması halinde tüzüklere öncelik verilmesini sağlayan hükümlerin Konvansiyona konulmasını sağlamıştır. Avrupa Birliği üyesi devletler Singapur Konvansiyonu'nu imzalamak istememişlerdir. Arabuluculuğun doğası gereği bağlayıcı bir uluslararası antlaşmayla düzenlenemeyeceği; arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının icrasının ulusal hukuklara bırakılması gerektiği gerekçesiyle Singapur Konvansiyonu'na sıcak bakmamışlardır¹³⁸.

135 Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States), RG 6.12.1988/19830.

136 Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması (Multilateral Investment Guarantee Agency), RG 6.12.1988/20011. MIGA hakkında bkz. Nuray EKŞİ, Dış Ticaret Hukuku El Kitabı, İstanbul 2020, s. 231-232; Nuray EKŞİ, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. bası, İstanbul 2020, s. 539-540.

137 Türkiye, Enerji Şartı Sözleşmesi ve eklerini (Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects-PEEREA) 2000 yılında onaylamıştır (RG 12.7.2000/24107 Mükerrer; RG 6.2.2000/23956).

138 ABRİSHAMİ, s. 12.

Singapur Konvansiyonu'nun 8. maddesi uyarınca Konvansiyona iki konuda çekince konulabilir. Birincisi Konvansiyona taraf olan devletler, Konvansiyonu, kendilerinin veya çekincede belirttikleri devlet kurumlarının veya devletin yetkili kişilerinin taraf olduğu sulh anlaşmalarına uygulanmayacağını beyan edebilir. İkincisi, Konvansiyona taraf olan devletler, Konvansiyonu, yalnızca sulh anlaşmasının taraflarının Konvansiyon'un uygulanmasını kararlaştırdıkları hallerde uygulayacağını beyan edebilir. Türkiye'nin, bu iki çekinceden birini veya her ikisini koymadan Konvansiyonu onaylaması hata olmuştur.

6325 sayılı Kanun'un 1(2). maddesi uyarınca, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulması halinde bu Kanun uygulanacaktır. Aynı şekilde TTK'nın 5A maddesi ile 6325 sayılı Kanun'un 18A maddeleri uyarınca yabancılık unsuru olan ticari alacak ve tazminat talepleri hakkında zorunlu arabuluculuğa başvurulacaktır. 6325 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının taraflar, vekilleri ve arabulucu tarafından imzalanması ya da icra edilebilirlik şerhi içermesi halinde ilam niteliğinde belge sayılacağından Singapur Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışında kalacaktır. Doktrinde de ifade edildiği üzere arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının 6325 sayılı Kanun gereğince, ilam niteliğinde belge sayılmasının, diğer ilamlarla olan ortak özelliği her ikisinin de ilamlı icraya konu olabilmeleridir¹³⁹. 6325 sayılı Kanun'un arabuluculuk sonucu taraflar arasında yapılan anlaşmalara tanıdığı bu nitelik uyarınca yalnızca icra edilebilirlik şerhi içermeyen ve vekiller tarafından imzalanmayan anlaşmalar Singapur Konvansiyonu'nun kapsamına girecektir. Böyle bir durumda Türkiye'de arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının önemli bir kısmı Singapur Konvansiyonu kapsamı dışında kalacaktır. Dolayısıyla çoğu durumda Singapur Konvansiyonu yabancı ülkelerde gerçekleşen arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının Singapur Konvansiyonu'na göre Türkiye'de sonuç doğurması için kullanılan bir mekanizma haline gelebilecektir. Türkiye'de gerçekleşen arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası ticari nitelikli sulh anlaşmaları ise ancak nadir olarak Singapur Konvansiyonu'na taraf olan diğer devletlerde tenfize konu olacaktır.

Singapur Konvansiyonu'nun 3. maddesi uyarınca arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası nitelikli sulh anlaşmalarının, diğer âkit devletlerde sonuç doğurması için hangi makama başvurulacağı, bu anlaşmaya istinaden hangi

139 Faruk Kerem GİRAY, Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?, 39(2019)2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 632.

talebin yapılabileceği ve bu talebi inceleyen makamın uygulayacağı usul, başvurunun yapıldığı âkit devletin hukukuna tabidir. O halde arabuluculuk sonucu yapılan ve Singapur Konvansiyonu'na tabi olan milletlerarası nitelikli bir sulh anlaşmasına istinaden Türkiye'de hangi taleplerin yapılacağı, bu talepler için hangi mahkeme veya mercilere başvurulacağı, başvuruyu inceleyen merciin veya mahkemenin uygulayacağı usul, Türk hukukuna tabidir. Buna karşın incelemeyi yapan mahkeme veya mercii talebi ancak Singapur Konvansiyonu'nun 4-5. maddelerinde yer alan şartlardan birinin gerçekleşmesi halinde reddedilecektir. Türk hukukunda yabancı ülkelerde gerçekleşen arabuluculuk sonucunda yapılan milletlerarası ticari nitelikli sulh anlaşmalarının Türkiye'de sonuç doğurması için başvurulacak mahkeme veya merciin yanı sıra usul de açıkça düzenlenmemiştir. Bununla beraber yabancı ülkelerde gerçekleşen arabuluculuk sonucunda yapılan milletlerarası ticari nitelikli sulh anlaşmalarına istinaden yapılacak taleplerin HMK veya İİK'nın kapsamına girmesi halinde bu iki yasa esas alınacaktır. Buna karşın yabancı ülkelerde gerçekleşen arabuluculuk sonucunda yapılan milletlerarası ticari nitelikli sulh anlaşmalarının tanınması ve tenfizi talep edildiği hallerde MÖHUK'un 50. maddesinde açıkça "yabancı mahkeme ilamlarından" söz edilmesi karşısında MÖHUK uyarınca tanıma ve tenfiz davası açılmayacaktır. Doktrinde de ifade edildiği üzere bu konuda MÖHUK'a özel bir hüküm konulabileceği¹⁴⁰ gibi 6325 sayılı Kanun'da yapılacak değişikliklerle ayrı bir düzenleme getirilebilir. Üstelik bu düzenlemede sadece görevli mahkemeye veya mercie ve uygulanacak usule yer verilerek tanıma ve tenfizin esasa ilişkin şartları açısından Singapur Konvansiyonu'nun 4-5. maddelerine atıf yapılabilir.

Yararlanılan Kaynaklar

- Ali Moghaddam ABRİSHAMÍ, Singapore Convention on Mediation: Should Iran Follow the Position of Qatar?, 36(2020) Arab Law Quarterly, s. 1-36.
- A/CN.9/934 Distr.: General 19 February 2018, United Nations Commission on International Trade Law Fifty-first session New York, 25 June-13 July 2018, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its sixty-eighth session (New York, 5-9 February 2018).
- A/CN.9/942 Distr.: General 2 March 2018, United Nations Commission on International Trade Law Fifty-first session New York, 25 June-13 July 2018, Settlement of commercial disputes International commercial mediation: draft convention on international settlement agreements resulting from mediation Note by the Secretariat.
- Nadja ALEXANDER, Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform, Mediation-Principles and Regulation in Comparative Perspective, Editörler Klaus Hopt and Felix Steffek, Oxford University Press 2013.

140 GİRAY, Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?, 633.

- Nadja ALEXANDER/Shouyu CHONG, The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution, Vol. 8, Kluwer Law International 2019.
- Nadja ALEXANDER and Shouyu CHONG, An Introduction to the Singapore Convention on Mediation- Perspectives from Singapore, 22(2018)4 Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement, s. 37-56.
- Dorcas Quek ANDERSON, Litigating Over Mediation-How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements?, (2015) Singapore Journal of Legal Studies, s. 105-134.
- Itai APTER/Coral Henig MUCHNIK, Reservations in the Singapore Convention-Helping to Make the New York Dream Come True, 20(2019)4 Cardozo Journal of Conflict Resolution, s. 1267-1282.
- Ahmet BAŞÖZEN, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı'na Dair Değerlendirme, II(2007)1-2 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 235-239.
- Laurence BOULLE, International Enforceability of Mediated Settlement Agreements: Developing the Conceptual Framework, 7(2014)1 Contemporary Asian Arbitration Journal, s. 34-68.
- Shouyu CHONG/Felix STEFFEK, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention-Private International Law Issues in Perspective, 31(2019) Singapore Academy of Law Journal, s. 448-486.
- Eunice CHUA, Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation, (2019)31 Singapore Academy of Law Journal, s. 572-597
- Eunice CHUA, The Singapore Convention on Mediation-A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, 9(2019) Asian Journal of International Law, s. 195-205.
- Eunice CHUA, Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence, 15(2019)1 Asian International Arbitration Journal, s. 1-28.
- Elif DEMİREL ÖZDEMİR, Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Alternatif Yöntemlerle Çözümünde Tahkim, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Yayın N0: 000 2, Ekonomik Modelleme ve Konjonktür Değerlendirme Genel Müdürlüğü Mart 2019, Uzmanlık Tezi, Ankara 2019.
- Nuray EKŞİ, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 3. bası, İstanbul 2019.
- Nuray EKŞİ, Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat, 14. bası, İstanbul 2020.
- Nuray EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz, 2. bası, İstanbul 2020.
- Nuray EKŞİ, Dış Ticaret Hukuku El Kitabı, İstanbul 2020.
- Nuray EKŞİ, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. bası, İstanbul 2020.
- Nuray EKŞİ, Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler (Singapur) Konvansiyonu'nun Türkçe Tercümesi, IX(2020)1 Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, s. 203-216.
- Nuray EKŞİ, Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu), IX(2020)1 Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, s. 25-89.
- Mustafa Alper ENER, Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmalarının New York Konvansiyonu, XXIII(2019)4 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 227-248.
- Ersin ERDOĞAN, Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara, s. 189-202.
- Mustafa ERKAN, Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, İstanbul 2020.
- Faruk Kerem GİRAY, Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?, 39(2019)2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 609-643.

- Kerem GİRAY, II. Oturum: Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar: Genel Değerlendirmeler, Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Getirilir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler, Editörler Ceyda Süral/Ekin Ömeroğlu, Ankara 2015, s. 119-125.
- Christina G. HIOUREAS, The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward, 46(2019)1 Ecology Law Quarterly, s. 61-70.
- Gülgün ILDIR, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- Talat KAYA, Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi, 25(2019)2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 953-598.
- Gloria LIM, International Commercial Mediation: The Singapore Model, 31(2019) Special Issue Singapore Academy of Law Journal, s. 377-404.
- Chang-fa LO, Desirability of a New International Legal Framework for Cross-Border Enforcement of Certain Mediated Settlement Agreements, 7(2014)1 Contemporary Asian Arbitration Journal, s. 119-137.
- Chang-fa LO/Winnie Jo-Mei MA, Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı, (çevirenler Nejla Öztürk/Güven Yazar), 8(2017)2 İnÜHFD, s. 639-652.
- Khory McCORMICK/Sharon S.M. ONG, Through the Looking Glass: An Insider's Perspective into the Making of the Singapore Convention on Mediation, 31(2019)Special Issue, Singapore Academy of Law Journal, s. 520-546.
- Iris NG, The Singapore Mediation Convention: What Does it Mean for Arbitration and the Future of Dispute Resolution?, Kluwer Arbitration Blog, August 31, 2019: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/31/the-singapore-mediation-convention-what-does-it-mean-for-arbitration-and-the-future-of-dispute-resolution/> (6.6.2021).
- Ergin NOMER/Nuray EKŞİ/Günsel GELGEL ÖZTEKİN, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, İstanbul 2021.
- Mustafa Serdar ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. I, 4. bası, Ankara 2016.
- Mustafa Serdar ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. II, 4. bası, Ankara 2016.
- Ergun ÖZSUNAY, Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumlu Bakımından Bir Değerlendirme, 93(2019)3 İBD, s. 31-49.
- Hakan ÖZTATAR, Genel Olarak Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Yayına Hazırlayan Yasemin Işıktaç, İstanbul 2014, s.9-19.
- Nejla ÖZTÜRK, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk (Özellikle Yabancı Unsurlu Uzlaşma Sözleşmesinin Tanınması ve Tenfizi Meselesi), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Editörler Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün/A. Kübra Altıparmak/Cansu Kaya, Ankara 2016, s. 605-624.
- Timothy SCHNABEL, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, (2019)1 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, s. 1-60.
- Hector Flores SENTIES, Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and Their Importance for the Success of the Convention, 20(2019)4 Cardozo Journal of Conflict Resolution, s. 1235-1258.
- Elisabetta SILVESTRI, The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?, 4(2019)3 Access to Justice in Eastern Europe, s. 5-11.
- Edna SUSSMAN, The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements, (2018)3 ICC Dispute Resolution Bulletin, s. 42-54.
- Şule ŞAHİN CEYLAN, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.

- Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. bası, İstanbul 2019.
- Süha TANRIVER, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842.
- Süha TANRIVER, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, (2006)64 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 151-177.
- Melis TAŞPOLAT TUGSAVUL, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012.
- —Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Adalet Bakanlığı/Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Nisan, 2019.
- Clemens TREICHL, The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement Agreements?, 11(2020) Journal of International Dispute Settlement, s. 409-429.
- Saim ÜSTÜNDAĞ, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler, (2008)148 Yargı Dünyası, s. 11-17.
- Herman VERBIST, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, (2019)1 Belgian Review of Arbitration, s. 53-86.
- Piotr WÓJTOWICZ/Franco GEVAERD, A New Global ADR Star is Born: The Singapore Convention on Mediation, 37(2019)9 Alternatives, s. 141-144.
- Bobette WOLSKI, Enforcing Mediated Settlement Agreements (MISASs): Critical Questions and Directions for Future Research, 7(2014)1 Contemporary Asian Arbitration Journal, s. 88-118.
- Çiğdem YAZICI TIKTIK, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Ali YEŞİLİRMAK, Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, s. 155-181.
- Ali YEŞİLİRMAK, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.
- Abdülhamit YILMAZ, Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, 4(2018)1 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. s. 219-238.
- Miglė ŽUKAUSKAITĖ, Enforcement of Mediated Settlement Agreements, 111 (2019) Teisė, s. 205-2017.

LOJİSTİK FAALİYETLERİ İÇİN SORUMLULUK SİGORTALARI VE UYGULAMADAKİ EKSİKLİKLER

Av. Hayriye Aslı ŞENEL

Türkiye'nin birçok sektöründe yaşadığı hızlı dönüşüm, lojistik alanında da yaşanmakta ve bu durum özellikle katma değerli hizmetlerin ön plana çıkmasına sebep olmaktadır.

Müşteri istek ve beklentilerinin artması, üretim şekillerinin çeşitlenmesi, lojistik hizmetlerinde sayısız alternatifin ortaya çıkmasına sebep olmakta, dolayısıyla sadece ürün ya da hizmet sunmak yetersiz kalabilmekte, bu nedenle lojistik sektöründe vazgeçilmez olmak isteyen tedarikçi firmalar, salt lojistik hizmet sağlayıcı olmanın bir adım ötesine geçerek, tedarik zincirinin de bir parçası olmayı hedeflemektedirler.

Lojistik Sektörünün; gümrükleme, depolama, elleçleme, sigortalama, katma değerli hizmetler, ambalajlama ve paketlenme, stok ve envanter yönetim gibi hem üretim öncesi hem de üretim sonrası pek çok faaliyeti bünyesinde barındıran bir sistem haline gelmesi,

- Firmaların üzerindeki mali ve hukuki riski daha fazla arttırmış,
- Bu çerçevede Firmaların risklerini teminat altına almayı sağlayan sigortalılar, daha fazla önem arz etmeye başlamıştır.

Bilinçlenme ile Mali Riskin Minimize Edilmesi;

Bu risklerin minimize edilebilmesi için

1- Mümkün olduğunca üstlenilen riskleri teminat altına alan, Firmaların değişen ve gelişen faaliyetleri ile paralel yürüyecek bir sigorta yönetimine sahip olunması,

2- Satış / müşteri temsilcileri gibi ilgili çalışanların, sigorta ile teminat altına alınmayan riskleri, Firma adına müşterilere karşı üstlenmelerini önleyebilmek için, sahip olunan sigorta yönetimi konusunda çalışanların bilinçlendirilmesi

büyük önem arz etmektedir.

Lojistik Firmalarının faaliyetlerinden dolayı, müşterilerine, 3. Şahıslara ve Kamuya karşı sorumluluklarını teminat altına alabilecek sorumluluk poliçesinin oluşturulabilmesi için asıl olan unsurlar;

1- Sigortalı Tanımı

2- Riziko Adresi

3- Sigortalının Faaliyeti

4- Poliçe Limiti

5- Teminat Altına Alınan Riskler/Sorumluluklar

6- Ek Teminatlar

olarak ana başlık şeklinde belirtilebilir.

1- SİGORTALI TANIMI

Sorumluluk sigortalarında genel olarak “*Firmanın kendi bünyesinden çalışan personellerinin eylemlerinden doğan sorumluluklar*” teminat altına alınmaktadır.

Ancak günümüzde lojistik hizmeti, özmal araçlar / depolar / Firmaların kendi personelleri tarafından verilmekte ise de, artan müşteri taleplerini karşılayabilmek için, çoğu zaman tedarikçiler kanalı ile bu de hizmetler verilmektedir.

Hatta bazı durumlarda alt nakliyecilerin de alt nakliyecisinin olduğu taşımalar sıklıkla gerçekleşmektedir.

Veya intermodal taşımalarda gemi, tren gibi farklı taşıma türlerinde mecburen bu tedarik hizmetinin alınması gerekmekte, dolayısıyla acenteler, gemi işletmecileri gibi bir çok aktör taşıma işine dahil olmaktadır.

Veya ambalajlama, yeniden paketleme gibi çok sayıda insan gücüne ihtiyaç duyulan, özellikle üreticilerin dönemsel ihtiyaçlarına göre personel ihtiyacının sürekli değiştiği hizmetlerinin ifası, “yevmiyeci” olarak nitelendirilen personel tedarik eden firmalar vasıtasıyla müşterilere verilmektedir.

Yine firmanın ana faaliyet konusuna paralel hizmet alımının yanında, yemek, güvenlik, temizlik gibi Firmanın ana faaliyet konusu dışındaki servislerde de taşeronlardan hizmet alınmaktadır.

Özellikle lojistik sektöründe, taşeron/tedarikçi olarak nitelendirilen 3. Şahısların hizmetinden çokça faydalandığında, bu kişilerin eylemlerinden, özellikle müşterilere karşı bizzat ve her halükarda, kamuya karşı da müştereken Firmalar sorumlu olduğundan, Firmaların mali riskini azaltabilecek önemli

faktörlerden biri olan “*taşeronların, taşeron personellerinin eylemlerinden doğan sorumlulukların*” da sigorta poliçesine dahil edilmesi önem arz etmektedir.

Dolayısıyla

- Firma bünyesinde çalışan personellerin
- Ayrıca Firmanın;
 - ana faaliyet konusuna paralel veya
 - ana faaliyet konusu dışındaki servislerde hizmet veren;

Taşeronların, Hizmetinden faydalanılan tedarikçilerin eylemlerinden kaynaklanacak risklerin teminat altına alınması özellikle tavsiye edilmektedir.

Burada sigorta açısından dikkat edilmesi gereken husus, birçok sigorta şirketi; firmanın ana faaliyet konusu dışındaki taşeron hizmetlerini poliçe kapsamına almayı kolay kabul etmemektedir, bu yüzden bu ayrıma dikkat edilmesi ve eğer daha geniş bir talep var ise, sigorta şirketi ile detaylı görüşerek, gerekirse taşeron firmaların isimlerinin poliçeye yazılmasının sağlanması uygun olacaktır.

2- RİZİKO ADRESİ

Riziko adresinin tereddüde mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Özellikle depocu sorumluluk poliçelerinde;

- bazı sigorta Şirketleri her bir riziko adresinin tek tek belirtilmesini ister iken,
- bazı sigorta şirketleri ise “*Türkiye’de faaliyette bulunulan tüm adresler*” şeklinde genel bir riziko adresi tanımlamayabilmektedirler.

Genel tanım tercih edilmekle birlikte özellikle yangın teminatı içeren poliçeler için bu her zaman mümkün olmayabilmektedir.

Şayet tek tek adres bildirilmesi gereken bir poliçe ise; **adres kavramını salt özmal / kiralık işyeri gibi düşünmeyip, “Lojistik Firması’nın bizzat kendisi veya taşeronları vasıtasıyla müşteri mallarının depolanması , müşteri adına lojistik hizmetlerinin sunulduğu yer” olarak geniş düşünmek gerekmektedir.**

✓ Faaliyette bulunulacak her bir yeni adresin poliçeye dahil edilmesi gerekmektedir, ki bu adresler zaman zaman;

- Lojistik Firmalarına ait özmal / kiralık depo/antrepo vb işyerleri, olabileceği gibi,

- müşterinin fabrikasındaki bir deponun işletilmesi / depolama hizmetlerinin yürütülmesi için personel tedariki gibi hizmetler nedeniyle faaliyette bulunan bir adres olabilir.
- veya taşıma işlerinin organize edilmesi için müşteri fabrikasında / tesisinde personel çalıştırılması olabilir
- veya Lojistik Firması müşterisine karşı üstlenilmiş depo / antrepo hizmeti konusunda 3. Şahıs / firmalardan hizmet alınabilir.

Dolayısıyla;

- çalışma ruhsatı olan/olmayan, şube açılışı yapılmış/yapılmamış gibi her hangi bir ayırım yapılmaksızın faaliyette bulunan/bulunulacak her bir adresin poliçeye dahil edilmesi,
- Riziko adresinin tereddüde mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesi,
- Ve adres kavramının yukarıda izah edilen hususlar çerçevesinde “geniş düşünülmesi”

önem arz etmektedir.

3- SİGORTALININ FAALİYETİ

Teminat dahilinde olan Sigortalı Faaliyetlerinin net tanımlanması gerekmektedir.

2.1. Depocu Sorumluluk Sigortası Açısından;

Depocu sorumluluk poliçelerinde “Üçüncü Şahıslara ait emteanın depo içerisinde, forklift, vinç vb. yükleme boşaltma, istifleme araçları ile yüklenmesi, boşaltılması, istiflenmesi ve depo içerisinde yer değiştirilmesi” şeklinde standart depo hizmetleri tanımlanmaktadır.

Ancak günümüzde özellikle entegre lojistik hizmetlerinin artması ile ambalajlama, yeniden paketleme, barkodlama, kimyasal ürünlerin karıştırılması gibi birçok katma değerli hizmetler de verilmektedir.

Dolayısıyla klasik taşımacılık, depoculuk ve elleçlemenin dışında; özellikle ürün yapısına müdahale edebilecek faaliyet var ise, bunun sigorta şirketi ile muhakkak ayrıca konuşulması ve poliçe üzerinde belirtilmesi uygun olacaktır.

2.2. Taşıyıcı Sorumluluk Sigortası Açısından;

Taşıyıcı Sorumluluk Sigortası açısından da önemli olan hususlar ise şunlardır;

a) poliçede taşınan yük ile ilgili istisnalar var ise, taşınması yapılan yüklerin bu istisnalar içerisinde yer alıp almadığı mutlaka kontrol edilmelidir.

Örneğin genellikle yaş sebze-meyve, elektronik eşya, alkol, tehlikeli kimyasallar gibi birçok ürün istisnalarda yer almaktadır. Bu nedenle Firmaların mutlaka taşıdıkları yük türlerini gözden geçirip, gerekirse bu müşteri emtia türlerini poliçeye dahil etmeleri gerekmektedir.

b) Yine temelde teminat altına alınan husus, *“bir yerden diğer bir yere taşınmakta olan yükte taşıyıcının fiili sonucu rizikonun gerçekleşmesi sonucu gelebilecek zararlar”*dır.

Yükleme ve boşaltma genel olarak gönderici ve alıcının sorumluluğunda olduğundan, bu esnada meydana gelebilecek riskler genellikle teminat dışında olabilmektedir.

Ancak özellikle kaplı ürünler dışında, likit-gaz gibi ürünlerin yüklenmesi ve boşaltılması, aktarma yapacak hortum/boruların tanka bağlanması gibi işlemler, bu konuda uzman sürücüler tarafından ifa edildiğinden, lojistik firması personeli tarafından yapılan “yükleme ve boşaltma” hizmetlerinin de sigorta teminatı altına alınması önemlidir.

c) Yine taşıma esnasında zaman zaman emtiaların belirli bir süre Lojistik firmalarının kendisine veya 3. şahıslara ait depolarda “ara depolama” “aktarma deposunda beklemesi”, “teslim anına kadar tank içerisindeki likit ürünlerin ısıtılması – soğutulması için beklemesi” gibi durumlar söz konusu olabilmektedir.

Ancak genel poliçe şartlarında bu faaliyetler genellikle teminat dışında olduğundan, şayet var ise, taşıma hizmetinin bir parçası olan bu durumun da taşıyıcı sorumluluk sigortalarının teminatına dahil edilmesi önemlidir.

4- POLİÇE LİMİTİ

Police limitlerinin üstlenilen riskler açısından yeterli olup olmadığının tespiti önemli ana kriterlerden biridir.

Poliçe limiti genellikle taşıyıcı sorumluluk sigortasında “araç başına”, depocu sorumluluk sigortasında ise “olay başına ve/veya yıllık” olarak belirlenmektedir.

Bu nedenle örneğin taşınacak ürünün değeri araç başına olan poliçe limitini aşılıyor ise, poliçe limiti zeyilname ile artırılmalı veya kapsamlı bir proje ise bu projeye özel ayrı bir sigorta yaptırılmalı veya nakliyat emtia sigortası yaptırarak, üstlenilen risk minimize edilmelidir.

Depocu sorumluluk açısından ise özellikle tek bir olayda ve yıllık olarak en fazla ne kadarlık müşteri emtiasına zarar verilebileceği değerlendirilerek, poliçe limitinin belirlenmesi uygun olacaktır.

5- TEMİNAT ALTINA ALINAN RİSKLER/SORUMLULUKLAR

Lojistik Firmasının sorumluluklarını 4 temel eksende sınıflayabiliriz;

1. Müşterilere
2. Kamuya
3. Üçüncü Şahıslara
4. Çalışanlara

karşı sorumluluklar

4.1. LOJİSTİK FİRMASININ MÜŞTERİLERİNE KARŞI SORUMLULUKLARI

Bir Lojistik firmasının müşterilerine karşı sorumluluklarını da aşağıdaki gibi sınıflandırabiliriz;

1. Operasyonel Sorumluluk
2. Mesleki Sorumluluk
3. Dolaylı veya Direkt Finansal Sorumluluk
4. Yangın, Su hasarları, araç çarpması , hırsızlık vb gibi , adlandırılmış risklerden kaynaklı sorumluluklar

4.1.1. Operasyonel Sorumluluklar

Operasyonel sorumluluk, ani ve beklenmedik kazalar sonucu oluşan ve üründe maddi zarar oluşturan hasarlardır. Örneğin; forkliftin ürüne çarparak fiziksel zarara yol açması , aracın yolda devrilmesi sonucu ürünün zayi olması gibi.

Söz konusu hasarlar, lojistik hizmetinin ifası esnasında, Firmanın kusuru/ ihmali gibi sebeplerle müşteri ürününün zararları olduğundan, depocu ve taşıyıcı sorumluluk sigortaları kapsamında teminat altına alınan temel sorumluluklardır.

Ancak burada önemli olan daha önce ifade ettiğimiz “sigortalının faaliyet” konusunun tereddüde mahal vermeyecek şekilde tanımlanması olup, tanımlanan faaliyetlerin ifası esnasında meydana gelecek hasarlar, poliçede teminat altına alınmış olacaktır.

4.1.2. Mesleki Sorumluluk

Lojistik tanımına giren mesleki faaliyetlerin, gerekli özen ile yerine getirilememesi nedeniyle, malda meydana gelebilecek maddi zararların teminat altına alınması, bir başka önemli husustur. Örneğin; ilgili IT alt yapısındaki zafiyet nedeniyle, ürünlerin etiketlerinin yanlış yapılandırılması ve ürünlerin SKT tarihlerinin geçerek kullanılmaz hale gelmesi gibi.

Yine gecikme – yanlış destinasyon, yanlış dokümantasyon, yanlış teslim gibi, lojistik firmasının hata, atlama vb hizmetin ifası sırasında veya sonucunda, mesleki sorumluluktan kaynaklanan zararların da mümkün olduğunca teminat altına alınması önemli bir başka husustur.

4.1.3. Dolaylı veya Direkt Finansal Sorumluluklar

Uygulamada sigorta şirketleri ile Lojistik Firmalarının en çok karşı karşıya kaldığı sorunlardan biri de, dolaylı ve/veya finansal zararlardır.

Temelde hem depocu hem de taşıyıcı sorumluluk sigortaları, hizmetin ifası esnasında direkt müşteri emtialarına verilecek zararları teminat altına almaktadır. Ancak rekabetin çok fazla olduğu lojistik sektöründe, müşteri memnuniyetini ön planda tutan Firmaların bir çoğu müşteri sözleşmeleri ile, “*her türlü zarardan sorumlu olmayı*” dolayısıyla doğrudan, dolaylı, finansal zararlar gibi bir çok zararı üstlenmek zorunda kalmaktadırlar.

Operasyonel hayatta da her zaman sadece direkt ürün zararı söz konusu olmamaktadır. Özellikle tedarik lojistiğinde dolaylı zarar riski ihtimali çok daha fazladır.

Örneğin bir müşterinin birden fazla çeşitteki hammaddelerinin taşınması – ara depolaması ve akabinde teslimi hizmeti esnasında, müşteri tarafından talep edilen hammadde yerine yanlış bir hammaddenin alıcıya teslimi,

Veya benzer şekilde depolama hizmeti esnasında, müşteri tarafından talep edilen ürün yerine başka bir ürünün depodan sevk edilmesi, yanlış hammadde olduğunu fark etmeyen alıcı tarafından bu hammaddenin üretimde kullanılması ve sonucunda da spesifikasyonlara uygun olmayan bir ürünün ortaya çıkması, hatta bu ürün üretilirken kullanılan diğer hammaddelerin de bu vesileyle zayi olması gibi bir olayda ortaya;

- Yanlış teslim edilen ürününün bizzat zıyaı
- Yanlış hammadde ile üretilen ürün için kullanılan diğer hammaddelerin zıyaı

- Üretilen bu ürün için harcanan işçilik, ambalaj maliyetleri
- Ürünün analizi için yapılacak masraflar
- Ve akabinde ürünün imha masrafı gibi birçok zarar kalemi ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca;

- malda meydana gelen bir maddi zararı takip eden ek finansal masraflar olabileceği gibi,
- malda hiçbir maddi zarar olmadan, ama yine lojistik firmasının işini gereği gibi yapmamasından kaynaklanan ve müşteriyi mağdur eden direkt finansal zararlar da söz konusu olabilir. Örneğin malın yanlış yere gönderilmesi nedeniyle mal bozulmasa bile , müşterinin üstlenmek zorunda kaldığı ek depo ve hızlı nakliye ücretleri vs.

Dolayısıyla üründe maddi bir zarar olmasa bile, mesleki sorumluluk çerçevesinde doğabilecek dolaylı-direkt finansal zararların da teminat altına alınması önemli bir başka husustur.

4.1.4. Yangın, Su hasarları, araç çarpması , hırsızlık vb gibi, adlandırılmış risklerden kaynaklı sorumluluklar

Lojistik firmasının faaliyetleri dışında da, müşteri ürünlerine zarar gelmesi mümkündür. Örneğin sel, kar ağırlığı vs gibi bir nedenle deponun çatısının çökmesi, meydana gelen bir arıza nedeniyle spring sisteminin çalışması ve ürünlerin ıslanması , komşu depo çıkan bir yangının depoya sirayet etmesi gibi.

Bu tip riskler, Türkiye’de yapılan poliçelerde yangın poliçesi başlığı altında teminat altına alınabilmektedir ve depo başına gerçek mal bedeli üzerinden teminat verilmektedir.

Eğer talep edilirse, yine Sigortalı Firmanın hukuki sorumluluğu esas alınarak ; deprem, sel, fırtına, yer kayması gibi doğal afetlerle birlikte kargaşalık, kötü niyetli hareketler risklerine de teminat verilebilmektedir.

Dolayısıyla Firmaların depremlili ve/veya depremsiz “endüstriyel paket yangın” sigortasını yaptırmaması, bu poliçelere daha önce arz ettiğimiz adres kriterlerini nazara alarak, müşteri emtialarının bulunduğu, Lojistik Firması personelinin görev yaptığı adreslerin eklenmesi, lojistik hizmeti ifasının dışında, müşteri emtiasına gelebilecek olası daha fazla riskin sigortalılaşmasını sağlayacaktır.

Bu poliçelerde dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de, zaman zaman depolarda bulunan ürünlerin değerinin güncellenmesidir.

4.2. LOJİSTİK FİRMASININ KAMU'YA KARŞI SORUMLULUKLARI

Burada özellikle büyük bir risk olan çevreye verilebilecek zararların teminat altına alınması önemlidir. Örneğin nakliye esnasında meydana gelebilecek bir kazada araç içerisinde bulunan ürün devrilebilir, likit / toz niteliğinde ise örneğin toprağa , suya akabilir veya limanda/gemide ADR'li likit ürünün yüklenmesi esnasında, ürün denize dökülebilir vb.

Dolayısıyla lojistik hizmetlerinin ifası esnasında maalesef öngörülemez temizleme masrafları veya çevre kirliliği zararları ile karşı karşıya kalınma riski mevcut olduğundan, bu risk ve maliyetlerin de teminat altına alınması bir başka önemli husustur.

4.3. LOJİSTİK FİRMASININ ÜÇÜNCÜ ŞAHİSLARA KARŞI SORUMLULUKLARI

Burada da teminat altına alınabilecek hususları ana başlık olarak şu şekilde özetleyebiliriz;

- ✓ **Lojistik Hizmetleri Firma personelinin görevini ifa için buldukları tesislere, oradaki 3. Şahıslara veya onların mallarına verebileceği zararlar**

Firma personelinin veya firma adına hareket eden tedarikçilerin, yükleme, boşaltma için gittikleri tesislere, tesislerde bulunan mallara veya 3. Kişilere zarar verilmesi mümkündür. Örneğin yükleme için yanaşan aracın rampaya vurması gibi

- ✓ **Lojistik Hizmetleri firması tesisinde bulunan 3. Şahıslara veya onların mallarına verilecek zararlar.**

Örneğin depoya ürün yüklemeye gelen araç kasasının forklift ile kırılması gibi.

- ✓ **Hizmetin ifası esnasında 3. Şahıslara verilebilecek bedeni zararlar**

4.4. LOJİSTİK FİRMASININ ÇALIŞANLARINA KARŞI SORUMLULUKLARI

Lojistik Firmasının en büyük hizmet kaynağı; kendi bünyesinde çalışan sigortalı personelleri ile, özellikle İş Kanunu 2. Madde dahilinde “alt işveren” sayılan tedarikçi Firma personelleridir.

Bu nedenle;

- ✓ İşyerinde veya işin ifası sırasında, meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda;
- işverene bir hizmet akdi ile bağlı ve SGK'ya tabi personel
- Alt Tedarikçi personeli
- veya hak sahipleri tarafından talep edilecek tazminatlar,
- ✓ SGK'nın sağladığı yardımların üzerindeki ve dışındaki tazminat talepleri,
- ✓ SGK rücu davaları sonunda ödenecek tazminatlar,
- ✓ İşverenin ödemekle yükümlü olacağı mahkeme masrafları ve avukatlık ücretlerinin teminat altına alındığı

İşveren Mali Mesuliyet Sigortasının yapılması önemli bir kriterdir.

Bu poliçe yapılırken özellikle;

- İşçilerin, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak getirilip götürülmeleri sırasında meydana gelebilecek iş kazalarının,
- İşçilerin, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi sonucu asıl işini yapmaksızın geçen sürelerde meydana gelebilecek iş kazalarının,
- Uluslararası hizmet veren bir Firma ise, T.C. sınırları dışında meydana gelebilecek iş kazalarının,
- Manevi tazminat taleplerinin
- Ve özellikle "lojistik hizmetleri genellikle beden gücüne dayanan bir hizmet olduğundan" Meslek hastalıklarına yakalanma yüzünden yapılacak tazminat taleplerinin

poliçeye dahil edilmesi önemli bir husustur.

6- EK TEMİNATLAR

Yapılan işin, verilen hizmetin niteliğine göre farklı ek teminatların poliçeye eklenmesi mümkün ise de, mali riski azaltabilecek ve özellikle eklenmesini önerdiğimiz ek teminatlar;

- ✓ Markalı mallar
- ✓ Hırsızlık

✓ Emniyeti suiistimal klozlarıdır.

✓ ***Markalı mallar klozunun poliçeye dahil edilmesi***

Sigortanın genel prensibi, zayı olan ürünün mümkün olduğunca sovtaja tabi olması veya sovtaj değerinin zarar tazmininden düşülmesidir. Ancak bir çok Şirket, kendi markasının, ürününün ikinci el piyasada dolaşmasını istemediği için, sovtaja tabi tutmamakta ve imha etmektedir. Bu durum da, sigorta hasar ödemesinde mahsup edilecek sovtaj bedeline lojistik firmasının katlanmasına sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla mümkün olduğunca markalı mallar klozu eklenir ise, bu mali risk de minimize edilmiş olacaktır.

✓ ***Hırsızlık riskinin teminata dahil edilmesi.***

Çoğu zaman hırsızlık riskleri poliçelere dahildir. Ancak bunun için birçok kural ve istisna konulmaktadır. Örneğin araç mola için bir tesiste durmuş ise, taşıyıcı sorumluluk sigortalarında genellikle ilgili tesisin kameralı olması, güvenli bir alan olması gibi kıstaslar getirilmektedir.

Ancak uygulamada sefer esnasında bu niteliklere sahip alanlarda konaklansa bile, özellikle boşaltma için erken saatte alıcı tesise giden ancak saati gelmediği için tesise giremeyen ve dışarıda beklemek zorunda olan bir araç, maalesef her zaman bu kriterlere sahip bir alanda bekleme yapamamaktadır. Hatta bu yerlerde beklerken sürücü araç içerisinden bile inmemektedir. Ancak beklediği esnada örneğin brandanın kesilmesi suretiyle hırsızlık meydana gelebilmektedir.

Araçın beklemek zorunda olduğu bu yer çoğu zaman sigorta poliçesinde tariflenen bir yer olmadığından, bu alanlarda meydana gelen zararlar teminat dışında kalabilmektedir. Dolayısıyla bu riskleri de kapsayacak ek teminatlar alınması önemlidir.

Ayrıca şunu özellikle belirtmek gerekir ki; hırsızlığın teminat dahilinde olabilmesi için “*kırma, delme, yıkma, devirme ve zorlamayla girilmesi, öldürme, yaralama, zor ve şiddet kullanma veya tehditle, yapılması*” gibi zor kullanma unsurunun bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin mola yerinde duran bir aracın kapasının kilitlenmesi unutulmuş ve bu sebeple bir çalınma olayı vuku bulmuş ise maalesef bu durum TCK anlamında “hırsızlık” sayılsa bile, sigorta açısından “aşırma” gibi nitelendirilmekte ve teminata dahil edilmemektedir.

Bu durum sigortacılar ve Firmalar arasında yaşanan en büyük anlaşmazlıklardan biridir. Bu sebeple de uygulamada gerekli tüm önlemlerin alınması ve bu konuda özellikle personellerin / sürücülerin bilinçlendirilmesi önemlidir.

✓ *Emniyeti suiistimal riskinin teminata dahil edilmesi.*

Lojistik Sektörünün bir diğer en büyük riski de maalesef emniyeti suiistimal riskidir.

Emniyeti suiistimal suçunu işleyen kişi Lojistik Firmasının sigortalı personeli olabileceği gibi, çoğunlukla “tedarikçi” statüsünde olan kişiler olmaktadır. Sektörün maalesef kanayan bir yarası olan ve sigortalı personel veya tedarikçinin emniyeti suiistimal riskinin poliçelere dahil edilmesi önemlidir.

Sonuç ve Değerlendirme;

Lojistik sektörünün iç piyasadaki gelişimine ayak uyduramayan Türk sigorta pazarı, lojistik hizmetleri gittikçe daha karmaşık hale gelmeye başladığı için sektörden bilinçli olarak uzak durmaktadır.

Özellikle;

- lojistik şirketlerinin alt yapısal sorunları,
- bu sorunların doğurduğu hasar frekansı
- ve ayrıca Firmaların rekabet nedeni ile, kendi hukuki sorumluluklarının üstünde, mevzuatın da dışına çıkarak sorumluluk kabul etmeleri

sigortaların sektörden uzak durmasının temel sebepleri arasında yer almaktadır.

Bu gibi nedenlerle, ülkemizde faaliyet gösteren lojistik firmaları için gerçekleştirilen operasyondan doğan sorumluluklardan kaynaklanabilecek riskler adına en doğru ve geniş kapsamlı teminat, maalesef Türk sigorta pazarında değil, ancak global pazarlardan bulunabilmektedir.

Umarız ki Türk Sigorta sektörü de, Firmaların bu talep ve risklerini yeteri kadar karşılayabilecek çözümler için bir an önce yeterli adımı atar.

NAKLİYAT HASARLARINDA SİGORTACININ RÜCU HAKKI VE RÜCU SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ

Av. Ayşe ÜREKLİ

Türk Ticaret Kanunu, uluslararası sözleşmeler, nakliyat poliçesi genel şartları ve Yargıtay kararları kapsamında nakliyat hasarlarında sigortacının rücu hakkı ve rücu sürecinin işleyişine ilişkin bilgilendirme yapılacaktır.

1. SİGORTACININ RÜCU HAKKI

Sigortacının rücu hakkı aslen halefiyete dayalı bir hak olup¹, sigortalıya karşı yükümlülükler yerine getirildiğinde, sigortacı sigortalının yerine geçerek, tazmin ettiği bedel kadarıyla sorumlulara karşı dava açma hakkına sahip olur. Bu husus mal sigortalarında TTK. m. 1472 ve sorumluluk sigortalarında TTK. m. 1481 hükmü ile düzenlenmiştir.

TTK m. 1472/I- Sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.

Sigortacının sigortalıya halef olabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması gereklidir².

- Sigortacı tarafından geçerli bir sigorta sözleşmesine dayanarak ödeme yapılmış olması,
- Üçüncü kişinin sorumluluğunu gerektiren bir halin varlığı,
- Sigortalının bu kişiye karşı talep ve dava hakkının bulunması.

1 Rücu hakkı ve halefiyet kavramlarının ayrıntılı değerlendirmesi için HGKK 2017/1471 E., 2018/416 K. ve 28.02.2018 tarihli kararını inceleyebilirsiniz. “Rücu hakkı; başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin mal varlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik, tazminat niteliğinde bir talep hakkıdır.... Halefiyette ise; halef olan kişi alacaklıyı tatmin ettiği anda yeni bir hak elde etmemekte, alacaklıya ait olan hakkı kanundan dolayı olduğu gibi devralmaktadır.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

2 Kemal Şenocak, Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği, AÜHFD, 2009, s. 189- 229, <https://www.jurix.com.tr/article/13165>.

Sigortacı, geçerli bir poliçeye istinaden, teminatları ve limitleri dâhilinde hak sahibi olan sigortalısına veya hasarın oluş anına göre hak sahibi olan kişiye hasar tazminatını ödedikten sonra, kusuru ile hasara sebebiyet veren kişi veya kişilere karşı dava hakkına sahip olur.

TTK m. 1472/II- Sigortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur.

Bu maddenin amacı, halefiyeti ortadan kaldıran veya sınırlandıran işlemlerin müeyyidelendirilmesi olup, bu işlemin ödemedi önceki dönemde gerçekleşmesi, ona “halefiyeti engelleyici” niteliğinden bir şey kaybettirmeyecek, sigortalı halefiyetten önceki ihlal edici hareketlerinden de sorumlu olacaktır³.

Bu hususta sigortacıya rücu hakkını tanıyan ve sigortalının, hasarın büyümesini önlemesi ve sigortacının rücu hakkını koruması için yükümlülükler getiren Emtia Nakliyat Poliçesi genel şartlarına⁴ da değinmek gerekir. Ancak bu düzenlemenin çok eski olması (Yürürlük Tarihi: 1 Ocak 1953) nedeniyle rücu sürecinde işlemler, taşıma türüne göre, TTK ve uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemelere göre yapılmaktadır.

Genel şartlar, sigortalıya her türlü koruma tedbirlerini alma veya bunların alınmasını talep etme, sigortalı şeylerin kurtarılmasına denetim veya kurtarma işlemlerine bilfiil girişme hususunda yükümlülükler getirmektedir. Rücu hakkının korunmasına ek olarak rücu işlemlerinin yürütülebilmesi için, rücu hakkını engelleyecek herhangi bir sözleşme/işlem yapılmaması, taşımaya ve hasara ilişkin belgelerin de eksiksiz temin edilerek sigortacıya bildirilmesi gerekmektedir. Bu belgelerin birçoğu hasar incelemesi /rücu aşamasında da temin edilebilirken, süreye bağlı olan, taşıyana hasar ihbarının yapılmış olması ayrı bir önem arz etmektedir. Taşıma şekline göre, hasar ihbar süreleri farklılık taşımakta olup;

Karayolu taşımalarında, Türk Ticaret Kanunu m. 889'a göre; *Eşyanın zıyı veya hasara uğramış olduğu açıkça görülüyorsa, gönderen veya gönderilen en geç teslim anına kadar zıyı veya hasarı bildirmezlerse, eşyanın sözleşmeye uygun olarak teslim edildiği varsayılır. (2) Birinci fıkradaki karine, zıyı veya hasarın açıkça görünmemesi ve eşyanın tesliminden sonra yedi gün içinde bildirilmemesi hâlinde de geçerlidir.* CMR Konvansiyonu⁵nda da aynı şekilde

3 Merih Kemal Omağ, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul, 2011, s. 142.

4 Nakliyat Poliçesi Genel Şartları; https://tsb.org.tr/media/attachments/Emtea_Nakliyat_Sigortas%C4%B1_Genel_Sartlar%C4%B1.pdf

5 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22161.pdf>

düzenlenmiş olup, m. 30/1'e göre; *Alıcı, taşımacı ile beraber durumlarını kontrol etmeden veya zarar ve ziyan hasarın açıkça görüldüğü hallerde teslim anında veya açıkça görülmediği hallerde teslimden yedi gün içinde (pazar günleri ve resmi tatiller hariç) durumu kendisine bildirmeden malı tesellüm ederse, bu husus onun yükü sevk mektubunda belirtildiği şekilde aldığına kanıt oluşturur. Açıkça gözükmeyen zarar ve ziyan veya hasarlarda bildirme yazılı olarak yapılacaktır.*

Havayolu taşımalarında, Varşova-Montreal Sözleşmesi⁶ m. 31'e göre; *Hasar durumunda, teslim almaya yetkili şahıs hasarın fark edilmesinden sonra derhal ve en geç, kontrol edilmiş bagajlar durumunda alınan tarihten itibaren yedi (7) gün içerisinde ve kargo halinde de alınan tarihten itibaren on dört (14) gün içerisinde taşıyıcıya şikâyetle bulunmalıdır. Gecikme durumunda şikâyet, en geç bagaj ya da kargonun kendi kullanımına verilmiş olması gereken tarihten itibaren yirmi bir (21) gün içerisinde yapılmalıdır. Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 128; Yolcu bagajının veya yükün, bunları teslim almaya yetkili kişi tarafından itiraz edilmeden kabulü, taşıma belgesine uygun olarak ve iyi durumda teslim edildiklerine karine teşkil eder. Hasar halinde, teslim almaya yetkili kişi tarafından hasarın öğrenilmesinde derhal ve teslimlerinden itibaren yolcu bagajı için en geç yedi gün içinde ve yük için en geç 14 gün içinde taşıyana ihbarda bulunulması gerekir.” hükmü getirilmiştir.*

Demiryolu taşımalarında, COTIF/CIM⁷ m. 52'ye göre; *Bir kısmi kayıp veya hasar taşımacı tarafından saptandığında veya öyle olduğu sanıldığında, hak sahibi kayıp veya hasarın olduğunu ileri sürdüğü zaman, taşımacının, mümkünse hak sahibinin huzurunda, zararın cinsine göre, eşyanın durumunu, miktarını ve mümkün olduğunca zararın önemini, sebebini ve meydana geldiği yeri saptayan bir tutanağı hemen düzenlemesi gereklidir. Devamda yer alan 57/2 hükmü gereği; hak sahibi tarafından eşyanın teslim alınmasından sonra olduğu saptanan zarar durumunda hak sahibi; zararın açığa çıkmasından sonra hemen ve en geç eşyanın teslim alınmasını takip eden yedi gün içinde 52.madde uyarınca tespitin yapılmasını talep etmelidir.*

Denizyolu taşımalarında, Lahey-Visby Kuralları'na göre; *Kayıp veya hasar ihbarı taşıyana veya acentasına yükün teslimden önce veya teslim esnasında yazılı olarak verilmelidir. Eğer ziya veya hasar gizli ise; ihbar yükün teslimini takip eden 3 gün içinde verilir. Hamburg Kuralları'na göre; Kayıp veya hasar ihbarı gönderilene yükün teslimini takip eden iş gününde, eğer hasar gizli ise taşıtana tanınan süre yükün tesliminden itibaren aralıksız 15 gündür. Bu süre*

6 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101001-1-1.pdf>

7 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18771.pdf>

zarfında yazılı olarak ihbarda bulunulmazsa yükün taşıyan tarafından taşıma sözleşmesinde yazılı olduğu gibi veya böyle bir belge yoksa iyi durumda teslim edildiği kabul edilir. Rotterdam Kuralları'na göre ise; *Yükleri teslim eden taşıyana veya ifa eden tarafa, yükleri teslimatından önce veya teslimat anında veya görünür bir kayıp veya hasar yoksa, teslimat yerinde yüklerin teslimatını takip eden yedi iş günü içinde, söz konusu kayıp veya hasarın genel niteliğini de belirten yük kayıp veya hasar bildirimini gönderilmedikçe veya taşıyan, aksi yönde bir kanıt yoksa, yükleri, sözleşme detaylarında belirtilene uygun şekilde teslim etmiş kabul edilir.*

Belirlenen sürelerde hasar ihbarının yapılmış olması, yük ilgilisi açısından hasarın taşıma esnasında gerçekleştiğine dair karine teşkil etmektedir. Eşya, fiili taşıyan tarafından teslim edilmişse, TTK. m. 1185/6 uyarınca kendisine yapılan her bildirim taşıyana yapılmış gibi ve taşıyana yapılan her bildirim de fiili taşıyana yapılmış gibi hüküm ifade eder⁸. Bu ihbarın yapılmaması halinde malların gönderilene konşimentoda yazılı olduğu şekilde teslim ettiği karine olarak kabul edilir ve bunun aksinin ispatı hasar veya ziya iddiasında bulunan yük ilgisine düşer⁹. Taşıyanın, hasarın taşıma sırasında gerçekleşmediğini veya hasarın gerçekleşmesinde kusuru bulunmadığını ispat etmesi gerekirken, ihbarın yapılmamış olması halinde yük ilgilisi veya sigortacısı hasarın taşıma esnasında gerçekleştiğini ispat etmek durumunda kalacaktır. Taşıyanın hasardan haberdar olduğunu gösterir, taşıyan veya ifa yardımcısı tarafından imzalı belge bulunmadığı halde, hasar ihbarı yapılmamış olması nedeniyle, hasarın taşıyanın sorumluluğunda gerçekleştiği ispat edilemediğinden davalar reddedilebilmektedir.

Yargıtay 11. HD. 2009/9126 E., 2011/2358 K. ve 07.03.2011 tarihli kararında¹⁰, dava, davalı tarafından taşınan kırmızıbiber emtiasının alıcısına hasarlı teslim edildiği iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. CMR Konvansiyonuna göre, alıcının; taşıyıcı ile beraber durumlarını kontrol etmeden veya zarar ziyan ve hasarın açıkça görüldüğü hallerde teslim anında, açıkça görülmediği hallerde ise tesliminden yedi gün içinde durumu kendisine bildirmeden malları tesellüm ederse bu hususun, onun malları sevk mektubunda tarif edildiği şekilde aldığına delil teşkil edeceği belirlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile alıcı, şayet yükü çekincesiz olarak teslim almış ise, bu durum, yükün, sevk belgesinde belirtildiği gibi alındığına karine teşkil edecektir. O halde mahkemece, malın

8 Gülşah Yılmaz, Taşıma Hukukunda, Gönderilenin Yükteki Zıya Ve Hasarı Bildirim Külfetinin Taşıma Sigortasında Sigortacının Halefiyetine Etkisi, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2019, s. 201-227. <https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/tasima-hukukund20198516942542.pdf>

9 Vehbi Selim Ataergin, Denizcilik Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2015, s. 106.

10 Kararın tam metnine YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2009/9126 K. 2011/2358 T. 7.3.2011 (kazanci.com.tr) adresinden ulaşabilirsiniz.

hasarlı olarak teslim alındığına ilişkin ispat külfetinin davacıya geçtiği kabul edilerek, davacıdan başkaca delili olup olmadığı sorulduktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Yargıtay 11. HD. 2002/7563 E., 2003/567 K. ve 23.01.2003 tarihli kararında¹¹, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde dahi malların konşimentoda yazılı olan halde teslim edildiği ve şayet bir hasar sabit olursa, bunun taşıyanın sorumlu olmayacağı bir sebepten ileri geldiği karine olarak kabul olunacağı, ancak TTK.nun 1066 /son maddesi uyarınca bu karinenin aksi ispat edilebileceği belirtilmiştir.

Yargıtay 11. HD. 2014/12850 E., 2014/19447 K. ve 10.12.2014 tarihli kararında¹², davalı T.Taşımacılık A.Ş. vekili savunma dilekçesinde ve bilirkişi raporuna itiraz dilekçelerinde CMR'nin 30. maddesine uygun olarak süresinde ve geçerli bir hasar ihbarı yapılmadığını ve CMR belgesinde imzasının bulunmadığını bildirmiş olup gerek bilirkişi raporunda gerekse mahkeme kararının gerekçesinde davalının bu savunması üzerinde durulmamış, karar yerinde tartışılmamış, bu hususta ek rapor dahi alınmamıştır. Bu durumda dosya kapsamında bulunmayan hasar dosyası ve ekspertiz raporları da celp edilerek davalının bu savunması üzerinde durulması gerekirken, davalının savunmaları üzerinde yeterli ve geçerli inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın davanın kabulüne karar verilmesini doğru bulmamış, ilgili durumun bozmayı gerektireceği belirtilmiştir.

2. RÜCU SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ

Rücu sürecinin işleyişini, her bir sigorta türüne göre ayrıca incelemek gerekmektedir. Nakliyat alanındaki sigortaları, emtia ve kıymet nakliyatı sigortaları, taşıyıcı sorumluluk sigortaları, tekne sigortaları ve denizcilik ile ilgili sorumluluk sigortaları olarak 4 ana başlıkta toplayabiliriz. Bu başlıklar altında farklı kişileri ve hususları koruma altına alan poliçe türlerini sayabiliriz. Bu poliçeler çok geniş bir alana hitap ettiğinden, uygulamada çok sık karşılaşılan, emtia nakliyat sigortaları ve taşıyıcı sorumluluk sigortaları üzerinden rücu süreçleri işlenecektir.

11 Kararın tam metnine [YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2002/7563 K. 2003/567 T. 23.1.2003 \(kazanci.com.tr\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/) adresinden ulaşılabilir. “Ürdün Kraliyet Bilim Dairesi tarafından 11.4.2000 tarihinde yapılan kimyasal analiz sonucunda, emteayı etkileyen su kaynağının deniz suyu olduğu tespit edilmiştir. Davalı vekilinin iddia ettiği gibi, emteanın, alıcısı tarafından kasten deniz suyu ile ıslatıldığına ilişkin olarak dosyada bir kanıt bulunmamaktadır. Bu durum karşısında ziya ve hasarın, davalı tarafından gerçekleştirilen deniz taşıması sırasında meydana geldiği ve TTK.nun 1066 /son maddesindeki karinenin aksinin kanıtlandığı kabul edilmelidir.”

12 Kararın tam metnine <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> adresinden ulaşılabilirsiniz.

• Emtia Nakliyat Sigorta Poliçesi

Kara, deniz, hava ve demir yoluyla bir yerden diğer bir yer taşınmakta olan her türlü yükün, taşınmaları sırasında karşılaşabilecekleri tehlikelerden kaynaklanan hasarlara karşı teminat sağlamaktadır¹³.

Emtia sigortacısı, taşıma sırasında sigortalatılan emtianın hasar görmesi neticesinde emtia üzerinde menfaat sahibi sigortalıya veya hasarın gerçekleştiği ana göre¹⁴ menfaat sahibi kişiye ödeme yapmış olabilir ve bu bedelin, hasara kusuru ile sebebiyet veren taşıyan, yükleyen vb. kişilerden tazmini söz konusu olur. Asıl yükle ilgililerin zararını karşılayan yük sigortacısının, akdi veya fiili taşıyıcıdan tazminat talep etmesi ise (TTK m. 1472), özünde rücuya değil, doğrudan taşıyıcının sorumluluğuna dayanır¹⁵.

Emtia nakliyat poliçesine istinaden yapılan hasar ödemeleri, emtianın fatura bedeli üzerinden değerlendirilir. TTK m. 1459'e göre, sigortacı, sigortalının uğradığı gerçek zararı tazmin eder. Sigortacının sorumluluğu, poliçede tarafların kararlaştırdığı, sigorta bedeli ile sınırlıdır¹⁶. Ancak hasar bedeline navlun bedeli, umulan kar gibi yan zararlar da eklenebilir ve bu ek zararlara ilişkin sigortalının menfaati, poliçelerde ilave bedel eklenerek koruma altına alınır. İleride ayrıntılı belirtileceği üzere, istisnai haller dışında taşıyanın sınırlı sorumluluğu kuralı gereği, yapılan ödemenin taşıyana ancak SDR¹⁷ hesaplamasına göre rücu edilmesi mümkündür. SDR hesaplaması gerçek hasar bedelini aşyorsa, taşıyan en fazla hasar bedeli ile sorumlu olur. Ancak, genellikle SDR hesaplaması gerçek hasar bedelinden düşük olmakta, bu durumda da gerçek hasar bedeli ile SDR hesaplaması arasındaki fark sigortacı üzerinde kalmaktadır.

13 Ömer Özkan, Ahmet Karayazgan, Uluslararası Emtea Satış Sözleşmelerinde Emtea Sigortası, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:15 Özel Sayı:29 Bahar 2016/1, s.73-111.

<http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/1389/M00653.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

14 Incoterms 2020- ICC tarafından, satış sözleşmesinde uluslararası alanda teslim şekilleri kararlaştırılmış, seçilen teslim şekline göre, hangi durumlarda emtianın teslim edilmiş sayılacağı belirlenmiştir. Hasarın gerçekleştiği anda emtia alıcıya teslim edilmiş ise menfaat sahibi artık alıcı olacağından poliçe korumasından da alıcı yararlanacak ödeme kendisine yapılacaktır. Uygulamada ödeme yapılırken hem poliçede sigorta ettirenden hem de menfaat sahibinden ödeme yapılmasına ilişkin muvafakatname alınmaktadır. Abdurrahman Özalp, Ticaretin Mal Teslim Yöntemleri, 2020, s. 8; "Incoterms kuralları, temel olarak malların satıcı tarafından alıcıya tesliminde taraflara düşen görevleri, masrafları ve hasarı düzenler."

15 Sami Aksoy, Taşıma Hukukunda Rücu Süreleri, s. 2. <https://jurix.com.tr/article/18840>

16 Ömer Özkan, Ahmet Karayazgan, Uluslararası Emtea Satış Sözleşmelerinde Emtea Sigortası, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:15 Özel Sayı:29 Bahar 2016/1, s.73-111.

<http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/1389/M00653.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

17 SDR (Özel Çekme Hakkı), taşımacılık türlerine göre taşıyıcının ödeyeceği tazminatın sınırını brüt kg koli veya parça başına hesaplamada kullanılan değişim birimidir. Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından 1969 yılında belirlenmiş olan bu sanal değişim biriminin içeriğinde hali hazırda 0,577 ABD Doları, 0,4260 Euro, 0,0984 İngiliz Sterlini ve 21 Japon Yeni yer almaktadır. SDR'nin TL ve ABD doları cinsinden karşılığı her gün TCMB tarafından yayımlanmaktadır.

İkinci husus ise emtia poliçesine istinaden yapılan ödeme neticesinde rücu hakkı, sigortalının sorumlulara karşı dava açabileceği zamanaşımı süresi ve başlangıcı ile sınırlıdır. Sigortacı, sigortalının haklarına halef olarak, sigortalının taşıyana başvurma süresiyle bağlı ve sınırlı olarak rücu edebilir¹⁸.

• Taşıyıcı Sorumluluk Sigorta Poliçesi

Taşıyanın, taşıma sözleşmesinin tarafı olarak, taşıma aracını yola elverişli halde hazır etmekle sefer öncesinde başlayan ve yüklemeye başlayıp boşaltmaya kadar devam eden ve sefer sırasındaki yüke ilişkin tedbirleri almaya kadar birçok yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁹. Taşıyan TTK md 1061 gereğince sorumluluk hallerini gereği gibi yerine getirmediği takdirde, yük ilgililerinin bu sebeple doğan, yük hasar ve zıyaı yüzünden doğacak zararlarından sorumludur²⁰.

Taşıyıcı sorumluluk sigorta poliçelerinde, taşıyanın yük ilgisine karşı bu sorumlulukları teminat altına alınır ve kusuru ile yük ilgisine verdiği zarar tazmin edilir. Rücu aşamasında ise ödenen bedelin, alt taşıyana veya taşıma silsilesinde yer alan diğer taşıyanlara rücu edilmesi söz konusudur. Bu durum genellikle FFL sorumluluk sigortalarında gündeme gelmekte olup, hasarın fiili taşıyana rücu edilmesi söz konusu olmaktadır.

Taşıyan sorumluluk poliçesine istinaden yapılan ödemelerde, taşıyanın sınırlı sorumluluğu kuralı gereği sigortacı da bu limitle bağlı olarak ödeme yapacaktır. CMR hükümleri gereğince tazminat ödeyen taşıyıcı, CMR m. 37 f. 1 uyarınca, ödediği tazminatı faiz ve masraflarıyla birlikte maddede belirtilen şartlar altında, taşımaya katılan diğer taşıyıcılara rücu ederek geri alabilir.

TTK m. 855/3'de, rücu zamanaşımının başladığı tarih açısından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Öncelikle asıl yük ile ilgililer veya halef yük sigortacısı tarafından asıl taşıyıcı aleyhine taşıyıcının sorumluluğu (ya da itirazın iptali) davasının açılıp açılmadığı sorgulanmalıdır²¹. TTK 855/3 ve CMR m. 39 uyarınca zamanaşımı, tazminatın ödenmesine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi veya bu konuda mahkeme kararı bulunmaması hâlinde, tazminatın ödenmesi

18 Vedat Buz, Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu, Batider, 2012, "Asıl alacaklının alacağı hangi zamanaşımı süresine tabi ise, ifada bulunan müteselsil borçlunun halefiyet suretiyle sahip olduğu alacak da aynı zamanaşımı süresine tabi olduğu gibi, halefiyette önce işlemiş zamanaşımı süresi, halefiyette sonra da göz önünde bulundurulacaktır."

19 Yargıtay 11.HD. 2009/7321 E., 2009/8215 K. ve 03.07.2009 tarihli kararına göre "Taşıyıcı, teslim aldığı andan teslim edinceye kadar yükün kısmen veya tamamen kaybindan doğacak hasardan sorumludur. CMR Konvansiyonu hükümlerini doğrudan veya dolaylı ihlal eden her türlü koşul hükümsüzdür." YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2009/7321 K. 2009/8215 T. 3.7.2009 (kazanci.com.tr)

20 Vehbi Selim Ataerğın, Denizcilik Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2015, s. 105.

21 Sami Aksoy, Taşıma Hukukunda Rücu Süreleri, s. 5. <https://jurix.com.tr/article/18840>

tarihinden itibaren başlayacaktır. TTK 855/3 bu hususta asıl taşıyana, kendisine başvuru yapıldığı tarihten itibaren 3 ay içinde fiili taşıyana bildirim yapılması koşulunu getirmiştir.

TTK m. 855/III- Rücu haklarına ilişkin zamanaşımı, rücu alacaklısının, zararı ve rücu borçlusunu öğrendiği tarihten itibaren, üç ay içinde zarar hakkında rücu borçlusuna bildirimde bulunmuş olması şartıyla; rücu alacaklısına karşı mahkeme kararının kesinleştiği günden, kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmayan hâllerde ise, rücu alacaklısının borcu ifa ettiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Asıl yükü ilgililer veya halef yük sigortacısı, asıl taşıyıcı aleyhine davaya/takibe girişmemiş ya da dava henüz sonuçlanmamış/karar kesinleşmemiş olabilir. Bu süreçte asıl taşıyıcı veya sorumluluk sigortacısı, asıl yükü ilgililere ya da doğrudan yük sigortacısına tazminatı ödemiş ise, bir yıllık zamanaşımı süresi, davanın kesinleşme tarihi yerine, ödeme tarihinin ertesi günü işlemeye başlar²².

Yargıtay 11. HD. 2013/17150 E., 2014/10508 K. ve 04.06.2014 tarihli kararına²³ göre dava, üst taşıyıcı tarafından fiili taşıyıcı sıfatı ile davalıya karşı açılmıştır. 6762 sayılı TTK'nın 1067. maddesinde düzenlenen zamanaşımı süresi taşıtanın taşıyan aleyhine açtığı davalarda uygulanır. Dava konusu olayda zamanaşımının aynı yasanın 1262. maddesi uyarınca değerlendirilmesi gerekli olup bu sürede, ödemenin yapıldığı tarihte başlar. Davacı, 29/06/2012 tarihinde icraya yaptığı ödemenin sonra 17/08/2012 tarihinde işbu davayı açtığına göre mahkemece, davalının zamanaşımı def'inin reddi ile işin esasına girilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

RÜCU ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı süresi, taşıma türüne uygulanacak kurallara göre değişiklik göstermekte olup, yük ilgilisi veya sigortacısının taşıyana karşı açabileceği tazminat davası malın tesliminden veya teslim edilmesi gereken tarihten itibaren başlayacaktır. Havayolu taşımaları açısından Türk Sivil Havacılık Kanununun 131. ve Montreal Sözleşmesinin 35. Maddesinde teslim yerine, uçağın varış gününe itibar edilmiştir²⁴.

Karayolu taşımasında uygulanacak olan yurtiçi ve yurt dışı taşımalarındaki düzenlemeler paralel olup, buna göre; TTK 855 ve CMR 32. maddeleri 1 yıllık zamanaşımı süresi öngörmüştür.

22 Sami Aksoy, Taşıma Hukukunda Rücu Süreleri, s. 6. <https://jurix.com.tr/article/18840>

23 Kararın tam metnine <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> adresinden ulaşabilirsiniz.

24 Sami Aksoy, Taşıma Hukukunda Rücu Süreleri, s. 4. <https://jurix.com.tr/article/18840>

Deniz taşımasında uluslararası sözleşmelerde farklı süreler kabul edilmiş olup, TTK 1188 ve Lahey Visby Yükle ilgililerin taşıyana karşı açacakları tazminat davalarında zamanaşımı süresi, yükün tesliminden veya teslim edilmesi gereken tarihten itibaren bir yıl olarak belirlenmiştir. Hamburg Kurallarında bu süre 2 yıla çıkarılmış, Rotterdam Kurallarında ise yine 2 yıllık süre korunmuştur. Hamburg Kuralları, Hague/Visby Kuralları'nın konişmentolu taşımalarla sınırlı uygulama alanını genişletmiştir. Taşıyanın sorumluluğu, Lahey/Visby Kurallarına göre ağırlaştırılmıştır²⁵.

Havayolu taşımasında Türk Sivil Havacılık Kanunu ve Varşova-Montreal Sözleşmesi 2 yıl, demiryolu taşınmasında COTIF/CIM 1 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Karayolu ve demiryolu taşımasında, taşıyanın kastı veya pervasızca davranışından doğan zararlarda zamanaşımında daha uzun süreler kabul edilmiştir. Karayolunda TTK 855 ve CMR ye göre 3 yıl²⁶, demiryolu taşımasında ise 2 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

Havayolu taşımasında böyle bir hüküm bulunmamakta olup, denizyolu taşımasında TTK 1189 tazminat isteminin muhatabının, hak düşürücü sürenin geçmesine neden olacak şekilde zarar göreni oyalaması yaptırımı bağlanmış olup, bu durumun öğrenildiği tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

TTK m. 1189 (1) Tazminat isteminin muhatabı, zarar göreni dava açma süresini kaçırmaması sonucunu doğuracak şekilde oyalarsa, hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu itirazından yararlanamaz. (2) Bu takdirde, dava açma süresi, zarar görenin, bu durumu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

RÜCU MUHATABI TESPİTİ

Rücu muhatabı, emtia sigortalarında genellikle taşıyan olmakla birlikte hasarın gerçekleştiği ana ve yere göre yükleyen, boşaltan veya aktaran da olabilir. Uygulamada bu tarz işlemler freight forwarder firmaları tarafından yürütülmekte olup, tüm süreçler bu firmalar tarafından organize edilmektedir. Taşıma işinde eşya fiziken kimin hâkimiyetinde ise, onun davranışları zıya, hasar ya da

25 Vehbi Selim Ataerğın, Denizcilik Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2015, s. 165.

26 Yargıtay 11. HD. 2005/12335 E., 2007/3830 K. ve 01.03.2007 tarihli kararına göre, "Davalının banka liberasyonu almaksızın malları alıcısına teslim etmiş olmasının CMR 32. maddesi gereğince ağır kusuru oluşturduğu ve bu nedenle alacağın 3 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu, davanın 3 yıllık sürede açıldığı, davacının mal bedelini tahsil edememekten kaynaklanan zararından davalı taşıyanın sorumluluğu bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi yerindedir." YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2005/12335 K. 2007/3830 T. 1.3.2007 (kazanci.com.tr)

teslimde gecikmeye sebebiyet verir²⁷. Dolayısıyla, fiili taşıyan asıl taşıyanın ifa yardımcısı sayıldığından asıl taşıyanın, taşımanın her aşamasında meydana gelebilecek hasardan, taşıma sözleşmesi çerçevesinde sorumluluğu bulunmaktadır. Asıl taşıyıcı fiili taşıyanın davranışı neticesi meydana gelen hasar sebebiyle ödediği tazminatı fiili taşıyana rücu edebilecektir. TBK CMR m. 37 kademeli bir sorumluluk halini düzenlemiş olup, birden fazla taşıyan olması halinde, her birinin hasardan sorumluluğu oranında ödeme yapması gerektiği, sorumlu tespit edilemiyorsa her birinin eşit oranda sorumlu olacağı belirtilmiştir.

MADDE 37 - Bu Sözleşme hükümleri gereğince tazminat ödemiş taşımacı, bu tazminat üzerinden ödediği faiz ve yaptığı sarflarla birlikte tazminatı, taşımaya katılmış olanlardan şu koşullara göre geri almak hakkına sahiptir. a) Zıyan ve hasardan sorumlu olan taşımacı ister kendisi ister başka bir taşımacı tarafından ödensin, tazminatı tek başına yüklenmek zorundadır. b) Zıyan veya hasar iki veya daha çok taşımacının fiilinden ileri geldiği zaman bunlardan her biri sorumluluktaki hissesi oranında bir meblağı ödeyecek, taşıma ücreti oranında sorumlu olacaktır. c) Zıyan ve hasar için sorumluluğun hangi taşımacıya yükleneceği belirlenemez ise, tazminat tutarı b) fıkrasında öngörüldüğü üzere bütün taşımacılar arasında paylaşılacaktır.

KONİŞMENTO

Bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında²⁸ teslimle yükümlü olduğu kıymetli evraktır.

Konşimento, kaptan, taşıyan veya yetkili acentesi adına düzenlenen, yükün miktarı, cinsi, paketleme şekli gibi birçok bilgiyi ihtiva eden bir kıymetli evrak olmakla birlikte²⁹; hasarın, sorumlu taşıyanın, yetkili ve görevli mahkemenin tespitine yönelik birçok bilgiyi içerdiğinden rücu aşamasında en önemli belgelerden biridir.

Öncelikle, taşımayı gerçekleştiren firma, donatan veya taşıyana izafeten işlem yapılacak acente bilgileri belirtildiğinden rücu muhatabının tespiti yönünden önem taşımaktadır. İkinci husus ise taşıyan, bazı durumlarda yüklenen konteynerin içeriğini bilmeyebilir. Bu durumda genellikle “said to contain” (ib-

27 Sami Aksoy, Taşıma Hukukunda Rücu Süreleri, s. 2. <https://jurix.com.tr/article/18840>

28 Samim Ünan, Sigortacının Halef Sıfatıyla Açtığı Rücu Davalarına İlişkin Bazı Kararlar, GSÜHFD, 2020;2, S. 1087-11303, “Yargıtay 11. HD. 2016/3125 E., 2017/4094 K. ve 12.07.2017 tarihli kararında 27 kasa mermer yükünün varna limanında konişmento olmaksızın teslimi sebebiyle uğranılan zararın tazmini davasında, konişmento ibrazı olmadan teslim edilmesi pervasız davranış olarak değerlendirilerek taşıyanın sınırsız sorumluluğu bulunduğu hükmedilmiştir.”

29 Vehbi Selim Ataerğın, Denizcilik Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2015, s. 236.

raz edildiğine göre-beyana göre) ve “shipper’s stow, load, count and seal” (yükleyicinin sayım, tartım, yükleme-istif ve mühürlemesi) ifadelerini ekleyerek, mala dair sınırlı sorumluluğunun altını çizer ve taraflara bunu beyan etmiş olur. Aksi halde taşımacının sınırlı sorumluluğu tartışılır hale gelebilir. Taşıyan tarafından konulan kayıtlar malın temiz bir şekilde alınıp alınmadığını göstermekle birlikte, hemen belirtmek gerekir ki konşimento üzerine konulan taşıyanın tamamen sorumsuzluğunu ifade eden kayıtlar geçersizdir³⁰.

TTK m. 1243- Kanundan doğan borç ve sorumlulukları doğrudan veya dolaylı olarak önceden kaldıra n veya daraltan bütün kayıt ve şartlar geçersizdir.

Bunun haricinde konşimento üzerinde bulunan kayıtlar hasarın ispatında önemlidir. Teslim alınan emtiada gözle görünür hasar mevcut ise, konşimento üzerine şerh düşülmesi hasarı ispat ve ihbar açısından önem taşır. Konşimento üzerinde hasar durumu belirtilmişse, TMK m. 2 dürüstlük kuralı gereği, taşıyan artık hasar ihbarının yapılmadığı ve hasardan bilgisi bulunmadığı savunmasından yararlanamayacaktır³¹.

Diğer bir önemli fonksiyonu ise genellikle konşimentonun arka sayfasında belirtilen veya charter party hükümlerine atıf yapılan maddelerde uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin belirtilmiş olmasıdır. Rücu dosyalarında en sık karşılaşılan sorun yetki hususu olup, MÖHUK gereği yetkili mahkemenin taraflar arasında geçerli bir yetki sözleşmesi ile belirlenmiş olması ve konşimentonun ön yüzünde belirtilmesi halinde, kesin yetki sayılarak Türk mahkemelerinde yetkisizlik kararı verilmektedir. Tarafların Türkiye’de bulunması ve hasarın Türkiye’de gerçekleşmesi halinde yetki sözleşmesinin konulması Türk mahkemelerinin yetkisinin kısıtlanması anlamına gelecekse, yetki sözleşmesi Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilmekte ve Türk mahkemelerinde davanın görülmesi gerektiğine karar vermektedir. Yetki hususunda farklı kararlar bulunmakla birlikte konşimentoda tahkim şartı bulunmakta ise bu husus ilk itiraz ile birlikte değerlendirilerek mahkemeler görevsizlik kararı vermektedir.

30 Vehbi Selim Ataerğın, Denizcilik Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2015, s. 176, “Hacimli sözleşmelerde taşıma akdinde rol alanların sorumluluklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran her türlü anlaşmanın geçersiz olduğu konvansiyonda kararlaştırılmıştır.”

31 Yargıtay 11. HD. 2016/14162 E., 2018/5436 K. ve 24.9.2018 tarihli kararına göre, “taşıyıcının herhangi bir suretle hasarı öğrenmesi halinde ihbarın süresinde yapılmadığını ileri sürmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağından bu durumda hasar sebebiyle ihbar şartı aranmamalıdır. Dosya içerisinde yer alan ve davalı şirket yetkilisi olduğu iddia edilen kişi ile yapılan mail yazışmalarında, yapılan aktarma sırasında taşınan mallara dair hasar ve zayı olgusunun bilindiği iddia olunmuştur. Bu durumda, mahkemece taşıyanın hasarın varlığından haberdar olup olmadığı değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, davacı vekilinin bu yöndeki temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün bozulması gerektirmiştir.”

Yargıtay 11. HD. 2016/14407 E., 2018/7712 K. ve 6.12.2018 tarihli kararında³² davalı vekili, konşimentonun 26. maddesindeki yetki anlaşması gereği Londra'daki İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin yetkili kıldığını, bu suretle davanın yetki yönünden reddinin gerektiğini, ... savunarak, davanın reddini, kötüniyet tazminatına hükmedilmesini istemiştir. *Mahkemece*; MÖHUK'un 6 gereğince uygulama alanı bulan genel işlem koşullarına ait hükümler gereğince somut olayda yetki itirazına dayanak yapılan konişmento kaydının geçerli olmadığı, müzakere edilmemiş yetki şartını içeren genel işlem şartı niteliğindeki yetki şartının geçerli kabul edilmediği, taşımaya konu konteynırların ısı muhafazasının korunmadığı, ... gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

MÖHUK'un 47. maddesi gereğince yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Davacı sigorta şirketi, mal satıcısının halefi sıfatıyla bu davayı açmış olup, sigortalı ile davalı taşıyan arasındaki hukuki ilişkiyi belirleyen konşimentodaki hükümler ile bağlı olmaktadır. ... Bu nedenle, tarafları bağlayan ve uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak olan konşimentodaki yetki şartı geçerli olup, mahkemece yazılı gerekçe ile yetki itirazının reddi ile işin esasına girilerek davanın sonuçlandırılması doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.

Yargıtay 11. HD. 2014/19019 E., 2015/8454 K. ve 17.6.2015 tarihli kararında³³, dava, sigorta sözleşmesine dayalı rücu tazminatın tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. HUMK'nın 9. maddesinde, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça her davanın davalının ikametgahında görüleceği, 10. maddesinde, sözleşmenin yapıldığı veya yerine getirileceği yer mahkemesinde de davanın görüleceği, 22. maddesinde ise, kamu düzenine ilişkin olmayan hallerde tarafların yetkili mahkemeyi belirleyebilecekleri düzenlenmiştir... yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda tarafların anlaşabilecekleri düzenlenmiştir. Ancak, yetki sözleşmesi düzenlenirken, yetkili mahkemenin somut olarak belirlenmesi, en azından belirlenebilir olması gerekmektedir. Somut olayda, konşimentoda, uyuşmazlıkların ABD Mahkemeleri'nde ve bu ülkenin kanunlarına göre çözümleneceği belirtilmiş olup, yetki sözleşmesinde somut bir mahkemenin belirlenmemiş olması, daha doğru bir deyişle yetki sözleşmesinin yetkili mahkemenin belirlenmesine imkan verecek

32 Kararın tam metnine <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2016-14407.htm> adresinden ulaşabilirsiniz.

33 Kararın tam metnine <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> adresinden ulaşabilirsiniz.

bilgileri içermemiş olması nedeniyle geçersiz olması karşısında, mahkemece, yetki itirazının reddine karar verilerek, işin esasına girilmesi gerekirken, yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SDR HESAPLAMASI

Taşıyanın sınırlı sorumluluğu esas olup³⁴, taşıma türlerine göre sorumluluk limitleri;

Yurtiçi ve yurtdışı karayolu taşımada, TTK ve CMR gereği malın her brüt ağırlığı için 8,33 SDR,

Denizyolu taşımada;

- La Hey/Visby kuralları gereği parça başına 666,67/ malın her brüt ağırlığı için 2 SDR,
- Hamburg Kuralları gereği parça başına 835 / malın her brüt ağırlığı için 2,5 SDR,

Havayolu taşımada;

- Montreal Sözleşmesi gereği malın her brüt ağırlığı için 22 SDR,
- Varşova Sözleşmesi gereği malın her brüt ağırlığı için 17 SDR,

Demiryolu taşımada ise COTIF/CIM gereği malın her brüt ağırlığı için 17 SDR olarak belirlenmiştir.

Sınırlı sorumluluğun istisnaları CMR Konvansiyonunda açık olarak düzenlenmiş olup, CMR m. 24'e göre CMR belgesinde malın değerinin beyan edilmesi halinde sınırlı sorumluluktan yararlanılamayacağı belirtilmiştir. Bu beyan taşınan yükün teslim alındığını gösterir CMR belgesi, konişmento ve diğer denizde taşıma senetlerinde yer alabilir³⁵. Bu hükmü geniş yorumlayıp

34 Yargıtay 11. HD. 2016/8923 E., 2017/5740 K. ve 25.10.2017 tarihli kararına göre, "Dava, taşıma sebebiyle oluşan hasarın davalı taşıyıcıdan rücuen tahsiline ilişkindir. CMR'nin 23/2. maddesine göre, "Malın kıymeti, ticaret borsası fiyatına göre saptanır. Eğer böyle bir fiyat yoksa, geçerli piyasa fiyatlarına göre bir tespit yapılır. Eğer ne ticaret borsası fiyatı ne de geçerli piyasa fiyatı mevcut değilse, tespit aynı cins ve kalitedeki malların normal kıymetine göre yapılır." Aynı maddenin 3.fikrasına göre de "Tazminat, eksik brüt ağırlığın kilogramı başına 8,33 hesap birimini aşmayacaktır." Kural olarak taşıyıcının sorumluluğu sınırlı sorumluluktur. Mahkemece bilirkişi raporu alınmış ise de malın kıymeti ve davalının sınırlı sorumluluğu konusunda bu maddelere uygun bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır." <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2016-8923.htm>

35 Yargıtay 11. HD. 2003/9474 E., 2004/3773 K. ve 12.04.2004 tarihli kararına göre, "Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından, sigortalı emtiyanın deniz taşıması sırasında ıslanarak hasara uğradığı, konişmento ile yükün T. A.Ş. ne teslim edildiği, bu nedenle TTK. 1099. madde şartları gerçekleşmediğinden davalı donatanın sorumlu olmadığı, konişmentodaki kayıtlar yükün değerini tespitte elverişli olduğundan sınırlı sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı

taşıma sözleşmesinde malın değerinin belirtilmiş olmasını da malın değerinin beyan edildiği ve sınırlı sorumluluktan yararlanılamayacağını kabul eden istinaf kararları bulunmaktadır³⁶.

CMR m. 24 Gönderici, anlaşmaya varılacak belirli bir ücret karşılığında, sevk mektubunda Madde 23 paragraf 3'te belirtilen sınır geçen bir değer beyan edebilir. Bu takdirde, beyan edilen değer bu sınırın yerine geçer.

Taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanamayacağı bir diğer durum ise malın geç teslimi hali olup, bu durumda navlun bedeli ile sorumluluk söz konusu olacaktır³⁷.

CMR m. 26 1. Kaybolma, hasar veya kararlaştırılan zaman süresinin aşılması halinde gönderici, belirlenecek bu ücret ödenmesi karşılığında, teslim süresi için ödenecek özel faizin miktarını tayin eder ve bunu sevk mektubuna yazar. 2. Teslim süresi için özel bir faiz ödeneceği beyan edilmiş ise, 23, 24 ve 25.ci maddelerde öngörülen tazminattan ayrı olarak, kanıtlanan fazla zarar ve ziyan için beyan edilen miktara kadar tazminat istenebilir.

Uygulamada en sık karşılaşılan ve muallak olan husus ise hasarın taşıyanın kötüniyet veya pervasızca davranışı nedeniyle meydana gelen hasarlardır. Bu husus her olay için emsal kararlara göre değerlendirilmekte böylece hangi hususlar gerçekleştiğinde taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanamayacağı tespit edilmektedir³⁸.

CMR m. 29 Hasar; taşımacının kendi kötü hareketinden veya davaya bakan mahkemenin kararı ile belirlenen isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan

gerekçesiyle, davalı donatan hakkındaki davanın reddine, sigortacının yaptığı ödemenin ödeme tarihin-den itibaren reeskont faizi ile davalı taşıyıcıdan tahsiline ilişkin verilen karar usul ve yasaya uygundur." <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2003-9474.htm>

36 Samim Ünan, Sigortacının Halef Sıfatıyla Açtığı Rücu Davalarına İlişkin Bazı Kararlar, GSÜHFD, 2020;2, S. 1087-11303, "İstanbul BAM 14. HD. 2017/1038 E., 2018/476 K. ve 10.05.2018 tarihli kararı"

37 Yargıtay 11. HD. 2005/4375 E., 2006/4741 K. ve 27.04.2006 tarihli kararına göre, "Gecikmenin zarara neden olması halinde, taşıyıcının sorumluluğu CMR hükümlerine göre, navlun ücretiyle sınırlıdır. Buna karşılık, TTK.nun 780. madde hükmünde eşyanın taşıma süresi aşılarak teslim edilmesi durumunda, gecikilen süre ile orantılı olarak taşıma ücretinin indirilmesi öngörülmüştür. Davaya konu gecikme bedelinin TTK. 780. maddesi hükmüne göre değil CMR hükümlerine göre ele alınmak ve bu bedelin davacıya yükletilmesinin mümkün olup olmayacağı belirlenmek ve sonucuna göre karar verilmek gerekir." YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2005/4375 K. 2006/4741 T. 27.4.2006 (kazanci.com.tr)

38 Yargıtay 11. HD. 2015/9172 E., 2016/2407 K. ve 3.3.2016 tarihli kararında Mahkemece, somut olayda kasta yakın bir tedbirsizlikten söz edilemeyeceği gerekçesiyle sınırlı sorumluluk hükümlerine göre tazminat hesabı yapılmış ise de...davalı taşıyana ait araç sürücüsünün hırsızlık olaylarının yoğun bir şekilde yaşandığı güzergahta, giriş çıkışı denetlenmeyen, kamera vb. güvenlik sistemi olmayan, bekçisi bulunmayan bir tır parkında yarım saate yakın mola verdiği, mola sonunda da aracın etrafında bir tur atıp aracı ve yükü kontrol etmeden hareket ettiği, hırsızlık olayının yaklaşık 150 km ileride ikinci mola yerinde fark edildiğinin sabit olması karşısında mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, davalı taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanamayacağı ilke olarak kabul edilmek ve sonucuna göre karar verilmek gerekirken, sınırlı sorumluluk ilkesine göre yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.

kusurundan ileri *gelmiş ise taşımacı, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran yahut da kanıt yükünü karşı tarafa yükleyen bu maddenin hükümlerinden yararlanamaz.*

Nakliyat hasarlarında sigortacının rücu hakkı ve rücu sürecinin işleyişi genel olarak, emtia nakliyat ve taşıyan sorumluluk poliçeleri üzerinden incelenmiş olup, Yargıtay kararları sunumdan ayrı olarak eklenmiştir.

KAYNAKÇA

- Abdurrahman Özalp, Ticaretin Mal Teslim Yöntemleri, 2020.
- Gülşah Yılmaz, Taşıma Hukukunda, Gönderilenin Yükteki Zıya Ve Hasarı Bildirim Külfetinin Taşıma Sigortasında Sigortacının Halefîyetine Etkisi, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2019, s. 201-227.
- Kemal Şenocak, Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalara Uygulanabilirliği, AÜHFD, 2009, s. 189- 229, <https://www.jurix.com.tr/article/13165>.
- Merih Kemal Omağ, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefîyeti, İstanbul, 2011.
- Ömer Özkan, Ahmet Karayazgan, Uluslararası Emtea Satış Sözleşmelerinde Emtea Sigortası, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:15 Özel Sayı:29 Bahar 2016/1, s.73-111.
- Sami Aksoy, Taşıma Hukukunda Rücu Süreleri, <https://jurix.com.tr/article/18840>.
- Samim Ünan, Sigortacının Halef Sıfatıyla Açtığı Rücu Davalarına İlişkin Bazı Kararlar, GSÜHFD, 2020;2, S. 1087-11303.
- Vedat Buz, Mütessesil Sorumlulukta Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu, Batider, 2012.
- Vehbi Selim Ataergin, Denizcilik Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2015.

YARGITAY KARARLARI

- HGKK 2017/1471 E., 2018/416 K. ve 28.02.2018 T.
- Yargıtay 11. HD. 2009/9126 E., 2011/2358 K. ve 7.3.2011 T.
- Yargıtay 11. HD. 2002/7563 E., 2003/567 K. ve 23.1.2003 T.
- Yargıtay 11. HD. 2014/12850 E., 2014/19447 K. ve 10.12.2014 T.
- Yargıtay 11.HD. 2009/7321 E., 2009/8215 K. ve 03.07.2009 T.
- Yargıtay 11. HD. 2013/17150 E., 2014/10508 K. ve 04.06.2014 T.
- Yargıtay 11. HD. 2005/12335 E., 2007/3830 K. ve 01.03.2007 T.
- Yargıtay 11. HD. 2016/14162 E., 2018/5436 K. ve 24.9.2018 T.
- Yargıtay 11. HD. 2016/14407 E., 2018/7712 K. ve 6.12.2018 T.
- Yargıtay 11. HD. 2014/19019 E., 2015/8454 K. ve 17.6.2015 T.
- Yargıtay 11. HD. 2016/8923 E., 2017/5740 K. ve 25.10.2017 T.
- Yargıtay 11. HD. 2003/9474 E., 2004/3773 K. ve 12.04.2004 T.
- Yargıtay 11. HD. 2005/4375 E., 2006/4741 K. ve 27.04.2006 T.
- Yargıtay 11. HD. 2015/9172 E., 2016/2407 K. ve 3.3.2016 T.

KARAYOLU İLE EŞYA TAŞIMACILIĞINDA GÖNDERENİN TAŞIYICIYA KARŞI SORUMLULUĞU

Av. Gülsaniye EKMEKÇİ

Karayolu ile eşya taşıma işleri, Türk Ticaret Kanunu'nda, Karayolu Taşıma Kanunu'nda, Karayolları Trafik Kanunu'nda ve Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi'nde (CMR'de) düzenlenmiştir.

Görece daha az sayıda incelemeye ve yargı kararlarına konu olduğunu düşündüğüm için bu çalışmada Karayolu İle Eşya Taşımacılığında “Gönderenin Sorumlulukları” konusunu ele almaya çalıştım. Bu çerçevede sırasıyla TTK ve CMR'de Gönderenin taşıyıcıya karşı sorumluluklarının neler olduğu, sorumluluğun hukuki niteliği ve sorumluluk sınırları incelenecektir. Gönderenin sorumluluğunun söz konusu olduğu haller, taşıyıcı bakımından sorumluluktan kurtulma nedeni olabilmektedir. Bu nedenle yeri geldiğinde taşıyıcının sorumluluktan kurtulması ile ilgili düzenlemelere de değinilecektir.

I- GÖNDERENİN TAŞIYICIYA KARŞI SORUMLULUKLARI

1) GÖNDERENİN ÜCRET ÖDEME SORUMLULUĞU (TTK m. 850):

TTK m.850

Taşıyıcı

(1) Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir. Eşya her türlü yükü de kapsar.

(2) Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyla varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır.

(3) Taşıma işleri ticari işletme faaliyetidir.

TTK'na tabi taşımalarda Gönderenin Taşıyıcıya karşı birincil yükümlülüğü TTK'nun 850/ 2. Maddesi gereği taşıma ücretini ödemektir.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 2017/11-123 Esas – 2019/404 Karar sayılı, 04.04.2019 tarihli kararında belirtildiği gibi, taraflar taşıma sözleşmesinde taşıma ücretinin gönderilen tarafından ödeneceğini kararlaştırabilirler.

Anılan kararda:

“...*Taşıma sözleşmesinin diğer bir temel unsuru taşıma ücretidir. Taşıma, ücret karşılığında yapılır ve ücret içermeyen taşımalar hatır taşıması olarak adlandırılır. Hatır taşıması ise taşıma hukuku mevzuatı açısından taşıma sözleşmesi olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte taşıma işi bir ticari işletme faaliyeti olduğundan taşıma ücreti kararlaştırılmamış olsa dahi 6762 Sayılı TTK'nın 22. (6102 Sayılı TTK'nın 20.) maddesi gereğince taşıyıcı uygun bir ücret talep edebilir. Taşıma ücretinden, **eşya taşıma sözleşmelerinde kural olarak sözleşmenin tarafı olan gönderen sorumludur.** Taşıma ücreti, taşınan eşya gönderilene teslim edildiği anda ödenecek bir borç hâline dönüşmekle birlikte gönderen taşıma başlamadan önce taşıma ücretini ödeyebileceği gibi taşıma sözleşmesinde taşıma ücretinin gönderilen tarafından ödeneceği de kararlaştırılabilir...*”

denilerek 6102 sayılı TTK'da (eski Kanundan farklı olarak) aksi kararlaştırılmadıkça taşıma ücretinden Gönderenin sorumlu olduğunun düzenlendiği ifade edilmiştir.

2) GÖNDERENİN TAŞIMA SENEDİNDEKİ BİLGİLERİN YANLIŞ EKSİK OLMASINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU (TTK 856 ve 857 CMR 5 -6- 7)

TTK. m. 856

Taşıma Senedi:

(1) *Taşıma senedi taraflardan birinin istemi üzerine düzenlenir. Senet üç özgün nüsha olarak hazırlanır ve gönderen tarafından imzalanır. Gönderen, taşıyıcının da taşıma senedini imzalamasını isteyebilir. El yazısı ile imzalanmış taşıma senetlerinin suretlerindeki imza, damga veya mühür şeklinde ya da basılı olabilir. Bir nüsha gönderene aittir, diğeri eşyaya eşlik eder, üçüncüsü taşıyıcıda kalır.*

(2) *Taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulur. Eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karinedir.*

TTK m. 857:

Taşıma Senedinin İçeriği:

(1) *Taşıma senedi aşağıdaki kayıtları içerir:*

a) *Düzenlenme yeri ve tarihi.*

- b) Gönderenin adı, soyadı veya ticaret unvanı ve adresi.
- c) Taşıyıcının adı, soyadı veya ticaret unvanı ve adresi.
- d) Eşyanın teslim alınacağı yer ve gün ile teslim edileceği yer.
- e) Gönderilenin adı, soyadı veya ticaret unvanı ile adresi.
- f) Gerektiğinde bildirim adresi.
- g) Eşyanın türünün olağan işareti ile ambalajının çeşitli ve tehlikeli mallarda bunlara ilişkin mevzuatta öngörülen, diğer durumlarda ise genellikle tanınan işaretleri.
- h) Taşınacak paketlerin sayısı, işaretleri ve numaraları.
- i) Eşyanın net olmayan ağırlığı veya başka şekilde beyan edilen miktarı.
- j) Taşımanın yapılacağı süre.
- k) Kararlaştırılan taşıma ücreti ve teslimde kadar ortaya çıkacak giderler ile taşıma ücretinin gönderenden başka biri tarafından ödenecek olması hâlinde buna ilişkin kayıt.
- l) Teslimde ödemeli taşımalarda teslimde ödeme kaydı ve ödenecek tutar.
- m) Eşyanın gümrük ve diğer resmî işlemlerine ilişkin talimatlar.
- n) Varsa taşımanın üstü açık ya da örtülmemiş bir araçta veya güvertede yapılabileceğine ilişkin sözleşme.
- (2) Taşıma senedine tarafların uygun gördüğü diğer kayıtlar da konulabilir.

TTK'nun 856. Maddesinde taşıma senedinin ne şekilde düzenleneceği, 857. Maddesinde ise taşıma senedinde hangi bilgilerin yer alması gerektiği düzenlenmiştir. 856. Madde hükmüne göre geçerli bir taşıma sözleşmesinin varlığı için taşıma senedi düzenlenmesi zorunlu değildir. Ancak taraflardan biri taşıma senedi düzenlenmesini talep ederse Gönderen 857. Madde hükmüne göre taşıma senedinin içermesi zorunlu olan bilgileri tam ve doğru olarak bildirmek ve taşıma senedini imzalamakla yükümlüdür. Bu bilgilerin yanlış veya eksik veya hiç olmamasından meydana gelen zararlardan dolayı Gönderen TTK. m. 864/1-b maddesi uyarınca taşıyıcıyı uğradığı zararlardan dolayı tazmin etmekle yükümlüdür. Taşıma senedinde yer alacak bilgilerin çoğu Gönderenle ilgili olduğundan, Kanun koyucunun bu bilgilerin eksik, yanlış veya yokluğundan meydana gelen zararlardan göndereni sorumlu tutması isabetlidir.

CMR’NİN TÜRKÇE TERCÜMESİNDE TAŞIMA SENEDİ YERİNE SEVK MEKTUBU İBARESİ TERCİH EDİLMİŞTİR. SEVK MEKTUBU İLE İLGİLİ HÜKÜMLER CMR’NİN 5., 6. VE 7. MADDELERİNDE YER ALMAKTADIR.

CMR MADDE- 5

1. Sevk mektubu üç nüsha halinde düzenlenerek gönderici ve taşımacı tarafından imzalanır. Sevk mektubunun düzenlendiği ülkedeki yasaları izin verdiği takdirde, bu imzalar matbaada basılabilir veya onların yerine gönderici ve taşımacının mühürleri kullanılabilir. Birinci suret göndericiye verilir, ikinci yükle beraber gider. Üçüncüsü ise taşımacı tarafından saklanır.

2. Taşınacak yüklerin başka taşıtlara yüklenmesi gerektiği, bunların ayrı çeşit yükler olduğu veya ayrı partilere bölünmesi durumunda gönderici veya taşımacı her çeşit ve parti yük için ayrı bir sevk mektubu isteme hakkına sahiptir.

CMR’nin 5. Maddesinde sevk mektubunun ne şekilde düzenleneceği belirlenmiş olup, TTK’daki düzenlemeden farklı olarak CMR m.5/1’de sevk mektubu düzenlenmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştür.

CMR’nin 6. maddesinde sevk mektubunun içermesi gereken bilgiler düzenlenmiştir.

CMR MADDE- 6

- 1. Sevk mektubu şu bilgileri içerecektir:*
- a) Sevk mektubu tarihi ve düzenleme yeri,*
 - b) Göndericinin adı ve adresi,*
 - c) Taşımacının isim ve adresi,*
 - d) Yükün yükleme yeri, tarihi ve teslim için belirlenen yer,*
 - e) Yükün gönderildiği kişinin isim ve adresi,*
 - f) Yükün özelliğinin tarifi, ambalaj şekli ve tehlikeli yükler söz konusu olduğunda bunların herkesçe anlaşılacak şekilde tarifi,*
 - ğ) Kaç parça olduğu ve bunların özel marka ve sayıları,*
 - h) Yükün brüt ağırlığı veya başka bir şekilde ifade edilmiş ise miktarı,*
 - ı) Taşıma ücretleri (Taşıma bedeli, ek giderler, gümrük resimleri ve mukavelelenin akdinden teslimine kadar yapılan diğer ödemeler)*

j) Gümrük ve diğer formaliteler için gerekli talimatlar,

k) Aksine olabilecek herhangi bir hükme bakılmaksızın, taşımanın bu Sözleşme hükümlerine tabi olduğunu bildirir not.

2. Gerekli durumlarda sevk mektubu şu bilgileri de ayrıca içerecektir:

a) Aktarmaya izin verilmediğini belirten not,

b) Göndericinin ödemeyi kabul ettiği ödemeler,

c) Yükün tesliminde yapılacak ödentilerin miktarı,

d) Yük değerinin beyanı ve tesliminde özel faizi temsil eden miktar,

e) Yükün sigorta edilmesine dair göndericinin alıcıya vereceği direktif,

f) Taşımanın tamamlanması için anlaşmaya varılmış zaman süresi,

ğ) Taşımacıya verilen belgelerin listesi.

3. Taraflar, yarar gördükleri diğer hususları da sevk mektubuna yazabilirler.

CMR'nin 7/1. Maddesinde gönderenin sevk mektubunun içeriğinden ya da içermesi gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan sorumluluğu düzenlenmiştir.

CMR MADDE- 7

1. Gönderici, aşağıdaki hususların hatalı veya yetersiz oluşundan uğrayacağı zarar, hasar ve yaptığı ödemelerden sorumludur.

a) Madde 6 paragraf 1; b), d), e), f), ğ), j) de belirtilen hususlar,

b) Madde 6 paragraf 2 de belirtilen hususlar,

c) Sevk mektubunun düzenlenmesini sağlamak veya daha başka hususların içine yazılması amacıyla göndericinin vereceği her türlü diğer hususlar ve talimatlar.

2. Göndericinin talebi üzerine taşımacı bu maddenin 1 inci paragrafındaki hususları sevk mektubuna yazarsa, aksi kanıtlanmadıkça bunu gönderici adına yapmış sayılacaktır.

3. Sevk mektubu madde 6 paragraf 1 k da belirtilen beyanı içermeyen ise taşımacı bu ihmali yüzünden malın kullanma hakkına sahip kişinin bu ihmalden dolayı uğradığı zarar hasar ve yapıldığı ödemelerden sorumlu olacaktır.

Buna göre Gönderen, CMR'nin 6/1. Maddesinde sayılan ve her durumda taşıma senedinde bulunması zorunlu olan bilgiler ile CMR'nin 6/2. Maddesinde sayılan ve gerektiği durumlarda taşıma senedinde yer alması öngörülen bilgilerin hatalı veya yetersiz olmasından dolayı taşıyıcının uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur.

3) GÖNDERENİN REFAKAT BELGELERİNE İLİŞKİN SORUMLULUĞU (TTK 860 – CMR 11)

Gönderenin refakat belgelerine ilişkin sorumlulukları TTK'nun 860. Maddesinde; CMR'nin 11. Maddesinde yer alır.

TTK m. 860

Refakat Belgeleri:

(1) *Gönderen, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşıyıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorundadır.*

(2) *Taşıyıcı, kendisine verilen belgelerin zıyaından, hasarından veya yanlış kullanılmasından doğan zararlardan sorumludur; meğerki zıya, hasar veya yanlış kullanma taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği durumlardan kaynaklanmış olsun. Ancak, taşıyıcının sorumluluğu, eşyanın zıyayı hâlinde ödenecek miktarla sınırlıdır.*

Türk Ticaret Kanununun 860. maddesinin birinci fıkrasında Gönderenin, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşıyıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Maddenin gerekçesinde Söz konusu bilgi ve belgelerin, gümrük beyannameleri, sağlığa, güvenliğe, terminallere, polise ilişkin belge ve raporlar gibi resmi işlemler, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgi ve belgeler olduğu açıklanmıştır.

Refakat belgeleri taşıma güzergahına, yükün cinsine, taşıma aracının cinsine göre değişiklik gösterebilir. Refakat belgelerine örnek olarak İhracı izne bağlı yükler için izin belgesi, canlı hayvan yükü için veteriner sağlık sertifikası, standarda tabi ürünlerde kalite standart belgesi, ATR dolaşım belgesi gibi belgeler gösterilebilir.

CMR KONVANSİYONUNDA GÖNDERENİN REFAKAT BELGELE- Rİ İLE İLGİLİ SORUMLULUĞU 11. MADDEDE DÜZENLENMİŞTİR.

CMR MADDE- 11

1. Malların tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için, gönderici, lüzumlu belgeleri sevk mektubuna ilâştirecek yahut da taşımacıya verecek ve talep ettiği diğer bilgileri kendisine sağlayacaktır.

2. **Taşımacı bu belgelerle verilen bilgilerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda değildir.** Gönderici bu gibi belgelerin bulunmaması, yetersiz olması, veya usule aykırı oluşundan doğacak zarar, ziyan ve hasardan, taşımacıya karşı sorumludur. Ancak, taşımacının hatası veya ihmali görülen durumlar bu hüküm dışındadır.

3. Sevk mektubunda belirtilen bu mektuba ekli veya kendilerine verilen belgelerin kaybindan veya hatalı kullanılmasından doğacak sonuçlardan taşımacı, komisyoncu gibi aynı derecede sorumludur. Ancak, taşımacın ödeyeceği tazminat yükün kaybolması halinde ödenecek tazminatı geçemez.

CMR'nin 11. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “**Taşıyıcının söz konusu belge ve bilgilerin doğru ve yeterli olup olmadığını incelemekle yükümlü olmadığı hükmü TTK’da mevcut değildir.** Ancak TTK’da bu ibarenin yer almamış olması Taşıyıcının refakat belgelerinin içeriğini kontrol etmekle yükümlü olduğu anlamına gelmediği görüşümdedir. TTK’ya tabi taşımalarda da taşıyıcı refakat belgelerinin ve bilgilerinin doğruluğunu araştırmakla yükümlü olmamalıdır.

4) GÖNDERENİN TEHLİKELİ EŞYAYI BİLDİRME SORUMLULU- ĞU (TTK 861-CMR 22)

TTK m. 861

Tehlikeli Eşya:

(1) Tehlikeli eşya taşınacaksa gönderen, taşıyıcıya zamanında açık, anlaşılabilir içerikte ve yazılı şekilde, tehlikenin türü ve gerekiyorsa alınması gereken önlemler konusunda bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

(2) Taşıyıcı, eşyayı teslim alırken tehlikenin türünü bilmiyorsa veya kendisine herhangi bir bildirimde bulunulmamışsa, gönderene karşı herhangi bir tazmin yükümlülüğü doğmaksızın, tehlikeli malın boşaltılmasını, depolanmasını, geri taşınmasını veya gerektiğinde imhasını ve zararsız duruma

getirilmesini ve bu önlemler sebebiyle gerekli giderlerin karşılanmasını, gönderenden isteyebilir.

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 132. Maddesinde “*tehlikeli madde, fiziksel ve kimyasal yapı ve nitelikleri bakımından patlayıcı, parlayıcı, yanıcı, yakıcı, kendi kendine veya kolayca ateş alıcı, zehirli ve radyoaktif maddeler ile bunların benzerleri*” olarak tanımlanmıştır.

TTK’nun 861. Maddesine göre Tehlikeli eşya taşıması söz konusu ise Gönderen Taşıyıcıya zamanında açık ve anlaşılabilir içerikte ve yazılı şekilde bildirimde bulunmak zorundadır. Kanunda bildirim tehlikenin türü ve gerekiyorsa alınması gereken önlemleri de içermesi gerektiği belirtilmiştir.

Taşıyıcı eşyayı teslim alırken tehlikenin türünü bilmiyorsa veya Gönderen tehlikeli eşya konusunda kendisine herhangi bir bildirimde bulunmamışsa, taşıyıcı herhangi bir tazminat yükümlülüğü söz konusu olmaksızın tehlikeli yükü boşaltma, depolama, geri götürme veya gerektiğinde imha etme veya zararsız hale getirme hakkına sahiptir. **Böyle bir durumda Gönderen taşıyıcının bu işlemler için yaptığı masrafları da Taşıyıcıya ödemekle yükümlüdür.**

CMR KONVANSİYONUNUN 22. MADDESİNDE BENZER ŞEKİLDE GÖNDERENİN TEHLİKELİ EŞYA KONUSUNDAKİ BİLDİRİM YÜKÜMÜNE YER VERİLMİŞTİR.

CMR MADDE- 22

1. Gönderici taşımacıya yük verdiğinde, kendisine tehlikenin gerçek özelliklerini bildirir ve gerekiyorsa alınacak önlemleri belirtir. Eğer bu bilgiler sevk mektubuna yazılmamış ise, bu yükü taşımanın oluşturduğu tehlikenin gerçek içeriğini taşımacının bildiğini başka yollarla kanıtlamak gönderici veya alıcıya düşer.

2. Bu maddenin 1 inci paragrafında belirtilen durumlarda taşımacının tehlikeli olduğunu bilmediği tehlikeli yük, taşımacı tarafından herhangi bir yerde veya zamanda boşaltılabilir veya imha edilebilir veya tazminat talep etmeksizin zararsız hale getirilebilir. Bundan başka gönderici bu çeşit yükün taşınmak üzere tesliminden veya taşınmasından doğacak bütün zarar ve ziyandan sorumludur.

CMR’nin 22. Maddesinde TTK’dan farklı olarak bildirim “**zamanında, açık ve anlaşılır şekilde ve yazılı olması**” ibaresi yer almamaktadır.

Keza taşıyıcının tehlikeli yükü fark ettiğinde tehlikeli eşyayı depolama ve geri taşıma hakları da CMR’de düzenlenmemiştir. Ancak özen borcu kapsa-

mında taşıyıcının uygun gördüğü tedbirleri almakla yükümlü olduğu dikkate alındığında; eğer eşyanın geri getirilmesi veya bir depoya boşaltılması daha uygun bir tedbir olacaksa; CMR kapsamında yapılan taşımalarda da taşıyıcının bu haklara sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir.

5) GÖNDERENİN AMBALAJ VE İŞARETLEME SORUMLULUĞU (TTK 862 – CMR 10)

Gönderenin ambalajlama ve işaretleme yükümlülüğü TTK'nun 862. Ve CMR'nin 10. Maddesinde düzenlenmiştir.

TTK m. 862

Ambalaj ve İşaret:

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.

CMR MADDE -10

Gönderici, kişilere malzemeye ve diğer yüklere gelecek zarar ziyan ve hasardan, yükün kusurlu olarak ambalajlanmasından kaynaklanan masraflardan taşımacıya karşı sorumludur. Ancak, yükün kabulünde kusur açık seçik ise ve taşımacı tarafından biliniyor ise bu hususta bir çekince beyanında bulunmamış ise bu hüküm geçersizdir.

Taraflar arasında aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ambalajlama işlemi kural olarak gönderenin hâkimiyetinde ve dolayısıyla onun sorumluluk sahasında gerçekleştirilen bir işlemdir. Gönderen bu işlemi, taşınacak eşyaya ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde, eksiksiz ve ayıpsız bir şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür.

Türk Ticaret Kanunu m. 862'de ambalaj yapma yükümünün kural olarak Göndericiye ait olduğu açık şekilde düzenlenmişken, **CMR'nin 10.** Maddesinde bu yükümlülüğün kime ait olduğu belirtilmemiştir. Ancak 10. Maddedeki "Gönderen yükün kusurlu olarak ambalajlanmasından kaynaklanan masraflardan taşımacıya karşı sorumludur" ifadesinden CMR Konvansiyonuna göre de ambalajlama sorumluluğunun kural olarak Gönderene ait olduğu sonucu çıkmaktadır.

TTK'da eşyanın sözleşme hükümlerine uygun şekilde işleme tabi tutulabilmesi için işaretlenmesi gerekiyorsa, gönderenin bu işaretleri de koymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

TTK'dan farklı olarak Gönderenin işaretleme yükümü CMR'de düzenlenmemiştir.

6) GÖNDERENİN YÜKLEME VE BOŞALTMA SORUMLULUĞU (TTK 863)

Yükleme ve boşaltma

MADDE 863-

*(1) Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılma-
madıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak,
istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zo-
rundadır. Taşıyıcı, ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağ-
lamakla yükümlüdür.*

*(2) Yükleme ve boşaltma ile ilgili olarak, durumun gereklerine göre belir-
lenecek makul bir süre için, aksi kararlaştırılmadıkça, ayrıca ücret istenemez.*

*(3) Taşıyıcı, sözleşme hükümlerine dayanarak veya kendi risk alanından
kaynaklanmayan nedenlerle makul yükleme veya boşaltma süresinden daha
fazla beklerse, bekleme ücreti olarak uygun bir ücrete hak kazanır.*

TTK'nun 863. Maddesinde yükleme ve boşaltma işlerinin kural olarak gönderenin sorumluluğunda olduğu düzenlenmiştir. Gönderen; eşyayı taşıma güvenliğine uygun şekilde araca koymak, istiflemek ve sabitlemek suretiyle yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. Taşıma güvenliği yükün araca emniyetli bir şekilde yüklenmesini ifade eder (FATİH AYDOĞAN, TTK SEMPOZYUMU, EKİM 2018 SH 236).

Taşıyıcı ise yüklemenin **işletme güvenliğine** uygun olmasını denetlemekle yükümlüdür (TTK m. 863 I 2).

İşletme güvenliği en genel anlamıyla eşyanın trafik/taşıma kurallarına uygun bir biçimde taşınmasını ifade eder. Bu çerçevede, taşıyıcı en yüksek özen yükümlülüğünün bir gereği olarak yükleme durumuna göre aracın taşıma sırasındaki her türlü yol durumuna gereği gibi karşı koyup koyamayacağını denetlemekle yükümlüdür. Yüklemenin aracın dengesini veya durma kabiliyetini bozmayacak şekilde yapılmış olması, eşyanın taşıma aracından düşmeyecek şekilde yüklenmiş olması, taşıma sınırı ve gabariye dair olanları başta gelmek

üzere güvenli taşıma prensiplerine uygun yapılması konuları taşıyıcının işletme güvenliğine ilişkin denetleme yükümüne örnek olarak gösterilebilir.

Gönderenin yükleme ve boşaltma konusundaki bir diğer yükümlülüğü “**taşıyıcıdan kaynaklanmayan nedenlerle**” makul süreden fazla bekleme zorunda kalan taşıyıcıya ayrıca bekleme ücreti ödemesidir.

CMR'DE YÜKLEME VE BOŞALTMA İŞLERİNİN GÖNDERENE AİT OLDUĞUNA İLİŞKİN AYRI BİR DÜZENLEME MEVCUT DEĞİLDİR.

Ancak taşıyıcının sorumluluktan kurtulma hallerinin düzenlendiği **CMR'nin 17/4. Maddesinin c bendindeki;**

“Yükün gönderici, alıcı veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından alınması, taşınması, yüklenmesi, yığılması veya boşaltılması halinde taşıyıcının sorumlu olmayacağı”.

Hükmünden yükleme ve boşaltma işlerinin Gönderenin uhdesinde olduğu hallerde, yükleme ve boşaltma hatasından kaynaklanan zararlardan Gönderenin sorumlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Gönderenin yükleme ve boşaltma işlemlerinden sorumlu tutulabilmesi için sözleşmede bu işlerin Gönderene ait olduğunun kararlaştırılmış olması tek başına yeterli değildir. Gönderenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yükleme ve boşaltma işlerinin fiilen GÖNDEREN tarafından yapılmış olması gerekir.

II- GÖNDERENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sorumluluk, üst bir kavram olarak, hem kusur sorumluluğunu hem kusursuz sorumluluğu kapsar niteliktedir.

Borçlunun borca aykırı davranışından sorumluluğu kural olarak kusur prensibine dayanır. Bununla birlikte sözleşmede veya kanunda belirlenen bazı hususların varlığı halinde borçlunun kusuru olmasa dahi sorumlu tutulduğu haller söz konusu olabilir.

TTK'nun “Özel Durumlarda Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu” başlığını taşıyan 864. Maddesi de bunlardan biridir.

TTK m. 864 Özel Durumlarda Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu:

(1) Gönderen, kusuru olmasa da;

a) *Yetersiz ambalajlamadan ve işaretlemeden (862)*

b) *Taşıma senedine yazılan bilgilerdeki gerçeğe aykırılıklar ile yanlışlık ve eksikliklerden (857),*

c) *Tehlikeli malın bu niteliği hakkında bildirimde bulunmamaktan (861),*

d) *860 ıncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen (Gönderen, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşıyıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorundadır) belge ve bilgilerdeki eksikliklerden, gerçeğe aykırılıklardan, belge ve bilgilerin yokluğundan, kaynaklanan, taşıyıcının zararları ile giderlerini tazminle yükümlüdür.(860)*

(2) *Ancak, gönderenin bu durumlarda sorumlu olduğu tazminat miktarı, gönderenin net olmayan ağırlığının her kilosu için 8,33 Özel Çekme Hakkı ile sınırlıdır. Bu hâlde de 882 nci maddenin dördüncü fıkrası ile 885 ilâ 887 nci maddeler kıyas yoluyla uygulanır.*

(3) *Zararın veya giderlerin doğmasında taşıyıcının davranışlarının da etkisi olmuşsa, tazmin yükümlülüğü ile ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu davranışların ne ölçüde etkili oldukları da dikkate alınır.*

(4) *Gönderen tüketici ise, taşıyıcıya karşı ancak kusuru hâlinde ve birinci ile ikinci fıkra hükümlerine göre, zarar ve giderleri tazminle yükümlü tutulur.*

(5) *Tüketici, sözleşmeyi ticari veya meslekî faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişidir.*

TTK'nun 864. Maddesine göre Gönderen;

- **Yetersiz ambalaj ve işaretlemeden**
- **Taşıma senedindeki bilgilerin gerçeğe aykırı, yanlış veya eksik olmasından,**
- **Tehlikeli eşya hakkında bildirimde bulunmamaktan,**
- **ve resmi işlemler ve özellikle gümrük işlemleri için gerekli bilgi ve belgelerdeki eksikliklerden, gerçeğe aykırılıklardan, belge ve bilgilerin yokluğundan**

Kaynaklanan zararlardan dolayı KUSURU OLMASA DAHİ taşıyıcıyı tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur.

Gönderenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükmün temel amacı, taşıyıcının gönderenin TTK m. 864/1'de ifade edilen ihlallerden dolayı zarara uğ-

ramasını önlemektir. Burada önlenmek ya da tazmin edilmesi istenen zararlar taşıyıcının hem söz konusu ihlaller neticesinde bizzat ve doğrudan maruz kaldığı, hem de üçüncü taraflara karşı ilgili ihlaller neticesinde üstlenmek zorunda kaldığı zarar ve giderlerdir.

KUSURSUZ SORUMLULUĞUN İSTİSNALARI:

864. Maddenin 4. Fıkrasında Gönderenin Tüketici olması, kusursuz sorumluluğun bir istisnası olarak düzenlenmiştir. Kanundaki açık düzenlemeye göre “Tüketici Gönderen” ancak kusuru varsa taşıyıcının zarar ve giderlerini tazminle yükümlü tutulabilecektir.

Keza Gönderenin Yükleme ve Boşaltma işlerindeki sorumluluğu da kusursuz sorumluluğu düzenleyen 864. maddede yer almadığı için, kusur sorumluluğudur.

CMR'DE GÖNDERENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU:

CMR'de TTK'da olduğu gibi kusursuz sorumluluk halleri tek bir maddede bütün olarak değil, dağınık maddelerde düzenlenmiştir.

- **CMR m. 7'de** düzenlenen sevk mektubunun içeriğinden sorumluluğu,
- **CMR m. 10** 'da düzenlenen eşyanın kusurlu olarak ambalajlanmasından sorumluluğu,
- **CMR m. 11/2'de** refakat belgelerine ilişkin sorumluluğu,
- **CMR m. 22/1'de** düzenlenen tehlikeli eşyaya ilişkin bildirim sorumluluğu

Gönderenin Taşıyıcıya karşı kusursuz sorumlu olduğu haller olarak CMR'de yer almaktadır.

TTK'nun “**Taşıma İşleri Komisyoncusu**” başlığını taşıyan 919. Maddesinin Gönderenin Taşıma İşleri Komisyoncusuna karşı da aynı şekilde sorumlu olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Bildirme yükümlülüğü

MADDE 919– (1) Gönderen, gerektiğinde eşyayı ambalajlamak ve işaretlemekle ve gerekli belgeleri sağlamakla, ayrıca taşıma işleri komisyoncusunun edimlerini yerine getirebilmesi için gerekli olan bilgileri ona vermekle yükümlüdür. Yük tehlikeli bir eşya ise gönderen, taşıma işleri komisyoncusuna tehlikenin niteliğini, alınması gereken önlemleri yazılı olarak ve zamanında bildirmekle yükümlüdür.

(2) Gönderen, kendisine herhangi bir kusur yüklenmese bile taşıma işleri komisyoncusunun;

a) Eşyanın yetersiz ambalajlanma ve işaretlenmesinden,

b) Yükün tehlikesi hakkında yeterli bilgi verilmemesinden veya

c) Eşya ile ilgili resmî işlemler için gerekli olan belgelerin ve bilgilerin eksikliğinden, yokluğundan ya da gerçeğe aykırılığından,

kaynaklanan giderlerini ve zararını karşılamakla yükümlüdür. 864 üncü maddenin ikinci ilâ beşinci fıkraları burada da uygulanır.

III- SORUMLULUK SINIRLARI

Türk Ticaret Kanununda yukarıda açıklanan hallerde Gönderenin taşıyıcının zararlarını tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu tazmin yükümlülüğü iki yönden sınırlandırılmıştır.

a) Miktar itibariyle sınırlı sorumluluk (m.864/2):

TTK'nun 864/2. Maddesi;“**Gönderenin sorumluluğu eşyanın net olmayan ağırlığının her kilosu için 8,33 Özel Çekme Hakkı ile sınırlıdır**” hükmünü içermektedir.

Kanun koyucu, Gönderenin tazminat sorumluluğunun sınırsız olmadığını, taşıyıcının sorumluluğunda olduğu gibi eşyanın brüt ağırlığının beher kilosu için 8,33 SDR ile sınırlı olduğunu düzenlemek suretiyle bir anlamda gönderenin sorumluluğu ile taşıyıcının sorumluluğu arasında bir denge oluşturmuştur.

CMR'DE İSE GÖNDERENİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU MİKTAR İTİBARIYLA SINIRLANDIRILMAMIŞTIR

b) Taşıyıcının Davranışlarının zarara etkili olması (m.864/3)

Gönderenin taşıyıcıya karşı tazmin sorumluluğunda Kanunun öngördüğü bir başka sınırlama, taşıyıcının davranışlarının zarara etkili olup olmadığıdır.

TTK'nun 864/3. Fıkrasında; “Zararın veya giderlerin doğmasında taşıyıcının davranışlarının da etkisi olmuşsa, tazmin yükümlülüğü ile ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu davranışların ne ölçüde etkili oldukları da dikkate alınır.” hükmü yer almaktadır.

Madde gerekçesinde bu hükmün ortak kusuru değil, ortak (müterafik) etkiyi, başka deyişle ortak sebebiyet vermeyi düzenlediği açıklanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, ortak sebebiyet verme ortak kusur olarak değerlendiril-

dirilemez. Zaten madde başlığında “Kusursuz Sorumluluk” ibaresinin varlığı dikkate alındığında Kusursuz sorumluluğa üçüncü bir kişinin kusuru ile ortak olması anlamlı olmadığından, taşıyıcının davranışlarının etkili olması, taşıyıcının ortak kusuru ile aynı şey değildir sonucuna varmak gerekir.

Maddenin düzenlemesine göre, gönderenin kusursuz sorumluluğuna yol açan hallerde, zararın veya giderlerin doğmasında taşıyıcının davranışları da etkili olmuşsa, tazmin yükümlülüğü ile ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu davranışların ne ölçüde etkili oldukları da dikkate alınmalıdır. Taşıyıcının bu davranışlarına örnek olarak ;

- *taşıyıcının taşıma senedini hatalı doldurması,*
- *nezaret yükümlülüğünü yerine getirmemesi*
- *kendi riziko alanında yeterli derecede diğer gerekli tedbirleri almamış olması nedeniyle bir zarar oluşması veya zararın artmasına yol açması*
- *gönderenin hatalarını fark etmesine rağmen bu konuda göndereni uyar-maması*

gibi haller gösterilebilir. Ortak etkinin, tazminatın kapsamının belirlenmesinde nasıl ve ne ölçüde dikkate alınacağı somut olay incelemesi kapsamında elbette mahkemenin takdirinde olacaktır.

IV- YARGITAY KARARLARINDA GÖNDERENİN SORUMLULUĞU:

Konu ile ilgili Yargıtay kararlarına bakıldığında üzerinde en çok durulan konunun (Yargıtay kararlarında benimsenen tabirle) “*taşıyıcının müterafik kusuru*” olduğu görülmektedir. Elbette TTK’nun 864/3. Maddesindeki açık hüküm ve TTK’nun 876. Maddesindeki “taşıyıcının en büyük özeni gösterme” yükümlülüğü birlikte değerlendirildiğinde somut olayın gereklerine göre taşıyıcının ortak kusurunun araştırılması isabetlidir.

Ancak bazı Yargıtay kararlarında taşıyıcının ortak kusurunun iddia ve ispat edilmediği, gönderenin kusursuz sorumluluğunun apaçık olduğu uyuşmazlıklarda bile ortak kusur araştırmasının yapılmaması “eksik inceleme” nedeniyle bozma gerekçesi yapılmaktadır.

Yargıtay’ın bu yöndeki bozma kararları üzerine yapılan bilirkişi incelemelerinde de, sırf bozma kararına uygun olması için taşıyıcı aleyhine az da olsa mutlaka müterafik kusur oranı tespit edilmektedir. Ancak son zamanlarda Yargıtay’daki bu uygulamanın adil olmadığı isabetli olarak doktrinde dile getirilmeye başlanmıştır.

TTK VE CMR kapsamında gönderenin sorumluluğu ve taşıyıcının en yüksek özen borcuna ilişkin bazı Yargıtay kararlarına aşağıda yer vererek sunumuma son veriyorum.

Sabrınız için çok teşekkür ederim.

• 11. HD., E. 2018/439 K. 2019/5486 T. 17.9.2019 (refakat belgeleri)

CMR 11. madde ve taraflar arasındaki sözleşmenin 1. maddesine göre gümrük beyannamelerinin sorumluluğunun davacıda olduğu, beyannamelerde çıkış ve giriş gümrüklerinin belirtildiği, sözleşmede belirtilen yol güzergahının davacının sorumluluğunda ve rızası ile değiştirilmiş olduğu, bu nedenle davalının taşıma sözleşmesine aykırı güzergahta taşıma yaptığının söylenemeyeceği gibi davacı tarafın taşıma ücretinin indirilmesi konusunda davalıdan bir talepte bulunmadığı nazara alındığında sözleşmede kararlaştırılan taşıma ücretinin gümrük beyannamelerinde belirtilen rota üzerinden taşıma için de benimsenmiş olduğu sonucuna varılarak davacının güzergah farklılığı nedeniyle fazla ödediği navlunun iadesi talebinin de reddine karar verilmiştir...”

• 11. HD., E. 2016/12977 K. 2018/4065 T. 29.05.2018 (yükleme-boşaltma)

*“... trafik cezalarının istiaab haddinin aşılmasından dolayı hem davacı (yüklenici) hem davalıya (taşıyıcı) kesildiği, **yüklemenin davacı tarafından yapıldığı**, davacının kendisine kesilen cezayı davalı (taşıyıcıdan) talep etmesinin TMK m. 2'ye aykırı olduğu...”*

• 11. HD., E. 2016/13156, K. 2018/1166, T. 19.02.2018 (refakat belgeleri)

“...Dava yurtdışı taşıma sözleşmesine dayalı navlun ve bekleme ücretlerinin tahsili istemine ilişkindir. Davacı tarafından taşınan emtiaların evrak eksikliği nedeniyle... ülkeye girişine izin verilmediği sabittir. Konvansiyonun 11. Maddesine göre malların tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için gönderici lüzumlu belgeleri sevk mektubuna ilâştirecek yahut da taşımacıya verecek ve talep ettiği diğer bilgileri kendisine sağlayacaktır... somut olayda evrak eksikliğinin davacı taşımacının hatası veya ihmalden kaynaklandığı iddia ve ispat edilmemiştir...Dava konusu taşıma ilişkisinde davacıya ait iki adet tırın evrak noksanına bağlı olarak ... ülkesine izin verilmemesi sebebiyle tarihine kadar bekletildiği, davalının bu duruma muttali olduğu halde emtianın satılması ya da imhası yönünde talimat vermediği,...tırların bekleme süresi, emtianın değeri ve çabuk bozulan cinsten olması sebebiyle malların Türkiye'ye geri getirilmesinin davalının yararına en uygun önlem olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda da-

vacının malları Türkiye'ye geri getirmesi sebebiyle dönüş navlun ücretini de isteyebileceği..."

• **11. HD., E. 2015/15089 K. 2016/1656 T. 17.2.2016 (Refakat belgeleri/ Gönderen sıfatı)**

...**CMR'nin 11. m. uyarınca, malın tesliminden önce tamamlanması gereken belgelerin gönderici tarafından sağlanması gerektiği, taşıyıcının bu belgelerle, verilen bilgilerin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda olmadığı, göndericinin bu belgelerin bulunmaması, yetersiz olması veya usule aykırı düzenlenmesinden oluşan zarar ve hasarlardan taşıyıcıya karşı sorumlu olduğu ancak, taşıyıcının hata veya ihmali görülen durumların bu hükmün dışında olacağı, somut olayda taşıyıcıya yüklenebilecek bir kusurun bulunmadığı, ihracata ilişkin belgelerin gönderen tarafından eksik hazırlanmasından dolayı davacının oluşan zararının gidiş ve dönüşle ilişkin navlun ücretinden kaynaklandığı... gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile 8.000 USD'nin dava tarihinden itibaren yıllık %5 oranında yürütülecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir...**

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir...

Ancak, somut olayda uyuşmazlık, davalının gönderen olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Zira, davalı taşıma sözleşmesinin tarafı olmadığını savunmuş, davacı ise, davalının sözleşmenin tarafı olduğunu iddia etmiştir.

Gönderen; taşıma sözleşmesinde taşıyıcının sözleşme yaptığı karşı taraf olup, sözleşme uyarınca eşyanın taşınması kendisine karşı taahhüt olunan ve bunun karşılığında taşıma ücreti ödemekle yükümlü olan kimsedir. Gönderen kavramının navlun sözleşmesindeki karşılığını da taşıtan kavramı oluşturmaktadır. Taşıma sözleşmesi gönderen veya taşıyıcı tarafından şahsen veya temsilci vasıtasıyla yapılabileceği gibi, eşyanın taşınmasında veya taşınmasında fiilen rol almaları da gerekmez. Gönderen, eşyanın taşıyıcıya teslimi veya ondan tesellümü için üçüncü kişiye yetki de verebilir. Gönderen sıfatının kazanılmasında, taşınacak yükün mülkiyetine sahip olunması da şart değildir. Gönderen, taraf olduğu taşıma sözleşmesine dayanarak gerek kendisine ait bir yükü, gerekse de başkasına ait yükü taşıttırabilir. (Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi, Doç. Dr. Hakan Karan, Ankara 2011 ve Taşıma Hukuku, Yrd. Doç. Dr. Vural Seven, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı)

Bu itibarla, mahkemece öncelikle davalının yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda gönderen olup olmadığı tespit edilerek, bu yöndeki uyuşmazlığın çözümlenmesinden sonra, CMR'nin 11. maddesi uyarınca değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...”

• **11. HD., E. 2015/7457, K. 2015/2437, T. 07.03.2016 (yükleme/ihtirazi kayıt)**

*“...Mahkemece dava konusu hasarın gabari dışı hatalı yükleme ve gabari sınırının aşılması nedeniyle meydana geldiği, TTK m. 863/1 uyarınca **yükleme sorumluluğunun gönderene ait olduğu**, taşıyıcının da yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamak ve TTK m. 858 uyarınca denetleme ve sorumluluktan kurtulabilmek için **ihtirazi kayıt koyma yükümlülüğü olduğu**, bu konuda uyarıda bulunulduğuna dair delil bulunmadığı...”*

• **11.HD., E. 2012/19164 K. 2013/17159 T. 01.10.2013 (ambalaj/ihtirazi kayıt)**

CMR Konvansiyonunun 10. maddesi “Gönderici, kişilere malzemeye ve diğer yüklere gelecek zarar ziyan ve hasardan, yükün kusurlu olarak ambalajlanmasından kaynaklanan masraflardan taşımacıya karşı sorumludur. Ancak, yükün kabulünde kusur açık seçik ise ve taşımacı tarafından biliniyor ise bu hususta bir çekince beyanında bulunmamış ise bu hüküm geçersizdir.” hükmünü haiz olup, davacı vekilinin bilirkişi raporuna itirazlarında ambalajın yetersiz olduğunu, bu nedenle bazı tenekelerin patlayarak sızıntı yaptığını, malzemelerin başka araca aktarılmasıyla oluşan zarardan gönderici olan davalının kusurlu olduğunu belirtmesine rağmen, **ambalajlamanın yeterli olup olmadığı, taşıyıcının ambalaj yetersizliğini bilip bilemeyeceği hususunda alanında uzman bir bilirkişiden rapor alınmaksızın yazılı gerekçeyle, yetersiz bilirkişi raporuna istinaden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş...”**

• **11.HD.,E. 2018/2593 K. 2019/3646 T. 13.5.2019 (nezaret yükümü/müte-rafik kusur)**

“...6102 Sayılı TTK'nın “Yükleme Ve Boşaltma” başlığını taşıyan 863/1 maddesi, “Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. Taşıyıcı, ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.” hükmünü haizdir. Mahkemece hükme esas alınan bi-

lirkişi raporunda, zikredilen maddeye atıf yapılarak, yükleme sorumluluğunun esas olarak gönderende olduğu, taşıyanın ise nezaret yükümlüğü bulunduğu belirtilmiş ve meydana gelen zararın oluşumunda davacı yanın %70 oranında kusurlu olduğu mütala edilmiştir. Davacı yan, rapora itirazında, TTK'nın 863. maddesine göre, yükleme sorumluluğu esasen taşıyanda (GÖNDEREN olmalı) olsa da, yine aynı maddeye göre, bu kuralın istisnasının aksi yönde bir ticari teamül bulunması olduğunu, meyve sebze hali sektöründeki ticari teamüle göre, malın taşıyan tarafından araca yüklendiğini, istiflemenin ise taşıyan tarafından yapıldığını, bu yönde bir ticari teamül bulunup, bulunmadığının araştırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemece, zikredilen hususta davacı yanın itirazları doğrultusunda araştırılma yapılmadan sonuca gidildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, davacının iddia ettiği şekilde bir ticari teamül bulunup bulunmadığının Ticaret Odası nezdinde araştırılarak, sonucuna göre hüküm tesis edilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiş...

• **11 HD., E. 2016/1932 K. 2016/8313 T. 20.10.2016 (nezaret)**

“... 6102 sayılı TTK'nun “yükleme ve boşaltma” başlıklı 863. Maddesi “Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. Taşıyıcı, ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür” hükmünü haiz olup yükleme sorumluluğunun kime ait olduğunun belirlenmesi, hasarın yükleme sırasındaki kusurdan meydana gelip gelmediğinin, taşıyan davalıların yükleme ve istiflemeye nezaret görevlerini yerine getirip getirmediğinin, aracın kullanımından kaynaklanan bir kusurun bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir...”

YARARLANILAN KAYNAKLAR:

- **Süleyman KIRAN**, Eşya Taşımalarında Refakat Belgeleri (Bilgileri) ve Bunlardan Doğan sorumluluk <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/594373>
- **Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ**, Karayoluyla Tehlikeli Madde Taşımadan Doğan Hukuki Sorumluluk Dergi-ParkAnkara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Arşiv Cilt 2, Sayı 1, sh. 209 vd.
- **Özlem KARAMAN COŞGUN**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle CMR Konvansiyonu Hükümlerinin Karşılaştırılması,” İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi , İstanbul, Turkey, pp.280 vd.
- **Engin ERDİL**, CMR Konvansiyonu Şerhi İstanbul 2007
- **Cafer EMİNOĞLU**, Türk Ticaret Kanununun 864. Maddesi Kapsamında Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C XIX, Y. 2015, Sayı 3
- **Fatih AYDOĞAN**, Taşıma Hukukuna İlişkin Güncel Bazı kararlar, Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Ekim 2018, sh.240 vd.
- **Ahmet Özsoy**, Taşıma İşleri, Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret kanununa İlişkin kararları, İstanbul 2019, sh.475 vd.

ARABULUCULUK SÜRECİNDE TARAF VEKİLLİĞİ VE TARAF TEMSİLİ

Av. Arb. Dilek YUMRUTAŞ

I. ARABULUCULUKTA TEMSİL

Arabuluculuk sürecine katılan asiller ve temsilcileri, arabuluculuk sürecinin faydalarının farkına vararak, geri bildirim anketlerinde önem sırasına göre bu faydaları şu şekilde ifade etmektedirler:

- Belirlilik: Riskin azaltılması ve sonuçların kontrolü
- Giderler: Giderlerin kısılması
- Etkinlik: Uyuşmazlığın temel konularına odaklanma
- İlişkiler: Mümkün olduğu yerlerde çatışmaların artmasını önlemek ve ilişkileri korumak
- Hız: Mümkün olan en hızlı sonuca ulaşmak
- Sonuçlar veya kararların uygulanabilirliği
- Gizlilik

Arabuluculuk sürecine katılarak süreci deneyimleyenlerce arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yolunun faydalarının bilinmesine karşın, henüz ihtiyari olarak olması gereken düzeyde kullanılmamaktadır. Bunun temel nedeni, taraflardan birinin bu süreci bilmemesi veya bu konuda deneyim sahibi olmaması veya harici hukuki veya diğer alanlardaki danışmanların arabuluculuğu yeterli sıklıkla tavsiye etmemeleri veya ilk çare olarak sunmamaları olarak çeşitli kaynaklarda ifade edilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta uygulama verileri bir şirketin alternatif uyuşmazlık çözümlerini ne kadar etkili kullandığını etkileyen en önemli unsurların, karar verme süreçlerinde bilinçli olması gereken kişiler olan kurum içindeki avukatların becerileri ve yaklaşımı, şirketin üst düzey yöneticilerinin bilgisi ve yaklaşımı ve dışarıdan gelen avukatların yaklaşımı olduğunu ortaya koymaktadır. Arabuluculuk taraf vekilleri, bu kişilerin eğitimleridir ve çatışmadan kaçınma ve uyuşmazlık stratejisi alanlarında yönetim danışmanları olabilirler ve ciddi anlamda tasarruf ve işletme etkinliği sunabilirler. Arabuluculuk taraf vekilleri aynı zamanda uygun, yetkin, karşılıklı olarak kabul edilebilir bir arabulucu seçerek ve görevlendirerek arabulucular arasında

iş dağılımını da kontrol edebilirler. Çok yönlü fakat pahalı yargı yetkisi alanlarında veya etkili süreçlerin olmadığı gelişmekte olan ülkelerde, arabuluculuk taraf vekilleri katma değer sunarak adalete erişim sağlarlar ki bu modern dünyada alternatif uyuşmazlık çözümleri için kilit bir roldür¹.

A. Arabuluculukta Temsilci Kimdir?

Arabuluculuk sürecine, taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Bu durumda arabuluculuk sürecinde temsilci, taraflardan birisine tavsiyede bulunmak ve onun adına konuşmak üzere tarafa eşlik eden kişi olarak tanımlanmaktadır.²

Arabuluculuk, her şeyden önce bir takım oyundur. Taraf vekili arabuluculuk sürecinde, bilgi verici, danışman, yönetici, müttefik, değerlendirici, müzakereci ve tedavi edici gibi rolleri üstlenmelidir.³

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi sır saklama yükümlülüğünü düzenlemiş olup, avukatların, kendilerine tevdi edilen ya da avukatlık mesleği gereği öğrendikleri bilgileri açıklamaları yasaktır. Taraf vekilleri gerek Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve gerekse Avukatlık Kanunu kapsamında gizlilik hükümlerine uymak durumundadır. Avukatın müvekkili olan ilişkisi bir güven ilişkisine dayandığından arabuluculuk görüşmelerine katılmadan önce müvekkili ile hangi bilgi ve belgelerin paylaşılacağı konusunda bir çerçeve çizmeleri yerinde olacaktır. Taraf vekillerinin arabuluculuk toplantısına katılımından önce müvekkilinin haklarını tespit etmesi ve müzakere sürecini bu hakların farkında olarak yürütmesi yerinde olacaktır. Başka bir anlatımla taraf vekili süreci anlamalı ve ihtiyaçları doğru bir şekilde ortaya koymalıdır. Taraf vekilinin uyuşmazlığın olası sonuçlarını da değerlendirmesi gerekir. Başka bir ifade ile taraf vekili, müvekkiline risk analizini sunmalıdır. Taraflar arasında güç dengesizliklerinin yoğun olarak hissedildiği iş uyuşmazlıkları gibi uyuşmazlıklarda, dengesizliği gidererek, silahların eşitliğinin sağlanması arabuluculuk sürecinde tarafların avukatla temsil edilme durumunda mümkün olabilecektir. Belirtilen nedenle, arabuluculuk sürecinde, arabulucu kadar taraf vekillerinin de rolleri çok önemlidir. Taraf vekillerinin de müzakere teknikleri konusunda eğitim almaları arabuluculuğun gelişimi açısından önemlidir. Hukukçuların eğitiminde mücadeleci sisteme dayalı eğitim anlayışı terkedilerek, iş birliğine dayalı hukuk sistemine geçilmeli ve hukukçuların müzakere

1 Goodman, A.: Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Uygulayıcı Rehberi, 3. baskı, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Temmuz 2017, s.14 vd.

2 6325 Sayılı Arabuluculuk Kanunu m.15/6

3 Bkz. Goodman, A.; Temmuz 2017, s.14 vd.

hünerlerini geliştirmesi sağlanmalıdır. Avukatlar çatışmacı yöntemlerden önce arabuluculuk gibi dostane yöntemler konusunda temsil ettiği müvekkilini bilgilendirmeli, aydınlatmalı ve hatta yönlendirmelidir⁴.

Arabuluculukta temsili üstlenen kişiler, aslında uzlaştırıcı yaklaşımda olmalıdır. Savaş yerine uzlaşma bakış açısı, değişik bir yetenek ve zihinsel yaklaşım gerektirmektedir. Bir başka deyişle yargılamada dava taraflarının davadaki pozisyonel bakış açısının “kazanılması gereken savaş” bakış açısı şeklinde daha rekabetçi bir yaklaşım olduğunu, arabuluculuk sürecinde ise uyumsuzluk taraflarının “çözülmesi gereken sorun” bakış açısı ile süreçte sorumluluk alarak, sorunun çözümünü olanaklı kılacak bir duruş sergilemelerinin daha uygun olacağını ifade edebiliriz. Bu ise, görüşmeler ile problem çözen ve tüm tarafların kabul edeceği bir çözümün üretilmesine çaba gösterilmesidir. Uzlaşmanın temini, hiç şüphesiz sadece temsilci ile asilin arasında değil, aynı zamanda arabulucu ve diğer tarafın da iş birliği ile mümkün olacağı unutulmamalıdır.

Bu anlamda, arabuluculuktan azami faydanın elde edilebilmesi için gerek temsilci ve gerekse asilin, aşağıdaki hususları iyi anlaması gerekmektedir;

- Dava asıl çözüm yolu, arabuluculuk tali çözüm yolu olarak görülmemelidir.
- Arabulucu, bir hâkim veya hakem olmadığından, arabuluculuk, uyumsuzluğun çözümü olarak görülmeli, yoksa yargı önünde bir davanın sunulması olarak görülmemelidir.
- Arabuluculuk, bir savaş alanı olmaktan çok, ortak zeminin arandığı bir alandır.
- Arabuluculuk, asilinde katılımını bekler, zira bu şekilde asilinde uyumsuzluğa ilişkin olarak yapıcı ve esnek düşünmesi ve arabulucu ve temsilcisine tutarlı ve doğru bilgileri vermesi sağlanabilecektir.
- Kişilerin, bu süreçte ne şekilde reaksiyon verebileceklerinin düşünülmesi ve anlaşılması gerekir.
- Avukatların yargı süreçlerinde sıklıkla yapmakta olduğu hatalardan uzak durması gerekir. Örneğin, delil dilekçesi vb. çok kapsamlı bir evrak dosyasının sunulması, karşı tarafı kazanmak yerine savunma veya saldırı tutumu gösterilmesi, müşterek bir toplantıya gerek olmadığı gibi süreci kontrol etmeye yönelik

4 Bkz. Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ticari Uyumsuzluklarda Arabuluculuk ve Arabuluculukta Avukatın Rolü Sempozyumu, Sempozyum Andrew Goodman Notları, Ankara, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Eylül 2017

girişimler, çapraz sorguya girişme, asilin önünde arabulucunun yapmaya çalıştıkları ile ilgili olarak olumsuz şekilde açıkça eleştirilmesi, hukuki argümanlara ve savunmaya girişilmesi, asile işin maliyetleri hakkında açıklamalarda bulunmaması, sınırlara hâkim olunamaması vb.

B. Temsilcideki Asgari Gereklilikler

Temsilcide bulunması gereken asgari beş özellik şu şekildedir;

- Uyuşmazlık/ihtilaf hakkında bilgi sahibi olma,
- Arabuluculuk sürecinin sonuçları hakkında bilgi sahibi olma,
- Asilin güvenini elde etme, güven verecek şekilde tutum ve davranışlar sergileyebilme,
- Sakin kalabilme, profesyonel davranabilme, enerjisini üst seviyede tutabilme
- Konuşmaya ve iletişime açık olma
- Asil adına arabuluculuğa katılma, sulh dahil ilgili belgeleri imzalayabilmek bakımından gerekli yetkiye sahip olma,
- Giderler ile ilgili olarak asil adına görüşebilme yetkisine sahip olma.

Temsilcide bulunması gereken beceriler ise, konuşma, dinleme, tebessüm ve konuşmanın etkili olması için doğru nefes almayı bilmektir. Temsilcinin aktif olarak onaylayarak dinlemesi ve tebessüm ile insanları konuşmaya cesaretlendirmesi konusunda kendisini geliştirmesi gereklidir. Görüşmelerde tansiyon yükselebilir, sinir gündeme gelebilir, ancak böyle durumlarda, sınırlı ve gerilimli olunması halinde, hemen diğer taraf gözünde güven ve kredi kaybına uğranılabilir. Ayrıca konuşma hızlanır ve içerik olarak netliğini kaybedebilir. Doğru nefes alınması bu tür durumların önüne geçilmesi bakımından önemlidir.

C. Asillerin Beklentisi

Uygulamada asiller, temsilcilerine gerçek istediklerini ortaya koyacak şekilde talimatlarını vermekte ve netleştirmekte güçlük çekmektedirler. Bunun en önemli nedeni, kendilerinden emin olamamalarıdır. Zira sistematik bir şekilde taleplerinin neler olduğu konusunda düşünmemektedirler. Bu nedenle, temsilcinin, asilin isteklerini daha basit bir şekilde tespit edebilmesinin yolu, asilin hedeflerini tanımlayabilmesidir. Bunlar ise, psikolojik güçlükler ve mali talepler ile pozisyon, menfaat ve ihtiyaçların kombinasyonundan oluşmaktadır.

Bu hedefler bir kere belirlenince, bu sefer asil bunların her birisinin nasıl sağlanabileceğini değerlendirmesi istenmelidir. Bunun dışında, bunlardan ba-

zılarının neler ile ikame edile- bileceği ve belirli bir hedefin gerçekleştirebilme imkânı ile beklentilerinin ne derece gerçekçi olduğunun da değerlendirilmesi sağlanmalıdır.

Bu şekilde beklenti/hedeflerin belirlenmesi, arabuluculuk sürecinde Müzakereler sürecinin biçimlenmesi ve daha somut konular üzerine yoğunlaşmaya yardımcı olacaktır.

D. Temsilcinin Rolü

Temsilcinin rolü, arabuluculuk sürecine ve uyuşmazlığın mahiyetine bağlı olarak değişkenlik gösterebilecek olmakla birlikte, özellikle aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir;

- Asile yardımcı olmak,
- İleri sürülen hususlar, teklifler ve süreçler hakkında görüşler vermek,
- Mutabık kalınan sulhe dair anlaşmanın hüküm ve şartlarının yazılmasına destek vermek.

Uygulamada temsilcilerin ayrıca içi içe geçen üç rolden bir veya birkaçını üstlendikleri de görülmektedir;

- Kötü Polis
- Koruma
- Koçluk

Temsilcinin, bu rolü yerine getirirken, aşağıdaki iç soruyu kendisine sorması ve cevaplandırması gerekmektedir;

“Asilin ihtiyaçları nelerdir?”

Ancak bu soru asilin yasal olarak haklarının neler olduğu ve nelere hak kazanabileceği değildir. Bu yaklaşım daha çok dava için uygundur. Burada kastedilen psikolojik (tanınma, kendini duyurabilme ve adalet) ve ekonomik ihtiyaçlarıdır.

Ekonomik ihtiyaçlar noktasında ise, asilin talep ettiği ile gerçek ihtiyaçları arasında önemli derecede fark olmaktadır, zira, asil/asiller, zararlarını abartma eğilimindedir. Bu noktada, asile şu soruların sorulması uygun olacaktır;

- Talep edilen tutarın alınmaması halinde, kendisi veya işine ne olacağı?
- Tutarın ödenmesi veya tahsil edilememesi durumunda, yaşamına etkisi
- 2 yıllık süre içinde neler yapmak istediği ve bunları gerçekleştirmek için nelere ihtiyaç duyduğu?

- Diğer tarafın ihtiyaçları nelerdir?

Arabuluculuk sürecine dahil olan herkes, diğer taraf açısından da olayı görebilme yetisini kazanmak durumundadır. Özellikle bu süreçte dahil olan temsilci ve asilleri/asilleri, bu yeteneklerini geliştirmek zorundadır. Görüşme, sadece bir ödün verme olarak değil, bir tarafın sahip olduğu ve diğer tarafın ihtiyacı olan bir şeyi diğer tarafın sahip olup, öbür tarafın ihtiyacı olan şeyin değiştirilmesi anlamına gelen bir ticarete ilişkindir. Bu nedenle etkili temsilciler, diğer tarafın istek ve ihtiyaçlarını da anlamaya çalışan ve bunu başaran kişilerdir. Bu, arabuluculuk görüşmesi öncesinde yapılabilir.

“Diğer tarafa neler verilebilir?”

Bu soruyu cevaplamak, bir tarafın diğer tarafa tek taraflı bağlı ve fedakârlık yapması olarak görülmemelidir. Bu sorunun anlamı aslında diğer taraftan elde edilecek bir şey karşılığında, diğer tarafa neler yapılabileceğinin değerlendirilmesi ve cevaplandırılmasıdır. Bunu yapmak suretiyle, asilleri, önceliklerinin ve karşılıklı atabilecekleri adımların belirlenmesine teşvik ve bu suretle her şeyin değişik zamanlarda farklı bir değere sahip olduğunun anlaşılmasını sağlamak mümkün olacaktır. Asilin kontrol edemeyeceği şeylerde değişiklik, uzlaşmanın değerine dair bakışta da değişikliğe yol açabilecektir. Bu değerlendirme aynı zamanda, olası bir uzlaşmanın da ne şekilde tasarlanabileceği konusunda bir prototip düşüncüyü doğurabilecektir.

II-TEMSİLCİ YÖNÜYLE ARABULUCULUK SÜRECİ

A. Arabuluculuk Süreci, Arabuluculuk Başvurusu ve Arabuluculuk Aşamaları

1. Başvuru Şekli ve Zamanı

Arabuluculuk, alternatif çözüm yollarından birisidir ve aşağıdaki özellikleri ile diğerlerinden ayrılmaktadır;

- Peşin hüküm bulunmamaktadır. Taraflardan birisi haklı diğer haksız olarak karara bağlanmamaktadır.
- Taraflarca yönlendirilen bir uzlaşmadır. Tarafların kendilerince ortaya çıkarılan ve yönetilen bir uzlaşmadır.
- Nezaret edilen bir görüşmedir.
- Sözleşmesel bir uzlaşmadır, karara bağlanmamaktadır.

Ayrıca arabuluculuk, asiller için önemli avantajlar da sağlamaktadır;

- Yargı gibi uzun ve maliyetli bir süreçten kurtulma imkânı verir.
- Sulh yapabilme bakımından güvenli bir ortam sağlar.
- Yargı ile elde edemeyeceği, diğer tarafla üzerinde görüşebileceği kendi çözümlerini yaratma ve elde edebilme imkânı sağlar.
- Arabuluculuk, aslında başvuran için elde edeceği mali sonuçlar dışında, daha çok kendisini duyurabileceği ve yaşadıkları ile ilgili farkındalık yaratabileceği bir ortam sağlamaktadır. Diğer bir deyişle, birçok ihtilafın iletişim sorunundan kaynaklandığı dikkate alındığında, başvuran için olayın kendi yönünden anlatımını arabulucuya veya isterse diğer tarafa yapabilme imkanına sahip olabilmektedir. Bu imkân yargı önünde yazılı usul esas olduğundan, hiç veya istenildiği kadar elde edilmemektedir.
- Uyuşmazlıktaki tüm hususlar hakkında, hukuki değerlendirme ve davaya gitse gündeme gelebilecek çerçeve ile sınırlı kalmaksızın bir genel çözüm sağlar.
- Yargı sürecinde yaşanacak uzun soluklu stres ve endişelerin önüne geçer.
- Yargılama giderlerinin önüne geçer.
- Özellikle ticari uyuşmazlıklar yaşanan ticaret dönük dikkat ve ilgi kaybının önüne geçer, kısa sürede tekrar odaklanabilme imkânı verir.

2. Arabulucunun Seçimi

Zorunlu arabuluculuk dışında, ihtiyari arabuluculuğun gündeme geldiği durumda, arabulucu seçiminde, arabulucuda dikkat edilmesi gereken önemli hususlar şunlardır;

- Arabulucunun nitelikleri ve varsa akreditasyonları
- Dahil olduğu arabuluculuk süreci sayısı
- Arabulucunun yaklaşımı hakkında bilgi edinmek üzere atama öncesinde müzakere
- Ücretlendirmesi
- İş yoğunluğu ve müsaitlik durumu

3. Arabuluculuğa Hazırlık ve Arabuluculuk Aşamalarında Temsil

a. Fiziken Hazır Olma

Arabuluculuk görüşmeleri için hazırlıklar doğru dengelenmelidir. Hazırlık genellikle iki başlık altında toplanabilir;

- Hazırlıkların sulh görüşmeleri için yapıldığı unutulmamalıdır. Bundan maksat, temsilcilerin, bu sürece, yargı sürecinin bir provası gibi bakmayıp, tarafların görüşerek sulhen sorunu çözümlmek üzere bir araya geldiklerini göz önünde bulundurmalarıdır.

- Yapılan hazırlık, uygun ve orantılı olmalıdır. Tarafların arabuluculuk görüşmelerine ya hiç hazırlanmadıkları ya da yargı sürecindeki mücadeleye hazırlanmadıkları şekilde bir hazırlık ile geldikleri görülmektedir. Oysa hazırlığın, gerek uyuşmazlığın büyüklüğü ve niteliği ile ve gerekse tarafların imkanları (zaman, para ve çaba) ile uygun ve orantılı olması gerekmektedir.

Tarafların arabuluculuğa gereğince ve yeterli bir şekilde hazırlanmamalarının altında genellikle;

- Arabuluculuğun yargı süreçlerine oranlar daha az şekle tabi olması,
- Arabuluculuğun bir yargılama olmaması nedeniyle, tarafların bir şeyi ispatlama ihtiyacını duymamaları ve en önemlisi,
- Arabuluculuğun tek bir seferlik olmayıp her zaman tekrar gündeme getirilebilmesidir.

Ancak, daha az şekle tabi olması, bu sürecin hakkının verilmesi bakımından gerekenlerin yapılmasına engel değildir. Örneğin, arabulucunun, bir hâkim gibi, rahatsızlığını dile getirmesi ve hatta yaptırımlar uygulama imkânı yoksa da hazırlık yapılmaması, örneğin zararın güncel bir hesabının dahi yapılmadan arabuluculuğa gelinmesi, diğer tarafı rahatsız etmek ve sulh yapabilmek bakımından gerekli yetkiyi elde edebilmesini güçleştirmektedir. Taraflar arasındaki önemli bilgi farkı, uyuşmazlığın sulhen çözümünün önündeki önemli bir engeldir. Bu nedenle, diğer taraf, güncel ve daha detaylı bir hesaplama ihtiyacı olduğunu ifade etmekte ise, bunu teyit edebilecek, ispatlayacak derecede bir hazırlığın yapılmış olması, başarılı ve faydalı bir neticenin temini için gereklidir. Diğer yandan, arabuluculuk tek ve son bir süreç olmamakla birlikte, daha sonraki süreçlerde sulh imkânı, daha fazla maliyet ve emek kaybı ile gündeme gelmesi yüksek ihtimal olduğu da unutulmamalıdır.

Arabuluculuk görüşmesi öncesi ve arabulucunun atanmasını müteakip Arabulucu ile telefon ile yapılacak iletişim, birçok olası sorunun önüne geçebilmesine imkân verecektir. Her ne kadar birçok arabulucu temsilciler ile iletişime geçmekte ise, bunun olmadığı durumlarda da temsilcinin beklememesi ve arabulucu ile temasa geçmesi faydalı olacaktır. Bu görüşmeler sırasında, arabulucuya söylenen her şeyin gizlilik esası ile arabulucu ile paylaşıldığı ve diğer taraf ile paylaşılması hususunda arabulucunun kabul ve onayı alınmalıdır.

Bu görüşmelerde, asilin kim olduğu, toplantıya kimlerin hangi gerekçe ile katılacağı, karakterler ile ilgili konular, arabuluculuk sırasında kaçınılması gereken hassas konular, uyuşmazlığı ne şekilde gördükleri, sulhun önünde gördükleri engeller gibi hususlarda konuşulması faydalı olacaktır. Bunun dışında, eğer asile yapılan daha önceki teklifler varsa, bundan da arabulucuya bahsederek, neden kabul edilmediğinden de bahsedilmesi uygun olacaktır. Kısaca buradaki amaç, uyuşmazlığın çözümü ve asilin menfaatine olacak şekilde sulhun temin edilebilmesine yardımcı olabilmek üzere, arabulucunun bilgilendirilmesidir.

Asilin arabuluculuk süreci ile ilgili endişelerinin bulunduğu, birden fazla tarafın olması gibi durumlarda, arabuluculuk toplantısı öncesinde arabulucu ile bir toplantının talep edilmesi de uygun olabilir. Bu taraflardan birisi ile arabulucu arasında gerçekleştirileceği gibi, arabulucu ile asillerin katılımı olmaksızın temsilcilerin katılımı ile olabilir. Bu toplantı, arabuluculuk toplantısının ne şekilde yönetileceğine dair bir müzakere olacaktır.

Her ne kadar bir zorunluluk yoksa da bir yazılı görüş ve eklerinin hazırlanması yerinde olacaktır. Bu hazırlık, arabulucu ile veya diğer taraf ile paylaşılmayacak olsa bile, temsilcininkendisini uyuşmazlık ve buna dair düşüncesinin iletileştirebilmesi açısından önemlidir.

Bu yazılı görüş, bir dilekçe gibi hukuki değerlendirme ve çok fazla detayı içermek yerinde, az ve öz olmalı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın temelini teşkil eden asıl hususları, bunlardan büyük ölçüde uzlaşma sağlanan ve hiç uyuşma sağlanamayan hususları ve nedenlerini içermelidir. Bu görüş içerisinde, küçük düşürücü, kişisel, güçlü görüşleri içeren ifadeler yer almamalı, nezaketli bir üslupla kaleme alınmalıdır.

Bu görüş, gizlilik esası ile arabulucu ile paylaşılabilirse de diğer taraf ile paylaşılıp paylaşılmaması ise, her bir olayda temsilci ve asilin değerlendirme ve tercihinine bağlı olarak karar verilmelidir.

Görüş ekinde belgelerin eklenmesinde her zaman bir zorunluluk olmamakla birlikte, arabulucunun bilgilendirilmesi ve hatta diğer tarafın bazı hallerde talebi anlayabilmesi bakımından belgelerin eklenmesi faydalı ve gerekli olacaktır. Bu belgeler ise, yargı sürecinde delil listesinin hazırlanırken düşünülen detay ve kapsamda ele alınmamalıdır. Bu belgenin sunulmasının arabulucu ve arabuluculuk süreci için kim için, neden ve niçin faydalı olacağının sorgulanması yerinde olacaktır.

b. Psikolojik Olarak ve Fikren Hazır Olma

Bu başlık altında, temsilci ve asilin arabuluculuk sürecine dair fikri hazırlığı ve arabuluculuğa katılım ve hazır olma ile ne anlamları ve düşünceleri gerektiği yönünden değerlendirme yapılacaktır.

Temsilcilerin çoğu hayatlarında birçok kez bu sürece dahil olacaklar iken, asilleri belki de sadece bir kez bu durumla karşılaşmaktadırlar. Bu nedenle temsilcinin kendisini ve daha önemlisi, asilin hazırlaması zorunludur. Bunun anlamı ise, asilin, süreçten ne beklemesi gerektiği bilmesi ve tüm sürece katılabileceği ve bir sürpriz ile karşılaşamayacağından emin olunmasıdır.

c. Dengeleme

Genel olarak uyuşmazlıkta, gerçek anlamda uyuşmazlık üzerinde çalışmak yerine, daha çok haklı argümanların güçlendirilmesine yoğunlaşmakta ve çalışılmaktadır. Oysa, uyuşmazlığa çalışılırken, ne tür bir sulhun düşünülebileceği ve bunun nasıl gerçekleşebileceği, bir tarafında diğer tarafa ne vererek yardımcı olabileceği ve bunun karşılığında arzu edilenin elde edilebileceğinin de düşünülmesi ve değerlendirilmesi son derece önemlidir.

Bu anlamda, üç temel alana yoğunlaşılması yerinde olacaktır;

- Arabuluculukta sorun yaratmaması için yetki, sigortacı gibi özellikli hususlar;
- Sulh stratejisi, bu şekilde asilin şu anda nerede olduğu ve nereye hedeflediği anlaşılabilir;
- Müzakere planı, yani asilin hedeflediği yere ne şekilde ulaşmak için görüşmelerde izlenecek yolun belirlenmesi.

d. Amaç ve Hazırlık

Arabuluculuk, bir savaş değil, sulhe yönelik hem bir süreç ve hem de bir forumdur. Arabuluculuk, asillerden sürece aktif katılmalarını ve bu yönden güçlü isteklerini getirmelerini bekler. Bu, temsil edenin ve asilin ön hazırlık yapmasını gerektirir.

Birçok avukat temsilci bakımından bu durum güçlük arz eder, zira, müvekkilleri ve kendilerini yargı sürecine hazırlamak çok farklı bir yaklaşım ve düşünce yapısını gerektirmektedir. Bu nedenle temsilcinin, arabuluculukta kendisini tamamıyla bu düşünceden sıyırmak suretiyle, farklı bir düşünce yapısı ile sürece yaklaşmak üzere kendisini hazırlaması gerekmektedir.

Diğer yandan, asilin; arabuluculuktan ne beklediğini, arabuluculuğun ise kendisinden ne beklediğini gayet iyi anlaması gereklidir. Eğer, asil gerekli olduğu ölçüde hazırlanmamış ise, asili bu süreçte daha büyük güçlükler beklerken, temsilci açısından bir asil memnuniyetsizliği ve hatta duruma göre bir talep bile yaratabilecektir. Bu nedenle asilin, temsilcisi ve arabulucuya doğru ve tutarlı bilgiyi sağlaması, uyuşmazlıkla ilgili olarak yapıcı, esnek düşünebilecek, karar alabilecek şekilde hazır hale getirilmesi gerekecektir.

e. Arabuluculuk Stratejisi

Asil ve temsilcinin, başarmak istedikleri sulh noktasında bir fikre sahip olmaları gerekir. Bu özellikle karşı bir talebin olmadığı ve doğrudan mali sonuçları olan bir talep için oldukça kolaydır. Buna karşılık, örneğin ortaklar arasındaki bir ihtilafta bu çok daha güçleşmektedir. Asil, ne kadar öncesinden bu konuda düşünür ve fikre sahip olursa, arabuluculuk toplantısında karar alması da o kadar kolay olacaktır. Bunu sağlamak üzere, bir arabuluculuk önceki kontrol listesinin hazırlanması uygun olacaktır. Bu listede, tarafların iddiaları ve her bir tarafın artı ve eksilerinin ortaya konulması suretiyle, uyuşmazlığın doğru bir şekilde değerlendirilmesine imkân veren sorular yer alacaktır. Bu şekilde, olası bir yargılamada mahkemede ne olacağına dair öngörünün netleşmesine imkân verir.

Bu kapsamda asille birlikte değerlendirilmek üzere, “*Örnek Analiz Çalışması*”⁵ ekinde (EK8) belirtilen ve aşağıdaki soruları içeren bir ön çalışma yapılmalıdır:

- Davanın kazanma kaybedilme ihtimali
- Uzlaşmanın maliyet/fayda analizi
- Davayı kaybetme veya kazanmanın yaratacağı etkiler
- Uzlaşma veya uzlaşmamanın yaratacağı etkiler
- Asilin mevcut ve öngörülebilir ihtiyaç ve imkanları
- Asilin risk profili
- Hem asil hem diğer taraf için en iyi uzlaşmanın ne şekilde oluşturulabileceği.

f. Müzakere Aşamaları

aa. Müzakerenin Özellikleri

- İki/daha fazla taraf ve çıkar-ihtiyaç çatışması vardır
- Taraflar arasında karşılıklı bağımlılık ilişkisi vardır.

5 Bkz. Modül Ekler Bölümü, *Örnek Analiz Çalışması* (EK8)

- Her birinin diğ erince engellenen hedefleri vardır
- İstediklerini elde etme alanını genişletmek istenir
- Etkileme ve ikna ile isteklerine ulaşmak amaçlanır.
- Taraflar müzakerede taviz alıp-vermeye hazırdırlar.
- İsteklerinin bazılarında vazgeçmek gerektiğini bilir.
- Dışarıdan ilgili taraflar bulunur.
- Görünen-Maddi-Bölünebilir unsurlar vardır; fiyat, sayı, miktar, koşul, madde, tarih...
- Görünmeyen-maddi olmayan unsurlar vardır
- Duygular, büyüklük, ego, inatçılık, korku, intikam, haklı çıkma...
- Zarar-zarar ile karşılanmaz,
- Haklı çıkmaktan-Egodan daha önemlisi çıkar.

bb. Müzakere Sürecindeki Taraflar Arabulucuya Neden İhtiyaç Duyar?

- Tarafların saygı duyduğu ve güvendiği ortak kişidir. Kişileri korur.
- Arabulucu tarafların gerçek ve özel çıkarlarını bilebilir
- «Ortak çıkarları» bulabilir, muhtemel çözüm yollarını görebilir
- Uzun dönemli çözümü teşvik edebilir. (Örneğin, Sağlık Sigortası.)
- Tarafların bilgi paylaşımını ve iletişimini destekleyebilir
- Örtük menfaati açığa çıkarıp, tatmin edilmesini sağlayabilir.
- Çekingenlik gösterene kendi üzerinden teklif iletilmesini sağlar.
- Kültürel farklılıkların ve tarafların yönetilebilmesinde etkili olur.
- Bazı konuları taraflar adına açığa kavuştur, netlik kazandırır.
- Ortak çözümü taraflara buldurtmak için çaba gösterir.
- Müzakerenin dağılmasına karşı, çerçeveleme sağlar, sınıır çizer.
- Müzakere edilen konuların emredici hukuka uygun olup olmadığı konusunda anlaşmanın uygulanabilmesi için bilgi verir.
- Taraflara “gerçeklik testi” yapabilir, ayaklarını yere bastırır.

cc. Etkili ve Etkisiz Müzakerecilerin Özellikleri⁶

1970’li yıllardan beri Amerikalı akademisyenler deneyimli müzakereci profillerini incelemişler ve bunları geniş ifadelerle ‘işbirlikçi’ veya ‘agresif’ olarak kategorilere ayırmış ve bu profillere sahip kişilerin etkili, etkisiz veya ortalama müzakereciler olup olmadıklarını ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu araştırmaların sonuçları müzakerecilerin yaklaşık %87’sinin işbirlikçi oldukları zaman daha etkili performans gösterdiklerini ortaya koymuştur.

Kendilerini agresif müzakereci olarak değerlendirenlerin (çalışmaya konu olan sayının%20’si) %85’i elde edilen sonuçlar bakımından etkisiz veya ortalama olarak bulunurken yalnızca %15’i etkili bulunmuştur. Bu da agresif müzakerecinin taraf vekilliği yaptığı her arabuluculuk süreci için altıda birden daha az sayıda istediği sonuçlara ulaşabileceğini ortaya koymaktadır. Bu, müzakerecinin diğer tarafa üstün gelmek için güç göstermekle ilgili olduğuna inananların akıllarını başlarına getirecek bir görüştür. Bu tür taktiklerin işe yaradığı her girişim için, muhtemelen işe yaramadığı beş diğer girişim mevcuttur.

Brigham Young Üniversitesi, Utah, ABD’den Profesör Gerald Williams etkili ve etkisiz müzakerecilerin hedefleri ve özelliklerini aşağıdaki şekilde analiz etmiştir.

- Etkili işbirlikçi müzakereci, her iki tarafın da adil bir anlaşmaya vardığı ve aynı zamanda da kendi müvekkilinin elde edebileceği en iyi anlaşmayı elde ettiği bir kazan/kazan durumunun yaratılması düşüncesinin somut halidir. Müzakerecinin davranışları güvenilir, etik ve adildir; müzakerede kibar, cana yakın, ince düşünceli, samimi ve adil olacaktır. Gerçekçi bir açılış pozisyonu sunar, davayı doğru şekilde değerlendirir ve ilgili bir ifadeyle, tehditte bulunmaz. İşbirlikçi biçimde harekete girer (bazen bu işbirlikçi hamle olarak anılır), fakat kısasa kısas stratejisini kullanarak hem kendi müvekkilinin bakış açısını korur, hem diğer tarafın pozisyonunu derinlemesine inceler hem de mümkün olan en büyük kazancı elde etmeye çalışır. Bilgi paylaşma konusunda isteklidir çünkü işbirlikçi kişiler zorluklardan korkup kaçmak yerine esaslara atıfta bulunarak sorunları çözerler. Durumu olduğundan az gösteren ifadeler kullanır ve doğrunun ortaya çıkacağını ve açıklamaya gerek bırakmayacağını varsayar. Buradaki problem bu müzakerecinin adil olma konusunda sınırları olmayan, yapabilirse onu geriye doğru itecek ve geri çekilmenin tutunacak bir temele sahip olmaması anlamına geldiğini varsayan agresif bir müzakereciye karşı savunmasız olmasıdır.

6 Goodman, A., Temmuz 2017, s.161-163

• Etkin agresif müzakereci iyi mücadele edilecek tartışmalara heveslidir. Her ne kadar kendi müvekkili için anlaşmayı azami düzeye getirmek istese de eğer bir kazan/kaybet durumuna ulaşabilecekse bir kazan/kazan durumuna ulaşma konusunu dert edinmez veya rakibine üstün gelecek veya onu köşeye sıkıştırarak kazanan taraf olarak görülecekse bunu umursamaz. Baskın, zorlayıcı ve saldırgan; iyi hazırlanmıştır ve işbirlikçi değildir, zamanlamayı ve olayların sırasını planlayan ve bunları titizlikle uygulayan çok iyi bir stratejist ve taktikçidir. Rakibini tanıyacaktır fakat diğer tarafın ihtiyaçlarına karşı tamamen ilgisiz olacaktır. Bu müzakerecinin genel yaklaşımında aşırıya kaçma tehlikesi vardır: Genellikle gerçekçi olmayan bir açılış pozisyonu ile başlayacaktır; diğer tarafa gözdağı vermek için serbestçe tehditler kullanacaktır; sanki bir aldatma oyunundaymış gibi bilgileri sadece kademeli olarak açıklayacaktır ve gerçekleri esnetme konusunda isteklidirler.

• Etkin olan hem işbirlikçi hem de agresif müzakereciler, bazı ortak özellikleri paylaşırlar. Her ikisi de eşit düzeyde iyi hazırlanır, gerçekçi, öz-denetime sahip, ikna edici, ipuçlarını okuma konusunda zeki ve hukuki becerilerini uygulama konusunda tecrübe sahibidirler. Buna karşın, hem işbirlikçi hem de agresif müzakereciler bazı özelliklerinden dolayı etkisiz olabilirler.

• Etkisiz işbirlikçi müzakereci, müvekkilinin ihtiyaçlarını karşılayacak bir anlaşma elde ede- bilmek amacıyla diğer tarafla arasındaki iyi ilişkileri sürdürmek ister. Bu da onu yardımsever, sabırlı ve affedici biri yapar. Dürüst ve güvenilir bir imaj yansıtır ve bu kolay aldanabilir veya saf olma noktasına kadar gelebilir. Karşılığında hiçbir şeyi güvence altına almaksızın sürekli bir şeyler vermesi konusunda baskı altına alınabilir. İradesi ezilecektir çünkü normal bir kişinin daha agresif olması gereken durumlarda bile diğer tarafa karşı iyi davranma ihtiyacı hisseder. Yardımsever olmak ayrı bir şeydir fakat başarılı bir müzakerecinin bunun aksi olabilmek için gereken irade gücüne de sahip olması gerekir ve eğer ödünde bulunacaksa bunun yalnızca bilinçli bir karara dayanması gerekir.

• Etkisiz agresif müzakereci, başarısız olmasına neden olabilecek bazı istenmeyen özelliklere sahiptir. Aleni bir şekilde saldırgan, kibirli, çekilmez ve sinir bozucudur. Aslında olgular ve kanunlar hakkında hazırlıksızdır ve blöf yapma eğilimindedir. Agresifliğini hazırlığı ikame etmek için kullanır. Yüz yüze müzakerelerde kavgacı, talep kar ve tartışmacıdır sıklıkla ya kabul et ya terk et yaklaşımını kullanır. Başkalarının ihtiyaçlarına karşı tolerans göstermez ve düşmanca davranır. Zorba yaklaşımı müzakerelerin çöküşüne neden olur çünkü aşırı derecede zayıf bir pozisyonda olmadığı sürece kaçınılmaz biçimde diğer

tarafı müzakere masasından uzaklaştıracaktır. Bir kapsamda, hukuk mesleğinden olmayan müvekkil gün içindeki ilerlemeye göre vekilinin hem etkili bir işbirlikçi hem de etkili agresif müzakerecinin tekniklerini kullanmasını bekleyecektir. Deneyimli arabuluculuk taraf vekili alışılmış bir sürece girdiğini anlayacak ve sabırlı olacak ve daha az olgun olan rakibine tolerans gösterecektir. Uyanık ve çabuk kavrayıcı olacak ve geçici olarak hükmü askıya alma, enerjii toplama ve yöneltme, hızlı düşünme ve kararlı biçimde hareket etme konusunda kendine izin verecektir.⁷

dd. Arabuluculuk İçinde Etkili Müzakere İçin On Kural⁸

- Her iki taraf için de adil olmayan bir sonuç talep etmeyin;
- Diğer tarafa sürekli, mümkünse anında geri bildirim verin;
- Sorgulandığı her durumda olgulara dayalı pozisyonunuzu koruyun;
- Vücut dilini gözlemleyin;
- Ekibinizi gözlemciler olarak kullanın;
- Muhalif olun;
- Profesyonellik, dürüstlük, güven ve etkililiğe dayalı bir izlenim verin;
- Uygun şekilde hazırlanmış görünün.
- Müzakere boyunca olgusal ve hukuki açıdan açıkça anlaşılır ve belirgin bir temayı sürdürün;
- Notlara olan bağlılığımızı asgariye çekin

ee. Müzakere Taktikleri

Her görüşme, bir arabuluculuk değilse de her arabuluculuk bir görüşmedir.

Müzakere taktikleri ile ilgili olarak, çok fazla yöntem ve yol, kaynak vardır.

Burada değineceğimiz müzakere taktikleri, teorik olarak, ilkeli (principled) ve konuma dayalı (positional) iki farklı anlayıştan oluşmaktadır.

• İlkeli Müzakere

Bu müzakere taktiği ile, aşağıdakiler sağlanmaktadır:

-Tarafların pozisyonlarını tartışmaları yerine, tarafların ihtiyaçları ve gerçek menfaatlerinin araştırılması

7 Goodman, A., Temmuz 2017, s.161-163

8 Goodman, A., Temmuz 2017, s.164-166

-Kişilerin, sorundan ayrıştırılması.

-Duygulardan arındırma. Bununla birlikte, genellikle sorun insanlardır.

-Ortak kazanım yollarının araştırılması. “Kazan-kazan” sonucunun araştırılması.

Bir anlaşmanın sağlanması için kullanılacak objektif kriterlerin görüşülmesi.

Kısacası, ilkeli müzakere ile, daha işbirlikçi bir yaklaşım sergilenmektedir.

• Pozisyona Dayalı Müzakere

Bu müzakere taktiği ise şu şekilde görülmektedir;

-Başarmanın anlamı, bir taraf için kazanım ve diğer taraf için kaybedecek sonucun başarılması. En fazla beklenebilecek olan, her iki tarafı da mutsuz edecek bir tavizin sağlanması.

-Ekstrem açılış teklifi, blöfler, gerilim ve tehdit gibi, Müzakere taktikleri ile tarafların ayrıştırılması.

-Her bir taraf için diğerinin üzerine kurulacak baskı ile kendisinin ne kadar haklı, karşı tarafın ne kadar haksız olduğunun ortaya konulması için bir fırsat olarak görülmektedir. Daha çok emek ve zaman, bir tarafın haklılığı ve diğer tarafın haksızlığının ortaya konulması için harcanmaktadır. Ortak bir zemin değil, savaş alanı söz konusudur.

Kısacası, pozisyona dayalı müzakere ile, rekabetçi bir mücadele gündeme gelmektedir.

Uygulamada, ilkeli görüşmede, taraflar kendileri için en iyi anlaşmayı temin etmeyi isterlerse de hiç şüphe yok ki, birçok asil, pozisyona dayalı görüşmeyi tercih etmektedir. Bu bir alışkanlık ve refleks olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan, taraflar, uyuşmazlığa hukuki ve gerçek analizlere dair mikro perspektifte yaklaşımdan çok, daha büyük resim de ticari ve kişisel resimden hareketle makro perspektif üzerinden görüşmelere yaklaşmayı tercih etmektedirler.

ff. Müzakerede Etik⁹

• Karşı tarafa tüm doğruyu söylemekle yükümlü müyüm?

o Sigortacı- Sigortalı,

o Hak Sahipleri & Sigortacı

9 Sığırı, Ü., Varoğlu, A.Kadir: Müzakere ve Arabuluculuk, İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Siyasal Kitabevi, Kasım 2013, s.169 vd.

o Sigortacı- Rücuen Tazmin Sorumlusu

- Karşı tarafla hangi etkileşimi tesis etmeyi istiyorum?

o Kısa-orta-uzun vadeli

- Alternatif maliyetlere hazır mıyım?

o Vazgeçilen anlaşmanın kazanımından mahrum kalmaya razı mı?

- Müzakeredeki İki Temel Kural Etiği Perçinler

o Başta belirlenen oyunun kurallarına uymak önemlidir

o Sonunda imzalanan anlaşmaya uymak önemlidir.

- Uyuşmazlıkla ilgili daha fazla bilgi alabilir miyim?

gg. Müzakere Sürecinde İpuçları

- Karşı Tarafa “Kabul Etme Zamanı” Tanıyın

- Gücünüzü hafife almayın

- Sabırlı olun.

- Sürprizler (konu, kişi, zaman, mekân, mola vb.) kullanın.

- «Açık kapı politikası» uygulayın, ulaşılabilir olun.

- Sadece anlaşma değil, «anlaşış birliği» sağlayın.

- Önceliklerinizi iyi tespit edin, al-verlerde (teklifler) gerekli olacak.

- Müzakereden korkmayın, utanmayın, çekinmeyin.

- En kötü senaryolara hazırlıklı olun. Zamanlamaya dikkat!

- Gündemi belirleyin. Aktif dinleme yapın, not alın.

- Standart-Ortalama Durumları her zaman müzakere edin.

- Kısa vadeli zaferler ile uzun vadeli amaçları dengeleyin.

- Şüpheli olun, hiçbir şeyi garanti görmeyin. Risk planı yapın

- Aşırı güç kullanmayın, hedefinize ulaşacak kadar kullanın

- İtirazlarınızı yerinde ve zamanında kullanın.

- Statünüzü konuşturun ama statüden korkmayın.

- «Statü» ile «uzmanlığı» birbirine karıştırmayın.

- Tekliflerinizde «zaman sınırı-termin» kullanın.

- Müzakerede yetkinlik ve samimiyeti birleştirin.

- Karşı tarafın ihtiyaçlarını dikkate alın, güven yaratın.

- Duyguların bazen manipüle edilebileceğini unutmayın.
- Pozisyonlara odaklanmayın, ihtiyaçları belirleyin, odaklanın¹⁰.

g. İlk Teklifin Verilmesi

Arabuluculuk süreçlerinde ilk teklifin verilmesi bakımından taraflar isteksiz davranmaktadırlar. Her bir taraf, arabulucu ya öncelikle diğer tarafın teklifini duymak istediğini bildirmektedir. Buna çıpalama teorisi denilmektedir. Kural olarak taraflar kendilerine karşı teklifleri sürmek istemezler. Bunun altında, diğer tarafın beklentisini anlamak ve bu suretle bir hedef belirlemek gelmektedir. Diğer yandan, bu şekilde diğer taraf ellerini görmüş ve bu suretle onları teslim almasından endişe etmektedirler. Bu aslında, her bir tarafın seçeneklerinin doğru bir şekilde analiz edilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Buna karşılık, araştırmalar, ilk teklifi vermenin gücüne işaret etmekte ve ilk teklifin düzeyini belirlemenin, müzakere gündeminin kontrolünü ele almak suretiyle teklifi verene avantaj sağladığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmesinden önce ilk teklifin ne olabileceği üzerinde çalışılmalıdır. Arabulucu, diğer tarafa iletilmemek üzere ve gizlilik esası ile taraflara tekliflerini sorabilir. İyi hazırlanmış bir temsilci, arabulucu ya uzun görüşmeleri gerektirmeksizin ilk teklifi sorulduğunda hemen verebilen müzakerecidir.

h. Anlaşma Bölgesinin Bulunması

Her zaman bir anlaşma bölgesi vardır. Taraflar genellikle bunun ne olduğunu bilmesine rağmen, telaffuz etmekten kaçınırlar, zira diğer tarafa fazla kendilerini açtıklarını düşünürler. Bunu gizlilik esası ile arabulucu ile tek taraflı görüşmelerinde dahi hissederek.

Her bir taraf, çok cömert olmaktan ve bunun bir zayıflık olarak görülmesinden çekinmektedir. Önce diğer tarafın gerçekçi ve makul olmasından emin olmak isterler. Oysa, uzlaşma modelinin değerini kavraya ve diğer tarafa ve arabulucu ile paylaşılsalar, korku ve endişelerini yenecek ve hayal ettiklerinin ötesinde bir ortak zemini bulacaklardır. Arabulucuların bu süreçte tarafları cesaretlendirmeleri ve anlaşma aralıklarını gizlilik esası ile kendileri ile paylaşmalarını sağlaması önemlidir. Eğer her iki taraf bu yönde hareket ederse, arabulucu, her iki tarafın beklentilerini yansıtan tekliflerin belirlenmesinde yardımcı olabilecek bir pozisyona gelecektir.

10 Bkz. Ünsal, S., Varoğlu, A. Kadir., Kasım 2013, s.256

BATNA, WATNA ve PATNA¹¹

Etkili müzakereciler ve uyuşmazlık stratejistleri BATNA, WATNA ve PATNA'ları değerlendirir.

- **BATNA** = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En İyi Alternatif; yani, anlaşma olmadığında olabilecek en elverişli gerçekçi senaryo (örneğin, davada tüm önemli noktaları kazanırız);

- **WATNA** = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En Kötü Alternatif; yani, anlaşma olmadığında olabilecek en az elverişli gerçekçi senaryo (örneğin, davada tüm önemli noktalarda kaybederiz);

- **PATNA**=Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya Muhtemel Alternatif; yani, anlaşma olmadığında olabilecek en muhtemel gerçekçi senaryo (örneğin, mahkeme veya divanın vermesi muhtemel karar).

BATNA, WATNA ve PATNA' lar hipotetik olarak dört düzeyde değerlendirilir;

- Kesin hüküm veya karara ulaşmak için geçecek süre (yani, tüm muhtemel temyiz ve taktik geciktirmeleri dikkate alarak).

- Kesin hüküm veya karara ulaşmak için yüklenilecek toplam maliyet.

- Kesin hüküm veya karar ne olur? Yani, nihai sonuç?

- O sonucun getirdiği sonuçlar ne olur?

Sulh İçin İş birliği

Temsilci ve asili unutmamalıdır ki, sulh bir takım çabasını gerektirmektedir. Bu iş birliği sadece asil ile temsilci arasında değil, aynı zamanda arabulucu ve diğer taraf arasında da olmalıdır. Bunun gerçekleştirilebilmesi için ise, aşağıdaki hususların gerçekleşmesine yönelik çaba gösterilmesi önemlidir;

- **Ortak Zeminin Genişletilmesi;**

Taraflar, anlaşmaya varabilmek bakımından mutabık kalabilecekleri noktaları bulmalıdırlar. Ancak bu uyuşmazlık noktalarının vurgulanması, kendi haklılığının ortaya konularak diğer tarafın haksızlığında ısrar edilmesi ile olamaz. Bu vurguların yapılmasından kaçınılmalıdır.

- **Mutabakatın İnşa Edilmesi;**

Arabuluculuğun esaslı noktalarından birisidir. Zor bir süreçtir ve genellikle kısmen inşa edilebilmektedir. Mutabakatın inşası, her ne kadar amaç o ise de tarafların her konuda mutabakata varılması olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

11 Goodman, A., Temmuz 2017, s.359

Mutabakatın inşa edilmesi, tarafların görüşlerine önem verilmesi ve her tarafın menfaatinin karşılanması için çaba sarf edilmesidir.

• **Asili Arabulucunun Yapacakları Hakkında Bilgilendirme;**

Zira uygulamada temsilcilerin ve daha çok asillerin, arabulucuyu bir hâkim gibi görme eğilimi vardır. Arabulucuya bir teklif veya konuda görüşünün ne olduğunun sorulmadığı durum sayısı son derece azdır. Bu hem hatalı ve yanlış yönlendirici ve temsilcilerin uzun süre, savunma ve avukatlık safhasında kalmalarına yol açmakta ve süreci olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle, bu konuda temsilcilerin bu türlü bir yaklaşımdan kaçınması ve özellikle asili kaçınması gereken hususlarda bilgilendirmeleri yerinde olacaktır.

• **Arabulucu ile Birlikte Çalışılması**

Bu birlikte çalışma ancak, temsilci tarafından aşağıdaki hususlara dikkat edilmesi ve riayet edilmesi ile mümkün olabilecektir;

• **Güven İlişkisinin Tesis Edilmesi;**

Bazı temsilciler, arabulucular hakkında oldukça şüphe taşımaktadırlar. Genellikle arabulucuların oynadıkları oyunlar ve yaptıkları dümenlerden bahsederek, asillerin arabuluculara güvenmemeleri ve onlarla gizli bilgileri paylaşmalarını, hatta bazıları arabulucular ile tüm iletişimi kendi üzerlerinden yapmalarını tavsiye etmektedirler. Hatta bir kısmı, arabulucu önünde bir şey konuşmaktan kaçınmakta ve özel toplantılar düzenlemeyi tercih ederek, arabulucuyu sadece ulaştıkları netice hakkında bilgilendirmeyi tercih etmektedirler. Oysa bu düşüncelerin aksine, temsilci ne derece arabulucu ile iletişimi artırır ve açık olursa, o derece bu güvenin kolay oluşmasına ve arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasına imkân sağlayacaktır. Genel itibarı ile temsilcinin şüpheli ve olumsuz yaklaşımının, arabuluculuk sürecini sabote edeceği unutulmamalıdır.

• **Asilin Konuşmasına İzin Verilmesi;**

Arabuluculuk sürecinin herhangi bir anında asil de kendisi konuşmak isteyebilir, bu konuda temsilci tarafından asilin hevesinin kırılmamasına dikkat edilmelidir. Netice itibarı ile arabuluculuk, asilin günü olmak gerekir. Özellikle sulh için zor karar alacak ve rahatlık alanının dışına çıkacağı durumlarda, kendi tarafına düşen kısmı yerine getirdiğini hissetmek istemesi çok doğaldır. Ancak hiç şüphesiz, arabulucu, yakın davranacak ise de onun bir arkadaşı olmadığını bilmesi ve arabulucunun arkadaşının, gerçekte arabuluculuk süreci olduğu konusunda temsilci tarafından asilin uyarılması uygun olacaktır.

• Arabulucuya Olan İnancın Kaybolması;

Arabulucunun kendisine iletilen mesajları diğer tarafa iletmek veya gizliliğe uyması konusunda yeterliliği veya yetenekleri konusunda ciddi şüphelerin doğduğu durumlarda, temsilcinin bu endişeleri gündeme getirecek cesareti gösterebilmelidir. Gerekirse, bu süreci tek yanlı sonlandırmadan diğer tarafın temsilcisi ile de görüşmelidir. Diğer taraf da aynı endişeleri paylaşabilir ve ortak bir hareket planlanabilir.

• Arabulucunun Dinlenmesi;

Arabulucunun söyledikleri ve söylemediklerine dikkat edilmesi ayrıca önem taşımaktadır. Arabulucular, zaman sınırının farkındadırlar ve zaman kaybını arzulamazlar. Genellikle sadece gerekli gördükleri hususlarda yorum isteyebilirler, ancak gizlilik nedeniyle her zaman niçin bu soruyu yönlendirdiklerini açıklayamayabilirler. Ancak temsilci, arabulucu tarafından böyle bir soru yönetilmekte ise, bunu sormak için haklı bir nedenin olduğunun kabulü uygun olacaktır.

Sonuç /Anlaşma ve Anlaşamama

Arabuluculuğun safhası olan müzakerelerin icrası esnasında yürütülen tüm faaliyetler, tarafların bir uzlaşma sağlaması üzerinedir. Tabii ki uzlaşmamak da müzakerede bir sonuçtur. İyi bir uzlaşma, kalıcı ve dayanıklı bir anlaşma olmalıdır. Müzakerenin sonuçlandırma sürecinde, diyalog-müzakere-mutabakat aşamalarının mutlaka tecrübe edildiği görülmektedir. Arabuluculukta ve arabuluculuk içindeki müzakere safhasında uzlaşma sağlanınca müzakereden sonra arabuluculuğun son safhası olan “anlaşma yapma” safhasına geçilecektir. Yani müzakere sürecinde zihinde oluşan uzlaşıya ve dillerde telaffuz edilen uzlaşmanın arabulucu tarafından kaleme alınması gerekmektedir (Sığırı, 2016). Sonuçta müzakerede zihinlerde ve dillerde ulaşılan uzlaşma, arabuluculuğun son safhası olan “anlaşma yapma ve sonlandırma” safhasında tutanak altına alınacaktır. Arabuluculuk sürecinde son tutanağı kaleme alacak olan kişiler; arabulucu, taraflar ve yasal olarak yetkili kılınan diğer kişilerdir. Arabulucunun tutanağa katkı verebilmesi için, müzakere sürecinde çok iyi not tutmuş olması gerekmektedir, çünkü arabuluculuk süreci gizli bir süreç olduğundan, kayıt yapma veya dışarıdan birinin yardımını alma gibi bir durum söz konusu değildir. Aynı zamanda arabulucu, müzakere sürecinde tarafların da not tutmalarını sağlamalıdır. Ancak not tutarken karşı tarafla iletişimin koparılmaması da önemlidir¹².

12 Bkz. Arabuluculuk Daire Başkanlığı (ADB)-Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (TAEKK), Nisan 2019, s.169

Temsilci ve asilin, arabuluculuk toplantısı ile ilgili olarak bazı önemli ayrıntı ve hususlara dikkat etmeleri uygun olacaktır;

- Aynı yargılamada duruşmalarda olduğu gibi, arabuluculuk toplantısına da zamanın da gelmeye ve hatta yarım saat önce hazır bulunmaya özen gösterilmelidir.

- Tarafların açılış konuşmalarında, ilk veya sonraki olmanın kural olarak bir etkisi yoksa da kimin konuşacağı ve söylenmek istenen hususlara dair bir ön hazırlık yapılmış olmalıdır.

- Açılış konuşmasında söylenmek istenenler tespit edilirken, özellikle hangi mesajın ve kime verilmek istendiğinin açık ve net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Konuşma şu mesajları içermelidir:

- o Uzlaşma her iki taraf için de iyi bir fikirdir.

- o Temsilci ve asil olarak bunun farkında olduğunuz

- o Aynı zamanda diğer tarafın da bu şekilde farkındalığından emin olmak istenildiği

- o Doğrudan diğer tarafta yer alan karar vericiye yöneltilmesi

- Açılış Konuşması 10 dakika ile sınırlanmalı ve hiçbir halde 20 dakikayı geçmemelidir.

- Buradaki temsilin, davadaki temsil ile aynı olmadığı göz önüne alınarak, değişik bir düşünce yapısıyla, ses tonu, tutum ve davranışlara dikkat edilmelidir.

- Diğer tarafın konuşması sırasında, ilgi ve alakalı ile dinlenilmeli, olumsuz ve ciddiye alınmadığına dair tutum ve davranışlardan, mimiklerden kaçınılmalıdır.

- Tarafların bir anlaşmaya vardığı durumda, temsilcinin, iki önemli görevi bulunmaktadır;

- o Anlaşmanın kaleme alınmasına destek sağlamak

- o Bu görev kapsamında özellikle aşağıdaki hususlar dikkate edilmelidir.

- o Bir anlaşmada mutad olarak bulunması gereken taraf, adres, tarih, bedel vb. dışında, bundan sonraki sürecin nasıl icra edileceğine dair bir hükmün konulması yerinde olacaktır.

- o Sürece katılan tüm tarafların oluşan metni imzalamaları sağlanmalıdır.

- o Anlaşma içerisinde, metinde olabilecek hata veya unutulmalardan kaynaklı

açık hataları düzeltmek konusunda iyi niyetle hareket etmeleri konusunda taraflara yükümlülük getiren bir maddenin eklenmesi uygun olacaktır.

o Anlaşma metninin, taraflar arasındaki anlaşmanın tüm önemli ve esaslı şartlarını içerdiği ve düzenlediğini kabul ile burada yer almayan bir garanti veya bilgiye dayanılamayacağına dair bir madde eklenmesi yerinde olacaktır.

o Anlaşmanın, imza sonrası bir başka süreci gerektirip gerektirmediği (nihai yönetim kurulu kararı onayı gibi) ne bakılmalı ve bu gerçekleştirecek taraf bakımından, bu belirlenecek süre için de gerçekleştirmesine dair bir taahhüt alınması uygun olacaktır.

o Yine anlaşmanın bir şarta bağlandığı durumlarda ise, temsilci, bu şartın gelecekte gerçekleştirilebileceğinden emin olması ve bunun sağlanmaması halinde bir alternatifin çözümün öngörülmesini temin edilmesi yerinde olacaktır. Bu genellikle kimsenin öngörmeyeceği şekilde hükümetin anlaşmayı ilgilendiren bir kuralı birden değiştirmesi gibi beklenmeyen bir değişikliğin gündeme geldiği durumda söz konusu olabilir.

o Başvuran Tarafın temsilcinin, anlaşmada, asilin niyetinin aksine, sürecin tarafları dışındaki diğer sorumlu kişi veya kurumlara karşı talep haklarından vazgeçme, feragat veya kaybedecek şekilde, arabuluculuk anlaşması içerisine hüküm getirilmiş olup olmadığına dikkat etmelidir.

- Asilin sürece dahil ve yanında bulunmasını sağlamak.

o Asil, taraflar arasında anlaşma ile, işi bittiğini ve bir an önce gitmeyi düşünür. Hatta bazıları, anlaşmanın detaylarının temsilcisi tarafından anlaşmanın kaleme alınması sırasında görüşülmesini isteyebilir. Oysa anlaşmanın yazımı, esas dikkat edilmesi gereken ve asilin katılımı gerektiren daha zahmetli bir süreçtir.

o Asil ve temsilcisi her zaman doğruyu söylemeli ve hepsi olmasa bile doğruyu söylemek için azami gayreti göstermelidir. Asla yalan söylememelidir.

o Anlaşmanın kaleme alınması sürecinde zaman geçtikçe ve tekrar tekrar aynı konuların üzerinden geçilmesi, tarafların yorulmasına, hatta kaleme alanlar arasında küçük çatışmaları tetikleyebilir, birbirlerine karşı olumsuz duyguların gelişmesine neden olabilir. Bundan asiller de etkilenebilecektir. Bu nedenle, temsilcinin bu duruma doğru gittiğini hissettiği noktada, arabulucunun müdahalesini istemesi uygun olacaktır.

Temsilci için, anlaşmanın kaleme alınması sırasında kontrol edilmesi gereken başlıklar esas itibarı ile şu şekildedir;

- Anlaşmanın tarafları tespit edildi mi?
- Sulhe konu taleplerin konusu nedir?
- Anlaşmanın bağlayıcı kılınabilmesi açısından gereken formaliteler nelerdir, yerine getirilip getirilmediği kontrol edildi mi?
- Yargı süreci var mı, varsa bu sürecin sonlandırılması için gerekenler yapıldı mı?
- Taraflarca garanti ve taahhüt verilip verilmediği, bunların anlaşmaya işlenip işlenmediği, yerine getirilip getirilmediği kontrol edildi mi?
- Anlaşma bir şart/şartlara bağımlı mı? Bunların anlaşmada yer alıp almadığı?
- İhlalin sonuçlarının anlaşmada yer alıp almadığı?
- Ödeme şekli ve zamanı ve gecikme halinde faiz ve bunla sınırlı olmamak üzere sonuçlarının anlaşmada yer alıp almadığı?
- Sulh ün vergisel sonuçları (KDV, damga vergisi gibi) olup olmadığı varsa sonuçlarının anlaşmada düzenlenip düzenlenmediği?
- Yasal giderler olup olmadığı, varsa sonuçlarının anlaşmada düzenlenip düzenlenmediği?
- Gizlilik ve Kişisel Veri Korumasına Dair Hükümler?
- Uygulanacak hukuk ve yetkili yargı yeri?
- Tarafların Uzlaşma yetkisinin kontrol edilmesi ve hatta yetkilerinin anlaşmaya eklenmesi?
- Anlaşmanın yorum ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar için çözüm mekanizması? (Bazı arabulucular, bu türlü durumlarda hakem olmayı isteyebilmektedir, bu durumda anlaşmaya bunun eklenmesi ve bağlayıcı etkisi ve maliyetinin kimin tarafından karşılanacağı düzenlenmelidir.)
- Tarafların birden fazla olduğu durumlarda, müşterek müteselsil sorumluluğun düzenlenmesi?
- Tarafların bir anlaşmaya varamadığı durumda, temsilci, kendisine olduğu kadar asile de bunun bir kayıp olmadığını açıklamalı, hayal kırıklığının önüne geçmek üzere girişimlerde bulunmalıdır. Bu anlamda, arabulucudan tarafları cesaretlendirmeleri için yardım istenerek, sürecin sona ermesinden hemen sonra, tarafların katılacağı bir ortak toplantı düzenlenerek son gelinen noktayı değerlendirmeleri ve sulhün önündeki engelleri, hatta müzakereleri devam et-

tirecek şekilde bir planı görüşmeleri sağlanabilir ve bu amaçla tarafların kendi içlerinde değerlendirme yapabilmeleri için müzakereler ertelenebilir veya diğer alternatif çözüm yolları değerlendirilebilir, müzakere sürecinde getirilen tekliflerin geçerli kalması temin edilmeye çalışılabilir. Bu şekilde, arabuluculuk sürecindeki uzlaşmanın, yine de sonraki bir sulh e engel olmasının önüne geçilmelidir.

Arabuluculukta Temsilcinin Sorumluluğu

Arabuluculukta temsilcinin, bu faaliyetinden kaynaklı olarak dava ediliş edilemeyeceğine dair sorunun cevabı, evet olacaktır. Bu konuda mevzuat ile getirilen bir sorumluluktan muafiyet söz konusu değildir.

Bu konuda talebe konu olabilecek ihmal veya kusurlara şu örnekler verilebilir;

- Asilin, kısa sürede yoğun bilgi sunulmasına karşılık, temsilci tarafından durumun kendisine anlatılarak düşünmesinin sağlanmaması nedeniyle arabuluculuk sürecinde neler olduğunu anlayamaması sonucu imzalanan uzlaşma anlaşmasından doğan zararlarının tazmini talebi

- Uyuşmazlık ve özellikle arabuluculuk süreci sırasında yargıya gitmenin riskleri hakkında gereken bilgilendirmenin yapılmaması

- Görevlendirilen büronun, Arabuluculuk sürecine asil adına katılacak temsilcisinin gerek konu ve gerekse talimata ilişkin ihmal veya kusuru

- Arabuluculuğa gitmeden kaçınmanın yaratacağı muhtemel maliyetler hakkında bilgilendirme yapılmaması

- Temsilcinin diğer tarafın baskısını kıramaması neticesi veya temsilcinin kendi çıkarları nedeniyle, asilin uzlaşma yapmak durumunda bırakılması neticesi imzalanmış uzlaşma anlaşmasından doğan zararların tazmini talebi

- Götürü usulde bir tutar üzerinde anlaşılmasına karşılık, temsilcinin, asilin bu tutarın maliyet ve zarar tutarı arasındaki dağılımı hakkında gerekli bilgilendirmeyi yapmaması neticesi imzalanmış uzlaşma anlaşmasından doğan zararların tazmini talebi

- Uzlaşma Anlaşmasının ne anlama geldiğinin açıkça anlatılmaması

- Uzlaşmanın mali sonuçlarının, asili nasıl etkileyeceğinin anlatılmaması

Bu türlü taleplerin önüne geçilebilmesi ve bu türlü taleplere karşı korunabilmesi için aşağıdaki hususlara riayet edilmesi yerinde olacaktır;

- Arabuluculuk öncesinde bir ön değerlendirme görüşünün asil ile paylaşılması, anlatılması ve bunun neticelerinin bir tutanakla tespit edilerek, asile gönderilmesi
- Arabuluculuk süreci sırasında asile verilen tavsiyelerin yazılı bir not haline getirilmesi
- Arabuluculuk sürecinde getirilen tekliflerin uygunluğu ve getireceği sorumluluklar hakkında yapılacak yorumların yazılı bir not haline getirilmesi
- Arabuluculuk sürecinde bir teklif verilecekse, mümkünse asilin katılımı ve asilin kendi el yazısı ile kaleme alınmış şekliyle hazırlanması ve bir kopyasının saklanması
- Arabuluculuk toplantısı sonrasında, asile toplantıyı ve sonuçlarını özetleyen bir bilgilendirme yazısı gönderilmesi
- Uzlaşma varsa, sulhun neden yapıldığının sebepleri, sulhun mali olan ve olmayan faydaları ile yargılama giderleri hakkında asile açıklama yapılması ve bunun bir dosyada kayıt altına alınması
- Uzlaşma sağlanamadı ise, sulhun neden yapılamadığının sebepleri, taraflar arasındaki farklılık noktalarının tespiti ile bunun olası bir yargı öncesinde giderilip giderilemeyeceğinin maliyet artışı ve süreç hakkında acilen asil/asil ile yeni bir değerlendirme yapılması, bunun bir dosyada kayıt altına alınması; taraflar arasındaki kapanıştaki farklılıklar hakkında arabulucunun görüşünün alınması, yine de sulhun mali olan ve olmayan faydaları ile yargılama giderleri hakkında asile açıklama yapılması ve bunun bir dosyada kayıt altına alınması

Anlaşma Aşamasında Temsilcinin Dikkat Etmesi Gereken Konular

Tarafların yapılabilir, kapsamlı (hem uyuşmazlık açısından hem de dahil edilen diğer daha geniş bağlamdaki konular için) ve uygulanabilir bir anlaşmayı kabul etmeleri çok önemlidir. Müvekkilinin avukatı olarak, anlaşma formunun doğru olmasını sağlamak hayati önemdedir.

Taraf vekili olarak da anlaşmanın uygulanabilir olmasını sağlamak arabuluculukta temsil rolünün bir kısmıdır. Şartlar kesin, spesifik, etkili, uygulamalı ve tam olmalıdır, özellikle kimin ne yapacağını ne zaman ve hangi kesin sonuçlarla yapacağını belirlemelidir.

Genellikle taraflardan birinin anlaşmaya uymaması durumunda veya anlaşmanın uygulanamaması durumunda ne yapılacağına ilişkin bir hükmün eklenmesi gerekir.

Anlaşmaya yaklaşıldığında özel oturumun gerçekleştirildiği odada teklif edilen anlaşmanın bir taslağının oluşturulmasına başlanması uygun olur. Yapıyı, şekli ve içeriği mümkün olduğunca erkenden, temsil eden, müvekkiliyle değerlendirmelidir. Bu noktada asıl anlaşmadan önce müvekkil, anlaşmanın hayata geçirilmesine ilişkin uygulamalar hakkında somut bir bilgiye sahip olmalıdır. Çok az ve çok fazla ayrıntı arasındaki dengeyi sağlama konusunda dikkatli olunmalıdır. Çok aşırı ayrıntıcı olmamak da önemlidir. Bunun muhtemelen uzun bir günün sonunda oldukça geç ve hatta çok geç bir zamanda olacağını unutmayın. Arabulucuyu anlaşma taslağının hazırlanması sırasındaki ilerleme hakkında temsilci asili bilgilendirmek isteyebilir ve problemlerin ortaya çıkması durumunda bunu kesinlikle yapması uygun olur. Doküman hazırlanırken kendi tarafındaki karar vericiye kesin biçimde kimin imza sahibi olması gerektiğini sormak uygundur. Hukuken yeterli düzeyde örtük yetkiye muhtemelen sahip olsa bile, belgeyi her durumda temsilcinin imzalayacağını varsaymamak veya bunu somut biçimde yetki almadan yapmamak uygun olur. Anlaşmanın mahiyetinden bağımsız olarak, bazı standart hükümlerin eklenmesini isteyebilirsiniz.

Bu hükümler aşağıdaki hususları ele almalıdır;

- Gizlilik,
- İlgili bir yasa veya yargı yetkisi alanı seçimi,
- Taraflar arasındaki anlaşmanın tamamı,
- Gelecekteki uyuşmazlıkları ele almak için önceden belirlenmiş bir mekanizma,
- Bu anlaşmanın ihlal edilmesi halinde esas dava nedeninin tekrar uygulamaya konup konmayacağı,
- Anlaşmaya özgü hükümlerin şu konularda kesin olması gerekir,
 - o Ödeme: Kim ödeyecek, ödeme kime yapılacak ve ne kadar ödenecek;
 - o Ödeme şeklinin nasıl olacağı;
 - o Ödemenin tek seferde mi aşamalı olarak mı olacağı;
 - o Ödenmeme hali için mekanizma;
 - o Faiz alımı;
 - o Dava sürecinin giderleri;
 - o Arabuluculuğun giderleri;
 - o Varsa kamuya açık beyanlar;

- o Sürecin sonlandırılması veya süreçten çekilme;
- o Varsa uygulanabilirlik ile ilgili özel hükümler;
- o Kimin imza sahibi olacağı, statüsü veya yetkisi.

Tarafların yalnızca anlaşmanın genel başlıkları hakkında anlaşmaya varabildikleri durumlar olacaktır, fakat bundan mümkün olduğunca kaçınılmalıdır. Anlaşmanın taslak genel başlıkları hakkında anlaşmaya vararak arabuluculuğun sonunda bir saat kazanmak; tarafların tartışmanın asıl konusundan, neyin kabul edildiğine ilişkin bir tartışmaya kaydığı başka uyuşmazlıkların ortaya çıkması riskine maruz kalmasına neden olur.

Tarafların amaçlarının basit tutulması ve en azından tarafsız bir okuyucunun tam olarak ne konuda anlaşmaya varıldığını somut biçimde anlayabileceği düzeyde yeterli ayrıntı bulunması çok önemlidir. Eğer işlemin tekniklerinin karmaşıklığını eklemeye zaman yoksa veya örneğin, vergi sonuçları hakkında henüz tavsiye verilmemişse veya bunlar henüz çözümlenmemişse, en azından anlaşmanın kendisi ile uygulanması için gereken teknikler arasında somut bir ayırım ortaya konulması uygun olur¹³.

B. Arabuluculuk Sürecine İlişkin Avukatlık Ücreti

Arabuluculuk sürecinde Avukatlık ücreti, TBB Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde (A.A.Ü.T.) düzenlenmiştir.¹⁴ Söz konusu Madde uyarınca, arabuluculuk sürecine katılan vekiller avukatlık ücretine hak kazanır. Sürecin anlaşma ile sonuçlanması halinde anlaşma bedelini aşmamak kaydıyla A.A.Ü.T üçüncü

¹³ Goodman, A., Temmuz 2017, s.179-180

¹⁴ RG, 24.11.2020, S. 31314, 2021 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi: "Arabuluculuk, uzlaşma ve her türlü sulh anlaşmasında ücret"

"Madde 16 – (1) 1136 sayılı Kanunun 35/A maddesinde uzlaşma sağlama, arabuluculuk, uzlaştırma ve her türlü sulh anlaşmalarından doğacak avukatlık ücreti uyuşmazlıklarında bu Tarifede yer alan hükümler uyarınca hesaplanacak miktarlar, akdi avukatlık ücretinin asgari değerlerini oluşturur.

(2) Ancak, arabuluculuğun dava şartı olması halinde, arabuluculuk aşamasında avukat aracılığı ile takip edilen işlerde aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen işlerde avukatlık ücreti; arabuluculuk sonucunda arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanması halinde, bu Tarifenin üçüncü kısmına göre hesaplanır. Şu kadar ki miktarı 7.200,00 TL'ye kadar olan arabuluculuk faaliyetlerinde avukatlık ücreti, 1.080,00 TL. maktu ücrettir. Ancak, bu ücret asıl alacağı geçemez.

b) Konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen işlerde avukatlık ücreti; arabuluculuk sonucunda arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanması halinde, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde davanın görüldüğü mahkemeye göre öngörülen maktu ücrettir.

c) Arabuluculuk faaliyetinin anlaşmazlık ile sonuçlanması halinde, avukat, 1.080,00 TL. maktu ücrete hak kazanır. Ancak, bu ücret asıl alacağı geçemez.

ç) Arabuluculuk faaliyetinin anlaşmazlık ile sonuçlanması halinde, tarafın aynı vekille dava yoluna gitmesi durumunda müvekkilin avukatına ödeyeceği asgari ücret, (c) bendine göre ödediği maktu ücret mahsup edilerek bu Tarifeyle göre belirlenir."

kısına¹⁵ göre avukatlık ücretine hak kazanılırken, sürecin anlaşmazlık ile sonuçlanması halinde, A.A.Ü.T. hükümleri uyarınca belirlenen maktu avukatlık ücretine (2021 Yılı için 1080,00 TL) hak kazanılmaktadır. Buradaki avukatlık ücreti arabuluculuk sürecinde avukatla temsil edilen tüm taraflar bakımından geçerlidir. Sürecin tamamlanmasını müteakip avukat kendi müvekkilinden avukatlık ücretini talep edebilir. Değeri para ile ölçülemeyen arabuluculuk süreçlerinde ise süreç anlaşma ile de sonuçlansa, anlaşmama ile de sonuçlansa A.A.Ü.T hükümleri uyarınca belirlenen maktu avukatlık ücreti (2021 Yılı için 1080,00 TL) doğmaktadır. Yine madde hükmü gereğince anlaşmazlıkla sonuçlanan süreçlerde taraf davada aynı vekil ile temsil edilirse dava nedeni ile vekile ödenecek olan ücretten arabuluculuk süreci nedeniyle ödenen ücret mahsup edilecektir.

Arabuluculuk tarafı ile kendisini temsil eden avukat arasında A.A.Ü.T belirlenen ücretin altında olmamak kaydıyla avukatlık ücreti belirlenebilir. Avukat ile taraf arasında yazılı sözleşme bulunmaması halinde değeri para ile ölçülebilen uyuşmazlıklarda Av. Kan. 164. Madde¹⁶ gereğince uyuşmazlık değerinin yüzde 10'u ile yüzde 20'si arasındaki bir miktar ihtilaf halinde mahkemece avukatlık ücreti olarak belirlenir. Arabuluculuk sürecinin anlaşmazlık ile sonuçlanması halinde ise arada sözleşme bulunmayan hallerde (2021 Yılı için 1080,00 TL) avukatlık ücreti tahakkuk edecektir.

15 2021 Yılı için ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Yargı Yerleri İle İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para İle Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret

İlk 40.000,00 TL için	% 15,00
Sonra gelen 50.000,00 TL için	% 13,00
Sonra gelen 90.000,00 TL için	% 9,50
Sonra gelen 250.000,00 TL için	% 7,00
Sonra gelen 620.000,00 TL için	% 5,00
Sonra gelen 775.000,00 TL için	% 3,50
Sonra gelen 1.275.000,00 TL için Sonra gelen 3.100.000,00 TL için %1	%1,80

- 16 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu m. 164 (Değişik : 2/5/2001 - 4667/77 m.) Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder. Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükümlenilecek şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir. İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz. Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılmaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir. (Değişik üçüncü ve dördüncü cümle: 13/1/2004 - 5043/5 m.) Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır. Davanın sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.

UZMAN ARABULUCULUKTA MÜZAKERE TEKNİKLERİ

Av. Arb. Nur ÖZDEN

Uzmanlık nedir?

Bu konuya başlarken aklımıza gelecek ilk soru, uzman arabuluculuğun ne olduğudur. Bilindiği üzere dava şartı arabuluculuk uygulaması çerçevesinde hazırlanan uzman arabuluculuk modüllerinde de uzmanlık kelimesi yer almaktadır. Acaba bu uzmanlık eğitimlerini alan her arabulucu “uzman arabulucu” olmuş mudur?

Belli bir alanda uzmanlıktan söz edilebilmesi için öncelikle o alandaki sektörel işleyişe hakim olacak kadar çalışmış olmak gerekir. Sağlık, bankacılık, taşıma, lojistik, vergi, inşaat, aile, sigorta, enerji vb. alanlardaki şemalar ve tempolar birbirinden oldukça farklıdır. Kendine özgü işleyişi tanımak, sorunları anlamayı ve doğru soruları sorabilmeyi mümkün kılar.

Uzman arabuluculuk dediğimizde arabuluculuk becerilerinin gelişmiş olmasını da anlıyoruz. Arabuluculuk becerileri büyük ölçüde mizaç ile ilgilidir. Eğer bir kişi sabırsız, sabit fikirli veya karamsar ise arabuluculuk konusunda pek çok teorik eğitimi de olsa becerilerinin gelişmesi zordur. Becerileri geliştirmenin yolu uygulamadır yani sahaya çıkmak, kişilerarası sorunların çözümü için çalışmaktır.

Dolayısıyla uzman arabuluculukta işe yarayacak beceriler, deneyimle bilginin harmanlanmasıyla ve zamanla oluşmaktadır.

Müzakere aşamasında uzmanlık

a. Tarafların birbirini değerlendirmeye başlaması

Arabuluculuk süreçlerinde bütün aşamalar önemlidir. Bu yazının konusu olan müzakere aşamasında başarılı olabilmek için önceki aşamaların gerekleri usulüne uygun olarak tamamlanmış olmalıdır. Bu aşamada arabulucu açısından anlaşılmasında fayda olan konulardan biri, tarafların müzakere stratejilerinin ne olduğudur. Hedefler ya da talepler açık açık hatta abartılı şekilde ifade edilebilmesine rağmen stratejiler konusu genellikle dikkati çekmeyebilir. Çoğu zaman

karşı tarafın yapacağı hamlelere bağlı tepkisel bir yaklaşım vardır. Risk düşük olduğunda bu tepkisel yaklaşım işe yarayabilir. Fakat özellikle devamlılık taşıyan işlerde, eylemlere tepki vermek yerine bu eylemleri öngörmek ve hazırlıklı olmak için tarafların müzakere stratejilerini dikkate almak iyi bir arabuluculuk süreci için önemlidir.

İki tarafın da ihtiyaçlarını karşılayacak bir süreç için birbirlerini daha ayrıntılı değerlendirebilecekleri başlıklar açılabilir;

- Bu müzakerede taraflar işleriyle ilgili ne tür sonuçlar almak istiyor?
- Bu sonuçlar tarafları nasıl etkiliyor? Gelecekte nasıl etkilenecekler?
- Bu sonuçların elde edilmesi konusunda kim katkı verebilir?
- Taraflar bu sonuçların elde edilmesine bağlı çıkarlarının farkında mı?

b. Taraflar birbirlerinin paydaşlarını ve diğer çalışma alanlarını ne kadar biliyor?

Bir uyumsuzluğun varlığı bazen birbirlerini tanımada fayda olan tarafları da bir araya getirebilmektedir. Bunları belirleyebilmek için aşağıdaki yaklaşımlar kullanılabilir;

- Bu uyumsuzluğun çözülememesi durumunun yansıtacağı sektörel kuruluşlar var mı?
- Bu kuruluşlar tarafların piyasadaki faaliyetlerini etkileyecek mi?
- Belli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi (bu durumun mahkeme kararı ile tespit edilmesi vb) bazı ihalelere teklif verilmesini engelleyebilir.

Şirketlerin iş referansları açısından farklı sonuçlar doğabileceğini vurgulamak yararlıdır. Bazen de tarafların birbirlerine dolaylı olarak yararlı olabilecekleri iş alanları olabilir. Bir havayolu şirketinin ülkenin büyük futbol takımlarından birinin anlaşmalı şirketi olması ve tedarikçi/taşıma ya da lojistik şirketinin de futbol takımıyla marka reklam anlaşması yapması daha kolay olabilir.

Uzman arabuluculukta müzakerenin bağlamını dikkate almak, taraflar arasındaki ilişkinin geleceğine de etkili olacaktır. Böyle bir süreçte taraflar mevcut uyumsuzluktan en karlı nasıl çıkacaklarına bakmak yerine, muhtemel anlaşmanın kapsamını uyumsuzluğun dışına da taşıyabilecek şekilde nasıl yeniden oluşturabileceklerine odaklanabilirler.

c. Yaratıcılık ve müzakere

Genellikle bilgi ve duygu birlikte hareket ederek yaratıcı bir etki yapar. Ama en yaratıcı en yararlı, en yaratıcı fikrin bile işe yaramadığı durumlar var-

dır. Taraflardan biri kendini kazanmaya yakın hissettiği için tartışılan çözümleri kabul etmeyebilir. Bu durumda, tarafları kendi yeni gerçeklerini bulabilecekleri fikirler arasında dolaştırabilmek önemlidir. Yeni olanda eskiyi, eski olanda yeniye görebilmelerini sağlayacak bir beyin fırtınası, özellikle dirençli tarafın dikkatini çekmek için işe yarayabilir.

d. Doğru sorular sormak

Arabuluculukta soru sormak sürecin başından sonuna kadar çok önemlidir. Arabulucunun durumu anlaması için olduğu kadar taraflar arasındaki diyalogu geliştirebilmek için de soru sormak yararlıdır. Arabulucunun doğru soru sorabilmesi için tarafların içinde buldukları riskleri/problemleri tanınması gerekir. Doğru sorular sorabilmek taraflarla aynı dili konuşabildiğimizi gösterir.

e. Kullanılan kelimelerin önemi

İyi müzakereci taraflardaki yaratıcılığı teşvik ederken onları savunma ya da suçlama sarkacına sokmamalıdır. Bunun için kullandığı dile ve seçtiği kelimelere dikkat etmelidir. Özellikle şahsi anlaşılabilir soru kalıplarından kaçınmakta yarar vardır. Doğru örnekler olarak şu soru tipleri verilebilir;

- Durum nasıl değişti?
- Ne zaman yanlış bir şey yapıldı?
- Bunun olmaması için ne yapılabilirdi?

f. Müzakerenin kapsamını yeniden değerlendirmek işe yarayabilir

Kapsamı bazen daraltmak bazen de genişletmek işe yarayabilir. Konuların kadrajını değiştirmek tarafların diğer önemli konulara odaklanmalarına veya zaman kaybettiren küçük konuları dışarıda bırakmalarına yardımcı olur. Bazen çok basit ve sorunsuz görünen konular derin boşluklar barındırabilir.

g. Gerçeklik testi

Olası bir anlaşma seviyesine gelindiğinde tarafları gerçeklik testi için cesaretlendirmek, kalıcılığı ve uygulanabilirliği ölçmeleri için önemli bir fırsattır. Gerçeklik testi ile anlaşmanın geleceğini değerlendirmeleri sağlanır. Bu uygulamayı yaparken

- Var sayalım ki, bu çözüm kabul edildi ve isteklerinizi aldınız. Bu durumda sizce karşı taraf nasıl davranacaktır?
- Diğer taraf sizin avantajlı durumunuz kabul mü edecek yoksa intikam planları yapmaya mı başlayacaktır?

h. Zamanlamanın önemine dikkat etmek

İyi bir arabulucu, taraflar için zamanın öneminde farklılık olup olmadığına dikkat etmelidir. Taraflardan birinin görüşmeleri hızlandırmaya ya da yavaşlatmaya çalıştığında bu davranışın arkasında ne olduğunu anlamaya çalışmalıdır.

Ayrıca zamanlama, piyasa koşullarının değişmesi gibi tarafların tümünü etkileyen bir öneme sahiptir. Paranın değeri, salgın, kısıtlanma, tüketim önceliklerinin değişmesi gibi pek çok durum müzakereden beklenen sonuçları değiştirebilir.

i. Zor Etkileşimler

Zor etkileşimlerden kaçınma eğilimimiz vardır. Çünkü zor etkileşimler hayal kırıklığı, sıkıntı ve öfke gibi olumsuz duygulardan kaçmak isteriz. Oysa ki böyle durumlarda tarafları dinlemek zor etkileşim iklimini değiştirmenin tek yoludur.

Yanlış anlaşılma ve çatışma kişisel ilişkilerin doğasında vardır. Ama, Birbirlerine suçlama yapan tarafların katkıları da görmesini sağlamak başarılı bir arabuluculuk adımıdır. Bunun yolu onların birbirlerini iyi dinlemelerini ve doğru anlamalarını sağlamaktır. Arabulucu burada taraflar arasında bir tercüman ya da kod çözücü gibi işlevler üstlenmektedir. Böyle olunca taraflar savunmaya geçmek yerine diğer tarafın beklentilerini merak etmeye ve anlamaya başlayabilir.

Zor kişilik yapılarına sahip insanların arabuluculuk masasında bulunmaları, başlı başına etkileşimi zorlaştırabilir. Bu zorlukları aşabilmek için arabulucunun farklı kişilik yapılarını dikkate alarak süreci yönetmesi gerekir. Kültürel farklar da müzakere ortamını büyük ölçüde etkiler. Uyuşmazlığın tarafları farklı kültürlerle mensup ise bu farklılığın hem çatışma sebeplerini hem de çözüm olasılıklarını içinde barındırdığını dikkate almak gerekir. Arabulucunun küresel ve bölgesel yapıları tanınması, taraflara kendilerini anlaşılabilir hissettirecektir.

j. Müzakerede direnç

Müzakere sürecinde taraflardan gelen direnci, karşılanamamış bir ihtiyacın yansıması olarak değerlendirmek doğru olacaktır. Direnç, henüz ifade edilmiş ya da çözümün zorluğuna inanılan daha başka konulara dayanır. Dirençle karşılaşıldığında bunu bir uyarı olarak algılamak arabulucuya yol gösterecektir.

Taraflara tehditkar olmayacak şekilde BATNA ve WATNA'larını sormak olasılıkları daha net hale getirebilir. Yani taraflara anlaşma yapılmadan masadan kalkmaları halinde diğer en iyi çözüm olasılıklarını sormak veya bu uyuşmazlık çözülmediğinde başlarına gelebilecek en kötü durumları sormak, tarafları

saplandıkları noktanın dışına çıkarabilir. Ancak bu adımı atarken tarafları, çekişme, yenilgi ya da güç savaşı duygusundan uzak tutabilmek önemlidir. Bazen taraflardan birinin BATNASının güçlü olması da müzakereye zarar verebilir. Bu durum taraflardan biri için tehdit olarak bile algılanabilir. Baskı altında kalmak, tavizler konusunda beklentilerin ve kaygıların artması iyi bir anlaşmaya varılmasını genellikle engeller.

Direnci aşmak için tarafların sürece ne kadar güvendiklerine bakmak faydalı olur. Süreçle ilgili kurallar ihlal edilmiş veya ölçüsüzce hoş görülmüş olabilir, bu durum tarafsızlık algısını etkileyebilir. Buna karşın arabulucunun süreci fazla resmi ya da fazla kuralızsız yürütmesi de direnç yaratabilir.

k. Tarafların saygınlığını korumak

Uzman bir arabulucu, müzakerede tarafların öz saygı, yeterlilik gibi ihtiyaçlarını dikkate alır ve bu imajlarının sarsılmaması için özen gösterir. Çünkü yenilmişlik hissi menfaatlerin önüne geçebilmektedir. Kişisel/kurumsal imajlarına yönelik bir tehdit algılayan taraflar genellikle savunmacı tepkiler verilir ve konudan uzaklaşılır. Tekliflerin, taraflardan birinin zayıf görünmesine yol açmayacak şekilde masaya getirilmesi de müzakere sürecinde önemlidir.

Arabulucuyu iyi yapan şey bilgi ve deneyim olmakla birlikte bu birikimler, arabulucunun kestirme yollar geliştirmesine de sebep olabilmektedir. Bu tuzığa düşmemek için arabulucu bu marifetini bir süre kenara bırakıp tarafları tam olarak anlamak için dinlemelidir ki onları harekete geçiren şeyleri duysun. Tarafların kendi fikirlerini sonuna kadar ifade etmelerine fırsat vermelidir. Olumsuz, çelişkili veya boşluklu ifadeleri fark edebilmek için başka yol yoktur. Uzman arabuluculuktaki müzakere bir sanata dönüşmektedir. Yaratıcı, kendini rutin şekilde tekrarlamayan, taraflara kendilerini tam olarak anlaşılabilir hissettiren bir sanat.

“Eşinizi, çocuklarınızı, arkadaşlarınızı, sevdiklerinizi ve sevmediklerinizi dinleyin, sıkııcı insanları, size düşman olanları dinleyin. Bu küçük mucize belki büyük bir mucize yaratacaktır.”

Yararlanılan Kaynaklar;

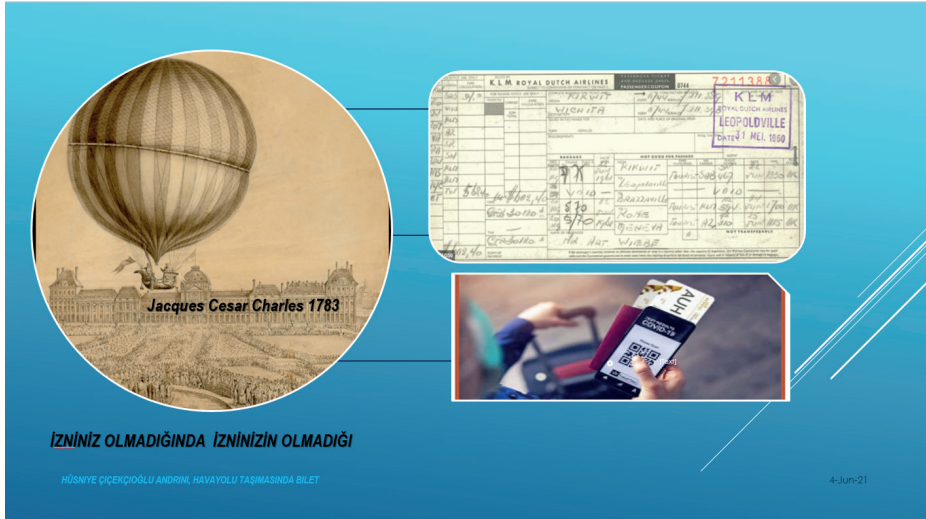
Acar Baltaş; *Ekip Çalışması ve Liderlik* / Christopher Moore; *Arabuluculuk Süreci*
Chris Voss/Tahl Raz; *Sen Bitti Dediğinde* / Herb Cohen; *Her konuyu Müzakere Edebilirsiniz*
Necil Beykont; *Kazandıran Müzakere* / Richard Luecke; *Müzakere*
Roger Fisher; *Beyond Reason* / Robert H. Mnookin; *Beyond Winning*
William Ury; *Evet*

SİVİL HAVA TAŞIMASINDA BİLET

Av. Hüsniye Çiçekçioğlu ANDRİNİ

İÇERİK

- Mevzuat
- Asgari unsurlar
- Hukuki nitelik hiç ya da eksik düzenlemesine bağlanan sonuçlar
- temin usulü ve geçerliliğine ilişkin sözleşme hükümleri
- Sözleşme koşulu olarak, rezervasyon ve ücret kuralları ve geçerliliği (promosyon bilet)
- usulsüz bilet, yetkisiz kişilerden temin ve sonuçları, ödül bilet meselesi
- mahkeme kararları



şekil 1 biletin tarihsel yolculuğu

Bilet bir yanda bilette ismi yazan kişi ile taşıyıcı arasında, taşıma akdinin kurulduğunu gösteren taşıma dokümanıdır, taşıma sözleşmesinin şartlarını belirler, bilette yazan koşullara uyulmamasının, gerek yolcu gerek taşıyıcı

bakımından sonuçları vardır, diğer yandan bilet üzerindeki kayıtlar, talep halinde taşıyıcının idari makamlara yapması gereken bildirim kapsamını oluşturur, bu yönüyle havayolu yolcu taşımalarının temel dokümanıdır.

Bilete ilişkin ilk düzenlemeler 18. Yy'ın son dönemine kadar uzanmaktadır. Balonlarda sıcak hava yerine hidrojen gazının kullanılabilceğinin keşfinden sonra balon sayısında hızlı bir artış başlamış ve bununla ilk kazalar ve mülkiyet hakkı ihlali iddiaları başlamıştır. İlk balonla uçuştan sadece bir yıl sonra, Paris'te şehir içinde balonla havalanmanın yazılı izne bağlandığı, dahası içindekilerin de bildirilmesi ve kaydını sağlayan bir tamim yayınlanmıştır. İzniniz olmadığında her şeyin yasak olduğu yönündeki bir bakıma halen geçerli kuralla şekillenen bilet bu günküne benzemese de böylelikle ortaya çıkmıştır. O günden bu güne korunan ilke biletin halen bir şekil şartının bulunmayışı ve asgari unsurlarında bilete ilişkin hükümlerin olduğu farklı düzenlemeler arasında bir yeknesaklık bulunmayıdır.

Sefer güzergahına ve güzergah üzerindeki ülkelerin hangi uluslararası sözleşmelere taraf olduğuna göre taşıma akdine uygulanacak mevzuat değişiklik gösterir. İç hatlarda sivil havacılık kanunu, dışı hatlarda ise Varşova/Montreal sistemlerinden birinin uygulanması söz konusudur, belli durumlarda havacılığa ait özel düzenleme yanında Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin de uygulanması söz konusu olabilecektir.

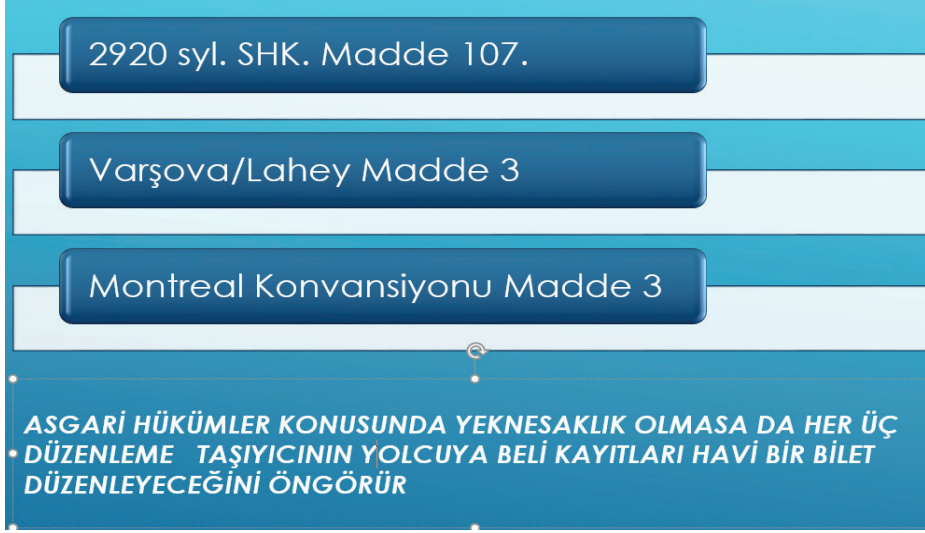
- ▶ Taşıma sözleşmesi/Yolcu ve Bagaj Taşıma genel şartları, rezervasyon ve ücret kuralları
- ▶ 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu
- ▶ Varşova/Lahey Konvansiyonu Birleşik Metin
- ▶ 1999 Tarihli Montreal Konvansiyonu
- ▶ 1971 Guatemala City Protokolü 4 Nmr. Montreal Ek Protokol
- ▶ SHGM- SHY Yolcu Yönetmeliği, 261/2004 tarihli EU regulasyonu
- ▶ 334 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği

MEVZUAT

HÜSNIYE ÇİÇEKÇİÖĞLÜ ANDRİNİ, HAVAYOLU TAŞIMASINDA BİLET

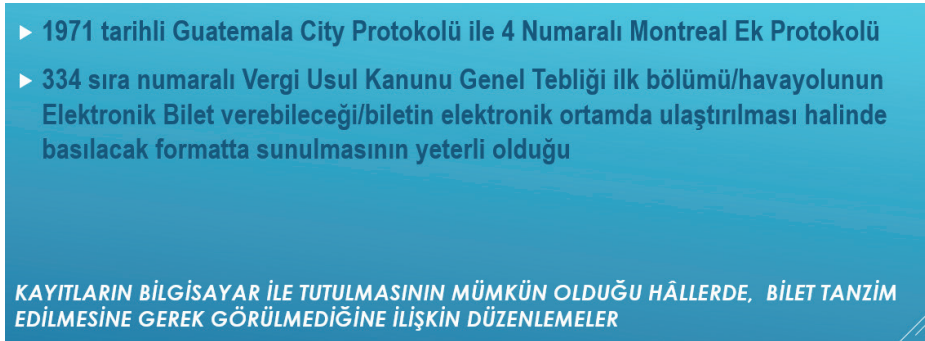
şekil 2 bilete ilişkin hükümlerin olduğu mevzuat

Sivil Havacılık Kanunu, Varşova/Montreal Sistemleri havayolunun yolcuya bir bilet düzenleyeceğini öngörmektedir.



şekil 3 temel havacılık düzenlemelerinde bilet

Uçuş kaydının elektronik ortamda saklanması koşuluyla bilet düzenleme yükümlülüğü Guatamale city ve 4 nolu montreal protokolü ile son bulmuştur.



şekil 4 bilet düzenleme yükümlülüğünü değiştiren mevzuat

BİLET BİR ŞEKLE TABİ MİDİR, ASGARİ ŞARTLARI NELERDİR; BU ASGARİ ŞARTLARIN OLMAMASI YA DA BİLET BULUNMAMASINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇ NEDİR?

Varşova ve Montreal sisteminde güzergah ve duraklama noktaları ile ölüm/yaralanma, bagaj kaybı ve gecikme hallerinin bu anlaşmalara tabi olduğu ve

bir çok halde sınırlandığı notunun olması gerektiği dışında bir kayıt bulunmamaktadır.

- ▶ Hareket ve varıř yerleri, ***İstanbul Műnih***
- ▶ kararlaştırılmış duraklama başka hareket ve varış yerleri başka bir ۆlke içinde ise duraklama yerlerinden en az biri, ***İstanbul, Londra, Newyork, İstanbul***
- ▶ Varřova Konvansiyonunun uygulandığı, ۆlüm/bedensel zarar/bagajın kaybı/hasarı halinde ***konvansiyonun taşıyıcının sorumluluğunu dűzenlediđini ve birçok hűlde sınırladığını belirten not***

VARşOVA LAHEY MADDE 3

şekil 5 varşova sistemi biletin asgari unsurları

Bilet ۆzerinde sۆzleřmenin tarafı olan *yolcu ve taşıyıcının kimlik bilgileri ile taşıma bedeli/taşıma bedelsiz ise buna ilişkin kayıtlara da ihtiyaç bulunmakta olup, uluslararası anlaşmalar bu hususları milli hukuka birmiştir*. Sivil Havacılık kanunumuz, bu hususlar yanında ۆcret, bilet ۆcretsiz ise buna dair kayıt, dűzenleme tarih ve yeri, dűzeneleyene ilişkin kayıt, biletin numarası gibi unsurları da aramaktadır. Bu unsurlar yanında hizmet sınıfı uçuř nosu ve uçuř tarih ve saati, iade ve rezervasyon değişikliği konusunda bilinmesi gereken kayıtları da ihtiva edebiliyor bilet.

Taşıyıcının adı veya ticaret unvanı ve adresi,

Yolcunun adı ve soyadı,

Biletin numarası ile dűzenlendiđi gűn ve yeri,

Taşıma ۆcreti; bilet ۆcretsiz verilmişse buna dair kayıt,

Kalkış, varış ve varsa aktarma yerleri,

sorumluluđun sınırlandırılmasına iliřkin hűkűmlere bađlı olduđu iliřkin not

2920 SAYILI KANUN MADDE 107. BİLETİN ASGARİ UNSURLARI

şekil 6 2920'd biletin asgari unsurları

BİLETİN DÜZENLENMEMESİ UNSURLARIN EKSİK OLMASINA BAĞLANAN SONUÇLAR

Varşova ve 2920 eksik unsurlarla bilet verilmesi ya da hiç bilet verilmemesi halinde taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerden istifade edemeyeceğini düzenliyor. Ancak bu koşulun uygulamada havayolunun yetkilerini kötüye kullanarak yanıltma amacı ile bilet vermediği durumlar haricinde uygulama bulmadığının ifade edilmesi gerekmektedir. Zira kuralın geniş uygulanması durumunda uçağa bir şekilde biletsiz binen kaçak yolcunun, bedel ödeyip bilet alan yolcuya yeğ tutulması gibi normun amacına uzak bir durum doğmaktadır. Bu nedenle kural öğretide ve mahkemelerce dar yorumlanmıştır.

2920 sayılı kanun madde 107/2

- taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliliği etkilenmez,
- **sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanamaz.**

Varşova/Lahey madde 3/2 son cümle

- **biletsiz ya da sorumluluğun sınırlandırılması uyarısı içermeyen bilet ile kabul ederse sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz,**
- uygulamada havayolunun güvenlik tedbirlerinden kaçınmaya yardımcı olmak için kötü niyetle bilet düzenlememesi, dışında uygulanmamış ve her tür belge bilet yerini tutacağı kabul görmüş, BKZ. Goedhuis, Air Legislations S. 155; Beaumont, Journal of Air Law 1949, (BGHZ 52, 194= NJW 1969, 2008)

Montreal 3/5

- **Ne taşıma sözleşmesinin ne de taşıyıcının sorumluluk sınırlamasına dayandığı hükümlerin uygulanmasına engel olmayacaktır.**

BİLETİN OLMAMASI YADA ASGARI HÜKÜMLERİ İÇERMEMESİ HALİNDE TAŞIYICININ SORUMLULUK SINIRLAMALARINDAN YARARLANMASINA İLİŞKİN DÜZENLEME FARKLILIKLARI,

şekil 7 eksik unsurlarla ya da hiç bilet verilmemesine bağlanan sonuç, öğretide görüş ve mahkeme kararı

- ▶ **davetiye dışında, bilet düzenlenmeyen charter uçuşunda can veren yolculardan birinin yakınlarına sigorta firmasınca Varşova 17 kapsamında yapılan ödeme yeterli görülüyor**
- ▶ **münferit bilet düzenlemediğini iddia ile, havayolunun 25. madde hükümlerine göre sınırsız sorumlu olacağı iddiası ile dava açılıyor**
- ▶ **davetiye ile uçuşa ilişkin varış kalkış ve duraklama yerlerinin bildirildiği**
- ▶ **Varşova sözleşmesinde bilete ilişkin şekil şartı bulunmadığı**
- ▶ **25. madde anlamında kasta yakın ihmalinin ispat edilemediği**
- ▶ **17. maddeye göre davacılar payına düşen tazminatın sigorta firmasınca ödendiği gerekçeleri ile ret ediliyor.**

ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ BGH, VI/ZR 45 67, 24 JUN 1967

şekil 8 bilet düzenlenmemiş olmasının sorumluluk sınırlamalarından yararlanmaya engel olmayacağı yönünde BGH kararı

Yolcuya bilet vermediğinden taşıyıcının sorumluluk sınırlamalarından yararlanamayacağı iddiası ile açılan bir davada yolculara çalıştıkları firma tarafından güzergah, duraklama noktaları ile eğitim planı bilgisini havi bir bildiri yapılıyor. Kaza gerçekleşiyor hayatını kaybeden yolcu yakınlarına sigorta firmasınınca Varşovo 17. Maddesi uyarınca değerlendirilme usulüne göre ödeme yapılıyor. Yolcu yakınları bilet düzenlenmemiş olmasının, taşıyıcının sorumluluk sınırlamalarından yararlanmasına engel olacağı, taşıyıcının 25. Madde anlamında sorumlu tutulması gerektiği iddiası ile havayoluna dava açıyor.

Mahkeme münferit bilet olmasa da davetiyeden kalkış varış ve durma noktalarının anlaşılır olduğu, Varşova Konvansiyonun bilete bir şekil şartı öngörmediği, 25. Maddenin koşullarının oluştuğunun iptat edilemediği, gerekçesi ile talepleri ret etmiştir.

Bunların da etkisiyle Montreal'e gelindiğinde, eksiklik ya da bilet düzenlenmemesinin taşıyıcının sorumluluk sınırlamasından yararlanmasına etki etmeyeceği yönündeki değişikliği görüyoruz.

SHY YOLCUDA BİLET

SHY yolcуда havayolu ya da yetkili acentesinden usulüne uygun düzenlenmiş geçerli rezervasyon kaydı olan bir biletin olması, aksaklık halinde yönetmelik hükümlerinden istifade etmenin ön koşulu olarak düzenlenmektedir.

a) Bilet: Hava taşıma işletmesi veya onun yetkili acentesi tarafından düzenlenmiş veya onaylanmış, taşıma hakkını tanıyan geçerli basılı veya elektronik belge

Uçaağa kabul edilmeme: onaylanmış rezervasyon kaydı olan geçerli bir bilete sahip olmalarına rağmen yolcuların uçaağa kabul edilmemesi

şekil 9 SHY Yolcu Yönetmeliğinde bilete ilişkin hükümler

YOLCU VE TAŞIYICI ARASINDAKİ TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE BİLETE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bilet, taşıyıcı veya kurallara uygun olarak taşıyıcının yetkili acentesince düzenlenmiş taşıma şartlarını, uyarıları ve uçuş ve yolcu kuponlarını içeren yolcu bileti ve bagaj kuponunu havi belge ve elektronik bilet

Yetkisiz kişilerden temin edilmiş biletle gelen yolcuyla taşıyıcı kabul etmeyebilir

Yolcu Bileti, aksi kanıtlanıncaya kadar, Taşıyıcı ile Bilette adı yazılı Yolcu arasındaki taşıma akdinin varlığına karine teşkil eder.

Bilet üzerindeki ad ve soyadının, ibraz edilen kimlik bilgileri ile uyuşmaması
Rezervasyon/Ücret kurallarına aykırılık (ücretin hiç, eksik, zamanında ödenmemesi)
Kalkış, duraklama ve varma noktalarına uygun seyahat edilmemesi halinde taşıyıcı edimini ifadan kaçınabilir.
Promosyon biletin zamanında kullanılmazsa ücret kuralları gereği iadeden kaçınabilir

şekil 10 taşıma sözleşmesinde bilet

Yolcu Ve Bagaj Taşıma Genel Şartlarında **biletin taşıyıcı ya da yetkili acentesince usulüne uygun düzenlenmiş doküman ve aksi ispat edilene kadar bilette adı yazan kişi ile taşıyıcı arasında** taşıma sözleşmesinin kurulduğu anlamına geldiğine ilişkin hükümler mevcuttur.

Biletin verilmemesi ya da ilgili mevzuatın aradığı koşulları haiz olmaması taşıma sözleşmesinin geçerliliğini etkilememekte, belli durumlarda taşıyıcı sorumluluk sınırlamalarından yararlanamazken, kaza ve diğer sefer aksaklığı hallerinde yolcu ilgili mevzuatın getirdiği korumadan tam olarak istifade etmemektedir.

kimlik bilgilerindeki esaslı hata,
yolcunun kimlik bilgilerini bildirim zorunluluğunun ihlali
Ücretin ödendiğinin ipsat edilememesi,
Sıralı uçuş kuponu kullanımına aykırılık
Ücret ve rezervasyon kurallarına aykırılık

UÇUŞA KABUL EDILMEME

HAVAYOLLARI YOLCU BİLGİLERİNİ İDARI MAKAMLARA DOĞRU BİLDİRMEK ZORUNDA OLDUĞUNDAN, BİLET VE KİMLİK BİLGİLERİNİN EŞLEMEDİĞİ, SEYAHATE BİLETTEKİ GÜZERGAH BİLGİLERİNE UYGUN BAŞLANMADIĞI DURUMLARDA YOLCULAR UÇUŞA KABUL EDILMEMEKTEDİR.

KİMLİK BİLGİLERİ,
GÜZERGAH VE DURAKLAMA YERLERİ İLE ÜCRET KURALLARI SÖZLEŞMENİN ESASLI ÜNİTLERİDİR,

şekil 11 bilet verilmemesine bağlanan sonuçlar

Ancak, bilet üzerindeki yolcu bilgilerinde esaslı hatanın yolcudan kaynaklanması/yolcunun bilette adı yazan kişi olduğunu ispat edememesi, bileteki güzergaha uymaması, uygulanabilir ücreti ödememesi, ücret ve rezervasyon kurallarına uymaması haline bağlanan sonuçlar mevcut. Bu durumda taşıyıcı ifadan kaçınabilmektedir.

Taşıyıcı 18. Yy'dan bu yana talep halinde yolcu bilgisini idari makamlara sunmakla yükümlüdür, bu bağlamda bilette adı yazan kişi ile uçurulan kişinin aynı olması gerekmektedir. Bu bilgilerde esaslı bir hata olması ve hatanın yolcudan kaynaklandığı durumunda yolcu uçuşa kabul edilmeyebilmektedir.

Uygulmada yolcunun kendisinin web sayfasından bilet aldığı, ya da kendi beyanı ile çağrı merkezi üzerinden bilet düzenlendiği durumlarda hatalar doğabiliyor. İki isimli olup Çağrı merkezi üzerinden bilet alırken sadece ismini söyleyen ve düzenlediği biletteki isim bilgisi ibraz ettiği kimlik bilgilerine uymadığından uçuşa kabul edilmeyen yolcunun açtığı maddi manevi tazminat istemli dava Ankara 4. Asliye Ticaret mahkemesince, ***biletteki esaslı hatada havayolunun kusuru olmadığı, taşıyıcının yolcu bilgilerini idari makamlara doğru bildirim yükümlülüğü olduğu*** gerekçesi ile ret edilmiştir.

- ▶ ANKARA 4. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ, 2019/103 E. 2020/707 K.
- ▶ Yolcunun "Yolcu İsmi" hanesindeki şahıs olduğunu ispat edememesi (bayanı doğrultusunda Çağrı merkezi üzerinden düzenlenen bilet)
- ▶ manevi tazminat ve shy yolcu iptal hükümlerine göre maktu tazminat
- ▶ ***esaslı hatada, taşıyıcının dahil yok***
- ▶ ***bilet kimlik eşleşmesinin taşıyıcı bakımından idari makamlara ibraz edilen kayıtların doğruluğu bakımından yasal zorunluluk***

şekil 12 kimlik bilgilerinde esaslı hata hkd. Mahkeme kararı

GÜZERGAH VE DURAKLAMA NOKTALARINA UYGUN SEYAHAT GEREKLİLİĞİ

Her havayolunun yolcu ve bagaj taşıma şartlarında bu konuda hükümler mevcuttur. Bu kuralları ilgili mevzuatın aradığı asgari koşulların taşıma sözleşmesindeki karşılığıdır ve sözleşme koşulu hükmündedir.

- ▶ Taşıyıcı uçuş kuponlarını ancak Bilette gösterilen kalkış yerindeki sıralamaya göre kabul edecektir.
 - ▶ Uluslararası yolculuğa ilişkin ilk uçuş kuponu kullanılmamışsa ve Yolcu yolculuğuna herhangi bir Durma Noktasından veya Kararlaştırılmış Duraklama Yerinden başlarsa, Taşıyıcı Yolcunun Biletini kabul etmeyebilir ve Bilet geçersiz sayılabilir.
 - ▶ Tahsil edilmiş ücret, uygulanabilir ücret olmadığı takdirde, Taşıyıcı Kurallarına uygun olarak aradaki ücret farkı duruma göre Yolcu tarafından ödenir veya Yolcuya iade edilebilir
 - ▶ Yolcu, tayin edilmiş Biletleme süresi içinde Bilet ücretini ödemezse Taşıyıcı rezervasyonu iptal edebilir (rezervasyon opsiyon kuralları)
 - ▶ Yolcu bir rezervasyonu kullanmaz ve Taşıyıcıya bilgi vermezse, Taşıyıcı takip eden parkura ilişkin herhangi bir gidiş veya dönüş rezervasyonunu iptal edebilir veya iptalini isteyebilir
- BİLETTE KALKIŞ, DURMA VE VARİŞ YERİ GÖSTERİLMESİNİN ASGARI KOŞUL OLMASININ TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEKİ YANSIMALARI**

şekil 13 yolcu ve bagaj taşıma sözleşmelerinde kalkış durma varış yeri gösterilmesine ilişkin asgari koşulların akde yansımaları

Uygulamada sıralı uçuş kuponu kullanımı olarak bilinen bu meseleyi bir örnek üzerinde açıklamak gerekirse. Örneğin gidiş dönüş bir Münih Amsterdam Mexico biletiniz var. Bu biletle seyahatinize Amsterdam'dan başlamak istemeniz halinde uçuşa kabul edilmeyebiliyorsunuz. Aynı şekilde Münih Mexico gidiş parkurunu kullanmayıp, Mexicodan dönmek istediğinizde de dönüş seferine kabul edilmeyebiliyorsunuz.

Taşıyıcı Uçuş Kuponlarını Bilette Gösterilen Kalkış Yerindeki Sıralamaya Göre Kabul Eder.

İlk Kupon Kullanılmamışsa, Herhangi Bir Durma Noktasından Başlarsa, Yolcunun Biletini Kabul Etmeyebilir Bilet Geçersiz Sayılabilir. Yolcu Bir Rezervasyonu Kullanmaz ve Taşıyıcıya Bilgi Vermezse, Taşıyıcı Takip Eden Parkura İlişkin Herhangi Bir Gidiş veya Dönüş Rezervasyonunu İptal Edebilir veya İptalini İsteyebilir

BİLETTE KALKIŞ, DURMA VE VARİŞ YERİ GÖSTERİLMESİNİN ASGARI KOŞUL OLMASININ TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEKİ YANSIMALARI sıralı uçuş kuponu kullanımı kuralı

şekil 14 bilet üzerinde sıralı kupon kullanım kuralının gösterimi

Bunun bir kaç sebebi mevcuttur, havayolu yolcu MÜNİH’te uçuşa başvurmadığında, uçuştan vazgeçtiğini kabul ediyor ve yerini başka bir yolcuya verebiliyor, uçuş kapasitesini buna göre planladığında, yolcu Amsterdam’dan uçuşa katılmak istediğinde kapasite problemleri doğabiliyor.

Havayolları pazarlama stratejilerine göre, belli bir pazara girebilmek, RE-KABET ENDİŞELERİ İLE farklı ücret kuralları öngörebiliyorlar. Söz gelimi bu örnekte KLM Alman pazarına girebilmek için MÜNİH çıkışlı uçuşlara belli bir avantaj sağlamış olabiliyor. Bu durumda münih çıkışlı segmentlerin bölünmemesini istiyor buna uygulamada married segment deniyor, yani belirlenen güzergahtan herhangi bir parkurun çıkarılmaması anlamına geliyor bu kural.

Avantajlı ücretlerden faydalanmak için aceneteler uçuşa yolcunun aslında kullanma niyeti olmayan parkurlar ekleyip o ücreti temin ettikten sonra, kullanmayacakları parkuru rezervasyon ağlarına (GDS) yaptıkları usulsüz müdahalelerle çıkartabiliyorlar, yani segmenti bozuyorlar. Sözgelimi MÜNİH Amsterdam Meksiko avantajlı fiyatından istifade için acente aslında Amsterdam uçacak yolcunun biletine Münih önce ekleyip sonra o parkuru çıkararak iadesini istiyor, Tabi bunlar tespit edildiğinde rezervasyon usulsüzlüğü cezalarının muhatabı oluyor acente/SATIŞ KANALI.

ACENTELERE havayollarına karşı böyle cezaların iptali istemiyle açılan davalar mevcuttur. **Mahkemeler havayollarının ücret ve rezervasyon kurallarının hukuka uygun olduğu gerekçesi ile acenteler tarafından açılan bu davaları ret etmiştir.**

► **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2019/455 Esas, 2019/7664 Karar**

- Taşıma şartlarına aykırı düzenlenen biletler uyarınca cezai şart uygulanan acentenin, bu cezaların iptali istemiyle açtığı davanın reddine ilişkin karar
- Devam eden ceza davaları, rezervasyon ihlali (nitelikli dolandırıcılık)

ACENTE/MARRIED SEGMENT USULSÜZ REZERVASYON

şekil 15 married setment usulsüzlüğü hkd. Karar

Ayrıca, acentelerin bu tür eylemlerinin nitelikli dolandırıcılık suçlaması ile devam eden ceza davalarına konu olmaktadır. Özetle sözleşme koşulu olan güzergah, duraklama ve belli bir güzergaha bağlanan ücret kurallarına gerek yolcu gerekse acentelerin uymamasına bağlanan müeyyidelerin hukuka aykırı olduğu iddiası ile açılan davalarda mahkemeler, taşıma sözleşmesi hükmündeki rezervasyon ve ücret kurallarını hukuka uygun bulmaktadır. Bu kuralları havayolunun ihlali halinde duruma göre gecikme, iptal, uçuşa kabul etmeme, ölüm yaralanma bilette yazılı hizmet sınıfında yer sunulamamasına bağlanan sonuçlar mevcuttur. Ancak bu sunumun konusu olmadığından ayrıntılarına girilmemektedir.

ÜCRET KURALLARININ SÖZLEŞME KOŞULU OLMASI BAĞLAMINDA PROMOSYON BİLETLER

Bu biletlerde havayolu normal şartlarda yüksek bedelle sunacağı hizmeti, yolcunun iade ve değişiklik talep etmemeyi kabul etmesi halinde düşük bedelle sunmaktadır. Ancak bu biletler hastalık halinde dahi iade ve rezervasyon değişikliğine kapalı tutulmaktadır. Hastalık halinde dahi iade olmayacağı **açıkça ücret kuralı olarak yazılmaktadır. Yolcunun akitten dönmesi halinde tam bedel ödenmemesi tartışma yaratmaktadır. Biletler zamanında kullanılmaz ya da yolcu akitten dönüp iade isterse, havayolları sadece biletin vergilerini iade etmektedir. Bu konuda** sektörel argümanları maddi hukuka ayrıntıları ile tatbik eden bir kararı söz konusudur BGH Alman Federal Yüksek Mahkeme kararı xzr 25/17

Okyanus ötesi uçuş için promosyon sınıfta bileti olan yolcu hastalık **sebebiyle uçuştan vazgeçmiş, havayolu tamamı 7000 Euro olan bedelin 1400 Euro civarındaki vergisini iade etmiştir.**

Yolcu Hastalık halinde dahi iade yasağı getiren ücret kuralının, hukuka aykırı bir dayatma olduğu **önişlem koşulu denetimine/norm denetimine tabi tutulması gerektiği istemiyle dava** açmıştır.

Karar gerekçesi

- Alman Hukukunda seyahat hukuku ve tüketici haklarına ilişkin özel düzenlemelerin AB uygulamasına öncülük etmiş olması rağmen, mahkeme eser sözleşmesinin akitten dönme hükümlerinin yolcu hava taşımaya uygulanabileceğine, bu bağlamda havayolunun sefer planlaması yaparken iade imkanı tanınmayan fiyat grubundan sunulan biletlerin kullanılacağına ilişkin güveninin korunması gerektiğine ve havayolunun yaptığı **işin değerine ve**

bu değere girmeyen giderlerini isteyebileceğine hükmetmiştir. (BK 484. muadili BGB 649. Madde)

- ▶ yüksek maliyetli uçuşlarda düşük ücret sınıfından yer sunulabilmesi kapasitenin tam kullanılması koşuluna bağlıdır, sefer maliyeti uçak kapasitesinin kullanım derecesinden bağımsızdır, yolcu sözleşmeyi feshetse dahi sabit sefer maliyetlerinden kaçış yoktur.
- ▶ belli bir ücret sınıfına bağlanan fesih hakkı kısıtlamaları yolcu haklarını makul olmayan ölçüde iyi niyet kurallarına aykırı şekilde etkilemez
- ▶ genel işlem şartı ise de tek seçenek bu olmadığıdan farklı seçenekler arasında serbest irade ile iadeye kapalı ücret sınıfı seçildiğinden dayatma yoktur.
- ▶ Bazı yazarların ileri sürdüğü gibi, bilet satılabilirli önermesine bağlı, havayolunun koltuk boş kalkınca sebepsiz zenginleşme olduğu görüşü kabul edilebilir değildir.

TÜRK MAHKEMELERİNDE DURUM

Ankara 8. Sulh Hukuk Mahkemesinin vize problemi nedeniyle uçuşa kabul edilmeyen Ankara İstanbul Paris yolcusunun, yeniden bilet almak zorunda bırakıldığı için uğradığı zarar istemiyle açılan davada, havayolu grup ücret kuralları hukuka uygun bulunarak dava ret edilmiştir. (Karar 2006/2433, 2007/2368)

İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 13.2.2014 tarih ve 2013/107-2014/20 sayılı kararı ile görülen davada hastalık halinde dahi değışiklik ve iadeye kapalı promosyon bileti olan yolcu depresyona girdiği gerekçesi ile iade istenmiş, sadece vergileri iade alan yolcunun tüm bedel istemiyle açtığı dava ücret kurallarının hukuka uygun olduğu gerekçesi ile kabul görmemiş, Karar Yargıtay 11. HD.2014/7716E.2014/1556 K. ile onanmıştır.

ÜCRET KURALLARININ TATBİKİ VE USULSÜZ BİLET

Özellikle kredi kartı ile alınan biletlerde uçuşun gerçekleşmesinden sonra, kart hamillerinin itirazı ile karşılaşılabilmektedir. Ödemeyi yapan her zaman yolcu olmadığından, kart hamilinin itirazı halinde havayolu bedeli bankasına iade ettiğinde, yolcuyu bedel almadan taşımaktadır. Böyle bir durumda uçuş bedelini yolcudan talep etmektedir. İnternet üzerinden “ucuz” vaadi ile alınan biletlerde usulsüzlükle karşılaşılabilmektedir.

Konu hakkında Bakırköy 4. Tüketici mahkemesinin Kararının konusu; İstanbul Bangkok parkurunda uçan yolcunun bileti çağrı merkezi üzerinden kredi

kartı ile alınmış, uçuş gerçekleşikten sonra harcamaya itiraz edilmiş, rayici 5.000 TL olan bileti internetten 2700 TL'ye alan yolcu makbuzu ibraz etmiş, Mahkeme yolcu tarafından ödemenin yetkili acenteye yapıldığının ispat edilemediği ve **rayicin altında bilet alımı halinde eksik meblağın kendisine** ödetilebileceğinin öngörmesi gerektiği gerekçesi ile bilet bedelinin tamamının yolcudan tazminine hükmetmiştir. Karar mahkemenin rayicin altında alınan biletlerde yolcunun şüphelenmesi gerektiğini ifade etmesi yönünden son derede geçerlidir. **(BAKIRKÖY 4. TÜKETİCİ MAHKEMESİ, 2016/1571 E, 2018/731 K.)**

SADAKAT PROGRAM KURALLARINA AYKIRI DÜZENLENMİŞ ÖDÜL BİLET

Ödül bilet kullanımına ilişkin hükümlere bilet ücret kuralı/taşıma sözleşmesi şartı olarak da rastlanmaktadır. Bu kurallara aykırı bilet kullanımı halinde havayolu yolcuyu uçuşa kabul etmeyebilmektedir.

Bakırköy 3. Asliye Ticare Mahkemesinin böyle bir usulsüz ödül biletle İstanbul pekin uçuşu dönüşünde uçuşa kabul edilmeyip, ücretli bilet olarak İstanbul'a dönen yolcunun açtığı davada biletin havayolu ücret ve taşıma sözleşmesi ile sadakat program koşullarına uygun olmadığı **gerekçesi ile kabul görmüştür.** (Bakırköy 3. Asliye Ticare Mahkemesinin 2016/643 esaslı kararı)

Bu kararlar menfaatler dengesinin sağlanması anlamında anlamlıdır. Uzun vadede tüketicilerin menfaatlerinin her koşulda korunması pahasına sektör gerçeklerinin gözetilmemesi yine tüketici aleyhine sonuçlara neden olacaktır. Bu anlamda sürdürülebilirlik ve havacılık endüstrisinin farklı ürünler sunabilmesi adına bu pazarlama stratejilerinin uygulanması için geliştirilen ve bilet üzerinde yer verilen ücret ve rezervasyon kurallarının korunması önem arz etmektedir.

Sonuç olarak, bilet aksi ispatlanana kadar bilette adı yazanla havayolu arasında taşıma sözleşmesinin varlığına karinedir. Taşıma akdinin kurucu unsuru değildir, doğrudan bileten doğan bir hak bulunmadığından dar anlamda kıymetli evrak değildir. Yokluğu unsurlarının eksik oluşu havayolundan kaynaklanıyorsa akdin geçerliliğine etki etmese de, belli hallerde taşıyıcının sorumluluğun sınırlanmasından yararlanmasına engel olabilmektedir.

Ancak bilet üzerindeki koşulların yolcudan kaynaklanan sebeplerle eksik hatalı olması ya da bilet üzerindeki güzergah ve ücret rezervasyon kurallarına uyulmaması, biletin yetkili acenteden alınmaması, biletin taşıma şartlarında yollama yapılan taşıyıcının kurallarına uygun olmaması, ya da usulsüz temin edilmiş olması halinde taşıyıcı edimini ifadan kaçınabilmektedir.

SİVİL HAVA TAŞIMASINDA, BAGAJ AKSAKLIKLARINDAN TAŞIYICININ SORUMLULUĞU¹

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN

I. GENEL OLARAK

Havayolu ulaşımı: hızlı, güvenilir ve daha ekonomik olması nedeniyle tercih edilmektedir.

Bağaj aksaklıkları, sivil hava taşımadan kaynaklı en sık yaşanan ihtilaflardan biridir. Bağajla ilgili şu aksaklıklar görülmektedir:

- i) teslim edilen bagajın taşıma sırasında hasarlanması,
- ii) bagaj içindekilerin eksik teslimi,
- iii) bagaj içindekilerin kaybolması ve
- iv) bagajın geç teslimi.

Bu itibarla tebliğimizde; i) hava taşıyıcısının bagajın hasarlı, geç taşınması veya kaybı halinde sorumluluğu hakkında genel anlamda uygulanacak mevzuat ve taşıyıcının sorumluluğu, ihtilafın çözüm yerleri ve karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerileri ele alınmıştır.

II. UYGULANACAK MEVZUAT

İç hat ve dış hat taşımalarında ayrı ayrı düzenlenmiştir.

1. İç Hat Hava Taşımaları

İç hat taşımalarında 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK) uygulanmaktadır. TSHK’da hüküm bulunmaması halinde sırasıyla uluslararası sözleşmeler (Montreal/Varşova) ve TTK hükümleri uygulanacaktır (Bkz. TSHK m. 106).

2. Dış Hat Hava Taşımaları

Uluslararası hava taşımaları bakımından uçuş başlangıç ve varış yeri devletlerinin taraf olduğu Varşova veya 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu (çoğun-

¹ Dr. Öğr. Üyesi Fatih Aydoğan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı)

lukla Montreal Konvansiyonu) uygulanacaktır. Türkiye, hem Varşova hem de Montreal Konvansiyonuna (MK) taraftır.

III. TAŞIYICININ AKDİ SORUMLULUĞU

Taşıma işi, yolcuyla taşıyıcı arasındaki hava taşıma sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilmekte olup havayolu taşıyıcısının asli borcu “taşıma borcudur”.

TSHK m. 108 kapsamında bu borcun kapsamına, yolcunun beraberinde getirdiği bagaj ve kişisel eşyasını taşımak da dâhildir (Bkz. TSHK m. 108).

Yolcu da kişisel eşya ve bagajının taşınmasını taşıyıcıdan talep etme hakkına sahiptir. Taşıyıcının, bagajı teslim aldığı andan yolcuya teslim ettiği ana kadar yani hakimiyetinde bulundurduğu süre boyunca bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır (Bkz. TSHK m.121/2). Taşıyıcının bu yükümlülüğü, taşıma sözleşmesi gereği akdi bir yükümlülüktür.

Bu itibarla da taşıyıcının, yolcunun bagajını, taşıma sözleşmesine uygun olarak taşıma sorumluluğu bulunmaktadır.

IV. BAGAJ AKSAKLIĞINDAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

1. Bagaj aksaklığından taşıyıcının sorumlu tutulabilmesi için (hasar, gecikme veya kaybin) teslim edilmiş kayıtlı bagaj bakımından taşıma esnasında bir aksaklığın meydana gelmesi gerekmektedir (Bkz. TSHK m. 121).

2. Kanunda ve Konvansiyonda bagaj aksaklığı yaşayan yolcuya yazılı ihbar yükümlülüğü getirilmiş olup, belirtilen süreler içerisinde (bagaj hasarın öğrenilmesi halinde derhal bildirim, teslimden itibaren en geç 7 gün içerisinde, gecikme halinde en geç 21 gün içerisinde) ihbarda bulunulmaması halinde dava açılmayacağı düzenlenmiştir (Bkz. TSHK m.128/2, MK m.31/2).

Uygulamada taşıma sonrasında tutulan bagaj aksaklık raporları yazılı ihbar olarak kabul edilmekte olup, Kanunda/Konvansiyonda açıkça yazılı ihbar şartı düzenlendiğinden özellikle gözle görülebilir hasarlara ilişkin hasar raporunun, ilgili havalimanından ayrılmadan tutulması hasar ihbarının derhal yapıldığının ispatı bakımından önem arz etmektedir.

Yine uygulamada, ilk bakışta fark edilmeyen eksiklik ve hasar durumları bakımından yolcu şikâyet kayıtları ve e-posta yazışmaları ihbar olarak kabul edilmektedir. Hasar ve kaybin belirtilen süreler içerisinde ihbar edilmesi taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için çok önemlidir.

3. Bagaj aksaklık iddiasının, sözleşmenin tarafı olan ve bagaj kuponunda adına kayıtlı yolcu tarafından dile getirilmesi gerekmektedir. Nitekim taşıma

sözleşmesinin tarafı olmayan kişiler tarafından açılan davalarda, Yargıtay, davacının aktif dava ehliyeti olup olmadığının araştırılması gerektiği yönde karar vermektedir.

4. Taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin davaların iki (2) yıllık hak dürücü süre içerisinde açılması gerekmekte olup, bu sürede dava açılmazsa tazminat talep hakkı düşmektedir (Bkz. TSHK m. 131, MK m. 35)

V. TAŞIYICININ SORUMLULUKTAN KURTULMASI

Taşıyıcı; iç hat taşımalarında, bagaj aksaklıkları dahil olmak üzere; kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumlu olmaz (Bkz. TSHK m. 123). Dış hat taşımalarında ise; taşıyıcının “kusursuz sorumluluğu” kabul edilmiş olup, zarar, bagajın kalitesinin kötülüğünden kaynaklanan bir durumdan veya yolcunun kendi kusurundan kaynaklanmadığı sürece taşıyıcı her durumda sorumlu olacaktır (Bkz. MK m. 17/2).

VI. TAŞIYICININ SINIRLI SORUMLULUĞU

Bagaj aksaklıkları kaynaklı ihtilaflarda; taşıyıcının sınırlı sorumluluğu meselesi, ilgili taşıma iç hat taşıması dahi olsa, doğrudan Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere göre belirlenmektedir (Bkz. TSHK m. 124, Bkz. MK m. 22/2). MK m. 22/2 hükmü uyarınca, bagajla ilgili özel bir değer bildiriminde bulunulmadıkça, 28 Aralık 2019 tarihindeki güncellemeyle birlikte taşıyıcının sorumluluğunun sınırı 1288 SDR'dir. Sorumluluk sınırı, Konvansiyona göre beş senede bir güncellenmektedir.

Elbette 1288 SDR'lik bu tutar, her halükârda ödenmesi gereken bir meblağ olmayıp, Yargıtay uygulamasına göre, uğranılan gerçek zararın araştırılması gerekir. Bagaj aksaklığı neticesinde hükmedilebilecek tazminat ancak gerçek zarar olabilir. Bununla birlikte, zararın, taşıyıcının veya adamlarının zarar vermek kastı ile veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmal sonucunda meydana geldiği ispat edildiği takdirde öngörülen sorumluluk sınırları uygulanmayacaktır (Bkz. TSHK m. 126, MK m.22/5).

VII. BAGAJ AKSAKLIK İHTİLAFLARINDA GÖREVLİ MAHKEME VE MERCİLER

Bagaj aksaklıklarında; görevli mahkeme (mahkemelerin görev alanına giren ihtilaflar bakımından) yolcu bakımından seyahatin maksadına göre değişmektedir.

Ticari/mesleki maksatlı seyahatlerde Yargıtay, görevli mahkemenin, ticaret mahkemesi olduğunu kabul etmektedir.

Ticari/mesleki maksatla olmayan diğer seyahatlerde ise bagaj aksaklık ihtilafının maddi değerine göre tüketici hakem heyetleri veya tüketici mahkemeleri yetkilidir. Tüketici hakem heyeti başvuru sınırı her yıl güncellenmekte olup, 2021 yılı için 11.330 TL'nin altında kalan ihtilaflar için Hakem Heyetine Başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. Kanun koyucu bu hususu dava şartı olarak düzenlemiş olup, bu ihtilaflar bakımından Tüketici mahkemeleri nezdinde doğrudan dava açılmamaktadır (Bkz. 6502 S. Kanun m. 68/1).

Bu miktarın üzerinde olan yolcu talepleri de *dava şartı* olarak zorunlu arbuluculuğa tabi tutulmuştur. Tüketici hakem heyeti başvuru sınırı üzerinde olan ihtilaflar için tüketici mahkemelerinde direkt olarak dava açılmayacaktır (Bkz. 6502 S. Kanun m.73A).

VIII. BAGAJ AKSAKLIĞINDA MANEVİ TAZMİNAT

Yargıtay uygulamasına göre, bagaj aksaklığı neticesinde somut olayın durumuna göre manevî koşulları oluşmuşsa manevî tazminata hükmedebilmektedir. Buna göre, her durumda mutlaka manevî tazminata hükmedilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. TSHK m. 106 ve Montreal Konvansiyonu m. 29. birlikte değerlendirildiğinde bagaj aksaklıkları nedeniyle manevî tazminat talebinin tartışmalı olduğu söylenmelidir. Hükmedilebilecek maddi ve manevî tazminat miktarının her halükarda Konvansiyonda belirtilen sınırlı sorumluluk miktarını geçemeyeceği belirtilmelidir.

IX. TAVSİYELER

1. Uçak altı bagajda taşınması yasak olan eşyadan (kırılabılır, bozulabilir nitelikte eşya, değerli kağıt, para, mücevher, takı eşyaları gibi) dolayı kayıp/hasar durumunda taşıyıcı, bu eşyaya gelen zararlardan sorumlu değildir. Değerli eşyanızı uçak altı bagaja koymamanızı tavsiye ederiz.

2. Uçuş sonrasında bagaj kaybı/hasarı söz konusu olduğunda hava limanından ayrılmadan hasar/kayıp raporu tutulmalıdır. Aksi halde hasar/kayıp iddiası mesnetsiz kabul edilebilmektedir.

3. Hasar ve kayba ilişkin ihbar sürelerine (derhal/yedi gün) riayet edilmelidir. Aksi halde talep ve dava hakkı düşmektedir.

4. Bagaj kaynaklı talepler bakımından hakem heyeti başvuru sınırına ve arbuluculuk şartına dikkat edilmelidir.

COVID-19 SALGINI ÖZELİNDE HAVA TAŞIMALARI

Av. Arb. Pınar YILMAZ ÖZÇELİKEL

GİRİŞ

Ekonomik ve sosyal hayatın durma noktasında geldiği pandemi döneminde ekonominin büyük bir paydaşı olan hava taşıma sektörü en çok etkilenen sektörlerin başında gelmiştir. Bu çerçevede havacılık dünyasında pandemi sürecinin nasıl yönetileceği sorunsalı ortaya çıkmıştır.

Bu dönem özelinde otorite tarafından yapılan düzenlemeler, hava taşımalarında taşıyıcının muafiyet halleri ve yeni normal sürecinde kontrollü seyahat tedbirleri kapsamındaki taşımalarda hava yolu yolcusuna bulaş olması halinde taşıyıcının sorumluluğu konularının irdelenmesi önem arz etmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için Havayolu ile Seyahat Eden Yolcu Haklarına Dair Yönetmelikte yer alan haklar ve yükümlülükler ele alınacak, uçuş iptali kavramının açıklanması ve bu konunun yarattığı sonuçlara yer verilecek ve yapılan yönetmelik değişiklikleri neticesinde verilen muafiyetler kapsamında hava taşıyıcısı ve yolcuların hukuken sahip oldukları hak ve sorumluluklar üzerinde durulmasının ardından bulaş halinde taşıyıcının sorumluluğu konusu irdelenecektir.

A. GENEL OLARAK

Yeni normal olarak adlandırdığımız pandemi sürecinde alınacak önlemler noktasında aslında tüm seyahat edeceklerden beklenen belli başlı davranışlar olmakla birlikte konunun irdelenmesi öncesinde hava taşımaları denildiğinde akla gelen birkaç kavramın ele alınması gerekmektedir.

1. Taşıma Sözleşmesi Kavramı

Hava yolu taşıma sözleşmesi; taşıyıcının hava aracı ile eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi, yolcuyu varma yerine ulaştırmayı taahhüt ettiği; buna karşılık da eşya taşımada gönderenin ve yolcu taşımada

ise yolcunun taşıyıcıya taşıma ücretini ödemeyi borçlandığı bir sözleşmedir.¹ Tanımdan da ortaya çıktığı üzere yolcu ile hava taşıyıcısı² arasında öncelikle taşımanın hava aracı ile gerçekleştirileceği bir taşıma sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Bu sözleşme ile havayolu taşıyıcısı taşıma edimini gerektiği gibi ve zamanında yerine getirmeyi, yolcu ise ücret ödeme edimini yükümlenmektedir.

2. Yolcu kavramı

Sözleşmenin onaylanması ve yolcu biletinin alınması ile taşıyıcı ile yolcu arasındaki hukuki bağ kurulmuş olur. Buradaki yolcu ibaresi Yolcu Hakları Yönetmeliği'ndeki tanımı³ ile havayolu ile seyahat eden kişiler olup, yine yönetmelik, yolcu kavramını seyahati de motorlu ve sabit kanatlı hava araçlarıyla gerçekleştiren kişilerle sınırlandırmaktadır.

3. Bilet kavramı

Taşıma sözleşmesinin somut yansıması yolcu biletidir. Havayolu yolculuğunun iç hat (yurt içi) ve dış hat (yurt dışı) olmasına göre, yolcunun tabi olacağı hukuki düzenlemeler değişmektedir. Türk Hukuku'nda iç hat uçuşları için tabi olunan yasal düzenlemeler 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu ve bağlı yönetmelikler ile hüküm altına alınmış olup, uluslararası (dış hat) uçuşlar için Türkiye'nin taraf olduğu 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu'na başvurulması gerekmektedir.⁴ Gerek ulusal kanunlarımız için başvurduğumuz 2920 sayılı kanun, gerekse 26.03.2011 tarihi itibarıyla ülkemiz için yürürlükte bulunan 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu'nda yolcu bileti için belirlenen nitelikler yüksek oranda benzerlik arz etmekte olup, her ikisi yönünden de öncelik taşıyıcı tarafından yolcu biletinin düzenlenerek yolcuya verilmesidir.⁵ Taşıyıcı, yolcuyu

1 Gölcüklü, İ. (2018). *Hava Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Sözleşmeyi tanımlamamakla birlikte tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirtilmesi ile yetinildiği görülmektedir. "Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle, eşyayı varna yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyu varna yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır." TTK md 850/£2

2 Çalışmamızda hava taşıyıcısı kavramı ile kastedilen kavram aslen SHY-6A kapsamındaki "Ticari Hava İşletmeleri" dir. ; *Ticari Hava İşletmeleri, ticari amaçla, ücret karşılığında, hava araçlarıyla yolcu ve / veya yük taşımacılığı ya da diğer faaliyetlerde buluna gerçek ve tüzel kişilerdir.* (Erol, 2018)

3 Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik md. 4(1/r).

4 Bu konvansiyona tabi olmayan uçuşun diğer bacak ülkeleri açısından ise ülkemiz bakımından 23.06.1978 tarihinden itibaren 12.10.1929 tarihli Varşova Konvansiyonu ve bağlı 28.09.1955 tarihli Lahey protokolü ile 12.09.1998 tarihli Varşova/Lahey hükümlerini değiştiren Montreal 4 nolu protokolüne başvurulması gerekmele birlikte çalışmamızın konusu "yolcu hakları" ile sınırlı tutulduğundan bu konvansiyon ve bağlı protokollere ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmemiştir. Detaylı bilgi ve üye devletler için bkz. https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf

5 Hava Hukukuna dair tüm uluslararası sözleşmelere ve sözleşmelere taraf olan ülkeler için bkz. <https://www.icao.int/secretariat/legal/Lists/Current%20lists%20of%20parties/AllItems.aspx>

biletsiz veya bu yazılı nitelikler içeren bir bilet vermeden kabul etmiş ise, taşıma sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği etkilenmez, ancak taşıyıcı TSHK'nun sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanamaz.⁶

Yolcu olmanın da kişilere getirdiği bir takım hak ve yükümlülükler bulunmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler yolcu hakları kavramı başlığında ele alınmaktadır.

B. YOLCU HAKLARI

Havayolu ile seyahat eden yolcular ertelenen, geciken, iptal edilen uçuşlarla ve yine bazı hallerde yolculuğa kabul edilmeme durumunun yaşadığı uçuşlarla karşılaşabilmektedirler. İşte bu gibi durumlarda yolcu haklarının güvenceye alınması ve yolcuların büyük şirketlere karşı mağduriyetini engellemek yahut en aza indirmek açısından yolcu haklarının ulusal ve uluslararası belgeler kapsamında düzenlenmesi gerekmiştir.⁷

Yolcunun kendisine bahsedilen bu ek haklara sahip olması için öncelikle belli başlı hükümlere uyması gerekmektedir. Bu haklar ve yükümlülükler AB 261/2004 sayılı yolcu hakları tüzüğünde ve yine bu tüzükten bize kazandırılmış olan Yolcu Hakları Yönetmeliğinde⁸ (SHY-YOLCU) yer almaktadır.

I. Yönetmeliğin Getirdiği Yükümlülükler

Türk menşeli hava taşıma işletmelerinin Türkiye'deki havaalanlarına ya da havaalanlarından, yabancı menşeli hava taşıma işletmelerinin ise Türkiye'deki havaalanlarından gerçekleştirdikleri tarifeli ve tarifersiz tüm uçuşlar için;

İlgili uçuş için onaylanmış rezervasyona sahip olan,

Havayolunun bilet satışta belirttiği süreden önce check-in işlemlerini yapan,

Uçuş iptal durumu haricinde check-in'e başvuran yolcuları kapsamaktadır.

Ücretsiz seyahat eden yolcular ve doğrudan veya dolaylı olarak halka açık olmayan indirimli biletle seyahat eden yolcular ile biriktirilen mil veya puanlarla seyahat eden yolcular⁹ da yine bu hakların koruması altındadır.

6 Özdemir, T. (Eylül 2020). Uluslararası Sivil Hava Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı. *Uluslararası Taşıma Hukuku Konferansları Serisi* (s. 97-120). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

7 Avcı, Z. (2018). Sivil Havayolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Yolcu Hakları. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2, 473-501.

8 Doktrinde havayolu ile seyahat eden yolcuların haklarının kanunla düzenlenmesi gerektiği eleştirisi yapılmaktadır: Serdar, İlknur: "Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları", E- Journal of Yaşar University, November 2013 Volume 8, s. 2417-2418; Öztürk, Y. (2010). *Hava Hukuku I*. Samsun: Legal Yayıncılık, s.58

9 "...apply to passengers with tickets which were issued within the scope of a customer loyalty programme

II. Yönetmeliğin Kazandırdığı Haklar

Yönetmeliğin devreye girmesi halinde kazandırdığı haklar;

- Tazminat Hakkı
- İade-Güzergah Değişikliği Hakkı
- Hizmet Hakkı olarak sıralanmaktadır.

a. Tazminat Hakkı (Md.8)

Zarar karşılığında bir tazminat değildir. Yolcu nakit alabilir. Hediye bilet verilmesi, mile çevirme gibi ihtimallere zorlanamaz.

- Yurt içi (iç hat) taşımalarında 100 Euro'nun TL karşılığı,
- Yurt Dışı (Dış Hat) Taşımalarda,
 - *1500 km'ye kadar 250 Euro
 - *1500-3500 km arası 400 Euro
 - *3500 km üzeri 600 Euro TL karşılığı olarak verilmektedir.

b. İade-Değişiklik Hakkı (Md.9)

Yolcu bilet ücretinin iadesini isteyebilmektedir. Yine bileti ne şekilde aldıysa o şekilde iadeyi isteyebilir, aksine zorlanamaz. İadenin en geç yedi gün içerisinde yapılması gerekmektedir. Hak kapsamında yolculuğun başladığı ilk noktaya ücretsiz dönüş hakkı talep edilebilmektedir. Yine şartları uygun ise güzergâh değişikliği talep edebilir.

c. Hizmet Hakkı (Md.10)

Bu hak kapsamında konaklama hizmetinin yanında gerekli transfer işlemlerinin sağlanması, iletişimin sağlanması ve yiyecek-içecek imkanının sağlanması söz konusu olacaktır.

Yönetmeliğe göre üç durumun varlığı halinde hakların kullanımını devreye girecektir. Bunlar;

- Uçağa Kabul Edilmeme
- Uçuş İptali
- Uçuşun Gecikmesi halleridir.

Çalışmamızın Covid-19 Kapsamında olması ve pandemi sürecinde uçağa kabul edilmeme ve uçuş ertelenmesi gibi haklardan faydalandırıcı diğer durum-

or other promotional programmes by an air transportation company or travel organization.” Giemulla, Elmar M. and van Schyndel, Heiko (2011). International and EU Aviation Law Selected Issues, Kluwer Law International, The Netherlands, Chapter 10, s345

ların¹⁰ fiili imkânsızlık neticesinde yaşanmamış olması sebebi ile özellikle Uçuş İptali halinde hakların kullanımı konusunu değerlendirmek istiyoruz.

C. UÇUŞ İPTALİ

SHY- Yolcu Yönetmeliği, havayolu ile seyahat eden yolcuların sahip olduğu hakları ve bu hakların geçerli olduğu durumlar ile yolcuların uçağa kabul edilmediği, uçuşlarının iptal edildiği ve uçuşlarının ertelendiği durumlardaki asgari haklarını belirlemek ve düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır.¹¹ Bu amacın somutlaştırılması adına, havayolu ile seyahat eden yolcuların sahip olduğu hakların ele alınmasının ardından, hangi durumlarda bu saydığımız haklara müracaat edilebileceği sorusunun da yanıtlanma zarureti ortaya çıkmaktadır.

Uçuş İptali yaşanması durumunda başvurulabilecek haklar, SHY-Yolcu yönetmeliğinin 6. Maddesinde düzenlenmiş olup, yukarıda incelendiği şekliyle yolcuya sağlanacak haklardan tazminat hakkı, iade-güzergah değişikliği hakkı ve hizmet hakkına maddede atıf yapılmıştır.

Hava taşıma işletmesi tüm tedbirleri almış olsa dahi uçuşlardan birinin veya bir kaçının iptal edilmesi söz konusu olmuş ise bu halde yolculara 9. Madde de sayılan iade-güzergah değişikliği hakkının sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda yer alan bilet iadesinin yapılması, ücretsiz olarak seyahatin başlangıç noktasına döndürülmesi veya güzergah değişikliğinin sağlanması teklifleri uçuşun iptali halinde hava taşıyıcısı tarafından derhal sağlanacaktır.

Uçuş iptali konusunda özellik arz eden nokta aslında yolcunun 8. Madde kapsamındaki tazminat hakkını kullanmasında ortaya çıkmaktadır. Zira tazminat hakkının kullanımı açısından, iptalin ne zaman yolcuya bildirildiği hususu önem arz etmektedir. Bildirimin yapılması esas olduğundan yolcunun hava taşıma işletmesine iletişim bilgisini doğru ve eksiksiz şekilde bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde yolcunun yanlış veya eksik beyanda bulunması neticesinde hava taşıma işletmesi 8. Madde kapsamındaki sorumluluktan kurtulacaktır. Bu noktada yolcunun iptalden haberdar edilip edilmediği ve ne zaman haberdar edildiğine ilişkin ispat yükümlülüğü uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine aittir.

Öncelikle Havayolu şirketinin kendinden kaynaklanmayan olağanüstü hal sayılabilecek durumlar sebebiyle yaşanacak iptallerde ve uçuşa iki haftadan

¹⁰ Uçuşun gecikmesi, ertelenmesi ya da uçuşa kabul edilmeme (overbooking) durumlarında yolcu haklarından hangi/hangilerine başvurulabileceği yönündeki ayrıntılı açıklamalar çalışma konusunun kapsamı dışında kalmaktadır.

¹¹ Durgut, R. (2018/1). Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarının Türk Hukukunda Düzenlenişi. *Ankara Barosu Dergisi*, 191-217 ; SHY-YOLCU Md 1

uzun zaman kala yaptığı bildirimlerde tazminat ödeme zorunluluğu yoktur. Bunun haricindeki haller için bildirim zamanına uyar ise yine tazminat ödemeyecektir, şöyle ki;

i. Uçuşlarına iki hafta ila yedi gün arasında bir zaman kalmasından önce iptalden haberdar edilmez ve kendilerine planlanan hareket saatinden en fazla iki saat önce kalkacak ve planlanandan en fazla 4 saat sonra varmalarına olanak veren bir teklif yapılmalı ya da,

ii. Uçuşlarına yedi günden az bir zaman kalmasından önce iptalden haberdar edilmez ve kendilerine planlanan hareket saatinden en fazla bir saat önce kalkacak ve planlanandan en fazla iki saat sonra varmalarına olanak veren bir teklif yapılmalıdır. Aksi hallerde yolcu uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinden tazminat alma hakkına sahip olacaktır.¹²

D. COVID-19 KAPSAMINDA TAŞIYICININ MUAFİYET HALLERİ

31079 sayılı ve 25 Mart 2020 tarihli Resmî Gazete 'de "*Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-Yolcu) 'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*"¹³ yayınlanmış ve ilgili yolcu hakları yönetmeliğine geçici birinci madde eklenmiştir. 25.03.2020 tarihinde yayımı ile yürürlüğe giren yönetmelik tabiri caizse geriye yürüyerek hava taşıyıcılarını 05.02.2020 tarihi itibarıyla koruma altına almıştır. Korumanın kapsamı sürecin getirdiği belirsizlik sebebiyle açık bırakılmış ve uçuş yasaklarının kaldırılmasından iki ay sonuna kadar ötelenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, "COVID-19 salgını nedeniyle 5/2/2020 tarihinden itibaren uçuşun iptal edilmesi durumunda, bu iptaller sebebiyle uçuşu icra eden veya etme taahhüdünde bulunan hava taşıma işletmesi bahsettiğimiz tazminat, iade-güzergah değişikliği ve hizmet haklarından uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ay sonuna kadar muaf" tutulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, "COVID-19 salgını nedeniyle uçuşu iptal edilen yolcunun, hava taşıma işletmesinin boş koltuk durumuna bağlı olarak istediği bir tarih için biletle değişiklik yapma veya bileti açığa alma hakkı vardır" denilerek yolcu, "açığa alınıp kullanılmayan biletin iadesini uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ayın sonrasında hava taşıma işletmesinden alabilir" ifadesine yer verilmiştir.

Ek madde ile yolcu, yönetmelik ile kendisine sağlanan hakların bir süre dondurulması durumuyla karşılaşmıştır. Açığa alınan biletlere ilişkin kullanılmama

12 SHY-YOLCU Md.6

13 Resmi Gazete Tarihi/Yürürlük: 25.03.2020, Resmi Gazete Sayısı: 31079

halinde de yine birinci fıkradaki iki aylık sürenin geçmesi ile iade hakkı bakidir.

Ülkemiz açısından 1 Haziran 2020 tarihi itibarıyla iç hat uçuşları, 10 Haziran 2020 tarihi itibarıyla kademeli olarak dış hat uçuşları açılmış olmakla, yolcuların iki aylık sürenin hesabında kendi taşıma sözleşmelerine göre hareket etmeleri gerekmektedir birlikte, yolcuların ilgili kanunlar ve başta Montreal konvansiyonu olmak üzere uluslararası düzenlemelerden doğan tazminat haklarının saklı olduğu unutulmamalıdır.

E. PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ

Kamu otoritesinin yolcu haklarına getirdiği diğer düzenleme de Paket Tur Sözleşmeleri¹⁴ için olmuştur. 31128 sayılı ve 15 Nisan 2020 tarihli Resmî Gazete’de “*Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*”¹⁵ yayınlanmış ve ilgili yönetmeliğe “*Covid-19 salgını nedeniyle sözleşmenin feshi*” başlıklı geçici madde eklenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında “Bu Yönetmeliğin 16’ncı¹⁶ maddesi kapsamında yapılan bedel iadelerinin, fesih bildirimının paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde yapılması esastır. Ancak, COVID-19 salgını nedeniyle, 5/2/2020 tarihinden itibaren ifası öngörülen ve hava yolu ile ulaştırma içeren paket tur sözleşmelerine ilişkin bedel iadelerinde, paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından hava taşıma işletmelerine ödenip belgelendirilen uçuş bedeli, uçuş yasağı kalktıktan sonraki altmışıncı günü izleyen on dört gün içerisinde katılımcıya iade edilir” denilmiştir.

Maddenin kapsamı hava yolu taşıması ile taşımanın en az bir ayağının yapıldığı paket tur sözleşmeleri içindir. Birinci fıkra ile yönetmeliğin on altıncı mad-

14 Resmî Gazete Tarihi/Yürürlük: 14.01.2015, Resmî Gazete Sayısı: 29236; Yönetmelik 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 51 ve 84 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

15 Resmî Gazete Tarihi/Yürürlük: 15.05.2020, Resmî Gazete Sayısı: 31128

16 Sözleşmenin feshi başlıklı Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği Md:16 şu şekildedir: (1) Katılımcı, fesih talebini paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek kaydıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir. (2) Paket turun başlamasından en az otuz gün önce yapılan fesih bildirimlerinde, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar hariç olmak üzere, herhangi bir kesinti yapılmaksızın katılımcının ödemiş olduğu bedel kendisine iade edilir. (3) Paket turun başlamasına otuz günden daha az bir süre kala yapılan fesih bildirimlerinde, paket tur sözleşmesinde belirtilmek şartıyla belirli bir tutar veya oranda kesinti yapılabilir. (4) Katılımcının gerekli tüm özeni göstermesine rağmen öngöremediği ve engelleyemediği bir durum veya mücbir sebep nedeniyle paket turun başlamasına otuz günden daha az bir süre kala fesih bildiriminde bulunması halinde, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile üçüncü kişilere ödenip belgelendirilebilen ve iadesi mümkün olmayan bedeller hariç olmak üzere, herhangi bir kesinti yapılmaksızın katılımcının ödemiş olduğu bedel kendisine iade edilir. (5) Bu madde kapsamında yapılacak bedel iadelerinin, fesih bildiriminin paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde katılımcıya yapılması zorunludur.

desinin beşinci fıkrasına atıf yapılmış olmakla, burada belirtilen on dört günlük sürenin, donma süresi olarak tabir edilebilecek sürenin sonuna eklenmesi suretiyle kullanıldığı görülmektedir. Öyle ki; 05.02.2020 ‘den uçuş yasaklarının kalktığı tarihi izleyen altmışıncı gün itibariyle, maddedeki on dört günlük süre bedel iade süresi olacaktır.

31128 sayılı yönetmelik de, yolcu haklarında değişiklik yapan yönetmelikte olduğu gibi adeta geriye yürüyerek hava taşıyıcılarını 05.02.2020 tarihi itibariyle koruma altına almıştır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, “Katılımcının bilgilendirilmesi ve açık onayının alınması koşuluyla, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzer yasal yükümlülüklerden doğan masraflar hariç olmak üzere katılımcının ödemiş olduğu bedel, uçuş yasağı kalktıktan sonraki altmışıncı günü izleyen on dört gün içerisinde iade edilir” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere maddenin ikinci fıkrasıyla da belirtilen on dört günlük süre, askı süresi olarak tabir edilebilecek sürenin sonuna eklenmek suretiyle kullanılmaktadır. Uçuş yasaklarının kalktığı tarihi izleyen altmışıncı gün itibariyle, maddedeki on dört günlük süre bedel iade süresi olacaktır.

Bu yönetmelik değişikliği ile de hem paket tur kapsamında satın alınmış olan biletler açısından hem de ödenen bedellerin iadesi açısından Covid-19 salgınından etkilenen hava yolu taşıyıcısına ve düzenleyiciye otorite tarafından muafiyet sağlanmıştır.

F. HAVA TAŞIMASINDA YOLCUYA KORONAVİRÜS BULAŞMASI

Pandemi sürecinde alınacak önlemler noktasında aslında tüm seyahat edeceklerden beklenen belli başlı davranışlar bulunmakla birlikte, özellikle hava taşımalarında mobilitenin yoğun şekilde gerçekleşmesi sebebiyle sektördeki tüm paydaşların ve seyahat edecek yolcuların dikkat etmesi gereken hususlar çok daha elzem hale gelmektedir.

Sağlık bakanlığı tarafından uygulamaya konulan ve şehirler arası uçuşlarda yolcuların Covid-19 açısından herhangi bir risk taşıyıp taşımadığının paylaşılması ve salgının takip edilmesine yarayan HES (Hayat Eve Sığar) kodu uygulaması tüm taşıma türlerinde olduğu gibi hava taşımlarında sektörün ve yolcuların kullanma noktasında tabi olduğu zorunlu uygulamaların başında gelmekle birlikte pandemi sürecinin başlaması ile Dünya Sağlık Örgütü ve Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan rehberler doğrultusunda Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından da Covid-19 özelinde birtakım genelgeler ve bültenler yayınlanmıştır.

24 Mart 2020 Uçuş operasyon emniyet bülteni¹⁷, 27 Nisan 2020 Havaalanı Pandemi Tedbirleri ve Sertifikasyonu Genelgesi¹⁸ ve yine 1 Nisan 2021 tarihinde yapılan değişiklikler ile 31.07.2021 tarihine kadar geçerli olmak üzere Uçuş Operasyonları Kapsamında Covid-19 Tedbirlerini İçeren UOD-2020/3G Genelgesi¹⁹ bunlardan bazıları olmuştur.

Sektör de, hava taşıma sözleşmesinin tarafı olan yolcular da birkaçından bahsettiğimiz otoritenin bu ve benzer düzenlemeleri ve talimatları ile bağlıdır. Bu kurallar havayoluyla yapılan taşımalarda koronavirüsün bulaşmasını ve yayılmasını önlemeye yönelik olarak getirilen havacılık kurallarıdır. Bu şekilde havacılık alanında yapılan ulusal ve uluslararası düzenlemelerin tamamına kısaca havacılık kuralları denilmektedir.

Kurallara ilişkin bilinç bir yana bu doğrultuda yolcuya koronavirüs bulaşması halinde hava taşıyıcısının sorumluluğu yoluna gidilip gidilemeyeceği konusunun da irdelenmesi gerekmektedir ki bulaşın olması halinde bu hususun ulusal kanunlar ve uluslararası anlaşmalar yönünden tazminat sorumluluğu doğurup doğurmayacağı konusu tartışmaya açıktır.

Ulusal mevzuatımız sivil havacılık kanununun sorumluluk noktasında yaptığı göndermeye binaen ilk olarak tarafı olduğumuz 99 tarihli Montreal Konvansiyonun ele alınması gerekmektedir. Konvansiyon kapsamında taşıyıcı, yolcunun ölümü ya da bedensel yaralanması durumunda uğranmış hasara karşı sadece; ölüm ya da yaralanmaya sebebiyet veren kazanın hava aracında ya da iniş veya iniş faaliyeti sırasında meydana gelmiş olması halinde sorumludur.

Hava taşıma sözleşmesinin tarafı olan yolcuya bulaşıcı bir hastalığın bulaşmasının bedensel zarar olduğu noktasında tartışma yoktur ancak yolcunun bulaş neticesinde ölümü ya da salt bedensel zararın varlığı halinde hava taşıyıcısının sorumluluğunun tartışılabilmesi için öncelikle buradaki kaza kavramının irdelenmesi gereklidir.

Konvansiyonda olmamakla birlikte, mahkeme kararları ile yerleşik hale gelen bir kaza tanımı bulunmaktadır. Saks v. Air France davasına ilişkin verilen kararda²⁰ yapılan tanım çoğunluk mahkeme kararları ile kabul görmektedir. Bu kapsamda, kaza; hava taşımasının olağan işletiminden kaynaklanmayan, dışa-

17 Emniyet Bülten No : 2020-01, Bülten Revizyon No : 01, Tarih : 24-03-2020

18 <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sekorel/genelgeler/2020/Havaalani-pandemi-tedbirleri.pdf>

19 Sayı : E-51859319-010.06.02-5698, <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sekorel/genelgeler/2020/UOD-2020-3G-REV06.pdf>

20 Valerie Hermen Saks v. Air France, 470 U.S.392, 105 S.Ct. 1338 (1985), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/470/392.html>

rıdan gelen, beklenmedik veya olağandışı bir olay sonucu meydana gelen zarar olarak tanımlanabilmektedir.

Bir başka davada aynı şekilde kaza tanımı tekrarlanmış olup,²¹ mahkeme, uçağa binmek üzere yukarı çıkmakta olan yolcunun merdivende bulunan su dolayısı ile kayıp yaralanması olayında; havacılık kurallarına riayet edilmemesi ve gerekli önlemlerin alınmaması sebebi ile merdivenlerde su bulunmasının, olağan işleme aykırı, olağandışı ve beklenmedik bir durum olması neticesinde kazanın varlığını kabul etmiştir.

Aynı yönde yorumla; hava taşıyıcısı tarafından havacılık kurallarına riayet edilmemesi sebebiyle sağlıklı bir yolcunun virüse yakalanması da olağandışı ve beklenmedik sayılarak kanaatimizce kaza olarak nitelendirilebilecektir. İspat konusundaki zorluk bir yana, normalde olması gerekenin hava taşıyıcısı tarafından uygulanmaması neticesinde, yolcunun hava aracında ya da biniş-iniş işlemleri sırasında virüsü aldığıının tespiti halinde, doğmuş olan zarardan sorumlu tutularak taşıyıcı aleyhine tazminata hükmedilebileceği söylenebilecektir.

Kaza olarak nitelendirilme elbette hava taşıyıcısının sorumlu tutulabilmesi için yeterli bir kriter değildir. Zira, illiyet bağı kesen hallerin varlığı söz konusu olduğunda taşıyıcının sorumluluğuna gidilemeyecektir. Havacılık kurallarına yolcular tarafından uyulmaması halinde doğacak zarara yönelik olarak illiyet bağı kesilecek, yolcunun kendi kusurundan kaynaklı hastalanması ihtimali gündeme gelecektir.

SONUÇ

Salgın başlı başına gerek yolcu gerekse hava taşıyıcıları açısından bilinen ve hala içerisinde gün be gün yüzleşmekte olduğumuz bir durumdur. Ancak unutulmaması gereken burada olağandışı ve beklenmedik olan şeyin hastalığın varlığı değil, havacılık kurallarına uyulmamış olması durumu olduğudur. Hava terminalinin, yer hizmetlerinin kurallara uygun şekilde tutulması ve çalıştırılması, hava aracı içerisinde alınması gereken pandemiye yönelik önlemlerin kurallara uygun şekilde alınması ve yürütülmesi halinde havacılık kurallarının ihlal edilmesi söz konusu olmayacak ve koronavirüs bulaşımının gerek diğer paydaşlar gerekse hava taşıyıcısının ihmalinden kaynaklandığı iddiası nokta-

21 *Gezzi v British Airways*, 991 F.2d 603 (1993) , “...In any event, the presence of water on stairs that are used to provide access to an airplane, unlike a fistfight between passengers, relates directly to the process of embarking on the plane. The presence of water on the stairs qualifies as an “accident” because it was both “unexpected or unusual” and “external to” *Gezzi*. *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, 405, 105 S.Ct. 1338, 1345, 84 L.Ed.2d 289 (1985) («This definition [of accident] should be flexibly applied after assessment of all the circumstances surrounding a passenger’s injuries.») ...”, <https://casetext.com>

sında ispat oldukça zorlaşacaktır. Ancak elbette bu ihtimallerden hiçbiri yolcunun virüse maruz kalması halinde tazminat istemi yoluna başvurmasına engel olmayacaktır. Bu taleplerin ne şekilde ele alınıp sonuçlandırılacağına yönelik merakımızda mahkemelerin kararları ile şekillenecektir.

Kaynakça

- Avcı, Z. (2018). Sivil Havayolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Yolcu Hakları. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2, 473-501.
- Durgut, R. (2018/1). Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarının Türk Hukukunda Düzenlenişi. *Ankara Barosu Dergisi*, 191-217.
- Erol, Ö. F. (2018). *İdarenin Sivil Havacılık Alanında Hava Taşımacılığına İlişkin Faaliyetleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Giemulla, E. M., & Weber, L. (2011). *International and EU Aviation Law: Selected Issues*. The Netherlands: Kluwer Law International B.V.
- Gölcüklü, İ. (2018). *Hava Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Özdemir, T. (Eylül 2020). Uluslararası Sivil Hava Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı. *Uluslararası Taşıma Hukuku Konferansları Serisi* (s. 97-120). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Öztürk, Y. (2010). *Hava Hukuku I*. Samsun: Legal Yayıncılık.
- Serdar, İ. (November 2013 Volume 8). Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları. *E- Journal of Yaşar University*, 2327-2421.

TAŞIMA SÜRECİNDE HAPİS HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Turkyay ÖZDEMİR

I- GİRİŞ:

Lojistik ve Taşıma sözleşmelerinin ifası sürecinde, hizmet sağlayıcıların en önemli koruma kalkmanı hapis hakkı olmaktadır. Öyle ki, depo-ardiye, taşıma, bekleme ve sair tüm alacak hakları için taşınan veya depolanan mal üzerinde hapis hakkı vardır. Aksine sözleşme ile vade-cari hesap sözleşmesi veya bu haktan feragat söz konusu değilse, malı çekmek isteyen karşı lojistik işletmelerinin en önemli savunması hapis hakkı kullanımını olacaktır.

Öte yandan hapis hakkı iddiası için önce iddia sahibinin alacaklı olması gerekir. Alacaklılık somut verilere dayanmadığında, soyut alacak iddiası ile mala hapis hakkı uygulaması belki de güveni kötüye kullanmaya kadar varacak haksız fiil ve suç unsurlarını da içinde barındırabilir.

Alıcı-gönderilenin havuç olarak gördüğü ithal malına kavuşmak için hapis hakkı çok önemli bir sopa olarak kullanılmaktadır. Zira hapis hakkı iddiası ve taşıyan-taşıyıcının malı alıcısına-gönderilene teslim etmekten imtina etmesi karşısında alıcı-gönderilen hapsi hakkı baskısı altında katlanılması gerekmeyen gerçekte alacak teşkil etmeyen birçok ödeme yapılmak durumunda kalınmaktadır.

. Genel hapis hakkı bilgilendirmesi ve özellikle hapis hakkının kötüye kullanılması ihtimallerini belirttikten sonra; alt taşıyıcı, alt komisyoncu veya alt acente gibi roller üstelenerek taşıma sürecinde görev üstlenen taşıma ve lojistik işletmecilerinin hapis hakkının varlığı ve kapsamı konusunda ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerilerinden söz etmeye çalışacağım.

Öncelikle mevzuatta hapis hakkına yer vereceğim. Sonra bu mevzuat ve Yargı kararları karşısında olması gerekenlerden ve ZAMAN KALIRSA DA çözüm önerilerinden söz etmek istiyorum.

II- Lojistik ve Taşıma Mevzuatında Hapis Hakkı:

A- TMK'da Hapis Hakkı:

Belirtmek gerekir ki, hapis hakkı yasal bir rehin hakkı türü olarak TMK 950 – M.953 ile düzenlenmiş, diğer tüm mevzuatta hapis hakkı düzenlenirken TMK

hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmiştir. Bu uygulama yerinde bir uygulamadır. Sadece “deniz ticareti alanında farklılaşan bazı hükümler” yer almaktadır. Ancak temel hükümlerin TMK hükümleri ve paraya çevirme için İİK hükümleri olduğu açıktır. Bu nedenle TMK hükümlerinde hapis hakkını anlamadan lojistik ve taşıma sürecinde hapis hakkını tam kavrayamayız.

Taşınır rehni başlığı altında düzenlenen hapis hakkı hükümleri:

“I. Koşulları Madde 950- Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Zilyetlik ve alacak ticarî ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır. Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınurlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur.”

- Burada belirtildiği gibi “...**borç ödeninceye kadar...**” hapis etmek esasında muaccel borcun alacaklısının takibe girişmesi ve alacağını “rehnin paraya çevrilmesi suretiyle takip” etmesini gerektirir. İlanihaye bekleme ve malı vermemek TMK m. 2 hükmüne aykırı olur. Bu yönüyle hükmün hatalı ifade edildiği açıktır. Kaldı ki, TMK m. 953 hükmünde de teminata bağlama veya ödeme olmazsa paraya çevirmeyi öngörmektedir.

- Haksız hapis hakkı riski söz konusu olduğunda, M.953 hükmüne göre menkul mal veya evrak ilgisininin “teminat sağlayarak” serbest bıraktırmak seçeneğini kullanarak maliyetlerin artmasını önlemesi beklenir.

- “...**Tacirler arasında bu bağlantı varsayılır.**” İfadesi de ancak “kendisi için zilyet olan tacir ile borçlusu arasında varsayılır anlamına gelmektedir. Taşyıcı-lojistik firmaları-depo ve antrepolara bakınca, kendisi için zilyet olmadığından, her halde yük ilgilisi ile olan ticari ilişkisinde başkaca alacakları için bir partide gelen mala hapis hakkı kullanılabilmesi şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira lojistik faaliyetlerinde hapis hakkı ancak o faaliyete dair sözleşme kaynaklı alacak için taşınan veya faaliyete konu mala hapis hakkı imkanı vermektedir. Bu hususta aşağıda özel hükümleri irdelediğimizde bu kanaatimizin teyit edildiği görülecektir.

“II. Ayrık durumlar Madde 951- Nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınurlar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz. Alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hâllerde de hapis hakkı kullanılamaz.”

- Özel sözleşme şartıyla hapis hakkı kullanımı imkanının ortadan kaldırılabileceği, nitekim taşıma ve lojistik süreçlerinde “*peşin ödeme kayıtları*” ile hapis hakkı kullanım imkanının ortadan sıklıkla kaldırıldığı görülmektedir.

- Yine “...*paraya çevrilmeye elverişli olmayan...*” mallara hapis hakkı kullanılamaz. Bu ifade çok önemlidir. Hangi malların paraya çevrilmesi elverişli değildir? Özellikle “*tailor made*” tabir edilen özel imalatlarda malın değeri 100 bin dolarlarla anılırken, satışından sadece 10 bin dolar gibi hurda bedeli elde ediliyorsa; malın paraya çevrilmesi elverişli olmadığı değerlendirilmek gerekir. Tabi bu husus yine **TMK m. 2 testine tabi tutulmalıdır.**

“III. Borç ödemedен aciz Madde 952- Alacaklı, borçlunun ödemedен acze düşmesi hâlinde, alacağı muaccel olmasa bile, hapis hakkını kullanabilir. Borç ödemedен aciz, taşınırın tesliminden sonra meydana gelmiş veya daha önce meydana gelmiş olmakla beraber alacaklı bu durumu teslimden sonra öğrenmiş ise; o şeyin belli bir yönde kullanılacağı konusunda alacaklı tarafından yüklenilmiş bir yükümlülük veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla bağdaşmasa bile, alacaklı hapis hakkını kullanabilir.”

- Özellikle uluslararası taşımalarda, yurt dışı navlun borçlusunun ödemedен acze düştüğü iddiası ile sınır kapısında hapis hakkı kullanılması yaygındır. Oysa, gerçekten böyle bir aciz durumu olup olmadığının çözümlenmesi bile aylar almakta, yükün bir an önce taşınması gerekmektedir. Bu durumda, haksız kullanılan hapis hakkı vadeli veya taksitli anlaşılan ödemenin peşinen alınmasını sağlayabilmektedir.

- Yine ardıl taşıyıcılar, üst akdi taşıyıcılarının sorumluluğunda olan navlun alacakları için gerçek hak sahibine karşı hapis hakkı ileri sürmekte, böylece asıl borçlularından olan alacaklarını belki de önceden akdi taşıyıcıya veya gönderen peşinen ödeyen gönderilen-alıcıdan bir kere daha hapis hakkı baskısı altında tahsil edebilmektedir.

“IV. Hükümleri Madde 953- Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsediği şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir. Üzerinde hapis hakkı bulunan nama yazılı kıymetli evrakın paraya çevrilmesi için icra dairesi, borçlu yerine gerekli işlemleri yapar.”

- Alacaklı çoğu zaman malı tutmaya ve böylece faiz veya masraf ya da saklama hizmeti, demuraj-detention gibi gelirler hesaplamaya devam etmektedir. Bu nedenle paraya çevirme sürecini derhal işletmemekte, malı uzunca süreler tutmayı tercih etmektedir. Ticari hayatta zaman önemlidir. Burada “... *paraya*

çevrilmesini isteyebilir....” Hükümünün geniş yorumlanmaması, bir an önce, ödeme veya teminat sağlanmayacağı anlaşılır anlaşılmaz derhal takip süreci başlatılması beklenmelidir. Zira oluşan maliyetler TMK m. 2 hükmü ile açıklanamayacak boyutlara varmamalıdır.

B- TTK’da Acentenin Hapis Hakkı:

6102 sayılı TTK m. 119 incelendiğinde, “(1) Acente, müvekkilindeki bütün alacakları ödeninceye kadar, acentelik sözleşmesi dolayısıyla alıp da gerek kendi elinde gerek özel bir sebebe dayanarak zilyet olmakta devam eden bir üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır ve kıymetli evrak ile herhangi bir eşyayı temsil eden senet aracılığıyla kullanabildiği mallar üzerinde hapis hakkına sahiptir. (2) Müvekkile ait mallar acente tarafından sözleşme veya kanun gereği satıldığı takdirde, acente bu malların bedelini ödemekten kaçınabilir. (3) Müvekkil aciz hâlinde bulunduğu takdirde, acentenin henüz muaccel olmamış alacakları hakkında da birinci ve ikinci fıkra hükümleri uygulanır. (4) Türk Medenî Kanununun 950 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, 951 ilâ 953 üncü maddeleri hükümleri saklıdır.”

- Eğer taşıma acentesi müvekkili taşıyan ile olan ticari ilişkisinden dolayı gerek çıkış veya gerekse varış yerinde çeşitli faaliyetlerde bulunmuş ve alacaklanmış ise ancak müvekkili taşıyanın-taşıyıcının sahibi olduğu mallara hapis hakkı uygulayabilir. Acente kendi alacağı için taşınan veya ardiyede bulunan mala hapis hakkı uygulayamaz.

- Acente taşıma ve sevk evrakı üzerinde ve taşınan mal üzerinde ancak müvekkili için müvekkili adına ve müvekkili hesabına hapis hakkı uygulayabilir. Burada, taşıyıcının alacaklarını güvence altına almak için böyle bir hak kullanıldığında menfaat doğrudan müvekkiline ait olacaktır.

- Müvekkilinden emir ve talimat ile bu hakkı kullanabilir. Yine malın teslimini engellemek ve kendine menfaat sağlamak şeklinde değil, müvekkilinin alacaklarını garantiye almak amacıyla bu hak kullanılmalıdır.

C- TTK 4. Kitapta Taşıyıcının Hapis Hakkı

TTK m.891 incelendiğinde “**(1) Taşıyıcı, taşıma sözleşmesinden doğan bütün alacakları için Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca eşya üzerinde hapis hakkını haizdir. Hapis hakkı, 860 ıncı maddedeki refakat belgelerini de kapsar. (2) Taşıyıcının, eşyayı zilyetliğinde bulundurduğu veya eşya üzerinde konişmento ve taşıma senedi aracılığı ile tasarruf hakkına sahip olduğu sürece, hapis hakkı vardır. (3)Rehnin paraya çevrilmesine yönelik**

bildirim gönderilene yapılması şarttır. Gönderilen bulunamıyorsa veya malı teslim almayı reddediyorsa, bildirim gönderene karşı yapılır.”

- Görüldüğü üzere doğrudan TMK m.950-953 hükümlerine atıf yapılmış, uygulama ve kapsam aynı tutulmuştur. Ancak burada önemli husus “... **Taşıma sözleşmesinden doğan bütün alacakları...**” kavramıdır. Taşıma sözleşmesinden doğan denildiğinde;

a) Çerçeve taşıma ve lojistik sözleşmesi değil, TTK m. 850 manasında ve yine m. 856 manasında taşıma sözleşmesidir.

b) Birden çok taşıtla toplu taşıma sözleşmelerinde, toplam yük için bir taşıttaki yüke hapis hakkı kullanılabilir.

c) Alacakları için alacakları karşılamak üzere, bölünebilir yüklerde, alacakla uyumlu bir miktara hapis hakkı uygulanması gerekir.

d) 3.fıkra rehlin paraya çevrilmesi süresini öngörmekte ve he ne kadar navlun ve masraf borçlusu gönderen de olsa, gönderilene bildirim şart koşmaktadır. Bu da çok önemli bir husustur. Zira, alıcı bu ödemeleri yaparak malları çekme iradesi gösterebilir.

e) Burada tacirler arasında her halde alacak ile mal arasında irtibat varlığı yönünde TMK tacirler arası ilişkiye dair hükmünün UYGULANABİLİR OLMADIĞI, maddede geçen doğrudan taşıma sözleşmesine yapılan atıftır. Taşıma sözleşmesi atfı sadece o mala veya o mallara ilişkin sözleşme olması halinde hapis hakkına cevaz vermektedir. Bunun pratik önemi büyüktür. Zira malın göndereni çeşitli sebeplerle birçok borcun borçlusu da olsa; malın gönderileninin bundan bir haberi yoktur. Gönderilen sadece o yüke ilişkin ödemelerle malı hapis hakkından kurtarabilmelidir.

- Maddede geçen “...**tasarruf hakkına sahip olduğu sürece...**” ifadesi yanıltıcıdır. Esasen taşıyıcının emir ve talimat ile ya da taşıma/teslim engeli dışında böyle bir tasarruf hakkı yoktur. Taşıyıcı “yük ilgisi için” zilyettir. Kendisinin kullanma-yararlanma veya tasarruf hakkından söz edilemez. Bunun iki istisnası, emir ve talimat alınmaması hali ile hapis hakkı iddiasıdır.

- Taşıyıcı veya acentesi, taşımakta olduğu malın “**başkası için zilyedi**” olduğunu unutmamalı, emanetçi edası ile mala özen göstermelidir. Aksi takdirde “**güveni kötüye kullanma**” riski altında olduğu gözetilmelidir.

D- Taşıma Sürecinde Birden çok taşıyıcı ve Hapis Hakkı

TTK m.892 ve m.893 hükümleri uygulamada büyük sorunlar olan bir alanı düzenlemektedir. Aşağıda Yargıtay kararlarında özel olarak vurgulanan “**sözleşmelerin nispiyeti prensibi**” gözetilerek bu maddenin yorumlanması gerekmektedir: “(1) Eşyanın birden çok taşıyıcı tarafından taşınması hâlinde, eşyanın tesliminde; son taşıyıcı önceki taşıyıcıların alacaklarını tahsil etmek zorunda ise, önceki taşıyıcıların sahip oldukları hakları, özellikle hapis hakkını kullanır. Son taşıyıcı hapis hakkını haiz olduğu sürece, önceki taşıyıcıların hapis hakkı varlığını sürdürür. (2) Önceki taşıyıcının alacağı, sonraki taşıyıcı tarafından ödenirse, öncekinin alacak ve hapis hakkı sonrakine geçer. (3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, taşımaya katılmış olan taşıma işleri komisyoncusunun alacakları ve hakları için de uygulanır.

- Özellikle ilk taşıyıcının tüm navlunu tahsil ettiği ve sonraki taşıyıcılara ödeme yükümlülüğü olduğu halde ödememesi durumunda mala ve taşıma evrakına sonraki taşıyıcının hapis hakkı kullanabilip kullanamayacağı hususu önemli sorundur.

- Son fiilen elde bulduran taşıyıcı hapis hakkını haiz olduğu sürece öncekileri için de hapis hakkını kullanabilir. Ancak yasal bir hüküm olmakla birlikte bu hakkı kullanmaz, kendi alacağını alarak malı teslim ederse sorumlu tutulabilir mi?

- Sonraki taşıyıcı akden üstlenmediği ödemedi sorumlu tutulabilir mi? Taşıma işleri komisyoncusunun veya taşıma işleri organizatörünün alacakları için de sonraki taşıyıcı hapis hakkını kullanabilir. Ya kullanmaz kendi alacağını alır malı teslim ederse komisyoncu ve organizatörlere karşı da sorumlu olacak mıdır?

E- Hapis Hakkında Sıra:

TTK m.893 hükmü ile düzenleme “**Birden çok hapis hakkının sırası: (1) Aynı eşya üzerinde eşyanın taşınması ile bağlantılı birden çok hapis hakkı varsa, bunlardan eşyanın taşınması ile doğrudan doğruya bağlantılı olan hapis hakları diğerlerinden önce gelir. Sonuncular bakımından ise, sonradan doğmuş olanlar öncekilerden önce gelir.**” Şeklinde dir.

- Taşıma işi ile ilgili alacaklar için kullanılan hapis hakkı satış bedelinden karşılamada ön sırada yer almaktadır. Sıranın önemi, hapis hakkından kaynaklı paraya çevirmeden bedelden yararlanma sırasındadır.

- konulu olan alacaklar açısından ise tarihte öncelik esası kabul edilmektedir. Burada muacceliyet değil alacak hakkının doğumunda önceki tarihe itibar

edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kanaatimce burada alacak hakkının doğumu değil, muacceliyetin esas alınması hususu da tartışılmak gerekir.

F- Yolcu Taşımada Hapis Hakkı:

Yolcu taşımalarında, m.913 gereği; “(1) *Taşıyıcı, seyahat ücretinin teminatı olarak, Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca bagaj üzerinde hapis hakkını haizdir.*”

Denizde yolcu taşımalarında m.1254 gereği “(1) *Taşıyan, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan bütün alacakları için, Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca yolcuya ait bagaj üzerinde hapis hakkına sahiptir.*”

G- Taşıma İşleri Komisyoncusu ve Taşıma İşleri Organizatörünün Hapis Hakkı:

TTK m. 921, m. 926 ve m. 927 hükümlerine göre taşıma işleri komisyoncusunun taşıma işleri organizatörü yani taşıyıcı sayılan komisyoncu olması söz konusudur. Bu ayırım olmaksızın, komisyoncunun alacakları için hapis hakkı tanınmıştır.

TTK m.923 hükmünde, “(1) *Komisyoncu, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinden doğan bütün alacakları için Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca eşya üzerinde hapis hakkına sahiptir. Bu konuda ayrıca, 891 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile üçüncü fıkrası hükümleri de kıyas yoluyla uygulanır.*”

TTK m.924 ise birden çok komisyoncunun hapis hakkı ile ilgili olarak “(1) *Taşımaya, taşıyıcıdan başka, bir de taşıma işleri komisyoncusu katılıyorsa ve eşyayı bu komisyoncu teslim edecekse, komisyoncu hakkında taşıma sözleşmesine ilişkin 892 nci madde hükmü kıyas yoluyla uygulanır.*” İfadesi ile; birden çok komisyoncu olması durumundaki sonraki komisyoncunun hapsi hakkının öncelikli sırada olacağı anlaşılmak gerekir.

TTK m.925 de benzer şekilde ödemede bulunanın ödemeyi alana halef olacağı ve halefiyete dayalı olarak hapis hakkını uygulayabileceğini **düzenlemiştir.** “(1) *Önceki taşıyıcı veya taşıma işleri komisyoncusunun alacakları, sonraki taşıma işleri komisyoncusu tarafından ödenirse, önceki komisyoncu veya taşıyıcının istem ve hapis hakları sonraki taşıma işleri komisyoncusuna geçer.*”

H- Deniz Ticaretinde Kiraya verenin Hapis Hakkı:

Kira ödeme borcu ve teminatı

MADDE 1128- (1) *Kira bedeli, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, bu hususta anlaşma yoksa geminin zilyetliğinin sözleşme şartları çerçevesinde kiracıya devredildiği günden başlamak üzere aylık olarak ve peşin ödenir.*

(2) *Kiraya veren, gemi kira sözleşmesinden doğan bütün alacakları için kiracıya ait taşınır ve kıymetli evrak üzerinde Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca hapis hakkına, kiracıya ödenecek navlun ve diğer alacaklar üzerinde aynı Kanunun 954 ilâ 961 inci maddeleri uyarınca alacak rehnine ve kiracıya ödenecek navlunu teminat altına almak üzere 1201 inci maddeye göre tanınan hapis hakkına sahiptir; şu kadar ki, borçlular, alacak rehni kendilerine bildirilmediği takdirde kiracıya yapacakları ödemeyle borçlarından kurtulurlar.*

- Hem kiracının alacakları üzerinde yasal alacak rehni, hem de hapis hakkı birlikte tanınmıştır.

I- Zaman Çarteri Sözleşmesinde Hapis Hakkı:

MADDE 1136- (1) *Tahsis ücreti, geminin ticari yönetiminin, sözleşme şartları çerçevesinde fiilen tahsis olunana bırakıldığı günden başlamak üzere aylık olarak ve peşinen ödenir.*

(2) *Geminin hareketsiz kaldığı sürenin en az yirmidört saati geçmiş olması şartıyla, ticari bakımdan yararlanılabilir bir durumda olmadığı süre için ücret ödenmez.*

(3) *Tahsis eden zaman çarteri sözleşmesinden doğan bütün alacakları için, tahsis olunana ait taşınır ve kıymetli evrak üzerinde Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca hapis hakkına, tahsis olunana ödenecek navlun üzerinde aynı Kanunun 954 ilâ 961 inci maddeleri uyarınca alacak rehnine ve bu navlunu teminat altına almak üzere 1201 inci maddeye göre tanınan hapis hakkına sahiptir; şu kadar ki, navlun borçlusu, alacak rehni kendisine bildirilmediği takdirde tahsis olunana yapacağı ödemeyle borcundan kurtulur.*

- Kira sözleşmesi ile aynı içerikte düzenlenmiştir.

I- Navlun Sözleşmesinde Hapis Hakkı:

II- Hapis hakkı

Genel olarak

MADDE 1201- (1) *Taşıyan, navlun sözleşmesinden doğan bütün alacakları*

*için Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca eşya üzerinde hapis hakkına sahiptir. Hapis hakkı, eşya, taşıyanın zilyetliğinde bulunduğu sürece devam eder; teslimden sonra dahi, **otuz gün içinde mahkemeye müracaat edilmek ve eşya henüz gönderilenin zilyetliğinde bulunmak şartıyla, hapis hakkından doğan yetkilerin kullanılması mümkündür.***

(2) Hapis hakkı, sadece, üzerinde hapis hakkı kullanılan eşyanın taşındığı yolculuktan doğan alacakları teminat altına alır.

*(3) Hapis hakkı ancak **alacağı teminata alacak miktardaki eşya üzerinde kullanılabilir; ancak, müşterek avarya ve kurtarma alacakları için taşıyan, eşyanın tümü üzerinde hapis hakkı kullanabilir.***

- Açıkça ancak o navlun sözleşmesi ve o yolculuk kaynaklı alacaklar için hapis hakkı kullanılabilmesi hükmü karşısında, önceki veya başkaca alacaklar için kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır.

- Teslimden sonra dahi 30 gün süre ile hapis hakkı devam etmesi hususu, kolayca uygulanabilir bir hak değildir. Ancak özellikle liman, antrepo veya geçici depolama yerine teslim ile sona eren taşıma süreci sonunda bu aşamalarda iken hapis hakkı kullanılması kolay olabilir.

- Burada özellikle “...**ancak alacağı teminata alacak miktardaki eşya üzerinde...**” hapis hakkı kullanılabilmesi düzenlemesi tüm taşıma ve lojistik süreçleri bakımından geçerli olmak gerekir. Kıyasen uygulanabilir bir hükümdür. Bölünemez yüklerde bu husus yükün tamamına hapis hakkı uygulamasına mani değildir.

2. Gönderilene karşı hapis hakkının kullanılması

MADDE 1204- (1) Gönderilen, eşyanın teslimini istediği andan itibaren, sadece 1203 üncü maddede öngörülen alacaklar için hapis hakkının kullanılmasına katlanmak zorundadır; diğer alacaklar için hapis hakkı kullanılamaz.

(2) Bu takdirde, 1398 ilâ 1400 üncü maddelere göre yürütülecek takiplerde, borçluya yapılması gereken bildirim ve tebliğler gönderilene yapılır. Gönderilen bulunmaz veya eşyayı teslim almaktan kaçınırsa, bildirim ve tebliğlerin taşıtana yapılması gerekir.

(3) Eşya yalnız bir navlun sözleşmesine dayanılarak taşınmış olup da birden çok konişmentoya veya diğer bir denizde taşıma senedine dayanılarak çeşitli gönderilenlere teslim edilecekse, hapis hakkı, her konişmentoya veya diğer bir denizde taşıma senedine isabet eden alacaklar için ayrı ayrı kullanılır.

J- Müşterek Avaryada Hapis ve yasal alacak rehni hakkı:

II- Alacaklıların rehin hakları

Genel olarak

MADDE 1275- (1) Alacaklılar, gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkına, garameye girecek eşya üzerinde Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca hapis hakkına ve navlun üzerinde aynı Kanunun 954 ilâ 961 inci maddeleri uyarınca alacak rehnine sahiptirler.

3. Hapis hakkının kullanılması

MADDE 1277- (1) Kaptan, garame payları ödenmedikçe veya 1201 inci madde gereğince, bunlar için teminat gösterilmedikçe garameye iştirak edecek eşyayı teslim edemez; ederse kendisi de bu paylardan şahsen sorumlu tutulur.

(2) Kaptanın hareket tarzını donatan emretmişse 1089 uncu maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır.

(3) Alacaklıların garameye giren eşya üzerindeki hapis hakkı, alacaklılar adına taşıyan tarafından 1201 inci madde hükümlerine göre kullanılır.

K- Kurtarma Yardımda Kurtaranın Hapis Hakkı:

5. Rehin hakları

MADDE 1315- (1) Kurtarma ücreti alacaklarından dolayı kurtaran, kurtarılan gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkını ve kurtarılan diğer eşya üzerinde Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca hapis hakkını haizdir.

L- Hapis Hakkına Dayanan Rehnin Paraya Çevrilmesinde Özel Usul:

D) Eşya hakkında

I - Hapis hakkı için defter tutulması

MADDE 1398- (1) İcra ve İflas Kanununun 270 ve 271 inci maddeleri, bu Kanun hükümleri uyarınca eşya üzerinde doğan hapis hakkının paraya çevrilmesinde de uygulanır.

(2) İcra ve İflas Kanununun 270 inci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen süre, eşya üzerinde doğan hapis haklarının paraya çevrilmesinde onbeş gündür.

(3) Eşya üzerinde doğan hapis hakları, teminat altına alınan alacaktan ayrı ve bağımsız olarak yargılama veya icra konusu yapılamaz.

II - İlamlı icra

MADDE 1399- (1) Hapis hakkıyla teminat altına alınan alacak, bir ilama veya ilam niteliğindeki belgeye dayanıyorsa, alacaklı, defterin tutulmasından başlayarak onbeş gün içinde taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapar. Şu kadar ki, takip konusu ilamda veya ilam niteliğindeki belgede hapis hakkı da belirtilmemişse, borçlu hapis hakkına itiraz edebilir. Bu durumda, İcra ve İflas Kanununun 147 nci maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendi uygulanır.

III - İlamsız icra

MADDE 1400- (1) Hapis hakkıyla teminat altına alınan alacak, bir ilama veya ilam niteliğindeki belgeye dayanmıyorsa, alacaklı, defterin tutulmasından başlayarak onbeş gün içinde taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip yapar. Borçlu, alacağa veya hapis hakkına veya her ikisine birden itiraz edebilir. Bu itiraz hakkında İcra ve İflas Kanununun 147 nci maddesi uygulanır.

- Takip konusu borca itiraz,
- Takip konusu rehne itiraz,
- Takip konusu borç ve rehne birlikte itiraz,

İİK m.270 – Kiralayan evvelce yapılması lazımgelen icrai takibi yapmadan haiz olduğu hapis hakkının muvakkaten muhafazası için icra dairesinin yardımını isteyebilir. (B.K. 267, 269, 281). Teehhüründe tehlike varsa zabitanın yahut nahiye müdürünün de yardımı istenebilir.

İcra dairesi üzerlerinde hapis hakkı bulunan eşyanın bir defterini yapar ve rehinleri paraya çevirme yoluyla takip talebinde bulunması için kiraliyana on beş günü geçmemek üzere münasip bir mühlet verir.

M- Sorunlar ve Çözüm Önerileri:

1- Taşıyıcı navlun ve masraflar için ne zaman itibarı ile hapis hakkı kullanılabilir?

Taşıyıcı ancak taşıma sözleşmesine göre alacağı muaccel hale geldiğinde hapis hakkı kullanabilir.

Eğer bir taşıyıcının navlun alacağı peşin ödeme veya taşıma sürecinde taksitler halinde ödenmek üzere anlaşma yapılmış ise; peşinatın veya taksitlerin zamanında ödenmemesi halinde hapis hakkı derhal kullanılabilir. Bu durumda, taşımaya devam etmeyen taşıyıcının “taşıma engeli” iddiası ile taşımayı dur-

durması mümkündür. Alıcı-gönderilen taşımanın sürmesini istiyorsa bu engeli kaldırmak için ödemeyi yapmak durumunda kalabilir.

2- Alt taşıyıcı taşıma sürecinden akdi taşıyıcı-taşıma işleri komisyoncusu veya organizatörle olan anlaşmasına karşın, ödemeyi alamadığında hapis hakkı kullanılabilir mi?

- YARGITAY 11. HD, E. 2015/6665, K. 2016/4685, T. 26.4.2016 kararı özetle;“...*dava dışı firmanın madeni yağları davalıya teslim edilmek üzere taşıyacağı, navlun bedelinin ...'ye ödeneceği, taşımanın taşeronlar aracılığı ile de yapılabileceği, davacının da alt taşıyıcı olarak ... ile arasındaki ilişkisi uyarınca davaya konu taşımayı gerçekleştirdiği, navlun faturalarını davalıya karşı düzenlediği anlaşılmakta olup, davalı söz konusu navlun bedelini akidi olan dava dışı üst taşıyıcı ...ye ödemekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, dava dışı asıl taşıyıcının taşeronu olarak fiili taşımayı gerçekleştiren davacı, akidi konumunda bulunmayan davalıdan talepte bulunamaz.” şeklindedir (11. HD, E. 2015/6665, K. 2016/4685, T. 26.4.2016).*

Özellikle taşıma peşin ödeme kararlaştırma, gönderenin akdi muhatabı ile taşıma bedeli şartlarında anlaşması, taşıma bedelini belirlediği fiyattan ödeme veya ödeme planına sokması gibi durumlarda; fiilen taşımayı yapan müteakip veya alt taşıyıcı kendi alacağı için hapis hakkı kullanılabilir mi?

Esasında Yargıtay yerleşik uygulamasında “sözleşmelerin nispiyeti ilkesi” gereği alt veya müteakip taşıyıcı ile sözleşmeyi kim yapmış ise navlun ve masrafları da ondan istemesi gerektiği yönünde kararlar müstakardır.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2015/6665, K. 2016/4685, T. 26.4.2016

Kararında da “...*davacının akdi ilişkide taraf olmayan ve aralarında herhangi bir hukuki ilişki bulunmayan davalı şirketinden navlun alacağı ve bekleme ücreti isteyemeyeceğinden bu davalı yönünden davacının davasının reddi gerektiği,...*”

Şeklinde karar vermiştir. Oysa TTK m.871 hükmü ve m.888 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, alt veya müteakip ayrımı olmaksızın fiili taşıyıcı taşıma sürecinde üzerine düşen edimi ifa ettiğinde navlunu asıl taşıtan veya gönderilenden isteme hakkını haiz olmalıdır.

Kanaatimce TTK m.888 fiili taşıyıcı hükmü gözetildiğinde, sorumluluk altında olan ve taşıtında yük bulunan taşıyıcının da hapsi hakkı olması gerektiği TTK m.893, m.923 ve m.924 hükümlerine göre hapis hakkı olabileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, hapis hakkı kullanımı söz konusu olursa,;

- Gönderen navlun ödediği halde,
- Tekrar ödemek durumunda kalabilecektir.
- Gönderenin kararlaştırılan navlun miktarından bağımsız daha düşük olması gerekir, ama daha yüksek navlun ve masrafla karşılaşması da olasıdır.
- TTK m.870 hükmünün korumasından yararlanılarak, ödeme – muacceliyetin yükün taşıma süreci sonunda teslim anı olduğu değerlendirmesi ile gönderenin navlunu peşin ödememesi, ya da peşin ödeme halinde alt taşıyıcı veya ifa yardımcısı yasaklaması yapılmaması beklenir.
- Buna rağmen yük bir taşıyıcıda ise yük ilgisinin navlun ve masraf ödemeden malı alamaması söz konusu olabilir.

3- Alt taşıyıcının Hapis hakkı konusu alacak kalemleri neler olabilir?

- Alt taşıyıcı, taşıma sürecini kendi akdi ilişki tarafı olan akdi taşıyıcı ile sözleşmesine göre yürütmektedir. Bu süreçte gönderen veya gönderilen haberdar edilmediği sürece, gerek akdi taşıyıcı ve gerekse alt taşıyıcının kendi sorumluluk alanında meydana gelen masraf ve bekleme masraflarından yük ilgisine karşı hapis hakkı kullanılamaz. Yük ilgisine ne zaman haberdar edilirse, o andan itibaren ancak bekleme, ardiye, aktarma veya sair masraf oluşursa onu ve navlunda talep sahibinin hak ettiği kadarı temin etmek durumunda kalacaktır.
- Alt taşıyıcı veya müteakip taşıyıcı TTK m.888 gereği sorumlu tutulurken, navlun ve uğradığı masrafları yük ilgisine karşı hapis hakkı kullanarak tahsil edemeyeceğini söylemek, taşıyıcı – gönderen-alıcı ticari ilişki dengesini fiili taşıyıcı aleyhine bozacaktır.

4- Alt taşıyıcı, yük ilgisinin haberdar olmadığı ve kusurlu bir şekilde oluşan masrafları için de hapis hakkı kullanırsa sonuçları ne olabilir?

Bu gibi bir uygulamada, alt taşıyıcının “güveni kötüye kullanma suçu işlemesi” ihtimaline göre Savcılık soruşturma başlatmalı ve hapis hakkı kullanımının haksız olduğu değerlendirilirse halinde iddianame düzenlemelidir.

Yargıtay kararında açıkça “**aracın yüklü bir şekilde bu kadar süre niçin beklediği anlaşılmadığından**” bekleme ücreti için hapis hakkı kullanılmayacağı kararı onanmıştır. Yani, yük ilgisinin bilgisi dışında ve onayı olmaksızın yapılan bekleme masraflarından hapsi hakkı veya hapis hakkı konusu alacak doğmayacaktır.

Yargıtay kararında, yükün hapis hakkı kullanımını sebebi ile alındığı ardiye masrafının ise hapis hakkına konu olacak kalemleri arasında olacağını teyit etmiştir.

5- Akdi taşıyıcı, fiili taşıyıcıya navlun ödenmemesi, masraf ödenmemesi, akdi ilişki gereği fiili taşıyıcın muhatabının kendisi olduğu yönünde yük ilgisi- ne talimat ve talep yöneltse, fiili taşıyıcıya yapılan ödemelerden yük ilgisine karşı halen sorumlu olur mu?

- Akdi taşıyıcı taşıma süreci sonunda malın teslimini sağlayamıyor, fiili taşıyıcı da hapsi hakkı iddiası ile teslimden kaçınıyorsa yük ilgisi fiili taşıyıcıya ödemek durumunda kalabileceği ikinci navlun ve ikinci masraf ödemelerini akdi taşıyıcıya rücu edecektir.

- Akdi taşıyıcı böyle bir talimat verse bile, makul süre içinde yük serbest bırakılamıyor, hapis hakkı iddiası ile daha büyük zararlar meydana gelecek ise, yük ilgisi talimat ve talebe rağmen malı çektiğinde, ödediği fazla ödemeleri akdi ilişki asıl tarafı olan akdi taşıyıcıdan talep edebilmelidir.

6- Finansal kiralama sözleşmesi konusu veya benzer kira sözleşmesi konusu mallar için gönderen veya gönderilenin borcundan dolayı hapis hakkı kullanılabilir mi?

İyi niyet halinde 3.kişinin malına da hapis hakkı kullanılabilirliği, TMK m.950 gereğidir. Yargıtay kararında

7- INCOTERMS terimleri veya benzer terimlerin hapis hakkı kullanımından etkisi?

Eğer taşıyıcı yükün taşıma bedelinden kimin sorumlu olduğunu bilerek taşıma sürecini işletmiş ise, bu durumda ancak ondan navlunu talep edebilecektir. Özellikle “*freight prepaid*” “**CIF**” veya “**DDP**” gibi terimler taşıma senedinde açıkça yer alıyorsa, taşıyıcı hapis hakkından baştan feragat etmiş şeklinde yorumlanmalıdır.

N- Örnek Yargıtay Kararları:

1- T.C. YARGITAY 11. H.D. E. 2015/6665, K. 2016/4685, T. 26.4.2016

ÖZET : Dava, navlun bedelinden kaynaklanan alacağın tahsili amacıyla yapılan ilamsız icra takibine yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. Dosya kapsamı ve davalı ile dava dışı firma arasındaki taşıma sözleşmesine göre, dava dışı firmanın madeni yağları davalıya teslim edilmek üzere taşıyacağı, taşımanın taşeronlar aracılığı ile de yapılabileceği, davacının da alt taşıyıcı olarak davaya konu taşımayı gerçekleştirdiği, navlun faturalarını davalıya karşı düzenlediği anlaşılmakta olup, davalı söz konusu navlun bedelini akidi olan dava dışı üst taşıyıcıya ödemekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, dava dışı asıl taşıyıcının taşeronu olarak fiili taşımayı gerçekleştiren davacı, akidi konumunda bulunma-

yan davalıdan talepte bulunamaz. Bu itibarla, mahkemece yapılan açıklamalar doğrultusunda davalının hukuki durumunun değerlendirilerek, neticesine göre bir karar vermek gerekirken, yanılıklı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi de doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

2- T.C. YARGITAY 11. H.D. E. 2014/13813 K. 2014/20223 T. 22.12.2014:

TTK'nın 792. maddesi uyarınca, taşıma ücretinin gönderilen tarafından ödeneceğinin kabulünün gerektiği diğer yandan, kendisi tarafından düzenlenen CMR taşıma senedine, taşıma bedeli ve ödeme koşullarını koymayan davacı taşıyıcının, basit bir inceleme ile taşımaya konu satışın “DDU” şeklinde yapıldığını görerek taşıma ücretini göndericiden peşin almadan taşımayı üstlenmiş olması nedeniyle kusurlu davrandığı, kendisine CMR hamule senedi ile birlikte verilen gümrük çıkış beyannamesinde ve dış satım faturasında yer alan kayıtların yasada açıklanan şekilde aksine bir sözleşmenin varlığını kanıtladığı, bu nedenle, TTK'nın 792. maddesindeki yasal koşulların ve yasal karinenin davacı lehine oluşmadığı, buna bağlı olarak da gönderilen davalının taşıma ücretinden sorumlu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

...fatura içeriğinde bulunan “DDU” kaydının; malı teslim alanın- gönderilenin, navlun bedelinden sorumlu tutulamayacağını işaret ettiğinin belirtildiği, mahkeme tarafından da bu kabul doğrultusunda karar verildiği anlaşılmıştır.

Ancak hükme esas alınan bilirkişi raporu ve bilirkişi ek raporuna itiraz eden davacı taraf, raporu düzenleyen bilirkişinin, konunun uzmanı olmadığını ve bu konuda farklı yorum yapıldığını beyan ederek, “DDU” kaydının yorumuna dair, farklı davalarla ilgili bilirkişi raporu örneği sunarak, somut olarak itirazda bulunmuştur. **Bu durumda, davacının bilirkişi raporlarına yönelik itirazları doğrultusunda Uluslararası Kara Taşımacılığı'nda uzman bilirkişiler aracılığı ile gümrük beyannamesi, mal bedeli transferi bildirim formu ve yapılan ithalata dair 06.05.2010 tarihli fatura içeriğinde bulunan “DDU” kaydının anlamı da açıklattırılmak suretiyle bir değerlendirme yapmak gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamış, yerel mahkeme kararının bu nedenle bozulması gerekmiştir.**

3- T.C. YARGITAY 11. H.D. E. 2014/9261 K. 2015/1514 T. 9.2.2015 DAVA:

...karşı davada ise, daha önce gerçekleştirilen taşıma hizmeti sebebiyle 13.750,00 TL taşıma ücretinin temerrüt tarihi olan 03.12.2009 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte tahsiline, hapis hakkı kullanılan emtia için

25.11.2009 - 29.12.2009 tarihleri arasındaki 34 günlük bekleme ücreti olarak, günlük 350,00 TL üzerinden hesaplanan toplam 11.900,00 TL bekleme ücretinin 31.12.2009 tarihinden itibaren işletilecek avans faiziyle birlikte, yine dava ya konu emtianın (iş makinesinin) 01.01.2010- 31.05.2010 tarihleri arasındaki park gideri bedeli olan 2.672,00 TL'nin de dava tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte davacı-karşı davalıdan tahsili ile davalı-karşı davacı ...ya verilmesine ve hapis hakkı kullanılan davaya konu iş makinesinin satılarak paraya çevrilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

...davacı karşı davalının sadece borçlu olduğunu kabul ettiği 4.000,00 TL'yi ödeyip, **aradaki farkı da muteber bir bankaya ya da notere yahut emin bir yere tevdi etmesi halinde, davaya konu emtianın üzerindeki hapis hakkı uygulamasını sonlandırabilme imkanı varken taşıma ücreti olan bu bedeli ödememek için finansal kiralama suretiyle temin ettiği iş makinesinden sağlanması gereken iktisadi faydadan vazgeçtiği**, davacı-karşı davalının bu davranışının tacirin basiretli davranması gerektiği ilkesine uygun olmadığını, bu sebeple asıl davada; davacının davaya konu emtia üzerinde hapis hakkı uygulanması yüzünden ortaya çıktığını ileri sürdüğü maddi zararlardan davalıların sorumluluğu bulunmadığı ayrıca 1 numaralı davalı'nin, davaya konu olayda üst taşıyıcı, taşıma işleri komisyoncusu ve/veya aracın işleteni olduğunun da davacı tarafça ispatlanamadığı gerekçesiyle, davalı yönünden **pasif husumet yokluğu sebebiyle davanın reddine karar verilmiş**, karşı davada ise; davalı-karşı davacının hapis hakkına dayanak olarak ileri sürdüğü 11.000,00 TL navlun bedeli talebinin, delil olarak sunulan iki adet irsaliyede araçların İstanbul'dan Sivas'a değil Silivri'ye taşındığına dair kayıtların bulunduğu, taşıma işinin davalı'den alındığını gösteren herhangi bir kanıt sunulmadığı ancak, davalı-karşı davacının davaya konu emtianın taşınması nedeniyle, hizmeti karşılığında 4.000,00 TL navlun bedeline hak kazandığı, bu bedelin 25/11/2009 tarihli ihtarnamenin davacı-karşı davalıya tebliğ olduğu 03/12/2009 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davacı-karşı davalıdan tahsili ile davalı-karşı davacıya ödenmesine, davalı-karşı davacının davaya konu emtianın bekleme ücreti olarak talep ettiği 11.900,00 TL'lik **talebinin ise yükün indirilmeksizin bekletilme sebebi anlaşılamadığından reddine ancak, 2.265,00 TL tutarındaki davaya konu emtianın muhafaza ücreti talebinin ise kabulüne karar verilmiştir**. Birleşen Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2010/1275 Sayılı dosyasında ise; davaya konu emtianın (iş makinesinin) davacı-karşı davalının, **dava dışı üçüncü kişiye olan borcu nedeniyle, bulunduğu otoparkta haczedildiği ve akabinde haciz konusu borcun ödendiği ve finansal kiralama suretiyle temin edilen iş makinesinin üzerindeki haczin 15.02.2011 tarihinde kaldı-**

rıldığı ve davalıya teslim edildiği bu haliyle hapis hakkı kullanılacak emtiyanın davacı ...'nın zilyetliğinden çıktığı ve zaten mülkiyetinin davalıya ait olmadığı bu sebeple kanuni rehin hakkının yasal koşullarının somut olayda oluşmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. ... davacının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

4- T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2018/2174 K. 2019/7534 T. 26.11.2019

Mahkemece, iddia, savunma, uyulan bozma ilamı, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, gönderen Teks. Tur. Mob. İnş. ve Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne ait emtiayı yurtdışına taşımak üzere ilk taşıyıcı ...yıldızlar Lojistik Hizm. Ltd. Şti.'nin alt taşıyıcısı olan Dekorasyon Taah. İnş. Tur. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. ile davacı arasında taşıma sözleşmesi düzenlendiği, davacının bu sözleşme gereği yüklediği emtiayı İstanbul'dan Kazakistan'a taşınması gerektiği, 12.000 USD taşıma ücretinin %80'inin peşin ödenmesi, %20'sinin ise teslim yerinde ödenmesi hususunda anlaşıldığı halde davacının hiç navlun bedeli ödenmeden yola çıktığı, çıkış gümrüğü Doğubayazıt'a ulaştıktan sonra davacının gönderene çektiği ihtarla rağmen gümrükten çıkış ve taşımanın devam etmesi için gerekli masraf ve ödemelerin yapılmaması üzerine gümrük kapısında uzun süre beklendiği, davacının hapis hakkı kullanma ve tevdi mahalli tayini yoluna başvurduğu,

bu şekilde davacının yükü birlikte beklemesinin 17.03.2008 tarihine kadar devam ettiği, sözleşmeye göre davacının taşımacı olarak üzerine düşen görevi yaptığı, 12.000 USD taşıma bedeli ile davacı aracının Gürpınar Gümrük kapısında beklemiş olduğu **41 günden serbest bekleme sürelerinin düşülmesi sonrasında 36 gün beklemeden kaynaklı 6.480 Euro bekleme ücreti alınacağı** doğduğu, taşıma sözleşmesinin davacı ile davalılardan Ateş Dekorasyon Taah. İnş. Tur. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. arasında aktedildiği, davacının sözleşmeye dayalı olan haklarını sadece akdin tarafı olan davalıdan talep edebileceği,

davacının akdi ilişkide taraf olmayan ve aralarında herhangi bir hukuki ilişki bulunmayan davalı şirketinden navlun alınacağı ve bekleme ücreti isteyemeyeceğinden bu davalı yönünden davacının davasının reddi gerektiği, ...Yıldızlar Lojistik Hiz. Ltd. Şti. yönünden verilen ilk kararın bozma ilamı dışında kalarak kesinleştiği gerekçesiyle davalı ... Teks. Tur. Mob. İnş. ve Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti aleyhine açılan davanın reddine, atıye bırakılan masraflarla ilgili talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına, 33.237 TL toplam alacaktan 7.149 TL'sinin dava tarihinden itibaren, 25.819 TL alacağın ise ıslah harç tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faizi ile birlikte davalı

.... Dekorasyon Taah. İnş. Tur. ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti'nden alınarak davacıya verilmesine, davalıYıldızlar Lojistik Hizm. Ltd. Şti. yönünden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

... mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına, ... göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir. ... hükmün ONANMASINA, ...oybirliğiyle karar verildi.

ÇEKİLMİYEN YÜKLER

Av. Hüseyin ÇELİK

Kıısaca navlun sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk kuralları

Uygulamada çekilmeyen veya çekilemeyen yükler problemi ile daha ziyade uluslararası taşımalarda karşılaşılmakta. Taraflar birbirinden farklı ülkede bulunduğundan, söz konusu uyuşmazlıkların çözümü bakımından Türk Hukuku açısından öncelikle MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUNuna bakmak gerekecek. Bu Kanunun (MÖHUK) 29. Maddesi hükmü gereği taraflar aralarında akdettikleri sözleşme ile ihtilaf halinde çözüm için hangi hukukun geçerli olabileceğini kararlaştırabileceklerdir. Uygulamada daha ziyade İngiliz Hukukunun seçildiği görülmektedir

Tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde,. MÖHUK 29/2 ye göre ... *sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise bu ülkenin sözleşmeyle en sıkı ilişkili olduğu kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır. ...*

Navlun sözleşmesinden doğan uyuşmazlık yükün tesellümünde yaşanıyor sa, ortada taşıyanın borcunu ifa etmesine engel bir durum mevcut olduğundan **MADDE 33** göre “İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku uygulanacaktır.

Eğer yük Türkiye’den ihraç edilen mallar ile ilgili ise varma limanı, yada yükün boşaltılacağı boşaltma limanının bulunduğu ülkenin hukuku uygulanacak, yük Türkiye’ye gelen ithal ediliyorsa, yükün varma limanı, boşaltma limanı Türkiye’de olacağından Türk hukuku uygulanacaktır.

Bahsi geçen işler Türkiye de daha ziyade Taşıma İşleri Organizatörleri tarafından yapılmaktadır.

Prinsip olarak taşıma işlerinde tarafların hak ve yükümlüklerinin sözleşme ile belirlenmesinde büyük yarar vardır.

Taşıma sözleşmesi düzenlenirken ; hangi hukukun uygulanacağı yanında sözleşmeye yazılmasında fayda görülen bazı hususlar daha vardır ki, son derece önem arz etmektedir. Yükün çekilmemesi durumunda masrafların ve sorumlulukların kime ait olacağını belirlemesi faydalı olacaktır.

Gönderici veya gönderilen ile yapılan taşıma sözleşmesinde taşıyıcı olarak mı yoksa acente olarak mı yer alınacağı önem arz etmektedir.

Türkiye’de Türk Ticaret Kanunu’na göre TİO (Taşıma İşleri Organizatörü), navlun faturası düzenlediği tüm yüklemelerde, ister, kendi konşimentosu, isterse hat (liner) konşimentosu düzenlediği tüm yüklemelerde, taşıyıcı olarak sorumlu olacağı unutulmamalıdır.

Taşıma işleri organizatörünün, hat konşimentosunda kabul ettiği demuraj tarifesine yükün ilgilileri ile yapacağı sözleşmelerde yer vererek, kabulünü almasının ödemek zorunda kalabileceği demurajın rücuen tazminini talep edebilmesi için zorunlu olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Gönderilenin Yükü Tesellüm İçin Talepte Bulunmaması hali

Eşyanın tesliminde temerrüt halinde uygulanacak kurallar TTK m.1174’te düzenlenmiştir. Bu kurallar her tip navlun sözleşmesi için (çarter, kısmi çarter, kırkambar sözleşmesi vs.) geçerli olan temerrüde ilişkin kurallardır.

Navlun sözleşmelerinin niteliği gereği taşıyan boşaltma limanına ulaştığında, gönderilenin yükü tesellüm için, daha doğrusu taşıyanın borcunun ifa edilebilmesi için gönderilenin sürece iştirak etmesi bir gereklilik olup aynı zamanda iki taraflı hukuki bir işlemdir. Bu nedenle gönderilenin sürece iştirak etmeyerek, yükü teslim için bir girişiminin olmaması **alacaklı temerrüdünü** oluşturmaktadır.

TTK m.1168 gereği, “hazırlık bildiriminde bulunma”, taşıyan için bir yükümlülüktür.

Navlun sözleşmesi dolayısıyla taşıyan tarafından yük, kararlaştırılan boşaltma limanına geldiğinde, öncelikle taşıyanın navlunun tipi fark etmeksizin gönderilene hazırlık bildiriminde bulunması gerekmektedir. Hazırlık bildirimi özü itibarıyla **ifaya davet** niteliğindedir. Hazırlık bildirimi gönderilen açısından alacaklı temerrüdünün oluşabilmesi ve yine sözleşmede kararlaştırılan belirli bir tarih yok ise, boşaltma süresinin serbest zamanın(*free time*) başlaması açısından önem arz etmektedir.

Taşıyanın hazırlık bildiriminde bulunmasıyla birlikte gönderilen açısından TTK m.1174’te belirtilen temerrüdün (*alacaklı temerrüdü*) oluşmasına ilişkin

iki farklı hukuki durum olabilir. İlk olarak gönderilen, boşaltma için öngörülen sürede (serbest zamanda) ve sözleşmede kararlaştırılmışsa sürestarya süresi içinde ve hatta bu süreler sona erdiğinde boşaltma işlemi hala bitmemişse dahi yükü tesellüm etmeye devam edeceğini taşıyana bildirebilir. Diğer bir seçenekte ise, gönderilen yükü teslim almayacağını bildirebilir, hazırlık bildirimine cevap vermeyebilir yahut gönderilene hiçbir surette ulaşılamayabilir.

Gönderilenin Yükü Tesellüm Edeceğini Bildirmesi halinde

Taşıyan tarafından yapılan hazırlık bildirimine, gönderilen tarafından bir cevap verilmiş, Yani yararına işlem tahsis edilen üçüncü kişi, sözleşme gereği hakkını talep etmiş olacaktır. Buna göre taşıyan sözleşmede kararlaştırılan boşaltma limanına geldiğinde artık gönderilen ile işbirliği halinde yükün boşaltımını sağlayacaktır.

Gönderilenin, yükü talep etmiş olması veya yükü tesellüm hakkını kullanacağını bildirmesiyle TTK m.1203/I uyarınca, **gönderilen işbu malvarlığına ilişkin hakkını kullandığı anda navlun sözleşmesinde kendisine yüklenen her türlü alacağı ve oluşan diğer masrafları karşılamak durumundadır.**

Bu sebeple TTK m.1205'e göre, **eşyanın gönderilene teslimi durumunda** taşıyanın başta navlun sözleşmesinden kaynaklı alacakları olmak üzere m. 1203'e göre almaya hak kazandığı diğer alacaklar için artık taşıyana rücu edemeyecek, bu borcun muhatabı yalnızca gönderilen olacaktır. Bunun istisnasını, taşıyanın taşıyanın zararına sebepsiz zenginleştiği durumlar oluşturur.

Gönderilenin Belirlenen Sürede Yükü Çek(e)memesi hali

Navlun sözleşmesinde kararlaştırılan serbest zamanda ve devamında sürestarya süresi de dolduğu halde hala teslimi tamamlanmayan yük gönderilen tarafından hiç alınmamışsa, alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır.

Uygulamada Yük geminin tahliyesinden itibaren belirli aralıklarla yurtdışı acentesi ve gönderilene buna ilişkin uyarı bilgilendirmesi yapılmalıdır.

TTK 1174/I hükmü, gönderilenin temerrüde düşmesi halinde alacaklı temerrüdü hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Buna göre taşıyan borcundan kurtulmak ve daha fazla zarara uğramamak için yükü bir antrepo ya da bir ambara tevdi ederek borcundan kurtulabilir.

Bunun için taşıyanın, ifanın gerçekleştiği yer mahkemesine müracaatla tevdi yeri belirlenmesi istenerek yük belirlenen yere teslim edilebilir. (BK m.107/1). Navlun sözleşmelerinin konusunu genellikle ticari mallar oluşturduğundan bu durumda Taşıyan doğrudan bir ardiyeye, antrepoya yahut emniyetli bir başka yere yükün tevdiini gerçekleştirebilir (BK m.107/2).

Burada önemli olan husus taşıyanın bu işlemde önce gönderilene bildirimde bulunması gerekmektedir (TTK m.1174/1). Uğranılan zarar bakımından ise, taşıyan serbest zamanın dolmasıyla birlikte sürestarya ücretini gönderilenden talep ve tahsil edebilecektir. TTK m.1174/3 Sürestarya süresinden sonra geçirilen zaman dilimi için taşıyan uğramış olduğu tüm zararı gönderilenden talep etme hakkına sahip olacaktır .

Taşıyanın bu şekilde eşyanın tevdiine karar vermesi durumunda, bu tevdi-den kaynaklı oluşan tüm giderleri de yine gönderilenden talep edebilecektir. Burada gider sadece ardiye masrafları olmayıp, Taşıyanın yükü ardiyeye sevk ederken ve bu esnada yükü korumak için yapmış olduğu masraflar da bu giderlere dâhil edilebilecektir.

Serbest Zamanın (free time) Başlangıcı

Uygulamada genellikle konteynerin gemiden boşaltıldığı an sürenin başlayacağı öngörülse de eğer hazırlık bildirimini gönderilene yapılmamışsa serbest zamanın başlangıcı gönderilene hazırlık bildiriminin iletilmesinden sonra başlayacaktır. Hazırlık bildirimini alacaklı temerrüdünün oluşması için ön koşuldur.

Serbest zamandan anlaşılması gereken, gönderilenin yükü sadece liman sahasından çekmesi değildir. Bazı hallerde gönderilen, doğrudan yükü konteyner ile teslim alıp kendi işletmesinde boşalttıktan sonra taşıyana boş konteyneri geri iade etmektedir. Bu nedenle serbest zaman, yükün tamamen çekilmesi ve konteynerin taşıyana tekrar teslim edilmesine kadar geçen sürenin toplamı olarak anlaşılmalıdır.

Yine navlun sözleşmesi ile sürestarya süresi de kararlaştırılabilir. Kararlaştırılmamışsa sürestarya süresi on gün olacak ve herhangi bir bildirim gerek kalmadan kendiliğinden serbest zamanın bitimiyle başlayacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi Yükün taşıyan tarafından teslim hazır hale getirilmesi ve hazırlık bildirimini gönderilene ulaşmasıyla serbest zaman başlayacaktır.

Bu andan sonra taşıyandan kaynaklı olmayan sebeplerle örneğin limanda çalışan işçilerin işi yavaşlatması ve benzeri nedenlerle gönderilenin yükü alamaması halleri serbest zamanı durdurmaz. Yani, gönderilenin bir kusunun olup olmadığına bakılmayacaktır. Bu sebepten kaynaklanan gecikme nedeniyle taşıyanın uğramış olacağı zararı gidermekle yükümlüdür. Çünkü taşıyan kendi faaliyet alanındaki her işlemi yerine getirmiş ve tamamen gönderilenin faaliyetlerinin sonucunda hala limanda beklemeye devam etmektedir.

Yargıtay bir kararında “taşıma sözleşmesi gereğince yükün teslim edilmesi ile sözleşme hükümlerinin ifa edilmiş olduğu, gümrük idaresince yapılan el koyma gümrük mevzuatına ilişkin olup gönderilenin gümrük mevzuatı gereğince yük üzerinde tasarruf hakkını kullanamamasının yükün teslim edilmediği anlamına gelmeyeceğini, gönderilen davalının TTK’nın 1069’uncu maddesi gereğince malı teslim almakla navlun ve navlun teferruatından olan bütün masrafları ödemekle yükümlü bulunduğu, konteyner malikinin uğramış olduğu zararı isteyebileceğine” hükmetmiştir.

(YARGITAY 11. H.D. 2014/5867 E. 2014/11885 K. 23.06.2014 T.)

Objektif, kaçınılmaz, dışsal nedenlerin yahut mücbir sebeplerin varlığı halinde serbest zamanın durması söz konusu olabilecektir. -iç savaş vb nedenlerle gemi acentesinin ordinoyu geç hazırlaması nedeniyle konteynerin teslim alınmaması gibi-

Gönderilenin Yükü Tesellülden Kaçınması – Hazırlık Bildirimine Cevap Vermemesi – Gönderilenin Bulunamaması Halleri

Bu seçenekte navlun sözleşmesiyle taşıyan, borcu olan taşıma eylemini gerçekleştirmiş ve kararlaştırılan boşaltma limanına ulaşmış olduğu halde gönderilenin yükü teslim almaması ya da taşıyanın ifaya davetine cevap vermemesi yahut gönderilenin hiç bulunamaması durumunda, gönderilen açısından bu kez TTK m.1174/II gereği temerrüt oluşacaktır.

Bu durumda taşıyan, borcundan kurtulmak için yükü bir antrepoya, depoya yahut emniyetli bir başka yere tevdi edecektir. TTK m.1174/II de taşıyanın bu tevdi işlemi zorunludur. Yani bu hallerin varlığı söz konusu ise taşıyan için tevdi işlemi bir yükümlülük halini alır. Ayrıca ve özellikle bu durumu taşıtana bildirmek zorundadır.

Gönderilen burada malvarlığına ilişkin talep hakkını kullanarak yükü tesellüme hiç yanaşmasa da taşıyan bu kez navlun ücreti ve diğer giderlerin tamamını taşıtana rücu ederek tahsil edebilecektir. Çünkü esasında TTK 1200 gereği navlun borçlusu taşıtanın bizzat kendisidir. TTK m.1207 ye göre, Gönderilen, eşyanın teslimini isteme hakkını kullanmazsa, taşıtan, navlun sözleşmesi gereğince navlunu ve diğer alacakları taşıyana ödemekle yükümlüdür.

Taşıtan burada gönderilen yerine geçerek, boşaltma esnasında yaşanan gecikme ve tevdi için yapılan her türlü masraftan sorumlu tutulacaktır..

Çekilemeyen Yükün Tevdi Elverişsiz Olması

Bazı durumlarda yükün tevdi edilmesi fiilen mümkün olmayabilir. Örneğin petrol taşıyan, piyasa fiyatı olan bir mal ya da bozulacak bir ürün tevdi halinde

kullanıma elverişsiz hale gelebileceğinden burada tevdi dışında yükün satılması gerekebilir. Bu halde taşıyan mahkemeye müracaat ederek, tevdi yapmanın mümkün olmadığının delillerini sunarak hâkimin izniyle yükün açık arttırmayla satışını sağlayabilir. **Yine bu durumun öncesinde taşıtana bildirim yapılması zorunludur.** Ancak, eğer satışa tabi eşya piyasa değeri olan, borsada kayıtlı veya yapılacak gidere oranla değeri az ise bu halde açık arttırma yolu ile satış zorunlu olmadığı gibi taşıtana bildirim zorunluluğu da olmayacaktır.

Navluna konu yükün, İİK hükümleri doğrultusunda açık arttırma yahut pazarlık suretiyle satışı gerçekleşir. Sonrasında satış bedeli mahkemece belirlenen bir hesaba depo edilir ve navlun ücreti ile taşıyanın yapmış olduğu masraflardan kaynaklı alacaklarıyla ilgili hukuki süreç depo edilen satış bedeli üzerinden devam eder.

ORDINONUN TANIMI

Ahmet AYTOĞAN

Ordino'nun İngilizcesi "delivery order" olarak karşımıza çıkıyor, yazışmalarda kısaltılarak "D/O" şeklinde yazılmaktadır. Benim makalemin konusu "Teslim ordinosu" (Goods delivery order) olacaktır.

Ordinonun klasik anlamına baktığımızda; bir tek konşimento altında yollanmış "misli malların" muhtelif alıcılara parça parça tevdiini ve onların da satın aldıkları malları müstakilen teslim alabilmelerini sağlamak üzere tanzim olunan belgelere verilen isimdir. (Fahiman Tekil, Navlun Mukaveleleri 1973 basım, sayfa 44)

Fahiman Tekil aynı kitabın 45. Sayfasında ordino konusuna aşağıdaki gibi devam etmektedir;

"Buna karşılık delivery order, taşıyan veya kaptan tarafından imza veya paraf edilmişse durum farklıdır. Bu nevi belgelere ship's delivery order adı verilmektedir. Bu sonuncu belgeler, konişmentonun iadesi karşılığında kaptan tarafından tanzim ve tevdi veya konişmento hamili tarafından tanzim edildikten sonra taşıyana paraf ettirilmek suretiyle kaptana ibraz edilir. Taşıyan veya kaptanın imza ve parafını havi bu belgeler, işbu imza veya parafı taşımaları dolayısı ile bundan böyle konişmentonun bir kupürü mütalaa edilerek tıpkı konişmento gibi emtiayı temsil fonksiyonunu kazanırlar ve hamillerine yükün teslimini talep ve dava hakkını temin ederler."

Diğer bir tanım ise şöyledir: Teslim ordinoları; Gönderilenlerin talepleri üzerine vapurculuk kumpanyaları tarafından konşimento ile yüklenmiş malların bir kısmı için teslim ordinoları verilir. Netice olarak Bs/L (konşimento) daha küçük kısımlara bölünür. Pek tabiidir ki, teslim ordinolarının verilmesi üzerine asıl Bs/L geri alınır (J.Bes, Çeviren Kaptan Ferit Biren, Kiralama ve Deniz Nakliyatı Terimleri 1964, sayfa 174)

CHARTER PARTY TAŞIMALAR VE ORDİNO

Bu tanımlar charter party taşımalara özgüdür. Yükletenin gemideki yük için varış limanında birden çok alıcısı vardır ve taşımacının-kaptanın-acentanın ordino düzenleyerek tek konşimento muhteviyatı malı belirlenen partiler halinde teslimini istemektedir. Eğer bu yükün charter party taşımada tek bir alıcısı

olsaydı ordino düzenlenmesine gerek olmayıp konşimentonun kaptana ya da taşıyanın acentasına bir nüshasını ibrazı yeterli olacaktır. Bu nedenle de charter party taşıma konşimentolarının matbuu ilgili kısımlarında (surrender clause-acceptance clause) genelde ordinodan bahsetmez. Konşimento kaç nüsha düzenlenmiş olursa olsun birinin ibrazı karşılığı varış limanında eşyanın teslim edileceğini ve geride kalan nüshaların yükü temsil fonksiyonunun sona ereceğini belirtir. (Ancak charter party anlaşmalarda da gemideki malın tamamı genelde tek bir gönderilene ait olduğundan, çoğu taşımacı ya da kaptan konşimentoyu teslim almadan malı tahliye dahi etmemekte, rehin hakkını kullanabilmektedir.)

Aşağıda yapılan alıntıda olduğu gibi;

“IN WITNESS where of the Master or Agent of the said Vessel has signed the number of Bills of Lading indicated below, all of this tenor and date, any one of which being accomplished the others shall be void.” (BIMCO “NUVOYBILL” 65-O)

Elbette BIMCO’nun düzenli seferler için oluşturmuş olduğu konşimentolar da vardır, o konşimentolarda ordinodan açıkça bahsedildiğini görebiliyoruz, aşağıdaki örnek alıntıda olduğu gibi;

“One of the Bs/L must be surrendered duly endorsed in exchange for the goods or delivery order” (BIMCO “COMBICONBILL” 56-0)

Konu taşıyanın yükü teslim borcunu gönderilene nasıl hangi prosedürle yerine getireceğidir. Şu ana kadar anladığımız iki yöntem olabiliyor:

a) Bir orijinal nüsha konşimento ibrazı ile doğrudan eşyanın gönderilene teslimi,

b) Yine bir orijinal nüsha konşimento ibrazı karşılığı ordino düzenlenmesi ve ordino ibrazı ile eşyanın gönderilene teslimi. Günümüzde diğer bir yöntem ise deniz taşıma irsaliyesi vb. (seawaybill, fcr) söz konusu ise gönderilenin kimlik ibrazı ile kendisine ordino verilmesidir.

ORDİNO ÖNCESİ EŞYA TESLİMİ

Ordino hiç söz konusu değilken taşımacılar eşyayı gönderilenlere ne şekilde teslim ediyorlardı? Deniz tarihi konusunda yapılan tespitlere bakacak olursak bugünkü anlamda konşimentodan 16. yüzyıldan itibaren bahsedilebiliyor. (16. Yüzyıla geldiğinde taşıma senetlerine “konişmento” tabir olunması mutad bir hal almıştır. (Hakan KARAN, Elektronik Konişmento Mayıs, 2004 sayfa 11)

Deniz taşımacılığının ilk zamanlarında tekne sahibi de olan tacirler kendi yüklerini taşırdı. Daha sonra tekne boylarının büyümesi ile teknedeki ihtiyaç

fazlası alanlar tacirlere kiralanmaya başlandı. Yüğü ile birlikte tacirler seyahat etmeye başladılar. Gidilen yerlerde ya eşyayı satıp semeni aldılar ya da başka eşyalarla takas yaptılar. Konşimento ilk olarak 1667 tarihli İsveç Deniz Ticaret Kanunu ve 1681 tarihli XIV. Louis Fransa Deniz Kanunu'nda konu edilmiştir. Konşimentonun üç özgün nüsha olarak düzenlemesi bu kanunda ele alınmıştır. Gerçi hemen sonraki yüzyıllardaki konşimentolara bakıldığında değişik sayıda (2, 4, 5 hatta 6 nüsha) tam takım orijinallerin basıldığı da görülmektedir. Günümüzde de yükleten bizzat talep ettiği konşimentonun orijinal sayısını belirtmezse ticari teamül ve tarihsel alışkanlıktan üç adet özgün orijinal konşimento düzenlenir. Ama yükleten bundan fazla veya eksik de talep edebilir. Yeter ki talep edilen konşimento sayısı ticari örf ve adete uygun olsun, iyi niyetli üçüncü kişileri kandırmakta kullanılma ihtimali olmasın.

Bu dönemlerde konşimentonun bizzat alıcı-gönderilen nüshası malın tesliminde dikkate alınırdı. Bir nüsha ise mutlaka yükleten-taşıtında kalırdı. Bunun nedeni ise alıcı ile ticari sorun yaşayan satıcının eşya üzerinde tasarrufunu devam ettirebilme kaygısıdır. Anlaşılan 19. yüzyıla kadar uzun yüzyıllar eşyanın tesliminde ordino ihtiyacı doğmamış, konşimentonun bir nüshasını ilk teslim eden gönderilene eşya teslim edilmiştir.

Charter party taşımalarında yine aynı durum devam etmektedir. Birden çok kişi eşyalarını almak üzere müracaat edeceklerse kendilerine ordino düzenlenir, bu ordinolarla eşyalar gönderilenler tarafından teslim alınır.

DÜZENLİ HAT- KIRKAMBAR TAŞIMACILIĞINDA ORDİNO

Söz konusu düzenli hat taşımacılığı ise durum değişiyor hemen. Bu noktada teslim ordinosu son derece önemli ve kilit bir rol alıyor. Tarihe baktığımızda denizde düzenli sefer taşımacılığının Samuel CUNARD (1787-1865) tarafından Cunard Hattı ile 1840 yılında Amerika'ya başlatıldığını görüyoruz. Bu son derece önemli bir gelişmedir. Buna ülkemizde KIRKAMBAR taşımacılığı diğer yanı ile çeşitli yükletenlerin ferdilemiş yüklerinin bir arada aynı gemide çeşitli gönderilenlere deniz yolu ile taşınması ve teslimi anlamına gelir. Hal böyle olunca yine düzenli seferde hizmet vermiş gemi işletmelerinin konşimentolarına bakmamız gerekiyor.

Yani bir deniz taşımacılığı var ise öncelikle bir navlun sözleşmesi vardır. Bir de kaçınılmaz olarak taşıma senedi vardır (konşimento, denizde taşıma irsaliyesi, Fcr vb). Gönderilen aynı zamanda navlun sözleşmesi gereği (örneğin FOB alış ise) taşıtan, aynı zamanda konşimentonun meşru hamili olarak da gönderilen ise taşıyana karşı sorumlulukları gereği taşıyanla iletişimini kura-

cak, borçlarını ödeyecek ve onun eşyanın teslimi için oluru – yani ordinosunu alacaktır. Çünkü elinde bulundurduğu konşimento şartlarında bu açıkça bulunmaktadır;

“If this is a negotiable bill of lading, one original Bill of Lading duly endorsed must be surrendered by the Merchant to the Carrier in exchange for the goods or a delivery order. If this is a non-negotiable (straight) Bill of Lading and the Carrier so requires, one original Bill of Lading must be surrendered in exchange for the Goods or a delivery Order.

(Alıntı: HANJIN SHIPPING konşimentosu surrender kloz alanından)

KONŞİMENTOLARDA ORDİNO KAYITLARI

Yukarıdaki alıntıda da (günümüz düzenli hat taşımacılığı veren tüm taşıyan konşimentolarında istisnasız hemen hemen aynı anlama gelen şart vardır) görüleceği gibi konşimentonun meşru hamili beklenen şekilde eksiksiz ciro ile bir orijinal konşimentoyu taşıyana götürecektir ve borçlarını ödeyerek ordinosunu alacaktır. Bu sadece günümüz konşimentolarında bulunmuyor, geriye doğru örnekleyecek olursak;

Hep 19. yüzyıldan bahsettiğim için bir örnek vereyim öncelikle;

“This Bill of Lading, duly endorsed, shall be delivered at the agent, on demand, after arrival, in exchange for the Master’s copy, and an order for the delivery of the goods.”

Yukarıdaki alıntı CALCUTTA STEAMERS deniz taşımacılık şirketinin 1887 tarihli konşimentosundan alınmıştır. Şimdi günümüze doğru konşimento koleksiyonumdaki örneklerden bir kaçından daha aşağıya aktarıyorum:

1. THIS BILL OF LADING, duly endorsed, shall be surrendered in exchange for delivery order.

(Alıntı: ELLERMAN LINE MEDITERRANEAN OUTWARD, 1937 konşimentosundan)

2. THIS BILL OF LADING, duly endorsed, shall be surrendered in exchange for delivery order.

(Alıntı: MOSS HUTCHISON LINE LIMITED, 1937 konşimentosundan)

3. One Bill of lading duly endorsed to be given upon exchange for the goods or for a delivery order for same upon which the others shall stand void.

(Alıntı: HOLLAND-AUSTRALIE LIJN, 1948 konşimentosundan)

4. Subject to the Law in force at the port or place of discharge, the Bill of Lading, duly endorsed, must be surrendered in exchange for delivery order or the goods.

(Alıntı: PRINCE LINE (No. L/M.1.) 12/1924, 1948 konşimentosundan)

5. Subject to the Law in force at the port or place of discharge, the Bill of Lading, duly endorsed, must be surrendered in exchange for delivery order or the goods.

(Alıntı: FURNESS RED CROSS LINE, FURNESS, WITHY & CO.LTD, 1950 konşimentosundan)

6. One of the Bill of Lading must be surrendered duly endorsed in exchange for the goods or delivery order.

(Alıntı: SVENSKA ORIENTTS LINIEN, 1951 konşimentosundan)

7. İş bu Konşimentonun bir nüshasının tam ve noksansız ciroları havi olarak ibraz edilmesi mukabilinde mallar veya teslim ordinosu tevdi olunacaktır.

One of the Bills of Lading must be surrendered duly endorsed in exchange for the goods or delivery order.

(Alıntı: KOÇTUĞ GEMİ İŞLETMECİLİĞİ ve TİCARET A.Ş., boş form konşimentosundan)

8. İşbu Konşimentonun bir nüshasının tam ve noksansız ciroları havi olarak ibraz edilmesi mukabilinde mallar veya teslim ordinosu tevdi olunacaktır.

One of this bill of lading must be surrendered duly endorsed in exchange for the goods or delivery order.

(Alıntı: D.B. Deniz Nakliyatı T.A.O 1958 konşimentosundan. Bu konşimentoda hem Türkçe hem de İngilizce yazılıdır tüm şartlar)

9. One of the Bill of Lading must be surrendered duly endorsed in exchange for the goods or delivery order.

(Alıntı: CONTSHIP CONTAINER LINES LIMITED, 1998 konşimentosundan)

10. One original Bill of Lading duly endorsed must be surrendered by the merchant to the carrier in exchange for the goods or issuing a delivery order.

(Alıntı: ARKAS CONTAINER TRANSPORT S.A. 2020 konşimentosundan)

Son örnek gördüğümüz gibi ülkemizin denizcilik şirketi olan Arkas'a ait

güncel konşimentodan alınmıştır. Görülüyor ki düzenli hat taşımacılığı yapan taşıma şirketleri ve forwarderlerin taşıma belgelerinde ordinoya büyük oranda yüzlerce yıldır değiniliyor. Türk Ticaret Kanunu ve Gümrük Kanunu'nda yer almasa da (kaldı ki damga vergisinde açıkça ordino der ve bedelini de her yıl belirlerler, 2020 yılı Ordinolar 0.80 TL. “27 Aralık 2019 tarihli ve 30991 sayılı 2. Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 64 Seri No’lu Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği”) taşıma sözleşmesi maddesi olarak taşıma senetlerinde vardır. Taşıma senedini bu şekilde alıp kabul eden şartlarını da kabul etmiş demektir.

ÜLKEMİZDE ORDİNOYA DAİR TARTIŞMA

Maalesef ordinonun varlığı dünyanın hiçbir yerinde olamayacak kadar anlamsız boyutlarda ülkemizde tartışılır olmaya başladı. Son olarak 24.07.2020 tarihinde T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Denizcilik Genel Müdürlüğü’nün ilgili dağıtım yerlerine ulaştırdığı mesaj ile konu yine gündemin ilk sıralarına taşınmış oldu. Bu mesaj Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun E:2019/2250E-K:2020/812 sayılı kararı gereği yayınlanmıştır. Bu karar düzeltme isteminin reddi kararıdır. Kuruluş kanununda olmayan yetkinin kullanımının iptalidir. Yoksa karar “ordino uygulaması kalkmıştır” şeklinde alınmamıştır. Ama hemen “bazı çevrelere” baktığımızda ilk görünen manşet “Danıştay ordinoya geçit vermedi, Ordino paralarını geri alabileceksiniz, artık ordino yoktur, gümrükler ithal gelen eşyayı doğrudan ithalatçıya teslim edecek vb” görüşlerini bildirmeye başladılar.

Her şeyden önce eğer dönüp 6102 sayılı Tür Ticaret Kanunu madde 1228’e bakacak olursak sanırım durumu daha netleşecektir hepimiz için. Bu madde Hamburg Kuralları’ndan aynen alınmıştır. Burada konşimentonun tanımı bulunmaktadır;

MADDE 1228- (1) Konişmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir.

Bu tanıma göre ilerleyecek olursak burada kanun eşyanın teslim yükümlülüğünü açıkça taşıyana vermektedir. Aksi halde geçici depolama yeri işletmecisi, antrepo işletmeleri veya gümrük otoriteleri vb diğer taraflara bu yükümlülüğü verirdi. Ama vermemiş, eşyayı navlun sözleşmesi gereği anlaşılan yere getiren taşıyana taşıma yükümlülüğünü yerine getirmesi sonrasında birde teslim yükümlülüğü vermiştir. Taşıyan teslimi konşimentoyu ibraz eden meşru hamile

yapacaktır. İşte bu teslim işleminin aracıdır ordinodur. Taşıyanın ifa yardımcısı olan geçişi depolama yeri işleticisi tüm diğer gerekliliklerin yanında ordinoyu da gördüğü anda eşyayı teslim eder. Aksi halde haklı olarak eşyanın teslimini gerçekleştiremez.

FİİLİ TAŞIMA SÜRESİNİN SONUNDA, YÜKÜN GÖNDERİLENE TESLİM EDİLMESİ DE, TAŞIYANIN TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ASLİ BORÇLARINDAN BİR TANESİDİR. TESLİM, TAŞINMIŞ OLAN MAL ÜZERİNDEKİ DOĞRUDAN ZİLYETLİĞİN GÖNDERİLENE DEVRİ İLE GERÇEKLEŞİR.

TESLİM, TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARIN İFASINI İÇEREN VE TÜM AKDİ VE KANUNİ BORÇLARIN TAM VE GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMİŞ OLMALI ŞARTI İLE, TAŞIYANIN SORUMLULUKTAN KURTULMASINI SAĞLAYAN İŞLEMDİR.

TESLİM, TAŞINAN YÜK ÜZERİNDEKİ DOĞRUDAN ZİLYETLİĞİN GÖNDERİLENE-DAHA DOĞRUSU, YÜKÜ TESLİM ALMAYA YETKİLİ OLAN KİŞİYE-DEVREDİLMESİ DEMEKTİR. TESLİM İŞLEMİ İSE, BOŞALTMA FİİLİ İLE BAĞLANTILIDIR. HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN TESLİM, TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORCUN İFA EDİLMESİDİR.

TESLİM ESASINDA İKİ TARAFLI BİR HUKUKİ İŞLEMDİR., BU BAKIMINDAN DA HER İKİ TARAFIN İRADELERİNİN UYUŞMASI SONUCU GERÇEKLEŞİR. BİR TARAFTAN TAŞIYANDA YÜK ÜZERİNDEKİ DOĞRUDAN ZİLYETLİĞİNİ GÖNDERİLENE DEVİR ETMEK İRADESİ VE DİĞER TARAFTAN DA GÖNDERİLENİN YÜK ÜZERİNDE DOĞRUDAN ZİLYETLİĞİ DEVİR ALMAK İRADESİ BULUNMALIDIR; ANCAK BU İKİ İRADENİN KARŞILIKLI MUTABAKATI ÜZERİNE TESLİM GERÇEKLEŞEBİLİR. (Bülent SÖZER S: 297-300)

Örneğin taşımacı kendisine başvuran gümrük müşavirinin personeline “ordino ücretiniz USD 1500 tutuyor” dediğinde oysaki bu rakamın içinde navlun ücreti, lokal masraflar ve belki de USD 35 veya 50 tutarında ordino ücreti vardır. Toplam rakama bakıp “ordino ücretleri çok fahiş” demek ciddi bir yanıltma oluyor bu durumda. Hele ki ülke sınırlarını aşan bir eşya taşıması ile yurtiçinde bir yerden başka bir yere bir koli taşımayı emsal göstermek ve buradan haklı çıkmaya çalışmak gerçekten kabul edilebilir değildir.

Öncelikle 1615 sayılı eski gümrük kanunundan sonraki 4458 sayılı gümrük kanununda ne de 6102 sayılı TTK’da ordino konusunun-adının geçmediği

tespiti yapılıyor. Bu doğru bir hareketti zaten kalkması da gerekiyordu, çünkü gümrük işletmesinin kendisinin de çoğu fırsatta ifade etmiş olduğu gibi eşyanın serbest dolaşıma giriş-gümrükleme işlemlerinde ordino kullanılmaz; bu yüzden gümrükleme esnasında ordinoya ihtiyaç duyulmaz. Bu ordinonun kalktığı anlamında asla yorumlanamaz. Örneğin önceki yazımda damga vergisi olarak “ordinolar” şeklinde yer verildiğini yazmıştım. Devlet adına damga vergisini kim gönderilenden tahsil eder? Bu durumda bu kurumlar (gümrük idaresi ve liman işletmeleri) damga vergilerini de mi tahsil edecekler?

ORDİNOYU KALDIRMAK NE GİBİ ETKİLER YARATIR?

Bir an için gerçekten hiçbir şekilde ordino veya başka bir adla taşımacı aracılığı ile verilen bir teslim dokümanının söz konusu olmadığı, taşıyanın bir an için yükü gönderilene teslimde devre dışı olduğu, yani yükü teslim borcunu ifa etmekten alıkonulduğu bir dış ticaret düşünelim: Konşimentoyu imzalayan taşımacı navlun sözleşmesi gereği bazı yükümlülüklerle karşı karşıyadır. Bunlar yüke özen borcu, geminin denize elverişli tutulması borcu, yükün hasarlanmaması borcu, yükün kaybolmaması-çalınmaması borcu, yükün kabul edilebilir sürede –gecikmeksizin taşınması ve en önemlisi de anlaşılan boşaltma limanına ya da varış yerine gelen yükün meşru konşimento hamiline teslim borcu. Taşıyan açısından konşimento düzenlenmese de (örneğin deniz taşıma irsaliyesi düzenlense de) bu sorumluluklarında değişiklik olmayacaktır.

Navlun sözleşmesi gereği yükü teslim borcunu ifa etmekten alıkonulan taşıyan, konşimentonun sahtekarlığı-kaybı konusunda da üzerine düşen görevi doğal olarak ifa edemeyecektir. Navlun sözleşmesinin taşıtanı aynı zamanda gönderilen (consignee) ise, taşıyan navlunu ve lokal masrafları gönderilenden tahsilden de mahrum kalacaktır. Böyle olunca da biz şunu düşüneceğiz; geçici depolama yeri işletmecisi ya da gümrüklü antrepo işletmecisi gümrük idaresi ile eş güdümlü olarak malın serbest dolaşıma giriş işlemleri sonrası yükü gönderilene teslim edecekler. Burada soru şu; öncelikle taşıyanla taşıtan arasında tesis edilen navlun sözleşmesinin doğrudan muhatapları mıdır? Hangi bilgi, belge ve mesleki yeterlilikle bunu yapacaklar. Yüzlerce yıllık birikim ve tarihçesi olan konşimentodan anlarlar mı, sahte konşimentoyu tespit edebilirler mi, yeterli özenle kimlik-imza sirküleri-yetki belgesi kontrolü yapabilirler mi? Telex release işlemi yapıldıysa bunu nereden haber alacaklar. Yük yolda iken yapılan düzeltmeleri nasıl takip edecekler? Taşımacının navlun sözleşmesi gereği veya bankanın kredi alacağı gereği mal üzerinde rehin hapis hakkını nasıl gözetecekler, yoksa bu hakkı ilgili kanun maddelerinden çıkarıp yola bu şekilde mi devam edecekler? Ciro marifeti ile devredilebilme kabiliyetine sahip

konşimentolarda ciro gerekliliklerini yeterince bilecekler mi? Eksik veya sahte ciro ve imzaları tespit imkanları olacak mı? Yükün gönderilene teslimi anında yurtdışı acentanın veya yükletenin tahsil edilmek üzere bildirdiği alacakları (disbursement) tahsil edip yurtdışındaki hak sahibine havale edebilecekler mi? Dışarıya çıkan konteyneri takip edip gümrüklü saha ya da ihtiyaç duyulan depoya geri getirebilecekler mi? Örneğin Ambarlı limanına gelmiş olan yüke ait konşimentoda Silivri'ye bir son taşıma (Place of delivery-final destination) varsa bunu nasıl ve kimle organize edecekler? Taşımacının irade ve talebini aramaksızın onun konteynerini gümrüklü sahadan dışarıya çıkarabilecekler mi? Yoksa son taşımalar yasaklanacak mı?

Yükü bizzat gemisi ile limana getiren “fiili taşıyandan” başka taşıyanlar varsa (örneğin bir veya daha fazla acenta, forwarder, birinci forwarderin altında da bir başka forwarder varsa) kimin konşimentosu ile yük gönderilene teslim edilecektir? Bu bağlantı nasıl kurulacak?

Bu taşımadaki rol sahibi taşıyanların birbirlerine karşı sorumluluk ve hakları, alacakları, borçları nasıl yerine getirilecek? Örnekleyelim: Gemi sahibi fiili taşıyan Maersk'e aittir. Bu gemide Hapag Lloyd'un Maersk'ten kiralanmış belli sayıda konteyner yeri var. Hapag Lloyd bu yerin bir kısmını kendi konteynerleri için ithalatçılara ve forwarderlere kullandırırken bir kısmını ise Arkas Denizcilik emrine kiraya verir. Arkas yüklediği konteynerleri farklı ithalatçı ve forwarderlere tahsis etmiştir, Maersk gemisine yüklemiştir. Bu durumda Maersk Hapag Lloyd'a, Hapag Lloyd müşterilerine, forwarderlere ve de Arkas'a; Arkas ise değişik ithalatçı müşterilerine ve forwarderlere hizmet vermiş oldu, MBL (master bill of lading) düzenledi. Böylesi karmaşık bir ilişkiler yumağında Maersk gemisi ile gelen bu konteynerlerin taşımacıları arasındaki ilişkilerini gümrük işletmesi ve antrepo-geçici depolama yeri işletmecileri mi düzenleyecek? Yoksa bu ticari ilişkileri göz ardı edip herhangi bir şekilde herhangi konşimento benzeri bir şeyi getirene yükü teslim mi edecekler? Doğal olarak da konteyner içinden hasarlı çıkan ya da yasal süresi içinde yükün hasar bildirimlerini alan-karşılaman da gümrük işletmesi, antrepo-geçici depolama yeri işletmecileri mi olacaktır?

Verilen özet beyan bilgileri ve taşıma senedi bilgileri uygunsuz olursa bunun hesabını devlete kim verir? Konteynerlerden çıkan yasadışı yük için kim gidip devlet makamlarına ifade verir? Yükün gelişini gönderilene kim ihbar eder? Gönderilenin yükle ve konteynerle ilgili hak ve sorumluluklarını kim bildirir? Yük seyir halinde iken tacirin yükünü bilgisayar marifeti ile takibini kim sağlar? Bunların hepsi personel ve bilgisayar+program yatırım gideridir. Bu

yatırımların karşılığını alamayacağını anlayan taşıyan o ülkede ya taşıma yapmayacak ya da hizmeti kısıtlı yapacaktır. Peki bu sonuç kimin işine yarayacak? Biz ülke olarak Osmanlı'dan günümüze kadar TAŞIYAN ülke miyiz, TAŞITAN ülke miyiz? Taşıtan ülke olduğumuz yadsınmaz bir gerçektir.

KANUN MADDELERİNE BAKIŞ

Şimdi hep beraber bu konu ile ilgili kanun maddelerimize bakalım ve sorular soralım;

TTK MADDE 1230- (1) Konişmentonun meşru hamili, eşyayı teslim almaya yetkilidir.

Soru: Taşıyanın devrede olmadığı bir durumda konişmentonun “meşru hamili” olup olmadığını belirleme yetisine adı geçen kurumlar sahip olacaklar mıdır? Meşru hamil olmayana yükü teslim edip de sonradan elinde gerçek konşimento ile gelen meşru hamil yükü talep ederse nasıl bir işlem yapacaklar?

TTK MADDE 1236- (1) Eşya, ancak konişmento nüshasının, eşyanın teslim alındığına ilişkin şerh düşülerek geri verilmesi karşılığında teslim edilir.

Soru: Bu şerhi ordino düzenleyerek taşımacı şimdiye kadar düşüyordu. Şimdiden sonra bu şerhi kim düşecek, hangi yasal yetkiyle ve hangi sorumlulukla?

TTK MADDE 1237- (1) Taşıyan ile konişmento hamili arasındaki hukuki ilişkilerde konişmento esas alınır.

Soru: Konşimentonun meşru hamili olan gönderilen ordino almaksızın doğrudan gümrüğe gidecek ve yükünü oradan arada taşımacı almaksızın teslim alacaksa konşimentonun hamili ile taşıyan arasındaki hukuki ilişki sona mı ermiş olacaktır? Bu hukuki ilişkide muhatap adı geçen kurumlar mı olacaktır?

(2) Taşıyan ile taşıtan arasındaki hukuki ilişkiler navlun sözleşmesinin hükümlerine bağlı kahr.

Soru: Taşıyanın taşıtana karşı navlun sözleşmesinden kaynaklı yükümlülüklerini bundan sonra adı geçen kurumlar mı üstlenecektir?

TMK MADDE 957- Emtiyayı temsil eden kıymetli evrakın rehin edilmesiyle emtia üzerinde rehin hakkı doğar.

Soru: Türkiye'ye gelen yükün yurtdışındaki taşıtanı taşıyana navlun ve diğer borçlarını ödememiş, buna karşı da taşıyan konşimentoyu teslim etmeyip elinde rehin tutmuştur. Konşimentoyu kredi alacağı veya başka alacakları için

bankalar, finans kuruluşları da ellerinde rehin tutabilirler. Yükleten de mal belini tahsil etmemişse pekâlâ konşimentoyu elinde rehin tutuyor olabilir.

Gönderilen bu durumdan habersiz olan adı geçen kurumlara sahte bir konşimento ile başvurarak yükü serbest dolaşıma sokarsa, bu sahte konşimento ile işlem yapan bu kurumlar yükletenin, taşıyanın veya bankanın-finans kuruluşlarının alacaklarını ödeyecekler mi? Bu tarafların zararlarını kim karşılayacak?

Başka bir ülkede Türkiye'den giden ihracat eşyasının böyle bir işleme tabi tutulduğunu düşünelim. İhracatçı buna nasıl bir tepki gösterecektir? İthalatta savunduğu gibi o ülkede taşımacının devre dışı bırakılıp sahte konşimento ile yükün serbest bırakılmasını makul karşılayacak mıdır?

(Bu konuda Türkiye'de yaşanan geçmiş örneklerde ihracatçıların taşımacıyı mahkemeye verip kazandığı oldukça fazla dava bulunmaktadır).

TMK MADDE Madde 977 - Zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur.

Soru: Navlun sözleşmesinin kurulduğundan söz edilebilmesi için olmazsa olmaz şartlardan birisi de taşıyanın malın zilyetliğini edinmesi yani malı taşımak üzere tesellüm etmesi gerekir. Malın zilyetliğini edinen taşıyan artık ona özen göstererek taşıma işlemini yapacaktır. Taşımanın anlaşılan yere kadar yapılması taşımacının sorumluluğunu bitirmez, malın zilyetliğinden kurtulması gerekir. Bu ise taşıyanın teslim borcunu ifası ile mümkün olacaktır. Ordinoyu dolayısı ile taşımacıyı devreden çıkarmayı hedefleyen bu ordinosuz yeni sistemde taşımacı, üzerindeki zilyedi devredebilme imkanından mahrum olacaktır. Bu durumda yükü teslim edecek olan adı geçen kurumlar taşıyanın üzerinde bulunan malın zilyetliğini devretmede taşıyandan vekalet mi alacaktır?

2013 yılında Brezilya gümrüğü böyle bir şeye yeltendi. Hatta onlar bir adım daha ileri gittiler ve konşimentonun devredilebilir olup olmadığını dikkate almaksızın malın gönderilene serbest bırakılmasının yolunu açtılar (Normative Ruling 1.356, made public on May 5th, 2013, the presentation of the Original Bill of Lading for import cargo release procedures is eliminated). Bunun üzerine taşıyanlar Brezilya'ya taşıdıkları eşyalar için düzenledikleri konşimentoların üzerine ilave aşağıdaki klozu eklemeye başladılar;

«Carrier's liability ceases after discharge of goods into Custom's custody and Carrier shall not be responsible for delivery of cargo without the presentation of the Original Bill of Lading, as per Brazilian Customs Regulations»

Çevirisi: Taşımacının sorumluluğu malların tahliyesinden ve gümrüğe tesliminden sonra sona erer. Taşımacı Brezilya gümrük kanunlarına göre malların konşimento ibrazı olmaksızın alıcıya teslim edilmesinden dolayı sorumlu tutulamaz.”

Bu elbette tüm dünyada Brezilya'ya ihracat yapanlarda ciddi tedirginlikler yaşattı. Hatta bu arada gerçekten konşimentosuz teslim örnekleri de yaşandı. Ama sonuçta Brezilya gümrüğü bu hatasının farkına vardı ve her şeyi olması gereken doğal işleyişine bırakan kararı (Karar: 1.759/2017) almak zorunda kaldı. Fakat bugün istisnada olsa konşimentosuz teslimin yine yapılmaya devam edildiğini duyabiliyoruz.

Bu arada bu konuya meraklı tarafların Anayasa Mahkemesi 2.B., B. 2015/13851 T. 27.6.2018 tarihli kararını edinip dikkatle incelemelerini şiddetle öneririm. Biliyoruz ki Anayasa Mahkemesi'nin kararları kesindir ve herkesi bağlar. Bu karar “Yük Teslim talimat Formu (ordino)” konusunda alınmıştır.

KONTEYNER DEMURAJI ÇİN VE TÜRKİYE

Av. Güneş KÖKSAL

Deniz yolu taşımaları en ucuz yol olması sebebiyle taşımacılıkla sıkça kullanılan yollardan biridir ve konteyner kullanımı taşıma işlerini hızlandırdığı ve kolaylaştırdığı için yükler konteynerlerin içinde taşınır. Dünyanın en yoğun konteyner limanı Shanghai'da bulunmaktadır ve Türkiye-Çin arasındaki ithalat ve ihracatın yaklaşık %51'i deniz yolu ile taşınmaktadır. İki ülke arasındaki ticarete en büyük problemler lojistik ve hukuki sorunlardan ortaya çıkmaktadır.

Konteyner demurajı ile ilgili problemler üç başlık altında toplanabilir. Bunlar; herhangi bir limit olmadığı için aşırı yüksek miktarlara ulaşabilen demuraj bedelleri, konteyner demurajı ile ilgili her konuda iki ülkede de açık bir düzenleme bulunmaması ve son olarak düzenleme olmaması sebebiyle özellikle Çin'de verilen çelişkili ve çeşitli mahkeme kararlarına rastlanmasıdır.

Çalışmada, Türkiye'den farklı olması sebebiyle öncelikle Çin Deniz Ticaret Hukuku kaynakları ve mahkeme sisteminden bahsedilmiştir. Daha sonra mahkeme kararlarının niteliğini etkilemesi sebebiyle konteyner demurajının hukuki mahiyetiyle ilgili tartışmalara yer verilmiştir. Konteyner demurajı gönderilenle de bağlantılı olduğu için iki ülkedeki gönderilenin durumu karşılaştırılmıştır. Daha sonra demuraj süresi ve parasının hesaplanması ve fahiş bedelin indirilmesiyle ilgili farklar ve benzerlikler mahkeme kararlarına yer verilerek karşılaştırılmıştır. Son olarak, zamanaşımı süresinin başlangıcının hesaplanmasındaki farklara yer verilmiştir. Çalışmada çoğunlukla Çin'deki örnekler üzerinde durulmuştur.

Çin Deniz Ticaret Hukuku Kaynakları

Deniz ticareti ile ilgili temel kaynaklar 1993'te yürürlüğe giren Çin Deniz Ticaret Kanunu (DTK) ve 1999'da yürürlüğe giren Çin Deniz Usul Kanunu'dur.¹ DTK olabildiğince Hamburg, Lahey-Visby gibi uluslararası kurallar ve anlaşmalarla uyumlandırılmış maddeler içermektedir. Bu kanunda boşluk

¹ Çin Deniz Ticaret Kanunu 1993 <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/lawsdata/chinese-law/200211/20021100050726.html> Çin Deniz Usul Kanunu 1999 <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/92670/108075/F772443886/CHN92670%20Eng.pdf>

bulunması halinde 2020’de yürürlüğe giren Çin Medeni Kanunu’nun Deniz Taşıma Sözleşmeleri hükümleri uygulanır.² Deniz ticaret hukuku uyuşmazlıkları için özel usul kanununda boşluk bulunması durumunda ise Çin Medeni Usul Kanunu uygulanır.³

Çin’de dört çeşit mahkeme vardır. Sırasıyla Temel/Taban Mahkemeler (Basic People’s Court), Orta Derece Mahkemeler (Intermediate People’s Court), Yüksek Mahkemeler (High People’s Court) ve son olarak Türkiye’deki Yargıtay benzeri olarak görülebilecek En Yüksek Mahkeme (Supreme People’s Court) yer alır. En yüksek mahkemenin Yargıtay’dan farklarından biri resmi görüş verebilmesidir. Örneğin, Yüksek Mahkeme bir uyuşmazlıkta karar veremediğinde En Yüksek Mahkeme’den resmi görüş isteyebilir ve bu görüşler kaynak ve gerekçe olarak kullanılabilir, görüş isteyen mahkeme de verilen resmi görüşe uygun karar verir. Benzerliklerinden biri ise, Türkiye’deki içtihadı birleştirme kararlarına benzer emsal kararlar yayınlanır.

Deniz Ticaret Mahkemeleri özel nitelikli mahkemeler olarak kurulmuştur ve Çin’deki büyük liman kentlerinde bulunur. Derece olarak Orta Derece Mahkeme niteliğindedir. Kanun yolu başvuruları bir üst mahkemeye yapılır ve iki dereceli temyiz sistemi vardır.

Konteyner Demurajının Hukuki Mahiyeti

Konteyner demurajının hukuki mahiyetiyle ilgili tartışmalar Türkiye’de götürü tazminat ve ceza koşulu üstünde yoğunlaşmıştır. Götürü tazminat, sözleşmenin ihlali halinde ödenmesi önceden kararlaştırılmış bir tazminat türüdür.⁴ İngiltere başta olmak üzere birçok ülkede konteyner demurajının hukuki niteliği götürü tazminat olarak kabul edilmiştir.⁵ Ceza koşulu ise borcun ifa edilmemesinden doğan zararın önceden tespitiyle, Yargıtay kararlarının gerekçelerinde de belirtildiği gibi borçlunun üzerinde ekonomik baskı oluşturacak kadar yüksek miktarlarda belirlenip borçlunun borcu ifasına zorlayan bir tazminat türüdür. Bu değerlendirme, gerçek zarardan ya da doğması muhtemel zarardan çok daha fazla miktarda belirlenmiş olup olmadığının tespiti ile yapılır.⁶

2 Çin Medeni Kanunu 2020 <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa-3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>

3 Çin Medeni Usul Kanunu 1991 <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/lawsdata/chinese-law/200211/20021100053380.html>

4 Zhang, M. Chinese Contract Law- Theory and Practice. Brill. 2019. s.308. Birinci Uzun, T. Götürü Tazminat. Yetkin, Ankara. 2015. s.39.

5 MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt, High Court of Justice, 12 February 2015, (2015) EWCH 283

6 Aksoy, S. Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Taşıyana İadesi ve Konteyner Demurajı. Banka Huk Dergisi. 2017. s. 163.

Çin’de götürü tazminat, kira teorisi ve endüstri uygulaması teorileri tartışılmaktadır. Kira teorisi, konteyner demuraj bedelinin konteynerin uzun süre işgalinden kaynaklanan bir kira ücreti olduğunu savunur. Ancak eleştiriler kiranın mülkiyet hakkından sağlanan bir kazanç olduğunu ve konteyner demurajında ekstra bir kazanç amacı olmadığını, böyle bir kazanç amacının olmaması gerektiğini savunur.⁷ Endüstri uygulaması teorisine göre, konteyner demuraj bedeli, konteyner taşımacılığında uygulanan ve uygulandığı bütün ilgililerce yıllardır bilinen bir durum olduğundan, hukuki olarak bir yere oturtulması dışında, bunun endüstri uygulamasından kaynaklanan bir bedel olduğunu savunur.⁸ Çin’de ceza koşulu konulabilecek sözleşmeler kanunla sınırlandırılmıştır. Bu sözleşmeler dışında hiçbir sözleşmeye ceza koşulu konulamayacağı için ve taşıma sözleşmeleri de bu sözleşmeler arasında sayılmadığı için, konteyner demuraj bedelinin hukuki mahiyetinin ceza koşulu olup olmaması ile ilgili bir tartışma yapılmamıştır.

Gönderilenin Durumu

Deniz yolu taşımalarında gönderen ve taşıyan, taşıma sözleşmesi yapar ve aslında gönderilenle taşıyan arasında çoğunlukla bir sözleşme bulunmayabilir. Taşıyanla gönderilen arasındaki ilişki konişmentodan doğar.⁹

Taşıma sözleşmesi Türk hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilir ve gönderilen, üçüncü kişi yararına sözleşme özelliklerine ve Yargıtay kararlarına göre, yükü talep ettiğinde veya teslim aldığı taşıma sözleşmesiyle bağlı hale gelir.¹⁰

Yine, Yargıtay kararları ve üçüncü kişi yararına sözleşmenin özelliklerine göre, gönderilenin yükü alması aslında bir haktır. Yükü teslim talebi veya konişmentonun ibrazı ile yükü teslim almak bir yükümlülük haline gelir. Ancak bu durumda gönderilen konteyner demuraj bedelinden sorumlu olabilir.

Çin’de ise gönderilenin yükü teslim almasının bir hak mı sorumluluk mu olduğu tartışmalıdır. Mülga Sözleşmeler Kanunu’nda ve yeni Medeni Kanun’da,

7 Han, Haibin [王海], 国际海运集装箱滞箱费的请求权分析 [Analysis of the claim rights for international shipping container demurrage charges]. 中国海商法研究, 2016. s.60. Xia, Jianming [夏健铭]. 集装箱超期使用费法律问题探析 [Analysis on the Legal Issues of Container Overdue Usage Fees]. 2017. ss. 101-102.

8 Xu, Junqiang [许俊强], 集装箱超期使用费的法律问题 [The legal issues of container overdue usage fees]. 人民司法(应用). 2014. s.75.

9 Çin Deniz Ticaret Kanunu, Madde 78. Türk Ticaret Kanunu, Madde 1228-1238.

10 Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul. 2012 s. 449.

Y.11.HD. 03/12/2018, E. 2017/1615, K. 2015/7551.

Y.11.HD. 24/03/2014, E. 2013/17419, K. 2014/5690.

gönderilenin yükü hemen/ zamanında teslim alması ile ilgili madde mahkemelerce bunun bir yükümlülük olduğu şeklinde yorumlanmıştır.¹¹ Bu sebeple, verilen çeşitli kararlarda, gönderilen yükü talep veya kabul etmese bile, veyahut konişmentoda belirlenen gönderilene ulaşılamasa bile, gönderilen konteyner demuraj bedelinden sorumlu tutulmuştur.¹² Çeşitli davalarda, taşıtanlar kendilerine ait olan kağıt şirketleri gönderilen olarak gösterip konteyner demuraj ücretinden kaçmaya olanak bile bulabilmişlerdir.

Özellikle Bir Kuşak Bir Yol (İpek Yolu Projesi/BRI) projesine başlandıktan sonra, uluslararası taşıma uyuşmazlıkları ile ilgili düzenlemelerin yeknesaklığı ve diğer ticaret yapılan veya yapılacak ülkelerle uyumu kapsamında, bu tür kararlar gönderilene yeterli korumanın sağlanmaması sebebiyle sıkça eleştirilmiştir.¹³ En Yüksek Mahkeme, yayınlanan bir emsal kararında, gönderilenin taşıyanla arasında bir sözleşme ilişkisi olmaması ve gönderilenin yükü talep etmemesi sebebiyle, konteyner demuraj bedelini ödeme sorumluluğunun taşıtında olduğuna hükmetmiştir.¹⁴

Demurajın Hesaplanması

Demuraj ücretleri, taşıyanların internet sitelerindeki tarifelerde yer alır, navlun sözleşmelerinde ve konişmentolarda yazılabilir. Gönderilenin tarifede yazan demuraj ücretini kabul etmiş sayılacağı an, Türkiye’de yükün teslim talebi veya konişmento ibrazı olarak kabul edilebilirken, Çin’de ise gönderilenin durumundaki tartışmalar bu konuda da net bir uygulama oluşmasına engel olmaktadır.

Taraflar arasında herhangi bir demuraj bedeli kararlaştırılmayan durumlar için, Türkiye’de hesaplama, mahkeme tarafından varış limanındaki deniz ticaret odalarından sorularak, rayiç bedele göre yapılır.¹⁵

Çin’de rayiç bedele göre hesaplama sıkça kullanılsa da, daha farklı kararlar veren mahkemeler de vardır. Shanghai Deniz Ticaret Mahkemesi bir kararında,

11 Çin Medeni Kanunu, Madde 830.

12 Shangola-De Domingos Leite Ferreira De Ceita v. Nile Dutch Africa Line B.V. for dispute over a contract for carriage of goods by sea, 2007.

13 Legal Issues Concerning Non-Delivery At the Destination Port- COSCO Container Lines Co. Ltd. v. Xiamen King Far East Shipping Co. Ltd.

14 Second Group of Model Cases Involving Construction of the Belt and Road Published by the Supreme People’s Court, Case 10. 05.15.2017, The retrial of disputes between the Shenzhen branch of Shanghai Xieyun Logistics Co., Ltd. and A.P.Moller-MaerskA/S (A.P.Moller- MaerskA/S) maritime cargo transportation contract 11-26-2015

15 Aksoy, S. Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları. Onikilevha 2019. p. 260.

taşıyanın da konteyner demuraj süresinde girdiği andan itibaren önlem almış olması gerektiğini, bu bedelin taşıyan yeni bir konteyner olarak taşıma işlerine devam edebileceğinden aynı nitelik ve büyüklükteki yeni bir konteyner bedelini aşmaması gerektiği gerekçesiyle, konteyner demurajını yeni bir konteyner ücretiyle sınırlı tutmuştur.¹⁶ Benzer bir karar Qingdao Deniz Ticaret Mahkemesi'nde, bu sefer taşıyanın tedbir alması gerektiği ve yeni bir konteyner kiralarak taşıma işlerine devam edebileceği gerekçesiyle konteyner demurajının kiralanan konteynere ödenen kira ücreti ile sınırlandırılmasına hükmetmiştir.¹⁷ Yine benzer bir karar Ningbo Deniz Ticaret Mahkemesi'nde, tedbir olarak yeni bir konteyner alınıp taşıma işlerine devam edilebileceği ve konteyner demurajının yeni bir konteyner bedelinin 1.5 katını aşmaması gerektiği şeklinde verilmiştir.¹⁸

Diğer kararlardan daha farklı nitelikte bir hesaplama kararı Guangzhou Deniz Ticaret Mahkemesi tarafından DTK Madde 87 ve 88'deki hapis ve satış hakkı üzerinden açıklanarak verilmiştir. Madde 87'ye göre taşıyanın ödenmeyen demuraj, navlun ve benzeri ücretler için yükler üzerinde hapis hakkı vardır ve Madde 88'de ise 60 gün içinde bu yükler kurtarılmazsa, taşıyanın açık artırma ile satış hakkı olduğu düzenlenmiştir. Guangzhou Deniz Ticaret Mahkemesi, En Yüksek Mahkeme'nin başka bir dava için verdiği zamanaşımı ile ilgili resmi görüşteki "Taşıyanın hakkının ihlal edildiği, ihlal edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren zamanaşımı başlar." açıklamasını gerekçe göstererek, konteynerin serbest sürenin bitiminden itibaren yükleri hapis etmesi gerektiği ve 60 gün sonunda bunları satabileceğini gerekçe göstererek demuraj bedelini 60 günle sınırlandırıp, bu süre üzerinden hesaplayarak karar vermiştir.¹⁹

Fahiş Bedelin İndirilmesi

Konteyner demuraj bedelinin fahiş olması durumunda düzeltilmesi ve indirilmesi mahkemeden istenebilir. Türkiye'de bu indirim de rayiç bedel üzerinden yapılır. Çin'de ise bu konuda farklı uygulamalar mevcuttur.

Öncelikle, Çin Deniz Ticaret Kanunu yalnızca uluslararası taşımalar için uygulanır ve iç su yolları için ayrı bir kanun vardır. Bu kanunla ilgili yayınlanan yönetmeliklerde konteyner demuraj günlük bedelleri için bir limit konulmuştur. Ancak, aynı şekilde bir limit uluslararası deniz taşımaları için de getirilmeye

16 (2010) 海法商初字第 268 号民事判例所示.

17 (2011) 海法海商初字第 85 号民事判例所示.

18 (2015) 甬海法商初字第 502 号民事判例所示.

19 (2011) 广海法初字第 522 号民事判例所示.

çalışıldığında, uluslararası taşıma şirketlerinden gelen büyük bir tepkiyle karşılanmış ve bir limit getirilememiştir. Bu sebeple fahiş bedelin indirilmesinde de demuraj bedeline dair bir anlaşma olmaması durumunda yapılan hesaplamalar yapılarak indirilir.

Zamanaşımı

İki ülkede de zamanaşımı 1 yıl olarak öngörülmüştür.²⁰ Ancak, bu sürenin başlama anı konusunda tartışmalar bulunmaktadır.

Türkiye’de verilen bir Yargıtay kararına göre demuraj alacağı eğer bu alacak konusunda mutabık kalma şartına bağlandıysa, borcun olmadığı savunulması ile mutabık kalınmış sayılmayacağından, kesin red cevabı ile başlar.²¹

TTK Madde 1246’ya göre, navlun sözleşmesi ve koniementodan doğan alacakların borcun muaccel olmasından itibaren bir yıl içinde zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. Bu yüzden, aksine bir düzenleme olmadıkça demuraj alacağı her gün sonunda doğar ve muaccel hale gelir. Bir yılın hesaplanması da her günün sonundan itibaren bir yıl olarak hesaplanır.²²

Çin’de ise hesaplama daha çeşitli şekillerde yapılmıştır. En Yüksek Mahkeme’nin verdiği resmi görüşteki “hak sahibinin hak ihlalini bildiği veya bilmesi gerektiği tarihten itibaren başlar” hükmü, bir emsal kararda da kullanılmıştır ve bir yıllık zamanaşımı, gönderen tarafından taşıyana atılan elektronik postada, gönderilenin yükü teslim almayacağından bildirilmesinden itibaren hesaplanmıştır.²³ Ancak bu ve benzer kararlar, gönderilene ulaşılamaması durumunda taşıyanın konteyner eksikliği ve taşıma işlerinin aksaması devam edeceğinden sıkça eleştirilmiştir.

Başka bir kararda, serbest sürenin sona erdiği an taşıyanın konteynerini boş olarak hala geri alamamış olması sebebiyle, zamanaşımı serbest sürenin sona ermesinden itibaren bir yıl olarak hesaplanmıştır.²⁴

20 Türk Ticaret Kanunu, Madde 46. Çin Deniz Ticaret Kanunu, Madde 257

21 Y.11.HD. 03.05.1988. E. 1987/1218, K. 1988/2928.

22 Y. 11. HD, 12.06.2018, E. 2016/10464, K. 2018/4457. Turkel, D.T. (2019). Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi Üzerine Bir İnceleme. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 21(2), s.757.

23 Official Reply of the Supreme People’s Court on the Limitation of Action for the Carrier’s Claim for Compensation to the Consignor, Consignee, or Holder of the Bill of Lading with Regard to Carriage of Goods by Sea Second Group of Model Cases Involving Construction of the Belt and Road Published by the Supreme People’s Court, Case 10. 05.15.2017, The retrial of disputes between the Shenzhen branch of Shanghai Xieyun Logistics Co., Ltd. and A.P.Moller-MaerskA/S (A.P.Moller- MaerskA/S) maritime cargo transportation contract 11-26-2015

24 Sino-trans Shandong Company v. Yizhong (Qingdao) Stamping Co. Ltd, 林鹏鸣.国际海上集装箱运输滞箱费索赔纠纷案//中华全国律师协会海事海商专业委员会.中国海事律师案例实录.大连:大连海事大学出版社. 2005. ss. 167-188.

Diğer bir kararda, yine Çin Deniz Ticaret Kanunu Madde 88 gerekçe olarak kullanılmış, hapis hakkı ve açık arttırmayla satış için taşıyana verilen 60 günlük sürenin sonunda 1 yıllık zamanaşımı süresinin başlayacağı hükmü verilmiştir.²⁵

Son olarak, bir başka kararda da hesaplama Türkiye'deki gibi, her günün sonunda borcun muaccel hale gelmesi gerekçesiyle hesaplanmıştır ancak hak sahibinin hak ihlalini her günün sonunda yeniden bilmesinin veya öğrenmesinin imkansız olduğu gerekçesiyle bu karar da eleştirilmiştir.²⁶

Sonuç

Konteyner demurajı ile ilgili uyumsuzluklarda uygulanacak açık bir düzenleme yoktur. Uygulamada ve mahkeme kararlarıyla da bir yeknesaklık sağlanamamıştır. Türkiye'de uygulama Çin'e göre daha istikrarlıdır. Çin'de ise yeni Deniz Ticaret Kanunu için taslak çalışmalarında Kanun'un 4. bölümü olan denizde taşıma sözleşmeleri kısmı ve taşıyanın malları teslimi bölümlerinde ne tür bir düzenleme yapılması gerektiği doktrinde tartışılmaktadır.

Konteyner demuraj bedellerinin ekonomik olarak taraflar üstünde büyük bir baskı oluşturması sebebiyle, konteyner demuraj bedelleri için süre olarak veya para olarak belli bir limit konulması, veya konteyner bedellerinin bir kurum tarafından kontrol altında tutulması gerekir. Böylece taşıyanın taşıma işlerine devam etmesi ve konteyner demuraj bedeli üstüne yüklenen gönderilen, gönderen veya taşıtanın da ekonomik olarak zor durumda kalmaması, ülke ekonomisi için çok daha faydalı ve iyi olabilir.

Kaynaklar

- Aksoy, S. (2017). Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Taşıyana İadesi ve Konteyner Demurajı. *Banka Huk. Dergisi*. 33, 137.
- Aksoy, S. (2019). *Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları*. Onikilevha.
- Birinci Uzun, T. (2015). Götürü Tazminat. Yetkin. Ankara.
- Han, H.B. [韩海滨], 2016. 国际海运集装箱滞箱费的请求权分析, 中国海商法研究, 27 (02). 60-66.
- Oğuzman, M.K. & Öz, T. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*. Vedat Kitapçılık. İstanbul.
- Turkel, D.T. (2019). Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi Üzerine Bir İnceleme. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21(2), s.757.
- Xia, X.M. [夏健铭], 2017. 集装箱超期使用费法律问题探析, 法制与社会, (03):101-102.
- Xu, J.X. [许俊强], 2014. 集装箱超期使用费的法律问题, 人民司法(应用). (23): 75-79.
- Zhang, M. (2019). *Chinese Contract Law-Theory & Practice*. Brill.

Kanunlar

- Çin Deniz Ticaret Kanunu 07.11.1993 <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/lawsdata/chinese-law/200211/20021100050726.html>
- Çin Deniz Usul Kanunu, 25.12.1999 <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/92670/108075/>

25 COSCO Container Lines Co.Ltd v. Hunan Jiali International Trade Co. Ltd., 参见青岛海事法院(2010)青海法海商初字第 166 号民事判决书.

26 Sinotrans Container Lines Co. Ltd v. Shanghai Jinhang International Freight Forwarding Co. Ltd., 参见上海海事法院(2007)沪海法商初字第 576 号民事判决书.

SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASININ ÖNLENMESİ HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA KARGO ŞİRKETLERİNİN ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİM SORUMLULUĞU

Av. Sedat TATAR

İstanbul Barosu Lojistik ve Taşıma Hukuku Komisyonu Genel Sekreteri

I. GENEL BİLGİ

Birleşmiş Milletler, ABD ve AB yaptırımları da dahil olmak üzere uluslararası etkisi bulunan bazı düzenlemeler suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesinde uluslararası düzeyde mücadele etmektedir. Yine OECD bünyesinde FATF (Financial Action Task Force) rehber ve tedbirleri üye devletlerin bu konudaki önlemlerinden bahsetmektedir.

“Money Laundering” (Para Yıkama/Aklama) terimi hakkında bilgi verecek olursak; 1920’lerin başında ABD’de ünlü İtalyan mafyası Al Capone’nin illegal olarak kazandığı parayı harmanlayarak meşrulaştırmak için sadece nakit para ile çalışabilen çamaşırhane satın alması ile bu terim ortaya çıktığı düşünülmektedir.

Suç gelirleri genel olarak Vergi Kaçırma, Kaçakçılık, Uyuşturucu Ticareti, Soygun, Hırsızlık gibi suçlardan kaynaklanabilir. Kara para aklama genel olarak aşağıda belirtilen süreçlerden geçmektedir.

1. Yerleştirme; Yasadışı faaliyetlerden kaynaklanan para veya fonlar, parasal araçlara dönüştürülür.

2. Katmanlaştırma/Harmanlama; Parasal araçlar, çeşitli kanallar aracılığıyla (farklı şirketler, hesaplar) birden çok kez aktarılır. (Offshore hesapları, Vergi Cennetleri, kukla kişiler vb.)

3. Entegrasyon; Suç gelirlerinin kaynağı artık izlenemiyor. Bu aşamada, suç gelirlerinin nihai olarak gayrimenkul, araç, şirket vb. mal varlıklarının satın alınması için kullanılması riski vardır.

Düzenleyici Ulusal Mevzuat

Kanun 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun Yönetmelik Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik Tebliğ MASAK 13 Sıra Numaralı Genel Tebliği Ayrıca MASAK tarafından çıkarılmış olan Kargo Şirketleri için Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi usul ve esaslar hakkında gösterge olarak önem taşımaktadır. Suçtan elde edilen gelirlerin önlenmesi konusunda uluslararası ve ulusal düzenlemeler her geçen gün önemini arttırmaktadır.

5549 sayılı Kanun'un 2/1-d maddesinde ve Yönetmelik'in 4. maddesinde aşağıdaki gibi 27 farklı grupta tanımlanmıştır.

Bununla birlikte yükümlü kavramına geniş ölçekli bakıldığında aşağıda sayılanlar ile bunların şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimlerinin de dahil olması söz konusudur.

- a) Bankalar.
- b) Bankalar dışında banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz kuruluşlar.
- c) Kambiyo mevzuatında belirtilen yetkili müesseseler.
- ç) Finansman ve faktoring şirketleri.
- d) Sermaye piyasası aracı kurumları ve portföy yönetim şirketleri.
- e) Ödeme kuruluşları ile elektronik para kuruluşları.
- f) Yatırım ortaklıkları.
- g) Sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri ile sigorta ve reasürans brokerleri.
- ğ) Finansal kiralama şirketleri.
- h) Sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde takas ve saklama hizmeti veren kuruluşlar.
- ı) Kıymetli Madenler ve Kıymetli Taşlar Piyasasına ilişkin saklama hizmeti ile sınırlı olmak üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi.
- i) Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi ile kargo şirketleri.
- j) Varlık yönetim şirketleri.
- k) Kıymetli maden, taş veya mücevher alım satımı yapanlar ile bu işlemlere aracılık edenler.

l) Cumhuriyet altın sikkeleri ile Cumhuriyet ziynet altınlarını basma faaliyeti ile sınırlı olmak üzere Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü.

m) Kıymetli madenler aracı kuruluşları.

n) Ticaret amacıyla taşınmaz alım satımıyla uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler.

o) İş makineleri dâhil her türlü deniz, hava ve kara nakil vasıtalarının alım satımı ile uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler.

ö) Tarihi eser, antika ve sanat eseri alım satımı ile uğraşanlar veya bunların müzayedeciliğini yapanlar.

p) Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Türkiye Jokey Kulübü ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığı dâhil talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler.

r) Spor kulüpleri.

s) Noterler.

ş) Savunma hakkı ve alternatif uyuşmazlık hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar,

t) Bir işverene bağlı olmaksızın çalışan serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirler.

u) Finansal piyasalarda denetim yapmakla yetkili bağımsız denetim kuruluşları.

ü) Kripto varlık hizmet sağlayıcılar.

v) Tasarruf finansman şirketleri.

II. YÜKÜMLÜ OLARAK KARGO ŞİRKETLERİNİN BAŞLICA YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Kimlik Tespiti Yükümlülüğü

5549 Sayılı Kanun ve Tedbirler Yönetmeliği kapsamında kargo şirketleri ve bunların şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleri; müşterinin tanınmasına ilişkin esaslar kapsamında, kendileri nezdinde yapılan

veya aracılık ettikler işlemlerde işlem yapılmadan önce, işlem yapanlar ile nam veya hesaplarına işlem yapılanların kimliklerini tespit etmek ve gerekli diğer tedbirleri almak zorundadır.

Tedbirler Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde düzenlenen kimlik tespiti yükümlülüğüne göre kargo şirketleri, işlem tutarı ya da birbiriyle bağlantılı birden fazla işlemin toplam tutarı yetmiş beş bin TL veya üzerinde olduğunda, kimliğe ilişkin bilgileri almak ve bu bilgilerin doğruluğunu teyit etmek suretiyle müşterilerinin ve müşterileri adına veya hesabına hareket edenlerin kimliğini tespit etmek ve işlemin gerçek faydalanıcısının ortaya çıkarılması için gerekli tedbirleri almak zorundadır.

2. Şüpheli İşlem Bildirim Yükümlülüğü

5549 sayılı Kanun'un "Şüpheli işlem bildirim" başlıklı 4'üncü maddesi gereğince yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu mal varlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması hâlinde bu işlemlerin, yükümlüler tarafından Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığına (MASAK) bildirilmesi zorunludur.

Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik'in 28'inci maddesinin dördüncü fıkrasında; Hazine ve Maliye Bakanlığının, şüpheli işlem bildirim formlarının düzenlenmesine ve bildirimlerin elektronik ortam ve bilgi iletişim araçları kullanılarak yapılması zorunluluğu getirilmesine ilişkin usul ve esasları yükümlüler bazında ayrı ayrı belirlemeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

MASAK 13 sıra no.lu Genel Tebliği'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında; "Başkanlık, elektronik ve kâğıt ortamındaki şüpheli işlemlerin bildirimlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere yükümlüler için genel ve sektörel mahiyette şüpheli işlem bildirim rehberleri yayımlayabilir." hükmü yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise "Rehberler, Başkanlığın resmî internet sitesi ve/veya EMİS.ONLINE aracılığı ile duyurulur. Yükümlüler tarafından yapılacak bildirimler, bu rehberlerde belirtilen usul ve esaslara uygun şekilde yapılır." ifadesi bulunmaktadır.

13 Sıra no.lu MASAK Genel Tebliği'nin 13'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Kendilerine elektronik ortamda Şüpheli İşlem Bildirim (ŞİB) formu düzenleme imkanı verilen yükümlüler izin tarihinden itibaren şüpheli

işlem bildirimlerini elektronik olarak yapmak zorundadırlar. Söz konusu yükümlüler bu tarihten sonra kâğıt ortamında bildirimde bulunamazlar.” hükmü gereğince elektronik ortamda ŞİB formu düzenleme izni alan yükümlüler, izin tarihinden itibaren kâğıt ortamında bildirimde bulunamayacaktır.

Hem kâğıt ortamında hem de elektronik ortamda bildirim yapılırken şüpheli işlem bildirim formu, ilgili rehberin “Şüpheli İşlem Bildirim Formunun Düzenlenmesi” başlıklı bölümünde belirtilen esaslar çerçevesinde düzenlenmektedir.

5.2 İşlem Türleri

İşlem Grubu	İşlem Kodu	İşlem Adı
Kargo teslimatı	007-9101	Yurtdışına Kargo Gönderimi
	007-9102	Yurtiçine Kargo Gönderimi
	007-9103	Yurtdışından Kargo Alımı
	007-9104	Yurtiçinden Kargo Alımı
Kapıda Ödeme	007-9105	Kurye aracılığıyla tahsilat
Diğer İşlemler	007-9999	Diğer

5.3 İşlem Kanalları

Kanal Kodu	Kanal Adı	Kanal Açıklaması
007-01	İşyeri	Fiilen işyerine gelinerek yapılan işlemler
007-03	Alış/Teslimat yeri	Kurye aracılığıyla ilgili adreste gerçekleştirilen işlemler
007-09	Diğer	Yukarıdaki kanallar kullanılmadan yapılan işlemlerdir.

Şüpheli İşlem Tiplerinden Bazı Örnekler – Şüphe Elementleri (KYC)			
Müşteri Proiline İlişkin Tipler	Gerçekleştirilen İşlemlere İlişkin Genel Tipler	İşlemlere İlişkin Tipler	Şüphelinen Kişiler veya Riskli Ülkelerle İşlemlere İlişkin Tipler
<ul style="list-style-type: none"> -Belgelerdeki yetersiz bilgi, çelişki, bilgi teminindeki eksiklik; -İşlem yapılması için maddi menfaat teklif edilmesi, medyada menfi haberler; -Müşterinin işi ve geliri arasında anormal orantısızlık; -Müşterinin riskli kişi veya kuruluşlar ile ilişkisi; 	<ul style="list-style-type: none"> -Ticari hayatta sık yapılmayan işlemlerin sürekli yapılması; -Toplu yapılması gereken işlemlerin makul gerekçesi olmaksızın bölünmesi; -Yapılmak istenen işlemin hukuki, ekonomik gerekçesinin olmaması; 	<ul style="list-style-type: none"> -Müşteri tarafından faaliyeti, mesleği, kimlik, adres ve telefon bilgilerinin alınmasında zorluklar; -Müşterinin bilgi ve belge vermekten kaçınması; -Müşterinin gönderi hakkında yeterli derecede bilgisinin olmaması; -Sahte kimlik bilgileri ile işlem yapılması; -TR'deki vize süresi bitmiş yabancılar tarafından işlem yapılmak istenmesi; 	<ul style="list-style-type: none"> -Bir terör örgütü ile bağlantılı olduğundan şüphelenilen kişiler adına işlem yapılması; -Riskli ülkelerde yerleşik kişiler ile gönderi ilişkisinde bulunulması;

3. Münhasıran Uyum Görevlisi Atama Yükümlülüğü

Münhasıran uyum görevlisi olarak atanacakların görev ve yetkileri, Uyum Yönetmeliği'nde tariflenmiştir.

4. Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü

5. Muhafaza ve İbraz Yükümlülüğü

6. İşlem tarihinden itibaren 8 yıl saklama yükümlülüğü vardır.

7. İfşa Etmeme Yükümlülüğü

5549 sayılı Kanun'un 4/2 maddesine göre yükümlüler; Başkanlığa şüpheli işlem bildiriminde bulunduğu, yükümlülük denetimi ile görevlendirilen denetim elemanları ile yargılama sırasında mahkemeler dışında işleme taraf olanlar dâhil hiç kimseye açıklayamazlar.

BLOKZİNCİRİ (BLOCKCHAIN) TEKNOLOJİSİ VE KRİPTO PARALARIN LOJİSTİK SEKTÖRÜNE ETKİSİ İLE BLOKZİNCİRİ UYGULAMALARINA İLİŞKİN LOJİSTİK SEKTÖRÜ ÖRNEKLERİ

Av. Ayça Aktolga ÖZTÜRK

I. Giriş

Blokzinciri (Blockchain) teknolojisi ve bu teknolojinin en görünür çıktılardan birisi olan kripto paralar başta finans sektörü olmak üzere pek çok sektöre ekonomik modellerini yeniden yapılandırma olanağı sayesinde yeni çözümler önerileri getirmiş olup, mevcut haliyle halen uygulamasını aramaya devam bir teknoloji olduğunu söylenebilir.

II. Blokzinciri Teknolojisi ve Kripto Paralara Genel Bakış

Paranın dijitalleşme serüvenine baktığımızda; öncelikli kişiler arasında nakit alışverişi ve yüzyüze olarak yapılan ödemelerin yerini zaman içerisinde ticaretin, ekonominin ve teknolojinin gelişmesi ile bankalar, elektronik para kuruluşları, ödeme kuruluşları vasıtasıyla yapılan ödemeler almıştır. Bu kuruluşlar sayesinde yüzyüze ticarete yer alan sahte banknotlar gibi sahtecilik, kayıtların erişilebilirliği gibi belirsizliğe sebebiyet veren uygulamaların yerini debit kartlar ve kredi kartları kullanılması suretiyle yapılan online ödemeler almıştır. İnternetin ve mobil telefonların gelişmesi ile birlikte online ödeme sistemleri giderek hayatımızın önemli bir parçası olmuş, ticarete alıcı ve satıcı arasındaki para transferlerinin daha hızlanmasına yol açarak ödemeler için aracı kuruluş olmuşlardır.

Mevcut durumda sadece blokzinciri teknolojisini kullanılmak suretiyle herhangi bir kişiye veya herhangi aracı bir kuruma ihtiyaç olmaksızın kayıtlardaki belirsizliği azaltarak kişiler arasında güven tesis edebilir ve mükerrer ödemeyi engelleyebiliriz. Blokzinciri teknolojisi merkeziyetsiz ve merkeziyetçi yapıları ile teknolojik olarak transfer işlemi gerçekleştirilen tüm sanal cüzdanlardaki transfer bilgilerini ve kayıtları barındıran kamuya açık bir defteri kebidir. Tüm transferler güvenli kriptografik yöntemler kullanılarak gerçekleştirilmekte

olup, transferlerin değiştirilmesi, üzerinde oynanma yapılması ve geri döndürülmesi mümkün değildir. Blokzinciri teknolojilerinin mevcut yapısı ile kendileri tarafından ifşa edilmediği veya tespit edilemediği müddetçe sanal cüzdan adreslerinin kime ait olduğunu kesin olarak bilmek mümkün değildir.

Blokzinciri teknolojisi ‘merkle tree’ olarak adlandırılan merkle ağaçları teknolojisi¹ ile hashleme olarak ifade edilen teknolojiler her ne kadar Bitcoin’den daha önceki zamanlarda da çeşitli şekillerde kullanılsa da Bitcoin teknolojisi bahse konu teknolojileri bir araya getirmek ve çifte harcamayı engelleme yöntemi² ile paranın dijitalleşmesine ve bir varlığın dijital olarak transferine dayalı büyük bir sorunu çözmüştür.

Dünya Ekonomik Forumu Blokzinciri teknolojisini; herhangi bir aracıya ihtiyaç duymadan bir verinin iki parti arasında doğrudan değiş tokuşunu mümkün kılan teknoloji protokolü olarak tanımlamıştır.

III. Ülkemizdeki Mevcut Yasal Durum

Ülkemizdeki düzenleyici ve denetleyici otoritelerin kripto paralara ve blokzinciri teknolojisine bakış açısının erken dönemde sadece risklere odaklanan ve dışarıda bırakıcı iken yakın dönemdeki bakış açısının ise risklerin ve fırsatların aynı derecede farkında olacak şekilde değiştiği gözlemlenmiştir. Ülkemizdeki düzenleyici ve denetleyici otoritelerin kripto paralara ve blokzinciri teknolojisine ilişkin görüşleri aşağıda kronolojik olarak sıralanmaktadır.

- **2013 yılı;** Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun (BDDK) 25 Kasım 2013 tarihli ve 2013/32 sayılı Basın Açıklamasında; kripto paraların herhangi bir resmi ya da özel kuruluş tarafından ihraç edilmediği ve karşılığı için güvence verilmediği belirtilmiş olup, mevcut yapısı ve işleyişi itibarıyla 6493 sayılı “Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun” (6493 sayılı Kanun) kapsamında elektronik para olarak değerlendirilmediği ifade edilmiştir. 6493 sayılı Kanun kapsamında girmediğinden BDDK’nın çerçevesinde gözetim ve denetimi ise mümkün görülmemiştir. Bununla birlikte, ilgili Basın Açıklaması’nda kripto paralarla gerçekleştirilen işlemlerde tarafların kimliklerinin bilinmemesi, yasadışı faaliyetlerde kullanılması, piyasa değerinin aşırı oynak olabilmesi, dijital cüzdanların çalınabilmesi, kaybolabilmesi veya sahiplerinin bilgileri dışında usulsüz olarak kullanılabilmesi gibi risklerin yanı sıra yapılan işlemlerin geri döndürülemez olmasından dolayı kripto paraların operasyonel hatalardan ya

1 <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, sayfa 4-5 (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

2 <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, sayfa 2 (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

da kötü niyetli satıcıların suistimalinden kaynaklı risklere de açık olduğu kamuoyuna duyurulmuştur.

- **2017 yılı;** ABD’de Chicago merkezli CBOE borsasında ve dünyanın en büyük borsa işletmecilerinden CME Group’ta Bitcoin’e dayalı vadeli işlemlerini başlaması ve Bitcoin’e dayalı Borsa Yatırım Fonlarının (ETF) işleme alınmasına yönelik ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu’na (SEC) yapılan başvurular üzerine Türkiye’de Sermaye Piyasası Kurulu’na (SPK) yatırım kuruluşları tarafından Bitcoin’in fark kontratlarına konu olup olamayacağı ve Bitcoin’e dayalı türev araç işlemleri yapılıp yapılmayacağına ilişkin görüş sorulmuştur. SPK’nın 01 Aralık 2017 tarihli kararında, kripto paralara ilişkin ülkemizde herhangi bir düzenleme bulunmadığı ve Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında kripto paraların türev araçlara dayanak teşkil edemeyeceği belirtilerek bu nedenle müşterilere yönelik kripto para birimlerine dayalı spot veya türev işlemler yapılamayacağına karar verilmiştir.

- **2018 yılı ilk çeyrek;** T.C. Başbakanlık Finansal İstikrar Komitesi’nin 11 Ocak 2018 tarihli ve 2018/01 sayılı Basın Açıklaması’nda kripto paraların ülkemizde yasal bir dayanağı bulunmadığı ve işlemlerin herhangi bir resmi otoritenin güvencesi altında olmadığı, kripto paraların piyasa değerinin aşırı volatil olduğu, dijital cüzdanların çalınabileceği, kaybolabileceği veya sahiplerinin bilgileri dışında usulsüz olarak kullanılabilmesi, kullanıcıların ve hizmet alınan firmaların operasyonel hatalarından ya da kötü niyetli kişilerin suistimallerinden kaynaklanan zararların, işlemlerin geri döndürülememesi nedeniyle düzeltilmesinin veya iptal edilmesinin mümkün olmadığı, önemli maddi kayıplara neden olabileceği, kripto para ihraç edecek girişimlerin başlangıç sermayesi elde etmeye dönük uygulamaları genellikle herhangi bir düzenleme ve gözetim kapsamında yapılmadığından dolandırıcılık için uygun bir zemin oluşturabileceği (ICO) ve yasadışı faaliyetlerde de kullanılma ihtimali (Silk Road) bulunduğu belirtilmiştir. T.C. Başbakanlık Finansal İstikrar Komitesi’nin 2018 yılında kripto para ve blokzincir teknolojisine ilişkin bakış açısının BDDK’nın 2013 tarihli bakış açısı ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir.

- **2018 yılı üçüncü çeyrek;** bu dönemde uluslararası alanda Initial Coin Offering (ICO) olarak belirtilen sanal para arzının gittikçe popülerleşmesi ülkemizde de bu durumun pek çok sektör özelinde gündeme gelmesine yol açmıştır. SPK’nın düzenleme ve denetleme alanına giren kitle fonlaması ve halk arz gibi ICO projelerinin gündeme gelmemesi amacıyla SPK’nın 27 Eylül 2018 tarihli ve 2018/42 Sayılı Bülteni’nde konuya açıklık getirilmiştir. Şöyle ki; “Kripto Para Satışı” veya “Token Satışı” olarak da bilinen uygulamaların SPK’nın dü-

zenleme ve gözetim alanı dışında kaldığı ancak bu uygulamaların dijital varlık satıcılarının belirli bir proje veya şirketi finanse etmek ya da bir şirketteki payı, bir hizmete erişim hakkını, gerçek hayattaki bir varlığı, ürün veya hizmete ilişkin kullanım hakkını temsil ettiğinin görüldüğü belirtilmiştir. Bu kapsamda, SPK'nın gözetim ve denetim alanına giren sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde gerçekleştirilecek halka arz ve kitle fonlaması faaliyetlerine benzer “token satışı” uygulamalarının izinsiz olarak gerçekleştirilmesi halinde SPK'nın gerekli her türlü idari ve cezai tedbir uygulayacağı duyurulmuştur. İlgili kararı özetlersek SPK, “Kripto Para Satışı” veya “Token Satışı”nın düzenlemediği ve denetlemediği ancak bu projeleri sürekli olarak gözetlediğini belirterek herhangi bir projenin SPK'nın düzenleme ve denetleme alanına girmesi halinde gerekli her türlü tedbiri alacağını belirtmiştir. Bu açıdan, SPK “Kripto Para Satışı” veya “Token Satışı”ndaki riskler konusunda hem yatırımcıları uyarmış hem de proje sahiplerine hangi alanların SPK'nın gözetiminde bulunduğunu duyurmuştur.

- 2019 yılı;

- o Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı On Birinci Kalkınma Planı'nda (2019-2023) ise blokzincir tabanlı dijital merkez bankası parasının uygulamaya konulacağı, uluslararası iyi uygulamalardan yararlanılarak firmalara fırsat eşitliği sağlayan, güvenli bir finansal teknoloji (fintek) ekosisteminin oluşumu destekleneceği, **blokzincir uygulamalarının yaygınlaştırılması teminen ulaştırma ve gümrük hizmetlerinde gerekli hukuki ve fiziki altyapı çalışmaları tamamlanacağı**, kamu hizmetlerinin iyileştirilmesinde büyük veri, bulut bilişim, mobil platformlar, nesnelerin interneti, yapay zekâ, blokzincir gibi yeni teknolojilerden faydalanılabilmesi için süreç ve teknolojik altyapı iyileştirmeleri yapılacağı belirtilmiştir. **Ayrıca eşyanın ihracat sürecindeki prosedürlerine ilişkin yazılımin tamamlanacağı, blokzincir teknolojisinin gümrük işlemlerinde uygulanabilmesi için yol haritası oluşturulacağı ve veri değişiminin sağlanabileceği ülkeler belirlenerek müzakerelerin gerçekleştirileceği belirtilmiştir.** İlgili Kalkınma Planı incelediğinde kripto paralar ve blokzincir teknolojisindeki olası fırsatların Türkiye Cumhuriyeti tarafından dikkate alındığı ve desteklendiği görülmektedir. İlgili Kalkınma Planı'nın öncesinde 2018 tarihinde çıkartılan Lojistik Hizmetlerinin Geliştirilmesi Özel İhtisas Raporu'nda³ ise lojistik performans endeksi çözüm önerisi ile ortak liman/terminal topluluk sistem-

3 <https://www.sbb.gov.tr/wp8-content/uploads/2020/04/LojistikHizmetlerininGelistirilmesiOzellhtisas-KomisyonuRaporu.pdf> (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

lerinin oluşturulması, bu sistem ile ilgili deniz limanı/havalimanı/kara terminali/demiryolu terminali ve lojistik merkezlerde gümrük idaresinin BİLGE sisteminin olduğu, o terminalde faaliyet yürüten tüm paydaş kamu veya özel sektör kurumlarının, gerekli güvenlik ve yetki sınırları içinde kendi verilerini elektronik yolla gönderdiği ve kendi faaliyet sahasıyla ilgili verileri bu platformdan yine elektronik olarak temin edebildiği, onay ve kontrol süreçlerinin de yer aldığı interaktif bir dijital platform niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Devamla, günümüzde ise çeşitli alanlarda kullanılmaya başlanan “blockchain” teknolojisi bu tür platformların son derece güvenli, müdahale edilemez ve siber saldırıları önleyecek şekilde oluşturulmasının mümkün olduğu, Dijitalleşmede geleceğin en büyük tehlikelerinden olan siber saldırı riskinin “blockchain” gibi yeni teknolojilerin kullanımıyla önlenilebileceği hususları belirtilmek suretiyle bu şekilde oluşturulan platformların hem bilgi ve doküman akışlarını hızlandıracağı hem de tüm sürecin tek bir platform üzerinden yürütülmesiyle paydaşlar arasındaki çoklu veri girişlerini ve hatalarını önleyeceği belirtilmiştir. Blokzinciri sayede endeksin alt başlıklarının pek çoğunda çok büyük olumlu sıçramalar sağlanabileceği hususu ifade edilmiştir.

- o 11 Eylül 2019 tarihinde yayınlanan MASAK’ın 12 Nisan 2019 tarihli Sektörel ŞİB Rehberi’nde, bankacılık işlemlerine ilişkin şüpheli işlem tipleri arasında daha önceden yer verilen *“Müşteri hesaplarından bitcoin satan aracı kuruluşlara bitcoin alımına yönelik para transferi yapılması.”* ibaresinin kaldırıldığı görülmüştür. Bunun yerine MASAK, *“T-001-3.47 Müşteri hesaplarından kripto para alımı amacıyla yurtiçi ve yurtdışı kripto para borsalarına ya da gerçek veya tüzel kişi hesaplarına müşteri profiline uymayacak sıklık ve tutarda para transferi yapılması.”* ve *“T-001-3.61 Kaynağı bilinmeyen veya şahsın mali profili ile uygun olmayan şekilde yapıldığından şüphelenilen kripto para satımı sonucunda müşteri hesaplarına transfer gelmesi.”* ibarelerini eklemek suretiyle sadece kripto para alım satımının kendi başına şüpheli işlem olmadığını, müşteri profiline uymayan sıklık ve tutarda veya kaynağı bilinmeyen veya kişinin mali profili ile uyumlu olmayan işlemlerin şüpheli işlem sayılacağını belirtmiştir. Bu kapsamda, MASAK kripto paralara ilişkin erken dönemdeki katı bakışı açısını farklılaştırarak kara paranın aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesi kapsamındaki ulusal ve uluslararası politikalarla uyumlu bir şekilde kripto para alım satım işlemlerindeki riskin ve buna bağlı olarak şüpheli işlemlerin tanımı yapmıştır.

- **2021 yılı;** 16.04.2020 tarihli Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından (“TCMB”) “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik” yayınlanmış olup,

- o İlgili yönetmelik kapsamında kripto varlık uluslararası literatüre uygun şekilde “*sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen kripto varlıklar*” olarak tanımlanmıştır.
- o İlgili yönetmelik m. 3/2-3 kapsamında kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılmayacağı ve kullanılmasına yönelik hizmet sunulamayacağı düzenlenmiştir.
- o İlgili yönetmeliğin 4/1 maddesi kapsamında bankalar, ödeme kuruluşları, elektronik para kuruluşları ve PTT ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kullanılacağı bir şekilde iş modelleri geliştiremeyecek, bu tür iş modellerine ilişkin herhangi bir hizmet sunulmayacaktır.
- o İlgili yönetmeliğin 4/2 maddesi kapsamında ödeme ve elektronik para kuruluşlarının kripto para alım satım platformlarına fon aktarımları kısaca para göndermeleri engellenmiş olup, bahse konu engelleme kapsamına bankalar veya PTT dahil edilmemiştir.

- 01.05.2021 tarihinde ise MASAK tarafından yayımlanan Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile ilk defa “Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları” ifadesi kullanılmak suretiyle kripto para alım satım platformları MASAK yükümlüsü olarak sayılmıştır. MASAK tarafından 04.05.2021 tarihinde yayınlanan “Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları **İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar**” adlı Rehberde⁴ ise kripto varlık hizmet sağlayıcıları, kripto varlıkların alım satımlarına elektronik işlem platformları üzerinden aracılık etmekte olan kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. **İlgili Rehber kapsamında kripto varlıklar, TCMB’nin yayınladığı 16.04.2021 tarihli** **◊Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik**’te belirtildiği şekilde “dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer

4 <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>. (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar” olarak tanımlanmıştır.

IV. Akıllı Sözleşmelere Genel Bakış

Genel olarak akıllı sözleşmeler; önceden belirlenmiş bir kodun belirli bir veri (işlem, data vs.) ile harekete geçmesine ve aradaki üçüncü kişileri ortadan kaldırarak müdahale edilmeden işlemin otomatik olarak yapılmasını sağlayan kriptografik olarak şifrelenmiş bir işlem protokolüdür. Akıllı Sözleşmeye ait kod içerisinde “eğer...o halde (“if...then”) şeklinde otomatik formüle edilmiş anlaşma şartı bulunmakta olup, şart gerçekleştiğinde mal veya değerlerin akıllı sözleşmenin tarafları arasında değiş tokuş edilmesini sağlamaktadır.⁵

Bu noktada, blokzinciri teknolojisini kullanan akıllı sözleşmelerinin “en iyi” uygulamalarından birisinin; son derece kompleks, pek çok tarafın bir arada olduğu, çeşitli sözleşmeler ve formların düzenlenmek zorunda olduğu, belirli işlemlerde kamu kurumlarının onayının arandığı ticaretin finansmanında dolayısıyla da akreditif işlemlerinde görüldüğünü söylemek mümkündür. Blokzinciri teknolojisi, ticaretin finansmanı işlemlerinde ithalat ve ihracat lisanslarının doğrulanması, tedarik zincirinin her noktasında malların izlenmesini ve doğrulanmasını sağlamak, maliyetlerin azaltılması ve belge dolandırıcılığının önlenmesi, ürünün orijinalliğinin kontrolü gibi pek çok işlemin basit ve kolay şekilde gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.

Bu konuda akreditif işlemlerine ilişkin bir uygulama örneği vermek gerekirse;

- o *“Alıcı, satıcı ve bankaları blockchain kullanmaya hazırdırlar.*
- o *Alıcı, malı “Vadeli akreditif” ile almak istemektedir. Alıcı, müşteri bulmak için kendisine “Müşteri Bul” isimli bir “Akıllı Sözleşme” (“Smart contract”) hazırlamıştır.*
- o *Alıcı, almak istediği malın fiyatını, tanımını, kalitesini, ödeme yöntemini “Müşteri bul” isimli “Akıllı Sözleşme”ye girer.*
- o *“Müşteri bul” isimli “Akıllı Sözleşme” Blockchain üzerinde çalışır ve istenen malı bağlantıları aracılığıyla bulur, programladığı üzere ya Alıcı’nın kontrolüne sunar veya otomatik işleme tabi tutar.*
- o *Alıcı ve Satıcı iletişime geçerler, mutabık kalırlarsa aralarında Alım-satım sözleşmesi yaparlar.*

5 Dr.Öğr.Üyesi Pınar Çağlayan Aksoy, “Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartı” s. 90, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ocak 2021

- o *Alicının bankası bir uyarı alır, Blockchain üzerinden “Akıllı Sözleşme”yi alır;*
- o *Alicı banka Müşterinin Kredi limit kontrolünü yapar, Muhabir bankayı belirler.*
- o *Alicı banka, akreditifi gözden geçirme bildirimini alır kontrol edilip onaylar, Muhabir bankaya onaya gönderir.*
- o *Muhabir bankanın akreditifi onaylaması durumunda, işletme akreditif şartlarını görebilir ve başvuru boyunca incelemesi istenir.*
- o *Gönderici Firma, sevkiyatı tamamlamasının ardından, konuya ilişkin fatura ve belgelerin Blokzinciri platformuna yüklenmesini sağlamaktadır. Söz konusu belgeler platform tarafından doğrulanması halinde, saklanmaktadır.*
- o *Alicı, Blokzinciri platformuna yüklenen verileri ve belgeleri akreditif gereksinimlerine göre inceleyerek herhangi bir tutarsızlık olması durumunda Alici firmanın bu durumu incelemesini ve onaylamasını veya reddetmesini isteyebilir.*
- o *Red halinde Alici banka tarafından ödeme gerçekleştirilmektedir⁶.”*

Yukarıdaki örnekte ifade edildiği üzere; blokzinciri üzerindeki tüm işlemler baştan sonra kadar ilgili ağ içerisinde sırası geldikçe tarafların süreci onaylaması/ilerletmesi suretiyle işleme alınarak tamamlanır. Blokzinciri teknolojisi ile lojistik sektöründe ilgili paydaşlarında dahil olduğu deyim yerindeyse bir takım oyunu oynanmaktadır.

Ülkemizde ise Türkiye İş Bankası, Şişecam, Kuraray Europe GmbH ve Commerzbank arasında Marco Polo platformu⁷ üzerinden blokzinciri teknolojisiyle dış ticaret finansman işlemini gerçekleştirilmek suretiyle bu teknolojiyi kullanarak ödeme garantisi verilmiştir⁸. Dış ticaret işlemlerine ve finansmanına odaklanan bir işbirliği ağı olan ve kapalı bir blokzinciri ağında işlemleri gerçekleştiren Marco Polo platformunun sunduğu Dağıtık Defter Teknolojisi (DLT) sayesinde dış ticaretin finansmanı işlemlerinde taraflar, işlemin gerçekleştirilmesine ilişkin bilgileri pek çok kez girmeden, şeffaf ve blokzinciri teknolojisinin sunduğu kriptografik şifreleme yöntemi sayesinde güvenli bir şekilde

6 Abdurrahman Özalp, “Blockchain ile Ticaretin Finansmanı” s. 14, Finans Hukuku Gündemi Dergisi, Sayı 4, Temmuz 2020, <https://www.kanunum.com/content/12679812#.YRRNJogzY2w> (Erişim Tarihi: 12.08.2021)

7 <https://www.marcopolonetwork.com/>

8 <https://www.isbank.com.tr/bankamizi-taniyin/is-bankasi-blockchain-teknolojisiyle-dis-ticarette-odeme-garantisi-veren-ilk-turk-bankasi-oldu> (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

işlemlerini gerçekleştirebilmektedir. Bu noktada kullanılan Corda teknolojisi sayesinde tarafların bilgileri herkesle paylaşılmadan sadece işleme dahil olan ve kapalı blokzinciri ağının paydaşları (finans kuruluşları, firmalar, gümrük idareleri vb.) arasında iletilmek suretiyle gizlilik sağlanmaktadır.

V. Genel Değerlendirme

İlgili çalışmada kripto paraların ve blokzinciri teknolojisinin finans ve lojistik sektörlerine getirdiği yeniliklerden bahsedilmiştir. Kripto paraların ve blokzinciri teknolojisinin erken döneminde düzenleyici ve denetleyici otoritelerin katı ve sınırlayıcı bakış açılarına sahip oldukları ancak ilerleyen zamanlarda özellikle büyük ve itibarlı finans kurumları tarafından gösterilen ilgi karşısında düzenleyici ve denetleyici otoriterinde de bu teknolojinin risklerinin yanında sunduğu fırsatlara da odaklandığı görülmüştür.

Bununla birlikte, yasal otoritelerin her yeni gelişen teknolojiye ihtiyatlı baktığı ve erken dönemde katı kurallar uygulama yönünde bir eğilim gösterdiği bilinmekle birlikte teknolojilerin ilerlemesi, toplumun geniş kesimi tarafından kabul görmesi ve tercih edilir olması neticesinde yapılan düzenlemelerin git-tikçe teknolojiye ve bu teknolojiden doğan fırsatlar ve risklere uyumlu şekilde yapıldığı gözlenmektedir. Önümüzdeki dönemde kripto paralara ve blokzinciri teknolojisine ilişkin uygulamaların gelişmesi ile birlikte yasal otoritelerin de gelişen ve değişen uygulamalara paralel olarak farklı düzenlemeler yapma ihtiyacı içerisinde olacağı açıktır.

LOJİSTİK SEKTÖRÜNDE BLOCKCHAIN UYGULAMALARI

Alperen GÜLER

UTİKAD Sektörel İlişkiler Müdürü

Blockchain Tanımı

Blockchain teknolojisi kamuoyu tarafından da yakından takip edilen yeni bir teknolojidir. Kripto para ya da bitcoin adıyla bilinen sanal para biriminin altındaki teknoloji blockchainidir.

Blockchaini “verilerin dağıtık ağ üzerinde saklandığı dijital kayıt teknolojisi” olarak tanımlayabiliriz. Bu tanımda blockchain teknolojisinin üç karakteristik özelliği yer almaktadır;

- **Veri:** İşlem veya veri doğrulama amacıyla gerçekleştirilen bir süreç.
- **Dağıtık Ağ:** Veriler herhangi bir merkezde değil tüm paydaşlarda toplanır.
- **Kayıt:** Eski verilerde düzenleme yapılamaz, işlemler art arda listelenir.

Blockchainin temel öğelerinden **Dağıtık Büyük Defter Teknolojisi**, blockchain teknolojisinin temelini teşkil eden bir unsurdur. Dağıtık Büyük Defter Teknolojisi, blockchain teknolojisinde verilerin tek bir merkezde toplanmamasını, sürecin paydaşlarının tümünde aynı verinin ve veride yapılan tüm değişikliklerin bir kaydının olmasını sağlamaktadır. Örneğin, Türkiye’de gümrük idaresi tarafından kullanılan Bilge Sistemi literatürde veri silosu olarak tanımlanan yapılara örnektir. Bu sistemlerde veri girişine izin verilir ancak sistemin dışarıdan izlenmesine ve değişiklik yapılmasına izin verilmez.

Değişmez Kayıtlar unsuru, blockchain teknolojisinde girilen verilerin üzerinde katılımcılar tarafından değişiklik yapılamamasını sağlar. Blockchain teknolojisindeki kayıtların değiştirilemezliğini, ABD anayasasında maddelerin doğrudan değişikliği yerine “amendment” adı verilen düzenlemeler yapılabilmesine benzetmek mümkündür. Ayrıca bu unsur sayesinde tüm işlemlerin takip edilebilirliği de sağlanmış olur.

Blockchaini öne çıkaran unsurlardan belki de en önemlisi **Güvenlik** unsurudur. Veriler merkezi bir otoritede toplanmadığı için verilerin manipülasyonu mümkün değildir.

Merkezi otorite ihtiyacının ortadan kalkmış olması sebebiyle her türlü işlem daha **Hızlı** yapılabilir. Örneğin uluslararası para transferi yöntemi SWIFT ile 2-3 günde yapılabilen bir para transferi, blockchain altyapısı kullanan yöntemler ile neredeyse anlık olarak yapılabilir.

Blockchain Ne Zaman Gerekli?

Blockchain teknolojisinin herhangi bir alana uygulanmasında göz önüne alınması gereken birtakım koşullar gerekmektedir. Bunlardan birincisi çok sayıda paydaşın bilgi paylaşımında bulunmasıdır. Lojistik sektörü, çok taraflı işlem ve süreç barındıran bir sektördür. Gönderici, alıcı, akdi taşıyıcı, fiziki taşıyıcı, gümrük idaresi, muayene memuru, depolar, belgelendirme kuruluşları vb. birçok paydaş birbirleri ile sıralı veya aynı anda bilgi paylaşımında bulunmaktadır. İkincisi çok sayıda paydaşın bilgi güncellemesi olup lojistik sektörde de paydaşlar sürekli olarak bilgi güncellemesi yapmaktadır. Örneğin, taşıma aracının konumu değişebilir, taşınan malın ısısında değişiklik olabilir, limanlar ve depolar doluluk oranları hakkındaki bilgiyi güncelleyebilirler, Blockchaini gerekli kılan koşullar arasında doğruluğun teyidi ihtiyacı da yer almaktadır. Doğruluğun teyidi ihtiyacı genel olarak ticaretin doğasında yer alan bir ihtiyaçtır. Aracı sayısındaki artış ve dolayısıyla bu sayının azaltılmasına olan ihtiyaç da blockchaini gerekli kılan koşullardan bir tanesidir. Bankalar, belgelendirme kuruluşları, broker vb. diğer aktörleri lojistik sektördeki araçlar olarak değerlendirebiliriz. Zaman duyarlı faaliyetlerin sürdürülmesi, blockchain için diğer bir gerekliliktir. Lojistik sektörde zaman duyarlı faaliyetler oldukça önemli yer tutmaktadır; söz verilen günde ve hatta saatte teslimat, fiziki taşıyıcıların cut-off süreleri gibi sebeplerle gecikmelerin önlenmesi gibi ihtiyaçlar lojistik sektörde blockchain kullanımını gerekli kılan bir diğer unsurdur. Son olarak lojistik sektörde birbirini etkileyen işlemlerin mevcudiyeti de blockchainin sektörde kullanımını için bir sebep olarak değerlendirilebilir. Örneğin, teslimata ilişkin bildirimler ve ödeme sonrası yapılması gereken işlemler gibi birçok ardıl işleme sektörde karşılaşmak mümkündür.

Lojistik Sektörünün Yapısı

Bir yükün göndericisi ve alıcısı arasında geçen süreçte freight forwarderin, yani mevzuatımızdaki adıyla taşıma işleri organizatörünün, merkezinde olduğu birçok süreç işlemektedir.

Bunlar;

- Tedarikçiler

- İç Nakliye
- Depolama
- Paketleme
- Elleçleme
- Doküman Hazırlama
- Katma Değerli Hizmetler
- Gümrük Prosedürleri
- Gönderi Takibi
- Mevzuat Uyumu
- İletişim
- Bilgi Akışı

gibi çoğu zaman aynı anda işleyen, birbirini tetikleyen, çok sayıda paydaşın çok sayıda veriyi ürettiği ve güncellediği, doğru evrakın ve doğru bilginin azami öneme sahip olduğu bir yapıyı teşkil etmektedir.

Mal ve hizmet ticaretinde güven sorunu hususu ticaretin doğasında yer almaktadır. Alıcılar, parasını ödedikleri bir maldan veya hizmetten istifade etmek istemekte ya da mal veya hizmet üretenler sundukları mal ve hizmetin maddi karşılığını elde etmek istemektedir.

Uluslararası ticarete bankalar, sertifikasyon kuruluşları ve hatta gümrük idaresi gibi birçok aracı kurum ve kuruluş yer alıyor. Bu kurum ve kuruluşlar mal ve hizmet ticaretinde güven ortamının tesis edilmesinde yardımcı roller üstleniyorlar. Ancak aracı kurum ve kuruluşların sayısındaki artış maliyet artışına ve süre kayıplarına sebebiyet vermektedir.

Lojistikte kıymetli ve önemli evrak kullanımı da oldukça yoğundur. Konşimento ya da yüke eşlik eden çok sayıda evrak üretilmekte, hatta defalarca aynı evrakın ve aynı bilginin farklı paydaşlara ibraz edilmesi söz konusudur. Sektörde kaybının önemli sonuçları olan evrakın kullanımı da söz konusudur.

Lojistik sektörü halihazırda çok paydaşlı ve karmaşık; bunun üzerine satıcı, alıcı ve taşıyıcı gibi aktörlerin izlenebilirlik talepleri söz konusu olmaktadır. Bu durum son kullanıcının kargosunun konumuna dair bir sorgulama yapması olarak ele alınabileceği gibi bilginin de şeffaflığı ve izlenebilirliği olarak değerlendirilebilir. Örneğin, belirli ısı aralıklarında taşınması gereken aşuların taşıma sırasında ısılarında gerçekleşen değişimlerin izlenebilir olması bu türden bir taleptir.

Hız ve verimlilik talebi lojistik sektöründeki paydaşların faaliyetleri gereği hem hizmet sunarken hem de hizmet alırken karşılaştıkları unsurlar olarak karşımıza çıkıyor.

Mali yükümlülüklerin de hizmet sağlayıcılara hızlı bir şekilde güvenilir belgeler karşılığında yerine getirilmesi de sektörde önem arz ediyor.

Lojistik Sektöründe Blockchain Etkisi

İzlenebilirlik ve Şeffaflık: Blockchain teknolojisinin lojistik sektörüne uygulanması ile tedarik zinciri ve lojistik faaliyetlerin uçtan uca tüm taraflar tarafından izlenebilirliği mümkün olabilir.

Tarafların iş birliği içerisinde oldukları veya olmayı planladıkları paydaşların geçmiş performanslarını izleyebilir ve planlamalarını buna göre yapabilir, güvenilir iş partnerlerinin seçimi ile verimlilik artışı sağlanabilir.

İzlenebilirlik sayesinde taşınan emtianın menşe bilgilerinin mevzuata, sağlığa ve güvenliğe uyumu takip edilebilir.

Tüketiciler, bir ürünün çıkış noktasını, üreticisinin kim olduğunu, üretim tarihi ve benzeri bilgileri anında öğrenir ve tüketici güveni artar.

Taşınan ürünün gerçek veya sahte olup olmadığı, illegal veya etik dışı koşullar altında üretilip üretilmediği tüm paydaşlarca takip edilebilir, taşımada gerçekleşen zararlara ilişkin sorumluluklar tespit edilebilir.

Güvenlik: Blockchain teknolojisi kriptografik olarak korunduğundan ve merkezi değil, dağıtık olduğundan veri kayıt ve transferi siber saldırılara ve sahtecilik teşebbüslerine karşı daha iyi korunabilir.

Sahtekarlık ve dolandırıcılık teşebbüsleri takip edilebilir; evrakta ve üründe yapılan değişiklikler geçmişe yönelik olarak izlenebilir.

Dış ticaret ve lojistikte önemli dokümanlar olan akreditif ve konşimento hem çok sayıda tarafı ilgilendirmekte hem de fiziki olarak el değiştirmeleri gerekmektedir. Evrakın kaybolması, çalınması veya manipülasyonu blockchain ile önlenir.

Basitleştirilmiş Süreçler: Blockchain teknolojisi işlemlerin tarafları arasında güven oluşturarak bu güveni tesis için yer alan araçları gereksiz kılar.

Akıllı sözleşmelerin kullanılması tedarik zinciri işlemlerinin otomatikleştirmelerini sağlar, bu da işlem maliyetlerin düşürülmesine ve zaman kazanılmasına neden olur.

Blockchain teknolojisinin ödeme sistemine uygulanması, finansal mutabakatların daha hızlı yapılmasını sağlayabilir, ticaretin finansmandaki anlaşmazlıkların azalmasına yardımcı olabilir ve böylece ticari davaları azaltır ve ticarete verimliliği artırır.

Verimlilik Artışı: Otomatize edilmiş süreçler insan hatasının en aza indirgenmesini sağlar ve hız kazandırır.

İşlemlerin maliyetleri azalır, tekrar eden işlemlerin önüne geçilir, evrak kullanımını azalır.

Lojistik Sektöründe Blockchain Uygulama Örnekleri

- Bolero: Bir elektronik konşimento platformu olan Bolero, konşimentoya ilişkin idari yükü minimize ederken kayıp ya da çalınma riskini ortadan kaldırmayı ve dolandırıcılığı önlemeyi hedeflemektedir.
- EssDocs: EssDocs platformu ambar makbuzu, konşimento, muayene raporu, manifesto ve fatura gibi ticari dokümanları blockchain teknolojisi ile dijitalleştirilmektedir. 57.000'den fazla kullanıcısı mevcuttur.
- TradeLens: IBM ve Maersk'in ortak projesi olan TradeLens, göndericiler, taşıma işleri organizatörleri, limanlar, denizyolu taşıyıcıları, intermodal operatörler gibi tedarik zincirinin paydaşları arasındaki veri akışını dijital ortama aktarmıştır. 2021 yılının Haziran ayında internet sitelerinde 2 milyarı aşkın işlemin kaydının tutulduğu, 20 milyon dokümanın sistemde yayınlandığı ve yaklaşık 42 milyon konteynerin işlendiği belirtilmektedir. IoT kullanımı ile birlikte kargo ağırlığı ve konteyner ısı gibi bilgiler sistemin tüm taraflarınca erişilebilmektedir.
- IBM Food Trust: "Dünyanın Gıda Tedariki için Blockchain" sloganıyla üretici, tedarikçi, satıcı ve tüketiciler için gıda sağlığı, atık azaltımı, tedarik zincirinin verimliliğinin artışı amaçlayan bir platformdur.
- FreightChain: Dijital bir hava kargo ağı olan FreightChain aracılığı ile taşıma işleri organizatörlerinin ve havayolu firmalarının taşıma ağlarına erişilebilmekte ve rezervasyon yapılabilmektedir. Satış ve e-mail kanallarının kullanılmaması sayesinde verimlilik artışı hedeflenmektedir.
- Contour: Daha önce Voltron adıyla bilinen Contour, akreditif oluşturma, onaylama ve değişimi gibi işlemlerin dijital ortamda yapılmasını sağlamaktadır.
- EnigioTime: Uluslararası ticaret ve taşımacılıkta kullanılan orijinal evrakın dijital ortamda üretimi, kabulü ve saklanması gibi hizmetleri sunan bir girişimdir.

- InsurWave: Denizyolu taşımacılığında risk sahipleri, araçlar, sigortacılar ve diğer paydaşları bir araya getiren bir platform. Sigortalama sistemine şeffaflık getirmeyi ve sigortalama sürecine etki eden maliyetleri en aza indirmeyi hedeflemektedir.
- EverLedger: Ağırıklı olarak elmas sektöründe faaliyet göstermekte olup diğer değerli taşlar, şarap, lüks ürünler ve sanatsal ürünlerde ürünlerin orijini, sahiplik değişiklikleri ve sertifikasyon gibi bilgileri dijital ortamda sunmaktadır.

UTİKAD Projesi: Türkiye Dijital Lojistik Platformu

UTİKAD'ın İnovasyon Odak Grubu çalışmaları kapsamında Dijital Lojistik Platformu modeli geliştirilmesine yönelik sektör raporu çalışmaları hızla devam etmektedir. Hazırlanacak sektör raporu tüm dijital yapıları entegre edecek bir üst platform aracılığıyla taşımacılıkta kullanılan dokümanlar, veriler ve bilgiler ile onay süreçlerinin dijitalleşmesinin getireceği maliyet, hız ve güvenlik kazanımlarını ortaya koyacak olup iş birliği kapsamında öncelikle taşıma işleri organizatörleri, fiziki taşıyıcılar, deniz ve hava limanları gibi taşımacılığa ilişkin yükün taraflarının bir araya getirildiği pilot bir model tasarlanacaktır. Teknolojik altyapı olarak henüz blockchain teknolojisinin kullanılıp kullanılmaması hususu henüz kararlaştırılma aşamasında olsa da yukarıda yer verilen diğer platformlar gibi evrak kullanımının minimize edilmesi ve dijitalleştirilebilen süreç ve verilerin dijital ortama alınması, söz konusu projenin önemli kazanımları olacaktır.

Lojistik Sektöründe Blockchain Teknolojisi ve Hukuki Yansımaları

Blockchain teknolojisinin lojistik sektöründe kullanımının yaygınlaşması ile birlikte aşağıda yer verilen konuların gelecekte hukuki çerçevede ele alınması gerekebilecektir.

- Merkezi idari yapılar (devletler) ile blockchain teknolojisinin uyumu,
- Bilginin ve işlemlerin belirli bir merkezde toplanmaması sebebiyle söz konusu bilgi ve işlemlere yönelik sorumlunun belirlenmesi,
- Blockchain teknolojisinde verilerin tüm paydaşlar ile paylaşıyor oluşunun KVKK kapsamında değerlendirilmesi,
- Akıllı sözleşmelerin tarafları arasında çıkacak anlaşmazlıklar,
- Blockchain sistemlerinin antitröst ve rekabeti koruma yasaları ile uyumu.

KABOTAJ KANUNU UYARINCA YABANCILARA YASAKLANAN MESLEK VE SANATLAR¹

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

I. Kabotaj Kavramı ve Yasal Dayanakları

Kısaca “Kabotaj Kanunu” olarak anılan, 29 Nisan 1926 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan ve 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 815 sayılı *Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Karasuları Dahlinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun*² toplam 7. maddeden oluşmaktadır. Bu maddelerden 6-7. maddeler yürürlük ve uygulama maddeleri olduğundan aslında 815 sayılı Kanun’da kabotaj hakkını düzenleyen 5 madde bulunmaktadır. Osmanlı Devleti döneminde kabotaj tekeli olmadığından kapitülasyonlardan yararlanan yabancı gemiler Türk limanları arasında yük ve yolcu taşıma hakkına sahiptiler³. *Çağa*’nın ifadesiyle Lozan Anlaşması ile kapitülasyonlar kaldırılmış olmakla beraber bu Anlaşmaya ek Ticaret Mukavele-
namesi’nin 9. maddesinin birinci fıkrasında yerli ve yabancı gemilere eşit muamele edilmesi esas kabul edilmiş; ikinci fıkrasında balıkçılık, kabotaj ve liman hizmetlerini yerli gemilere hasretmek hakkı karşılıklı olarak saklı tutulmuştur⁴. *Çağa*, 815 sayılı Kanuna kadar olan süreçte kabotaj tekeli konulmaması sebebiyle yabancı, gemilerin de Türk limanları arasında yük ve yolcu taşıyabildiklerini belirtmiştir⁵. 815 sayılı Kanun, Türk denizciliği için gerçek bir dönüm noktası olmuş; Türk karasularında deniz taşımacılığı, limanlar, yükleme, gemi

1 İstanbul Barosu “Cumhuriyet Araştırmaları Merkezi” ile “Taşıma ve Lojistik Hukuku Komisyonu” tarafından düzenlenen ve 1 Temmuz 2021 tarihinde online olarak gerçekleştirilen “Mavi Vatan ve Türk Denizciliği” konulu konferansta sunulan tebliğ.

2 RG 29.4.1926/359.

3 Tahir ÇAĞA, Türkiye’de Deniz Kabotajı Tekeli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1975, C. XLI, S. 3-4, s. 197-198 ve dn. 4. Osmanlı Devleti dönemi ile Cumhuriyetin ilk yıllarında gemi sayıları da dahil deniz taşımacılığının durumu hakkında arşiv çalışmasına dayanan bir makale için bkz. Sefa Salih AYDEMİR/Kürşat KURTULGAN, Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Deniz Yolları Taşımacılığı ve Nakliyatı (1923-1932) Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 2021, C. 21, S.1, s. 637-649.

4 ÇAĞA, s. 199-200.

5 ÇAĞA, s. 200.

işletmeciliği başta olmak üzere 815 sayılı Kanun'da belirtilen faaliyetler Türk vatandaşlarına ve Türk gemilerine verilerek kabotaj tekeli oluşturulmuştur⁶.

1 Temmuz 1926 tarihinden itibaren Kabotaj Kanunu'nda 2003⁷, 2008⁸ ve 2013⁹ yıllarında değişiklik yapılmıştır. 6491 sayılı *Petrol Kanunu* ile 815 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1). fıkrasına "ancak petrol hakkı sahibi yabancılar da Türk karasuları dahilinde petrol arama ve üretim faaliyetlerini icra edebilirler" tümcesi eklenmiştir. Ayrıca Kabotaj Kanunu'nun 4. maddesinin (1). fıkrasına "ecnebi tahlisiye gemilerinin" ibaresinden sonra "ve petrol arama ve üretim faaliyetlerinde kullanılan deniz vasıtalarının" ibaresi eklenmiş; sözkonusu gemilerin faaliyetlerini yapmalarına izin verilmiştir. Genel olarak kabotaj ilkesi, bir ülkenin, yolcuları ve/veya malları, egemen bir devlet içinde bir yerden bir yere ticari olarak taşınmasına ilişkin imtiyazlı bir haktır. Bu hak, ülkenin ulusal çıkarları gerektirmedikçe yabancı nakliye şirketlerine değil, ulusal nakliye şirketlerine verilmektedir¹⁰. 815 sayılı Kanun'un 1-4. maddeleri arasındaki hükümlerde kabotaj hakkı, genel anlamından daha geniş bir içerikte düzenlenmiştir.

Tarihsel olarak, uluslar, kabotaj kavramını, iç ticaretlerini aşırı dış rekabete korumak için bir araç olarak kullanmışlardır¹¹. Diğer bir ifadeyle devletler kendi deniz filolarını geliştirmek amacıyla denizyoluyla taşımının yanı sıra denizcilikle ilgili hizmetleri kendi bayrağını taşıyan gemilere ve kendi vatandaşlarına vermektedirler. Böylece devletler kendi bayrağını taşıyan gemilere ve vatandaşlarına kabotaj tekeli tanımakta, yabancı bayraklı gemiler ve yabancılar için kabotaj yasakları öngörmektedirler¹². Bununla beraber yabancılar ve yabancı gemilere getirilen kabotaj yasağı sadece ulusal denizcilik filosunun gelişmesine hizmet etmez. Bunun yanı sıra kabotaj, devletin kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle yakından ilgilidir. Nitekim *Yılmaz*¹³ ve *Seviğ*¹⁴, 815 sayılı Ka-

6 Ahmet FİDAN, Dünden Bugüne Kabotaj ve Türk Denizciliğindeki Yeni İvmelenmeler, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, 2014, C. 7, S. 2, s. 62.

7 4854 Sayılı Bazı Kanunlardaki Cezaların İdari Para Cezasına Dönüştürülmesine Dair Kanun, RG 6.5.2003/25100.

8 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 8.2.2008/26774).

9 6491 Sayılı Petrol Kanunu (RG 11.6.2013/28674).

10 Aulia RİFAI/Nurhayati ABBAS/Muhammed ASHRI/Okya Deviani BURHAMZAH, Cabotage Principle as the Realization of National Freight Protection in Free Trade, Journal of Law Policy and Globalization, 2017, Vol. 64, s. 8.

11 Ferdinand O. AGAMA/Henry C. ALISIGWE, Cabotage Regimes and Their Effects on States' Economy, Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law, 2018, Vol. 9, No. 1, s. 71.

12 ÇAĞA, s. 197; Emine YAZICIOĞLU, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Hukukunun Deniz Kabotajı Tekeline İlişkin Sorunları, Deniz Hukuku Dergisi, 2002, S. 1-4, s. 61; Ana Cristina Paixão CASA-CA/Dimitrios V. LYRIDIS, The Reasons and the Policy Instruments Behind Cabotage Policies, Maritime Policy & Management, 2020, Vol. 48, No. 3, s. 392.

13 Yılmaz ALTUĞ, Yabancıların Hukuki Durumu, 4. bası, İstanbul 1971, s. 174.

14 Vedat Raşit SEVİĞ, Türkiye'nin Yabancılar Hukuku, İstanbul 1981, s. 101-102.

nun'un 1-4. maddeleri arasında düzenlenen yasaklamaları, yabancılara kamu güvenliği açısından getirilen yasaklamalar arasında incelemiştir¹⁵. Kimi Avrupa ülkeleri ise kabotaj sayesinde sömürgeleri arasındaki ticareti korumuşlardır¹⁶. Nitekim II. Dünya Savaşı'na kadar olan süreçte bu sömürgeler sayesinde denizcilik operasyonları ve deniz ticareti birkaç ülkenin kontrolüne girmiş, uzun yıllar denizlere hakim olmak için sayısız savaşlar yapılmış ve mücadeleler verilmiştir¹⁷. II. Dünya Savaşı'ndan sonra birçok sömürge devletinin bağımsızlığını kazanmasından sonra Avrupa ülkelerinin filo sayısı ve deniz hâkimiyetinde yaşanan daralma, kabotajın stratejik bir değer olarak önemini ortaya çıkarmış; Avrupa ülkeleri kabotaj tekeline ilişkin yasal düzenleme yapmaya başlamışlardır¹⁸. Diğer ülkeler de onları izlemiştir. Çoğu zaman ülkelerin kabotaj politikaları, ülkelerin sosyo- ekonomik ve politik çıkarlarının yanı sıra coğrafi konumlarına göre şekillenmektedir¹⁹. Kabotaj uygulamayan ülkeler de vardır. Örneğin, Birleşik Krallık, Güney Afrika, Namibya, Birleşik Arap Emirlikleri ve Lübnan'ın da aralarında bulunduğu kimi ülkeler tamamen serbestleştirilmiş kabotaj rejimlerini benimsemeyi seçmişlerdir²⁰.

Geniş anlamda kıyı ticareti olarak adlandırılan kabotaj, genellikle ev sahibi ülkelerin ulusal yasaları tarafından düzenlenmektedir²¹. Zaten devletlerin kabotaja ilişkin yasal düzenleme yapma hakları milletlerarası hukukta tanınmıştır ve bu hakka bir sınırlama getirilmemiştir²². Bununla beraber kabotaj hakkına devletler hukukunun temel kaynağı olan antlaşmalarla sınırlama getirilebilir. Nitekim Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında kişilerin, malların, hizmetlerin

15 Kabotaj tekelinin, kamu güvenliği ve millî savunma ile olan bağlantısı sadece Türk doktrini tarafından değil yabancı literatürde de vurgulanmıştır. Kabotaj tekelinin ekonomik korumacılık, ulusal güvenlik ve kamu güvenliği sebebiyle öngörüldüğü ifade edilmiştir (AGAMA/ALISIGWE, s. 72). Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nde kabotaja ilişkin yasal düzenleme olan ve kısaca "Jones Kanunu" olarak anılan Kanun'un Amerika'nın denizcilik endüstrisinde refahını sağlamanın yanı sıra millî savunması amacıyla da taşıdığı ifade edilmiştir (Hector I. Santos SANTOS, Cabotage Laws: A Colonial Anachronism, *Revista de Derecho Puertorriqueno*, 1997, Vol. 36, No. Issues 2-3, s. 470; M.S. WASACZ, The Importance of Cabotage Laws to Maritime Development, *Defense Transportation Journal*, 1982, Vol. 38, No. 4, s. 21 ve 23). Hatta Jones Kanunu'nun Amerika'nın deniz sınırlarının korunması ve ulusal güvenliği açısından hayati önem taşıdığı belirtilmiştir (AGAMA/ALISIGWE, s. 72). "*Kabotaj, ulusal sınır güvenliğinin güçlendirilmesinde önemli bir rol oynar ve bir ülkenin iç nakliyesine yabancılardan yarışmasını engelleyerek uluslararası deniz ticaretini kontrol etme ve önlemede bir araç görevi görür*" (AGAMA/ALISIGWE, s. 72). Ayrıca Amerikan ticaret gemilerinin, Vietnam Savaşı sırasında askeri kargoların yüzde doksan yedisini Vietnam'a taşıdığı belirtilmiştir (WASACZ, s. 23).

16 CASACA/LYRIDIS, s. 392.

17 CASACA/LYRIDIS, s. 392.

18 CASACA/LYRIDIS, s. 392.

19 CASACA/LYRIDIS, s. 392.

20 CASACA/LYRIDIS, s. 396. Korumacı kabotaj rejimi ile liberal kabotaj rejiminin sağladığı faydalar için bkz. CASACA/LYRIDIS, s. 397-398.

21 AGAMA/ALISIGWE, s. 71.

22 Jay BATONGBACAL, Cabotage, *Ocean Law and Policy Series*, 1999, Vol. 3, No. 1-2, s. 170.

ve sermayenin serbest dolaşımı esası geçerli olduğundan üye devletler birbirlerinin vatandaşlarına ve gemilerine karşı kabotaj yasaklarını uygulamamaktadır. Örneğin, 2001 yılında Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamak için Yunan Parlamentosu 2932 sayılı Kanunu kabul ederek Yunan denizcilik şirketlerine Yunanistan dışından gelen rekabete karşı verilen korumaları kaldırmıştır²³. Böylece Yunanistan, Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamak için iç denizcilik sektöründe diğer Avrupa Birliği üyesi devletler açısından tam bir serbestleşme dönemine girmiş; denizyoluyla ulusal taşımalar diğer üye devletlerin gemilerine ve vatandaşlarına da açılmıştır²⁴. Benzer bir gelişme Ayrıca Güneydoğu Asya Uluslar Birliği (ASEAN-Association of Southeast Asian Nations) üyeleri arasında da olmuştur. ASEAN, Vietnam Savaşı'ndan kaynaklanan komünist genişlemeye karşı olarak 8 Ağustos 1967 tarihinde Filipinler, Malezya, Tayland, Endonezya ve Singapur arasında kurulan uluslararası bir kuruluştur. ASEAN üyeleri, iç sınırların kendi aralarında liberalizasyonunu sağlayarak denizcilik hizmeti sağlayıcılarının, ulusal mevzuata tabi olarak, ulusal kıyılar boyunca tesis kurmak ve faaliyet göstermek için sınırsız erişime sahip olduğu bir alan yaratmıştır²⁵. Böylece ASEAN üyeleri arasında deniz kabotajının serbestleştirilmesi ve Tek Denizcilik Pazarı oluşturulmuştur²⁶.

Kabotaja ilişkin ilk hukuki esasların 16. yüz yılda²⁷ Fransa tarafından Fransız sahilleri arasında yolcu ve yük taşımanın Fransız gemilerine hasredilmesiyle başladığı konusunda yaygın bir kanının olduğu ifade edilmiştir²⁸. Bununla beraber “Jones Kanunu” (Jones Act) olarak da anılan, Federal bir kanun olarak Amerikan denizciliğini korumak ve geliştirmek için yapılan 1920 Amerikan Deniz Ticareti Kanunu ilk yasal düzenleme olarak kabul edilmektedir²⁹. Kimi devletlerin kabotaja ilişkin yasal düzenlemeleri uzun bir geçmişe sahip olmasına rağmen kimi ülkelerde bu düzenlemeler nispeten yenidir. Nitekim manda ve sömürge altında olan kimi ülkelerde Endonezya örneğinde olduğu gibi kabotaj yasalarının çıkarılması zaman almıştır. Deniz ülkesi olan ve 17.500 adası bulunan Endonezya’da denizyoluyla ulusal taşıma yabancı şirketlerin hakimiyeti altındaydı. Hatta Hollandalı deniz şirketlerinin hakimiyeti altında olan yolcu ve

23 G.A. GIANNOPOULOS/G. AIFANDOPOULOU-KLIMIS, Inland Maritime Transport in Greece after the Lifting of the Cabotage and Full Liberalization: A Review, *Transport Reviews*, Vol. 24, No. 4, s. 465-466.

24 GIANNOPOULOS/AIFANDOPOULOU-KLIMIS, s. 465-466.

25 Chinyere EZEKE, The ASEAN Single Shipping Market: Towards a Regional Cabotage Regime, *Journal of East Asia and International Law*, 2017, Vol. 10, No. 1, s. 91.

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. EZEKE, s. 91-116.

27 Kabotajın ilk defa İspanya veya Fransa’da 15. Yüzyılda ortaya çıktığını ifade edenlerin olduğu da belirtilmiştir (CASACA/LYRIDIS, s. 392).

28 AGAMA/ALISIGWE, s. 72.

29 AGAMA/ALISIGWE, s. 72.

yük taşıma, bu şirketlerin gemileri Endonezya'dan kaçırıp yurt dışına satması üzerine filo sayısı bir hayli azalmıştır. 2005 yılında atılan adımlar sonuç vermiş; 2008 yılında 1992 Navluna İlişkin 21 Sayılı Kanun'da değişiklik yapan 17 sayılı Kanun kabul edilmiş; bu değişiklikle yabancı gemilerin Endonezya'da limanlar ve adalar arasında yolcu veya yük taşınması yasaklanmıştır³⁰. 2005 yılından itibaren Endonezya filo sayısını hızlı bir şekilde artırmıştır³¹. Yeni düzenlemeyle, mevcut yabancı gemilerin 3 yıllık geçiş süreci içinde Endonezya'da ulusal denizcilik taşımalarına ilişkin faaliyetlerini sonlandırmaları zorunlu hale getirilmiş; bu geçiş sürecinden sonra yabancı gemilere kabotaj yasağı getirilmiştir. Buna karşın Endonezya limanlarından yabancı limanlara veya yabancı limanlardan Endonezya Limanlarına yolcu ve yük taşınmasının Endonezya bayraklı gemilerin yanı sıra yabancı bayraklı gemiler tarafından yapılmasına izin verilmiştir³². Kabotaj hakkı, bir ülkenin karasuları ve iç sularındaki egemenliğinin ve hakimiyetinin bir sonucudur. Bununla beraber Amerika Birleşik Devletleri ve Portekiz örneklerinde olduğu üzere kimi devletlerin kabotajı, ana kara ile denizaşırı dominyonları arasındaki ticareti içerecek şekilde yorumlayacak kadar ileri gittiği; ancak bu tür bir genişletmenin, esas olarak ekonomik misilleme korkusu nedeniyle, uluslararası deniz hukuku kapsamında, ülkeler arasında hiçbir zaman geniş çapta kabul görmediği ifade edilmiştir³³.

Kabotaj hakkının dar anlamda ve geniş anlamda çeşitli tanımları bulunmaktadır. *Casaca/Lyridis* günümüzde kabotajın, bir ülkenin hukuk sistemi tarafından tanımlanan kısıtlı bir deniz alanı içinde gerçekleştirilen deniz taşımacılığı hizmetlerini; kıyı şeridinde yer alan farklı limanlar arasında gerçekleştirilen denizcilik hizmetlerini; adalar arası ticaret hizmetleri de dahil olmak üzere anakaradan adalara deniz taşımacılığı hizmetlerini ve açık deniz tedarik hizmetlerini içerdiğini ifade etmiştir³⁴.

815 sayılı Kanun'un adından hareket edildiğinde kabotaj hakkının aslında Türk limanları arasında yolcu ve yük taşınmayı ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim *Çağa* da 815 sayılı Kanun'un adından hareketle, kabotaj hakkının bir ülkenin bir limanından alınan yük ve yolcuların aynı ülkenin diğer bir limanına deniz yolu ile taşınması anlamına geldiğini ifade etmiştir³⁵. Her ne kadar 815 sayılı Kanun'un adında kabotaj hakkı dar anlamda kullanılmışsa da Kanun'un 1-4. maddelerinde kabotaj hakkı geniş anlamda düzenlenmiştir. 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinden hareketle, kabotaj hakkı, Türk karasularında,

30 RIFAI/ABBAS/ASHRI/BURHAMZAH, s. 8.

31 RIFAI/ABBAS/ASHRI/BURHAMZAH, s. 8-9.

32 RIFAI/ABBAS/ASHRI/BURHAMZAH, s. 9.

33 AGAMA/ALISIGWE, s. 73.

34 CASACA/LYRIDIS, s. 392.

35 ÇAĞA, s. 197.

iç sularında, nehir veya göllerinde deniz nakil aracı bulundurma, deniz nakil araçlarıyla yük ve eşya taşıma, römorkaj, kurtarma ve liman hizmetleri de dahil denizcilik hizmetlerinin yürütülmesi olarak tanımlanmıştır³⁶.

Yukarıda belirtilen tanımların yanı sıra doktrinde Türk Dil Kurumu sözlükleri ve çeşitli mevzuat hükümleri dikkate alınarak yapılan kabotaj hakkı tanımları bulunmaktadır³⁷. Kabotaj hakkını, 815 sayılı Kanun'un sadece adında yer alan ifadelerden değil 1-4 maddelerini esas alarak tanımlayan *Süzel*'e göre, kabotaj hakkı "*nehirler, göller, Marmara Denizi, boğazlar, Türk karasuları, körfezler, limanlar, koylar ve sair sulara Türk sahillerinin bir noktasından diğerine eşya ve yolcu alınması ve taşınması; Türk karasuları dahilinde balık, istiridyeye, midye, sünger, inci, mercan, sedef ve benzeri ürünlerin elde edilmesi ya da tutulması, kum ve çakıl çıkartılması, denizde ya da deniz altında geminin ya da benzeri araçların kurtarılması ya da enkazın kaldırılması dalgıçlık, arama, kılavuzluk, denizde tedarik hizmetleri, Türk bayraklı gemilerde gemi adamı olarak çalışma, iskele ve rıhtım hamallığı ve her türlü deniz ticareti, limanlar ile sahillerde römorkaj, kılavuzluk ve diğer tüm liman hizmetlerinin sabit ya da yüzer gemi, römorkör, buharlı ya da motorlu gemi, mavnalı, yelkenli ticaret gemisi, sandal, kayık ve her türlü büyük ya da küçük makine, yelken gücü ya da kürek ile hareket eden araç ve/veya tarak gemisi, kreyn, vinç, maçuna, algarina, şat, taşıma ve su dubaları, kurtarma gemisi ve benzeri ile şamandıra, sal gibi sabit ve yüzer araçlarla yerine getirilmesidir*"³⁸.

36 İsmail DEMİR, Kabotaj Kanunu Üzerine Bazı Düşünceler, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2020, C. 6, S. 1, s. 61; YAZICIOĞLU, s. 61. Hava kabotajı ve karayolu kabotajı çalışmamızın kapsamı dışındadır. Hava kabotajı tanımı için bkz. Türk Sivil Havacılık Kanunu (RG 19.10.1983/18196) md. 31. Hava Kabotajı için ayrıca bkz. Aysel ÇELİKEL/Günseli ÖZTEKİN GELGEL, Yabancılar Hukuku, 23. baskı, İstanbul 2017, s. 258-259. Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında 1 Temmuz 1998 tarihinden itibaren karayolu taşımada kabotaj yasakları kaldırılmıştır (Peter CSOKLICH/Kathleen SPENIK/Marie TILCHE, CMR as National Law and Cabotage Law, Uniform Law Review, 2006, Vol. 11, No. 3, s. 685). Avrupa Birliği açısından karayolu kabotajı için bkz. Sofia AMARAL/Harry SCAMMELL/Alex PONS/Robert BENNEY/Tianlin NIU/Giannis GIANNELOS/Katie MILLARD/James TWEED/Alan McKINNON, Assessment of the impact of a provision in the context of the revision of Regulation (EC) No 1071/2009 and Regulation (EC) No 1072/2009 Final Report Study contract no. MOVE/C1/SER/2050-557/SI2.830443, European Commission Directorate-General for Mobility and Transport, March 2021, © European Union, 2021. Avrupa Birliği'nde üye ülkeler arasında karayolu kabotajının liberalizasyonu hakkında yapılan düzenlemeler için bkz. Regulation (EC) No 1072/2009 of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 on common rules for access to the international road haulage market, OJ 14.11.2009 L 300, s. 72-87. Bu Tüzük'te 2020 yılında değişiklik yapılmıştır. Değişiklik için bkz. Regulation (EU) 2020/1055 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2020 amending Regulations (EC) No 1071/2009, (EC) No 1072/2009 and (EU) No 1024/2012 with a view to adapting them to developments in the road transport sector, OJ 31.7.2020 L 249 s. 17-32.

37 Bu tanımlar için bkz. Cüneyt SÜZEL, 815 Sayılı Kabotaj Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Uyarınca Değerlendirilmesi, Bahçeşehir üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 135-136, s. 32-38; ÇAĞA, s. 197. Çağa ayrıca Lozan Antlaşması'na ek Ticaret Mukavelesinin 9. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...bahri kabotajı, yani ülkenin bir limanından alınan emtia ve yolcuların aynı ülkenin diğer bir limanına bahren naklini..." ibaresine de dayanmıştır.

38 SÜZEL, s. 34-35.

Çeşitli yönetmeliklerde de kabotaj ve kabotaj seferi tanımlarına yer verilmiştir³⁹. Örneğin, *Gemilerin Teknik Yönetmeliği*'nin⁴⁰ 11(2)(b) maddesinde *kabotaj seferi* tanımlanmıştır. Bu tanım uyarınca kabotaj seferi, liman sefer bölgesi sınırları aşılarak Türkiye limanları arasında yapılan seferdir. Ayrıca *Gümrük Yönetmeliği*'nin⁴¹ 263. maddesinde, *Gemi Sağlık Resmi Kanunu Uygulama Yönetmeliği*'nin⁴² 4(1)(e) maddesinde, *Sahil Sağlık Denetleme Merkezleri Yönetmeliği*'nin⁴³ 4(1)(k) maddesinde, *Deniz Yolu ile Yapılacak Düzenli Seferlere Dair Yönetmeliğin*⁴⁴ 4(1)(e). maddesinde, *Gemiadamları Yönetmeliği*'nin⁴⁵ 4(1)(b)(60) maddesinde, *Türkiye Limanları ve İskeleleri Arasında Deniz Taşıtlarıyla Yapılan Taşıma ile Yükleme ve Boşaltmalarda Gümrük Gözetim ve Kontrolü Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ*'in⁴⁶ 11. maddesinde kabotaj hakkına ilişkin tanımlara veya tanım yapılmasına olanak veren hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca Türkiye'nin bazı devletlerle yaptığı iki taraflı denizcilik anlaşmalarında da kabotaj tanımına yer verilmiştir⁴⁷.

4490 sayılı *Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu*'nun⁴⁸ 7. maddesine göre, Türk Uluslararası Gemi Siciline tescil edilen gemiler ve yatlar Türk bayrağı çekerler. Türk bayrağı çeken gemiler ve yatlar milli mevzuatla tanınmış olan haklardan yararlanırlar. Ancak, 6762 sayılı TTK'nın 823. maddesi uyarınca Türk bayrağı çekme hakkına sahip olmayan gemiler ve yatlar 815 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanamazlar. Aynı hüküm *Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği*'nde⁴⁹ de vardır. *Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği*'nin "kabotaj hakkı" başlıklı 19. maddesine göre, Türk Uluslararası Gemi Sicili'ne kayıtlı olup da, TTK'nın 823. maddesi uyarınca Türk bayrağı çekme hakkına sahip olmayan gemiler ve yatlar, 815 sayılı Kanun'un hükümlerinden yararlanamazlar. 2634 sayılı *Turizmi Teşvik Kanunu* ve bu Kanuna göre çıkartılmış *Yat Turizmi Yönetmeliği* hükümleri saklıdır. *Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği*'nin 21. maddesine göre, uluslararası gemi sicilinde kayıtlı gemilerin kaptanlarının Türk vatandaşı olması esastır. Donatanın Türk vatandaşı olması veya TTK'nın 823. maddesi kapsamındaki bir şirket olması halinde, kabo-

39 Söz konusu yasal düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEL, s. 35-38.

40 RG 17.11.2009/27409.

41 RG 7.10.2009/27369 Mükerrer.

42 RG 9.5.20028/26871.

43 RG 10.6.2009/27254.

44 RG 25.11.2010/27766.

45 RG 31.7.2002/24832.

46 RG 7.6.2013/28670.

47 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEL, s. 37-38.

48 Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 21.12.1999/23913.

49 RG 23.06.2000/24088.

taj hattı dışında personelin en az %51'inin Türk vatandaşı olması zorunludur. Doktrinde uluslararası gemi siciline kayıtlı gemilerin kabotaj hakkından yararlanarak yük ve yolcu taşımasının tek şartının 6102 sayılı TTK'nın 940. maddesinde aranılan şartların gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmiştir⁵⁰.

Aslında kabotaj, Türk hukukunda daha çok deniz kabotajını ifade etmek için kullanılsa ve bu nedene "deniz" kelimesi kullanılmazsa da hava, demiryolu ve karayolu kabotajı da vardır. Bu bakımdan genel anlamda kabotaj, belirli bir ülkede deniz, hava veya diğer iç ulaşım hizmetlerinin o ülkenin kendi vatandaşlarıyla veya ulaşım araçlarıyla kısıtlanması anlamına gelir⁵¹. Ancak çalışmamız yalnızca deniz kabotajı ile sınırlı olduğundan diğer sektörlerdeki kabotaj üzerinde durulmayacaktır.

II. Kabotaj Hakkının Kapsamı

815 sayılı Kanun'un 1-4. maddelerinde kabotaj hakkından yararlanmak için geminin bayrağı, geminin maliki, yapılacak işler, bulundurulacak deniz araçları ve yapılacak olan meslek ve sanatlar açısından kısıtlama getirilmiştir⁵². *Süzel*'e göre, TTK'nın 940. maddesi uyarınca gemi tek bir kişiye ait ise, o kişinin Türk vatandaşı, birden fazla kişiye ait ise, paylı mülkiyette payların çoğunluğunun Türk vatandaşlarına ait olması, el birliğiyle mülkiyette ise ortakların çoğunluğunun Türk vatandaşı olmasına bağlıdır⁵³. Tüzel kişiler açısından ise TTK'nın 940(4). maddesinde öngörülen şartları taşıyan gemilerin kabotaj hakkından yararlanacaklarını ifade etmiştir⁵⁴. Aynı görüş *Demir* tarafından da savunulmuştur⁵⁵. *Çelikel/Öztekın Gelgel*, Türk mevzuatında gemilerin Türk bayrağı çekmesine ilişkin olarak 6102 sayılı TTK'nın yanı sıra 4490 sayılı *Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ve Bağlama Kütüğü Yönetmeliği*'nde de hüküm olduğunu; bununla beraber kabotaj hakkı açısından belirleyici hükümlerin TTK hükümleri olduğunu; TTK'nın 940-941. maddeleri uyarınca yabancıların hissedar oldukları ve Türk bayrağı taşıyan gemilerin veya Türk bayrağı çekme hakkı bulunan yabancı gemilerin kabotaj hakkından yararlanacaklarını ifade etmişlerdir⁵⁶. *Çağa ve Yazıcıoğlu* ise, 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinde gemi bakımından getirilen Türk bayrağı çekme şartının 2. maddede öngörülen kişi bakımından sınırlama yani Türk vatandaşı olma şartıyla beraber yorumlanması gerektiği; TTK'nın 940-941. (eski 823-824.) maddelerinde) öngörülen Türk

50 SÜZEL, s. 75.

51 AGAMA/ALISIGWE, s. 71.

52 ÇAĞA, s. 209-222; SÜZEL, s. 45.

53 SÜZEL, s. 59.

54 SÜZEL, s. 59.

55 DEMİR, s. 70.

56 ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 250

bayrağı çekme hakkının yeterli olmadığı; kabotaj hizmeti üstlenen gerçek kişi veya kişilerin, tüzel kişilerde ise bütün üye ve ortakların Türk vatandaşı olmasının şart olduğu görüşündedirler⁵⁷. Kanaatimizce, *Çağa ve Yazıcıoğlu* tarafından savunulan görüş yerindedir. Bu konu üzerinde “Türk sahilleri arasında yolcu ve yük taşıma” başlığı altında yapılan açıklamalarda ayrıca durulacaktır.

Kabotaj hakkının kapsamını, yukarıda yapılan geniş anlamda kabotaj tanımına ve 815 sayılı Kanun’un 1-4. maddelerine istinaden, aşağıdaki şekilde açıklamak mümkündür:

A. Türk Sahilleri Arasında Yolcu ve Yük Taşıma

815 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre, Türk sahillerinin bir noktasından diğerine yolcu ve yük taşımak, Türk bayrağını taşıyan gemilere ve deniz nakil vasıtalarına münhasırdır. O halde Türkiye sahillerinde yani karasularında ve içsularında yolcu ve eşya taşıma işlerini yabancı bayraklı gemiler yapamazlar⁵⁸. 815 sayılı Kanun’un 1. maddesinde Türk bayrağını taşıyan gemi ve deniz nakil vasıtalarının mülkiyetine veya zilyetliğine sahip gerçek veya tüzel kişilerin Türk vatandaşı ya da yabancı olup olmamasına göre bir ayırım yapılmamıştır.

1926 yılında yürürlüğe giren 865 sayılı Ticaret Kanunu’na 1929 yılında deniz ticaretine ilişkin hükümler eklenmiştir⁵⁹. 865 sayılı Kanun’un 1459. maddesine uyarınca Türk vatandaşlarının malı olan gemi Türk gemisiydi, yabancıların Türk gemisinin tamamına veya payına sahip olamayacağı ifade edilmişti. Mülga 865 sayılı Kanun’un 1459. maddesinin Kabotaj Kanunu’nun 1-4. maddeleriyle uyumlu olduğu ifade edilmiştir⁶⁰. Mülga 6762 sayılı TTK’nın 823-825. maddeleriyle Türk gemisi olma şartları genişletilmiştir. *Süznel*, gerçek ya da tüzel kişinin 6102 sayılı TTK’nın 940. maddesinde öngörülen şartları sağlaması halinde kabotaj hakkından yararlanacağını belirtmiştir. *Süznel*, bu görüşünü madde gerekçesinde yer alan Türk gemilerine bahsedilen kabotaj hakkının zedelenmemesine özen gösterildiği ifadesine dayandırmıştır⁶¹.

815 sayılı Kanun’un 1. maddesinde yer alan Türk bayrağı çekme hakkına sahip bir gemi olma, tek başına kabotaj hakkından yararlanmak için yeterli midir? Yoksa Türk bayrağı çekmesinin yanı sıra Türk limanları arasında yolcu ve

57 ÇAĞA, s. 223; YAZICIOĞLU, s. 64-68.

58 Nuray EKŞİ, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. baskı, İstanbul 2018, s. 251; Fiona KINSMAN/Nuray EKŞİ, *Avrupa Birliği’nin Kişilerin Serbest Dolaşımı Müktesebatı ve Türkiye’nin Uyumu*, İKV Yayınları Ekim 2002, s. 46-47.

59 Osmanlı İmparatorluğu dönemi ve Lozan Antlaşması açısından kabotaj ile ilgili ayrıntılı yorum ve değerlendirmeler için bkz. ÇAĞA, s. 211-222.

60 SÜZEL, s. 47-48.

61 SÜZEL, s. 53.

yük taşıyan gerçek veya tüzel kişinin Türk vatandaşı mı olması gerektiği konusunda doktrinde farklı fikirler öne sürülmüştür. Eski TTK döneminde kaleme aldığı makalesinde *Çağa*, 815 sayılı Kanun uyarınca geminin Türk bayrağı çekmesinin yetersiz olduğunu; 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinde geminin Türk bayrağı çekme yetkisine sahip olması koşulunun yanı sıra 2. maddesinde Türk limanları arasında yolcu ve yük taşıyan gerçek veya tüzel kişinin de Türk vatandaşı olması gerektiğini; Ticareti Bahriye Kanunu'nun Osmanlı sancağını çekme hakkına dair olan hükmü (md. 1) ile Kabotaj Kanunu'nun kabotaj taşımaları yapacak şahıslarda aradığı şartlara dair olan hükmü (md. 2) arasında ahengin bulunduğunu; zira Osmanlı sancağını çekecek gemilerin Osmanlı vatandaşlarına ait olmasının şart olduğunu ifade etmiştir⁶². *Çağa*'ya göre, "TTK'nın 823. maddesi uyarınca Türk bayrağı çekme hakkına sahip olan bir donatma iştiraki veya tüzel kişi, eğer müşterek donatanlar veya üye yahut ortaklar arasında yabancı varsa, kabotaj taşımaları yapamayacaktır. Kabotaj Kanunu'nun yapıldığı devirde, o zamanki şartlar düşünülecek olursa, kabotaj taşımalarından elde edilecek menafin Türk vatandaşlarına hasrı yerinde bir davranış sayılabilir. Fakat Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun mevcut olduğu ve Türk gemilerine yabancıların hissedar olmalarına veya bu gibi gemilere malik bulunan şirketlere ortak olabilmelerine cevaz verildiği bir zamanda Kabotaj Kanununun bu günkü şekliyle muhafazası isabetli bir davranış olmasa gerektir. Bu itibarla kanun değiştirilerek Ticaret Kanunu ile ahenkli bir hale getirilmek ve sahip oldukları gemi Türk bayrağını çekme hakkına sahip bulunan donatma iştiraki ve tüzel kişilere kabotaj taşımaları da yapmak imkânı verilmek yerinde olacaktır"⁶³. 815 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 2. maddesi arasında fark olduğunu belirten *Tekinalp*, TTK'da kimi durumlarda Türklere ait olmayan gemilere de Türk bayrağı çekme hakkı verilmesine rağmen 815 sayılı Kanun'un 2. maddesinde nehirler ve iç sularda taşımacılık ve ticaret Türk vatandaşlarına hasredildiğini ifade etmiştir⁶⁴.

Süzel TTK'nın 940. maddesinde öngörülen şartları taşıyan gemilerin kabotaj hakkından yararlanacağını belirtmiştir⁶⁵.

Kanaatimizce, *Çağa* ve *Yazıcıoğlu* tarafından isabetle tespit edildiği üzere Türklere ait olmamakla beraber Türk bayrağı çeken yabancı gemiler ile hissedarları arasında yabancı olan ve Türk bayrağı çeken gemilerin kabotaj hakkından yararlanması mümkün değildir. Zira 815 sayılı Kanun'un 1. ve 2. madde-

62 ÇAĞA, s. 209-210.

63 ÇAĞA, s. 223. Aynı görüş Yazıcıoğlu tarafından da savunulmuştur. Bkz. YAZICIOĞLU, s. 63-68.

64 Gülören TEKİNALP, *Türk Yabancılar Hukuku*, 8. bası, İstanbul 2003, s. 131.

65 SÜZEL, s. 58.

sini birlikte değerlendirmek gerekir. 815 sayılı Kanun'un 2. maddesinde nehirler ve iç sularda taşımacılık ve ticaret yapmak Türk vatandaşlarına verilen bir haktır. Zaten kabotaj hakkının özü ve 815 sayılı Kanun'un 1-2. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi şirketlere ait olan ve Türk bayrağı taşıyan gemilerin ortakları arasında yabancı varsa (TTK md. 940, eski TTK md. 823) veya Türk bayrağı taşımakla beraber yabancılar tarafından işletilen gemilerin (TTK md. 941, eski TTK md. 824) kabotaj hakkından yararlanamayacakları yorumunun yapılmasının haklı gerekçelerini oluşturmaktadır. Nitekim *Yazıcıoğlu ve Çağa* da bu yorumu yapmış, ancak yabancı sermaye yatırımları açısından 815 sayılı Kanuna değişiklik yapılarak bu hükme istisna getirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir⁶⁶. Vardığımız bu sonuç yani hem geminin Türk bayrağı taşıması hem de gemi sahiplerinin tamamının Türk vatandaşı olması halinde kabotaj hakkından yararlanılması Uluslararası Gemi Sicili'nde kayıtlı gemilerden TTK'nın 940. maddesinde öngörülen şartları taşıyanların kabotaj hakkından yararlanacağına ilişkin 4490 sayılı Kanun ile bu Kanun'un uygulama yönetmeliği ile çelişmektedir. Bununla beraber bu çelişkiyi, 4490 sayılı Kanun'un 7. maddesinin, 815 sayılı Kanuna Uluslararası Gemi Sicili'ne kayıtlı olan ve TTK'nın 940. maddesinde öngörülen şartları taşıyan gemiler açısından bir istisna getirdiği şeklinde yorum yaparak gidermek mümkündür.

815 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Türk sahillerinin bir noktasından diğerine yolcu ve yük taşımanın ücret karşılığında yapılıp yapılmadığına ilişkin bir açıklık yoktur. Bununla beraber 815 sayılı Kanun'un özellikle 2. maddesinde yer alan "ticaret hakkı" ve 3. maddesinde yer alan meslek ve sanatlar ifadelerinden hareketle yolcu ve yük taşımanın ücret karşılığında yapılmasının gerektiği; aksi halde yani ücret karşılığında yapılmayan yolcu ve yük taşımalarının 815 sayılı Kanun'un kapsamına girmediği dile getirilmiştir⁶⁷. Diğer bir görüş ise 815 sayılı Kanun'da kastedilenin sadece ücret değil ücretten daha geniş bir anlam içeren herhangi bir ekonomik menfaatin sağlanması olduğunu; yük ve yolcu taşımanın ücretsiz yapılmasının çok istisnai bir durum olduğunu; yabancı bayraklı bir geminin taşımanın ücretsiz olduğuna ilişkin beyanları ve buna dair sunmuş olduğu belgelere itibar edilmemesi gerektiğini; aksinin kabulünün 815 sayılı Kanun hükümlerinin dolanılmasına fırsat vereceğini ifade etmiştir⁶⁸. Kanaatimizce ücreti olsun veya olmasın 1-4. maddeler arasında belirtilen ve kabotaj tekeli kapsamına giren faaliyetleri yabancılar ve yabancı

66 ÇAĞA, s. 223; YAZICIOĞLU, s. 63-68.

67 YAZICIOĞLU, s. 64. ÇAĞA ise 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan "emtia" kavramından hareketle (ÇAĞA, s. 209 dn. 32) aynı sonuca varmaktadır.

68 DEMİR, s. 64.

gemiler yapamaz. 815 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca yabancıların örneğin sünger ve mercan çıkarması yasaktır. Yabancı bir turistin denizden sünger ve mercan çıkarabileceğinin kabulü halinde çıkardıklarını yanına alıp ülkesinde ticaretini yapmasını engellemek mümkün değildir.

B. Türk Sahillerinde ve Limanlarında Kılavuzluk ve Romörkaj

Türk sahillerinde ve limanlarında kılavuzluk ve romörkaj hizmetleri sadece Türk bayrağını taşıyan gemilere veya deniz araçlarına ait bir haktır. Bu hakkın yabancı bayraklı gemiler tarafından kullanılması mümkün değildir.

C. Liman Hizmetlerini Yürütülmesi

815 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, *“herhangi mahiyette olursa olsun bilcümle liman hidematını ifa etmek”* sadece Türk bayrağını çeken gemiler ve deniz araçlarına münhasırdır.

D. Nehirlerde, Göllerde, Marmara Havzasında, Boğazlarda, Karasularında, Karasularında Bulunan Liman, Koylarda Deniz Aracı Bulundurmak, Bunlarla Seyrüsefer ve Nakliyat İcra Etmek Suretleriyle Ticaret Hakkı

Kabotaj Kanunu'nun 3. maddesinde sayılan denizcilikle ilgili bazı meslek ve sanatlar sadece Türk vatandaşları tarafından yerine getirilebilir. Bu maddeye göre vapur, romörkör, istimbot, motorbot, mavna, salapurya, sandal, kayık, yelken, tarak, kürek, şat, limyo, su dibolarıyla prizman, maçuna, algarina, sal gibi sabit ve yüzen araçları bulundurmak, bunlarla seyrüsefer ve taşıma yapmak suretiyle ticaret hakkı Türk vatandaşlarına münhasırdır.

E. Karasuları Dahilinde Yapılacak Meslek ve Sanatlar

Kabotaj Kanunu'nun 3. maddesinde sayılan meslek ve sanatlar yalnızca Türk vatandaşları tarafından yapılabilir. Söz konusu meslek ve sanatlar şunlardır: kara suları dâhilinde balık, istirdiye, midye, sünger, inci, mercan, sedef vs avlanması; kum ve çakıl ve saire çıkartılması; gerek deniz yüzeyinde gerekse deniz altında mevcut kazaya karışmış gemiler ve araçlar ile terk edilmiş enkazın çıkartılması ve kurtarılması, dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, deniz bakkallığı.

F. Türk Deniz Araçlarında, İskelelerde ve Rıhtımlarda Yapılacak Meslekler ile Deniz Esnafılığı

Türk deniz araçlarında ve gemilerinde kaptanlık, çarkçılık, kâtiplik, tayfalık, işçilik vs yerine getirilmesi; iskele, rıhtım hamallığı, bütün deniz esnafılığının yerine getirilmesi Türk vatandaşlarına aittir.

III. Kabotaj Tekelinin İstisnaları

Kabotaj Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrası, 3. maddesinin son cümlesi ile 4. maddesinde yabancıların bazı işleri Cumhurbaşkanının izni ile yapabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Türkiye'nin yaptığı iki taraflı denizcilik anlaşmalarından KKTC ile yapılan anlaşmada kabotaj hakkı tanınmıştır. 815 sayılı Kanun'da yer alan söz konusu maddelerde sayılan işler, diğer mevzuatta hükümleri ile iki taraflı denizcilik anlaşmalarında yer alan istisnalar dokuz grup altına toplanabilir:

(1) 815 sayılı Kanun'un 1(2). maddesinde yabancı gemilerin, yabancı ülkelerden almış oldukları yolcu ve yükü Türk limanlarına getirmelerine izin verilmiştir. Aynı şekilde yabancı gemilerin Türk limanlarından diğer ülkelerin limanlarına yolcu ve yük taşımaları serbesttir. Yabancı limandan bir Türk limanına yolcu veya yük getiren yabancı gemi gerekirse ikinci ya da üçüncü Türk limanına da gidebilir. Ancak Türkiye'de birden fazla limana ancak yabancı ülkeden getirdiği yük veya yolcuları indirmek için uğrayabilir. Yoksa uğradığı Türk limanlarından aldığı yük veya yolcuları Türkiye'nin diğer bir limanına götüremez⁶⁹. Bununla beraber yabancı ülkeden getirdiği yükü boşaltmak veya yolcuları indirmek için uğradığı Türk limanından yabancı limanlara götürmek üzere yük veya yolcu almalarına engel bir durum yoktur.

(2) Kabotaj Kanunu'nun 3. maddesine kaptanlık, çarkçılık ve tayfalık Türk vatandaşlarına tahsis edilen meslekler arasında yer almakla beraber 4. maddede bu ana kurala bir istisna getirilmiştir. Yabancıların Cumhurbaşkanının izni ile Türk kurtarma gemilerinde uzman, kaptan veya tayfa olarak istihdam edilebileceği ifade edilmiştir.

(3) Ayrıca 2013 yılında Kabotaj Kanunu'nun 3. maddesine eklenen son cümle ile petrol hakkı sahibi yabancılar da Türk karasuları dâhilinde petrol arama ve üretim faaliyetlerini icra edebilirler⁷⁰. Ancak 815 sayılı Kanun'un 4. maddesi

69 Cihan GÖNEN, Türk Yabancılar Hukukunda Yabancıların Türk Kıyı, Liman ve Karasularındaki Ticari Faaliyetleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 93.

70 Kabotajda Çalışan 400 Gros Tondan Küçük Petrol Tankerlerine Dair Yönetmelik (RG 14.04.2007/26493) kabotaj hattında ticari amaçlı olarak petrol taşıma faaliyetinde kullanılmakta veya kullanılacak olan 400 gros tondan küçük petrol tankerlerini kapsar. Yönetmelik, ticari olmayan hizmetlerde kullanılan Devlete ait petrol tankerleri ile silahlı kuvvetlere ait petrol tankerlerini kapsamaz (md. 2). Yönetmeliğin 8. maddesine göre, kapsama dahil tankerler, kabotaj sınırları içerisinde yer alan liman alanları arasında ticari faaliyette bulunabilmek için, idare tarafından düzenlenen ve tankerin kabotaj hattında çalışma şartlarını haiz olduğunu tasdik eder mahiyette, çalışma izin belgesine sahip olacaktır. Söz konusu Yönetmelik'te kabotaj hakkı veya kabotaj tekeli tanımlanmamıştır. Kabotaj hattında çalışan ve Türk Uluslararası Gemi Siciline veya Milli Gemi Siciline kayıtlı olan ve münhasıran yolcu ve yük taşıyan gemilere, ticari yatılara, hizmet ve balıkçı gemilerine, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin deniz araçlarına verilecek

uyarınca yabancıların Türk karasularında petrol arama ve çıkarma faaliyetleri açısından alınacak izin “geçici” olarak verilecektir. Ayrıca bu izin hiçbir hak temin etmeyecektir. Bununla beraber petrol arama ve çıkarma faaliyeti yapacak yabancı gemiler açısından “geçici” ifadesinin ne kadar süreyi kapsadığını kestirmek zordur. “Hiçbir hak temin etmemek” ibaresi de yabancı gemilerin Türk karasularında petrol arama ve çıkarma faaliyetleriyle bağdaşmamaktadır.

(4) Kabotaj Kanunu’nun 4. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı’nın izniyle ve hiçbir hak iddia etmemek kaydıyla yabancı kurtarma gemilerinin Türk karasularında kurtarma yardım hizmeti vermesine izin verebilir.

(5) KKTC ile yapılan Denizcilik Anlaşması’nın⁷¹ 4. maddesiyle âkit devletler, kendi limanları arasında yolcu ve yük taşıma hakkını karşılıklı olarak birbirlerine tanımışlardır.

(6) Su Ürünleri Kanunu’nun⁷² 39(2). maddesinde bu hükme bir istisna getirilmiş; yabancı turistlere ile etüt ve araştırma işlerinde çalıştırılacak yabancılara 815 sayılı Kanun’un 3. maddesindeki yasaklamaların uygulanmayacağı belirtilmiştir.

(7) Turizmi Teşvik Kanunu’nun⁷³ 29. maddesinin metni şöyledir:

Deniz turizmi araçlarının Türkiye’de kalış süresi ve kabotaj hakları

Madde 29- (Değişik: 28.12.2006-5571/18 md.) Yabancı bayraklı *deniz turizmi araçları, gezi, bakım, onarım, kızaklama veya kışlamak* amacıyla Türkiye’de beş yıla kadar kalabilirler. Bu süre yönetmelikte belirtilen esaslara göre Bakanlıkça beş yıl daha uzatılabilir. Türk bayraklı yatlar, gezi, spor ve eğlence amacıyla kullanılmak üzere Türk ve yabancı uyruklu kişilere kiraya verilebilir. Bu şekilde kiralanan yatların kiracıları tarafından ticarî amaçla kullanımı yasaktır. Türk bayraklı deniz turizmi araçlarının gezi, spor ve eğlence amacıyla kullanılması yolcu taşımacılığı sayılmaz.

(8) 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un 37(1). maddesine göre, 815 sayılı Kanun hükümleri ile 6762 sayılı TTK’nın 823. maddesi hükmü saklıdır. Limanlar hakkında mülkiyetin devri suretiyle özelleştirme yapılamaz. 4046 sayılı Kanun’un 37(1). maddesini, mülkiyetin devri dışında bir yolla liman işletmesi sahibi olan yabancılara ait gemilerin TTK’nın 940. maddesinde yer alan şartları taşımaları kaydıyla liman işletmesini özelleştirme

yakıtın özel tüketim vergisi sıfırlanmıştır. Bkz. 1.7.2003 tarihli ve 2003/5868 sayılı Bakanlar Kurulu kararı (Karar Sayısı: 2003/5868: Türk Uluslararası Gemi Siciline ve Millî Gemi Siciline Kayıtlı, Kabotaj Hattında Münhasıran Yük ve Yolcu Taşıyan Gemilere, Ticari Yatlara, Hizmet ve Balıkçı Gemilerine Verilecek Yakıtın Özel Tüketim Vergisi Tutarının Sıfıra İndirilmesine İlişkin Karar RG 16.7.2003/25170); 8.7.2020 tarihli ve 2728 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı (RG 9.7.2020/31180).

71 Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Denizde Arama ve Kurtarma Konusunda Anlaşma, RG 2.8.1997/23068.

72 RG 4.4.1971/13799.

73 RG 16.3.1982/17635.

yoluyla edinmesi durumunda, bu şirketin kendi gemileriyle Kabotaj Kanunu anlamında liman hizmeti vereceğinin açık olduğu ifade edilmiştir⁷⁴. Böylece kabotaj hakkının, özelleştirme uygulamalarıyla dolanılması engellenmiştir⁷⁵.

(9) 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu⁷⁶, birinci derece ve ikinci derece deniz askeri yasak bölgeleri belirlemiş ve ardından bu bölgelere uygulanacak olan esasları tespit etmiştir. 2565 sayılı Kanun'un konuya ilişkin 11. maddesi ile 13. maddesinin metinleri şöyledir:

Birinci derece deniz askeri yasak bölgelerinde uygulanacak esaslar

Madde 11- Birinci derece deniz askeri yasak bölgelerinde aşağıdaki esaslar uygulanır.

- a) 7 nci maddedeki birinci derece kara askeri yasak bölgelerine ilişkin hükümler⁷⁷, birinci derece deniz askeri yasak bölgelerinde de uygulanır.
- b) Türk ve yabancı deniz araçları ancak fena hava şartları veya teknik arızalar nedeniyle ve havanın denize açılmaya imkân vermesine veya arızanın giderilmesine kadar birinci derece deniz askeri yasak bölgelerine ve bu bölgelerdeki körfez, koy, liman gibi yerlere uluslararası işaretleri göstererek sığınabilirler. Bu şekilde sığınan deniz araçlarının sorumluları, yetkili komutanlığa veya mahalli mülki idare amirliğine durumu nedenleriyle birlikte derhal bildirmek zorundadırlar.

Birinci derece deniz askeri yasak bölgesine sığınan deniz araçlarının burada kalmasına izin verilmediği takdirde, yetkili komutanlık mahalli mülki idare amiri ile işbirliği yapmak suretiyle, aracın mümkün olan en kısa süre içinde bu yeri terk etmesine, savunma tesislerine ve güvenliğine zarar verebilecek her türlü hareketleri önlemeye yarayan bütün

74 SÜZEL, s. 55-56.

75 ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s. 251.

76 RG 22.12.1981/17552.

77 Birinci derece kara askeri yasak bölgelerinde uygulanacak esaslar

Madde 7- 1. Birinci derece kara askeri yasak bölgelerinde aşağıdaki esaslar uygulanır.

- a) Bölge içindeki taşınmaz mallar kamulaştırılır.
 - b) Bölgeye buradaki görevlilerle, yetkili komutanlığın izin verdiği T.C. uyruğundaki diğer görevlilerden başkası giremez ve oturamaz. Ancak;
 - (1) Buradaki görevlilerin aile fertlerinin bölgeye girmelerine ve oturmalarına,
 - (2) Türk vatandaşlarının bölgedeki su kaynaklarından faydalanmalarına,
 - (3) Bölge içinde tespit edilecek yollardan geçiş yapılmasına, Yönetmelikte belirtilecek esaslara göre yetkili komutanlığa izin verilebilir.
 - c) Yabancıların geçici olarak bölgeye girmeleri ve oturmaları Genelkurmay Başkanlığının iznine bağlıdır.
 - d) Bölge içindeki eski eserler ve doğal kaynakların milli kuruluşlarca veya milli kuruluşların denetimi altındaki Türk veya yabancı uyruklularca araştırılması veya işletilmesi, Genelkurmay Başkanlığının olumlu mütalaasının alınması koşuluyla ilgili kanun hükümlerine göre yürütülür.
 - (e) (Değişik: 27.1.2004-5082/1 md.) Bölgenin fotoğraf ve filminin çekilmesi, harita, resim ve krokisinin yapılması, not alınması veya harita uygulaması gibi faaliyetlerde bulunulması, bölgenin savunma ve güvenlik tedbirlerini aksatacak, bozacak ve açıklayacak cihazlar kullanılması, bu amaçla görevlendirilmiş olanlar ile Genelkurmay Başkanlığı tarafından izin verilmiş olanlar dışındakilere yasaktır.
2. Kara sınır hattı boyunca ve kıyılarda tesis edilen birinci derece kara askeri yasak bölgelerinde kamulaştırma yapılması zorunlu değildir.
3. Yukarıdaki 2 nci fıkraya hükümlerine göre kamulaştırılmayan taşınmaz mallardan yerli halkın yararlanmasına ilişkin esaslar ile birinci derece kara askeri yasak bölgelerinin, bölge içindeki geçiş yollarının güvenliğinin sağlanması ve bölgeye girme yasağı ile ilgili diğer esaslar yönetmelikle tespit edilir.

tedbirleri almaya ve gerekli görülen hallerde aracın ve kişilerin güvenliğine zarar gelmeyeceğinden emin olmak kaydıyla, deniz aracını bölge dışındaki en yakın müsait barınma yerine çektirmeye yetkilidir. Bu nedenle yapılacak işin ve hizmetin nevine göre yapılan masraflar ve ücretler ile savunma tesislerinde vaki olacak zararlar bu konudaki genel hukuk kurullarına göre tazmin ettirilir.

İkinci derece deniz askeri yasak bölgelerinde uygulanacak esaslar

Madde 13- İkinci derece deniz askeri yasak bölgelerinde aşağıdaki esaslar uygulanır.

- a) İkinci derece deniz askeri yasak bölgelerinde daimî tesisi gerektirmeyen balıkçılık, süngerçilik gibi su ürünlerinin avlanması, deniz dibindeki doğal kaynakların aranması ve işletilmesi Türk vatandaşları için serbesttir. Şu kadar ki, tesislere zarar verebilecek araç ve gerecin bölgeye sokulmasına yetkili komutanlıkça mâni olunabilir.
- b) Bölge içinde, milli kuruluşlar veya milli kuruluşların denetimindeki Türk ve yabancı uyruklularca deniz içindeki ve altındaki doğal kaynakların işletilmesi için sabit tesisler kurulması, bölgede ilmi araştırmalar yapılması ve buralardaki batıkların çıkarılması ve sökülmesi, ilgili kuruluşların görüşü alınarak Genelkurmay Başkanlığının olumlu mütalaasına bağlıdır. Ancak; bu bölgelerde hiçbir şekilde gemi sökümü için tesis kurulamaz.
- c) İkinci derece deniz askeri yasak bölgelerindeki liman, koy, körfez gibi yerlere Türk deniz araçları serbestçe girip çıkabilir. Bu araçlar içindeki yabancıların karaya çıkarılmasına 9 uncu maddenin (d) bendi hükümlerine göre, izin verilebilir.
- d) Yabancı devletlerin harp ve yardımcı gemileri ile bunlara ait diğer araçların ikinci derece deniz askeri yasak bölgelerine girebilmeleri Genelkurmay Başkanlığının iznine tabidir.
- e) (d) bendi dışında kalan yabancı bandıralı gemi ve araçların bu bölgelerdeki koy, körfez ve limanlara girmelerine yetkili komutanlığın mütalaası da alınarak valilerce izin verilebilir.
- f) Yabancı bandıralı gemi ve deniz araçları, ikinci derece deniz askeri yasak bölgelerindeki körfez, koy ve liman gibi yerlere fena hava şartları veya teknik arızalar yüzünden uluslararası işaretleri göstererek sığınabilirler. Bunların sorumlu kişileri, sığınma sebeplerini derhal yetkili komutanlığa veya mahalli mülki amirliğe bildirmek zorundadırlar.

Ancak, havanın denize açılma imkânı vermesi veya arızanın giderilmesi üzerine bu şekilde sığınanlardan kalmalarına izin verilmeyenler bölgeyi terk ederler.

Yetkili komutan; mülki makamlara haber vermek ve gerektiğinde işbirliği yapmak suretiyle savunma güvenliğini temin edecek tedbirleri almaya ve gerekli görülen hallerde aracın ve kişilerin güvenliğine zarar gelmeyeceğinden emin olmak kaydıyla, deniz aracını bölge dışındaki en yakın müsait barınma yerine çektirmeye yetkilidir.

Bu nedenle yapılacak işin ve hizmetin nevine göre yapılan masraflar ve ücretler ile savunma tesislerinde vaki olacak zararlar bu konudaki genel hukuk kurullarına göre tazmin ettirilir.

- g) Yabancı uyruklu kişilere ait deniz araçlarının bu bölgedeki turistik yerlere girip çıkmalarına ilişkin esaslar yönetmelikte gösterilir.
- h) İkinci derece deniz askeri yasak bölgesinde bu Kanunun 9 uncu maddesinin (h) bendi hükmü uygulanır.

IV. Kabotaj Yasağı Kapsamında Kalıp Kalmadığı Tereddütlü Olan Konular

A. Denizde ve Denizaltında Tesis ve Tesisat İnşası

(1) 815 sayılı Kanun'un yapıldığı 1926 yılında gündemde olmayan ancak Türk karasularında veya iç sularında yapılan bazı tesis ve tesisat açıdan kabotaj yasağının olup olmadığı konusunda nasıl bir yol izleneceğinde tereddüt olabilir. Eğer söz konusu tesis veya tesisat petrol ile ilgili ise kabotaj yasağı kapsamında sayılmayacaktır. Çünkü 815 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerle yabancı petrol gemilerine Türk karasularında faaliyette bulunma olanağı tanınmıştır. Ancak Marmaray tüneli, deniz altına petrol boru hatlarının veya kabloların döşenmesi⁷⁸ örneklerinde olduğu gibi aslında Türk karasularında icra edilen ancak 815 sayılı Kanun'un yapıldığı dönem itibarıyla henüz teknolojisi bulunmadığından akla dahi gelmeyen ve böylece kabotaj yasağı kapsamına açıkça dahil edilmeyen bu faaliyetlerin yabancı bayraklı gemiler veya yabancılar tarafından yapılıp yapılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. *Demir*'e göre, "deniz dibine boru hattı çekilmesi veya herhangi bir deniz tesisi kurulması gibi Türkiye'nin teknik imkân ve kapasitesiyle gerçekleştirilemeyecek faaliyetler mevcut olabilir. Bu gibi hâllerde de yabancı bayraklı gemilerle birlikte yabancı gemi adamları veya diğer teknik personelin çalıştırılmasına yönelik istisna hükümlerine yer verilmelidir"⁷⁹.

B. Petrol Dışında Doğal Gaz ve Diğer Kaynakların Çıkarılması

Yabancı gemiler ve yabancılar tarafından Türk karasularında petrol aranması ve çıkarılmasına izin verilmekle beraber doğalgaz veya başka kaynaklardan söz edilmemiştir. Dolayısıyla Türk karasularında veya iç sularında petrol dışında kalan diğer kaynakların çıkarılması açısından yabancı gemilere ve yabancılarla izin verilip verilemeyeceği noktasında 815 sayılı Kanun'da hüküm bulunmamaktadır.

C. Avrupa Birliği -Türkiye İlişkileri

Türkiye ile Avrupa Birliği arasında 1963 yılında Ankara'da imzalanan Türkiye ile AET Arasında Ortaklık Yaratan Ankara Adlaşması⁸⁰ ile ortaklık; 1995 yılında Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı kararıyla⁸¹ gümrük birliği oluşturulmuştur. Türk mevzuatının Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlaştırılması kısaca "ulu-

78 Örneğin, Malezya sıkı bir kabotaj tekeli uygulamasına rağmen son zamanlarda yabancı gemilerin denizaltı kablolarını tamir etmesine izin vererek kabotaj politikasını gevşetmiştir. Çünkü işi yapmak için uygun kablo döşeme gemilerine sahip değiller (CASACA/LYRIDIS, s. 396).

79 DEMİR, s. 65.

80 RG 17.11.1964/11858.

81 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ve Ekleri için bkz. İKV Yayın No: 131, İstanbul 1995.

sal program” olarak adlandırdığımız “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” ilk defa 2001 yılında hazırlanmış ve Resmî Gazete’de yayınlanmıştır⁸². Ulusal Program, Türkiye’nin ihtiyaç ve öncelikleri, yıllık gerçekleştirmeler, Katılım Ortaklığı Belgesi ve ilerleme Raporları da dikkate alınarak 2003 yılında⁸³ ve 2008 yılında⁸⁴ güncelleştirilerek yeniden hazırlanmıştır. Ulusal Programda, her bir fasıla ilişkin Avrupa Birliği müktesebatına ve bunu karşılayan Türk mevzuatına yer verilmiş; yapılmış ve yapılacak olan mevzuat değişiklikleri sıralanmıştır⁸⁵.

Avrupa Birliği 1993 yılında kısaca “Deniz Kabotaj Tüzüğü” olarak anılan *Üye Devletler İçinde Deniz Taşıma Hizmetlerinin Serbest Dolaşımı İlkesine Dair Konsey Tüzüğü*’nü⁸⁶ hazırlamış ve böylece üye devletlerin vatandaşlarına ve gemilerine birbirlerinin ülkesinde kabotajdan yararlanma olanağı tanımıştır. Kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ancak tam üyelik halinde gerçekleşebilecektir. Dolayısıyla bitmeyen senfoni olan tam üyelik sürecinde Türkiye’nin Avrupa Birliği vatandaşlarına ve bu ülkelerin bayrağını taşıyan gemilere kabotaj hakkını tanıması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla beraber doktrinde Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşlarına ve bu ülkelerin bayrağını taşıyan gemilere kabotaj hakkının tanınması gerektiği; bu amaçla 815 sayılı Kanun’da değişiklik yapılarak bu hakkın tanınabileceği

82 Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar (Karar Sayısı: 2001/2129): “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” ile “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar”ın kabulü; Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılığı’nın 15 Mart 2001 tarihli ve 293 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu’na 19 Mart 2001 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 24.3.2001/24352 Mükerrer).

83 Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve izlenmesine Dair Karar (Karar Sayısı: 2003/5930): Ekli “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” ile “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar”ın kabulü; Dışişleri Bakanlığı’nın 19.6.2003 tarihli ve 3276 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu’na 23.6.2003 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 24.7.2003/25178 Mükerrer).

84 Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve izlenmesine Dair Karar (Karar Sayısı: 2008/14481): Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” ile “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar”ın kabulü; Dışişleri Bakanlığının 10.11.2008 tarihli ve 2408 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu’na 10.11.2008 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 31.12.2008/27097 Beşinci Mükerrer).

85 Nuray EKŞİ, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. bası, İstanbul 2020, s. 451-453; Nuray EKŞİ, Dış Ticaret Hukuku El Kitabı, İstanbul 2020, s. 155-157.

86 Council Regulation (EEC) No 3577/92 of 7 December 1992 applying the principle of freedom to provide services to maritime transport within Member States (maritime cabotage), OJ 12.12.1992 L 364, s. 7-10. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rossina PETROVA, Cabotage and the European Community Common Maritime Policy: Moving Towards Free Provision of Services in Maritime Transport, 21(1997)3 Fordham International Law Journal, s. 1019-1092.

ifade edilmiştir⁸⁷. Aksi görüş ise, tam üye olmadan bu hakkın tek taraflı olarak sağlanmamasının gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir⁸⁸.

V. Kabotaj Kanunu'na Aykırılığın Müeyyidesi

815 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, kabotaj hakkı olmadığı halde bu hakkı kullananlara uygulanacak olan idari yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu maddenin metni şöyledir:

Madde 5- (Değişik: 23.1.2008-5728/6 md.)

Bu Kanunun 1. maddesi hükmüne aykırı olarak Türkiye limanları arasında kabotaj yapan gemilerin kaptanlarına ve yabancılara ait deniz taşıtlarının sahiplerine bin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Donatanı yabancı olan gemilerle yabancılara ait sair deniz taşıtları, idarî para cezası tahsil edilinceye kadar elverişli bir limanda masrafları kendisine ait olmak üzere tutulur. Bu Kanun'un 2 ve 3. maddelerinde belirtilen yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan hakları kullanan yabancılara beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir ve gemi ve sair deniz taşıtları seferden alıkonulur.

Birinci fıkrada yazılı olan idarî para cezalarına o yerin mülkî amiri, diğer idarî tedbirlere liman başkanı tarafından karar verilir.

815 sayılı Kanun'un 5. maddesinde kabotaj yasağına uymayanlara ve Türk vatandaşlarına tahsis edilen meslekler ile sanatları yapan yabancılara iki farklı yaptırım uygulanması esasından hareket edilmiştir. Birincisi idari para cezasıdır. İdarî para cezası, mülki amirler tarafından verilecektir. İkincisi ise idari tedbirlerdir. İki ayrı idari tedbirden söz edilmiştir. Bunlardan ilki gemi veya deniz taşıtının para cezası tahsil edilinceye kadar bir limanda tutulmasıdır. Diğeri ise gemi veya deniz taşıtının seferden alıkonulmasıdır. İdarî tedbirleri, liman başkanlığı uygulayacaktır.

Sonuç

1926 yılında yapılmasına rağmen kabotaj tekeline düzenleyen 815 sayılı Kanun günümüze kadar varlığını korumuştur. Bu Kanun'un 1-2. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, doktrinde aksi yönde görüşler olmakla beraber, TTK'nın 940-941. maddelerinde belirtilen şartlarla, *Çağ'a*'nın da isabetli bir şekilde tespit ettiği üzere, Türklere ait olmamakla beraber Türk bayrağı çeken yabancı gemiler ile hissedarları arasında yabancı olan ve Türk bayrağı çeken gemilerin kabotaj hakkından yararlanması kanaatimizce mümkün değildir. Ayrıca Türkiye'nin Avrupa Birliği ile olan ilişkileri ortaklık ve gümrük birliği seviyesinde

87 YAZICIOĞLU, s. 71-72.

88 DEMİR, s. 70-71.

kaldığından Birlik üyesi ülke vatandaşlarına veya bu ülkelerde kurulan şirketlere kabotaj hakkının tanınmasını gerektirecek bir durum da mevcut değildir.

815 sayılı Kanun'da 1926 yılından beri bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu Kanun'da yapılan değişikliklerden biri öngörülen para cezalarının günümüz şartlarına uyarlanmasıdır. Zaten bu tür bir değişiklik kaçınılmazdır. Ancak yabancı gemilere Türk karasularında petrol arama ve çıkarma hakkını vermek için 815 sayılı Kanuna yapılan eklemeler, müphem bazı hususları da beraberinde getirmiştir. Türk sondaj gemilerinin üstün nitelikleri dikkate alındığında Türk karasularında petrol arama ve çıkarma hakkının yabancı gemilere tanımak için gösterilen çabaları anlamak mümkün değildir. 815 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca yabancıların Türk karasularında petrol arama ve çıkarma faaliyetleri açısından alacakları iznin "geçici" olarak verileceği ve bu iznin hiçbir hak temin etmeyeceği ifadelerinin ne anlama geldiğini kestirmek mümkün değildir. Zira petrol arama ve çıkarma faaliyeti yapacak yabancı gemiler açısından "geçici" olmanın ne kadar süreyi kapsadığını kestirmek olanaksızdır. Ayrıca yabancı gemilere petrol arama ve çıkarma ruhsatı verilmesi halinde bu ruhsatın "hiçbir hak temin etmediğini" söylemek de ruhsatın niteliğinin yanı sıra yabancı gemilerin Türk karasularında petrol arama ve çıkarma faaliyetleriyle bağdaşmamaktadır.

Yabancı gemilere Türk karasularında tanınan petrol arama ve çıkarma hakkının yeniden değerlendirilmesi ve 815 sayılı Kanun'un 3 ve 4. maddelerinde yabancı petrol şirketleri lehine eklenen hükümlerin daha açık bir şekilde düzenlenmesi ya da bu hükümlerin kaldırılması gerekmektedir. Ayrıca kabotaj yasağı kapsamında kalıp kalmadığında tereddüt edilen konular arasında yer alan denizde ve denizaltında tesis ve tesisat inşası; petrol dışında doğal gaz ve diğer kaynakların çıkarılması hususları açısından da 815 sayılı Kanuna ekleme yapılması yerinde olacaktır. Kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ancak tam üyelik halinde gerçekleşebileceğinden Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeleri bakımından kabotaj tekelinden taviz vermesini gerektiren bir sebep bulunmamaktadır.

Yararlanılan Kaynaklar

- Ferdinand O. AGAMA/Henry C. ALISIGWE, Cabotage Regimes and Their Effects on States' Economy, Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law, 2018, Vol. 9, No. 1, s. 71-82.
- Yılmaz ALTUĞ, Yabancıların Hukuki Durumu, 4. baskı, İstanbul 1971.
- Sofia AMARAL/Harry SCAMMELL/Aleix PONS/Robert BENNEY/Tianlin NIU/Giannis GIANNELOS/Katie MILLARD/James TWEED/Alan McKINNON, Assessment of the impact of a provision in the context of the revision of Regulation (EC) No 1071/2009 and Regulation

- Sefa Salih AYDEMİR/Kürşat KURTULGAN, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Deniz Yolları Taşımacılığı ve Nakliyatı (1923-1932), Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 2021, C. 21, S.1, s. 637-649.
- Jay BATONGBACAL, Cabotage, Ocean Law and Policy Series, 1999, Vol. 3, No. 1-2, s. 170-242.
- Council Regulation (EEC) No 3577/92 of 7 December 1992 applying the principle of freedom to provide services to maritime transport within Member States (maritime cabotage), OJ 12.12.1992 L 364, s. 7-10
- Peter CSOKLICH/Kathleen SPENIK/Marie TILCHE, CMR as National Law and Cabotage Law, Uniform Law Review, 2006, Vol. 11, No. 3, s. 683-697.
- Tahir ÇAĞA, Türkiye'de Deniz Kabotajı Tekeli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1975, C. XLI, S. 3-4, s. 197-223.
- Aysel ÇELİKEL/Günseli ÖZTEKİN GELGEL, Yabancılar Hukuku, 23. bası, İstanbul 2017.
- İsmail DEMİR, Kabotaj Kanunu Üzerine Bazı Düşünceler, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2020, C. 6, S. 1, s. 60-74.
- (EC) No 1072/2009 Final Report Study contract no. MOVE/C1/SER/2050-557/SI2.830443, European Commission Directorate-General for Mobility and Transport, March 2021, © European Union, 2021.
- Nuray EKŞİ, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. bası, İstanbul 2020.
- Nuray EKŞİ, Dış Ticaret Hukuku El Kitabı, İstanbul 2020.
- Nuray EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. bası, İstanbul 2018.
- Chinyere EZEOKI, The ASEAN Single Shipping Market: Towards a Regional Cabotage Regime, Journal of East Asia and International Law, 2017, Vol. 10, No. 1, s. 91-116.
- Ahmet FİDAN, Dünden Bugüne Kabotaj ve Türk Denizcilisindeki Yeni İvmelenmeler, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, 2014, C. 7, S. 2, s. 61-69.
- G.A. GIANNOPOULOS/G. AIFANDOPOULOU-KLIMIS, Inland Maritime Transport in Greece after the Lifting of the Cabotage and Full Liberalization: A Review, Transport Reviews, Vol. 24, No. 4, s. 465-483.
- Cihan GÖNEN, Türk Yabancılar Hukukunda Yabancıların Türk Kıyı, Liman ve Karasularındaki Ticari Faaliyetleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.
- İslam Safa KAYA, Chicago Sözleşmelerinin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 7, S. 2, 2016, s. 187-199.
- Fiona KINSMAN/Nuray EKŞİ, Avrupa Birliği'nin Kişilerin Serbest Dolaşımı Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumunu, İKV Yayınları Ekim 2002.
- Ana Cristina Paixão CASACA/Dimitrios V. LYRIDIS, The Reasons and the Policy Instruments Behind Cabotage Policies, Maritime Policy & Management, 2020, Vol. 48, No. 3, s. 391-418.
- Rossina PETROVA, Cabotage and the European Community Common Maritime Policy: Moving Towards Free Provision of Services in Maritime Transport, 21(1997)3 Fordham International Law Journal, s. 1019-1092.
- Regulation (EC) No 1072/2009 of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 on common rules for access to the international road haulage market, OJ 14.11.2009 L 300, s. 72-87.
- Regulation (EU) 2020/1055 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2020 amending Regulations (EC) No 1071/2009, (EC) No 1072/2009 and (EU) No 1024/2012 with a view to adapting them to developments in the road transport sector, OJ 31.7.2020 L 249, s. 17-32.
- Aulia RIFAI/Nurhayati ABBAS/Muhammed ASHRI/Okky Deviani BURHAMZAH, Cabotage Principle as the Realization of National Freight Protection in Free Trade, Journal of Law Policy and Globalization, 2017, Vol. 64, s. 8-12.
- Hector I. Santos SANTOS, Cabotage Laws: A Colonial Anachronism, Revista de Derecho Puertorriqueno, 1997, Vol. 36, No. Issues 2-3, s. 451-472.
- Vedat Raşit SEVİĞ, Türkiye'nin Yabancılar Hukuku, İstanbul 1981.
- Cüneyt SÜZEL, 815 Sayılı Kabotaj Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Uyarınca Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 135-136, s. 29-76.
- Gülören TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 8. bası, İstanbul 2003.
- M.S. WASACZ, The Importance of Cabotage Laws to Maritime Development, Defense Transportation Journal, 1982, Vol. 38, No. 4, s. 21-24.
- Emine YAZICIOĞLU, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Hukukunun Deniz Kabotajı Tekeline İlişkin Sorunları, Deniz Hukuku Dergisi, 2002, S. 1-4, s. 61-74.

2021



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

Bandrol Uygulaması'na İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin
5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bandrol taşıması zorunlu değildir.