

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI
KAZALARI VE TAŞIYICININ HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Gülce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL

Ankara - 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI
KAZALARI VE TAŞIYICININ HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Gölce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Gölün GÜNGÖR

Ankara - 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI
KAZALARI VE TAŞIYICININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

Tez Jürisi Üyeleri:

Adı ve Soyadı :

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

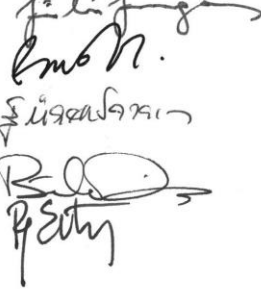
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU

Prof. Dr. Fügen SARGIN

Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR

Doç. Dr. Rifat ERTEN

İmzası



Tez Sınavı Tarihi: 26.05.2016

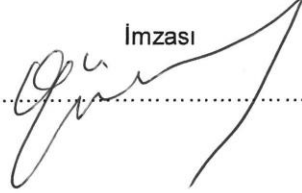
**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (01.08.2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Gülce Gümüşü Tınçak

İmzası



İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	VII
TEKNİK VE HUKUKÎ KAVRAMLAR	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE’NİN TARAFI OLDUĞU MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERİN REJİMİ	8
--	----------

I. GENEL BİLGİ.....	8
A. Sözleşmelerin Karşılıklı Uygulama Alanları.....	10
B. Sözleşmelerin Türkiye Bakımından Uygulama Alanı.....	10
II. VARŞOVA SİSTEMİ.....	12
A. Varşova Sisteminin Uygulama Alanı.....	12
1. Sistemin Uygulanabilmesi için Gereken Şartlar.....	16
a. Taşımacılık; Hava Araçları ile İfa Edilmelidir.....	17
b. Taşımacılık; Yolcu, Bagaj veya Eşya Taşımacılığına İlişkin Olmalıdır.....	20
c. Taraflar Arasında Bir Sözleşme Bulunmalıdır.....	23
(1) Yolcu Bileti.....	26
(2) Bagaj Senedi	28
(3) Hava Yük Senedi.....	30
ç. Taşımacılık, Ücret Karşılığı Yapılmalıdır.....	33
d. Taşımacılık, Uluslararası Nitelikte Olmalıdır.....	35
(1) Taraf Devlet.....	36
(2) Kalkma ve Varma Yerleri.....	38
(3) Kararlaştırılmış Durma Yeri.....	41
2. Sistemin Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular	44
a. Uluslararası Niteliği Haiz Olmayan Taşımacılık	45
b. Ücretsiz Taşımacılık.....	45
c. Uluslararası Posta Sözleşmeleri Kapsamında Yapılan Taşımacılık.....	46

ç. Taraf Devlet Veya Askeri Yetkililer Tarafından Yapılan Taşımacılık.....	47
d. Deneme Amacıyla Veya Olağanüstü Şartlarla Yapılan Taşımacılık.....	48
3. Sözleşmenin Bağımsız Bir Dava Sebebi Yaratıp Yaratmadığı Tartışması.....	49
B. Taşıyıcının Sorumluluğuna İlişkin Uyuşmazlıkların Hallinde Başvurulacak Yetkili Makamlar.....	56
1. Milletlerarası Yetkili Mahkemeler.....	57
a. Milletlerarası Yetki Kavramı ve Yetkili Mahkemenin Tayini.....	57
b. Milletlerarası Yetkili Mahkemeler.....	59
(1) Taşıyıcının Yerleşim Yerin Bulunduğu Yer Mahkemesi.....	62
(2) Taşıyıcının Esas İşyerinin Bulunduğu Yer Mahkemesi.....	63
(3) Taşıma Sözleşmesinin Yapıldığı İşyerinin Bulunduğu Yer Mahkemesi.....	64
(4) Varma Yeri Mahkemesi.....	68
(5) Diğer Yetkili Mahkemeler.....	68
2. Milletlerarası Hakem Mahkemeleri ve Tahkim.....	70
3. Dava Açma Süreleri.....	71
a. Sözleşmenin 29. maddesi Kapsamına Dâhil Olan Davalar.....	71
b. İki Yıllık Sürenin Başlangıç Zamanı.....	73
c. Sözleşmede Öngörülen Sürenin İşlemesinin Durdurulması veya Kesilmesi.....	74
C. Sivil Hava Araçlarının Yol Açtığı Kazalardan Doğan Hukukî Sorumluluk Davalarına Uygulanacak Hukuk.....	77
1. Maddî Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarına Konu Yapılan Hukukî Sorunlar.....	79
a. Sorumlu Kişiler.....	79
(1) Sözleşmesel Taşıyıcının Sorumluluğu.....	80
(2) Fiilî Taşıyıcının Sorumluluğu.....	84
(3) Ardıl Taşıyıcının Sorumluluğu.....	87
b. Sorumluluk Şartları.....	89
(1) Yolcunun Zarara Uğraması Hâlinde Taşıyıcının Sorumluluk Şartları.....	90
(a) Hava Aracının Yol Açtığı Kazanın Varlığı.....	91

(b) Kazanın, Hava Aracında veya Hava Aracına Biniş Faaliyetleri ya da Hava Aracından İniş Faaliyetleri Sırasında Vuku Bulması.....	94
(c) Yolcunun Kaza Nedeniyle Zarara Uğraması.....	98
(2) Bagaj veya Eşyanın Zarara Uğraması Hâlinde Taşıyıcının Sorumluluk Şartları.....	104
(a) Hava Aracının Yol Açtığı Bir Olayın Meydana Gelmesi...	105
(b) Olayın Hava Yolu ile Taşımacılık Sırasında Meydana Gelmesi.....	106
(c) Bagaj ve Eşyanın Olay Nedeniyle Zarara Uğraması.....	109
c. Sorumluluğun Kapsamı.....	111
(1)Taşıyıcının Sorumluluğunun Sınırlandırılması ve Kaldırılması.....	111
(a) Taşıyıcının Zararı Önlemek İçin Gereken Tüm Tedbirleri Aldığına İlişkin Beyine.....	112
(b) Ortak Kusurun Varlığına İlişkin Beyyine.....	114
(c) Bagaj Veya Eşyanın Hasara Uğradığına İlişkin Şikâyetin Yapılmadığına İlişkin Beyine.....	115
(ç)Taşıyıcının Sorumluluğun Parasal Sınırına İlişkin Beyyine.....	118
(2) Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulamaması.....	127
ç. Sözleşme Hükümlerinin Hâkimin Hukukunun Kamu Düzenine Aykırılığı Tartışması.....	131
2. <i>Lex Fori</i> 'nin İç Hukukunun Uygulama Alanına Giren Hukukî Sorunlar.....	133
3. Sözleşmede Düzenlenmeyen Hukukî Konuların Vasıflandırılması ve Uygulanacak Hukukun Tayinine İlişkin Görüşler.....	134
a. <i>Lex Fori</i> 'nin Maddî Hükümlerinin Uygulanması Görüşü.....	137
b. <i>Lex Fori</i> 'nin Kanunlar İhtilâfı Hukuku Kurallarının Uygulanması Görüşü.....	138
c. Özel Bir Bağlama Kuralı Oluşturulmasına İlişkin Görüş.....	139
Ç. Yabancı Mahkeme veya Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi.....	149
III. MONTREAL SİSTEMİ.....	150
A. Sistemin Uygulama Alanı.....	154
1. Sistemin Uygulanabilmesi için Gereken Şartlar.....	154

2. Sistemin Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular.....	157
3. Sözleşmenin Bağımsız Bir Dava Sebebi Yaratıp Yaratmadığı Tartışması.....	159
B. Taşıyıcının Sorumluluğuna İlişkin Uyuşmazlıkların Hallinde Başvurulacak Yetkili Makamlar.....	163
1. Milletlerarası Yetkili Mahkemeler.....	163
a. Beşinci Yetki Kuralı: Yolcunun Esas ve Daimî Meskeninin Bulunduğu Yer Mahkemesi.....	165
b. Fiilî Taşıyıcının Yerleşim Yerinin veya Esas İşyerinin Bulunduğu Yer Mahkemesi.....	169
2. Milletlerarası Hakem Mahkemeleri ve Tahkim.....	170
3. Dava Açma Süreleri.....	172
C. Sivil Hava Araçlarının Yol Açtığı Kazalardan Doğan Hukukî Sorumluluk Davalarına Uygulanacak Hukuk.....	174
1. Maddî Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarına Konu Yapılan Hukukî Sorunlar.....	175
a. Sorumlu Kişiler.....	175
(1) Sözleşmesel Taşıyıcının Sorumluluğu.....	175
(2) Fiilî Taşıyıcının Sorumluluğu.....	176
(3) Ardıl Taşıyıcının Sorumluluğu.....	178
b. Sorumluluk Şartları.....	179
(1)Yolcunun Zarara Uğraması Hâlinde Taşıyıcının Sorumluluk Şartları.....	179
(2)Bagajın veya Eşyanın Zarara Uğraması Hâlinde Taşıyıcının Sorumluluk Şartları.....	183
c. Sorumluluğun Kapsamı.....	186
(1)Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Hâlinde Kabul Edilen Sorumluluk Rejimi.....	187
(2)Bagaj veya Eşyanın Zarara Uğraması Hâlinde Kabul Edilen Sorumluluk Rejimi.....	191
(3)Yolcunun, Bagajın, Eşyanın Uğradığı Zarardan Doğan Sorumluluk Davalarına Uygulanabilecek Ortak Hükümler.....	194
ç. Sözleşme Hükümlerinin Hâkimin Hukukunun Kamu Düzenine Aykırılığı Tartışması.....	196
2. <i>Lex Fori</i> 'nin İç Hukukunun Uygulama Alanı.....	197

3. Sözleşmede Düzenlenmeyen Hukukî Konuların Vasıflandırılması...	198
Ç. Yabancı Mahkeme veya Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi.....	199

İKİNCİ BÖLÜM MÖHUK REJİMİ 200

I. SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI KAZALARINDA TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ-VASIFLANDIRMA.. 203

II. SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI KAZALARINDAN DOĞAN SORUMLULUK DAVALARI VE BAZI MİLLETLERARASI USUL HUKUKU KONULARI..... 217

A. Milletlerarası Yetki.....	219
1. Milletlerarası Yetki Kuralları.....	221
2. İç Hukukun Yer İtibariyle Yetki Kuralları.....	222
a. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yetki Kuralları.....	223
(1) Davalı Taşıyıcının Yerleşim Yeri Mahkemesi.....	223
(2) Şubenin Bulunduğu Yer Mahkemesi.....	228
(3) Taşıma Sözleşmesinin İfa Yeri Mahkemesi.....	229
(4) Haksız Fiilin İka Yeri Mahkemesi.....	231
b. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Yetki Kuralları.....	234
B. Yetki Anlaşması.....	236
1. Türk Mahkemesinin Yetkilendirilmesi.....	239
2. Yabancı Mahkemenin Yetkilendirilmesi.....	242
C. Dava Şartları.....	247

III. SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI KAZALARINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK DAVALARINA UYGULANACAK HUKUK..... 251

A. Sözleşmelerin Uygulama Alanı Dışında Kalan ve Sözleşmede Düzenlenmeyen Hukukî Sorunlara Uygulanacak Hukuk.....	251
1. Taşıyıcının Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve Uygulanacak Hukuk.....	251
a. Sözleşmesel Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk.....	252
(1) Tüketici Sözleşmeleri için Öngörülen Bağlama Kuralının Uygulanabilirliğinin Tartışılması.....	254

(2) MÖHUK m.29 ve Eşya Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.....	256
(3) MÖHUK m.24 ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk.....	259
(a) Sübjektif Bağlama Kuralı.....	259
(b) Objektif Bağlama Kuralı.....	262
(4) Taşıma Sözleşmesini İdare Eden Hukukun Uygulama Alanı.....	268
b. Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk ve Uygulama Alanı.....	271
2. Yetkili Hukukun Tayini ve Uygulanması Sırasında Karşılaşılabilecek Bazı Kanunlar İhtilâfı Hukuku Sorunları.....	278
a. Atıf	278
b. Kamu Düzenine Aykırılık	281
c. Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	284
B. Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin <i>Lex Fori</i> 'nin İç Hukukunu Yetkilendirdiği Hâllerde Türk Hukukunun <i>Lex Fori</i> Sıfatıyla Uygulanması.....	288
1. Usule İlişkin Konular.....	289
2. Yargılama Giderlerini Ödeme Yükümlülüğü ve Oranı.....	291
IV. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi.....	292
SONUÇ.....	308
Tablolar.....	317
Bibliyografya.....	327
Özet.....	357
Summary.....	358

KISALTMALAR CETVELİ

age.	Adı geçen eser
aşa.	Aşağıda
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	Bend
Bkz.	Bakınız
c	Cümle
c.	contre
C.A.	Court of Appeal
CINA	Milletlerarası Hava Seyrüseferi Komisyonu
CITEJA	Comité International Technique d'Experts Juridiques Aeriens
Ct.	Court
dn.	Dipnot
D.C.	District Court
E.	Esas
f.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IATA	International Air Transport Association (Uluslararası Hava Taşıma Birliği)
ICAO	International Civil Aviation Organization (Uluslararası Sivil Havacılık Organizasyonu)
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	Madde
MBK	22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MTK	21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTTK	29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
MÖHUK	27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No.	Numara
O.J.	Official Journal
ÖÇH.	Özel Çekme Hakkı
p.	Paragraf
RG.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
Sup. Ct.	Supreme Court
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	7.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketici Korunması Hakkında Kanun
TMK	22.11.2011 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSHK	14.10.1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık

	Kanunu
TTK	13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi
v.	Versus
vol.	Volume
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	Yukarıda
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı

TEKNİK VE HUKUKİ KAVRAMLAR

Alıcı: Kararlaştırılan varma yerinde, taşıma sözleşmesine veya hava yük senedine göre taşıyıcının eşyayı teslim ettiği kişidir; eşyanın sahibi olması gerekmez.

Durma Yeri: Taşıma sözleşmesine göre taşımacılığın kalkış ve varış yeri arasında yolcunun indiği, bindiği veya eşyaların yüklendiği ve boşaltıldığı yerdir.

Fiilî Taşıyıcı: Sözleşmesel taşıyıcı dışında, ondan aldığı yetkiye dayanarak, taşımacılığın tamamını veya bir kısmını yerine getiren kişidir.

Gönderici: Eşya taşıma sözleşmesine dayanarak, eşyayı taşıyıcı ile gönderen kişidir; eşyanın sahibi olması gerekmez.

Kalkma Yeri: Taşıma sözleşmesine göre yolcunun, bagajın ve eşyanın taşınmasına başlanılan yerdir.

Montreal Sistemi: 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin oluşturduğu sistemdir.

Sözleşmesel Taşıyıcı: Yolcu veya gönderici ile taşıma sözleşmesini akdeden kişidir. Ayrıca fiilî taşıyıcının olmadığı taşımacılıkta, taşımacılık faaliyetini de yerine getiren kişidir.

Tescil Ettirilmiş (Kontrol Edilmiş) Bagaj: Taşıyıcının muhafazası altına aldığı ve bagaj senedi düzenleyerek kaydettiği bagajdır.

Tescil Ettirilmemiş (Kontrol Edilmemiş) Bagaj: Yolcunun taşıyıcının kontrolüne vermediği ve hava aracı içinde kendi yanına aldığı bagajdır.

Varma Yeri: Taşıma sözleşmesine göre yolcu, bagaj ve eşyanın taşınmasının sona erdiği yerdir.

Varşova Sistemi: 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi ve onu değiştiren hukukî düzenlemelerin oluşturduğu sistemdir.

Varşova/Lahey Sistemi: 1929 tarihli Varşova Sisteminin 1955 tarihli Lahey Protokolü ile değiştirilmiş hâlinin oluşturduğu sistemdir.

Yolcu: Mürettebat dışında yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak hava aracında bulunan kişidir.

GİRİŞ

Uluslararası yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığı sebebiyle ortaya çıkan ve “kaza” olarak nitelendirilen olaylar irdelendiğinde,

- Taşıyıcının esas işyerinin bir ülkede bulunması;
- Kaza yapan uçağın tescilinin bir başka ülkede yapılması;
- Taşımacılık faaliyetinin, kalkma ülkesinden varma ülkesine gerçekleşmesi;
- Hayatını kaybeden veya yaralanan yolcuların farklı devletlerin tâbiyetini taşıması;
- Hayatını kaybeden veya yaralanan yolcuların yerleşim yerinin veya mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması;
- Yolcunun ölümü hâlinde, taşıyıcıya karşı dava açma hakkına sahip olabilecek kişilerin yerleşim yerlerinin veya meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması;
- Hayatını kaybeden veya yaralanan yolcuların, taşıyıcı ile taşıma sözleşmesini farklı ülkelerde yapması;
- Gönderici veya alıcının farklı devletlerin tâbiyetini taşıması;
- Eşyası zarara uğrayan göndericinin taşıyıcı ile taşıma sözleşmesini bir başka ülkede yapması;
- Gönderici veya alıcının yerleşim yerinin ya da mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması;
- Bagaj veya eşyanın, kalkma ve varma yeri ülkelerinden farklı bir ülkede zarara uğraması veya kaybolması;

- Kazanın, kalkma ve varma yerinin bulunduğu ülkeler dışında, bir başka ülkede meydana gelmesi gibi vakıaların beraberinde getirdiği çok sayıda yabancı irtibat noktası olaya karışabilmektedir.

Böyle hallerde, kaza ile irtibatlı birden çok devlet, uyuşmazlığın karara bağlanmasında kendisini yetkili görmektedir. Nitekim ulusal hukuk düzenlerinde, yabancı unsurlu uyuşmazlığın ortaya çıkış biçimine has özel bağlama kuralları ve özel yetki kuralları kabul edilmemiştir. Ayrıca somut uyuşmazlığa uygulanacak kurallarda başvuru haksız fiilden doğan sorumluluk veya sözleşmesel sorumluluk için kabul edilen bağlama sebebi (veya bağlama noktası) ile yetki sebebi de farklı olabilmektedir.

Gelişen teknolojiye bağlı olarak sürekli yenilenen hava taşımacılığı sektöründe sivil havacılık faaliyetlerinin artması ise; gerek milletlerarası hukuk çalışmalarında gerek ulusal hukukî düzenlemelerde uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetki konularında yeknesak kuralların kabulünü gerekli kılmaktadır. Bu husus, hem taşıyıcı ve yolcu hem gönderici ve alıcı açısından hukukî kesinliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasına hizmet ederken, kanunlar ihtilâfı ve milletlerarası yetki sorunlarının çözümüne katkıda bulunacaktır.

Çalışma kapsamında sivil hava araçlarıyla barış zamanında yapılan uluslararası nitelik taşıyan taşımacılık sırasında meydana gelen ve kaza olarak nitelendirilen vakıalar sebebiyle taşıyıcının sorumluluk davalarında yetkili olabilecek mahkemeler ve bu davalarda uygulanacak hukuk inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmamızın “Türkiye’nin Tarafı Olduğu Milletlerarası Sözleşmelerin Rejimi” başlıklı birinci bölümünde, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul

Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK)¹ 1. maddesi gereğince, taşıyıcının uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan hukukî sorumluluğuna ilişkin milletlerarası sözleşmeler ele alınmıştır. İkinci bölüm, milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı dışında kalan taşımacılığa ve Sözleşmelerde düzenlenmeyen hukukî sorunlara ilişkin olarak, “MÖHUK Rejimi” başlığı altında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK)² ilgili hükümlerinin değerlendirilmesine ayrılmıştır.

Birinci bölümde, uluslararası hava taşımacılığı sırasında vuku bulan kazalardan doğan taşıyıcının hukukî sorumluluğu, Varşova Sistemi ve Montreal Sistemi³ itibariyle incelenmiştir⁴.

Sözleşme hükümlerinden, Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin kendi uygulama alanlarına giren bir uyuşmazlıkta, Taraf Devletlerde öncelikle ve yeknesak bir şekilde uygulanacağı anlaşılmaktadır. Anılan Sözleşmeleri, taraf devlet olan Türkiye açısından doğrudan uygulanan (*self-executing*) sözleşmeler olarak nitelendirebiliriz. Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin doğrudan uygulanmasından kasıt, kanun koyucunun ayrıca kanunî bir düzenleme yapmasına gerek kalmadan iç

¹ RG.12.12.2007- 26728.

² RG.12.12.2007- 26728.

³ Bkz. aş. dn.10.

⁴ 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi, 1925 yılında Uluslararası Özel Hava Hukuku Kongresinde kurulan *Comite International Technique d'Experts Juridiques Aeriens (CITEJA)* tarafından hazırlanmıştır. Varşova Sözleşmesini değiştiren diğer hukukî düzenlemeler ve 1999 Montreal Sözleşmesi, 1944 yılında Birleşmiş Milletlere bağlı Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (*International Civil Aviation Organization*) tarafından hazırlanmıştır. 1945 yılında uluslararası hava hukuku sözleşmelerinin taslak metinlerini hazırlama görevi ICAO'ya devredilmiş; 1947 yılında CITEJA, Montreal'de düzenlediği oturumda, kendisini feshetmiştir. <http://www.icao.int>; <http://www.icao.int/secretariat/PostalHistory>, erişim tarihi 24.12.2012. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Mankiewicz, Rene H.: *Comparative Law and the International Civil Aviation*, Hollanda 1980, s.269 (Aviation); Latchford, Stephend: “The Growth of Private International Air Law”, *The George Washington Law Review*, Vol.13 (1944-1945), s.277-285; McNair, Lord; Kerr, Michael, R.E.; Evans, Anthony H.M.: *The Law of the Air*, London 1964, s.11-13; Weber, Ludwig: *International Civil Aviation Organization (ICAO)*, Hollanda 2012, s.16 (ICAO); Diedericks- Verschoor, I.H.Ph.: *An Introduction to Air Law*, Hollanda 2012 s.4, s.219.

hukukumuzun bir parçası olarak⁵ doğrudan uygulanmalarıdır. Şu halde, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası taşımacılık, aynı zamanda Varşova veya Montreal Sözleşmesi kapsamında bir taşımacılık ise; bu taşımacılık sebebiyle doğan uyuşmazlıklara, Sözleşmenin sorumluluk kurallarının kendiliğinden, doğrudan ve münhasıran uygulanması gerekmektedir. Taşımacılığın, Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin uygulama alanına girmesine rağmen taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için Sözleşmelerde belirtilen şartlar sağlanmıyorsa, taşıyıcı sorumlu değildir ve ulusal hukuk altında taşıyıcının sorumluluğuna yönelik ayrı bir dava açılamaz.

Montreal Sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile Varşova Sözleşmesi ve onu değiştiren ek protokoller ilga edilmemiştir. Montreal Sözleşmesi, Varşova Sözleşmesi ile aynı kapsamda olmasına karşın Montreal Sözleşmesinin, Varşova Sözleşmesinin tamamlayıcısı veya değiştirilmiş hali olmadığı, yeni bir düzenleme olduğu genel kabul görmektedir⁶. Ayrıca Montreal Sözleşmesi hazırlanırken, Varşova Sözleşmesi ile getirilen hiçbir kavram değiştirilmemiştir⁷. Bu nedenle, Varşova Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin mahkeme kararlarına, Montreal Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin olarak da başvurulmaktadır. Ancak iki Sistem

⁵Aybay, Rona: "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70 (2007), s.206-207 (Uluslararası Antlaşma).

⁶Rodriquez, Blanca I.: "Recent Developments in Aviation Liability Law", *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 66 (2000-2001), s.26.

ABD Mahkemelerinin Montreal Sözleşmesinin tamamıyla yeni bir sözleşme olduğunu belirten kararları: "Bassam v. American Airlines (5 th Cir. 2008); Booker v. BWIA West Indies Airways, E.D.N.Y. 2007; denied 2d Cir.2009; Ugaz v. American Airlines, S.D.Fla. 2008; Best v. BWIA West Indies Airways, E.D.N.Y.2008; Ehrlich v. American Airlines (2d cir. 2004); American Home Assurance v. Kuehne & Nagel, S.D.N.Y. 2009; Paradis v. Ghana Airways, S.D.N.Y. 2004; Yahya v. Yemenia-Yemen Airways, E.D.Mich. 2009; Vigilant Insurance Co. v. World Courier, S.D.N.Y. 2008; Mansoor v. Air France KLM Airlines, S.D.Calif. 2008": bkz. Tompkins, George N. Jr: Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States From Warsaw 1929 to Montreal 1999, Hollanda 2010, s.45'den naklen (Air Transportation).

⁷Giemulla, Elmar; Schmid, Ronald; Müller-Rostin, Wolf; Dettling-Ott, Regula; Margo, Rod: Montreal Convention, Hollanda 2006, s.34-Commentary.

arasında, taşıyıcının sorumluluğunun hukukî rejimi, taşıma belgelerinin şekli ve geçerliliği konularında temel farklar bulunmaktadır.

Sözleşmelerin yorumu konusunda yetkili makam veya başvuru mekanizmasına ilişkin herhangi bir hüküm, her iki Sistemde de yer almamaktadır. Sözleşmeler kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıkları karara bağlamaya yetkili ulusal mahkemeler, Sözleşme hükümlerinin de yorumunu yapmaktadırlar. Ancak Sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi veya Sözleşmelerde kullanılan terimlerin yorumlanması ile ilgili olarak Türk içtihadında az sayıda karar mevcuttur. Bu nedenle, çalışmamızda, Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve karşılaşılabilecek uyuşmazlıklara uygulanması noktasında, diğer devlet mahkemelerinin emsal teşkil eden kararlarına ve bilimsel görüşlere yol göstermesi açısından yer verilmiştir.

Sözleşmeler, hava araçları ile ücret karşılığında yapılan tüm uluslararası yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığına uygulanmaktadır (Varşova ve Montreal Sözleşmeleri m.1). Sözleşmeler kapsamında sadece ‘uluslararası taşımacılık’ kavramının tanımı verilmiştir. Nitekim Sözleşmelerin somut uyuşmazlığa uygulanabilmesi için en önemli şart, taşımacılığın uluslararası olmasıdır. Bu bağlamda iki hâl öngörülmüştür. İlk hâl, taşıyıcı ile yolcu veya gönderici arasında yapılan taşıma sözleşmesine göre, kalkma ve varma yerlerinin iki Taraf Devlet sınırları içinde bulunduğu taşımalarıdır. Taşımacılığın kalkma yeri, taşıma sözleşmesine göre yolcunun, bagajın ve eşyanın taşınmasına başlanılan yerdir. Taşımacılığın varma yeri ise, taşıma sözleşmesine göre yolcu, bagaj ve eşyanın taşınmasının sona erdiği yerdir. Taraf Devletten kasıt, Sözleşmeyi onaylayan veya Sözleşmeye katılan devlettir. Bu tür taşımacılık sırasında aktarma yapılması ya da

yapılmaması, taşımacılığın uluslararası niteliğine etkili değildir. Örneğin, yolcunun Toronto’da transfer edildiği, İstanbul-Denver arası taşımacılıkta kalkma ve varma yeri devletlerinin Sözleşmelere taraf olması yeterlidir. Bu örnekte yolcu, kalkma yerine geri dönmek üzere tek yönlü bir bilet (*single ticket*) satın almıştır.

İkinci hâl ise, kalkma ve varma yerinin aynı Taraf Devletin sınırı içinde bulunmasına karşın, taşıma sözleşmesinin taraflarınca bir başka devlette durma yerinin kararlaştırılarak ifa edilen bir taşımacılığın olmasıdır. Durma yeri, içtihatla, taşıma sözleşmesine göre “taşımacılığın kalkma ve varma yeri arasında yolcunun indiği, bindiği veya eşyaların yüklendiği ve boşaltıldığı yer olarak tanımlanmıştır⁸”. Bu durma yerinin, Sözleşmelere taraf olan bir devletin sınırında bulunması gerekmez. Örneğin bir yolcu, İstanbul’dan Paris’e gidiş-dönüş bileti (*return ticket*) almıştır. Yolcu, Paris’te bir hafta kaldıktan sonra, yaşadığı şehir olan İstanbul’a geri dönmüştür. Bu örnekte, yerleşmiş içtihadı göre, Paris, durma yeri; İstanbul, kalkma ve varma yeridir. Bir başka örnekte bir yolcu, taşıyıcı ile Ankara’dan, Bükreş’e; Bükreş’ten İstanbul’a gitmek üzere taşıma sözleşmesi akdetmiştir. Bu taşımacılığın kalkma ve yerleri, tek bir Taraf Devletin sınırında bulunan iki farklı noktadır (kalkma yeri Ankara, varma yeri İstanbul’dur); durma yeri ise Bükreş’tir. Ayrıca taşımanın kalkma yerinden varma yerine gerçekleşebilmesi için aktarma yapılan yerler de durma yerleri olarak sayılmaktadır. Bunun için taşıyıcının uçuş tarifesinde veya taşıma sözleşmesinde, aktarma yapılan yerlerin belli olması gerekmektedir⁹. Örneğin yolcu, İstanbul’dan Denver’a gidiş-dönüş bileti almıştır. İstanbul’dan Münih

⁸ *Grein v. Imperial Airways*, Court of Appeal (UK), 13 July 1936; 1 Aviation Cases 622 (1937): bkz. Kırman, Ahmet: Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990, s.48’den naklen.

⁹ Mendes de Leon, Pablo: Private International Air Law, LLM Reader, Hollanda 2012, s.19.

aktarmalı Denver uçuşuna ilişkin olarak, Münih ve Denver, durma yerleri olarak kabul edilmektedir.

Sözleşmelerden hangisinin uygulama alanı bulacağı hususu, somut uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin; yani taşımacılığın kalkma ve varma yerinin bulunduğu devletlerin bu Sözleşmelerden hangisine taraf olduğuna göre tespit edilmektedir. Somut uyuşmazlığın tarafı olan devletler, her iki Sözleşmeye de taraf ise, Montreal Sözleşmesi uygulanmaktadır.

İkinci bölümde; Sözleşmelerde düzenlenmeyen konularda kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları dâhil *lex fori*'nin Türk hukuku olduğu haller açısından mevzuatımızın ilgili hükümleri inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca bu bölümde, milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı dışında kalan uluslararası taşımacılıktan doğan taşıyıcının hukukî sorumluluğu hakkında MÖHUK hükümlerinin uygulanabilirliği değerlendirilmiştir.

Çalışmamızda, “kaza” olarak sayılan olay sebebiyle taşıyıcının sorumluluğu incelenmiş, yolcunun, göndericinin ve alıcının gecikme hâlinde uğradığı zararlar sebebiyle taşıyıcının sorumluluğu, çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca, çalışmamız sadece taşıyıcının sorumluluğunu konu edindiğinden; sigortacının, imalâtçının ve üçüncü kişilerin uğradığı zarardan dolayı işleticinin sorumluluğu ele alınmamıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE’İN TARAFI OLDUĞU MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERİN

REJİMİ

I. GENEL BİLGİ

Türkiye, Varşova Sisteminde¹⁰ yer alan 12 Ekim 1929 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Varşova Sözleşmesi’ne; 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova’da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi Değiştiren 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolü’ne ve 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolü ile değiştirilen Varşova Sözleşmesini Değiştiren 25 Eylül 1975 tarihli Montreal Ek 4. Protokolü’ne taraf olmuştur. Ayrıca, 28 Mayıs 1999 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair

¹⁰ Varşova Sistemi, 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi ve onu değiştiren hukukî düzenlemelerin oluşturduğu sistemdir. Bu hukukî düzenlemeler:

- 12 Ekim 1929 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımalarına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Varşova Sözleşmesi;
- 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova’da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi Değiştiren 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolü;
- Sözleşmesel Taşıyıcı Dışında Bir Başka Kişi Tarafından İfa Edilen Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair Varşova Sözleşmesine Ek Sözleşme olan 18 Eylül 1961 tarihli Guadalajara Sözleşmesi;
- 28 Eylül 1955 tarihinde Lahey Protokolü ile değiştirilen Varşova Sözleşmesini Değiştiren 8 Mart 1971 tarihli Guatemala City Protokolü (yürürlüğe girmemiştir);
- 12 Ekim 1929 tarihli Varşova Sözleşmesini değiştiren 25 Eylül 1975 tarihli Montreal 1. Ek Protokolü;
- 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolü ile değiştirilen Varşova Sözleşmesini Değiştiren 25 Eylül 1975 tarihli Montreal 2. Ek Protokolü;
- 28 Eylül 1955 tarihli Lahey ve 8 Mart 1971 tarihli Guatemala City Protokolleri ile değiştirilen Varşova Sözleşmesini Değiştiren 25 Eylül 1975 tarihli Montreal 3. Ek Protokolü (yürürlüğe girmemiştir);
- 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolü ile değiştirilen Varşova Sözleşmesini Değiştiren 25 Eylül 1975 tarihli Montreal 4. Ek Protokolüdür.

Montreal Sözleşmesi'ne de taraftır. Bu Sözleşme ve Protokollere ilişkin imza, onay ve yürürlük tarihleri Tablo-1'de gösterilmiştir¹¹.

Türkiye Cumhuriyeti, 1999 Montreal Sözleşmesini iki hususta çekince koyarak onaylamıştır (m.57). Bunlardan ilki, Montreal Sözleşmesinin, egemen bir devlet olarak işlev ve görevleri açısından ticarî olmayan amaçlar için doğrudan Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından ifa edilen ve işletilen uluslararası taşımacılığa uygulanmayacağına dairdir. İkincisi ise, Sözleşmenin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına kayıtlı veya Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından kiralanen, bütün kapasitesi ile Türk askerî makamlarınca veya onlar adına tahsis edilen hava aracı ile Türk askerî makamları için kişi, eşya ve bagaj taşımacılığına uygulanmayacağına ilişkindir.

Varşova ve Montreal Sözleşmeleri, kendi uygulama alanlarına giren uyuşmazlıklarda taraf devlet olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti açısından iç hukukun bir parçası olarak,¹² doğrudan uygulanmalıdır¹³.

¹¹ Bkz. aşı. s.317.

¹² Çalışmamız kapsamında ele alacağımız milletlerarası sözleşmelerin yürürlüğe girmesi için bağlayıcı olan usul, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90/1. maddesidir. Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Bu aşamayı takiben, Anayasanın 104. maddesi kapsamında, Cumhurbaşkanının kendi görev ve yetkisi altında olan milletlerarası antlaşmaları onaylaması ve yayınlaması gerekir; ancak bu yetki Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği bir işlem değildir. Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanının onayına sunulmak üzere bir kararname hazırlamalıdır (224 sayılı Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlaması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanunun 3. maddesi; RG.11.6.1963-11425). Kararname, Cumhurbaşkanı tarafından imzalandıktan sonra, milletlerarası antlaşmanın Türkçe metni ve antlaşmada muteber olan dil veya dillerden biri ile Resmi Gazete'de yayınlanır. Bu aşamalardan sonra milletlerarası antlaşma, Türk iç hukuku bakımından yürürlüğe girmiş olur (244 sayılı Kanun m.3/3) ve kanun hükmü niteliğine sahip olur (Anayasa 90/5. madde). Antlaşmaların yürürlüğe girmesi ve bağlayıcılık kazanmaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarıcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Ankara 2004, s.158-165; Aybay, Uluslararası Antlaşmalar, s.187-213.

Türkiye Cumhuriyeti'nin 2073 sayılı 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeye ve Bu Sözleşmeyi Değiştiren 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolüne Katılmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 1 Mart 1977 tarihinde yayınlanmıştır. RG.03.12.1977 -16128. Ayrıca 2.4.2009 tarihli ve 5866 sayılı Kanunla onaylanan Montreal Sözleşmesi, çekince konularak, 01.10.2010 tarihli 27716 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. RG.01.10.2010- 27716.

A. Sözleşmelerin Karşılıklı Uygulama Alanları

Varşova Sistemi, Montreal Sistemi ile yürürlükten kalkmamıştır. Her iki Sistem de yürürlükte olduğuna göre, taşıyıcının, uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan sorumluluk davalarında hangi Sistem uygulanacaktır?

Bu soru, Montreal Sözleşmesinin, Varşova Sistemi içinde yer alan belgeler ile olan ilişkisi başlıklı 55. maddesinde cevaplanmıştır. Hem Varşova Sistemi içinde yer alan aynı kapsamda bir hukukî düzenlemeye, hem Montreal Sözleşmesine taraf iki devletin ülkesi arasında veya tek bir devletin ülkesinde gerçekleşen¹⁴ taşımacılık, Montreal Sözleşmesi hükümlerine tâbidir. Buna karşın, Montreal Sözleşmesine taraf olmayan, ancak Varşova Sistemi içinde yer alan aynı hukukî düzenlemeye taraf iki devlet arasında veya tek bir devletin ülkesinde gerçekleşen taşımacılık, bu düzenlemenin hükümlerine tâbidir.

B. Sözleşmelerin Türkiye Bakımından Uygulama Alanı

Montreal Sözleşmesinin 55/1. maddesine göre, kalkma yerinin bulunduğu devlet ile varma yerinin bulunduğu devletin, hem Varşova Sözleşmesinde yer alan aynı kapsamda bir hukukî düzenlemeye, hem Montreal Sözleşmesine taraf olması hâlinde Montreal Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır.

Bu hükümden yola çıkarak, kalkma ve varma noktalarından birinin Türkiye Cumhuriyeti sınırı içinde bulunduğu bir uluslararası taşımacılığın diğer noktasının bir başka taraf devletin sınırı içinde bulunması durumunda; taşımacılık, bu devletin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerine tâbi olacaktır. Türkiye ile sadece Varşova Sözleşmesine taraf olan bir devlet arasında yapılan taşımacılık, Varşova

¹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No. 2011/13935; Karar No: 2012/20553; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1990/5647; K.1992/2015; T. 21.2.1992; Yargıtay Genel Kurulu, E. 2006/11-452, K.2006/481, T. 28.6.2006 (yayınlanmamış kararlar).

¹⁴ Tek bir devletin ülkesinde gerçekleşen taşımacılığın uluslararası nitelikte olabilmesi için bir başka devlette durma yerinin kararlaştırılması gerekir. (Varşova ve Montreal Sözleşmeleri m.1/2).

Sözleşmesi hükümlerine tâbidir. Bu devletler, Afganistan, Angola, Beyaz Rusya, Brunei, Cezayir, Endonezya, Gine, Grenada, Guatemala, Irak, İran, Kırgızistan, Komor Adaları, Kuzey Kore, Laos, Lesotho, Liberya, Libya, Lihtenştayn, Malavi, Moritanya, Myanmar, Nauru, Nepal, Özbekistan, Papua Yeni Gine, Ruanda, Rusya, Samoa, Sierra Leone, Solomon Adaları, Sri Lanka, Surinam, Trinidad ve Tobago, Tunus, Türkmenistan, Uganda, Venezüella, Vietnam, Yemen ve Zimbabve'dir¹⁵. Buna karşın, Türkiye ile her iki Sözleşmeye taraf olan bir devlet veya sadece Montreal Sözleşmesine taraf olan bir devlet arasında yapılan taşımacılık, Montreal Sözleşmesi hükümlerine tâbi olacaktır¹⁶. Sadece Montreal Sözleşmesine taraf olan devletler ise, Arnavutluk, Belize, Cook Adaları, Gambiya, Guyana, Gürcistan, Jamaika, Mozambik, Namibya ve Orta Afrika Cumhuriyeti'dir.

Öte yandan, Montreal Sözleşmesinin 55/2. maddesinde kalkma ve varma noktalarının hem Varşova Sisteminde yer alan aynı kapsamda bir hukukî düzenlemeye, hem Montreal Sözleşmesine taraf olan bir devletin ülkesinde bulunması hâlinde, Montreal Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Kalkma ve varma noktalarının belirli bir devletin ülkesinde olduğu taşımacılığın, uluslararası taşımacılık olarak sayılabilmesi için başka bir ülkede durma noktasının kararlaştırılması gerekmektedir (Varşova Sözleşmesinin m.1/2; Montreal Sözleşmesi m.1/2)¹⁷. Bu hükümlerden yola çıkarak, kalkma ve varma noktalarının Türkiye Cumhuriyeti sınırında olduğu bir uluslararası taşımacılık, bir başka devletin ülkesinde durma noktasının olması şartıyla, Montreal Sözleşmesi hükümlerine

¹⁵ <http://www.icao.int>; erişim tarihi, 16.11. 2014. Sadece Varşova Sözleşmesine taraf olan devletler için bkz. Tablo 2, aşağıda s.320.

¹⁶ <http://www.icao.int>, erişim tarihi 16.11. 2014. Varşova Sözleşmesinin ve Montreal Sözleşmesinin her ikisine veya sadece Montreal Sözleşmesine taraf olan devletler için bkz. Tablo 2, aşağıda s.320.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Varşova Sisteminin uygulanabilmesi için gereken şartlar, s.16 ve Montreal Sisteminin uygulanabilmesi için gereken şartlar, s.154.

tâbidir. Durma noktasının bulunduğu devletin, Montreal Sözleşmesine taraf olması gerekmez.

Varşova Sisteminin, Montreal Sistemi ile birlikte halen yürürlükte olması ve Montreal Sözleşmesi hükümlerinin yorumu ve uygulanması için rehberlik edici özelliği¹⁸ nedeniyle öncelikle Varşova Sisteminin uygulama alanına ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

II. VARŞOVA SİSTEMİ

A. Varşova Sisteminin Uygulama Alanı

Bu başlık altında Varşova Sisteminin uygulama alanına dâhil olma şartları ile Sistemin uygulama alanı dışında kalan konular incelenecektir.

Sistem kapsamında taşımacılık dört grupta düzenlenmiştir. Bunlar:

- Sözleşmesel taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılık;
- Fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılık (Türkiye'nin taraf olmadığı 1961 tarihli Guadalajara Sözleşmesinde¹⁹ düzenlenmiştir);
- Birden fazla hava yolu taşıyıcısı tarafından ifa edilen ardıl taşımacılık;
- Hava yolu taşıyıcısının yanında kara, deniz veya nehir yolu taşıyıcıları tarafından ifa edilen karma taşımacılıktır.

Sözleşmesel ve fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılığa, çalışmanın ileri kısımlarında ayrıntılı olarak değinilecektir²⁰. Burada, ardıl ve karma taşımacılık üzerinde durulacaktır.

¹⁸ Tompkins, Air Transportation, s. 32. Ayrıca bkz. *Baah v. Virgin Atlantic Airways*, S.D.N.Y. 2007; *Serrano v. American Airlines*, C.D.Calif. 2008, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Aralık 2012.

¹⁹ Convention Supplementary to the Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Performed by a Person Other than the Contracting Carrier, Signed in Guadalajara on 18 September 1961.

²⁰ Bkz. aşı. s.80 vd.

- Ardıl Taşımacılık (*successive carriage*)

Sözleşmenin uygulama alanına ilişkin düzenlemenin üçüncü fıkrasında, ardıl taşımacılık hâli düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, birbiri ardına birkaç hava taşıyıcısı tarafından yapılan taşımacılık²¹, ister bir anlaşma ile ister anlaşmalar dizisi şeklinde kararlaştırılsın, taraflarca tek bir iş olarak kabul edilirse, Sözleşme kapsamında tek bir bölünmez taşımacılık olarak sayılır. Bu taşımacılığın taşıma sözleşmesinde belirtilen kalkma ve varma noktalarının, iki taraf devletin sınırları içinde olması gerekmektedir; bir diğer deyişle, taşımacılık, uluslararası nitelikte olmalıdır. Bu taşımacılık, aynı Taraf Devlet ülkesi içinde ifa edilse dahi, uluslararası niteliğini kaybetmez. Sözleşme m.30/1'e göre, taşımacılığın birbiri ardına çeşitli taşıyıcılar tarafından yapılması ve m.1/3'de verilen tanıma girmesi hâlinde yolcu, bagaj ve eşyayı kabul eden her taşıyıcı, bu Sözleşme hükümlerine bağlı olur ve taşımacılığın kendi yönetiminde yapılan bölümü ile ilgili olduğu ölçüde, taşıma sözleşmesinin taraflarından biri sayılır²².

Ardıl taşımacılığın, Sözleşmenin uygulama alanı içinde olabilmesi için dört şart getirilmiştir²³. Bu şartlar, taşımacılık faaliyetinin birbiri ardına çeşitli hava yolu taşıyıcıları tarafından ifa edilmesi; taşımacılığın, taraflarca tek bir faaliyet olarak kararlaştırılması; taşıyıcının yolcu, bagaj veya eşyayı kabul etmesi ve taşımacılığın tek bir sözleşme ile veya sözleşmeler dizisi şeklinde kararlaştırılmasıdır.

²¹ Doktrinde “mütevali taşıyıcı” olarak da ifade edilmiştir. Ülgen, Hüseyin: Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987, s.65; Sözer, Bülent: Türk Hukuku'nda ve Uluslararası Hukuk'ta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, İstanbul 2009, s.46 (Yük Taşıma).

²² Ardıl taşımacılığa ilişkin örnek kararlar için bkz. Haldimann v. Delta Airlines Inc., 168 F. 3d 1324 - United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Aralık 2012.

²³ Vergara v. Aeroflot "Soviet Airlines", 390 F.Supp. 1266, United States District Court, D. Nebraska 5 March 1975, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Aralık 2012. *In re Alleged Food Poisoning Incident*, 770 F.2d 3, 2d Cir.1985, <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Aralık 2012.

²³ Booyesen, H: “ When is a Domestic Carrier Legally Involved in International Carriage in Terms of the Warsaw Convention?”, *Zeitschrift fur Luft-und Weltraumrecht*, Volume 39, Issue 4 (1990), s.330.

İlgili şartlar arasında muğlâk olan husus, “taşımacılığın tek bir faaliyet olarak taraflar tarafından kararlaştırılması” şartıdır. Öncelikle, tek bir faaliyet ile neyin kastedildiğinin ortaya konması gerekmektedir. *Kaner*’e göre, “tek faaliyetten maksat, taşıyıcıların müstakil edimlerinden oluşan tek bir iştir”²⁴. Daha sonra, taraf sıfatına yolcu veya gönderici dışında sadece sözleşmesel taşıyıcının mı, yoksa taşımacılık faaliyetini icra eden bütün hava yolu taşıyıcılarının mı dâhil edileceği tespit edilmelidir. Sözleşmede açık bir düzenleme olmadığından, içtihat ve doktrinde farklı yönde görüşler mevcut olduğundan, uygulamada bir birlik sağlanamamıştır. Bir görüşe göre, yolcu veya gönderici yanında ardıl taşımacılıkta yer alan taşıyıcıların (*successive carriers*) hepsi taraf sıfatını haizdir²⁵. Bu görüşü savunanlar da kendi içinde ayrılmıştır. Bir kısmı, ardıl taşımacılıkta yer alan taşıyıcıların taraf sıfatını kazanabilmeleri için seyahatin tek bir taşımacılık olarak planlandığını bilmeleri gerektiğini; diğer bir kısmı ise, sadece taşıyıcıların ardıl taşımacılıkta yer aldıklarını bilmelerinin yeterli olduğunu iddia etmişlerdir²⁶. İkinci görüş ise, taraf kavramına yolcu veya göndericinin yanı sıra yolcu veya gönderici ile sözleşmeyi akdeden taşıyıcının da dâhil olmasını savunmuştur²⁷.

²⁴ Kaner, İnci: “Birden Fazla Taşıyıcı Tarafından Yapılan Hava Taşımaları (Zincirleme Taşımalar)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3 (1991-1992), s.9 (Zincirleme).

²⁵ Sözer, Bülent: “Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.IX, Sayı 2 (1977), s.396 (Hava Taşımaları).

²⁶ Miller, Georgette: *Liability in International Air Transport*, New York 1977, s. 22. Bu yönde verilen kararlardan bazıları ise, *Nahm v. SCAC Transport Inc.*, 167 Ill. App. 3d 971, Appellate Court of Illinois, First District, Fourth Division, 1988; *In Re Air Crash Disaster at Warsaw, Poland v. Polskie Linie Lotnicze (LOT Polish Airlines)*, 748 F.2d 94, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1984; *P.T. Airfast Services, Indonesia v. Superior Court County of Siskiyou*, 139 Cal.App.3d 162, Court of Appeals of California, Third District, 1983, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Aralık 2012.

Taraf sıfatına, ardıl taşımacılıkta yer alan bütün taşıyıcıların dâhil olduğunu belirten diğer kararlar: *Bafana and Another v. Commercial Airways (Pty) Ltd*, 1990 (1), South Africa 368, WLD (Güney Afrika); *Stratton v. Trans Canada Air Lines*, Court of Appeal of British Colombia, 32 D.L.R. (2d), 736, 1962 (Kanada); bkz. Booyesen, s.339-340.

²⁷ Booyesen, s.340.

Öte yandan, yolcu veya eşya taşımacılığının başlamasından sonra bir başka taşıyıcı ile anlaşılması hâlinde, bu taşıyıcı ikame taşıyıcıdır (*substitute carrier*). İkame taşıyıcının, ardıl taşıyıcı sayılması için yolcunun veya göndericinin bilgisi dâhilinde taşımacılığın bir kısmını ifa etmesi gerekir²⁸.

- Karma Taşımacılık (*combined carriage*)

Sözleşme kapsamında karma taşımacılık; taşımacılığın bir kısmının hava yolu ile geri kalan kısımlarının diğer tür araçlar ile yapıldığı taşımacılık şeklinde tanımlanmaktadır (m.31/1). Sözleşme, taşımacılığın hava yolu ile yapılan kısmına uygulanır; ancak bunun için taşımacılığın, aşağıda üzerinde durulacağı üzere Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen şartları taşıması gerekir (m.31/1). Madde metninde karma taşımacılığın, yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığına ilişkin olması açısından bir ayırım yapılmamıştır.

Sözleşme m.31/2'e göre taraflar, diğer taşıma türlerine ilişkin şartları hava taşıma belgesine dâhil edebilirler. Ancak Sözleşme hükümleri, sadece hava taşımacılığına uygulanır. Böylece taraflar, aralarında yapılan bütün taşımacılığa, Sözleşme kapsamında olan şartlara benzer şartlar getirebilirler. Ancak hava

²⁸ Goldhirsch, Lawrence B.: The Warsaw Convention Annotated: A Legal Handbook, Hollanda 2000, s.202, 209, 211.

Maydeck c. El Al., 1962 RFDA 179, C.A.Paris, 27 March 1962; aff'd 1965 RFDA 232, C.A.Paris, 22 March 1965, erişim tarihi Aralık 2012. Ayrıca yolcunun veya taşıyıcının seyahate başladıktan sonra uçuşun saatini ve gününü değiştirmesinin, taşıyıcıların ardıl taşıyıcı sıfatlarını değiştirmeyeceğine ilişkin bir başka Fransız kararı olan *Tanneries de Lutece c. Air France*, 1966 RFDA 105, Tribunal de Commerce Seine, 23 February 1965: bkz. Goldhirsch, s.209.

Amerikan mahkemesi de, yolcunun, seyahatin dönüş ayağında taşıyıcıyı değiştirmesi hâlinde, bu yeni taşıyıcıyı ardıl taşıyıcı olarak kabul etmiştir. Mahkeme gerekçesinde, taşıma sözleşmesinde taşıyıcının isminin yolcu biletinde tek taşıyıcı olarak yazmasına karşın, tarafların daha sonra bu sözleşmeyi tamamlayan ve değiştiren bir başka sözleşme ile yeni bir taşıyıcıyı, önceki taşıyıcı yerine ikame ettiklerini belirtmiştir. *Briscoe v. Compagnie Nationale Air France*, 290 F. Supp. 863 - District Court, SD New York 1968, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Aralık 2012.

Öte yandan İngiliz doktrini, taşımacılığın başlamasından sonra yeni bir taşıyıcının, taşıma faaliyetine ikame edilmesi hâlinde, bu yeni taşıyıcıyı ardıl taşıyıcı olarak kabul etmemiştir. Bir taşıyıcının, ardıl taşıyıcı sayılabilmesi için taşıma sözleşmesinin tarafları tarafından taşımacılığın başlangıcında kararlaştırılması gerektiği dile getirilmiştir. Goldhirsch, s.209.

taşımacılığı dışında diğer araçlarla yapılan taşımacılığa ilişkin şartlar, Sözleşmeden değil; taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır²⁹.

1. Sistemin Uygulanabilmesi için Gereken Şartlar

Sözleşme, hava aracı ile ücret karşılığında yapılan, insan, bagaj ve eşyanın uluslararası taşımacılığına uygulanır. Hâkim, bu çerçevede aşağıdaki şartların varlığını araştırır.

- Taşımacılık; hava araçları ile ifa edilmeli;
- Taşımacılık; yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığına ilişkin olmalı;
- Taraflar arasında sözleşme bulunmalı;
- Taşımacılık; ücret karşılığı yapılmalı ve
- Taşımacılık; uluslararası nitelikte olmalıdır.

Bu şartlardan birinin varlığı tayin edilemezse, somut uyuşmazlık, Sözleşmede hüküm altına alınan konulara; yani yolcunun ölümü veya yaralanması veya bagaj veya eşyanın uğradığı zarar ile yolcu, bagaj ve eşyanın gecikmesi konularına ilişkin olsa dahi Sözleşme uygulanmaz³⁰.

Bu şartlardan sadece “uluslararası taşımacılık”, Sözleşme metninde tanımlanmıştır. Hâkim, taşımacılığın uluslararası niteliğini, Sözleşmenin 1/2.

²⁹ Miller, s.260. Sözleşmenin 31/2. maddesinin tartışıldığı davada, davacı, New York’tan Almanya’ya Lufthansa Hava Yolları ile taşınacak olan eşyasının, taşıyıcının acentesi tarafından hava alanına götürüldüğü sırada çalınması üzerine, hava taşımacılığının henüz başlamadığını; taşıyıcının, yer nakliyat şirketinin başı olduğunu ve çalınan eşyanın tüm değeri açısından sorumlu olduğunu iddia etmiştir. Davalı da, zararın hava taşımacılığının ifası sırasında doğduğunu ve taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğunun Sözleşme hükümleri kapsamında sınırlı sorumluluk olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, hava taşımacılığı sırasında bir zararın doğmadığını; ancak Sözleşmenin 31/2. maddesinin izin verdiği şekilde, tarafların hava taşıma belgesine, hava alanına gidiş sırasında yapılan yer taşımacılığını da dâhil etmeleri durumunda, bütün taşımacılık hakkında Sözleşme hükümlerinin uygulanacağına karar vermiştir. Buna göre mahkeme, taşıyıcının sorumluluğunu, çalınan eşyanın gerçek değeri üzerinden değil; Sözleşme kapsamında yer alan sınırlı sorumluluk hükmü çerçevesinde ele almıştır. *Pick v. Lufthansa German Airlines*, 48 Misc. 2d 442 - NY: City Court, Civil Court 1965, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Aralık 2012. Ancak taşıyıcı olan Lufthansa, nakliyat acentesinin de başı (*principal*) olduğu için, somut olay açısından Sözleşme kapsamında sorumlu tutulmuştur. Miller, s.261.

³⁰ Goldhirsch, s.10.

maddesinde belirtilen hususlara göre tayin etmelidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, uluslararası taşımacılığın kalkma ve varma noktalarının iki taraf devletin sınırları içinde olması veya aynı devlet sınırları içinde olsa bile kararlaştırılmış durma yerinin bir başka devletin ülkesinde bulunmasıdır. Sözleşmenin uygulama alanının şartlarını tek tek incelerken, kalkma (*the place of departure*) ve varma noktaları (*the place of destination*) ile kararlaştırılmış durma yeri (*agreed stopping place*) ile ilgili olarak ileride ayrıntılı bilgi verilecektir³¹.

Ayrıca Sözleşmenin 2/1. maddesinde, uluslararası taşımacılığın şartları dâhilinde olmak üzere bir devlet tarafından veya kanun ile kurulmuş kamu kurumları tarafından yapılan taşımacılığın, Sözleşme kapsamına dâhil olduğu belirtilmektedir.

Sözleşmenin uygulanma şartlarını beş alt başlıkta inceleyebiliriz:

a. Taşımacılık Hava Araçları ile İfa Edilmelidir

Hava aracı terimi, Varşova Sistemi içinde yer alan hukukî düzenlemelerde tanımlanmamıştır. Ancak 1919 tarihli Paris Sözleşmesi³² ve 1944 tarihli Chicago

³¹ Bkz. aşağıda s.38 vd.

³² Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation Signed at Paris, October 13, 1919 (Paris Convention), League of Nation Treaty Series (1922), No. 297 at 173, <http://www.aviation.go.th>, erişim tarihi 23.03.2012.

1919 Paris Sözleşmesi'nin A Ekinde hava aracı (*Aeronef*) tanımı ve tasnifleri yapılmıştır. Buna göre "hava tepkileri ile atmosferde tutunabilen her donatım" hava aracı (*aircraft*) olarak tarif edilmiştir. Söz konusu tanım doğrultusunda hava aracı olarak sayılabilecek donatımlar, "atmosferde havadan hafif gazla doldurulmuş olarak tutunabilen ve bir güdülme aleti olmayan donatımlı balon, atmosferde havadan hafif gazla doldurulmuş olarak tutunabilen ve güdülme aleti olan donatımlı güdülür balon ve uçaklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilsel, Cemil: Milletlerarası Hava Hukuku, İstanbul 1948, s.196-197. Ayrıca, bir aracın, hava aracı kapsamında sayılabilmesi için esas alınan ölçüt "yükselebilmek" özelliği olduğu için uçak, zeplin, planör, serbest balon, balon, uçaksavar ve helikopter de bu kapsama dâhildir. Diedericks- Verschoor, s.4.

1919 Paris Sözleşmenin önemi, devletlerin hava sahalarında egemenliğe sahip olacağı ilkesini sağlamlaştırması, hava araçlarının tâbiyetini tanıması ve içerdiği hükümler ile Avrupa Hava Hukukunun gelişimine olan katkısıdır. Bouve, Clement L.: "The Development of International Rules of Conduct in Air Navigation", *Air Law Review*, Vol.1 (1930), s.3; Milde, Michael: International Air Law and ICAO, Hollanda 2008, s.11 (ICAO); Fagg, Fred D.: "The International Air Navigation Conventions and The Commercial Air Navigation Treaties", *South California Law Review*, Vol. 2 (1928-1929), s.441; Sand, Peter H.; Freitas Jorge de Sousa; Pratt Geoffrey N.: "An Historical Survey of International Air Law Before the Second World War", *McGill Law Journal*, Vol. 7, No.1 (1960-1961), s.35.

Sözleşmesinin³³ verdiği tanımlardan yola çıkarak, hava tepkileri ile havada tutunabilen havadan ağır olsun hafif olsun motor ile çalışsın çalışmasın her türlü araç, hava aracı olarak sayılmıştır. Yine aynı yönde hava aracı tanımına rastladığımız bir davada ise, hava aracı, havada dolaşabilen herhangi bir araç olarak tanımlanmıştır³⁴. Milletlerarası Hava Seyrüseferi Komisyonu (*CINA*)³⁵, hava aracını,

³³ Chicago Sözleşmesinin Hava Aracı Tâbiyeti ve Tescil İşaretleri Hakkında Uluslararası Standartlar başlıklı 7. Ekinin 1. maddesine göre, hava aracı “hava tepkileri ile atmosferde destek sağlayabilen her türlü araç” olarak tarif edilmiştir.

1944 Chicago Sözleşmesinin 7. Eki, fizikî yapılarına göre hava araçlarını, havadan ağır olan ve havadan hafif olan hava araçları şeklinde ikiye ayırmaktadır. Sözleşme’nin 7. Eki’nde havadan hafif olan hava aracı, havada süzulebilen her türlü araç ve havadan ağır olan hava aracı, aerodinamik kuvvetler sayesinde kalkabilen her türlü araç olarak tanımlanmıştır. Havadan hafif olan hava araçları kategorisi de kendi içinde motor gücü olmayan ve motor gücü ile çalışan hava aracı olarak ikiye ayrılmıştır. Sözleşme’nin 7. Eki’nde motor gücü olan ve olmayan hafif hava aracının tanımı yer almamaktadır. Motor gücü olmayan hava araçları, serbest balon ve yere bağlı balon (sabit balon) dur; motor gücü ile çalışan hava aracı, hava gemisidir. Sözleşme’nin 7. Eki, hava gemisini, hava aracından daha hafif motorlu güce sahip olan araç olarak tanımlamıştır. Havadan ağır olan hava araçları da yine kendi içinde motor gücü ile çalışan ve motor gücü olmayan hava aracı olarak sınıflara ayrılmaktadır. Motor gücü olmayan hava aracı, planör ve uçurtmadır. Motor gücü olanlar, uçak (kara uçağı, deniz uçağı ve amfibi), jiroplan ve helikopterden oluşan pervane kanatlı hava aracı (rotorcraft) ve ornithopterdir. Sözleşme’nin 7. Eki’ne göre, uçuş şartları altında sabit yüzeylerin üzerinde aerodinamik tepkilerle kalkma kuvvetine sahip motor gücü ile çalışan havadan ağır hava aracı, uçak olarak tanımlanmıştır. Rotorcraft, bir veya daha fazla pervane üzerinde hava tepkileri ile uçabilen havadan ağır hava aracıdır. Jiroplan, dik eksenler şeklinde serbestçe dönen bir veya daha fazla pervane ile hava tepkileri ile uçabilen havadan ağır hava aracıdır. Helikopter, dik eksenler ile bir veya daha fazla motor gücü olan pervaneler üzerinde hava tepkileri ile uçabilen havadan ağır hava aracıdır. Ornithopter ise kanat çırpılarak hava tepkileri ile uçabilen havadan ağır hava aracıdır. Annex 7 to the Convention on International Civil Aviation Aircraft Nationality and Registration Marks, Fifth Edition, 2003, Table 1, erişim tarihi Mart 2016.

Chicago Sözleşmesinin Hava Aracı Tâbiyeti ve Tescil İşaretleri Hakkında Uluslararası Standartlar başlıklı 7. Eki, 8 Şubat 1949 tarihinde kabul edilmiş; 1 Kasım 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tescil işaretlerinin boyutu ve konumuna ilişkin olarak bu metinde yapılan ilk değişiklik, 12.11.1963 tarihinde kabul edilmiş; 1.8.1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 8 Kasım 1967 tarihinde kabul edilen ve 8.6.1968 tarihinde yürürlüğe giren ikinci değişikliğe göre, hovercraft, hava aracı olmaktan çıkarılmıştır. Ortak işaret kavramının eklendiği üçüncü değişiklik, 23.01.1969 tarihinde kabul edilmiş; 18.9.1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 30.03.1981 tarihinde kabul edilen ve 26.11.1981 tarihinde yürürlüğe giren dördüncü değişiklik ile helikopter kavramı yeniden tanımlanmıştır. Hava aracının tescil belgelerinin tercümesine ilişkin olan değişiklik, 17.02.2003 tarihinde kabul edilmiş ve 27.11.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. Annex 7 to the Convention on International Civil Aviation Aircraft Nationality and Registration Marks, Fifth Edition, 2003, Table A, http://code7700.com/pdfs/icao_annex_7.pdf, erişim tarihi Mart 2016. Son olarak 2012 yılında uzaktan kumandalı uçaklara ilişkin düzenleme kabul edilmiştir. Annex 7 to the Convention on International Civil Aviation Aircraft Nationality and Registration Marks, Sixth Edition, 2012, <https://www.bazl.admin.ch>, erişim tarihi Mart 2016.

³⁴ Bir helikopterin havaî hattın kablolarına takılıp düşmesi nedeniyle helikopterde bulunanların ölümü üzerine pilotun sorumluluğuna ilişkin davada, mahkeme pilotun önceden kurulan düzeneği fark etmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. *Lagarde v. Beaudinatm* [1989] R.F.D.A. 551, C. A. Chambray, 17 Oct. 1989; bkz. Goldhirsch, s. 11; Ito, Atsuyo: Legal Aspects of Satellite Remote Sensing, Hollanda 2011, s.272.

“hava reaksiyonları sayesinde atmosferde tutunabilen alet veya vasıta” olarak nitelendirmiştir. ICAO (Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü)³⁶, 2011 yılında yeni bir tanım vererek, yeryüzü reaksiyonları dışında olan hava reaksiyonlarına karşı atmosferde tutunabilen her aracı, hava aracı saymıştır³⁷. Türk hukukunda hava aracı, “havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü araç” olarak tarif edilmiştir (Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK) m.3/b)³⁸.

Sözleşmenin uygulanabilmesi için gereken ilk şart, hava aracı ile yapılan taşımacılıktır. Uçak³⁹ dışında helikopter⁴⁰, planör⁴¹, *hovercraft*⁴² ve balon⁴³,

³⁵ Milletlerarası Hava Seyrüseferi Komisyonu, 13 Ekim 1919 tarihli Paris Hava Seyrüseferi Sözleşmesi ile Milletler Cemiyeti gözetimi altında kurulan daimi bir komisyondur (Sözleşme, m.34/1). Komisyonun görevleri yine Sözleşmenin 34/5. maddesi kapsamında belirlenmiştir. Buna göre, görevleri arasında, mevcut Sözleşmenin hükümlerini güncellemek için teklifte bulunmak; milletlerarası hava seyrüseferi ile ilgili meteoroloji, telsiz telgraf ve tıbbî yardımlarla ilgili her türlü bilgiyi toplamak ve taraf devletler arasında vuku bulan hukukî meseleler hakkında görüş bildirmek yer almaktadır.

Sözleşme’nin Milletlerarası Hava Seyrüseferi Komisyonu’nu (*Commission International de Navigation Aérienne/ International Commission for Air Navigation*) kurması nedeniyle, Sözleşme genel olarak CINA Sözleşmesi olarak anılmaktadır. Fagg, s.430.

³⁶ Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (*International Civil Aviation Organization*), 1944 tarihli Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi (bir diğer adıyla) Chicago Sözleşmesi ile kurulan Birleşmiş Milletlere bağlı Uzman Kurumlardan biridir. Bu Örgüt, küresel olarak sivil havacılığın güvenli ve düzenli gelişimi için politikalar ve standartlar üreterek, üye devletler arasında işbirliğini sağlamayı amaç edinmiştir. <http://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx>, erişim tarihi Mart 2013.

³⁷ International Civil Aviation Organization, Cir 328, AN/190, Unmanned Aircraft Systems (UAS), 2011.

³⁸ RG. 16.10.1983-18196. Türk hukukunda, paraşütü ve yelken kanat gibi motorsuz çok hafif hava araçları, bu tanım dışında bırakılmıştır. 11.04.2014 tarihinde yayınlanan Türkiye Cumhuriyeti Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, Hava Aracı Milliyeti ve Tescil İşaretleri Talimatı (SHT-7), Ek-3, <http://www.mevzuat.shgm.gov.tr>, erişim tarihi Aralık 2014.

Daha önceleri bazı ulusal kanunlarda, hava aracının tanımı verilmemiş; hava aracı, örneklendirme yolu ile tarif edilmiştir. Örneğin 1 Ağustos 1922 tarihli Alman Kanununun 1. maddesinde, hava aracı olarak sayılabilecek araçlar belirtilmiştir; bunlar balon, uçak, uçurtma ve emsali aletlerdir. Bkz. Göknil, Mazhar Nedim: Milletlerarası Hava Hukuku, İstanbul 1051, s.140.

³⁹ Türk hukukunda uçak, havadan ağır, motor gücü ile seyreden kar, deniz veya kar ve denize inip kalkabilen hava aracıdır. Ticarî Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği (SHY-6A) m.4/e. RG. 16.11.2013-28823.

⁴⁰ Türk hukukunda helikopter; belli bir piste ihtiyaç göstermeksizin karada ve denizde bir noktaya inen, kalkan, motor gücü ile seyreden, havadan ağır hava aracı olarak tanımlanmıştır. Ticarî Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği (SHY-6A) m.4/1. Ayrıca helikopterin hava aracı olarak sayıldığına ilişkin bazı yabancı mahkeme kararları: Orent v. Sabena 8 Avi 17273, D.C.N.Y. 1962; Lamberth c. Guiron 1963 RGA 185 (C.A. Paris, 7 June 1962); bkz. Goldhirsch, s.11.

⁴¹ Türk hukukunda planör; uçuş sırasında, sabit kaldırma yüzeylerine havanın gösterdiği dinamik reaksiyon ile desteklenen, serbest uçuşu sırasında herhangi bir motora bağımlı olmayan, havadan ağır hava aracıdır. Hava Aracı Milliyeti ve Tescil İşaretleri Talimatı, m.4/1. Planörü, hava aracı olarak kabul eden yabancı mahkeme kararları: Court of Appeal of the Australian State of Victoria, Mount Beauty Gliding Club Inc. V. Jacob [2004] VSCA 151; bkz. Mendes de Leon, s.19; Howe v. Zurich

Sözleşmenin uygulama alanına dâhil edilecek midir? Paris ve Chicago Sözleşmelerinde, helikopter, planör, *hovercraft* ve balonların da hava aracı olarak sayılacağı ifade edilmiştir. Ancak 1944 tarihli Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesinin (Chicago Sözleşmesinin) Hava Aracının Tâbiyet ve Tescil İşaretlerine İlişkin 7. Ekinin 1967–1968 tarihli değişikliği ile *hovercraft*, hava aracı olmaktan çıkarılmıştır⁴⁴.

Çeşitli davalarda mahkemeler, helikopter, planör ve balonların yol açtığı kazalardan doğan taşıyıcının sorumluluğunun, Varşova Sözleşmesi kapsamına dâhil olduğuna karar vermişlerdir. Bütün bu açıklamalardan yola çıktığımızda, uçak, helikopter, planör, balon gibi araçlar, hava aracı olarak sayılırken; *hovercraft*, hava aracı olarak sayılmaz.

Uluslararası kuruluşların kabul ettiği tanımlardan yola çıktığımızda, Varşova Sözleşmesinin Türkçe tercümesinde hava aracı terimi yerine olmak üzere kullanılan “uçak” teriminin kullanılmasının yerinde olmadığını değerlendiriyoruz.

b. Taşımacılık Yolcu, Bagaj veya Eşya Taşımacılığına İlişkin Olmalıdır

Taşıma faaliyetinin konusu, yolcu, bagaj ve eşyadır. Ancak Varşova Sisteminde yer alan hukukî metinlerde bu kavramların tanımı yapılmamıştır.

American Insurance Co. 89 F. Supp. 2d 1011 U.S. District Court for the Northern District of Illinois, 2000, <http://law.justia.com>, erişim tarihi Kasım 2012.

⁴² Hovercraft, kara veya deniz üzerinde hava desteğiyle gidebilen taşıttır. Hovercraft aracının tanımı için bkz. Hovercraft Act 26 July 1968 of United Kingdom, Chapter 59, m.4/1, www.legislation.gov.uk, erişim tarihi Kasım 2012.

⁴³ Türk hukukunda balon; ısıtılmış hava ya da helyum gibi hafif bir gazla doldurulan atmosferde uçabilen küre şeklinde insanlı hava aracıdır. 10.10.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Balonla Hava Taşıma İşletmeleri Talimatı, m.4/10, <http://www.mevzuat.shgm.gov.tr>, erişim tarihi Aralık 2014. Balonu bir hava aracı olarak kabul eden yabancı mahkeme kararı: Benoit c. Deschamps [1985] RFDA 495; bkz. Goldhirsch, s.11.

⁴⁴ Annex 7 to the Convention on International Civil Aviation Aircraft Nationality and Registration Marks, adopted on 8.11.1967; applicable on 8.6.1968.

Uluslararası Hava Taşıma Birliği (*International Air Transport Association/IATA*)⁴⁵ tarafından yayınlanan raporlarda, ‘yolcu’ kavramı ile ilgili olarak iki tanım belirlenmiştir. İlki, hava aracında biletli olarak taşınan kişi⁴⁶; ikincisi ise, mürettebat hariç, taşıyıcının rızası ile hava aracında taşınan kişidir.⁴⁷ Dolayısıyla uçakta pilot ve hostes gibi görevli bulunan kişiler⁴⁸, yolcu sıfatını haiz olmayıp; ilgili taşımacılık sırasında zarar görmeleri hâlinde zararları, Varşova Sözleşmesi kapsamında tazmin edilmez⁴⁹. Dikkat edilmesi gereken husus, Sözleşmenin 1/1. maddesinde geçen “bütün” ifadesinin, uçakta bulunan herkesi kapsamadığı, sadece taşıma sözleşmesine dayanarak o uçakta bulunan kişileri kapsadığıdır⁵⁰.

Bunun yanında, IATA, bagajı, kontrol edilen bagaj (tescil ettirilmiş) ve kontrol edilmeyen (tescil ettirilmemiş) bagaj olarak ikiye ayırmaktadır⁵¹. Kontrol edilen bagaj, taşıyıcının muhafaza altına aldığı ve bagaj senedi düzenleyerek

⁴⁵ Uluslararası Hava Taşıma Birliği, uluslararası taşımacılık yapan hava yolu şirketlerinin üye olduğu; görevinin, düzenli, güvenli ve ekonomik hava ulaşımını sağlamak ve hava yolu ile taşımacılık ticaretini geliştirmek için hava yolu taşıma şirketlerinden oluşan ve ICAO ve diğer uluslararası kuruluşlar ile birlikte çalışan bir ticaret birliğidir. ICAO’dan farkı, hükümetler arası bir örgütlenme olmaması ve uluslararası taşımacılığın ekonomik boyutu ile ilgilenmesidir. Üyeleri arasında idare merkezleri Türkiye’de bulunan Atlas jet, Corendon Hava Yolları, Free Bird Hava Yolları, Onur Air, Pegasus, Sun Express ve Türk Hava Yolları bulunmaktadır. <http://www.iata.org>, erişim tarihi Şubat 2016. Goldhirsch, s.4; Diedericks-Verschoor, s.32, 37.

⁴⁶ IATA SSIM, Passenger Glossary of Terms bkz. www.iata.org, erişim tarihi Kasım 2012.

⁴⁷ IATA PSCRM, RP 1008, Passenger Glossary of Terms bkz. www.iata.org, erişim tarihi Kasım 2012.

⁴⁸ *Deadheading* olarak nitelendirilen personelin yolcu olarak sayılıp sayılamayacağına ilişkin açıklamalar için bkz. a.ş. s.34.

⁴⁹ *In Re Mexico City Aircrash, 31 October 1979 Proceedings, Haley v. Western Airlines; Dzida v. Western Airlines* 708 F.2d 400; Nos. 81-5695, 81-5724 and 81-5721, United States Court of Appeals, Ninth Circuit; Decided May 24, 1983, <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Kasım 2012.

Yargıtay, kaza yapan uçakta görevli bulunan taşıyıcının personelinin yolcu olarak sayılamayacağına, taşıyıcı ile personelinin arasındaki ilişkinin, TSHK kapsamında olmayıp, Borçlar Kanunu kapsamında olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 13. HD, E.2013/26338, K.2014/4778, T.24.2.2014, www.kazanci.com, erişim tarihi Ocak 2015. Bu karara konu olan kaza, taşıyıcının iç taşımacılık faaliyetini ifa ettiği sırada meydana gelmiştir.

⁵⁰ *Sulewski v. Federal Express Corp.*, 933 F.2d 180 (1991), Court of Appeals, 2nd Circuit, Decided May 20, 1991, <http://openjurist.org>, erişim tarihi Kasım 2012.

⁵¹ ABD’nin Ulaştırma Biriminin verdiği tarife göre de, “bagaj”, kişinin kabinde taşıdıkları ve kargo bölümüne verdikleridir. Kişinin paltosu, montu; evrak çantası, cüzdanı, el çantası bagaj olarak sayılmaktadır. *Vekris v. Peoples Exp. Airlines, Inc.*, 707 F. Supp. 675 - United Nations District Court, SD New York, 25 Ağustos 1988, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Kasım 2012. Ancak Almanya, hava yolu çalışanlarına teslim edilen el çantasını, bagaj olarak saymamaktadır. Goldhirsch, s.37.

kaydettiği bagajdır⁵². Kontrol edilmeyen bagaj⁵³ ise yolcunun muhafazası altına aldığı bagaj olarak tanımlanmıştır⁵⁴.

“Eşya” kavramı ise, “taşınması mümkün olan tüm şeylerdir”⁵⁵. Bir başka deyişle, insanların üzerinde egemenlik kurabilecekleri (yani aynî haklara konu olabilecek) her türlü maddî varlık eşyadır⁵⁶. Ulusal mahkemeler, hayvanları da eşya terimine dâhil eden kararlar vermişlerdir⁵⁷. Hatta çoğu hava yolu şirketleri, yolcunun yanında bulunduracağı küçük hayvanlar için ilave bagaj bileti; hava taşıyıcısına emanet ettiği daha büyük hayvanlar için de hava yük senedi düzenlemişlerdir⁵⁸. Ayrıca cenaze hakkında da farklı yönde kararlar mevcuttur. Cenazeyi, ABD içtihadı eşya olarak kabul ederken⁵⁹, Fransız içtihadı, eşya olarak kabul etmemiştir⁶⁰. Türk

⁵² IATA PSCRM, RP 1008, Passenger Glossary of Terms bkz. www.iata.org, erişim tarihi Kasım 2012.

⁵³ IATA kabin bagajı/ el bagajı olarak da adlandırmaktadır.

⁵⁴ IATA PSCRM, RP 1008, Passenger Glossary of Terms bkz. www.iata.org, erişim tarihi Kasım 2012.

⁵⁵ Ülgen, Hava, s.52; Ülgen, Hüseyin: Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul 1988, s.6 (Taşımacılık); Sözer, Yük Taşıma, s.4; Kaner, İnci: Hava Hukuku (Hususi Kısım), İstanbul 2004, s.48 (Hava).

Türkiye’nin taraf olduğu Varşova Sisteminde yer alan hukukî düzenlemelerin Türkçe tercümesinde de “eşya”yı niteleyen kavram için terim birliğine rastlanmamaktadır. 1929 Varşova Sözleşmesinin Türkçe tercümesinde “eşya” kavramı kullanılırken; Sözleşmenin 20/2. maddesinde “yük” ve eşya taşımacılığında taşıyıcı tarafından düzenlenen senet için de “hava yük senedi” kavramı kullanılmıştır. 1955 Lahey Protokolü ile 1975 Montreal 4. Ek Protokolünün Türkçe tercümelerinde ise, Varşova Sözleşmesinin tercümesinden farklı olarak “yük” kavramı tercih edilmiştir. Montreal Sözleşmesine ilişkin kısımda göreceğimiz üzere, Montreal Sözleşmesinin Türkçe tercümesinde, diğer metinlerden farklı olarak “kargo” kavramı tercih edilmiştir.

Yük “belli bir ekonomik değeri bulunmayan, kimin mülkiyetinde olduğunun önem taşımadığı; mala/eşyaya/şeye, taşıma aşamasında veya taşınması sırasında verilen isimdir. Diğer bir deyişle, taşıma işlemine has ve taşıma ile ilgili olarak kullanılan terimdir.” Sözer, Yük Taşıma, s.6’den naklen.

⁵⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Akman; Altop, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyedlik- Tapu Sicili, Mülkiyet, İstanbul 1989, s.19 (Eşya).

⁵⁷ Atlarla ilgili olan *United International Stables Ltd. v. Pacific Western Airlines* 5 Dom. L. Rep.3d 67 (Brit. Col. Sup. 1969); yarış köpekleri ile ilgili olan *Dalton v. Delta Airlines* 570 F.2d 1244 (5th Cir 1978); maymunlarla ilgili olan *Parke Davis & Co. v. British Overseas Airways Corp.* 170 N.Y.S. 2d 385 (N.Y. C.v. Ct. 1958) kararları için bkz. Goldhirsch, s.10.

⁵⁸ Lanza, Noreen: “Keeping the “Live” in Live Animal Air Cargo Transport”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 76, No. 2 (2011), s.235.

⁵⁹ *Compton v. American Airlines*, 348 S.W. 2d 427 (Tex. Ct. Civil Appeal 1961); *Johnston v. American Airlines* 834 F.2d 721 (9th Cir. 1987); *Onyeausi v. Pan American* 952 F2d 788 (3 rd Cir 1992)”: bkz. Goldhirsch, s.10,11.

⁶⁰ “*Djedraoui c. Tamisier*, 1953 RFDA 494 (Trib. Paix Paris, 31 March 1952). Ayrıca 19 Mayıs 1956 tarihli Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi (*Convention on the Contract for the*

doktrinde ise hayvanların eşya kategorisine girdiği kabul edilmiş iken, cenazenin eşya olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır⁶¹.

c. Taraflar Arasında Bir Sözleşme⁶² Bulunmalıdır

Sözleşmenin 1/2. maddesi ve 33. maddesi, yolcu veya eşya gönderen kişi ile taşıyıcı arasında bir taşıma sözleşmesinin olması gerektiğini göstermektedir.

Varşova Sistemi içinde yer alan hiçbir hukukî metin içinde “sözleşme” kavramından ne anlaşılması gerektiği izah edilmemiştir. Ancak Amerikan içtihadında taşıma sözleşmesi şu şekilde târif edilmiştir:

“Taşıma sözleşmesi, yolcu ile taşıyıcı arasında bir ilişkinin doğduğunu göstermektedir. Bu ilişki, taşıyıcının yolcunun bir noktadan diğerine uluslararası taşımacılığını üstlenmesi; yolcunun da taşıyıcının bu yükümlülüğüne rıza göstermesidir. Varşova Sözleşmesi hükümleri altında bir uyuşmazlığın çözümü için sözleşmesel ilişkinin kurulması gerekir. Taşıma sözleşmesinin amacı, uçağın zorunlu iniş yaptığı hâller dışında, tarafların, kendilerinin belirlediği varma ve kalkma yerlerine bağlı olmalarıdır. Tarafların, kendi yükümlülüklerini bilerek ve sonucu öngörerek o sözleşmeyi yapmaları nedeniyle taşıma sözleşmesinin varlığı

International Carriage of Goods by Road/CMR) kapsamında, cenaze eşya olarak kabul edilmemektedir.

⁶¹ Cenazeyi eşya olarak kabul eden görüşler için bkz. Ülgen, Hava, s.42; Ülgen, Taşımacılık, s.6; Sözer, Yük Taşıma, s.2-3; Kaner, Hava, s.48. Buna karşın, cenazeyi eşya olarak kabul etmeyen görüşler için bkz. Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.305; Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s.6 (Eşya).

2004 tarihli ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununda hayvanların eşya sayılmadığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, RG. 1.7.2004- 25509.

Ayrıca Yargıtay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, İzmir’den Santiago’ya taşınması üzerine hava yolu şirketine verilen kerevitlerin, yolda telef olmasına ilişkin olarak, ilk derece mahkemesi ve Yargıtay, Varşova Sözleşmesinin eşya taşımacılığına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına karar vermişlerdir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1995/3924, K. 1995/7980, T. 26.10.1995 (yayınlanmamış).

⁶² 1929 Varşova Sözleşmesinin İngilizce metninde “contract/ sözleşme” ifadesine yer verilmiştir; ancak Sözleşmenin Türkçe tercümesinde “anlaşma” terimi kullanılmıştır. Öte yandan, 1955 Lahey Protokolünün 1. maddesinde ise “agreement/anlaşma” kavramı tercih edilmiştir.

önemlidir. Bu sözleşmesel ilişkinin varlığına da yolcu bileti kanıt teşkil eder”⁶³.

Yolcu veya gönderici, taşıyıcı ile karşılıklı olarak taşıma sözleşmesinin şartlarını ve hükümlerini müzakere edemez⁶⁴. Ancak yolcu veya gönderici, taşıma sözleşmesinin şartlarını, taşıma biletini satın alarak kabul eder. Dolayısıyla avantaj, kendisinin belirlediği sözleşme şartları ile kendisini korumaya alması açısından taşıyıcıda, yani hizmet sağlayan kişidedir⁶⁵. Yolcunun, taşıyıcıyı ve güzergâhı değiştirdiği her bilet, yeni bir sözleşme sayılırken; taşıyıcının uçuş gününü ve saatini değiştirmesi, taşıma sözleşmesinin değişmesi olarak yorumlanmamıştır⁶⁶.

Taşıma sözleşmesinin mutlaka yazılı şekilde yapılmasının şart olmadığı; sözlü şekilde yapılmasının da mümkün olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁶⁷. Ancak taşıma sözleşmesinin yapıldığının taşıma belgesi ile ispat edileceği; bu belgenin, sözleşmenin açıklanmış hâli olduğu yabancı mahkeme kararları ile ortaya konmuştur⁶⁸. Ayrıca 1955 tarihli Lahey Protokolü ile taşıma belgesinin taşıma sözleşmesinin varlığı ve şartları hususunda, aksi sabit oluncaya kadar geçerli delil

⁶³ Naklen, *Block v. Compagnie Nationale Air France*, 386 F. 2d 323 - United States Court of Appeals, 5th Circuit 1967, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

⁶⁴ Buna ilişkin açıklamalar için bkz. a.ş. s.237, 259 vd.

⁶⁵ Blackshaw, Carole: *Aviation Law and Regulation, a Framework for the Civil Aviation Industry*, Londra 1992, s.144.

⁶⁶ *Tanneries de Lutece c. Air France*, 1966 RFDA 105, Tribunal de Comm. Seine, 23 February 1965, rev'd on other grounds 1967 RFDA 70, C.A.Paris, 16 November 1966; *Rotterdamsche Bank v. BOAC*, [1953] 1 All E.R. 675, Q.B. 1953; bkz. Goldhirsch, s.19-20.

⁶⁷ Sözer, Hava Taşımaları, s.382. Yabancı unsurlu taşıma sözleşmesinin şeklini idare eden hukukun Türk hukuku olduğu varsayıldığında, taşıma sözleşmesi açıkça veya zımnî bir şekilde de yapılabilir; yeter ki taşıma faaliyetinin yerine getirilmesi yönünde tarafların irade açıklamasının mevcudiyeti tespit edilebilsin. Sözer, Hava Taşımaları, s.383.

⁶⁸ *In Re Air Crash at Bali, In re Air Crash in Bali, Indonesia*, 462 F. Supp. 1114 - District Court, CD California 1978; *Kelley v. Sabena Belgian World Airlines*, 242 F.Supp. 129 (E.D.N.Y.1965); *Burdell v. Canadian Pac. Airlines, Ltd.*, 11 Av.Cas. 17,251, Ill.Cir.1969; *Galli v. Re Al Brazilian International Airlines*, 29 Misc.2d 499, 211 N.Y. S.2d 208, Supreme Court of Queens City. 1961; *Straton v. Trans Canada Air Lines*, 7 Av.Cas. 17,724, British Columbia, 196; bkz. Goldhirsch, s.27. Bu anlayışın aksine Alman hukukunda bilet olmadan bir sözleşmenin de olamayacağı kuralı hâkimdir; bir diğer deyişle bilet, taşıma sözleşmesinin kanıtı değil; kendisidir: Goldhirsch, s.27.

sayılacağına ilişkin karine getirilmiştir (yolcu biletine ilişkin m.III/2; bagaj senedine ilişkin m.IV/2)⁶⁹.

Varşova Sözleşmesinin İngilizce metninde “sözleşme/*contract*”; Fransızca metninde ise “*stipulations/ şartlar*” terimi kullanılmıştır (m.1/2). İçtihatla, İngilizce metninde kullanılan terim kapsamına sadece yolcu-taşıyıcı arasından yapılan sözleşmenin; Fransızca metninde kullanılan terim kapsamına ise taşıyıcı ve yolcu arasında yapılan sözleşmenin yanında tarafların (taşıyıcı ile yolcunun) üçüncü bir kişi aracılığıyla yaptığı sözleşmelerin (çarter sözleşmelerinin) dâhil olduğu ifade edilmiştir⁷⁰.

Bu bağlamda, çarter sözleşmelerinin Varşova Sözleşmesine dâhil edilebilir nitelikte olup olmadığı üzerinde durulması gerekir. Nitekim çarter sözleşmeleri, uluslararası taşımacılık sırasında sıklıkla karşılaşılan ve taşıyıcıların kullandığı sözleşme türüdür. Çarter sözleşmesi “hava aracının maliki veya gerekli yetkiye sahip işleticisi tarafından (çarterleyen), karşı sözleşene (tahsis edilen/çarterer), belli bir süreliğine veya belli bir veya birkaç sefer için mürettebatlı veya mürettebatsız olarak, uçağın tamamı veya belirli bir bölümünün tahsis taahhüdünü içeren” sözleşmedir⁷¹. Ancak çarter sözleşmesinin tahsis taahhüdünün yanında taşıma taahhüdünü de içermesi hâlinde, Varşova Sözleşmesinin hükümlerine tâbi olacağı doktrinde ve içtihatla ortaya konulmuştur⁷².

⁶⁹ Varşova Sözleşmesi, sadece hava yük senedinin taşıma sözleşmesinin varlığına delil sayılacağını düzenlenmiştir (m.11/1).

⁷⁰ *Block v. Compagnie Nationale Air France*, 386 F. 2d 323 - United States Court of Appeals, 5th Circuit 1967, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

⁷¹ Sözer, Hava Taşımacılığı, s.391, 392; Ülgen, Hava, s.11-12; 31. Ayrıca çarter sözleşmesinin, taşıma sözleşmesinden farklı özelliklere sahip olduğu doktrinde belirtilmiştir. Bu özellikleri, tarifeli sefer olmaması; halkın yararlanmasına açık olmaması; seferin organize edilmesi ve sözleşmenin yapılması için bir aracıya ihtiyaç göstermesidir. Sözer, Hava Taşımacılığı, s.391.

⁷² Sözer, Hava Taşımacılığı, s.393; Ülgen, Hava, s.32.

Ayrıca Amerikan içtihadından örnek olarak *Block* davası verilebilir. 1962 yılında Atlanta-Paris-Atlanta yolculuğunun son ayağı olan Paris- Atlanta seferi sırasında, Air France Hava Yollarına ait

Taşıma sözleşmesinin tanımını ve charter sözleşmelerinin de belli şartlar altında Varşova Sözleşmesi kapsamında dâhil edildiğini tayin ettikten sonra taşıma sözleşmesinin varlığının kanıtı olarak sayılan taşıma belgeleri üzerinde durmanın yararlı olacağı kanısındayız.

Varşova Sisteminin içinde yer alan hukukî metinlerde, taşıma belgeleri olarak ‘yolcu bileti, bagaj senedi ve hava yük senedinin’ tanımı ve içeriği düzenlenmiştir.

(1) Yolcu Bileti (*Passenger Ticket*)

Sözleşmenin hazırlayıcıları yolcu biletini, yolcuya “elden verilen kâğıt belge” olarak tanımlamışlardır⁷³. Bu faraziye günümüz şartlarına, elektronik bilet açısından artık uygun düşmemektedir. Sözleşme, yolcu biletinin tanımını yapmamış olmasına rağmen yolcu biletinde yazılması gerekenleri 3/1. maddesinde saymıştır⁷⁴. Öte yandan, 1955 tarihli Lahey Protokolü ile yolcu biletinde yazılması gereken hususlar tamamen değiştirilmiş ve basitleştirilmiştir (m.III)⁷⁵.

olan bir uçak Paris’te kaza yapmıştır. Kaza sonucunda uçakta bulunan ve Air France Hava Yolları ile charter sözleşmesi yapan Atlanta Sanat Birliği üyeleri hayatını kaybetmiştir. Davacıların Varşova Sözleşmesinin charter uçuşlarına uygulanmayacağını iddia etmelerine karşın Air France, charter sözleşmesinin, taşıma sözleşmesi olarak Varşova Sözleşmesine tâbi olduğunu ve kazanın meydana geldiği yer olan Fransız hukukunun davaya uygulanacağını ve dolayısıyla Fransız hukukunun Varşova Sözleşmesinde düzenlenen sorumluluk sınırını kabul ettiğini savunmuştur. Bu iddia ve savunma üzerine yerel mahkeme, eğer taraflar arasında charter sözleşmesi olmasaydı, böyle bir uçuşun da gerçekleşmeyeceğine ve taşıma şirketinin daha önceden yolculara verdiği bilete, uçuşun Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğunu yazmasına dayanarak, taşıyıcıyı Varşova Sözleşmesine göre sorumlu tutmuştur. Nitekim somut uyuşmazlıkta charter sözleşmesi, taşımacılığın yanı sıra mürettebatın tahsisini de kapsamaktadır. *Block v. Compagnie Nationale Air France*, 386 F. 2d 323 - United States Court of Appeals, 5th Circuit 1967, erişim tarihi Ocak 2013.

⁷³ Goldhirsch, s.27.

⁷⁴ Yolcu biletinde yazılması gereken hususlar şunlardır: Biletin kesildiği yer ve tarih; kalkma yeri ve varma yeri; kararlaştırılan durma yerleri ve taşıyıcı veya taşıyıcıların isim ve adresleri; taşıyıcının, bu Sözleşme ile konulan sorumluluğa ilişkin kurallara bağlı olduğuna dair bir beyan. Ancak taşıyıcı gerektiğinde, durma yerlerini değiştirebilir; fakat bu değişiklik, taşımanın uluslararası niteliğini ortadan kaldırmaz.

⁷⁵ Buna göre yolcu biletinde yazılması gereken hususlar şunlardır: Kalkma ve varma yerleri; kalkma ve varma yeri bir tek Taraf Devlet ülkesi içinde ise, başka bir devletin ülkesinde olmak üzere bir veya birden fazla kararlaştırılmış durma yeri varsa, bu durma yerlerinden en az biri; taşımanın varma yeri veya durma yeri, başladığı ülkeden başka bir ülkede ise, Varşova Sözleşmesinin uygulanabileceğini ve Sözleşmenin, yolcunun ölümü, kişisel yaralanması veya bagajın kaybı veya hasan bakımından taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediğini ve birçok hallerde sınırladığını belirten bir ihbar.

Sözleşme ve Protokol kapsamında, bilette yazılması gereken hususlardan olan kalkma, varma ve durma yerleri, uluslararası taşımacılık tanımının unsurlarına işaret etmektedir.

Ayrıca, Sözleşme ve Protokol kapsamında bilette yazılması gereken, “taşımacılığın Sözleşme hükümlerine tâbi olduğuna” ilişkin ifade, Sözleşmede beyan (*statement*), Protokolde ihbar (*notice*)⁷⁶ olarak isimlendirilmiştir. İki terim arasındaki fark, Lahey Protokolünde geçen ifade ile yolcunun mâkul bir şekilde okumasını beklemekten öte dikkatini çekebilmesinin sağlanmasıdır⁷⁷. Bu gerekçe ile Lahey Protokolünün Türkçe tercümesinde yer alan “not” kavramı yerine ihbar teriminin kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Sözleşmenin 3/2. maddesinde, yolcu biletinin yokluğu, usulüne uygun olmaması veya kaybı, taşıma sözleşmesinin varlığını ve geçerliliğini etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu maddede, yolcu bileti verilmemiş olan bir yolcuyu taşıyıcının kabul etmesi hâlinde, bu Sözleşmenin taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanamayacağına ilişkin ağır bir yaptırım öngörülmüştür⁷⁸. Buna karşın, Protokolün 3. maddesinin 2. fıkrası ile yolcu bileti

⁷⁶ Varşova İhbarı/*Warsaw Notice*” olarak isimlendirilir. Blackshaw, s.169.

⁷⁷ *Montreal Trust v. Canadian Pacific Airlines* 12 Avi 17197 Superior Court of Montreal 1971: bkz. Goldhirsch, s.28.

⁷⁸ Bu hükümler, 20, 21, 22 ve 26. maddelerdir.

Bilet teslim edilmeyen yolcunun uçağa kabul edilmesi hâli ile yolcu biletinin yokluğu, usulüne uygun düzenlenmemesi veya kaybı hâli karıştırılmamalıdır. İlk hâlde, taşıyıcı, Sözleşme kapsamında sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran beyinelerden; Protokol ile de sadece sorumluluğun parasal sınırından yararlanamamaktadır. Son hâlde ise, Sözleşme kapsamında herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak 1989 yılına kadar yolcuya teslim edilmeyen bilet ifadesi ile biletin yolcu dışında bir başkasına teslimi veya biletin zamansız teslimi veya bilette yazılması gereken hususların düzensiz bir şekilde (örneğin küçük ve yolcunun dikkatini çekmeyen bir şekilde) yazılmasının kastedildiği çoğu mahkeme kararlarında vurgulanmıştır. Ross, known as *Jane Froman v. Pan American Airways*, 299 N.Y. 88; 85 N.E. (2d) 880, New York Court of Appeals, April 14, 1949: bkz., *the American Journal of International Law*, Vol.43, No.3 (1943), s. 814; *Mertens v. Flying Tiger Line*, 341 F.2d 851, United States Court of Appeals Second Circuit, 16 Şubat 1965, <http://openjurist.org>; erişim tarihi Ocak 2013; *Warren v. Flying Tiger Line*, 352 F.2d 494 United States Court of Appeals Ninth Circuit, 25 Ekim 1965, Public resource org.: <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Ocak 2013; *Lisi v. Alitalia-Linee Aeree Italiane*, S. p. A., 370 F. 2d 508 - United States Court of Appeals, 2nd

teslim edilmeyen bir yolcunun uçağa taşıyıcı tarafından kabulü hâlinde, taşıyıcının sadece sorumluluğunun parasal sınırından yararlanamayacağına ilişkin daha net ve daha mâkul bir yaptırım öngörülmüştür⁷⁹. Ayrıca Protokolün ilgili maddesinde; taşıyıcının, sorumluluğunun parasal sınırından yararlanamayacağı bir diğer hâl olarak, yolcu biletinde yazılması gereken ihbarın yazılmaması kabul edilmiştir⁸⁰.

Bilette yazılması gereken diğer hususların yazılmaması hâli için yaptırım öngörülmemiştir⁸¹.

(2) Bagaj Senedi (*Luggage Ticket*)⁸²

Yolcu ile taşıyıcı arasında taşıma sözleşmesinin akdedildiğini gösteren diğer taşıma belgesi, bagaj senedir. Bagaj senedi, yolcunun yanında alıkoyduğu küçük kişisel eşyasından ayrı bagajın taşınması için verilen senettir (Varşova Sözleşmesi m.4/1). Bu nedenle, bagaj senedi aslında yolcu bileti ile birlikte değerlendirilmelidir.

Lahey Protokolünün IV. maddesi, bagaj senedinin, yolcu biletinin içinde veya onunla

Circuit, 16 December 1966, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013; *Parker v. Pan American World Airways*, 447 S.W.2d 731, Court of Civil Appeals of Texas, Dallas, 1969, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Ocak 2013.

Daha sonraları ulusal mahkemeler, vermiş oldukları hatalı kararları düzelterek, “hatalı biletin, hiç teslim edilmemiş bilet” sayılacağı anlayışını terk etmişlerdir. *Chan v. Korean Air Lines, Ltd.*, 490 US 122 - Supreme Court 1989; *In Re Korean Air Lines Disaster on 1 September 1983*, 664 F. Supp. 1463 - District Court, Dist. of Columbia 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013; *Ludecke v. Canadian Pacific Airlines, Ltd.*, Supreme Court of Canada, 98 D. L. R. 3d 52, 1979: bkz. Chan kararı. Davaların yorumu için bkz. Tompkins, George, N. Jr: “The Road From Lisi to Chan- Notice of the Warsaw Convention Limits of Liability”, *Air and Space Law: De Lege Ferenda, Essays in Honour of Henri A. Wassenbergh*, ed. Mason-Zwaan, Tanja L. & Mendes de Leon, Pablo, Hollanda 1992, s.135 (Lisi); Goldhirsch, s.29; Mankiewicz, Rene, H.: “The U.S. Supreme Court Finally Overrules Lisi v. Alitalia”, *Air Law*, Vol.XV, No.1 (1990), s.45 (Lisi).

⁷⁹ Sözleşmenin 22. maddesinde yolcu taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğu her yolcu için 125.000 altın karşılığı frankla sınırlıdır; ancak bu sınır Lahey Protokolü ile 250.000 altın karşılığı franka yükseltilmiştir (m.XI).

⁸⁰ *Dames Veuves Morand et Mersaud c. Societe Air Centre* davasında mahkeme, bu hükme uymayarak, yolcu biletinde Lahey Protokolünün 3/1. maddesinin c fıkrasında belirtilen ihbarın yazılmamasının hava yolu taşıyıcısının Sözleşmenin 22. maddesinde düzenlenen sorumluluk sınırından yararlanmasını engellemeyeceğine karar vermiştir. *Dames Veuves Morand et Mersaud c. Societe Air Centre*, aff’d 1976 R.F.D.A.138 (C.A.Riom, 24 January 1973) aff’d D.S.1977 I.R. 152 (Cass. 21 Dec. 1976): bkz. Goldhirsch, s.28.

⁸¹ Türkiye’nin onayladığı; ancak Sistem içinde yürürlüğe girmese de, kendisinden sonra kabul edilen hukukî metinlerin hazırlanmasında dikkate alınan 1971 Guatemala City Protokolü, taşıyıcının sorumluluğunu mutlak sorumluluk olarak kabul etmiş ve yolcuya bilet teslim edilmemesi hâlinde taşıyıcının sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacağına ilişkin fıkrayı kaldırmıştır.

⁸² Lahey Protokolünde kullanılan terim, *baggage check*.

birleştirilmiş şekilde verilebileceğini düzenlemiştir. Bagaj senedi, bagajın kaydedildiği ve taşıma anlaşmasının şartları hususunda aksi sabit oluncaya kadar geçerli bir delil sayılmıştır (Lahey Protokolü IV/2. madde).

Varşova Sözleşmesinin hükümlerine bakıldığında, bagaj senedinde yazılması gereken hususlar, yolcu biletine nazaran daha ayrıntılı düzenlenerek, daha katı kurallara bağlanmıştır (m.4/3)⁸³. Ayrıca yolcu biletine ilişkin düzenlemeye paralel olarak, bagaj senedinin yokluğu, düzensizliği ve kaybı, taşıma sözleşmesinin varlığını ve geçerliliğini etkilemez. Bunun yanında, taşıyıcının bagaj senedi teslim edilmeyen bagajı teslim alması hâlinde veya bagaj senedinde, yolcu bileti numarası, paketlerin adedi ve ağırlığı ve taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin beyan yer almadığında, Sözleşmenin taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden⁸⁴ yararlanılamayacağı açıkça düzenlenmiştir (m.4/4)⁸⁵.

Ancak Sözleşmede yazılması gereken hususlar, Lahey Protokolü ile değişikliğe uğramıştır (m.IV/1)⁸⁶. Ayrıca taşıyıcı bagaj senedi olmadan bagajı

⁸³ Bagaj senedinde yazılması gereken hususlar şunlardır: Biletin kesildiği yer ve tarih; kalkma yeri ve varma yeri; taşıyıcı veya taşıyıcıların isim ve adresleri; yolcu biletinin numarası; bagajın, bagaj senedini elinde bulunduran kişiye teslim olunacağına dair bir beyan; paketlerin adedi ve ağırlıkları; madde 22 (2) uyarınca bildirilmiş olan değer ve taşımının, bu Sözleşmede kabul edilen sorumluluğa ilişkin kurallara bağlı olduğuna dair bir beyan.

⁸⁴ Bu hükümler, 20, 21, 22 ve 26. maddelerdir.

⁸⁵ Çeşitli kararlarda, bagaj senedinde bu hususların eksik olmasının teknik ve şekli sebeplerden ileri gelebileceği ve taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran hükümlerinden yararlanamayacağına ilişkin hükme birebir bağlı kalınmaması gerektiği ileri sürülmüştür. *Arkin v. New York Helicopter Corp.*, New York Supreme Court, New York County, 14 Ekim 1988, 21 Avi 17, 678; *Air Law*, Vol. XIV, No. 3, 1989, s.152; eleştirisi için Barrett, Jonathan; Lewis, Robert A.: "Failure to Comply with Documentary Technicalities of Warsaw Convention Leads to Unlimited Liability in Baggage Cases", *Air Law*, Vol. XV, No.2 (1990), s.98-99. Ayrıca *Martin v. Pan American* (1983); *Jalloh v. TWA* (1985); *Republic National Bank v. Eastern Airlines* (1986); *Abbaa v. Pan American* (1987); *Feeney v. American West Airlines* (1997); bkz. Goldhirsch, s.39.

Ancak yukarıda üzerinde durduğumuz Chan kararında da mahkeme, bagaj senedine ilişkin olan 4. madde ile hava yük senedine ilişkin olan 9. maddenin, taşıma belgelerinde eksik olan hususlar için taşıyıcılara yaptırım öngördüğünü ve taşıyıcının sorumluluğunun sınırsız sorumluluk olduğunu vurgulamıştır. Bkz. yuk. dn.78.

⁸⁶ Bagaj senedinde yazılması gereken hususlar şunlardır: Kalkma ve varma yerleri; kalkma ve varma yeri bir tek Taraf Devlet ülkesi içinde ise, başka bir devletin ülkesinde olmak üzere bir veya birden fazla kararlaştırılmış durma yeri varsa, bu durma yerlerinden en az biri; taşımının varma yeri veya durma yeri, başladığı ülkeden başka bir ülkede ise, Varşova Sözleşmesinin uygulanabileceğini ve

sorumluluğuna alırsa veya bagaj senedinde, taşımacılığın, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıran hükümlerine tâbi olduğuna ilişkin ihbar yer almazsa; taşıyıcı, Sözleşme kapsamındaki sorumluluğunun parasal sınırından (m.22/2)⁸⁷ yararlanamayacaktır (m.IV/2)⁸⁸.

(3) Hava Yük Senedi (*Air Consignment Note*)⁸⁹

Taşıma belgelerinden bir diğeri, hava yük senedir. Yolcu biletine ilişkin düzenlemelerin aksine hava yük senedine ilişkin hükümlerin (5-16. maddeleri) ayrıntılı olarak düzenlenmesinin gerekçesi, taraf sayısının fazlalığıdır⁹⁰. Hava yük senedinin tarafları taşıyıcı; taşıyıcı ile taşıma sözleşmesi akdeden eşya gönderen kişi (gönderici veya yükleyen) ve taşıyıcının eşyayı teslim etmesi gereken, eşya gönderilen kişidir (alıcı)⁹¹. Her eşya taşıyıcısı, göndericiden kendisine hava yük senedini düzenleyip teslim etmesini; her gönderici de, bu senedi kabul etmesini talep etme hakkına sahiptir (m.5/1). Birden fazla paket olması hâlinde, taşıyıcı ayrı ayrı hava yük senetleri düzenlenmesini göndericiden isteyebilir (m.7).

Hava yük senedi, gönderici tarafından üç nüsha olarak düzenlenmelidir. İlk nüsha, taşıyıcı için yazılıp, gönderici tarafından imzalanır; ikinci nüsha, alıcı içindir ve taşıyıcı ile gönderici tarafından imzalanır ve eşya ile birlikte verilir; üçüncü nüsha, taşıyıcı tarafından imzalanır ve eşyanın kabul edilmesinden sonra göndericiye teslim

Sözleşmenin, bagajın kaybı veya hasan bakımından taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediğini ve birçok hallerde sınırladığını belirten bir ihbar.

⁸⁷ Söz konusu maddeye göre, taşıyıcının bagajlar için sorumluluk sınırı, 250 altın karşılığı franktır.

⁸⁸ 1971 Guatemala City Protokolü, taşıyıcının sorumluluğunu mutlak sorumluluk olarak kabul etmesi ve taşıyıcı lehine hiçbir kurtuluş beyyinesine yer vermemesi nedeniyle yolcuya bagaj senedi teslim edilmemesi hâlinde taşıyıcının sınırlı sorumluluk hâlinde yararlanamayacağına ilişkin fıkrayı kaldırmıştır.

⁸⁹ Lahey Protokolünde kullanılan terim, *airway bill*.

⁹⁰ Blackshaw, s.171.

⁹¹ Blackshaw, s.172.

edilir (m.6/2). İlk nüsha, taşıma sözleşmesinin varlığını; ikinci nüsha, eşyanın alıcı tarafından teslim alındığını kanıtlamak içindir⁹².

Hava yük senedine yazılması gereken hususlar, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenmiştir⁹³. Ayrıca hava yük senedi, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, eşyanın alındığına ve taşımanın şartlarına, aksi ispatlanana kadar karine teşkil eder (m.11/1)⁹⁴. Hava yük senedinin yokluğu, usulüne uygun olmaması veya kaybı, taşıma sözleşmesinin varlığını ve geçerliliğini etkilemez (m.5/2). Ancak taşıyıcının hava yük senedi düzenlenmemiş eşyayı kabul etmesi hâlinde veya senette bulunması gereken ifadelerden madde metninde belirtilenlerin yazılmaması durumunda, taşıyıcı, sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran Sözleşme hükümlerinden yararlanamaz (m.9).

1955 Lahey Protokolünün VI. maddesinde hava yük senedine yazılması gereken hususlar basitleştirilmiştir⁹⁵. Ayrıca eşyanın hava yük senedi düzenlenmeden

⁹² Blackshaw, s.172, 173.

⁹³Hava yük senedinde yazılması gereken hususlar şunlardır: Senedin düzenlendiği yer ve tarih; kalkma yeri ve varma yeri; kararlaştırılan durma yerleri; şu şartla ki, taşıyıcı gerektiğinde durma yerlerini değiştirebilecek fakat bu değişiklik, taşımanın uluslararası niteliğini ortadan kaldırmayacaktır; göndericinin isim ve adresi; ilk taşıyıcının isim ve adresi; durum gerektiriyorsa, alıcının isim ve adresi; eşyanın cinsi; paketlerin adedi, ambalaj şekli, üzerlerindeki özel işaretleri veya numaralan; eşyanın ağırlığı, miktarı, hacmi, boyutları; eşyanın ve ambalajın görünüşteki durumu; kararlaştırılmış ise taşıma ücreti, ödeme yeri, tarihi ve kimin tarafından ödeneceği; eğer eşya teslim alındığında ödenmek üzere gönderiliyorsa eşyanın fiyatı, durum gerektiriyorsa yapılan masraflar; madde 22 (2) uyarınca bildirilmiş olan değer; hava yük senedinin kaç tane düzenlendiği; hava yük senedine ilişkin olarak taşıyıcıya verilen belgeler; eğer kararlaştırılmış ise, taşımanın bitimi için tespit edilen süre ve takip edilecek yol hakkında kısa bilgi; taşımanın, Varşova Sözleşmesinin sorumluluğa ilişkin kurallara tâbi olduğuna dair bir beyan.

⁹⁴ Ayrıca maddenin devam fıkrasında, hava yük senedine yazılan beyanlardan eşyanın ağırlığı, boyutu ve ambalaj şekli ile paketlerin adedine ilişkin hususlar, aksi sabit oluncaya kadar geçerli delil sayılır. Ancak eşyanın miktarı, hacmi ve eşyanın durumuna ilişkin hususlar, eşyanın görünüşü ve taşıyıcı tarafından göndericinin önünde kontrol edilmesi ve kontrol edildiği yük senedinde belirtilmesi hâlleri dışında taşıyıcı aleyhine delil sayılmazlar.

⁹⁵ Hava yük senedinde yazılması gereken hususlar şunlardır: Kalkma ve varma yerleri; kalkma ve varma yerleri bir tek Taraf Devlet ülkesinde ise, bir veya birden fazla kararlaştırılmış durma yerlerinden en az biri; taşımanın varma yeri veya durma yeri başladığı ülkeden başka bir ülkede ise, Varşova Sözleşmesinin uygulanabileceğini ve Sözleşmenin, yükün kaybı veya hasarı bakımından taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediğini ve birçok hallerde sınırladığını belirten bir ihbar.

taşıyıcının rızası ile uçağa yüklenmesi veya hava yük senedine ihbarın yazılmaması hâllerinde, taşıyıcı, sorumluluğun parasal sınırından yararlanamaz (m.VII).

1975 Montreal 4. Ek Protokolü ile eşya taşımacılığına ilişkin hükümler önemli ölçüde değiştirilmiştir. Protokol ile hava yük senedinin düzenlenmesi zorunlu tutulmuştur (m.5). Ayrıca Protokolde, hava yük senedinin; farklı bir yöntemle hazırlanması kabul edilerek, senedin elektronik olarak hazırlanabilmesinin önü açılmıştır. Bu hâlde taşıyıcı, göndericiye bir kargo makbuzu⁹⁶ teslim etmelidir (m.5/2). Protokol ile hava yük senedinde ve kargo makbuzunda yazması gereken beyanlar tekrar ele alınmıştır (m.8)⁹⁷. Ayrıca bu beyanlara uyulmamasının taşıma sözleşmesinin varlığını ve geçerliliğini etkilemeyeceği, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümler dâhil taşıma sözleşmesinin aynı ölçüde bu Sözleşme kurallarına tâbi olacağı hüküm altına alınmıştır (m.9).

İlgili başlık altında üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, taşıma belgelerinde yazılması gereken beyanların hangi dilde yazılacağıdır. Amerikan⁹⁸ ve Fransız⁹⁹ mahkemeleri, biletin üzerinde yazılması gereken yazıların, taşıyıcının ana dilinde yazılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Ayrıca, Yunan mahkemesi, yolcu biletinin, her yolcunun anlayabileceği dilde yazılamayacağını ve bir yolcunun, taşıyıcının ana dilini bilmediği için taşımacılığın Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğunu anlamamasının, uyuşmazlığa Sözleşmenin uygulanmasını

⁹⁶ Protokolün Türkçe tercümesinde “alındı” ifadesi kullanılmıştır.

⁹⁷ Bu beyanlar şunlardır: kalkma ve varma yerleri; kalkma ve varma yerleri bir tek Taraf Devlet ülkesinde ise, bir veya birden fazla kararlaştırılmış durma yerlerinden en az biri ve gönderilen eşyanın ağırlığıdır.

⁹⁸ *Georgakis v. Eastern Airlines* davasında, mahkeme, taşıma belgesinde taşıyıcının sorumluluk sınırının Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğunun İngilizce yazılmasına rağmen, davacının İngilizce bilmemesi nedeniyle böyle bir uyarıdan haberdar sayılamayacağını; dolayısıyla taşımanın Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi olmadığını belirtmiştir. *Georgakis v. Eastern Air Lines, Inc.*, 512 F. Supp. 330 -United States District Court, ED New York 1981, <http://law.justia.com>, erişim tarihi Ocak 2013.

⁹⁹ *Vandelay c. Roberts* (1979) RFDA 97 (T.G.I. Paris 8 February 1978): bkz. Goldhirsch, s.32.

engellemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁰. Özellikle uluslararası taşımacılık yapan şirketlerin, her bileti her yolcunun anlayabileceği şekilde düzenleyebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla taşıma belgelerinin, hava yolu şirketinin tâbiyetini taşıdığı devletin ana dilinde ve dünyada yaygın olarak bilinen İngilizce olarak hazırlanması yeterlidir.

ç. Taşımacılık Ücret Karşılığı Yapılmalıdır

Varşova Sistemine dâhil olma şartlarından bir diğeri, taşımacılığın ücret karşılığı yapılmasıdır. Yolcu veya eşya gönderen kişi ile taşıyıcı arasında yapılan hava yolu ile taşımacılık, belirli bir ücrete¹⁰¹ dayanmalıdır. Taraflar, açıkça veya zımnî olarak ücreti başlangıçta saptayabilirler. Ayrıca ücretin sadece tür ve kapsamı açısından belirlenebilir nitelikte olması yeterli olabilir¹⁰². Taraflar, ücreti kendi aralarında kararlaştırabilecekleri gibi belirli bir tarifeye de tâbi tutabilirler¹⁰³.

Uçağa kaçak olarak binen yolcuların, bindikleri uçağın kaza yapması sonucu zarara uğrasalar bile ücret ödeme şartını yerine getirmedikleri için Sözleşme hükümleri kapsamında zararları tazmin edilmemektedir¹⁰⁴. Bu bağlamda, ücret ödeme şartının yerine getirilmediği taşımalar, Sözleşme kapsamına dâhil değildir. Bir diğer ifade ile Sözleşmenin kapsamına ticarî nitelikte taşımalar dâhil edilmiştir¹⁰⁵. Uluslararası nitelikteki ücretsiz taşımalar ile ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, tarafların kararlaştırdıkları hukuka veya taraflar hukuk kararlaştırmamışlarsa, hâkimin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına göre yetkili olan hukuka tâbidir¹⁰⁶.

¹⁰⁰ *X and Y v. Olypmic Airways*, High Court of Justice ACLR No.475 (1975), *Air Law*, Vol.1, No.4 (1976), s.259.

¹⁰¹ Türk doktrininde, ücret, “taşıyanın deruhte ettiği hizmete karşılık teşkil etmek üzere taahhüt edilen ve taşıyanın mameleki bakımından bir değer ifade eden her türlü edim” olarak tanımlanmıştır. Sözer, *Hava Taşımacılığı*, s.394.

¹⁰² Ülgen, *Hava*, s.17-18.

¹⁰³ Kırmızı, s.50.

¹⁰⁴ *Block v. Compagnie Nationale Air France*, 386 F. 2d 323 - United States Court of Appeals, 5th Circuit 1967, www.scholar.google.nl, erişim tarihi Ocak 2013.

¹⁰⁵ Ülgen, *Hava*, s.17.

¹⁰⁶ Kırmızı, s.52.

Bu şartın tek istisnası, hava taşıma işletmesi (*air transport undertaking*)¹⁰⁷ tarafından ücretsiz yapılan taşımacılığın, Sistemin uygulama alanına dâhil edilmesidir. Bu istisnaya yer verilmesinin amacı hava yolu şirketlerinin kendi personeline ücretsiz bilet vermesi, ücretsiz bilet ile taşınan hava yolu çalışanlarının, taşıma sırasında bir zarara uğramaları hâlinde yolcu olarak sayılıp, Varşova Sözleşmesi hükümlerinden yararlanabilmelerinin sağlanmasıdır¹⁰⁸.

İlgili alt başlık altında üzerinde durulması gereken bir diğer husus, “*deadheading*” olarak isimlendirilen hava yolu çalışanlarının bulunduğu uçağın kaza yapması sonucunda, söz konusu kişilerin uğradıkları zararların, Varşova Sözleşmesi hükümleri altında tazmin edilip edilemeyeceğidir. “*Deadheading*” ile kastedilen, fiilî olarak bindikleri uçakta görevi bulunmayıp, başka amaçlarla örneğin görevli oldukları bir diğer sefere yetişmek üzere o uçak ile ücretsiz taşınan, taşıyıcı ile hizmet sözleşmesi altında çalışan kişilerdir. Bu kişilere örnek olarak, hostes, uçak teknisyeni, uçuş denetçileri, eğitim nedeniyle uçakta bulunanlar, hava aracını

¹⁰⁷ Sözleşmede “hava taşıma işletmesi” teriminden ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir. İlgili kavramın tanımı için maddî hukuka başvurulmalıdır. Kırmızı, s.54.

Türkiye’de hava taşıma işletmeleri, ticarî hava taşımacılığı yapan ve ticarî hava taşımacılığı yapmayan işletmeler ile hava işi ve eğitim faaliyetleri yapan işletmeler olarak tanımlanmıştır. Hava taşıma işletmeleri, havayolu, hava taksi, genel havacılık ve balon işletmeleridir. Bu kavramların tanımları için bkz. <http://web.shgm.gov.tr/tr/havacilik-isletmeleri/2063-hava-tasima-isletmeleri>, erişim tarihi Ocak 2014.

Ticarî hava işletmeleri ile kastedilen, sivil hava araçları ile ücret karşılığı yolcu ve yük veya sadece yük taşıyan işletmelerdir (Ticarî Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği m.4/çç, RG. 16.11.2013-28823). Ticarî olmayan hava taşımacılığı ise kısaca, bireylerin özel ihtiyaçlarını veya özel ve kamu kuruluşlarının kendi faaliyetleri ile ilgili hizmetleri yerine getirmek üzere ifa edilen taşımacılıktır (bkz. Genel Havacılık Yönetmeliği, m.4/g, RG.14.05.2013- 28647). Hava iş taşımacılığı ise, kısaca, yangınla mücadele faaliyetleri; arama kurtarma faaliyetleri gibi nedenlerle veya reklam ve tanıtım amacıyla gerçekleşen taşımacılıktır (Genel Havacılık Yönetmeliği, m.5).

¹⁰⁸ Ülgen, Hava, s.18; Kırmızı, s.53. Hava taşıma işletmesi kavramı, çeşitli uluslararası havayolu taşımacılığından doğan hukukî sorumluluk davalarına konu olmuştur. Örneğin balon taşımacılığı, reklam ve tanıtım amaçlı taşımacılıklar, hava taşıma işletmesi tarafından ifa edilmediği gerekçesiyle Varşova Sözleşmesinin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Goldhirsch, s.13; Diedericks-Verschoor, s.135.

Türkiye’deki uygulamada, hava taşıma işletmeleri kapsamına ticarî ve ticarî olmayan hava taşıma işletmeleri ile hava iş faaliyetleri yapan işletmeler dâhil edilmiştir; ancak yabancı mahkeme kararları ışığında, Sözleşme kapsamında hava taşıma işletmesi ile kastedilenin, ticarî hava taşıma işletmeleri olduğu ortaya çıkmaktadır.

pazarlamak için hava aracının içinde bulunan satış elemanları verilebilir¹⁰⁹. Bu konuda bir görüş, fiilî olarak görevli olmamasına karşın taşıyıcı ile arasındaki iş akdine dayanarak kaza yapan uçakta bulunan personelin, yolcu olarak sayılamayacağını ve zararının Sözleşme kapsamında tazmin edilmemesini savunmuştur¹¹⁰. Buna karşın diğer bir görüş ise, zarar gören personelin; kaza yapan uçakta fiilî olarak görevli olmamasına ve o uçakta bulunma amacına dayanarak, yolcu olarak sayılıp, zararlarının Sözleşme kapsamında tazmin edilmesi gerektiğini iddia etmiştir¹¹¹.

Sözleşmenin m.1/1, c.1’de, hava taşıma işletmeleri tarafından gerçekleştirilen ücretsiz taşımaların Varşova Sözleşmesi kapsamına alınmasının temel nedeni olarak, hava taşıma işletmelerinin kendi personeline verdiği ücretsiz biletler olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bundan bahisle, “*deadheading*” olarak nitelendirilen personelin zarar gören uçakta bulunma amacı dikkate alınarak, yolcu olarak sayılıp, zararlarının Sözleşme kapsamında tazmin edilmesi gerektiği kanısındayız.

d. Taşımacılık Uluslararası Nitelikte Olmalıdır

Bir taşımacılığın, Sözleşme kapsamında olabilmesi için en önemli şart, uluslararası nitelikte olmasıdır.

¹⁰⁹ Goldhirsch, s.12.

¹¹⁰ Matte, Nicolas Mateesco: *Treatise on Air-Aeronautical Law*, Toronto 1981, s.385; Bozkurt Bozabalı, Banu: *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm veya Cismanî Zarardan Doğan Hukukî Sorumluluğu*, Ankara 2013, s.42.

¹¹¹ Goldhirsch, s.13; Kırmızı, s.26-27.

Sulewski v. Federal Express Corp., 933 F.2d 180 (1991), Court of Appeals, 2nd Circuit, Decided May 20, 1991, <http://openjurist.org>, erişim tarihi Kasım 2012. Bu davada mahkeme, uçağın yerde bakımından sorumlu olan teknisyenin durumu hakkında karar vermiştir. Somut olayda, teknisyenin uçakta bulunmasının nedeni yerde kontrol edecekleri uçak ile seyahat etmelerinin şirket politikası olmasıdır. Bu doğrultuda mahkeme, mevcut olan iş akdine dayanarak kendi iş yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla o uçakta bulunan teknisyeni, yolcu olarak saymamıştır.

Ancak bir başka davada mahkeme, uçak kazasında ölen personelin, esas görevine yetişmek üzere düşen uçakta bulunmasının bir zorunluluk olduğunu belirterek, yolcu olarak saymıştır. *In Re Mexico City Aircrash*, 31 October 1979 *Proceedings*, *Haley v. Western Airlines*; *Dzida v. Western Airlines* 708 F.2d 400; Nos. 81-5695, 81-5724 and 81-5721, United States Court of Appeals, Ninth Circuit; Decided May 24, 1983; <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Kasım 2012.

Sözleşme kapsamında bir taşımacılık, iki halde uluslararası nitelikte sayılabilir:

- İlk hâl, taşımacılığın kalkma yerinin bir Taraf Devletin ülkesi, varma yerinin ise bir başka Taraf Devletin ülkesinde bulunmasıdır.
- İkinci hâl, taşımacılığın kalkma ve varma yerinin tek bir Taraf Devlet ülkesinde bulunmasına karşın, durma yerinin Sözleşmeye taraf olsun ya da olmasın bir başka ülkede bulunmasıdır.

Bir taşımacılığın Sözleşme kapsamında uluslararası niteliği, taşımacılığın kalkma, durma ve varma yerlerinin, Sözleşmeye taraf olan devlet veya devletlerin ülkesinde bulunmasına göre belirlenir. Taşımacılığın uluslararası niteliğini tayininde, yolcuların veya taşıyıcının tâbiyeti önem taşımaz¹¹².

Sözleşmenin ilgili maddesinde, bir taşımacılığın uluslararası nitelikte oluşunu gösteren önemli unsurlar bulunmaktadır. Bu unsurlar şunlardır: Taraf Devlet; kalkma yeri, varma yeri ve kararlaştırılan durma noktasıdır¹¹³.

(1) Taraf Devlet

Sözleşme kapsamında “Tara f Devlet” kavramının tanımı yapılmamasına¹¹⁴ karşın 1955 tarihli Lahey Protokolünün XVII. maddesine göre, Taraf Devlet, Sözleşmeyi onaylayan veya Sözleşmeye katılan devlettir.

¹¹² *Glenn v. Compania Cubana de Aviacion*, 102 F. Supp. 631, D.C. Florida, Miami Division, 1 February 1952, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

¹¹³ Goldhirsch, s.14.

¹¹⁴ Lahey Protokolü akdedilene kadar, Taraf Devlet kavramı farklı yorumlanmıştır. Bir görüş, Sözleşmenin 37. maddesinde Sözleşmenin onaylanmasının zorunlu olduğunun belirtilmesine dayanarak sözleşmeyi onaylayan devletleri taraf devlet olarak kabul etmiştir. Buna karşın, bir diğer görüş, Sözleşmenin 36-40. maddeleri arasında açıkça imzacı devletler ifadesine yer verildiğine dayanarak sözleşmeyi imzalayan devletlerin de taraf devlet olarak sayılması gerektiğini belirtmişlerdir. *Corcoran v. Pan American*, 1 All E.R. 82, 1969: bkz. Goldhirsch, s.15.

“Taraf Devlet” kavramına ilişkin uygulamada, iki konuda ihtilâf söz konusudur. İlki, önceden bir Taraf Devletin himayesi altında olması nedeniyle Sözleşmeye taraf olan bir Devlet, himaye edilen devletten ayrılarak bağımsızlığını kazandıktan sonra da Sözleşmenin tarafı olmaya devam edecek midir? Bağımsızlığını kazanan Devlet, açıkça Sözleşmeye taraf olmaya devam edeceğini beyan¹¹⁵ etmemişse, iki ölçüt değerlendirilmektedir. İlk ölçüt, ilgili Devletin, bağımsızlık kazanmadan önce himayesi altında olduğu devletin Sözleşmeye taraf olup olmaması; ikinci ölçüt ise, bağımsızlığını kazandıktan sonra ilgili Devletin, Sözleşmeden çekildiğini açıkça veya zımnen beyan edip etmediğidir¹¹⁶.

Bir diğer ihtilâf konusu, taşımacılığın kalkma ve varma yerlerinin bulunduğu devletlerin, Varşova Sistemi içinde farklı hukukî düzenlemelere taraf olmaları hâlinde, bu taşımacılığın hangi hukukî düzenlemeye tâbi olacağıdır. Mahkemeler, taşımacılığın kalkma ve varma yerlerinin bulunduğu devletlerden birinin sadece Varşova Sözleşmesine, bir diğerinin sadece Lahey Protokolüne taraf olması hâlinde,

¹¹⁵ Bombay Yüksek Mahkemesi, yeni ve bağımsız bir Devlet olan Hindistan Devletinin, Varşova Sözleşmesinin hükümlerini yerine getirmeye devam edeceğini 1947 yılında Bağımsızlık Kararında belirtmesinden dolayı Sözleşmeye taraf olduğuna karar vermiştir. *Dabrai v. Air India*, Bombay Yüksek Mahkemesi, 195: bkz. Howard, Randall, K.: “Constitutional Law- Warsaw Convention-Provisions on Veneu and Limitation of Liability Violate Due Process and Equal Protection, *Burdell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.*, 10 Av.CAS.18, 151 (Cir. Ct. Cook County, Ill. 1968)”, *Texas International Law Forum*, Vol.5, Issue 2 (1969), s.302.

Diğer davalardan bazıları: Lübnan için 1955 tarihli *Caisse Parisienne de Re-Escompte c. Air France*; Senegal için 1966 tarihli *Spieris c. Air France*; Tunus için 1965 tarihli *Agent Judiciaire de Tresor*; Fas için 1964 tarihli *Ecoffard c. Air France*: bkz. Goldhirsch, s. 15.

Çin’in egemenliği altında bulunan Tayvan’ın, Çin’in Taraf Devlet olmasına rağmen Varşova Sözleşmesinin tarafı hâline gelmediğine dair karar için bkz. *Mingtai Fire & Marine Ins. v. United Parcel Service*, 177 F. 3d 1142 - United States Court of Appeals, 9th Circuit 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

¹¹⁶ Jamaika’nın 1962 yılında bağımsızlığını kazanmadan önce bağlı olduğu Birleşik Krallık, 1934 yılında Jamaika adına Sözleşmeyi onaylamıştır. Jamaika, bağımsızlığını kazanmasından sonra açıkça Sözleşmeye taraf olmaya devam edeceğini beyan etmemiştir. Mahkeme, Jamaika’nın bağımsız olduğunda, Birleşik Krallık hükümetinin adına taraf olduğu uluslararası anlaşmalardan çekildiğini açıkça beyan etmemesinin ve Jamaika’nın Guatemala City Protokolü görüşmelerine de katılmasının, Jamaika’nın zımni olarak Varşova Sözleşmesine bağlı olduğuna karar vermiştir. *Blake v. American Airlines*, 245 F. 3d 1213 - United States Court of Appeals, 11th Circuit 2001, decided 12 Mart 2001, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

bu devletler arasında ahdi bir ilişki olmadığını belirtmişlerdir¹¹⁷. Bu sonuca, Protokolün XXIII/2. maddesine dayanarak ulaşmışlardır. Bu hükme göre, Sözleşmeye taraf olmadan Lahey Protokolüne taraf olmanın, Varşova Sözleşmesine taraf olmak anlamına gelmeyeceği düzenlenmiştir. Buna karşın, bir mahkeme, bu devletler arasında, sadece Lahey Protokolü ile değişmeyen Varşova Sözleşmesi hükümleri açısından ahdi bir ilişki olduğuna kanaat getirmiştir¹¹⁸.

(2) Kalkma ve Varma Yerleri (*The Place of Departure and the Place of Destination*)

Sözleşmenin 1/2. maddesine göre bir taşımacılığın uluslararası niteliğini gösteren önemli unsurlardan bir diğeri, iki taraf devletin sınırları içinde bulunan kalkma ve varma yerleridir.

Kalkma yeri, taşıma sözleşmesine göre taşımacılığın başladığı yer; varma yeri, taşıma sözleşmesine göre taşımacılığın sona erdiği yerdir¹¹⁹. Örneğin, kalkma yerinin İstanbul, varma yerinin Amsterdam olduğu bir taşımacılık, Hollanda ve Türkiye'nin Sözleşmeye taraf olması nedeniyle Sözleşme kapsamında, uluslararası

¹¹⁷ Bu konu iki farklı davada, sadece Lahey Protokolüne taraf olan Güney Kore ile sadece Varşova Sözleşmesine taraf olan ABD arasında ahdi bir ilişkinin olup olmadığı tartışılmıştır. İlk davada mahkeme, Protokolün XXIII/2. maddesini farklı yorumlayarak, devletlerin Protokole katılmasının aslında Sözleşmeye katılım demek olduğunu; bu yorumun da, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 40. maddesine uygun olduğunu belirtmiştir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 40. maddesi, bir sözleşmenin değiştirilmiş hâlinin yürürlüğe girmesinden sonra sözleşmeye taraf olan bir devlet, farklı bir niyet belli etmemişse, hem değiştirilmiş hâliyle antlaşmaya taraf olmuş sayılır hem de değiştirilmeyen hâlinin de tarafı kabul edilir. Ancak mahkeme, Varşova Sözleşmesine katılmadan Lahey Protokolüne katılan Kore'yi, Varşova Sözleşmesinin bir tarafı olarak saymıştır. *Hyosung (America), Inc. v. Japan Air Lines Co., Ltd.*, 624 F. Supp. 727 - United States District Court, SD New York, 23 Ekim 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

Buna karşın bir diğer kararda mahkeme, Protokolün XXIII/2. maddesinden Protokole katılımın, Sözleşmeye katılım demek olmadığını; Protokole katılmak isteyen devletlerin açıkça bunu yapabileceklerini belirterek, bu iki devlet arasında ahdi ilişkinin olmadığını belirtmiştir. *Chubb & Son, Inc. v. Asiana Airlines*, 214 F. 3d 301 - United States Court of Appeals, 2nd Circuit, 8 Haziran 2000, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

¹¹⁸ *In Re Korean Air Lines Disaster on 1 September 1983*, 664 F. Supp. 1463 - District Court, District of Columbia 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

¹¹⁹ *Grein v. Imperial Airways*, Court of Appeal (UK), 13 July 1936; 1 Aviation Cases 622 (1937); bkz. Goldhirsch, s.17.

nitelik taşır. Ayrıca bu tür taşımacılık sırasında aktarma yapılması veya kesilme olması, taşımacılığın uluslararası niteliğine etkili değildir.

Kalkma ve varma yerleri, taşıyıcı ile yolcu arasında yapılan taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan ve bilete yazılması gereken unsurlardır (Varşova Sözleşmesi, m.3/1; Lahey Protokolü m.III). Bu yerler, tek bir yerdir ve taşıma sözleşmesinden veya onun açıklanmış hâli olan taşıma biletinden tespit edilmektedir¹²⁰. Dolayısıyla yolcunun taşıma sözleşmesinde kararlaştırıldığı yerler dışında uçağa bindiği ve uçaktan indiği yerlerin önemi bulunmamaktadır¹²¹. Acil durumlar, örneğin kötü hava koşulları veya uçakta bulunan teknik bir arıza nedeniyle uçağın taşıma sözleşmesi ile kararlaştırılan yerler dışında başka bir yere inmesi, varma yerini değiştiren bir durum olarak sayılmamaktadır¹²². Bunun yanında, yolcuların taşımacılığın başlangıç yerine geri dönme amacıyla olmamalarına rağmen çeşitli sebeplerle gidiş-dönüş bileti almak zorunda olmalarının, taşıma bileti ile kanıtlanan varma yerini değiştirmeyeceği çeşitli kararlarda vurgulanmıştır¹²³.

¹²⁰ Amerikan mahkemeleri tarafından verilen kararlara örnek olarak şu kararlar verilebilir: *In Re Alleged Food Poisoning Incident March 1984* 770 F. - United States Court of Appeals, Second Circuit, 1985; <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Aralık 2012; *Galli v. Re-Al Brazilian Int. Airlines*, 29 Misc. 2d 499 - NY: Supreme Court, Queens 1961; <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

İngiliz içtihadından örnek olarak *Grein v. Imperial Airways*, Court of Appeal (UK), 13 July 1936; 1 Aviation Cases 622 (1937) kararı için bkz. Goldhirsch, s.17. Fransız mahkemeleri tarafından verilen kararlara örnek olarak ise şu kararlar verilebilir: *Liberator c. Air France* 1974 RFDA 287 (C.A. Paris, 8 Dec. 1973), aff'd 1975 RFDA 293 (Cass. 16 April 1975); *Au Frere de la Preugne c. Cie Varig* 1976 RFDA 270 (T.G.I. Evry- Corbeil, 3 October 1975); bkz. Goldhirsch, s.187.

¹²¹ Goldhirsch, s.17.

¹²² Blackshaw, s.166.

¹²³ Bu sebeplerden biri, davacıların biletlerini sırf gidiş-dönüş biletinin ucuz olması nedeniyle almasıdır: *Swaminathan v. Swiss Air Transport Co.*, 962 F.2d 387, 5th Cir.1992, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013; *In Re Alleged Food Poisoning Incident March 1984* 770 F. United States Court of Appeals, Second Circuit, 1985; <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Aralık 2012.

Bir başka sebep, davacının Amerikan göçmenlik kurallarını yerine getirmesi amacıyla gidiş-dönüş bileti almasıdır: *Galli v. Re-Al Brazilian Int. Airlines*, 29 Misc. 2d 499 - NY: Supreme Court, Queens 1961; <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013. Ayrıca bir başka sebep, davacının kendi ülkesinden çıkışı için gidiş-dönüş biletini alma zorunda olduğunu iddia etmesidir: *Klos v. Polskie Linie Lotnicze*, 133 F.3d 164, 166-68, United States Court of Appeals, 2d Circuit 1997, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

Nitekim dönüş tarihinin belli olmaması veya dönüş biletinin açık olması¹²⁴ da bu sonucu değiştirmeyecektir.

Ayrıca bir devletin ülkesi içinde bulunan bir noktadan, o devletin himayesinde bulunan bir başka noktaya gitmek üzere, açık denizler üzerinden veya durma olmaksızın başka ülkelerden geçilmesi hâlinde, bu taşımacılık, uluslararası sayılmaz. Örneğin Fransa'nın himayesinde olan, Kuzey Amerika kıtasındaki Guadeloupe ile Paris arasında yapılan taşımacılık, Sözleşme kapsamında uluslararası değildir¹²⁵. Yine bu örnek üzerinden devam edersek, Guadeloupe ile Paris arasında yapılan taşımacılık sırasında, Sözleşmeye taraf olan bir devletin ülkesinde aktarma yapılsa dahi, bu taşımacılık Sözleşme kapsamında uluslararası nitelikte sayılmaz. Çünkü kalkma ve varma yerlerinin bulunduğu devletlerin Sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. Örneğin İstanbul'dan Toronto aktarmalı Denver uçuşu, Türkiye'nin ve ABD'nin Varşova Sözleşmesine taraf olması nedeniyle, Sözleşme kapsamına dâhildir.

Aksi yönde olarak, *Klos* davasından önce görülen ancak *Klos* davasında ileri sürülen gerekçe ile aynı gerekçenin ortaya konduğu *Pogorzelska* davasında mahkeme, hatalı olarak, varma yerinin tespitinde, yolcuların niyetini esas almıştır. Şöyle ki mahkeme, Polonya vatandaşlarının ülkeden çıkışları için gidiş-dönüş bileti almak zorunda olduklarını ve esas niyetlerinin Polonya'ya dönmek olmadığını kabul ederek, Varşova- New York- Varşova gidiş dönüş biletinde varma yerinin New York olduğuna hatalı bir şekilde karar vermiştir. *Pogorzelska v. LOT Airlines*, 707 F. Supp. 650 (D.C.N.Y. 1989); bkz. Goldhirsch, s.186.

¹²⁴ *Lee v. China Airlines Ltd.*, 669 F. Supp. 979 - United States District Court, CD California 1987, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013. Ancak aksi yönde olarak varma yerinin tespiti için bilete yazan güzergâhın değil; kişilerin niyetlerinin, durma sebeplerinin ve durma süresinin esas alındığı kararlara da rastlanmıştır. *Hurley* davasında mahkeme, yolcunun geri dönme niyetinde olup olmadığını; kalkma yeri dışında olan yolcunun geldiği yere hangi sebeple geldiğini, ilginç bir şekilde dikkate almıştır. Şöyle ki yolcunun Jeddah (Suudi Arabistan)- California- Jeddah güzergâhlı ve Amsterdam ve Los Angeles aktarmalı seyahati sırasında, California'ya vardığında geri dönme konusunda kararsız olduğunu; dönüş biletinin açık uçlu alındığını; yolcunun ABD vatandaşı ve California'da mutad meskene (permanent residence) sahip olduğunu ve California'ya doktorunu görmeye geldiğini esas alarak, varma yerinin California olduğuna karar vermiştir. *Hurley v. KLM Royal Dutch Airlines*, 562 F. Supp. 260 - United States District Court, Civil Division California 1983, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

¹²⁵ Giemulla; Schmid; Müller-Rostin; Dettling-Ott, s.6-Article 1; Goldhirsch, s.19.

Öte yandan, ardıl taşımacılık, taraflar tarafından tek bir taşımacılık olarak kabul edilmişse; varma yeri, yine tektir¹²⁶. Örneğin yolcu, X taşıyıcısı ile tek gidiş olarak, A noktasından C noktasına bir taşıma sözleşmesi akdetmiştir. Bu taşıma sözleşmesinde, ara nokta olan B noktasında, bir başka taşıyıcı olan Y taşıyıcısına aktarma yapılacağı kararlaştırılmıştır. X taşıyıcısı ile A noktasından B noktasına geçilmiş; B noktasında Y taşıyıcısına aktarma yapıp, C noktasına ulaşılmıştır; C noktası, varma yeridir.

Sonuç olarak, taşıma sözleşmesine göre taşımacılık faaliyetine başlanılan yer, kalkma yeri; bu faaliyetin son bulduğu yer, varma yeridir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, varma yeri teriminden ilk bakışta, yolcunun uçaktan indiği yer anlaşılabilir de, Sözleşme kapsamında, varma yeri terimi ile taşıma biletinde yazan ve yolculuğun bütün ayaklarının bittiği yer kastedilmiştir¹²⁷. Kalkma ve varma yerinin iki taraf devletin sınırları içinde bulunması hâlinde, bu taşımacılık uluslararası niteliktedir ve Sözleşme hükümlerine tâbidir¹²⁸.

(3) Kararlaştırılmış Durma Yeri (Agreed Stopping Place)

Sözleşmenin 1/2. maddesinde taşımacılığın uluslararası niteliğini gösteren son unsur, kararlaştırılmış durma yeridir. Kararlaştırılmış durma yeri, Varşova Sistemi içinde yer alan hukukî metinlerde tanımlanmamıştır. İngiliz mahkemesi,

¹²⁶ *In Re Alleged Food Poisoning Incident* March 1984 770 F. - United States Court of Appeals, Second Circuit 1985; <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Aralık 2012. Ardıl taşımacılığa ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s.13.

¹²⁷ Goldhirsch, s.27.

¹²⁸ Sözleşme hükümlerine tâbi olan bir uyuşmazlığın, iç hukuka göre sonuçlandırılması, bozma sebebi teşkil etmektedir. Türkiye’de yerel mahkeme, uluslararası taşımacılığa ilişkin bir uyuşmazlıkta tarafların, Sözleşmeye taraf olup olmadığını tespit etmeden, iç taşımacılığa ilişkin olan Türk Sivil Havacılık Kanununda (TSHK- RG.19.10.1093- 18196) boşluk olan hallerde Varşova/Lahey Sisteminin uygulanacağına ilişkin olan 106. maddesine dayanarak, Varşova/Lahey Sistemini, hatalı olarak uygulamıştır. Ancak Yargıtay, Türkiye’nin Sözleşmeye taraf olması nedeniyle uyuşmazlığa öncelikle Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine ve Sözleşmenin uygulama alanına ilişkin 1. maddesine dayanarak, bu kararı bozmuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2000/8158, K. 2000/9558, T. 4.12.2000 (yayınlanmamış).

kararlaştırılmış durma yerini, “taşıma sözleşmesine göre, taşımacılığın yerine getirildiği esnada, iniş amacına ve yolcunun sahip olabileceği seyahatini durdurma hakkına bakmadan, yolculuğa ara verilmesi” olarak izah etmiřtir¹²⁹. Bir diğer deyişle, “taşıyıcının yolcu indirme, bindirme veya eşya yükleme ve boşaltma amacıyla belirli bir yerde yolculuğa ara vermesidir”¹³⁰.

Kalkma ve varma yerinin aynı ülke sınırı içinde bulunduğu taşımacılık için taraflar, Sözleşmeye taraf olsun olmasın, bir başka ülkede, bir durma yeri kararlaştırmışlarsa, bu taşımacılık, Sözleşme hükümlerine tâbidir. Gidiş-dönüş biletinin alındığı bir taşımacılığın varma yeri, taşımacılığın başladığı yere tekrar dönülmesi hâlinde kalkma yeridir¹³¹. Kararlaştırılan durma yeri, varma yeri deęildir¹³². Örneğin, kalkma yerinin Amsterdam, durma yerinin Brüksel, varma yerinin Amsterdam olduğu taşımacılık veya varma yerinin Eindhoven olduğu taşımacılık, kalkma ve varma yeri ülkesi olan Hollanda’nın Sözleşmeye taraf olması nedeniyle Sözleşme kapsamındadır.

Ayrıca durma yerinin bulunduğu Devletin, Sözleşmeye taraf olması gerekmemektedir. Örneğin kalkma ve varma yerinin İştanbul, durma yerinin Mogadişu (Somali) olduğu taşımacılık, durma yeri lkesi Sözleşmeye taraf olmamasına rağmen, kalkma ve varma yeri lkesi Türkiye ise, Türkiye’nin Sözleşmeye taraf olması nedeniyle, Sözleşme hükümlerine tâbidir.

¹²⁹ *Grein v. Imperial Airways*, Court of Appeal (UK), 13 July 1936; 1 Aviation Cases 622 (1937): bkz. Diedericks- Verschoor, s.136’dan naklen.

¹³⁰ *Grein v. Imperial Airways*, Court of Appeal (UK), 13 July 1936, 1 Aviation Cases 622 (1937): bkz. Kirman, s.48’den naklen.

¹³¹ *Aanestad v. Air Canada, Inc.*, 382 F. Supp. 550 - United States District Court, CD California 1974; <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

¹³² *Rotterdamsche Bank v. BOAC (and Aden Airways)*, High Court of Justice, Queen’s Bench Division (United Kingdom), 18 February 1953: bkz. Diedericks- Verschoor, s.136.

Öte yandan, taşımacılığın kalkma ve varma yeri, Sözleşmeye taraf olmayan bir veya iki devletin ülkesinde olup; durma yeri, Sözleşmeye taraf olan bir devletin ülkesindeyse, bu taşımacılık, Sözleşme hükümlerine tâbi değildir¹³³.

Kararlaştırılan durma yeri, birden fazla da olabilir. Bu durma yerlerinden en az biri, yolcu biletinde gösterilmelidir (Lahey Protokolü m.III/1c). Dolayısıyla taşıma sözleşmesinde durma yerinin önceden kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Durma yerinin, taşıyıcının uçuş tarifesinde belirtilmesi hâlinde, bu yerin önceden kararlaştırıldığı kabul edilmektedir¹³⁴.

Uçuş personelinin değiştirilmesi veya hava aracında oluşan teknik sebepler (arıza, benzin alma, bakım vs.) ile hava aracının tesadüfî bir yerde durması veya zorunlu inişi, Sözleşme kapsamında değerlendirilmemektedir¹³⁵.

Tek bir taraf devlet ülkesinde bulunan iki nokta arasında, birden fazla durma yeri kararlaştırılarak yapılan taşımacılık sırasında, zorunlu nedenle (örneğin kötü hava koşulları nedeniyle) bu durma yerlerinden birinde durulmayıp; başka bir durma yerine geçilmesi, taşıma sözleşmesinin ihlâli sayılmamaktadır¹³⁶. Çünkü taşıyıcı, elinde olmayan bir sebepten taşıma sözleşmesine uymamıştır.

¹³³ *Engeli c. Cie Swiss Air* 1955 RFDA 335, T.G.I. Geneva, 8 March 1955: bkz. Goldhirsch, s.19.

¹³⁴ Kırmızı, s.48.

¹³⁵ Mankiewicz, Rene H.: *The Liability Regime of the International Carrier*, Londra 1981, s.35 (Liability); Diedericks- Verschoor, s. 136; McNair; Kerr; Evans, s.170.

¹³⁶ Bu uyuşmazlığa konu olan taşımacılığın güzergâhı, New York- Seattle- Washington (ABD)- Vancouver (Kanada)- Seattle- Chicago- New York olarak kararlaştırılmıştır. Taşımacılığın Vancouver- Seattle ayağının kötü hava koşulları nedeniyle iptal olması üzerine, taşıyıcı, masrafları karşılayarak yolcuları Seattle'a otobüsle ulaştırmıştır. Yolcu, Seattle'dan Chicago'ya aynı taşıyıcı ile çok geç ulaşması üzerine biletinde yazılan bir başka taşıyıcı (2. taşıyıcı) tarafından ifa edilecek olan New York uçağını kaçırmış; bir sonraki sefer için bilet almıştır. Ancak bu ikinci bilete, taşımanın tamamlanması için düzenlendiği ve orijinal biletinin değiştirilmesi üzerine para tahsis edilmeden verildiği yazılmıştır. Yolcunun bu uçuş sırasında vuku bulan kaza nedeniyle hayatını kaybetmesi üzerine açılan davada mahkeme, taraflar arasında yapılan taşıma sözleşmesinin simgelenmiş hâli olan yolcu biletinde, Sözleşme'de belirtilen tanıma uygun olarak, başka bir devletin ülkesinde durma noktasının kararlaştırıldığını, taşımacılığın Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, mahkeme yolcu biletinde, sözleşmesel taşıyıcının önceden yolcuya bildirim yapmadan başka taşıma şirketleri ile anlaşabileceğinin yazılmış olduğunu da tespit etmiştir. *Egan v.*

Uluslararası niteliği bulunduğu kabul edilen bir taşımacılığın ifası sırasında aynı ülkede bulunan iki durma yeri arasında kaza yapılması hâli de, Sözleşmenin uygulanmasını engellemez¹³⁷.

2. Sistemin Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular

Sistemin uygulama alanı dışında kalan konuları şu şekilde tespit edebiliriz:

- Sözleşmenin 1/1 ve 1/2. maddesinde tanımlandığı şekilde uluslararası nitelikte sayılamayacak taşımacılık;
- Hava taşıma işletmesi tarafından ifa edilmeyen ücretsiz taşımacılık (m.1/1);
- Uluslararası posta sözleşmeleri hükümleri kapsamında yapılan taşımacılık (m.2/2);
- Taraf Devletlerin çekince koymalarına bağlı olarak; taraf devletler tarafından yapılan (Sözleşmenin 2. maddesi ile ilgili Ek Protokol) veya askerî yetkililer tarafından kullanılan veya askerî yetkililer adına ayrılan, o devlette tescil edilen hava araçları ile yapılan insan, bagaj veya eşya taşımacılığı (Lahey Protokolü XXVI. maddesi);
- Düzenli hava seyrüsefer hattının kurulması için deneme amacıyla havayolu ile yapılan uluslararası taşımacılık (m.34, c.1);

Kollsman Instrument Corp., 21 NY 2d 160 - NY: United States Court of Appeals 1967, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

¹³⁷ *Egan v. Kollsman Instrument Corp.*, 21 NY 2d 160 - NY: United States Court of Appeals 1967, *McLoughlin v. Commercial Airways (Pty) Ltd.*, 602 F. Supp. 29 - Dist. Court, ED New York 1985, <http://scholar.google.nl>. “*Coyle v. P.T.Garuda Indonesia Airlines*, 363 F. 3d 979, 9 th Circuit 2004; *Lam v. Aeroflot Russian International Airlines*, 999 F.Supp. 728, S.D.N.Y. 1998; *Gasca v. Empresa de Transportes Aero Del Peru*, 992 F.Supp. 1377, S. D. Fla. 1998; *Vergara v. Aeroflot Soviet Airlines*, 390 F. Supp. 1266, D. Neb. 1975”: bkz. *Tompkins, Air Transportation*, s.260.

Ayrıca Paris-Ankara arası sefer yapan hava aracının, İstanbul’da aktarma yaptıktan sonra düşmesi üzerine açılan davada, Yargıtay, bu taşımacılığı, uluslararası taşımacılık olarak kabul etmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1985/1624; K.1985/1626; T. 22.3.1985, YKD, C.IX, S.6 (Haziran 1985), s. 840-844.

- Hava taşıyıcısının kendi normal faaliyeti dışında olağanüstü şartlarda yapılan taşımacılıktır (m.34, c.2).

a. Uluslararası Niteliği Haiz Olmayan Taşımacılık

Sözleşmenin 1/2. maddesine göre, uluslararası nitelik ile taşımacılığın kalkma ve varma yerlerinin iki taraf devletin sınırları içinde bulunması veya kalkma ve varma yerlerinin aynı taraf devletin sınırları içinde olmasına karşın, durma yerinin bir başka devletin ülkesinde bulunması halleri kastedilmektedir¹³⁸.

Sözleşmenin 1/2. maddesinden ulaştığımız yorum ile taşımacılığın kalkma veya varma yerlerinin bulunduğu devletlerden birinin Varşova Sözleşmesine taraf olmaması hâlinde, ilgili taşımacılık, Sözleşme hükümlerine tâbi olmayacaktır. Ayrıca Sözleşmeye taraf olan bir devletin sınırları içinde gerçekleşen; bir diğer deyişle, kalkma ve varma yerlerinin aynı ülkenin sınırında olduğu taşımacılık da, Sözleşmenin uygulama alanına dâhil değildir. Bu son halde, Sözleşmeye taraf olsun olmasın başka bir devletin ülkesinde durma noktası kararlaştırılmamış olması gerekmektedir.

b. Ücretsiz Taşımacılık

Ücret karşılığında ifa edilmeyen taşımacılık, uluslararası nitelikte dahi olsa, Sözleşme hükümlerine tâbi değildir. Ancak hava taşıma işletmesi tarafından ifa edilen ücretsiz taşımacılık, Sözleşmenin kapsamına dâhil edilmiştir (m.1/1)¹³⁹. Bundan yola çıkarak, hava taşıma işletmesi tarafından ifa edilmeyen ücretsiz taşımacılığın, Sözleşmenin uygulama alanına dâhil olmadığı sonucuna varabiliriz.

¹³⁸ Bkz. yuk. s.35 vd.

¹³⁹ Bkz. yuk. s.34.

c. Uluslararası Posta Sözleşmeleri Kapsamında Yapılan Taşımacılık

Uluslararası posta sözleşmeleri¹⁴⁰ kapsamında yapılan taşımacılığın Sözleşmenin uygulama alanına dâhil olmadığı Sözleşmenin 2/2. maddesinde düzenlenmiştir.

İki ülke arasında hava yolu ile paket taşımacılığı yapıldığı sırada pakette oluşan zararın tazmini, uluslararası posta sözleşmeleri kapsamında mı yoksa Varşova Sözleşmesi kapsamında mı yapılacaktır¹⁴¹? Uluslararası posta taşımacılığı sırasında taşınan paketin zarar görmesi hâlinde, Varşova Sözleşmesinin uygulanmayacağına yönelik karar örneği mevcuttur¹⁴². Buna karşın, uluslararası posta sözleşmelerine taraf olmayan, ancak Varşova Sözleşmesine taraf olan iki devletin ülkesi arasında gerçekleşen taşımacılığın, Varşova Sözleşmesine tâbi olduğu doktrinde savunulmuştur¹⁴³.

Diğer taraftan, Varşova Sözleşmesinin 1955 yılında Lahey Protokolü ile değiştirilmiş metninde, “uluslararası posta sözleşmeleri kapsamında yapılan taşımacılık” ifadesi yerine, “Varşova Sözleşmesinin hiçbir posta ve posta paketi taşımacılığına uygulanmayacağı” ifadesine yer verilmiştir (m.II). Bu değişiklik ile

¹⁴⁰ Constitution of the Universal Postal Union, 10 July 1964, Vienna and amended by the 1969 Tokyo, 1974 Lausanne, 1984 Hamburg, 1989 Washington, 1994 Seoul (General Regulations of the Universal Postal Union, Universal Postal Convention and Final Protocol, Postal Parcels Agreement, and Final Protocol), 1999 Beijing, 2004 Bucharest and 2008 Geneva Additional Protocols, <http://www.upu.int>, erişim tarihi Ekim 2014.

Birleşmiş Milletlerin uzman örgütlerinden olan Dünya Posta Birliği bünyesinde hazırlanan hukukî düzenlemelerin amacı, üye olan devletlerin uluslararası işbirliği ile posta hizmetlerini ilerletmek; postaların karşılıklı değişiminde tek bir posta sınırı oluşturmak ve ulaşım özgürlüğünü sağlamaktır (Dünya Posta Birliği Kuruluş Yasası m.1).

¹⁴¹ Goldhirsch, s.22.

¹⁴² *Lerakoli, Inc.; London Star, New York, Inc.; Tache Et Cie, S.A.; Lieber & Solow, Inc.; Soucol, Ltd.; Rough Diamond Traders, Inc.; and Seven Eighteen Fifth Avenue Corp. v. Pan American World Airways, Inc.*, 783 F.2d 33, United States Court of Appeals 2nd Circuit, 1986, <http://scholar.google.com.tr>, erişim tarihi Şubat 2013. Söz konusu davanın konusu, posta idaresinin sorumluluğunu düzenleyen hükmün, posta idaresine hizmet eden taşıyıcının sorumluluğunu da kapsamına alıp almayacağıdır. Nitekim 1994 Seul Sözleşmesinin 34. maddesinde, kayıtlı ve sigortalı eşyaların kaybı ve zarara uğraması hâlinde sadece posta idaresinin sorumluluğu kabul edilmiştir.

¹⁴³ Goldhirsch, s.22.

Lahey Protokolü ile değiştirilmiş hâli olan Varşova Sözleşmesi, uluslararası posta sözleşmeleri kapsamında olsun olmasın hiçbir posta taşımacılığına uygulanmayacaktır. Bir diğer deyişle, posta taşımacılığının kalkma ve varma yerlerinin bulunduğu devletler, Lahey Protokolüne taraf ise, Lahey Protokolünde yapılan değişiklik nedeniyle bu taşımacılık, Lahey Protokolü ile değiştirilen Varşova Sözleşmesine tâbi olmayacaktır¹⁴⁴.

Öte yandan, 1975 Montreal 4. Ek Protokolü ile Sözleşmenin 2/2. maddesi tekrar değiştirilmiştir. Buna göre, “posta maddelerinin taşımacılığında taşıyıcı; taşıyıcı ile posta idareleri arasındaki ilişkilere uygulanabilir kurallara göre, sadece ilgili posta idaresine karşı sorumludur” (m. II/2). Söz konusu maddenin devamında “bu fıkra da belirtilenler dışında, bu Sözleşmenin hükümlerinin posta maddelerinin taşımacılığına uygulanmayacağı belirtilmiştir” (m.II/3). Söz konusu hüküm ile taşıyıcı, postayı gönderen kişiye karşı Montreal 4. Ek Protokolü ile değiştirilen Varşova Sözleşmesi kapsamında sorumlu olmayıp; sadece posta idaresine karşı Varşova Sözleşmesi kapsamında sorumludur.

ç. Taraf Devlet veya Askerî Yetkililer Tarafından Yapılan Taşımacılık

Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılan bir diğer konu, Taraf Devlet veya askerî yetkililer tarafından yapılan taşımacılıktır. Varşova Sözleşmesinin 2. maddesi ile ilgili olarak 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi Ek Protokolü, taraf devletlere, Sözleşmeyi onay veya katılma işlemleri sırasında doğrudan kendileri tarafından yapılan taşımacılığa, Sözleşmenin uygulanmayacağı konusunda çekince koyma hakkı vermektedir.

¹⁴⁴ Goldhirsch, s.22.

Ayrıca, 1955 tarihli Lahey Protokolünün XXVI. maddesi ile taraf devletlere yeni bir beyanda bulunma imkânı sunulmuştur. Buna göre, her devlet, askerî yetkililer tarafından kullanılan veya askerî yetkililer adına ayrılan, o devlette tescil edilen hava araçları ile insan, bagaj veya eşya taşımacılığına Sözleşmenin uygulanmayacağını beyan edebilir¹⁴⁵.

d. Deneme Amacıyla veya Olağanüstü Şartlarla Yapılan Taşımacılık

Hava taşıma işletmelerinin düzenli hava seyrüsefer hatları kurulması amacıyla yaptığı deneme uçuşları ile hava taşıyıcısının normal faaliyetinin kapsamı dışında, olağanüstü şartlarda yapılan taşımacılık, Sözleşmenin 34. maddesi ile uygulama alanı dışında bırakılmışken, Lahey Protokolü ile Sözleşme kapsamına dâhil edilmiştir. Böylece, olağanüstü şartlar hâlinde yapılan taşımacılık sırasında bir kaza meydana gelmesi durumunda taşıyıcının sorumluluğu, Lahey Protokolü ile değiştirilen Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi kılınmıştır. Bununla birlikte, bu taşımacılığa, taşıma belgelerine ilişkin düzenlemeler olan 3–9. maddeler¹⁴⁶ uygulanmayacaktır. İlgili maddede açıklığa kavuşması gereken, “olağanüstü şartlarda

¹⁴⁵ Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sözü geçen hükümlere ilişkin çekince ve beyanı bulunmamaktadır.

ABD, Kanada, Şile, Küba, Etiyopya, Filipinler, doğrudan devlet tarafından; Venezüella ve Malezya, askerî yetkililer tarafından; Kongo hem devlet hem de askerî yetkililer tarafından ifa edilen yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığını Sözleşme ve Protokolün uygulama alanı dışında tutmak üzere çekince ve beyanda bulunmuşlardır. Current lists of parties to multilateral air law treaties, 1929 Varşova Sözleşmesi, p.5, <http://www2.icao.int>., erişim tarihi 07.01.2013.

ABD’nin Varşova Sözleşmesinin Ek Protokolüne koymuş olduğu çekince iki davada gündeme gelmiştir. Bu davalardan ilki *Ross v. Pan American Airways* davasıdır. Davalı taşıma şirketine ait bir hava aracının kaza yapması ile ABD’de gönüllü askerlik yapan davacının yaralanması sonucu açılan davada mahkeme, taşımacılığın ABD devleti tarafından yapılmadığına ve dolayısıyla ABD’nin Varşova Sözleşmesinin uygulama alanı hakkında ileri sürdüğü çekince kapsamında olmadığına karar vermiştir *Ross, known as Jane Froman v. Pan American Airways*, 299 N.Y. 88; 85 N.E. (2d) 880, New York Court of Appeals, April 14, 1949: bkz. *the American Journal of International Law*, Vol. 43, No. 3 (1949), s.816.

Bir diğer dava *Mertens v. Flying Tiger Line* davasıdır. Amerikalı askerleri taşıyan özel bir hava yolu taşıma şirketine ait hava aracının düşmesi sonucu, ilgili taşımacılığın Varşova Sözleşmesi kapsamında olup olmadığı tartışılmış; mahkeme, askeriye için özel bir taşıma şirketi ile charter sözleşmesi yapıldığına ve taşımacılığın ABD devleti tarafından değil; onun için yapıldığına karar vermiştir. *Mertens v. Flying Tiger Line*, 341 F.2d 851, United States Court of Appeals Second Circuit, 16 Şubat 1965, <http://openjurist.org>, erişim tarihi Ocak 203.

¹⁴⁶ Lahey Protokolünün taşıma belgelerine ilişkin 3-9. maddelere ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s.27, 28, 31.

yapılan taşımacılık” ifadesidir. Olağanüstü hâle, bir arıza nedeniyle inmesi gereken hava aracının yolcularını taşımak amacıyla diğer hava aracı tarafından yapılan taşımacılık örnek verilmiştir¹⁴⁷.

Benzer bir hükme, 1975 tarihli 4. Ek Protokol’ün XIII. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, taşıma belgelerine ilişkin 3–8. madde hükümleri¹⁴⁸, bir havacılık işletmesinin normal faaliyet kapsamı dışındaki olağanüstü şartlarda yapılan taşımacılığa uygulanmaz.

3. Sözleşmenin Bağımsız Bir Dava Sebebi Yaratıp Yaratmadığı Tartışması

Sözleşmenin 24. maddesine göre,

“18 (*bagaj ve eşyanın uğramış olduğu zararlara ilişkin*) ve 19. maddeler (*gecikmeden doğan zararlara ilişkin*) kapsamına giren zararlara ilişkin davalar, dayanağı ne olursa olsun Sözleşmede belirtilen şart ve sınırlara tâbidir.

17. madde kapsamında açılan davalar, dava açma hakkına kimlerin sahip olacağı ve bu kişilerin birbirlerine olan hakları saklı kalmak kaydıyla Sözleşmede belirtilen şart ve sınırlara tâbidir”.

Bu hükümde, “17. ve 18. maddeler kapsamına giren tazminat davasının dayanağı ne olursa olsun” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla, “dayanağı ne olursa olsun” ve “17. ve 18. madde kapsamına giren” ifadelerinin hukukî olarak nasıl yorumlanacağı ihtilâf konusu olmuştur. Bu sorun, Sözleşmenin hazırlayıcısı olan

¹⁴⁷ 6-12 Ekim 1929 tarihleri arasında Polonya’da düzenlenen II. Uluslararası Hava Özel Hukuku Konferansına katılan bazı delegeler, “olağanüstü” ifadesini eleştirerek; böyle bir ifadenin ucunun açık olduğu ve ileride Sözleşmenin bu boşluğundan yararlanılacağını ve kötüye kullanılacağını ifade etmişlerdir. Bkz. *Block v. Compagnie Nationale Air France*, 386 F. 2d 323 - United States Court of Appeals, 5th Circuit 1967, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

¹⁴⁸ Montreal 4. Ek Protokolün hava yük senedine ilişkin 3-8. maddelere ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s.32.

Fransız hukukçularının ve Sözleşmenin önemli uygulayıcıları olan Amerikan ve İngiliz hukukçularının görüşleri çerçevesinde ele alınacaktır.

24. maddede geçen ve 22. maddeye atıf yapılan “sınır” ifadesinin içeriğini, ileride Sözleşmenin maddî hükümlerini incelerken ayrıntılı bir şekilde ele alacağımız¹⁴⁹ için burada 24. maddenin kapsamından bahsedeceğiz. Bu madde, sadece ‘Sözleşmenin 17. ve 18. madde’ kapsamında ileri sürülen tazminat davaları için uygulanırken, bu hükümler dışında, Sözleşmede izin verilen diğer davalar için uygulanmamaktadır¹⁵⁰. Bir diğer deyişle, 24. madde; yolcunun zarara uğraması (ölümü, yaralanması veya bedenî zarara uğraması); bagajın ve eşyanın zarara uğraması veya kaybı hâllerinde ortaya çıkan tazminat taleplerine ilişkin davalarda uygulanmaktadır.

(i) İlk olarak, 17. madde kapsamında açılacak tazminat davalarına ilişkin Sözleşmenin kendine özgü bir dava sebebi (*cause of action*) yaratıp yaratmadığı tartışması¹⁵¹ ele alınacaktır. Ayrıca bu konu içinde, Sözleşmenin münhasıran ve doğrudan uygulanma niteliğinde olup olmadığı tartışmasına da değinilecektir. Sözleşmenin 24/2. maddesine göre, 17. madde kapsamında açılacak tazminat davalarında; yani yolcunun ölümü veya yaralanması hâlinde, dava açma hakkının kime ait olduğuna ve bunların sahip olduğu haklara ilişkin iç hukuk düzenlemeleri hariç bırakılarak, Sözleşme hükümlerinin geçerliliği kabul edilmiştir. Sözleşmenin

¹⁴⁹ Bkz. a.ş. s.118.

¹⁵⁰ Bu dava konuları: Eşya taşımacılığı sırasında taşıyıcının, belirli şartların varlığı hâlinde göndericinin emirlerine uymaması (m.12); taşıyıcının, eşyayı, alıcıya teslimine ilişkin uyması gereken sürede teslim etmemesi (m.13) ve ardıl taşımacılığın ifası (m.30) hallerinde taşıyıcının sorumluluğudur.

¹⁵¹ Türk doktrininde “*cause of action*” kavramının, Türk hukukunda var olan dava sebebinden farklı olduğu; akit, haksız fiile vs. dayanan dava sebebinin kastedilmediği; sorumluluk hallerinin veya sorumluluk sebebinin; yani ölüm, yaralanma, eşyanın kaybı, hasar veya gecikmesinin kastedildiği ifade edilmiştir. Sözer, Bülent: “Havayolu ile Yapılan Taşımalarda Yolcunun Maruz Kaldığı Zararlardan Doğan Manevî Tazminat Talepleri”, *Hava Hukuku Sempozyumu, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, ed. Dr. İlyas Çeliktaş, İstanbul 2012, s.94 (Sempozyum).

kendi uygulama alanına giren bir ihtilâf hâlinde, bir yetkili mahkeme, taşıyıcının sorumluluğunun hukukî dayanağını araştırmadan, öncelikle Sözleşme hükümlerini uygulamalıdır. Ancak bu sonuca varılması kolay olmamış; 24. madde, farklı bilimsel görüş ve mahkeme kararlarına konu olmuştur. Bu görüş ve kararlar şunlardır:

— Yerleşik içtihat, Sözleşmenin bağımsız bir dava sebebi yarattığıdır¹⁵². Aksi hâlde, aynı kazaya ilişkin açılan sorumluluk davalarında, birbirinden farklı mahkemelerin, farklı davacılara farklı hukukları uygulamasına yol açacağı belirtilmiştir¹⁵³. Bunun yanında, zarara uğrayan yolcular, Sözleşme kapsamında iddialarını ileri süremezlerse, hiçbir şekilde taşıyıcıya karşı dava açma hakkına sahip olamazlar¹⁵⁴.

¹⁵² Bu görüş ilk olarak, *Salamon v. KLM* kararında ortaya konmuştur. Bu davada mahkeme, “eğer 17. maddenin dava sebebi yaratmadığı kabul edilirse, 17. maddenin niçin kaleme alındığının anlaşılmasının zor olduğunu” belirterek, Sözleşmenin bağımsız bir dava sebebi yarattığını kabul etmiştir. *Salamon v. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij*, 107 N.Y.S.2d 768 (Sup. Ct. 1951), aff’d, 281 App. Div. 965, 120 N.Y.S.2d 917 (1 st Dep.1953); bkz. Gorman, Michael D.; Kuner, Christopher B: “The Creation of an Independent Cause of Action Under the Warsaw Convention”, *Notre Dame International Law Journal*, Vol.1 (1983), s.92.

Diğer kararlardan bazıları: *Benjamins v. British European Airways*, 572 F. 2d 913 - Court of Appeals, Second Circuit, March 6, 1978; *Potter v. Delta Air Lines, Inc.*, 98 F. 3d 881 - Court of Appeals, 5th Circuit 1996; *Velasquez v. Aerovias Nacionales de Colombia*, 747 F. Supp. 670 - District Court, SD Florida 1990, *Abramson v. Japan Airlines Co.*, 739 F.2d 130, United States Court of Appeals 3rd Circuit 1984, cert. denied, 470 U.S. 1059, 105 S.Ct. 1776, 84 L.Ed.2d 835, 1985; *Schroeder v. Lufthansa German Airlines*, 875 F.2d 613, United States Court of Appeals, 7th Cir.1989; *In re Mexico City Aircrash*, 708 F.2d 400 United States Court of Appeals 9th Cir.1983; *Floyd v. Eastern Airlines, Inc.* 872 F. 2d 1462 - Court of Appeals, 11th Circuit 1989; *Sakaria v. Trans World Airlines*, 8 F. 3d 164 - Court of Appeals, 4th Circuit 1993, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. *Boehringer-Mannheim Diagnostics, Inc. v. Pan American World Airways, Inc.*, 737 F.2d 456, United States Court of Appeals, 5th Cir.1984; *Mahaney v. Air France*, 474 F. Supp. 532, S.D.N.Y. 1979; *Tokio Marine A Fire Insurance v. McDonnell Douglas Corp.*, 617 F.2d 936, 2d Cir. 1980; bkz., Gorman; Kuner, s.93.

İngiliz içtihadında da, Sözleşmenin bir dava sebebi yarattığı ve iç hukuka başvurulmaması gerektiği kabul edilmiştir. *Sidhu v. British Airways*, 27 January 1995, (unreported); *Abnett v. British Airways plc*. Inner House of the Court of Session 1996 SLT 529; [1997] AC 430; bkz. Shawcross, Christopher; Beaumont, Major: *Air Law*, Vol.1, Issue 122, Birleşik Krallık 2010, s.VII-365- 366; Wybo P. Heere: “Case Law Digest”, *Air Law*, Vol. XXI, No.4/5 (1996), s.256; *Preston v. Hunting Air Transport Ltd* [1956] I Q.B. 454; bkz. Gorman; Kuner, s. 95.

İtalyan içtihadında da bu yönde karar mevcuttur. *Santoni v. Japan Airlines Co. Ltd.* 1985 1 S & B Av R VII/187, 189, Rome C.A. 25 September 1985; bkz. Shawcross; Beaumont, s.VII-351.

¹⁵³ *In Re Air Disaster at Lockerbie, Scotland* on December 21, 1988, 928 F.2d 1267, United States Court of Appeals, Second Circuit, March 22, 1991, <http://law.justia.com>, erişim tarihi Mart 2013.

¹⁵⁴ Wybo, s.256.

Ayrıca doktrinde de, genel olarak, Sözleşmenin bağımsız bir sözleşme statüsü oluşturduğu; doğrudan uygulanır nitelikte olduğu¹⁵⁵ ve kendine özgü bir dava sebebi yarattığı kabul edilmiştir. Ancak bu görüşü savunan yazarların dayandığı gerekçeler farklıdır. Buna göre bazı yazarlar, Sözleşme kapsamında uygulanacak hukuku değiştiren hükümlerin geçersiz olduğunu düzenleyen 32. maddeye dayanmışlardır¹⁵⁶. Bir başka yazar, Sözleşmenin yeknesak uygulanmasının sağlanması için bu görüşü savunmuştur¹⁵⁷. Diğer bir yazar, hava taşımacılığının uluslararası karakterde olmasının, ulusal hukuklara tâbi olmadan “sorumluluk” kurallarının gelişimini zorunlu kılmasını ve bu zorunluluğun da kanunlar ihtilâfi sorunlarının çözümüne etki etmesini gerekçe göstermiştir¹⁵⁸. Son olarak, bir yazar, görüşünü, Sözleşme hükümlerinin, diğer dava sebeplerinin (sözleşmenin ihlâli veya haksız fiil) yerine uygulanmasına; Sözleşmenin, uluslararası taşımacılık ve hava yolu taşıma şirketlerinin sorumluluğu konularında yeknesak kurallar sağlama amacına dayandırmıştır¹⁵⁹.

— Uygulaması daha az olan içtihadı göre ise, “dayanağı ne olursa olsun” ifadesinin altında yatan mülâhazanın, davanın çeşitli hukukî temeller (sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu) içinde açılabilceğini; 24. madde kapsamında 17. maddeye dayanarak açılacak davaların, Sözleşme hükümlerinden etkilenmeyeceğini ve ulusal hukuklara tâbi olacağını iddia etmişlerdir¹⁶⁰. Ayrıca, 24.

¹⁵⁵ Şanlı, Cemal: Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s.55’den naklen (Sivil Havacılık).

¹⁵⁶ Shawcross; Beaumont, s.VII- 352.

¹⁵⁷ Jakhu, Ram S.: “Benjamins v. British European Airways/ The Warsaw Convention Creates a Cause of Action”, *Annals of Air and Space Law*, Vol.III (1978), s.613-615.

¹⁵⁸ Gorman & Kuner, s.96.

¹⁵⁹ Garcia-Bennett Rita: “Psychological Injuries under Article 17 of the Warsaw Convention”, *Air and Space Law*, Vol. 26, No.1 (2001), s.53.

¹⁶⁰ İlk olarak *Komlos v. Air Fransa* kararı ile bu görüş ortaya konmuştur. Bu kararda mahkeme, Sözleşmede taşıyıcının sorumluluğunun Sözleşmeye tâbi olacağı Sözleşmede belirtilse de, hava aracının düşmesi sonucu yolcuların ölümü sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğunu, haksız fiil

maddede geçen ‘dayanağı ne olursa olsun’ ifadesinin, Sözleşmenin dışında dayanılacak hukukî sebebi ima ettiği için davacıların Sözleşmenin düzenlediği sınırlar çerçevesinde tamamıyla ulusal hukukların düzenlediği dava sebebine dayanarak davasını açabilecekleri belirtilmiştir¹⁶¹. Hatta Sözleşme kapsamında olan taşımacılık sebebiyle doğan zarardan taşıyıcının sorumlu olabilmesi için Sözleşmede öngörülen şartlar sağlanmazsa da zarar gören zararını ulusal hukuklar altında tazmin ettirebilir¹⁶². Bu durumda, doktrinde, Varşova Sisteminin doğrudan uygulanmayıp; ancak *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili olan hukukun izin verdiği ölçüde uygulanabileceği belirtilmiştir¹⁶³.

(ii) İkinci olarak, 18. madde kapsamında açılacak tazminat davalarına ilişkin Sözleşmenin münhasır şekilde uygulandığı, dava sebebi yarattığı ve kanunlar ihtilâfı

sorumluluğu olarak vasıflandırmış ve dava açma hakkına kimlerin sahip olacağını, yetkili hukukun haksız fiil hükümlerine göre tespit etmiştir. Ayrıca mahkeme, Sözleşme ile bir dava sebebi yaratmak istenseydi, “17, 18 ve 19. maddeler kapsamında (*covered by*)” ifadesi yerine, “17, 18 ve 19. maddeler altında doğan (*arising under*)” ifadesinin; “Sözleşmenin şart ve sınırlarına bağlı olmak” ifadesi yerine “Sözleşmedeki şart ve sınırların, dava sebebinin tamamlayıcı bir parçasıdır” ifadesinin tercih edileceğini ileri sürmüştür. *Komlos v. Compagnie Nationale Air France*, 111 F. Supp. 393 - District Court, SD New York 1952. *Komlos* kararının değerlendirilmesi için bkz. Calkins Jr., Nathan: “The Cause of Action Under the Warsaw Convention, Part II”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 26 (1959), s.323-343.

Bu kararı emsal alan bazı kararlar: *Zousmer v. Canadian Pacific Air Lines, Limited*, 307 F. Supp. 892 - Dist. Court, SD New York 1969; *Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd.*, 351 F. Supp. 702 - District Court, SD New York 1972; *Greta Husserl v. Swiss Air Transport Company Ltd*, 388 F. Supp.1238, United States District Court, S.D. New York 1975, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013; “*Fernandez v. Linea Aeropostal Venezolana*, 5 Avi. 17, 634, S.D.N.Y.1957; *Noel v. Linea Aeropostal Venezolana*, 5 Avi. 17, 125, aff’d, 5 Avi. 17, 544, 2d Cir. 1957, cert. denied 355 U.S. Sup. Ct. 1957; *Spencer v. Northwest Orient Airlines, Inc.* 7 Avi. 17, 820, S.D.N.Y. 1962; *Sheris v. the Sheris Co.*, 12 Avi. 17, 394, Va. Sup. Ct. 1972”: bkz. Miller, s. 224.

¹⁶¹ *Rhymes v. Arrow Air, Inc.*, 636 F. Supp. 737 - Dist. Court, SD Florida, Miami Division, 27 Mayıs 1986; *Calderon v. Aerovias Nacionales de Colombia*, 738 F. Supp. 485 - District Court, 29 May 1990; 929 F. 2d 599 - Court of Appeals, 11th Circuit, 19 April 1991; *Alvarez v. Aerovias Nacionales de Colombia*, 756 F. Supp. 550 (S.D. Fla. 1991), <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. *Air Express International, Inc. v. Aerovias de Mexico S.A.* 977 F.Supp. 1191, 1997, United States District Court, S.D. Florida, June 30, 1997, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mart 2013..

¹⁶² Sözer, Yük Taşıma s.101, 104; Sözer, Bülent: “Türk Sivil Havacılık Kanununun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt XXI, S.4 (1984), s.65 (İşletenin Sorumluluğu); Bozkurt Bozabalı, s.84-88.

¹⁶³ Şanlı, Sivil Havacılık, s.55’den naklen.

sorunlarını engellediği genel kabul görmüştür¹⁶⁴. Şöyle ki, 24/1. madde ile 18. madde kapsamına giren hallerin, dayanağı ne olursa olsun, dava açma hakkına kimlerin sahip olacağı hususu¹⁶⁵ hariç bırakılmadan, bu Sözleşme hükümlerine tâbi olduğu açıkça kabul edilmiştir.

¹⁶⁴ Bagaj ve eşya taşımacılığı sebebiyle ortaya çıkan zarara ilişkin açılan sorumluluk davalarında, 24. maddenin Varşova Sözleşmesinin münhasır dava sebebi yarattığı yönünde verilen kararlar: ‘*Jahanger v. Purolator Sky Courier*, 615 F.Supp. 29, D.C.Pa.1985; *Rucumar Inc. v. KLM Royal Dutch Airlines*, 608 F.Supp. 795, 797-98, D.C.N.Y.1985; *Stanford v. Kuwait Airlines Corp.*, 705 F.Supp. 142, 143, S.D.N.Y. 1989; *St. Paul Ins. Co. v. Venezuelan International Airways*, 807 F.2d 1543, United States Court of Appeals, 11th Circuit 1987’: bkz. *Velasquez v. Aerovias Nacionales de Colombia*, 747 F. Supp. 670 - District Court, SD Florida 1990, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

Yeni Zelanda içtihadında da bu yönde karar mevcuttur. *Emery Air Freight v. Nerine Nurseries Ltd.*, Court of Appeal [1997] 3 NZLR 723: bkz. Myburgh Paul: “Exclusivity of the Warsaw Convention”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* (1998), s.476-480, <http://papers.ssrn.com>, erişim tarihi Şubat 2015.

¹⁶⁵ Bu bağlamda, 18. madde kapsamında açılacak tazminat davalarının kim tarafından açılacağı, Sözleşme hükümlerine göre cevaplanmalıdır. Ancak sadece Sözleşmenin 30/3. maddesinde; yani ardıl taşımacılık sebebiyle bagaj veya eşyanın zarara uğraması durumunda tazminat davalarının kim tarafından, hangi taşıyıcıya karşı açılacağı açıkça düzenlenmiştir. Ardıl olmayan taşımacılık sebebiyle doğan uyumsuzluklara ilişkin tazminat davalarının kim tarafından açılacağı yorum yolu ile belirlenmektedir. Sözleşme hükümlerini yorumladığımızda, bagaj taşımacılığında bagajın sahibi olan yolcunun; eşya taşımacılığında Sözleşme metninden gönderici ve alıcının, taşıyıcıya karşı talep hakkı doğmaktadır.

Öte yandan, eşya taşımacılığı sebebiyle zarar gören eşyanın gerçek sahibinin gönderici ve alıcı olmadığı durumlarda, bu kişinin taşıyıcıya karşı talep hakkı mevcut mudur? Mevcut olduğu kabul edildiğinde, bu uyumsuzluğa 24. madde uygulanabilir mi? Bahse konu soru, *Civil Law* ile *Common Law* hukuk sistemlerinde farklı şekilde cevaplandırılmıştır. *Civil Law* hukukçuları, 18. madde kapsamına giren zararlara ilişkin davaların dayanağı ne olursa olsun Sözleşme’de belirtilen şart ve sınırlara tâbi olduğuna ilişkin 24/1. maddesi ile gönderici ve alıcının sahip olduğu hakları düzenleyen 12, 13. ve 14. maddelerine dayanarak, Varşova Sözleşmesi altında sadece gönderici ve alıcının dava açma hakkı olduğunu belirtmişlerdir. ‘*Les Tanneras de Luiece c. Air France* (1967) RFDA 70, Paris Court of Appeal; *NV Organon and Organon Inc v. Cooperative Vereniging Nederlands Luchtvaart Groupage Centrum UA and Seaboard World Airlines* (1971) IATA Reporter No.382, Amsterdam Court of Appeal; *UTA c. Kouan* (1983) RFDA 379, Cameroon Supreme Court’: bkz. Ho, Alexander: “Does the Montreal Convention 1999 Provide an Exclusive Remedy in the International Carriage of Goods and Passengers?”, *Annals of Air and Space Law*, Vol.XXXIV (2009), s.390. Bu görüş dayanağını, Sözleşme hükümlerinin yeknesak olarak uygulanması gereğinden almıştır. Ayrıca *Civil Law* hukukçuları, alıcı ile eşyanın gerçek sahibi arasında temsilcilik ilişkisinin varlığını taşıyıcının bilmesi durumunda, taşıyıcıya karşı eşyaların sahibinin dava açma hakkına sahip olduğunu kabul etmişlerdir. Ho, s.390-391.

Öte yandan, *Common Law* hukuk sistemini uygulayan mahkemeler, önceleri 24. maddede geçen “dayanağı ne olursa olsun” ifadesini, sadece Sözleşme kapsamında dayanağı ne olursa olsun şeklinde yorumlamışlar ve gönderilen eşyanın sahibinin, dava açma hakkı olmadığına karar vermişlerdir. Ancak daha sonra görülen davalarda mahkemeler, “dayanağı ne olursa olsun” ifadesini, sadece Sözleşme kapsamında yorumlamayıp; eşyaların mülkiyetine sahip olan kişinin de, taşıyıcıya karşı dava açma hakkı olduğunu kabul etmişlerdir. Gönderilen eşyanın sahibinin, dava açma hakkına sahip olmadığına ilişkin ‘*Manhattan Novelty Corporation v. Seaboard and Western Airlines Inc.* [1958] US and Can. Av. Rep. 142; *Pilgrim Apparel, Inc. v National Union Fire Insurance Company and Others*, [1959] U.S. and Can. Av. Rep. 17, 733; *Holzer Watch Co. Inc. v. Seaboard and Western Airlines Inc.* [1958] US and Can. Av. Rep. 142 ve gönderilen eşyanın sahibinin, dava açma hakkına sahip olduğuna ilişkin *Tasman Pulp & Paper Co. Ltd v. Brambles JB O’Loughlen Ltd.* [1981] 2 NZLR 225; *Western*

Sözleşmenin bağımsız bir dava sebebi yarattığı, Montreal 4. Ek Protokolünün¹⁶⁶ VIII. maddesi ile açıklığa kavuşturulmuştur¹⁶⁷. Buna göre, yolcu ve bagaj taşımacılığında dayanağı ne olursa olsun açılan tazminat davası, davayı açma hakkını haiz olanlara ve bu kişilerin birbirlerine karşı olan haklarına ilişkin hususlar saklı kalarak, Sözleşmede öngörülen şartlara ve sınırlamalara tâbidir. Ayrıca eşya taşımacılığında doğan taşıyıcının sorumluluğunun dayanağı, Varşova Sözleşmesi, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesi veya haksız fiil ise; davayı açma hakkını haiz olanlar ve bu kişilerin birbirlerine karşı olan hakları saklı kalarak, taşıyıcının sorumluluğu, Sözleşmede öngörülen şartlara ve sınırlamalara tâbidir¹⁶⁸. Ayrıca Sözleşmede geçen “17. ve 18. madde kapsamında olan davalar” ifadesinin yerine Protokolde “yolcu ve bagaj taşımacılığında, dayanağı ne olursa olsun...” ifadesinin kullanılması nedeniyle Montreal 4. Ek Protokolünün 24. maddesinin, Sözleşmenin 24. maddesinden daha geniş kapsamlı olduğu da iddia edilmiştir¹⁶⁹.

Sonuç olarak, Varşova Sisteminin bağımsız bir dava sebebi yarattığı kabul edildiğinde, taşıyıcının Sistemin uygulama alanına giren uyuşmazlıklardan doğan hukukî sorumluluğunun vasıflandırılması önemli değildir. Çünkü hâkim, taşıyıcının

Digital Corporation v. British Airways Plc [2001] QB 733; *Gatewhite Ltd. V. Iberia Airlines Aeras de Espana Soc* [1990] 1 QB 326: bkz. Ho, s.391-404.

¹⁶⁶ 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolü ile değiştirilen 1929 Varşova Sözleşmesini Değiştiren 25 Eylül 1975 tarihli Montreal 4. Ek Protokolü.

¹⁶⁷ *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.* 919 F. Supp 155, S.D.N.Y.1996; app’l 122 F.3d 99 Court of Appeal 2nd, 1997; app’l 525 US 155 - Supreme Court 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

¹⁶⁸ Montreal Ek 4. Protokolünden önce hazırlanan, Türkiye’nin onayladığı ancak Varşova Sistemi kapsamında yürürlüğe girmeyen 1971 Guatemala City Protokolü’nün IX. maddesi ile 24. madde farklı şekilde kaleme alınmıştır: “Eşya taşımacılığında, dayanağı ne olursa olsun, bir tazminat davası, ancak bu Sözleşmede öngörülen şartlara ve sınırlamalara bağlı olarak açılabilir. Yolcu ve bagaj taşımacılığında, dayanağı ne olursa olsun, bir tazminat davası, ister bu Sözleşmeden veya taşıma sözleşmesinden veya haksız fiilden vb. bir sebepten doğsun, dava açma hakkına kimlerin sahip olacağı ve bu kişilerin birbirlerine karşı hangi haklara sahip olacağı konuları hariç bu Sözleşmede öngörülen şartlara ve sorumluluk sınırına tâbidir. Bu sorumluluk sınırı azami sınırdır ve sorumluluğun kaynağı ne olursa olsun aşılamaz.”

¹⁶⁹ *Mbaba v. Societe Air France*, 457 F. 3d 496 - United States Court of Appeals, 5th Circuit, 25 July 2006; *King v. American Airlines, Inc.*, 146 F. Supp. 2d 159 - Dist. Court, ND New York 2001; aff’l 284 F. 3d 352 - Court of Appeals, 2nd Circuit 2002, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

sorumluluğunun hukukî niteliğini hangi dayanak altında vasıflandırır, vasıflandırır, taşıyıcının sorumluluğu, Sistem kapsamındadır. Şöyle ki, öncelikle uyuşmazlığın Sistemin uygulama alanına girmesinin tespiti gereklidir. Bu tespitten sonra uyuşmazlığın taşıyıcının sorumluluğunu doğuracak şartları taşıyıp taşımadığı araştırılmalı; bir diğer deyişle, uyuşmazlığın, 17. veya 18. madde kapsamında olup olmadığı tayin edilmelidir. Bu noktada, 24. madde ile mahkemelerin vasıflandırma ihtilâfına girmeleri önlenerek, Sözleşmenin; 17. veya 18. madde kapsamına giren uyuşmazlıklar için münhasıran ve doğrudan uygulandığı ile bağımsız bir dava sebebi yarattığı kabul edilmektedir.

Aslında, Sözleşmenin 24/1. maddesi ile 24/2. maddesi, münhasırlığın iki farklı yönünü ortaya koymaktadır¹⁷⁰. Şöyle ki, Sözleşmenin 24. maddesinin ilk fıkrası, 18. madde kapsamında açılacak tazminat davalarını, bu davaların kimin tarafından açılacağı konusunu da dâhil ederek, doğrudan Sözleşme hükümlerine tâbi tutmuştur. İkinci fıkrası da, 17. madde kapsamında açılacak tazminat davalarını, bu davayı kimin açacağı konusunu hariç bırakarak, Sözleşme hükümlerine tâbi kılmıştır. Bu sebeple, 24/2. maddede davacı olabilecek kişilerin düzenlenmemesi, Sözleşmenin kendine özgü bir dava sebebi yarattığı gerçeğini değiştirmeyecektir¹⁷¹.

B. Taşıyıcının Sorumluluğuna İlişkin Uyuşmazlıkların Hallinde Başvurulacak Yetkili Makamlar

Varşova Sistemi kapsamında açılacak sorumluluk davalarının çözümü için iki yola başvurulabilir. İlki, yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığında sorumluluk itibariyle ulusal yargı yolu; diğeri ise, eşya taşımacılığında sorumluluk itibariyle tahkim yoludur.

¹⁷⁰ Ho, s.421.

¹⁷¹ Shawcross; Beaumont, s.VII-351.

1. Milletlerarası Yetkili Mahkemeler

Varşova Sistemi ile milletlerarası yetkiye sahip olabilecek mahkemeler açıklanmadan önce milletlerarası yetki kavramı üzerinde durulacaktır.

a. Milletlerarası Yetki Kavramı ve Yetkili Mahkemenin Tayini

Milletlerarası yetki, bir devletin mahkemesinin, kendi önüne gelen uyuşmazlığı, konusu, tarafları ve hukukî yaptırım açısından karara bağlamada sahip olduğu yetkidir¹⁷².

Uluslararası taşımacılık, birden fazla ülke ile irtibatlı olduğu için bu taşımacılık sebebiyle doğan uyuşmazlıkların karara bağlanmasında birden çok devlet kendisini yetkili görebilmektedir. Yabancı irtibat noktalarından hareketle yetkili olabilecek mahkemelere örnek olarak:

- Yolcunun yaralanması hâlinde kendisinin; ölümü hâlinde ise mirasçısının tâbiyetini taşıdığı veya yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu ülke mahkemesi;
- Göndericinin veya alıcının tâbiyetini taşıdığı veya yerleşim yerinin ya da mutad meskeninin bulunduğu ülke mahkemesi;
- Hava yolu şirketinin merkezinin bulunduğu ülke mahkemesi;
- Biletin alındığı şubenin bulunduğu ülke mahkemesi;
- Kazanın meydana geldiği ülke mahkemesi;
- Bagajın veya eşyanın kaybolduğu yerde bulunan ülke mahkemesi;
- Kalkma veya varma yerlerinin bulunduğu ülke mahkemesi

gösterilebilir¹⁷³.

¹⁷² Anton, A. E. & Beaumont, P. R: Private International Law, Edinburgh 1990, s.156; Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2015, s.417 (Devletler); Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman-Fıganmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2015, s.352; Çelikel, Aysel; Erdem, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016, s.515; Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2015, s.38-39 (Milletlerarası).

Tarafların, Varşova Sözleşmesi kapsamına giren bir uyuşmazlıktan doğan tazminat davalarını nerede açabileceklerine ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmaları ve yetkili mahkemeleri öngörebilmeleri¹⁷⁴ için Sözleşmenin 28. maddesinde milletlerarası yetkiye sahip olabilecek mahkemeler tayin edilmiştir.

¹⁷³ Blackshaw, s.159.

¹⁷⁴ Aksi durum, özellikle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde karşılaşılan “*forum shopping*” sorununu ortaya çıkarabilecektir. Buna göre, davacı, dava ile irtibatı az veya tesadüfi olup olmadığına bakmadan kendi lehine olabilecek olan bir ülke mahkemesini seçebilir. Bunu önlemek amacıyla *forum non conveniens* doktrini geliştirilmiştir. Şanlı; Esen; Ataman- Figanmeşe, s.353-354. Şöyle ki, davacının davasını açtığı yetkili mahkeme, çeşitli etkenleri temel alarak, taraflar için daha uygun bir mahkemenin bulunduğu kanaat getirirse, dava hakkında yetkisizlik kararı verebilir. Symeonides, Symeon, C.: American Private International Law, Hollanda 2008, s.39; Brand, Ronald A; Jablonski, Scott R.: Forum Non Conveniens, History, Global Practice and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreement, Amerika Birleşik Devletleri 2007, s.68; McLoughlin v. Commercial Airways (Pty) Ltd., 602 F. Supp. 29 - Dist. Court, ED New York 1985; <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

Amerikan mahkemelerinin, *forum non conveniens* doktrinine başvurabilmek için takdir yetkisini kullanırken, her iki taraf için de âdil yargılamayı tehlikeye atmamak üzere esas alması gereken kısıtlar, iki grup şeklinde içtihat yoluyla belirlenmiştir. *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 US 501 - Supreme Court of United Nations, 1947, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013; *Orion Insurance Co. V. United Technologies Corp.* 15 Avi 18, 061, United States District Court, Southern District of New York, 26 March 1980: bkz. *Air Law*, Vol.VII, No.4 (1982), s.242-243.

Özel çıkar için olan etkenlerden (*private interests factors*) bir kısmı, yargılamanın süratli bir şekilde, az masraf ile yapılması; bunun yapılabilmesi için kanıtlara ulaşmada kolaylık sağlanması; tanıklara ulaşmayı sağlamak için yapılacak masrafların az olması ve dava kazanıldığında kararın tenfiz edilebilmesidir. *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 US 235 - Supreme Court 1981, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013; *Fosen v. United Technologies Corp.*, 15 Avi 17, 993, United States District Court, Southern District of New York, 7 February 1980: bkz. *Air Law*, Vol.VII, No. 4 (1982), s.242; *Macedo v. Boeing Co.*, 15 Avi 18, 032, United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 11 January 1980: bkz. *Air Law*, Vol.VII, No.4 (1982), s.242.

Kamu çıkarı için olan etkenlerden (*public interest factors*) bir kısmı ise, davanın açıldığı mahkemenin karşılaşılabileceği yargılamayı tıkayacak idarî zorluklar veya jüri görevi gibi yükler; kanunlar ihtilâfi hukuku alanındaki sorunların çözümü ve hâkimin kendisinin bilmediği bir yabancı hukuku uygulamadaki zorluklardır. Dempsey, Paul Stephen: “All Along the Watchtower: Forum Non Conveniens in International Aviation”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. XXXVI, 2011, s. 330-332 (Forum Non Conveniens); Brand; Jablonski, s.53-54.

İngiliz hukukunda ise davanın açıldığı mahkeme, *forum non conveniens* doktrinine başvururken, Amerikan mahkemelerinden farklı ölçütleri değerlendirmişlerdir. İngiliz mahkemeleri, somut uyuşmazlık için uygun olan bir başka mahkemenin varlığını tespit ettikten sonra davanın bir başka mahkemede görülmesinin tarafların çıkarlarına ve adaletin gerçekleştirilmesine hizmet edip etmediğini araştırmaktadır. *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.* [1987] House of Lords A.C. 460: bkz. Brand; Jablonski, s.3.

Ulusal hukuk düzenlerinde *forum non conveniens* doktrininin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Dardağan, Esra: Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı”, Ankara 2005, s.79-116. Ayrıca uluslararası havacılık davalarında *forum non conveniens* doktrininin uygulanmasına ilişkin detaylı inceleme için bkz. Sirmen, K. Sedat: “Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co. v.Reyno Davası”, *AÜHFD*, S.63 (1) (2014), s.199-217 (Forum Non Conveniens).

Sözleşme kapsamında açılacak tazminat davaları, Sözleşmede tespit edilen milletlerarası yetkili mahkemeler dışında bir başka mahkemede karara bağlanamayacaktır. Nitekim bir mahkemenin yetkisi, Sözleşme kapsamında tesis edilememişse, iç hukuk hükümlerine göre de tesis edilemeyecektir¹⁷⁵.

Varşova Sistemi kapsamında belirlenen milletlerarası yetkili mahkemelere geçmeden önce belirtelim ki, davanın açıldığı mahkeme, ilk olarak mensup olduğu devletin Sözleşmeye taraf olup olmadığını belirlemelidir. Daha sonra bu mahkeme, Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen şartların ve iç hukuk açısından kendi yetkisine ilişkin dava şartı dâhil olmak üzere diğer dava şartlarının varlığını ve 28. maddede sayılan mahkemelerden biri olduğunu tespit etmelidir¹⁷⁶.

b. Milletlerarası Yetkili Mahkemeler

Varşova Sistemi içinde yer alan hukukî düzenlemelerde; milletlerarası yetkiye sahip mahkemeler belirlenirken, yer/place ifadesine yer verilmiştir. ‘Yer’ terimi ile şehir, bölge, yargı bölgesi, eyalet ve kanton kastedilmeyip; daha sabit ve genel bir coğrafik alanın; bir diğer deyişle bir Taraf Devletin ülkesi kastedilmiştir¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *Poddar v. Singapore Airlines, Ltd.*, 30 Avi. 15, 391, C.D.California 2004: bkz. Tompkins, Air Transportation, s.247.

¹⁷⁶ Goldhirsch, s.179; *Vergara v. Aeroflot" Soviet Airlines"*, 390 F. Supp. 1266 - United States District Court, D. Nebraska 1975, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

¹⁷⁷ *Mertens v. Flying Tiger Line* 341 F.2d 851, United States Court of Appeals Second Circuit, 16 Şubat 1965, <http://openjurist.org>. *Mertens* davası ile aynı yönde diğer kararlardan bazıları: *Smith v. Canadian Pacific Airways*, 452 F. 2d 798, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1971, <http://leagle.com>; *Mason v. British Overseas Airways Corporation*, 5 Av. Cas. 17, 121, S.D.N.Y. 15 November 1956: bkz. McKenry, Carl E.B.: “Judicial Jurisdiction under the Warsaw Convention”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol.29, No.3 (1963), s.223.

Ancak *Mertens* davasından önce aksi yönde olarak, mahkemenin sözleşen devlete ait olması yeterli bulunmamış; ülke sınırları içinde belirli bir şehrin veya eyaletin mahkemesinin tespitine karar verilmiştir: *Berner v. United Airlines, Inc.*, 2 Misc.zd 260, 149 N.Y.S.2d 335 (Sup. Ct. 1956); 3 App.Div.2d 9. 157 N.Y.S.2d 884 (1956); *Dunning v. Pan American World Airways, Inc.*, 4 Av.Cas. 17,394 (D.D.C.1954): bkz. McKenry, s.22- 25.

Fransız içtihadı ile Amerikan içtihadı, 28. madde hükmünü farklı şekilde uygulamaktadır. Miller, s.295. Şöyle ki Amerikan mahkemeleri için maddenin işlevi, belirli bir devletin mahkemesinin yetkili olacağını tespit ettikten sonra sona ermektedir; davalı bakımından ve kendi ülkesi içinde görevli mahkemenin tespiti, federal hukuk düzenlemelerine ve uygulamaya göre belirlenmektedir. *Edmund J. Smith v. Canadian Pacific Airways, Ltd.*, 452 F.2d 798, No. 26, Docket 71-1238, United States Court of Appeals, Second Circuit, Decided Dec. 6, 1971, <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Şubat 2013.

Fikrimizce, Sözleşmenin 28/1. maddesinde yer aldığı şekliyle; sözleşen devlete ait mahkemenin yetkisini tespit yeterlidir; bu devlette hangi görevli mahkemeye başvurulacağı, o devletin iç hukukuna göre belirlenir.

Sözleşmenin 28. maddesi ile taşıyıcının sorumluluk davasında münhasıran yetkili olabilecek mahkemeler belirlenmiştir¹⁷⁸. Buna bağlı olarak, davacının davasını açarken maddede sayılan milletlerarası yetkili mahkemelere sıkı şekilde bağlı kalması ve Sözleşme ile açıkça aksi öngörülmemişse dava yoluna başvurması gerekir¹⁷⁹. Dolayısıyla Sözleşme hükümleri altında taşıyıcının sorumluluk davaları, 28. maddede belirtilen mahkemelerden birinde açılmalıdır¹⁸⁰.

Sözleşmenin 28. maddesinin tarafları bağlayıcı niteliği, Sözleşmenin m.32/1, c.1 ile garanti altına alınmıştır. Buna göre, zararın doğmasından önce, Sözleşmenin yetkili mahkeme veya uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerini değiştiren taşıma sözleşmesi veya özel anlaşma hükümleri geçersiz sayılmıştır. Sözleşmenin yetkili mahkeme ve yetkili hukuka ilişkin hükümlerinin değiştirilmesi, zararın doğmasından sonra mümkün görünmektedir¹⁸¹.

Fransız mahkemeleri açısından maddenin işlevi ise, belirli bir devletin mahkemelerinin yetkili olmasını tespit ettikten sonra sona ermemekte; kendi ülke sınırları içinde görevli mahkemenin tespitini de kapsamaktadır. Miller, s.295, 296. Örneğin *Cie Air France c. Liberator* davasında mahkeme, yolcu biletinde varma yerinin Paris olarak yazmasına rağmen inilecek havaalanı olarak Essonne bölgesine bağlı Orly Havaalanına inilmesi gerekçesiyle Fransa'da bulunan mahkemeleri değil; Essonne bölgesinde bulunan mahkemeleri, varma yeri mahkemesi olarak yetkili kabul etmiştir. *Cie Air France c. Liberator* (1974) 28 R.F.D.A. 287 (C.A. Paris, 8 December 1973), aff'd (1975) 29 R.F.D.A. 293 (Cass. Civ. Ire, 16 April 1975); bkz. Miller, s.294.

¹⁷⁸ *Edmund J. Smith v. Canadian Pacific Airways, Ltd.*, 452 F.2d 798, No.26, Docket 71-1238, United States Court of Appeals, Second Circuit, Decided Dec. 6, 1971; *Rotterdamsche Bank v. BOAC (and Aden Airways)*, High Court of Justice, 1 All ER 675 Queen's Bench Division (United Kingdom), 18 February 1953; *Gulf Air c. Cie Airbus et autres ve Kenya Airways c. Cie Airbus et autres*: bkz. Diedericks- Verschoor, s.196, 197.

¹⁷⁹ Diedericks- Verschoor, s.193.

¹⁸⁰ Aksi yönde kararlar da mevcuttur: *Hill v. United Airlines*, 55 F. Supp. 1048 (D.C. Kan. 1982); bkz. Goldhirsch, s.177. *Pakistan International Airlines v Ms Kunze Bejon*, Toulouse Court 1997; *Pakistan International Airlines v. Ms Kunze Bejon Cour de Cassation*, 1997: bkz. Foreman, Simon: "United Kingdom: Air Carrier Liability: French Jurisdiction Restricted", <http://www.mondaq.com> (2006), erişim tarihi Şubat 2013.

¹⁸¹ *Della Roma v. Air France* davasında mahkeme, bu yönde bir karar vermiştir. Şöyle ki Marsilya (Fransa)-Kano (Birleşik Krallık)- Brazzaville (Fransa) güzergâhlı taşımacılık sebebiyle vuku bulan

Varşova Sistemi kapsamında yer alan uluslararası taşımacılık sırasında meydana gelen kazalardan doğan tazminat davaları hakkında milletlerarası yetkili mahkemeler açıkça ve kesin bir şekilde tespit edilmiştir. Bu mahkemeler şunlardır:

- Taşıyıcının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemeleri (Varşova Sözleşmesi m.28/1);
- Taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu yer mahkemeleri (Varşova Sözleşmesi m.28/1);
- Taşıma sözleşmesinin yapıldığı işyerinin bulunduğu yer mahkemeleri (Varşova Sözleşmesi m.28/1);
- Varma yeri mahkemeleri (Varşova Sözleşmesi m.28/1);
- Fiilî taşıyıcının mutad meskeninin veya esas işyerinin bulunduğu yer mahkemeleri (Guadalajara Sözleşmesi m. VIII);
- Taşıyıcının işletmesinin bulunduğu yer ile yolcunun yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemeleridir (yürürlüğe girmeyen Guatemala City Protokolü m. XII).

Bu mahkemeleri incelemeye geçmeden önce, tarafları, uyuşmazlık konusu ve dava sebebi aynı olan bir dava, Sözleşmede belirtilen milletlerarası yetkili iki mahkemede açılması durumunda, derdestlik itirazı dikkate alınır mı? Sözleşme kapsamında derdestliğe izin verilip verilmediği düzenlenmemiş; kanımızca, bu konunun düzenlenmemesi bir eksikliktir. Sözleşmenin 28. maddesine göre usul hukukuna ait konular *lex fori*'ye tâbidir. Derdestlik, usul hukukuna ait olduğu bir

kazada ölen yolcunun eşi, Varşova Sözleşmesi altında zararının karşılanması için Fransa Sosyal Güvenlik Kurumunun teklif ettiği tazminat miktarını kabul etmiştir. Bunun üzerine mahkeme, bu teklifin zararın doğmasından sonra yapıldığı ve kabul edildiği gerekçesiyle ölen yolcunun eşinin davada ek bir talepte bulunamayacağına karar vermiştir. *Della Roma v. Air France*, Court of Appeals, Aix en Provence, 7 th Civil Chamber, 13 March 1959: bkz. McKenry, s.228.

konu olduğu için davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbidir¹⁸². Dava Türk mahkemesi önünde görülüyorsa, Türk hukukunda derdestliğe ilişkin kanunî bir düzenleme ve milletlerarası sözleşme bulunmuyorsa, derdestlik kabul edilemez¹⁸³. Bu konu, Türk doktrininde ve içtihadta tartışmalıdır¹⁸⁴.

(1) Taşıyıcının Yerleşim Yerin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Sözleşme metninde “yerleşim yeri” kavramından ne anlaşılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Ayrıca, Sözleşmenin farklı dillerdeki metinlerinde farklı terimler kullanılmıştır. Örneğin Sözleşmenin orijinal metni olan Fransızca metninde, “*domicile*”, İngilizce metninde, “*ordinarily resident*” kavramı kullanılmıştır¹⁸⁵.

¹⁸² Sargın, Fügen: “5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikrî ve Sinaî Haklar ile İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul 2010, s.252 (Fikrî ve Sinaî Haklar). Doktrinde; karşılaştırmalı hukukta, milletlerarası derdestliğe ilişkin iki sistemin var olduğu belirtilmiştir. İsviçre ve Almanya’da uygulanan sistemlerden biri, önceki derdestliğin dikkate alınmasıdır. Bir diğer sistem ise, yabancı derdestliğin kabul edilmemesidir. Nomer, Devletler, s.451; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.412.

¹⁸³ Sargın, Fügen: Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s.188 (Yetki); Nomer, Devletler, s.452.

¹⁸⁴ Görüşler için bkz. Sargın, Yetki, s.188-190; Sargın, Fikrî ve Sinaî Haklar, s.251-254; Nomer, Devletler, s.451-453; Şanlı, Sivil Havacılık, s.27; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe s.411-416; Doğan, Milletlerarası, s.50-57.

¹⁸⁵ *Common Law* hukukunda gerçek kişilerin yerleşim yeri (*domicile*), ikiye ayrılmaktadır; ilki doğumla kazanılan yerleşim yeri olan *domicile of origin*; ikincisi daha sonraları seçilen yerleşim yeri olan *domicile of choice*. Nomer, Devletler, s.118. Seçilen yerleşim yeri ile bir kişinin devamlı ve süresiz oturma niyetiyle yaşadığı yer kastedilir ve bir kişinin yerleşim yeri sadece bir tane olmalıdır. Dicey; Morris and Collins: *The Conflict of Laws*, Vol.2, Londra 2006, s.122-174 (Vol. 2).

Öte yandan Fransız hukukunda yerleşim yeri, “gerçek oturma hâli ile niyet unsurları aranarak esas oturma yeri olarak” tarif edilmiştir. Özkan, Işıl: *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara 2003, s.19. Bir diğer deyişle, “Fransız hukukunda yerleşim yeri terimi, fiilî bir kavramın ötesinde hukukî bir kavramdır ve kişinin sürekli yaşamak için yerleştiği yer olarak izah edilmiştir”. Gates, Sean: “IATA Intercarrier Agreement- the Final Frontier?”, *The Aviation Quarterly*, Part I (1996), s.33 (IATA).

Fransız ve İngiliz mahkemeleri, “*domicile*” ve “*ordinarily resident*” terimlerini taşıyıcı şirketin idare merkezinin bulunduğu veya çalışanlarının faaliyetlerini yönettiği yer (*siege social*) olarak yorumlamıştır. Goldhirsch, s.182.

İngiliz hukukunda (*rule 160*), bir tüzel kişinin yerleşim yeri (*domicile*) ise, kanunlarına tâbi olarak tüzel kişilik kazandığı ülkedir. Bir tüzel kişinin meskeni (*resident*), merkez yönetiminin ve denetiminin bulunduğu yerdir; eğer denetim ve yönetim merkezi, iki veya daha fazla ülkede bulunuyorsa, o şirketin meskeni, birden fazladır ve her biri, bulunduğu ülke hukukuna tâbi olmaktadır. Dicey; Morris; Collins, Vol.2, s.1336. Bir davada mahkeme, şubenin, taşıyıcının “daimi yerleşim yeri” olmadığına karar vermiştir. *Rothmans of Pall Mall (Overseas) Ltd. v. Saudi Arabian Airlines Corp.* [1981] QB 368 (Q.B. 1979), [1980] 3 All E.R. 359 (C. A. England, 1980); bkz. Goldhirsch, s.183.

Farklı terimlerin kullanılması, farklı anlamları da beraberinde getireceğinden, Sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıklar açısından her bir dava için farklı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir. Burada karşılaşılabilecek sorun, “yerleşim yeri” kavramının, hangi hukuka göre anlamlandırılacağıdır.

Davanın Türk mahkemeleri önünde açıldığı varsayılırsa, Türk hâkimi, “yerleşim yeri” kavramını kendi hukukuna göre anlamlandıracaktır¹⁸⁶. Türk hâkiminin başvuracağı kaynak, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’dur (TMK/m.6/2)¹⁸⁷.

Taşıyıcı sıfatına genelde tüzel kişiler sahiptir¹⁸⁸. Türk hukukunda tüzel kişilerin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça, işlerin yönetildiği yer olarak belirlenmiştir (TMK m.51). Bunun yanında gerçek kişilerin yerleşim yeri ise bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK m.19).

(2) Taşıyıcının Esas İşyerinin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Taşıyıcının yerleşim yeri ile esas işyeri farklı yerlerde bulunabilir; ancak Sözleşme bakımından uygulamada, bunun bir önemi yoktur¹⁸⁹. Çünkü Sözleşme, her

Buna karşın, Amerikan mahkemeleri, Fransız mahkemelerinin aksine “*domicile*” kavramını, taşıma şirketinin kuruluş yeri olarak yorumlamıştır. Goldhirsch, s.182; Miller, s.300.

Ayrıca, Sözleşmenin İngilizce ve Fransızca metinleri arasında bu terimlerdeki farklılığı değerlendiren mahkemeler, kararlarında, eğer Sözleşmede yerleşim yeri terimi ile kastedilenin, esas işlerini yürüttüğü yer olduğu kabul edilseydi, Varşova Sözleşmesinin 28. maddesinde “yerleşim yeri; esas işyeri merkezi; taşıma sözleşmesinin yapıldığı işyeri” terimlerinin ayrı kullanılmasının bir önemi ve anlamının kalmayacağını belirtmişlerdir. *Wylar v. Korean Air Lines Co., Ltd.*, 928 F. 2d 1167 - United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit 1991, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013; *People Ex. Rel. Compagnie Air France v. Giliberto*, 74 Ill. 2d 90, Supreme Court of Illinois, 1978, <http://law.justia.com>, erişim tarihi Şubat 2013.

¹⁸⁶ Şanlı, Sivil Havacılık, s.18-19’dan naklen.

¹⁸⁷ 22.11.2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu. RG. 08.12.2011- 24607. “İkametgâh” terimi yerine 2001 yılında değiştirilen Türk Medeni Kanunu ile “yerleşim yeri” terimi kullanılmıştır.

¹⁸⁸ Türk hukukunda, ticarî hava taşıma işletmecisi, ticarî yolcu ve eşya taşımacılığı yapmak üzere Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünden işletme ruhsatı almış limited veya anonim şirketlerdir (Ticarî Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği, m.4/p). Ayrıca ticarî hava taşımacılığı kapsamında olmayan faaliyetlerde bulunan işletmeci ise, ticarî hava taşımacılığı kapsamında olmayan yolcu ve yük taşımacılığı ile ücret karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın hava işi ve eğitim faaliyetlerini yapan gerçek ve tüzel kişidir (Genel Havacılık Yönetmeliği, m.1, m.4/e).

¹⁸⁹ Şanlı, Sivil Havacılık, s.19.

iki yerin bulunduğu mahkemeleri de yetkili kılmıştır. Ayrıca bu iki kavram, birbirlerinin yerine kullanılmaktadır¹⁹⁰.

Taşıyıcının esas işyeri merkezinin, şirket yöneticilerinin bulunduğu ve işlerinin çoğunlukla yürütüldüğü (bir diğer deyişle uçuşlarının çoğunu ayarladığı) yer olduğu genel kabul edilmiştir¹⁹¹.

(3) Taşıma Sözleşmesinin Yapıldığı İşyerinin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Bu hüküm ile yetkilendirilen mahkemeye başvurulabilmesi için önce taşıyıcının bir işyeri olması ve taşıma sözleşmesinin bu işyerinde yapılmış olması gerekir. İşyeri ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir; hatta Sözleşmenin çeşitli dillerdeki tercümelerinde, farklı kavramlar kullanılmıştır. Amerikan İngilizcesi ile yazılan metinde “*place of business*”; Fransızca ve İngiliz İngilizcesi metinlerinde “*etablissement/establishment*” kavramları tercih edilmiştir. Fransız hukukunda “*etablissement*”, şirketin faaliyetlerini yürüttüğü yer; bir diğer deyişle şirketin merkezinin bulunduğu yerdir; dolayısıyla şube ve acente, kapsam dışı

¹⁹⁰ *Tumarkin v. Pan American* davasında mahkeme taşıyıcının “yerleşim yerinin ve merkezinin bulunduğu yer” mahkemesinde taşıyıcıya karşı sorumluluk davasının açılabileceğini belirtmiştir. *Tumarkin et al. v. Pan American World Airways*, Superior Court of New Jersey, 1956: bkz. Diedericks- Verschoor, s.194.

Fransız hukukunda ise, taşıyıcının kanunen kendi yerleşim yerini veya merkezini bildirdiği yer; İngiliz ve Amerikan hukukunda, hava taşıma şirketinin yönetiminin ve denetim organlarının işlerini yaptığı yer, şirketin merkezi olarak kabul edilmiştir. McKenry, s.209; Goldhirsch, s.183; Diedericks- Verschoor, s.194.

Esas işyeri, sadece bir tane olmalıdır: *Swaminathan v. Swiss Air Transport Co.*, 962 F.2d 387 (5th Cir.1992); *Martha Eck v. United Arab Airlines*, Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department, March 19, 1964. 15 N.Y.2d 53 (1964), Court of Appeals of the State of New York, Decided December 3, 1964; No. 43, Docket 29610. 360 F.2d 804 (1966), United States Court of Appeals Second Circuit; Decided May 13, 1966. 241 F.Supp. 804 (1964) United States District Court S. D. New York; November 27, 1964; On Motion for Reargument March 12, 1965: bkz. <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013; *Nudo v. Sabena Air Lines*, 207 F.Supp. 191 (E.D.Pa.1962): bkz. McKenry, s.210; *Edmund J. Smith v. Canadian Pacific Airways, Ltd.*, 452 F.2d 798, No. 26, Docket 71-1238, United States Court of Appeals, Second Circuit, Decided Dec.6, 1971, <https://bulk.resource.org>, erişim tarihi Şubat 2013.

¹⁹¹ Ülgen, Hava, s.224; Şanlı, Sivil Havacılık, s.20. McKenry, s.209; Goldhirsch, s.183; Diedericks- Verschoor, s.194. *Singh v. Tarom Romanian Air Transport*, 88 F. Supp. 2d 62 - Dist. Court, ED New York 2000, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013. Aynı yönde verilen diğer kararlar: *Nebco International, Inc. v. Iberia Airlines of Spain*, 22 Avi. 18, 341, S.D.N.Y. 1990; *Iberia Airlines of Spain v. Nationwide Leisure Corp.*, 408 F. Supp. 221, E.D.N.Y. 1976”: bkz. Tompkins, Air Transportation, s.255.

bırakılmıştır¹⁹². ABD hukukunda, “*place of business*” kavramı geniş yorumlanarak, taşıyıcıya bağlı faaliyet gösteren şube ve seyahat acentesi, kavram kapsamına dâhil edilmiştir¹⁹³.

¹⁹² Goldhirsch, s. 183. Bilet alınan seyahat acentelerinin bulunduğu yerdeki mahkemenin m.28 kapsamında milletlerarası yetkisi yoktur: *Orchestre Symphonique de Vienne c. TWA* 1972 RGAE 202; *Herfroy c. Cie Portugaise Artop* 1962 RFDA 177; *Ste. De Peinture Meyer c. Fretairmer et Ste. Internationale Air Cargo* 1985 RFDA 217; *Aerofret c. Ste. Capitol International* 1985 RFDA 213: bkz. Goldhirsch, s.183.

Ayrıca *Herfroy v. Cie Portugaise Artop* davasında mahkeme, taşıyıcının acentesi aracılığıyla bilet alınmasının, acenteye, işyeri sıfatını yüklemeyeceğini; taşıyıcının işyerinden ayrı ve bağımsız kuruluş yapısında olduğunu ve taşıyıcının bir mülkü sayılamayacağını belirtmiştir. *Herfroy v. Cie Portugaise Artop et al.*, Cour d’Appel de Paris, 2 Mart 1962: bkz., Miller, s.304; Diedericks- Verschoor, s.194.

Bunun yanında İtalyan mahkemesi verdiği bir kararda, Fransızca metinde geçen ‘etablissement’ terimini esas almıştır. Mahkeme, taşıma sözleşmesinin yapıldığı seyahat acentesinin, hava yolu taşıma şirketi tarafından yetkilendirilmediğini ve acente ile şirket arasında doğrudan bir iş sözleşmesi olmadığını; seyahat acentesinin “IATA” şubesi olduğunu tespit ederek; seyahat acentesinin hava yolu taşıma şirketine bağlı bir işyeri olmadığına karar vermiştir. *Reale- Mucelli v. Air New Zealand*, Italian Court of Cassation, Joint Civil Chambers, 14 June 2006, No.13689: bkz., Guerreri, Giuseppe: “‘Etablissement’ (Article 28 Warsaw Convention) Tenacity Pays, *Air and Space Law*, Vol.XXXIII, Issue 2 (2008), s.175 (Etablissement). Mahkeme, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığı yerin mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olabilmesi için o işyerinin, hava yolu taşıma şirketi ile doğrudan sözleşmesel bir ilişki içinde olmasını aramıştır. Guerreri, Etablissement, s.176.

Aynı yönde, Kanada mahkemesi, sattığı biletlerden komisyon alan acentenin, m.28 kapsamında taşıma şirketine bağlı bir işyeri olarak sayılamayacağına hükmetmiştir; *Quershi v. KLM* 102 Dom. L. Rep. 3rd 205: bkz. Goldhirsch, s.183, 184, 185.

¹⁹³ Diedericks- Verschoor, s.194, 195; Goldhirsch, s.184.

Bu konudaki en temel dava için bkz. *Martha Eck v. United Arab Airlines* Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department, March 19, 1964. 15 N.Y.2d 53 (1964), Court of Appeals of the State of New York, Decided December 3, 1964; No. 43, Docket 29610. 360 F.2d 804 (1966), United States Court of Appeals Second Circuit; Decided May 13, 1966. 241 F.Supp. 804 (1964) United States District Court S. D. New York; November 27, 1964; On Motion for Reargument March 12, 1965: <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

İlk mahkeme, taşıyıcıya ait biletin taşıyıcının kendi şubesinden değil, taşıyıcı ile açık bir acente ilişkisi içinde olmayan bir acenteden alınmış olduğunu ve bu acentenin, taşıyıcının işyeri olarak sayılamayacağına karar vermiştir. Ancak üst mahkeme, bu kararı bozmuştur. Üst mahkeme, taşıma şirketi ile acente arasında açık bir anlaşma olmamasına rağmen her bir taşıma şirketinin, bir başka taşıyıcıya ait biletleri satabilmesi ve ücretini tahsis edebilmesi açısından IATA tarafından yetkilendirilen bağımsız seyahat acenteleri ile taşıyıcılar arasında zımnî bir anlaşmanın olduğunu belirtmiştir. Üst mahkeme somut olayda acentenin, taşıyıcıya ait biletleri sattığını, taşıyıcının esas işyerine bildirdiğini ve aldığı bilet parasını da transfer ettiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla mahkeme, taşıyıcı ile acente arasında doğrudan bir ilişki olmamasına karşın taşıyıcının, biletlerinin acente tarafından satıldığını bilmesinin ve acentenin, taşıyıcının denetiminde olmasının, bu acenteyi taşıyıcının işyeri (place of business) olarak sayılması için yeterli olduğuna karar vermiştir.

Bu konuya ilişkin diğer dava örnekleri: *Ciprari v. Servicios Aeros Cruzeiro do Sul* 232 F. Supp. 433, District Court of New York 1964, aff’d 359 F.2d 855, 2d Circuit 1966; *Mascher v. Boeing & Varig* 13 Avi 18047, New York Supreme Court, 1975; *T. Roland Berner v. United Airlines and British Commonwealth Pacific Airlines*, 3 AD 2d 9 - New York: Appellate Division, 1st Dept. 1956, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

Alman hukuku da ABD hukukundaki yaklaşımı takip ederek, hava yük sözleşmesinin davalı Suudi Arabistan Hava Yolları adına bir IATA acentesi tarafından Hamburg’da akdedilmesi üzerine Alman mahkemesi, 28/3. maddesine dayanarak kendi yetkisini kabul etmiştir. “Judgment of June 16, 1982, Bundesgerichtshof, Senate, W. Ger., 84 Bundersgerichtshof in Zivilsachen [BGHZ] 339”: bkz.

Fransız hukukunda kabul edilen uygulamanın aksine Amerikan hukukunda kabul edilen uygulamanın, Sözleşmenin 28. maddesinde sayılan ikinci ve üçüncü yetki kuralları arasındaki farklılığı ortaya koyması açısından daha doğru bir uygulama olduğu kanaatindeyiz. Bu açıdan taşıma sözleşmesinin yapıldığı herhangi bir şube ve acente, taşıma sözleşmesinin yapıldığı işyeri olarak sayılmalıdır. Bir diğer deyişle, “taşıyıcının işletmesi”¹⁹⁴ veya taşıyıcının işletmesinden bağımsız, diğer hava yolları şirketlerine ait bilet satış büroları veya bağımsız acenteler”, bu kavrama dâhil olmalıdır¹⁹⁵.

Uygulamada biletin düzenlendiği ve teslim alındığı acente ile ücretin alındığı acente birbirinden farklı olabilir. Bu durumda, taşıma sözleşmesinin yapıldığı işyeri olarak, ücretin ödendiği yer mi; biletin düzenlenip teslim alındığı yer mi esas alınmalıdır? Buna ilişkin davalarda, iki acente arasında acentelik ilişkisi mevcut değilse, sözleşmenin yapıldığı yer olarak biletin düzenlendiği yerin esas alınması gerektiğine yönelik kararlar mevcuttur¹⁹⁶. Eşya taşımacılığında ise, taşıma

Bogdan, Michael: “Conflict of Laws in Air Crash Cases: Remarks from a European’s Perspective”, *The Journal of Air Law and Commerce*, Vol.54, No.2 (1988), s.312 (European).

¹⁹⁴ Türk devletler özel hukukunda işletme, davalının “şahsen veya temsilcileri aracılığıyla işlerini idare ettiği ve bir seri ticarî işlemlerini yürüttüğü, örneğin yan kuruluşlarının ya da şubelerinin bulunduğu yerdir”. Güngör, Gülin: *Milletlerarası Özel Hukukta İflas*, Ankara 1997, s.15’den naklen (İflas). Davalı taşıyıcının esas işyeri olan idare merkezinin bulunduğu yerden farklı olarak taşıyıcının işletmesi, birden çok devletin ülkesinde bulunabilir. Bkz. age., s.15-16.

¹⁹⁵ Şanlı, Sivil Havacılık, s.20.

¹⁹⁶ *Singh v. Tarom Romanian Air Transport*, 88 F. Supp. 2d 62 - Dist. Court, ED New York 2000; *In Re Air Disaster Near Cove Neck, NY*, 774 F. Supp. 732 - Dist. Court, ED New York 1991: bkz. <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

Bir başka davada ise, yolcu adına bir arkadaşı Bronx’daki seyahat acentesinden belirli bir ön ödeme karşılığında uçuş rezervasyonu yaptırmış ve ön ödeme fişini Jamaika’da bulunan arkadaşına göndermiştir. Taşıyıcı olan Air Jamaica, Philadelphia’daki şubelerini, davacı adına gerçek bir biletin düzenlenmesi için yetkilendirmiştir. Jamaika’daki taşıyıcının işyeri ise, davacının elindeki ön ödeme fişinin teslimi karşılığında uçuş kartını teslim alabileceğini bildirmiştir. Bu uçuş kartında, düzenlenme yeri olarak Jamaika; düzenlenme tarihi olarak ise Philadelphia’da düzenlenen biletin tarihi yazılmıştır. Mahkeme, somut uyuşmazlıkta, Jamaika’nın taşıma sözleşmesinin yapıldığı işyeri olmadığına; bu yerin Bronx veya Philadelphia mahkemeleri arasında ayırım yapmadan ABD’de bulunduğu kanaate getirmiştir. *Campbell v. Air Jamaica, Ltd.*, 863 F. 2d 1 -United States Court of Appeals, 2nd Circuit 1988, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

sözleşmesinin yapıldığı işyerinin hava yük senedinin düzenlendiği yer olduğu kabul edilmiştir¹⁹⁷.

Bu yetki kuralı şu hallerde uygulanabilir¹⁹⁸:

- Bilet veya hava yük senedinin, taşımacılığın ilk kısmını gerçekleştiren taşıyıcı (ilk taşıyıcı) tarafından düzenlenmesi: Bu durumda, bilet satılan yerin, taşımacılık faaliyetini gerçekleştiren taşıyıcının işyeri olarak sayılmasında ve bu yetki kuralının uygulanmasında tereddüt yoktur.
- Bilet veya hava yük senedinin, taşımacılıkta yer almayan bir taşıyıcı tarafından düzenlenmesi: Bu durum ile genelde taşımayı gerçekleştirecek taşıyıcının taşıma sözleşmesinin yapıldığı yerde şubesi olmaması durumunda karşılaşılmaktadır. Bu durumda; bileti satan taşıyıcının, aslında taşımayı gerçekleştirecek taşıyıcının yetki vermesi ile onun namına ve o taşıyıcıya bağlı olarak bileti sattığı, biletin düzenlendiği yerin, taşımacılık faaliyetini gerçekleştirecek taşıyıcının işyeri olduğu varsayılmaktadır.
- Bilet veya hava yük senedinin bağımsız bir seyahat acentesi tarafından düzenlenmesi: Bu halde, bu yerin taşıyıcının işyeri olarak sayılabilmesi için *IATA* tarafından yetkilendirilen¹⁹⁹ bağımsız seyahat acentelerinin, taşıyıcının bilgisi ve denetiminde olması gerekmektedir.

¹⁹⁷ *Shen v. Japan Air Lines*, 918 F. Supp. 686, S.D.N.Y.; aff'd 43 F. 3d 1459, 2d Circuit 1994: bkz. *Tompkins, Air Transportation*, s.256.

¹⁹⁸ *McKenry*, s.211, 212.

¹⁹⁹ *IATA* tarafından yetkilendirilme iki yolla mümkündür: İlki *IATA* bünyesinde hazırlanan “*Multilateral Interline Traffic Agreement*” uyarınca, bu anlaşmaya taraf olan her bir hava yolu şirketi, diğer taraf hava yolu şirketlerine kendi adına uçuş bileti düzenleme yetkisi verir. Bir diğer yol, *IATA* Satış Acenteliği kurumudur. Buna göre, *IATA* acentelerine yetki veren hava yolu şirketleri, kendi nam ve hesaplarına taşıma sözleşmesi düzenlenmesine de izin vermiş olurlar. Sözer, *Hava Taşımaları*, s.384.

Varşova Sözleşmesinde açık bir hüküm olmaması nedeniyle İnternet üzerinden alınan biletler açısından sözleşmenin yapıldığı yerin tespiti de ayrı bir güçlük oluşturmaktadır. Amerikan içtihadında, biletin alındığı ve teyidin ulaştığı yer, taşıma sözleşmesinin yapıldığı yer olarak kabul edilmiştir²⁰⁰. Ancak doktrinde bilet alma işlemlerinin tek bir yerde tamamlanamayacağı ihtimali üzerinde durularak bu karar eleştirilmiştir²⁰¹.

(4) Varma Yeri Mahkemesi

Varşova Sözleşmesinin 28. maddesi kapsamında milletlerarası yetkiye sahip olabilecek mahkemelerden sonuncusu, varma yeri mahkemesidir. “Varma yeri” kavramı, Sözleşmenin uygulama alanının şartlarına ilişkin kısımda tanımlanmıştır²⁰². Tek gidiş için yapılan taşımacılıkta varma yerinin tayini açık olmasına karşın, gidiş-dönüş yolculuklarında aynı açıklıkla sonuca varılmadığını belirtmiştik. Bu halde genel kabul edilen, kalkma yerinin, varma yeri olduğudur.

(5) Diğer Yetkili Mahkemeler

İlki, 1961 tarihli Guadalajara Sözleşmesi ile eklenen yetki kuralıdır. Varşova Sistemi içinde yer alan Guadalajara Sözleşmesi; Varşova Sözleşmesinde düzenlenmeyen bir konu olan sözleşmesel taşıyıcı dışında bir taşıyıcı/fiilî taşıyıcı tarafından yapılan uluslararası bir taşımacılık sebebiyle doğan uyuşmazlıkta, fiilî

²⁰⁰ Davacı, biletini İnternet üzerinden California’da bulunan evinde, sahip olduğu uçuş mil puanları ile satın almış ve daha sonra havaalanında taşıyıcının yazıhanesinde vergisini ödeyip, biletini teslim almıştır. Davalı taşıyıcı, biletin uçuş mil puanları ile alındığından davacının kendi sitesinde kayıtlı olan adresin (Polonya) esas alınması gerektiğini iddia etmiştir. Mahkeme, sözleşmenin yapıldığı yeri, en son işlemin yapıldığı yer olarak kabul etmiştir. *Polanski v. KLM Royal Dutch Airlines*, 378 F. Supp. 2d 1222 - District Court, SD California 2005, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

²⁰¹ Tillery, Rebecca: “Airline Liability- The Warsaw Convention- United States District Court of the Southern District of California Holds That The Passenger May Bring Suit in the United States Because It Is KLM’s “Place of Business Through Which The Contract Was Made”: *Polanski v. KLM Royal Dutch Airlines*”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol.71, No. 1 (2006) s.94-95.

²⁰² Bkz. yuk. s.38 vd.

taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen sözleşmedir. Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşmeye taraf olmamıştır.

Guadalajara Sözleşmesi kapsamında, fiilî taşıyıcıya yönelik açılacak davalarda, Varşova Sözleşmesinde belirtilen mahkemelerin yetkisinin yanında *fiilî taşıyıcının mutad meskeninin (ordinarily resident) veya esas işyeri merkezinin bulunduğu (principal place of business)* yer mahkemesinin de milletlerarası yetkisi kabul edilmiştir (m.VIII)²⁰³.

İkincisi, Varşova Sistemi içindeki 1971 tarihli Guatemala City Protokolü ile eklenen yetki kuralıdır. Bu Protokol, Türkiye tarafından onaylanmasına karşın yürürlüğe girmemiştir. Buna göre, yolcunun ölümü, yaralanması veya uçuşun iptal olması veya bagajın kaybolması, hasara uğraması veya tesliminin gecikmesi ile ortaya çıkan tazminat davalarında; taşıyıcının işletmesinin (*establishment*) bulunduğu yer, aynı zamanda yolcunun yerleşim yeri (*domicile*) veya daimî meskeni (*permanent residence*) ise, bu yer mahkemesi milletlerarası yetkiye sahiptir (m.XII)²⁰⁴. Bu mahkeme, Taraf Devletin ülkesinde bulunmalıdır. Madde metninde geçen “Taraf Devlet” ile Lahey Protokolü ile değişen Varşova Sözleşmesine ve Guatemala City Protokolüne taraf olan devletler kastedilmiştir. “İşletme” terimi ile taşıyıcının herhangi bir işletmesi değil, taşıma sözleşmesinin yapıldığı işletme kastedilmiştir²⁰⁵. Ayrıca Varşova Sözleşmesinin 28. maddesi kapsamında yetkili mahkemelerden birinin, taşıma sözleşmesinin yapıldığı taşıyıcının işyerinin bulunduğu mahkeme olduğunu belirtmiştik. Doktrinde bu iki madde birlikte yorumlanarak; işyeri kavramı

²⁰³ ABD, Guadalajara Sözleşmesine taraf olmadığı için fiilî taşıyıcının sorumluluğunu içtihat yolu ile kurmuştur. Buna göre, sözleşmesel taşıyıcı tarafından akdedilen taşıma sözleşmesinin ifası aşamasında yer alan her bir görevlinin taşıyıcının çalışanı veya acentesi sayılacağı kuralı oluşturulmuştur. Bkz. aşağıda s.82 vd.

²⁰⁴ Ayrıca Varşova Sözleşmesinin 28/1. maddesinde belirtilen mahkemelerde de açılabileceği düzenlenmiştir.

²⁰⁵ Diedericks- Verschoor, s.216.

ile işletme kavramı bir tutulmuş ve yolcunun yerleşim yerinin veya mutad meskeninin, taşıma sözleşmesinin yapıldığı işletmenin olduğu yerde bulunması durumunda, bu yer mahkemesi yetkili kabul edilmiştir²⁰⁶.

2. Milletlerarası Hakem Mahkemeleri ve Tahkim

Sözleşmenin m.32/1, c.1 ile tahkim, sadece eşya taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak kabul edilmiştir. Ancak bunun için hakem yargılamasının yapılacağı yerin, Sözleşmenin 28/1. maddesinde milletlerarası yetkisi kabul edilen mahkemelerin bulunduğu yerlerden birinde olması gerekmektedir. İlgili düzenlemede, başvuru usulü, şekli ve hakemlerin uygulayacakları hukuk belirtilmemiştir.

Doktrinde bir görüş, yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıkların çözümü için hakem yargılamasına izin verilmediğini savunmuştur²⁰⁷. Bu yazarlara göre, yolcu taşımacılığından doğan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilmesine izin verilseydi, bu hususun, açıkça Sözleşmede veya Sözleşmeyi değiştiren belgelerde düzenlenmesi gerekirdi. Buna karşın bazı yazarlar, Sözleşmenin 32. maddesinin birinci²⁰⁸ ve ikinci cümlelerini birlikte yorumlamışlardır. Bu görüşte olan yazarlar, eşya taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıkların çözümünde zararın doğmasından önce, yolcu ve bagaj taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıkların çözümünde ise, zararın doğmasından sonra tarafların tahkim yoluna

²⁰⁶ Cheng, Bin: “A Shored-up Warsaw Convention Plus a Contractual So-called ‘Fifth Jurisdiction’?”, *The Aviation Quarterly*, Part I (1996), s.27.

Çoğu hava yolu taşıyıcısının işletme olarak sayılabilecek işyerlerinin ABD’de bulunmasına bağlı olarak, taşıyıcının sorumluluk davalarının ABD mahkemelerinde görülebilmesi açısından ABD’nin Protokole olan ilgisini çekebilmek amacıyla bu yetki kuralı kabul edilmiş; ancak bazı yazarlar tarafından çok ileri gidildiği gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Bogdan, *European*, s.31.

²⁰⁷ Bkz. Diedericks- Verschoor, s.199.

²⁰⁸ Sözleşmenin 32.maddesinin birinci cümlesine ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s.60.

başvurabileceklerini iddia etmişlerdir²⁰⁹. Bu yazarlar görüşlerini, mahkemelerin yükünün azaltılması gereğine dayandırmışlardır²¹⁰.

4. Dava Açma Süreleri

Sözleşmenin 24. maddesi ile yolcuların uğradığı zararın, Sözleşmede hüküm altına alınan şartlar ve sınırlar dâhilinde tazmin edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu şartlardan biri, davacının Sözleşme kapsamında tazminat davası açma süresine uymasıdır. Varma yerine ulaşıldığı veya hava aracının ulaşması gereken veya taşımacılığın durduğu tarihten itibaren iki yıl içinde dava açılmazsa, tazminat hakkı düşecektir (m.29/1). İki yıllık dava açma süresinin hesabı ise, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbidir (m.29/2)²¹¹. Davacının iki yıllık dava açma süresinden haberinin olmaması, 29. maddenin uygulanmasına engel değildir²¹².

Söz konusu hükmün uygulanmasında; hangi davaların bu madde kapsamına dâhil olacağı, iki yıllık sürenin ne zaman başlayacağı, Sözleşmede öngörülen sürenin ulusal hukuklar bakımından işlemesinin durması veya kesilmesinin mümkün olup olmayacağı konularında bir dizi hukukî sorunla karşı karşıya kalınmaktadır²¹³. Aşağıda bu hukukî sorunlar ele alınacaktır.

a. Sözleşmenin 29. Maddesi Kapsamına Dâhil Olan Davalar

Öncelikle davaya konu olan taşımacılığın, Varşova Sözleşmesinin 1. maddesinde düzenlenen şartları taşıması ve Sözleşmenin uygulanmadığı durumlara (m.2 ve 34) ilişkin olmaması gerekir. Örneğin, uluslararası nitelikte sayılmayan veya

²⁰⁹ Bkz. Diedericks- Verschoor, s.199.

²¹⁰ McKenry, s.228. Ayrıca Sözleşme kapsamında tahkim yoluna izin verilmesinin diğer alternatif uyuşmazlık yöntemlerine başvurulmasına engel olmadığı da doktrinde savunulmaktadır. Diedericks- Verschoor, s.199.

²¹¹ Hükmün Türkçe tercümesinin ilk fıkrasında, “tazminat hakkının düşmesi”; ikinci fıkrasında “zamanaşımı” kavramları kullanılmıştır.

²¹² Tompkins, Air Transportation, s.273.

²¹³ Goldhirsch, s.189.

taşıma sözleşmesine dayanmadan ifa edilen taşımacılık sebebiyle doğan uyuşmazlıklar, iki yıllık süreye tâbi değildir²¹⁴.

Buna karşın, Sözleşmenin 17 ve 18. maddeleri kapsamında yolcunun, bagajın veya eşyanın uğradığı zararlar nedeniyle taşıyıcıya karşı açılan tazminat davası, taşıyıcının sorumluluğunun dayanağı ne olursa olsun, iki yıllık süreye tâbidir²¹⁵. Ayrıca, Varşova Sistemi içinde taşıyıcının sorumluluk sınırından yararlanamadığı hallerde, örneğin taşıma belgesinde yer alması gereken ihbarın yer almaması (m.3,4,9) veya kastî hareketin (*wilful misconduct*) varlığı (m.25) hallerinde dahi taşıyıcı iki yıllık dava açma süresinden yararlanabilir²¹⁶. Eşya gönderen kişiye karşı açılacak sorumluluk davaları (m.10 ve 16) ise, madde kapsamı dışında tutulmuştur²¹⁷.

Ayrıca taşıyıcıların birbirlerine karşı, örneğin sözleşmesel taşıyıcının, fiilî taşıyıcıya veya ardıl taşıyıcıların birbirlerine karşı açtıkları rücu davalarının 29. madde kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Rücu davalarını; bazı mahkemeler, 29. maddenin kapsamı dışında bırakırken²¹⁸, diğerleri, 29. madde kapsamında değerlendirmiştir²¹⁹.

²¹⁴ Goldhirsch, s.192.

²¹⁵ Goldhirsch, s.189.

²¹⁶ *Opal DeLois Stone v. Mexicana Airlines Inc*, 610 F.2d 699, *United States Court of Appeals, Tenth Circuit*, 1979; *Julia Bapes v. Trans World Airlines, Inc.*, 209 F.Supp. 380, *United States District Court N. D. Illinois, E. D.*, 1962; *Charlotte Bergman v. Pan American World Airways*, *Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department*, 1969; *Sylvia Molitch v. Irish International Airlines*, 436 F.2d 42, *United States Court of Appeals, Second Circuit*, 1970: bkz. <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

²¹⁷ Goldhirsch, s.189, 190.

²¹⁸ Fransız içtihadından örnekler: *Cie d'Avigation Pakistan International Airlines c. Cie. Air Inter* 1981 RFDA 142; *Ste. M.S.A.S c. Ste. Bernis* 1981 RFDA 348; *Air France c. Atlantic Mutual Insurance Co. Et.al.* 1975 RFDA 199: bkz. Goldhirsch, s. 190, 191. Kanada içtihadından örnek: *Connaught Laboratories Ltd. v. Air Canada*; *Aerolineas Nacionales del Ecuador (Andes Havayolları)* S.A. 94 Dominion Law Reports, 3rd 586 (1979): bkz. Schoner, Dieter: "Claims Against and Between Successive Carriers: *Connaught Laboratories Ltd. v. Air Canada*; *Aerolineas Nacionales del Ecuador*", *Air Law*, Vol.V, No.1 (1980), s. 37.

Ayrıca Amerikan içtihadından örnekler: *Data General Corp. v. Air Express International Co v. Iberia, Lineas Aereas De Espana*, No. 86 Civ. 7633 (CHT), *United States District Court, S.D. New*

Diğer taraftan, taşımacılık faaliyetinin çeşitli evrelerinde görev alan kişilere, örneğin yer hizmet sağlayıcılarına karşı açılacak sorumluluk davalarının, 29. madde kapsamında olup olmadığı Sözleşmede açık bir şekilde düzenlenmemiştir²²⁰.

b. İki Yıllık Sürenin Başlangıç Zamanı

İki yıllık sürenin, varma yerine ulaşıldığı veya hava aracının ulaşması gereken veya taşımacılığın durduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir²²¹.

Bagaj ve eşya taşımacılığı sebebiyle doğan zararlar nedeniyle sürenin ne zaman işlemeye başlayacağına dikkat etmek gerekir²²². Şöyle ki geç ulaşan bagajın

York, January 7, 1988, <http://www.leagle.com>; Split End Ltd. v. Dimerco Express Inc., 19 Av.Cas. (CCH) 18,364 (S.D.N. Y.1986); Goldhirsch, s.191.

²¹⁹ Amerikan içtihadından örnek olarak *The Oriental Fire and General Insurance Company, Ltd. v. The Citizens National Bank of Decatur* davası verilebilir. İlgili davada mahkeme, 29. maddenin esas amacının ulusal hukukların uygulanmasına izin vermemek olduğuna dayanarak sözleşmesel taşıyıcının, taşıma anlaşması yaptığı bir diğer taşıyıcıya karşı açtığı rücu davasının 29. madde kapsamında olduğuna karar vermiştir. *The Oriental Fire and General Insurance Company, Ltd. v. The Citizens National Bank of Decatur* No. 1-90-1512, Appellate Court of Illinois, First District, First Division. September 23, 1991, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Şubat 2013.

²²⁰ *Gwendolyn P. Johnson v. Allied Eastern States Maintenance Corporation*, 488 A.2d 1341 (1985), No. 83-1495, District of Columbia Court of Appeals, Decided March 5, 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013. Amerikan içtihadında, taşımacılık faaliyetinin gereği gibi gerçekleşebilmesi için her aşamada görevli olan kişilerin, Sözleşme kapsamında sorumluluğu ve bu kişilere karşı açılacak sorumluluk davalarının 29. madde kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Örneğin, eklem sorunu yaşayan yolcunun bilet kontrolünden geçtikten sonra tekerlekli sandalye ile uçağa götürülmesi sırasında söz konusu hizmeti yerine getiren kişinin (*skycap service*) taşıma faaliyetinin icrası için olmazsa olmaz bir kişi olduğuna ve bu kişinin sorumluluğunun 29. madde kapsamında olduğuna yönelik verilen karar için bkz. *Johnson v. Allied Eastern States Maintenance*, 488 A.2d 1341, District Court of Colombia Court of Appeals, 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

Ayrıca bir başka davada mahkeme, yolcunun uçaktan iniş ve biniş için merdiven hizmetinden sorumlu olan hizmet şirketine ve taşıma şirketine karşı açılan davanın 29. madde kapsamında olduğuna karar vermiştir. *Adriana Chutter v. KLM Royal Dutch Airlines and Allied Aviation Service International Corporation*, 132 F.Supp. 611 (1955), United States District Court S. D. New York, June 27, 1955, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

Buna karşın, taşıyıcının temsilcisinin kusuru sonucunda davacıya ödediği tazminat nedeniyle temsilcisine karşı rücu hakkının, iki yıllık dava açma süresine tâbi olmadığı belirtilmiştir. *Tompkins, Air Transportation*, s. 275. Örneğin, yer bakım hizmetini yerine getiren kişilere yönelik taleplerin 29. madde kapsamında olmadığına ilişkin verilen karar için bkz. *Mitchell, Shackleton & Co. Ltd. v. Air Express*, 704 F. Supp. 524 (1989), United States District Court, S.D. New York, 1 February 1989, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Şubat 2013.

²²¹ *Bapes v. TWA* davasında yolcu, bindiği uçağın kaza yapmasını takiben yaralanmış ve iki yıl sonra hayatını kaybetmiştir. Yolcunun ölümünden bir yıl sonra, Varşova Sözleşmesi kapsamında tazminat davası açılmıştır. Mahkeme, uçağın varma yerine ulaştığı tarihten itibaren iki yıl içinde davanın açılması gerektiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. *Julia Bapes v. Trans World Airlines Inc.*, 209 F. Supp. 380 (1962), No. 59 C 1476, United States District Court N. D. Illinois, E.D., 5 October 1962, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

²²² Goldhirsch, s.195.

içinde olan eşyanın kaybı nedeniyle açılacak davanın süresi, yolcunun varma yerine ulaştığı tarihten itibaren olmayıp; bagajın varma yerine ulaştığı tarihten itibaren işlemeye başlar²²³. Eşya taşımacılığında doğan sorumluluk davasında, eşyanın varma yerine ulaştığı an, eşyaların taşıyıcının sorumluluğundan çıktığı; bir diğer deyişle, taşıyıcının eşya üzerinde fiili bakım ve kontrolünün sona erdiği an olarak kabul edilmiştir²²⁴.

İki yıllık sürenin sona erip ermediğinin ispatının, taşıyıcıya ait olduğu genel kabul görmüştür. Taşıyıcı veya temsilcisi, dava sırasında, dava konusu taşımacılığın varma yerini, hava aracının varması gerektiği veya vardığı zamanı ve davanın açıldığı zamanı bildirmek zorundadır²²⁵.

c. Sözleşmede Öngörülen Sürenin İşlemesinin Durdurulması Veya Kesilmesi

Sözleşmede öngörülen sürenin işlemesinin durdurulmasının veya kesilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun cevabı, sürenin vasıflandırılmasına; yani bu sürenin, bir zamanaşımı süresi (*period of limitation*) mi yoksa dava açma için bir ön şart (*condition precedent*/ hak düşürücü süre) mı olduğuna göre değişmektedir²²⁶.

Bazı hukukçular, sürenin tâbi olduğu hukukun, *lex fori* olduğunu belirtmişlerdir. Bu görüşte olan hukukçular görüşlerini, bu sürenin hesaplanma usulünün *lex fori*'ye tâbi olduğuna ilişkin 29/2. maddeye dayandırmışlardır²²⁷. Ancak bu sürenin hukukî niteliği hakkında, iç hukuklarda net bir terim birliği

²²³ *Rush v. United States*, 19 Avi. 18129 C.A. Montgomery Ohio, 26 July 1984: bkz. Goldhirsch, s.195.

²²⁴ *Alltransport v. Seaboard World Airlines*, 349 N.Y.S. 2d 277, Civil Court of New York, 1 Kasım 1971, <http://ny.findacase.com>, erişim tarihi Şubat 2013.

²²⁵ Goldhirsch, s.200.

²²⁶ Goldhirsch, s.197.

²²⁷ Miller, s.324. Ayrıca Amerikan içtihadı da, 29/2. maddeden yola çıkarak, ilgili sürenin vasıflandırılmasının usule ilişkin olduğunu ve *lex fori*'ye tâbi olduğunu belirtmişlerdir. Miller, s.323.

bulunmamaktadır. Bazı hukuk düzenleri, bu sürenin, zamanaşımı süresi olduğunu ve işleyişinin durdurulabilmesini ve kesilebilmesini kabul etmişlerdir²²⁸. Bazı ulusal hukuk düzenlerinde ise, sürenin bir ön şart olduğu ve dolayısıyla işleminin kesilemeyeceği ve duramayacağı kabul edilmiştir²²⁹.

²²⁸ Fransız içtihadında 29. maddede öngörülen sürenin, bir zamanaşımı süresi olduğu ve sürenin işleminin durdurulmasının veya kesilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Miller, s.311- 312. Sözleşmenin 29. maddesi kapsamında işleyen sürenin kesilebileceğine ilişkin “*Kamara c. Air France* D. 1968 J. 745 (Cass. Civ 1 re) ve *Spieris c. Air France* 1970 RFDA 85 (Cass Civ. 1 re, 1968) davalarında, Fransız mahkemeleri, davalıya celpnamenin gönderilmesinin, dava süresini kestiğine karar vermiştir. Bkz. Miller, s.314. Bir başka kararda mahkeme, taşıyıcının sorumluluğunu kabul etmesi ile devam eden zamanaşımı süresinin kesildiğini belirtmiştir. *Ste Air Algerie c. Balouka* (1970) 24 R.F.D.A. 85, Cass. Com. 30 June 1969; bkz. Miller, s.314. Diğer davalar: *Consorts Christophe c. Horbert et Cie. Les Assurances Generales de France* 1985 RFDA 337 (C.A. Paris, 2 Sept. 1984)”: bkz. Goldhirsch, s.197. Fransız Mahkemelerinin 29. madde kapsamında, zarar görenin reşit olmaması nedeniyle işleyen sürenin durdurulabileceğine ilişkin kararları: *Riviere c. Franc* (1973) 27 R.F.D.A.419 (Cass. Civ. Ire. 15 May 1973); *Lorans c. Air France* 1973 RGAE 107 (Cass. 12 July 1972); *Valade c. Association A.C. de Brive* (1971) 25 R.F.D.A. 284; bkz. Miller, s.314.

Avusturya mahkemeleri, ilgili maddenin zamanaşımı kuralı niteliğinde olduğuna karar vermiştir. 1980 ZLW 178, Oberster Gerichtshof Austria, 29 March 1978”: bkz. Goldhirsch, s.198.

Sözleşmenin 29. maddesinde düzenlenen sürenin zamanaşımı süresi olduğuna yönelik bazı Amerikan mahkemeleri kararları için bkz. *Egan v. Kollman Instrument Corp.*, 44 Misc. 2d 348 - NY: Supreme Court, Kings 1964; *Charlotte Bergman v. Pan American World Airways, Inc.* 32 A.D.2d 95 (1969), Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department. 13 May 1969: <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

²²⁹ Amerikan içtihadında, genel olarak, bu sürenin hak düşürücü süre olduğuna ilişkin kararlar mevcuttur. Bir davada mahkeme, bu sürenin hak düşürücü süre olduğuna karar verirken, maddenin hazırlık görüşmeleri sırasındaki görüşleri değerlendirmiştir. Şöyle ki, bu görüşmeler sırasında, bu sürenin hesaplanma usulünün, sürenin durma veya kesilme nedenlerinin davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbi olması teklif edilmiştir. Ancak bu teklif, sürenin durması veya kesilmesinin, her devletin kanunlarına göre değişkenlik göstereceği; taşıyıcıların sürenin ne zaman kesileceğini veya duracağını bilemeyeceği veya bilmelerinin güç olacağı; davanın açılabilmesi için kesin bir süreye ihtiyaç olduğu ve süreye ilişkin itirazın, davanın esasına yönelik sayılması gerektiği gerekçeleri ile eleştirilmiştir. Bundan yola çıkarak mahkeme, davacının sürenin başlama tarihinde reşit olmaması veya diğer dava açma engelleri ile karşılaşılması hallerinde dahi hiçbir şekilde ulusal kanunlarına dayanarak uzatılamayacağına ve duramayacağına hükmetmiştir. *Tova Kahn v. Trans World Airlines*, 82 AD 2d 696 - New York: Appellate Division of Supreme Court., 2nd Dept. 5 Ekim 1981, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

Davacının yaşının küçük olması sebebiyle dava süresine uyulmamasına ilişkin *Bochory v. Pan American World Airways, Inc.* ve davacının geçici akıl hastası olması nedeniyle dava süresine uyulmamasına ilişkin *Sackes v. Compagnie Nationale Air France* davalarında mahkemeler, 29. maddenin davanın açılabilmesinde bir ön şart olduğunu belirtmiştir. *Bochory v. Pan American World Airways* 1956 US & C Avi Repts 209, NYLJ, 23 April 1956, p 7, col 7 [Supreme Ct, NY County], aff'd 3 AD2d 1009; *Sackos v Compagnie Nationale Air France*, NYLJ, May 24, 1965, p 17, col 3 [Supreme Ct, NY County]: bkz. *Kahn* davası. Ayrıca “*Husmann v. TWA* 169 F. 3d 1151, Eighteenth Circuit 1999; *Lewin v. Air Jamaica* 14 Avi. 17251, New York Supreme Circuit 1976; *Magnus Electronics and Royal Bank of Canada and Aerolineas Argentinas* 611 F.Supp 436 (D.C.1985); *Goldberg v. El Al* 13 Avi. 18191, D.C. N.Y. 1975; *Darghouth v. Swissair* 18 Avi. 18536, D.D.C. 1984”: bkz. Goldhirsch, s.197.

Bunun yanında, İsrail, İsviçre, Belçika ve İtalyan mahkemeleri, ilgili maddede düzenlenen süreyi hak düşürücü süre olarak nitelendirip, sürenin işleminin durdurulamayacağına karar vermişlerdir. “*Air France v. Teichner* 1985 RFDA 232, Supreme Court of Israel, 22 October 1984; F.. c. S.. 1959

Nitekim Sözleşmenin İngilizce metninde “*period of limitation*” ifadesine yer verilerek, bu süre, zamanaşımı süresi olarak kaleme alınmıştır²³⁰. İlgili maddenin ilk fıkrasının Türkçe tercümesinde, iki yıl içinde dava açıldığı takdirde tazminat hakkının düşeceğinden; ikinci fıkranın tercümesinde ise, zamanaşımının hesaplanma usulünden bahsedilmiştir. Bu durum, ilk fıkra, hak düşürücü süre²³¹, ikinci fıkra, zamanaşımı süresi²³² olarak, hukukî sonuçları göz önüne alınmadan, birbirinden uyumsuz tercüme edildiğinin göstergesidir.

Ayrıca kanunlar ihtilâfı hukuku alanında uygulanacak hukuk da, bahse konu sürenin zamanaşımı²³³ veya hak düşürücü süre olarak kabul edilmesine göre değişmektedir. Eğer esasa ilişkin bir konu olarak kabul edilirse, yetkili hukuk davanın esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*’ya) tâbi iken usule ilişkin bir konu olarak kabul edilirse, yetkili hukuk hâkimin hukukuna (*lex fori*’ye) tâbi olur.

RFDA 189, C.A. Zurich, 23 January 1958; *Memorex and Granite State Insurance v. Alitalia Airlines and Saudi Arabian Airlines*, C.A. Brussels, 2 May 1984; *Celada and Gallina v. Aerovias Nacionales de Colombia- Avianca* 123 Avi. 18128, Civ. Ct. Rome, 17 April 1991”: bkz. Goldhirsch, s.198.

²³⁰ Sözleşmenin, orijinal hâli olan Fransızca metninde “*delai*” ifadesine yer verilmiştir.

²³¹ “Türk usul hukukuna ilişkin süreler, davanın açılması ya da yargılama aşamasında yapılması gereken işlemle ilgili süreler olup, hak düşürücü sürelerdir”. Kılıçoğlu, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.887-888’den naklen (Borçlar).

²³² Türk hukukunda zamanaşımı; “borçlu açısından borcu sona erdiren sebep iken, alacaklı açısından alacağın dava ve takip edilme hakkını sona erdiren bir sebep olup, maddî hukuka ilişkindir” Kılıçoğlu, Borçlar, s.883’den naklen. “Zamanaşımı def’i, esasa ilişkin savunma araçları arasında yer almakla birlikte, özü itibarıyla maddî hukuk karakterlidir”. Tanrıver, Süha: “Yazılı Yargılama Usulünde İslah Yoluyla Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülüp Sürülmeyeceği”, *Hâluk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara 2009, s.1079’den naklen.

Türk hukukunda zamanaşımı süresinin durması, Kanunda öngörülen bir sebebin ortaya çıktığı anda durması ve ilgili sebebin ortadan kalkması ile kaldığı yerden devam etmesidir. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.1291; Kılıçoğlu, Borçlar, s.895. Bu sebepler, Türk Borçlar Kanunun 153/1. maddesinde belirtilmiştir. Buna karşın, zamanaşımı süresinin kesilmesi ise, Kanunda belirtilen bir sebebin ortaya çıkması ile bu sürenin sona ermesi ve bu sebebin ortadan kalkması ile yeni bir sürenin işlemeye başlamasıdır. Kılıçoğlu, Borçlar, s.899; Eren, s.1292. Bu sebepler, Türk Borçlar Kanununun 154. maddesinde sayılmıştır. RG. 04.02.2011-27836.

²³³ 5718 sayılı MÖHUK’un 8. maddesinde, zamanaşımının; hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanacak hukuka tâbi olacağı düzenlenerek, maddî hukuka ait bir konu olduğu gösterilmiştir. Nomer, Devletler, s.213; Aybay, Rona; Dardağan, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul 2008, s.180-181; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.99-101; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 883, 885-886.

Sözleşmenin 29/2. maddesinde, *lex fori*'yi yetkilendirmesi nedeniyle, bu sürenin hak düşürücü süre olarak kabulünün daha uygun olacağı kanısındayız²³⁴.

Sonuç olarak, Sözleşmenin orijinal metni olan Fransızca metinde dahi bu sürenin zamanaşımı mı yoksa hak düşürücü süre mi olduğu kesin bir şekilde kaleme alınmamış; içtihat yoluyla tespit edilmeye çalışılmıştır. Sözleşmenin İngilizce metninde ise zamanaşımı süresi denilse de Amerikan içtihadında bu sürenin dava açma süresi; yani hak düşürücü süre olduğu görüşü hâkimdir. Dolayısıyla 29. maddede ifade edilen sürenin vasfına ilişkin ihtilâf sona ermemiştir.

C. Sivil Hava Araçlarının Yol Açtığı Kazalardan Doğan Hukukî Sorumluluk Davalarına Uygulanacak Hukuk

Hukukî sorumluluk (*legal liability*), bir kişinin hukuka ve kamu düzenine aykırı eylem ve ihmali nedeniyle, bir başkası aleyhine oluşan sonuçlarının (bir başkasının uğradığı zararın) tazmini yükümlülüğüdür²³⁵.

Sözleşme kapsamında, taşıyıcının hukukî sorumluluğunun doğabileceği hâller, şunlardır.²³⁶

- Taşıyıcının, eşya taşımacılığı sırasında belirli şartların varlığı hâlinde, göndericinin emirlerine uymaması (m.12)²³⁷;

²³⁴ Aynı yönde bkz. Kıрман, s.174; Ülgen, Hava, s.228. Buna karşın doktrinde 29. maddenin Varşova/Lahey Sisteminde taşıyanın sorumluluğunu ortadan kaldıran bir hüküm olmadığı; zamanaşımı süresinin hesaplanmasının usulü bir konu olduğu ve akdi ilişkilerde, hak düşürücü süre yerine zamanaşımı süresinin geçerli olması gerektiği gerekçesiyle, bu sürenin zamanaşımı süresi olduğu savunulmuştur. Sözer, Bülent: “Hava Yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.IX, S.3 (1978), s.817-818 (Taşıyanın Sorumluluğu); Sözer, Yük Taşıma, s.263-264; Bozkurt Bozabalı, s.203-204.

²³⁵ Wassenbergh, Henri A.: “Liability in International Air Transport and Space Law in the Next Century” (1998), *Regulatory Reform in International Air Transport, Henri A. Wassenbergh's Select Essays Over a Period of Fifty Years (1950-2000)*, ed. Chia- Jui Cheng, Taipei 2000, s.986 (Liability).

²³⁶ Goldhirsch, s.143;144.

²³⁷ Sözleşmenin 12/2. maddesine göre, göndericinin emirlerini yerine getirmeyecekse taşıyıcı bu durumu kendisine derhâl bildirmek zorundadır. Sözleşmenin 12/3. maddesine göre ise, taşıyıcı, göndericinin eşya üzerindeki tasarrufları ile ilgili emirlerini, hava yük senedinin göndericiye verilmiş olan parçasının ibrazını istemeden yerine getirirse, hava yük senedinin bu parçasını hukuka uygun

- Taşıyıcının, eşyanın alıcıya teslimi için gereken sürede eşyayı teslim etmemesi (m.13)²³⁸;
- Yolcunun, bir kaza nedeniyle zarara uğraması (m.17);
- Bagaj veya eşyanın, bir olay nedeniyle zarara uğraması (m. 18);
- Yolcunun, bagajın veya eşyanın gecikmesi (m.19).

Hava aracının bir şekilde irtibatlı olduğu, Sözleşme kapsamında “kaza veya olay” olarak sayılabilecek vakıalar nedeniyle yolcu, bagaj veya eşyanın uğradığı zarardan doğan taşıyıcının sorumluluğunun çalışmamızın ana konusu olduğu için yukarıda madde numaraları ile belirttiğimiz sorumluluk hallerinden 17. ve 18. maddeler kapsamında uygulanacak hukuku tespit etmeye çalışacağız.

Yetkili mahkemenin tayinine ilişkin kısımda bahsettiğimiz üzere²³⁹, Sözleşmenin 32/1. maddesi ile zararın doğmasından önce taraflarca uygulanacak hukukun tayin edildiği anlaşmalar dâhil Sözleşmedeki kurallara aykırı olan hükümler veya yetkili mahkemeye ilişkin kuralın değiştirildiği şartlar geçersizdir. Bu bağlamda Sözleşme kapsamında, zararın doğmasından önce tarafların yetki anlaşması veya hukuk seçimi anlaşması yapmalarına hiçbir şekilde izin verilmemiştir²⁴⁰.

Varşova Sözleşmesi, uluslararası hava taşımacılığına ilişkin konuları yeknesak bir şekilde düzenlemek amacıyla maddî milletlerarası özel hukuk kuralları getirmiştir. Ancak bu durum, yabancılık unsuru taşıyan havacılık faaliyetine ilişkin her konunun, Sözleşmede maddî hukuk kuralları ile düzenlendiği anlamına gelmez. Sözleşme, bazı konuları açıkça *lex fori*’nin iç hukukuna tâbi kılmış; bazı konuları da

olarak elinde bulunduran kişinin bu yüzden uğrayacağı herhangi bir zarardan, göndericiye rücu hakkı saklı kalmak üzere, sorumlu olacaktır.

²³⁸ Sözleşmenin 13/3. maddesine göre, taşıyıcı eşyanın kaybolduğunu kabul ederse veya eşya varması gereken tarihten itibaren yedinci günün bitiminde varmamış olursa, alıcı taşıyıcıya karşı taşıma anlaşmasından doğan haklarının takibine yetkili olacaktır.

²³⁹ Bkz. yuk. s.60.

²⁴⁰ *Della Roma v. Air France*, Ct. of Appeals, Aix en Provence, 7 th Civil Chamber, 13 March 1959: bkz. McKenry, s.228.

düzenleme kapsamı dışında bırakmıştır. Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılan konuların, davanın açıldığı mahkemenin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına tâbi olacağı genel kabul görmüştür²⁴¹.

İlgili kısım altında, Sistem kapsamında uygulanacak maddî milletlerarası özel hukuk kurallarını, Sistemin açıkça *lex fori*'nin iç hukukunu yetkilendirdiği halleri ve Sistemde düzenlenmeyen konulara uygulanacak hukuku tayin etmeye çalışacağız.

1. Maddî Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarına Konu Yapılan Hukukî Sorunlar

Sistem kapsamında getirilen maddî hükümler, aşağıda ‘Sistem kapsamında sorumlu kişiler’, ‘Yolcunun, bagajın ve eşyanın zarara uğraması hâlinde taşıyıcının sorumlu olabilmesi için gereken şartlar’, bu şartların varlığı hâlinde, ‘Taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırı’, ‘Taşıyıcının sorumluluktan kurtulabileceği hâllerin varlığı’ ve ‘Taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağı hâllerin varlığı’ başlıkları altında ele alınacaktır.

a. Sorumlu Kişiler

Varşova Sistemi kapsamına giren uyuşmazlıklarda, davalı sıfatı, taşıyıcıya aittir. Taşıyıcı ile kimin kastedildiği açık değildir²⁴². Sözleşmenin 17. ve 18. maddelerinde, taşıma sözleşmesini akdeden ve bilette ismi yazılan taşıyıcının

²⁴¹ *Mertens v. Flying Tiger, Inc.*, 341 F. 2d 851, U. S. Court of Appeals of Second Circuit, 1965 <http://openjurist.org>; *Leroy v. Sabena Belgian World Airlines*, 344 F. 2d 266, U.S. Court of Appeals of Second Circuit, 1965; *O'rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 730 F. 2d 842 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1984 <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013. *In Re Air Crash Disaster at Malaga, Spain* on September 13, 1982, 611 F.Supp. 903, 1985, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Ocak 2013; “District Court (Landgericht) in Munich in 15 July 1975; Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht, 1977; affirmed by the appellate court (Oberlandgericht) in Munich on 3 February 1977”: “*Dame Suprenant v. Air Canada*, Court of Appeals of Quebec in 1972”: bkz. Bogdan, Michael: “Aircraft Accidents in the Conflict of Laws”, *Recueil Des Cours*, Vol.208 (1988), s.84-85 (Accident),

²⁴² Whalen, Thomas J: The New Warsaw Convention: the Montreal Convention”, *Air and Space Law*, Vol.XXV, No.1 (2000), s.15 (Montreal); Diedericks- Verschoor, s.220.

(sözleşmesel taşıyıcının) aksi ispat edilene kadar sorumluluğu düzenlenmiştir²⁴³. Ayrıca Sözleşmenin 30. maddesinde, ardıl taşıyıcıların sorumlulukları da belirlenmiştir. Ancak bu durum pratikte sorunları çözmek için yeterli değildir. Örneğin, Sözleşmede, yolcuların seyahat işlemlerini acentelerden hallettiklerinde acentenin sorumluluğu; eşya gönderen kişinin eşyalarını taşıma işleri organizatörüne (*freight forwarder*²⁴⁴) bırakması durumunda onun sorumluluğu; charter sözleşmesi altında yapılan taşımacılıkta sorumluluk veya çoğu hava yolu taşıyıcılarının birbirlerinin biletlerini satabilmek konusunda yaptıkları anlaşmalara dayanarak, fiilî taşıyıcı olarak sorumlulukları aydınlatılmamıştır²⁴⁵. Bununla birlikte, Sözleşmede düzenlenmeyen taşıyıcının işçisinin veya acentesinin sorumluluğu 1955 tarihli Lahey Protokolü; fiilî taşıyıcının sorumluluğu ise, 1961 tarihli Guadalajara Sözleşmesi ile özel olarak düzenlenmiştir.

(1) Sözleşmesel Taşıyıcının (*Contracting Carrier*) Sorumluluğu

Varşova Sistemi içinde yer alan Sözleşme ve Protokollerde, taşıyıcının tanımı yapılmamıştır. Varşova Sözleşmesinin hükümlerinde, taşıma sözleşmesini yapan taşıyıcıdan bahsedildiği için, taşıyıcı ile sözleşmesel taşıyıcının kastedildiği anlaşılmaktadır. Nitekim 1961 tarihli Guadalajara Sözleşmesi de, Varşova Sözleşmesinde boşluk olan fiilî taşıyıcının sorumluluğunu düzenlemek için akdedildiğinden, Varşova Sözleşmesinin sadece sözleşmesel taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediği teyit edilmektedir²⁴⁶.

²⁴³ Goldhirsch, s.91.

²⁴⁴ Karayolu Taşıma Yönetmeliğinin 4/ss. maddesine göre, taşıma işleri organizatörü, kendi nam ve hesabına eşya taşıyan gerçek veya tüzel kişi taşıyıcıdır. Bu kişi, TTK'nın 917 vd. maddelerinde düzenlenen taşıma işleri komisyoncusu ile benzerdir: Aksoy, Sami: Taşıma Hukukunda Fiilî Taşıyıcı, İstanbul 2015, s.33.

²⁴⁵ Miller, s.257.

²⁴⁶ Nitekim içtihatla aksi yönde kararlar da verilmiştir. *Kapar v. Kuwait Airways Corp.*, 845 F. 2d 1100 - Court of Appeals, District of Columbia Circuit 1988. Bu davada mahkeme, Sözleşmede taşıyıcının tanımının yapılmamasına karşın yolcu veya bagajın fiilî (gerçek) taşımacılığı yapan kişiyi, taşıyıcı

Guadalajara Sözleşmesinin 1/a. maddesinde, sözleşmesel taşıyıcının tanımı verilmiştir. Buna göre, sözleşmesel taşıyıcı; yolcu, gönderici veya yolcu ya da gönderici adına hareket eden bir kişi ile Varşova Sözleşmesinin hükümlerine tâbi olan bir taşıma sözleşmesini yapan kişidir. Aslında burada kastedilen, hava yolu şirkettir²⁴⁷.

Öte yandan, sözleşmesel taşıyıcı aynı zamanda fiilî taşıyıcı ise, bu kişinin sorumluluğu, Varşova Sözleşmesine tâbidir.

Sözleşmede sadece taşıyıcının sorumluluğu düzenlenmiş, taşıyıcının temsilcisinin²⁴⁸ veya işçisinin²⁴⁹ sorumluluğu düzenlenmemiştir. Bunun üzerine 1955 tarihli Lahey Protokolünün 25A. maddesi ile taşıyıcının işçi ve temsilcisinin (*servant or agent of the carrier*) görevleri sınırında hareket ettiklerini ispatlamaları hâlinde, taşıyıcının yararlanma hakkına sahip olduğu sorumluluk sınırından yararlanabilecekleri kabul edilmiştir.

Lahey Protokolüne taraf olan bazı devletlerin mahkemeleri, Protokolün ilgili hükmünün; taşıyıcının işçi ve temsilcilerine karşı sadece sorumluluk sınırından

olarak kabul etmiştir (*actual carrier*). Mahkeme, bu sonuca, Sözleşmenin 17. maddesinde geçen “hava aracının içinde veya hava aracına binış veya hava aracından iniş faaliyetleri sırasında meydana gelen kazadan doğan sorumluluk”; 18. maddesinde geçen “ hava yolu ulaşımı sırasında meydana gelen olaydan doğan sorumluluk”; 30. maddede ardıl taşımacılık sırasında kaza meydana gelmesi durumunda, taşıma faaliyetini ifa eden taşıyıcının sorumluluğu” ifadelerinden varmıştır. Ayrıca mahkeme, yolcu ile taşıma sözleşmesi yapan taşıyıcının, fiilî taşıyıcının temsilcisi (*agent for the actual carrier*) olduğunu da hatalı bir şekilde belirtmiştir. Aynı yönde verilen bir başka karar, *Ramirez v. United Airlines, Inc.*, 416 F. Supp. 2d 792 - Dist. Court, ND California 2005. <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

²⁴⁷ IATA PSCRM, RP 1008, Passenger Glossary of Terms bkz. www.iata.org.

²⁴⁸ Temsil ettiği kişi adına ve hesabına taşıma sözleşmesini akdeden kişidir.

²⁴⁹ İşverenin işini yapmak üzere onun emri altında çalışan kişidir. Bir diğer deyişle, iş sözleşmesi altında maaş vb. adıyla ücret karşılığı işverenin hizmetinde çalışan kişidir. *Yewens v. Noakes* (1880) 6QBD 530; *R v. Walker* (1858) 27 LJMC 207; bkz. Shawcross; Beaumont, s. I- 268. *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister of Pensions and National Insurance* [1968] 2 QB 497; bkz. age. s.I- 267.

Daha sonraları bu tanıma özel bilgi ve iş yeteneklerine sahip olma şartı da içtihat yoluyla eklenmiştir. *Collins v. Herthordshire County Council* [1947] KB 598; *Cassidy v. Ministry of Health* [1951] 2 KB 343; *Roe v. Minister of Health* [1954] 2 QB 66; bkz. age. s.I-267.

Bu tanımdan yola çıkarak, taşıyıcının işçisine örnek olarak, hava aracını kullanan kişi (pilot) verilebilir. Shawcross; Beaumont, s.I-270.

yararlanma hakkı tanıdığına; dava açma hakkı yaratmadığına ve dava açma hakkına sahip olup olmayacaklarının ulusal hukuklara tâbi olduğuna karar vermişlerdir. Bu mahkemeler gerekçelerini, Sözleşmenin sadece yolcu ile sözleşmesel taşıyıcı arasındaki ilişkiye ilişkin olduğuna ve taşıyıcının işçi ve temsilcisinin taşıma sözleşmesinin bir parçası olmadığına dayandırmışlardır²⁵⁰.

Buna karşın, Lahey Protokolüne taraf olmayan ABD hukukunda, taşıyıcının faaliyetini gerçekleştirmek veya geliştirmek için görev alan herkesin, taşıyıcının işçisi veya temsilcisi olduğu kabul edilmiştir. Amerikan içtihadı ve doktrininde, bu kişilerin, taşıyıcının Sözleşmede tâbi olduğu hak ve sınırlardan aynen yararlanması gerektiği belirtilmiştir²⁵¹. Ayrıca, aksi bir uygulamanın Sözleşmenin amacı ve yeknesak sorumluluk sistemini tehlikeye atacağı da ifade edilmiştir²⁵².

Bu kişilere örnek olarak, bir uçaktan diğerine bagaj transferini gerçekleştiren hizmetliler²⁵³; uçağa binmeden hemen önce hava alanında yolcuların güvenlik aramasını gerçekleştiren güvenlik şirketi çalışanları²⁵⁴; uçağa inerken veya binerken

²⁵⁰ *Cie Lie Languedoc c. Ste Hernu-Peron* (1976) 30 RFDA 109, C.A. Paris, 17 November 1975: bkz. Miller, s.276, 277. Ayrıca taşıyıcının işçisi konumunda olan kaza yapan uçağın pilotunun sorumluluğunun Sözleşme kapsamında olmadığına ilişkin karar için bkz. *Ministere Public c. Billet* (1964) 27 RGAE 257, note E. du Pontavice (Tribunal Corr. Versailles, 11 July 1964), rev'd, (1965) 28 RGAE. 408, note E. du Pontavice (C.A.Paris, 25 June 1965), cassation sub nom. *Cie UTA, Lagarrigue*, D.S.1970 J. 81, note P. Chauveau (Cass. Crim. 3 December 1969): bkz. Miller, s.277; Goldhirsch, s.147.

²⁵¹ Mankiewicz, Rene H.: "Charter and Interchange of Aircraft and the Warsaw Convention. A Study of Problems Arising from the National Application of Conventions for the Unification of Private Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.10 (1961), s.715-718 (Charter).

²⁵² *Reed v. Wiser*, 414 F. Supp. 863 - District Court, SD New York 1976; *denied* 555 F. 2d 1079 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1977; *Lerakoli, Inc. v. Pan American World Airways, Inc.*, 783 F. 2d 33 - United States Court of Appeals, 2nd Circuit 1986; *Mitchell, Shackleton & Co. v. Air Express International*, 704 F. Supp. 524 - United States District Court, SD New York 1989, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

²⁵³ *Reed v. Wiser*, 414 F. Supp. 863 - District Court, SD New York 1976; *denied* 555 F. 2d 1079 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013; *Julius Young Jewelry Manufacturing Co., Inc. v. Delta Air Lines et al*, Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department, March 20, 1979, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁵⁴ *Baker v. Lansdell Protective Agency, Inc.*, 590 F. Supp. 165 - Dist. Court, SD New York 1984; *In Re Air Disaster, Lockerbie, Scotland*, December 1988, 776 F. Supp. 710 - District Court, ED New

uçığa merdiven dayayan yer hizmetlileri²⁵⁵; uçığın sefere çıkmasından önce ve seferden sonra temizlik hizmeti veren yer hizmetlileri²⁵⁶; ihtiyaç sahibi yolcuları tekerlekli sandalye ile uçığa taşıma hizmeti veren yer hizmetlileri²⁵⁷ verilebilir. Ayrıca Amerikan yargısının uyguladığı bu genel kural kapsamına, tur operatörleri ve eşya sahibi adına eşya gönderen kişiler (*freight forwarder*) de dâhil etmiştir²⁵⁸.

Ancak Türkiye, Varşova Sözleşmesine ve Lahey Protokolüne taraf olduğu için bu hukukî düzenlemelerin lafzına bağlı kalarak, Varşova Sözleşmesi kapsamında sadece taşıyıcının; Lahey Protokolü kapsamında ise taşıyıcı, işçi ve temsilcilerinin sorumluluğuna gidilebileceğini değerlendirebiliriz.

Karma taşımacılıkta da, Sözleşme kapsamında hava yolu taşıyıcısının sorumluluğu tanındığından (m.31), bu kısımdaki açıklamalarımız, karma taşımacılıkta yer alan hava yolu taşıyıcısı için de geçerlidir.

York, 1991; *Kabbani v. International Total Services*, 805 F. Supp. 1033 - Dist. Court, Dist. of Columbia 1992, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁵⁵ *Chutter v. KLM Royal Dutch Airlines*, 132 F. Supp. 611 - Dist. Court, SD New York 1955, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

²⁵⁶ *Waxman v. CIS Mexicana De Aviacion, SA De CV*, 13 F. Supp. 2d 508 - Dist. Court, SD New York 1998, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁵⁷ *Johnson v. Allied Eastern States Maintenance*, 488 A. 2d 1341 - DC: Court of Appeals 1985; *Carroll v. United Airlines, Inc.*, 739 A. 2d 442 - NJ: Appellate Div. 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

Aksi yönde karar da mevcuttur: *Philips v. Air New Zealand*, [2002] EWCA 800, 27 March 2002, High Court of Justice, Queen's Bench Division: bkz. Word, Kathryn: "Warsaw Convention- Article 17- Injury During the Course of Embarkation-Article 29-Limitation Period-Liability in Negligence", *Air and Space Law*, Vol.28, No.3 (2003), s.194.

²⁵⁸ Wassenbergh, Henri A.: "General Course on International Private Air Law", *Regulatory Reform in International Air Transport, Henri A. Wassenbergh's Select Essays Over a Period of Fifty Years (1950-2000)*, ed. Chia- Jui Cheng, Taipei 2000, s.966 (General).

Royal Insurance v. Amerford Air Cargo kararında yük sevkiyatçısı, çeşitli göndericilerden eşyaları teslim alan, eşyaların taşınması için doğrudan taşıyıcıyı ayarlayan ve ona eşyaları teslim eden; varma yerinde eşyaları, teslim alan kişilere veren, bu hizmetlerinin karşılığında müşterilerden taşıma bedeli dâhil olmak üzere ücret alan ve hava yük senedi düzenleyen kişi olarak tanımlanmıştır. Mahkeme, hava yük sevkiyatçısının tek görevinin deposunda eşyaları saklamak olmadığını; eşyaları taşıma öncesi geçici olarak elinde bulundurduğunu ve taşıyıcının temsilcisi olduğunu belirtmiştir. *Royal Insurance v. Amerford Air Cargo*, 654 F. Supp. 679 - Dist. Court, SD New York 1987, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Aynı yönde verilen bir başka karar, *American Home Assurance Company v. Jacky Maeder (Hong Kong) Ltd.*, 969 F. Supp. 184 - District Court, SD New York, 1997, <http://scholar.google.nl>; erişim tarihi Mart 2013.

Son olarak, zarar gören kişi, taşıyıcının ölümü hâlinde, onun mallarını hukuken temsil edecek kişilere karşı dava açabilmektedir (m.27). Söz konusu hüküm ile kazadan sorumlu olan kişinin ölümü hâlinde dahi dava hakkının korunması amaçlanmıştır²⁵⁹. Ancak maddenin sadece gerçek kişiler açısından düzenlendiği; oysa günümüzde hava taşıyıcısının genelde tüzel kişi olması nedeniyle bu maddenin tüzel kişileri de kapsamına alacak şekilde anlaşılması gerekmektedir²⁶⁰. Dolayısıyla tüzel kişiliğin sona ermesine bağlı olarak tüzel kişi olan taşıyıcının mallarını temsile yetkili olabilecek kurumlara (tasfiye kurulu veya iflas masasına) karşı dava açılabilir²⁶¹.

(2) Fiilî Taşıyıcının (Actual Carrier) Sorumluluğu²⁶²

1961 Guadalajara Sözleşmesinin I/c. maddesine göre fiilî taşıyıcı, sözleşmesel taşıyıcı²⁶³ dışında, ondan aldığı yetkiye dayanarak, taşımacılığın tamamını veya bir kısmını ifa eden; fakat bu kısmı ifa ederken ardıl taşıyıcı olmayan kişidir. Böyle bir yetki, aksi ispat edilmediği sürece verilmiş kabul edilir (m.I/c, c.2). Fiilî taşıyıcı ve sözleşmesel taşıyıcı, Guadalajara Sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, Varşova Sözleşmesi kurallarına tâbidir (m.II). Sözleşmesel taşıyıcı, taşıma sözleşmesinde belirtilen taşımacılığın tamamından; fiilî taşıyıcı ise ifa ettiği kısımdan sorumludur (m.2).

²⁵⁹ Goldhirsch, s.176.

²⁶⁰ Kırman, s.168. Bu maddenin uygulanmasının mümkün olmadığına ilişkin bkz. Sözer, Taşıyanın Sorumluluğu, s.808.

²⁶¹ Kırman, s.168.

²⁶² Her ne kadar Türkiye, Guadalajara Sözleşmesine taraf olmasa da, davanın açıldığı mahkeme olarak Türk mahkemesinin önüne, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlık gelebileceğinden Guadalajara Sözleşmesini ayrıntılı olarak incelemenin yararlı olacağı kanısındayız.

²⁶³ Sözleşmesel taşıyıcı, yolcu, gönderici veya yolcu veya gönderici adına hareket eden bir kişi ile Varşova Sözleşmesinin hükümlerine tâbi olan bir taşıma anlaşmasını aslı olarak yapan kişidir (m.1/b).

Fiilî taşıyıcının dâhil olduğu taşımacılığa örnek olarak, hava taşıyıcılarının kendi aralarında yaptıkları ortak uçuş (*code share*) anlaşması²⁶⁴ ile charter anlaşması²⁶⁵ verilebilir. Ayrıca, yolcuların bir başka taşıyıcıya yönlendirilmesi; herhangi bir seyahat şirketi²⁶⁶ ile biletleme işlemi yapılması, belirli uçuşlarda yolcu azlığı, çifte rezervasyon²⁶⁷, rezervasyonun teyit edilmiş olmasına rağmen hava yolu şirketinin rezervasyona bağlı kalmaması gibi fiilî durumlarda da fiilî taşıyıcının varlığı söz konusudur²⁶⁸. Bu hallerde, taşıma sözleşmesini akdeden taraf ile taşımacılığı gerçekleştiren taraf aynı değildir.

Guadalajara Sözleşmesinde fiilî taşıyıcı ve kendi görev alanı içinde hareket eden işçi ve temsilcisinin eylem ve ihmalleri, fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılığa ilişkin olarak, sözleşmesel taşıyıcının eylem ve ihmali olarak varsayılmıştır (m.III/1). Öte yandan, sözleşmesel taşıyıcının ve kendi görev alanı içinde hareket eden işçi ve temsilcisinin eylem ve ihmalleri, fiilî taşıyıcının ifa ettiği

²⁶⁴ Doktrinde, “uçuş kodu paylaşımı” olarak isimlendirilmiştir. Aksoy, s.64. Code share anlaşmaları, uçuşu gerçekleştiren taşıyıcı (*operating carrier*) ile kendi kodu ve uçuş numarasını kullanarak ondan koltuk kiralayan taşıyıcı (*marketing carrier*) arasında yapılan anlaşmadır. Competition Impact of Airline Code Share Agreements, prepared by European Commission Directorate General for Competition Unit, 2007, s.7, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/airlinecodeshare.pdf>, erişim tarihi 1 Ekim 2014. Ayrıca Aksoy, s.63-65; *Best v. BWIA West Indies Airways Ltd.*, 581 F. Supp. 2d 359 - Dist. Court, ED New York 2008, <http://scholar.google.nl>; erişim tarihi Mart 2013.

²⁶⁵ Goldhirsch, s.72; Diedericks- Verschoor, s.214; Sundberg, Jacob, W.F.: “The Guadalajara Convention Live from Cyprus”, *Air Law*, Vol.1, No.2 (1976), s.84. Ayrıca charter anlaşmasının tanımı için bkz. yuk. s.25.

²⁶⁶ Ancak Fransız içtihadında, seyahat şirketinin, yolcunun ulaşımını, kalacak yeri ve gezisini ayarladığı, bir girişimci olarak davrandığı durumlarda, taşıma sözleşmesinin bir tarafı olarak değil, kendisi ile müşterisi arasında yapılan ayrı bir anlaşmanın tarafı olarak sayılmıştır. Miller, s.266.

²⁶⁷ Bir davada davacı Köln’de bulunan seyahat acentesinden Düsseldorf- İstanbul arası gidiş-dönüş bileti almıştır. Bilette taşıyıcı olarak Germanair şirketi yazılmıştır. Dönüş sırasında yolcu, çifte rezervasyon olduğu gerekçesiyle uçağa alınmamış ve bir başka taşıyıcıdan ertesi gün dönüş yapabilmek için bilet satın almıştır. Bunun üzerine yolcu, seyahat şirketine karşı uçuşunun ertelenmesi ve Almanya’daki işine gecikmesi nedeniyle tazminat davası açmıştır. Bunun üzerine mahkeme, kalkma ve varma yerinin Almanya olduğunu; durma noktasının Türkiye olduğunu; Türkiye’nin o dönemde Varşova Sözleşmesi’ne taraf olmasa da Sözleşmenin uygulama alanı bulacağını tespit etmiştir. Uygulama alanının tespitinin akabinde mahkeme, seyahat acentesinin sözleşmesel taşıyıcı; seyahat acentesinin charter anlaşması yaptığı ve bu anlaşma altında kiralanan uçağın sahibinin Germanair adlı taşıyıcının da fiilî taşıyıcı olduğunu belirtmiştir. *Osman Erdem v. Germanair*, District Court Duesseldorf, Federal Republic of Germany, 3 February 1971: bkz. Diedericks- Verschoor, s.212.

²⁶⁸ Mendes de Leon, s.66; Diedericks- Verschoor, s.210.

taşımacılığa ilişkin olarak, fiilî taşıyıcının eylem ve ihmali olarak kabul edilmiştir (m.III/2, c.1). Bu durum, sadece taşımacılığın fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen kısmına ilişkindir²⁶⁹.

Ayrıca Sözleşme kapsamında fiilî taşıyıcının işçi ve temsilcisinin ve sözleşmesel taşıyıcının işçi ve temsilcisinin sorumlulukları da düzenlenmiştir. Bu kişilerin, kendi görev alanı içinde hareket ettikleri ispatlanırsa, bu Sözleşmede kabul edilen taşıyıcıya karşı uygulanacak olan sorumluluğun parasal sınırından yararlanabilirler (m.V)²⁷⁰.

Yolcu tarafından Sözleşmede belirtilen hükümlere göre, ya sadece sözleşmesel taşıyıcıya karşı ya da sadece fiilî taşıyıcıya karşı veya her ikisine karşı münferiden veya müştereken dava açılabilir. Eğer dava tek bir taşıyıcıya karşı açılmışsa, davalı taşıyıcı, diğer taşıyıcının da yargı sürecine katılmasını isteyebilir.

²⁶⁹ Guadalajara Sözleşmesine Türkiye taraf olmadığı için çalışmada, “Sorumluluğun Kapsamı”na ilişkin olan kısımda fiilî taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlere değinilmemiştir. Ancak burada, fiilî taşıyıcının sorumluluk kapsamına kısaca değinmenin faydalı olacağı kanısındayız.

Varşova Sözleşmesinde hüküm altına alınan sorumluluğun parasal sınırı, Guadalajara Sözleşmesi ile fiilî taşıyıcıya da uygulanabilecektir (m.III/2, c.2). Yani zarar gören tarafın zararı, 22. maddede belirtilen zarardan daha yüksek olsa da, fiilî taşıyıcı sadece 22. maddede belirtilen sınır oranında sorumludur. Dolayısıyla fiilî taşıyıcının sorumluluğu sınırsız sorumluluk olarak nitelendirilemez. Ancak sözleşmesel taşıyıcı; fiilî taşıyıcının veya adamlarının kastî veya dikkatsizce (*recklessly*) hareketinden sınırsız sorumludur. Diedericks- Verschoor, s. 211.

Ancak sözleşmesel taşıyıcının veya adamlarının “kastî hareketinden/*wilful misconduct*” veya “dikkatsizce hareketinden/*reckless*”, fiilî taşıyıcının sınırsız sorumluluğuna gidilmez; bir diğer ifadeyle Varşova Sözleşmesi ve Lahey Protokolü ile belirlenen 22. maddedeki sınırın aşılma talebiyle ona karşı dava açılamaz. Diedericks- Verschoor, s. 211.

Varşova Sözleşmesi ile yüklenilmeyen bir yükümlülüğün sözleşmesel taşıyıcı tarafından üstlenilmesine veya Sözleşme ile sunulan haklardan feragate ilişkin yapılan özel bir anlaşma veya Sözleşmenin 22. maddesinde belirtilen göndericinin taşıyıcıya teslim anındaki değerini gösteren özel bir beyan, aksi fiilî taşıyıcı tarafından kabul edilmedikçe, fiilî taşıyıcıyı etkilemez (m.III/2,c.3). İlgili hüküm altında sözleşmesel taşıyıcı ile yolcu arasında yapılan anlaşmalar, fiilî taşıyıcı ile yolcu arasında var olan ilişkiyi etkilemez; ancak fiilî taşıyıcı, kendi isteğiyle sözleşmesel taşıyıcı ile yolcu arasında var olan sözleşmeye taraf olmak isterse, ilgili sözleşme kendisini de etkileyecektir.

Varşova Sözleşmesi altında yolcu veya gönderici tarafından yapılan şikâyet veya talimatlar, ister sözleşmesel taşıyıcıya ister fiilî taşıyıcıya yönelik olsun aynı etkiye sahiptir. Bu kuralın tek istisnası, Varşova Sözleşmesinin 12. maddesi altında sadece sözleşmesel taşıyıcıya karşı yapılan talimatlardır.

²⁷⁰ Fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılığa ilişkin olarak, fiilî taşıyıcıdan, sözleşmesel taşıyıcıdan ve iş alanı içinde hareket eden işçi ve temsilcisinden alınabilecek toplam tazminat miktarı, bu Sözleşme altında sözleşmesel taşıyıcıya veya fiilî taşıyıcıya yüklenebilecek toplam miktarı aşamaz (m.VI). Bahsedilen bu kişiler, kendilerine uygulanabilecek sınırlamayı aşan miktardan sorumlu değildir.

Diğer taşıyıcının yargı sürecine katılmasına ilişkin usul, davanın görüldüğü mahkemenin hukukuna tâbidir (m.VII).

Türkiye'nin Guadalajara Sözleşmesine taraf olmaması ve Türk hukukunda fiilî taşıyıcının Varşova Sözleşmesi kapsamında sorumlu olabileceğine ilişkin bir içtihadın da oluşmaması nedeniyle Varşova Sözleşmesi kapsamında fiilî taşıyıcının sorumluluğu kabul edilmemiştir²⁷¹. Ancak bu uygulama, taşımacılık faaliyetini gerçekleştiren fiilî taşıyıcının ve taşıma sözleşmesini akdeden sözleşmesel taşıyıcının farklı hükümlere tâbi olması ile sonuçlanacaktır. Ayrıca Guadalajara Sözleşmesini imzalamayan devletler açısından, fiilî taşıyıcının sorumluluğu iç hukuk hükümlerine tâbi olabilmektedir. Bu da Sözleşmenin yeknesaklık amacına ters düşecektir. Dolayısıyla, Sözleşme metinlerine birebir bağlı kalınarak yapılma zorunluluğu olan bu lafzı yorumun, adil sonuçlara götüreceğini düşünmemekteyiz ve yetkili Türk makamların, Guadalajara Sözleşmesine taraf olmasını önermekteyiz.

(3) Ardıl Taşıyıcının Sorumluluğu

Ardıl taşıyıcılar, hava yolu taşımacılığının farklı kısımlarını ifa eden taşıyıcılardır²⁷². Bu tür taşımacılıkta sorumlu olabilecek taşıyıcı, Sözleşmenin 30. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında açıkça belirtilmiştir. Yolcu taşımacılığında; ilk taşıyıcı, taşımacılığın tümü sırasında meydana gelen zararlar nedeniyle sorumluluğu üstlenmedikçe, kazanın gerçekleştiği taşımacılığı yapan taşıyıcı sorumludur (m.30/2). Böyle bir uyuşmazlığın önüne geldiği mahkeme, ilk taşıyıcının

²⁷¹ Nitekim İstanbul 4. Sulh Hukuk Mahkemesi, Varşova Sözleşmesi kapsamında fiilî taşıyıcıya karşı bir husumet yönetilemeyeceğini belirtmiştir. No. 2011/868-2012/224, Tarih 28.03.2012. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını, Sözleşmenin 26/2. maddesi açısından değerlendirmiş; ancak fiilî taşıyıcının Sözleşme kapsamında sorumlu olup olmadığı hususunu ele almamıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/15191; K. 2013/13191 (yayınlanmamış).

²⁷² Fiilî taşıyıcı ile ardıl taşıyıcının sorumlulukları arasındaki en önemli fark, ardıl taşıyıcılar, parçası olduğu taşımacılık sırasında, diğer taşıyıcıların eylemleri nedeniyle oluşan zarardan tamamıyla sorumlu olabilirken; fiilî taşıyıcı, sözleşmesel taşıyıcının eylem veya ihmali nedeniyle Varşova Sözleşmesinin 22. maddesinde belirtilen sınırdan daha yüksek oranda sorumlu tutulmaz. Bkz. Miller, s.258.

sorumluluğunu üstüne alıp almadığını tespit etmelidir. Diğer yandan, bagaj veya eşya taşımacılığında, yine zararın meydana geldiği taşımacılığı yapan taşıyıcı, sorumludur. Ayrıca bagaj taşımacılığında yolcunun ilk ve son taşıyıcıya; eşya taşımacılığında ise gönderici, ilk taşıyıcıya; alıcı da son taşıyıcıya karşı dava açma hakkına sahiptir. Ardıl taşıyıcılar, yolcuya, göndericiye veya eşyayı teslim alan kişiye karşı müştereken ve müteselsilen sorumludur (m.30/3).

Eşya taşımacılığında olayın yaşandığı ayağı ifa eden taşıyıcının tespiti, yolcu taşımacılığında kazanın²⁷³ yaşandığı ayağı ifa eden taşıyıcının tespitine nazaran daha zor olduğu için Sözleşme, eşya taşımacılığında sorumlu olabilecek kişiler açısından ilk ve son taşıyıcı ayrımı yapmıştır²⁷⁴. İlk taşıyıcı, yolculuğun ilk ayağını gerçekleştirmek üzere taşıma belgesinde belirtilen kişi iken; son taşıyıcı, yolculuğun son ayağını gerçekleştirmek üzere taşıma belgesinde belirtilen kişidir²⁷⁵.

Sözleşmede ilk taşıyıcının sorumlu tutulması için bütün sorumluluğu üstlendiğine dair rızasının nasıl tespit edilmesi gerektiğine ilişkin bir yöntem belirtilmemiş; mahkemeler, genelde böyle bir rızanın açıkça mevcut olup olmadığını belirtmekle yetinmişlerdir²⁷⁶. Mahkemeler, öncelikle ardıl bir taşımacılığın varlığına

²⁷³ Sözleşme kapsamında olay ve kaza arasındaki fark için bkz. aşa. s.91, 105.

²⁷⁴ Goldhirsch, s.207.

²⁷⁵ Goldhirsch, s.202.

²⁷⁶ Fransız mahkemesinin önüne gelen olayda, yolcu Marsilya'dan İstanbul'a Atina aktarmalı gidiş-dönüş bileti almıştır. Yolcu, seyahatinin dönüş ayağında Atina'dan değil Cenevre'den aktarmalı İstanbul'a gitmek istediğini belirterek, Air France'dan aldığı dönüş biletini, Türk Hava Yolları'ndan aldığı bilet ile değiştirmiştir. Uçuş sırasında ani basınç değişikliği nedeniyle rahatsızlanması üzerine yolcu, ilk taşıyıcı olan Air France'a dava açmıştır. Mahkeme, seyahatinin dönüş ayağında Air France'ın sözleşmesel ve fiili taşıyıcı olmadığına, sadece Türk Hava Yollarının acentesi olarak bileti sattığına dayanarak, 30/2. madde kapsamında ilk taşıyıcının bütün yolculuk için sorumluluğu üstlenmemesi nedeniyle yolcunun, kazanın olduğu ayağı gerçekleştiren taşıyıcıya karşı dava açabileceğini belirtmiştir. *Consorts Kelechian c. Cie. Air France et Cie. Turkish Airlines*, 1982 RFDA 349, C.A. Aix-en-Provence, 21 May 1982; bkz. Goldhirsch, s.204-205.

Amerikan mahkemelerinin bu tarz bir rızanın olmadığına kanaat getirdikleri davalar için bkz. "*Orent v. Sabena*, 8 Avi 17273, D.C.N.Y. 1962; *Riediger v. TWA* 6 Aiv. 17315, N.Y. Sup. Ct. 1959"; ancak bu davalarda mahkemelerin, nasıl bu sonuca ulaştıkları belirsizdir. Goldhirsch, s.205.

kanaat getirmek için taşıma belgesini kontrol etmeli; daha sonra kazanın veya olayın yaşandığı taşımacılığı ifa eden taşıyıcıyı belirlemelidirler²⁷⁷.

Yolcu biletinde ve hava yük senedinde taşımacılık faaliyetini gerçekleştirecek olan taşıyıcıların isimlerinin yazılmaması durumunda, ismi yazılmayan taşıyıcıya karşı dava açılmasını, kimi mahkemeler reddederken²⁷⁸, kimi mahkemeler kabul etmiştir²⁷⁹.

Son olarak, bazı mahkemeler, Sözleşmenin 30/3. maddesinin, taşıyıcı ile gönderici ve alıcı arasındaki iddialara uygulandığından yola çıkarak, taşıyıcıların birbirlerine karşı olan rücu iddialarının, Sözleşme kapsamında olduğuna ilişkin kararlar almışlardır²⁸⁰.

b. Sorumluluk Şartları

Sözleşme, taşıyıcının sorumluluğu başlığı altında, üç hâli düzenlemiştir. Bunlar, 17. madde kapsamında ‘yolcunun kaza nedeniyle zarar görmesi’; 18. madde kapsamında, ‘bagaj veya eşyanın bir olay nedeniyle zarara uğraması’ ve 19. madde kapsamında, ‘hava aracının gecikmesi sonucu ortaya çıkan zarar’ halleridir. Çalışmamız, taşıyıcının kaza veya olay nedeniyle doğan hukukî sorumluluğu ile

²⁷⁷ Goldhirsch, s.207.

²⁷⁸ *Ste S.A.S c. Cie La Fortune*, 26 R.F.D.A 49, C.A.Paris, 3 February 1971: bkz. Miller, s.259. Bu davada Fransız mahkemesi, Sözleşme kapsamında olan uyumsuzlukları sözleşmesel ilişki temelinde vasıflandırmış ve fiiliyatta olanı değil; tarafların niyetini esas almıştır. Miller, s.259.

²⁷⁹ *Rotterdamsche Bank v. BOAC (and Aden Airways)*, High Court of Justice, 1 All ER 675 Queen’s Bench Division (United Kingdom), 18 February 1953: Goldhirsch, s.202.

²⁸⁰ *Vibra v. Alitalia and Lufthansa*, Tribunal of Milan 29.3.1976; *Diritto e Pratica dell’Av. Civile*, 1979, 191 davası için bkz. *Air Law*, Vol.XI, No.6, 1986, s.281. Aynı yönde *Claims Against and Between Successive Carriers: Connaught Laboratories Ltd. v. Air Canada; Aerolineas Nacionales del Ecuador*, *Air Law*, Vol.V, No.1 (1980), s.37.

Öte yandan Sözleşmenin, 3. kişilerin iddialarına da uygulanacağına ilişkin davalardan bazıları: *Data General Corp. v. Air Express International Co v. Iberia, Lineas Aereas De Espana*, No.86 Civ.7633 (CHT), United States District Court, S.D. New York, January 7, 1988; *Split End Ltd. v. Dimerco Express Inc.*, 19 Av.Cas. (CCH) 18,364 (S.D.N. Y.1986); *the Oriental Fire and General Insurance Company, Ltd. v. The Citizens National Bank of Decatur*, No.1-90-1512, Appellate Court of Illinois, First District, First Division. September 23, 1991. <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Nisan 2013.

sınırlı olduğu için yolcunun veya eşyaların gecikmesine bağlı olarak yolcunun, göndericinin veya alıcının uğradığı zararlar, çalışma kapsamı dışında tutulacaktır.

Davanın görüldüğü mahkeme, somut ihtilâfa konu olan taşımacılığın, Sözleşmenin uygulama alanına (m.1)²⁸¹ girdiğini tespit ettikten sonra taşıyıcının, Sözleşmenin 17. veya 18. maddeler kapsamında sorumluluğunu araştırmalıdır²⁸². Eğer taşıyıcının sorumlu olmadığı tespit edilmişse, Sözleşmenin öncelikli ve doğrudan uygulanması ile münhasır niteliği nedeniyle taşıyıcının ulusal hukuk altında sorumluluğuna gidilmemelidir²⁸³. Bir diğer deyişle, taşıyıcı, ya Sözleşme kapsamındaki sorumluluk kuralları çerçevesinde sorumludur ya da değildir²⁸⁴.

(1) Yolcunun Zarara Uğraması Hâlinde Taşıyıcının Sorumluluk Şartları

Taşımacılık faaliyeti sebebiyle yolcunun zarara uğraması hâlinde, taşıyıcının sorumluluk şartları, 17. maddede düzenlenmiştir²⁸⁵.

Madde kapsamında taşıyıcının sorumlu olduğunun belirlenmesi için aşağıdaki şartların varlığı aranır. Bu şartlar:

²⁸¹ Örneğin, taşımacılık uluslararası nitelikte değilse, Sözleşme uygulama alanı bulamayacaktır; böylece taşıyıcının sorumluluğunu tayini için Sözleşmede belirtilen şartlara bakılmaz. *In Re Mexico City Aircrash, 31 October 1979 Proceedings, Haley v. Western Airlines; Dzida v. Western Airlines* 708 F.2d 400; Nos.81-5695, 81-5724 and 81-5721, United States Court of Appeals, Ninth Circuit; Decided May 24, 1983; <https://bulk.resource.org>; erişim tarihi Kasım 2012.

Ancak bu kuralın da istisnası vardır; o da bir devlet, Sözleşmeyi kendi iç taşımacılığına da uygulanacağını kabul etmişse, iç taşımacılık sırasında meydana gelen kazalarda da Sözleşme kapsamında sorumluluğa gidilebilir. Goldhirsch, s.149.

²⁸² Tompkins, *Air Transportation*, s.99.

²⁸³ *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, 525 US 155 - Supreme Court 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁸⁴ Tompkins, *Air Transportation*, s. 100. *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.* 919 F. Supp 155, S.D.N.Y.1996; app'l 122 F.3d 99 Court of Appeal 2nd, 1997; app'l 525 US 155 - Supreme Court 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁸⁵ 1971 Guatemala City Protokolü, ilgili maddeyi daha farklı şekilde kaleme almıştır. Protokolün IV. maddesinin ilk fıkrası, yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükmü şu şekilde değiştirmiştir: “Bir yolcunun ölümü veya cismanî zarara uğraması hâlinde, sadece ölüm veya cismanî zararı doğuran olayın hava aracında veya hava aracına biniş veya hava aracından iniş faaliyetlerinden biri sırasında meydana gelmesi şartıyla, doğan zarardan taşıyıcı sorumludur. Bununla birlikte, ölüm veya cismanî zarara sadece yolcunun sıhhi durumu neden olmuşsa, taşıyıcı sorumlu değildir.”

- Bir kazanın varlığı;
- Kazanın, hava aracının içinde veya hava aracına binış ve hava aracından iniş faaliyetleri sırasında gerçekleşmesi;
- Kaza neticesinde zararın, vuku bulmasıdır.

(a) Hava Aracının Yol Açtığı Kazanın Varlığı

Kaza, “aniden, umulmadık, olağan dışı veya planlanmayan bir olaydır”²⁸⁶. Bu doğrultuda taşıyıcı; yolcunun, dışarıdan gelen, beklenmedik veya olağan dışı bir olay sonucunda zarar görmesi hâlinde sorumludur²⁸⁷.

Türk içtihadında, Sözleşme kapsamında olan kaza kavramı yorumlanmamıştır²⁸⁸. Bu nedenle, Sözleşmenin yeknesak uygulanmasında, Amerikan içtihadında verilen ve diğer taraf devletlerin uygulamalarını da etkileyen yukarıda verdiğimiz tanım önemlidir²⁸⁹. Nitekim bu tanım doğrultusunda verilen ve

²⁸⁶ *Air France v. Saks*, 470 US 392 - Supreme Court 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Alman mahkemeleri de aynı şekilde, kazayı, zarara sebep olan âni ve istenilmeyen bir olay olarak tanımlamışlardır. Giemulla; Schmid; Müller-Rostin; Dettling-Ott; Margo, s.5-article 17. Fransız doktrini de, kazayı; hava aracının, kargonun zarara uğradığı veya yolcuların veya üçüncü kişilerin yaralandığı durumları, kaza olarak kabul etmiştir. Bkz. age. s.5-article 17.

²⁸⁷ *Air France v. Saks*, 470 US 392 - Supreme Court 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Bu karardan önce ICAO’nun 1944 yılında hazırladığı Ek 13’te kabul ettiği tanım geçerliydi. *Saks v. Air France*, 724 F. 2d 1383 - United States Court of Appeals, 9th Circuit 1984, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Buna göre kaza, “uçuş amacına bağlı olarak kişilerin hava aracının içinde olduğu zamandan hava aracından inişlerine kadar geçen süre içinde, hava aracının faaliyetleri sonucu yolcunun ölümü veya ciddi şekilde zarar görmesi, hava aracının zarara veya yapısal kusura uğraması veya hava aracının kaybı veya tamamen ulaşılamayacak bir duruma gelmesi ile sonuçlanan bir olaydır.” ICAO Annex 13 to the Convention on International Civil Aviation, Aircraft Accident and Investigation Incident, Ninth Edition, 2001, <http://www.cad.gov.rs>; erişim tarihi Mart 2013.

²⁸⁸ Nitekim Yargıtay, Havana-Paris-İstanbul arası uçuşta şeker hastası olan yolcunun, kendisine verilen diyabetik olmayan yiyecekleri tüketmesi sonucu yaşadığı sağlık sorunları nedeniyle manevî tazminat talebini tartışmıştır. Ancak Yargıtay’ın, manevî tazminat talebini, uyumsuzluğun Sözleşme hükümlerine göre doğup doğmadığını ve Sözleşme kapsamında kaza olup olmadığını tartışmadan sonuçlandırması, kanaatimizce bir eksiklik teşkil eder. Yargıtay, sadece somut uyumsuzluk için ortada bir olayın olduğunu, bu olayın uçak içinde meydana geldiğini ve olay nedeniyle davacının manevî bir sıkıntı yaşadığını belirtmiştir. Yargıtay, ilgili kararda davacının manevî zararını Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi kapsamında değerlendirerek; davacının kişilik hakkının zedelenmemesi nedeniyle manevî tazminat talebini reddetmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No. 2012/8584, Karar No. 2013/10138 (yayınlanmamış).

²⁸⁹ Nitekim bir İsrail mahkemesinin vermiş olduğu kararda, *Air France v. Saks* kararında ortaya konan “kaza” tanımının diğer taraf devlet mahkemeleri tarafından esas alması gerektiği vurgulanmıştır. Bu karara konu olan olayda, yanındaki koltuğa oturacak olan kişiye yer vermek üzere kalkan kişinin, bu

kaza olarak nitelendirilen hallere örnek olarak, uçuş sırasında hostes tarafından yolcunun üstüne sıcak içecek dökülmesi²⁹⁰, uçahta verilen yemeğin içinden yabancı bir maddenin çıkması nedeniyle bir yolcunun dişinin kırılması²⁹¹, uçağın motorlarından birinin yanması sonucu hostesin talimatıyla panik olan bir yolcunun, uçağın merdivenlerinden düşmesi nedeniyle yaralanması verilebilir²⁹². Ayrıca uçağın kaçırılması²⁹³, bombalanması²⁹⁴ veya uçağa yönelik bir terörist saldırının gerçekleşmesi²⁹⁵, uçuş sırasında yolcunun cinsel tacize maruz kalması²⁹⁶ halleri de kaza olarak nitelendirilir. Uçağın türbülansa girmesi durumunda ise türbülansın şiddetine bağlı olarak, mahkemeler kazanın var olup olmadığına hükmedeceklerdir²⁹⁷.

sırada hava aracının aniden ve hızlı bir şekilde hareket etmesi üzerine yaralanmasını mahkeme, Varşova Sözleşmesi kapsamında kaza olarak nitelendirmiştir. *Sue Ellen YaFee v. Continental Airlines, CF (Tel Aviv)*, Tel Aviv Magistrate Court, 27 April 2015; bkz. Sharon, Peggy; Marco, Karen: Implementation of Warsaw Convention in Case of Bodily Injury, 24 Haziran 2015, <http://www.internationallawoffice.com>, erişim tarihi Haziran 2015.

²⁹⁰ *Diaz Lugo v. American Airlines, Inc.*, 686 F. Supp. 373 - Dist. Court, D. Puerto Rico 1988, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Aynı yönde bir başka davada, mahkeme, davacının bebeğinin sıcak su nedeniyle yanmasını kaza olarak nitelendirmiştir: *Fishman By Fishman v. Delta Air Lines, Inc.*, 938 F. Supp. 228 - Dist. Court, SD New York 1996; 132 F. 3d 138 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1998, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁹¹ *Bouso v. Iberia*, 26 Avi. 15528, D.C.N.Y. 1998; bkz. Goldhirsch, s.81.

²⁹² *Kalish v. Airlines*, 89 Misc. 2d 153, New York City Court, Civil Court 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

²⁹³ *Krystal v. British Overseas Airways Corporation*, 403 F. Supp. 1322 - District Court, CD California 1975; *Rosman v. Trans World Airlines*, 34 NY 2d 385 - NY: Court of Appeals 1974, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁹⁴ *Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd.*, 351 F. Supp. 702 - District Court, SD New York 1972, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁹⁵ *Evangelinos v. Trans World Airlines, Inc.*, 550 F. 2d 152 - Court of Appeals, 3rd Circuit 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

²⁹⁶ Gerekçe olarak, yolcunun, yanına kimin oturacağını bilememesi nedeniyle savunmasız olması, yolcuya dışarıdan gelen, beklenilmeyen ve olağan dışı bir olay olması gösterilmiştir. *Wallace v. Korean Air*, No. 98 Civ. 1039, 1999 WL 187213 S.D.N.Y. Apr. 6, 1999; 214 F. 3d 293 - Court of Appeals, 2nd Circuit 2000, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013. Aynı yönde İngiliz Temyiz Mahkemesinin verdiği karar “*KLM Royal Dutch Airlines v. Kelly Morris*, Judgment of the British Supreme Court of Judicature [2001] 3 All ER 126; [2002] Q.B. 100 (Court of Appeal): bkz. Mercer, Anthony: “Liability of Air Carriers for Mental Injury under the Warsaw Convention”, *Air and Space Law*, Vol.28, No.3 (2003), s.161; Diedericks- Verschoor, s.155.

²⁹⁷ Diedericks- Verschoor, s.155. Uçağın ağır türbülansa girmesi sonucu oluşan “başın ileri ve geri sarsılması ile ortaya çıkan zararın (*whiplash*)”, 17. madde kapsamında kaza sayılması gerektiğine ilişkin *Van der Put v. Martinair ve Brunk v. British Airways* kararlarına karşın türbülans kaza olarak nitelendirmeyen *Margan v. Lufthansa German Airlines* kararı da mevcuttur. “*Van der Put v. Martinair*, President of the District Court of Amsterdam, 9 May 1996; *Brunk v. British Airways*, No.

Öte yandan, üçüncü kişiler tarafından yapılan her eylemin, hava aracının faaliyeti kapsamına girmediği; aksinin kabulünün, uluslararası uçuşlar sırasında zarara yol açan her olayın Sözleşme kapsamında taşıyıcıya sorumluluk yüklenilmesine neden olacağı ortaya konulmuştur²⁹⁸. Bunun yanında, yolcunun kendi başına zarara sebep olan eylemleri de, kaza kavramının dışında tutulmuştur²⁹⁹. Ayrıca taşıyıcı, uçuş sırasında veya uçuş sonucunda yolcunun kendi bireysel durumuna bağlı olarak kötüleşen sağlığından da sorumlu olmaz³⁰⁰. Bir diğer deyişle, davacının kendi sağlık koşullarına bağlı olarak zarara uğraması, kaza olarak nitelendirilemez³⁰¹.

Civ. A. 00-00764, D.D.C. 15 April 2002; *Margan v. Lufthansa German Airlines*, 181 Federal Supplement 2d 396, S.D.N.Y.2002”: bkz. Diedericks- Verschoor, s.155. Ayrıca bkz. Troncoso, Francisco M; Feldman, Arlene Butler: “Wake Turbulence and the Jumbo Jets: Whose Responsibility, Pilot or Controller?”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. III (1978), s.269-285.

²⁹⁸ Mahkeme, somut uyumsuzlukta davacı olan yolcunun, ağır olan çantasını, koltukların üst kısmında bulunan bölümlere koymasının ardından, bir başka yolcunun kendi eşyasını alırken, bölümde davacıya ait çantanın düşmesine sebep olmasının, davacı açısından olağan dışı veya beklenilmedik bir olay olarak sayılmadığına; uçağın faaliyeti ile ilgili olmadığına ve taşıyıcının kontrolü altında olmadığına karar vermiştir. *Gotz v. Delta Air Lines, Inc.*, 12 F. Supp. 2d 199 - District Court, D. Massachusetts 1998, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

Ayrıca bir başka davada mahkeme, koltuğuna oturmak isteyen bir kişinin, öndeki yolcunun koltuğunu yatırması sonucu koltuğa ve halıya takılıp düşmesi olayını kaza olarak saymamıştır. Mahkeme, yolcunun koltuğunu geriye yatırmasının beklenmedik veya olağan dışı bir durum olarak kabul etmemiştir. *Potter v. Delta Air Lines, Inc.*, 98 F. 3d 881 - Court of Appeals, 5th Circuit 1996, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

²⁹⁹ Örneğin yolcunun sıcak suyu kendi üstüne döküp yaralanmasının, Sözleşme kapsamında kaza olmadığı belirtilmiştir. *Medina v. American Airlines, Inc.* 31 Avi. 18, 306, S.D. Fla. 2006: bkz. Tompkins, George N. Jr: “ Case Notes: Article 17 and the Warsaw Convention- When is an ‘Accident’ not an Article 17 Compensable Accident?” *Air and Space Law*, Vol.32, No.3 (2007), s.228-229 (Case).

Davacının kendi sakarlığı nedeniyle hava aracının kapısının açılması üzerine düşmesini, mahkeme, uçakta ve uçağın merdivenlerinde bir bozukluk olmaması gerekçesiyle kaza olarak saymamıştır. *Chutter v. KLM Royal Dutch Airlines*, 132 F.Supp. 611, District Court S.D. New York 1955, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

³⁰⁰ Tompkins, George, N. Jr.: “Deep Vein Thrombosis (DVT) and Air Carrier Legal Liability- the Myth and the Law”, *Air and Space Law*, Vol.XXVI, No.4-5 (2001), s.233 (DVT 1).

³⁰¹ Goldhirsch, s.82. En sık yaşanan sağlık sorunlarından olan yolculuk sırasında yolcunun kalp krizi geçirmesinin, yolcuya dışarıdan gelen bir sebep olmadığı gerekçesiyle m.17 kapsamına alınmamıştır. *Rajcooar v. Air India Ltd.*, 89 F. Supp. 2d 324 - Dist. Court, ED New York 2000; *Tandon v. United Air Lines*, 926 F. Supp. 366 - Dist. Court, SD New York 1996; *Fischer v. Northwest Airlines, Inc.*, 623 F. Supp. 1064 - Dist. Court, ND Illinois 1985; *Krys v. Lufthansa German Airlines*, 119 F. 3d 1515 - Court of Appeals, 11th Circuit 1997; *Fulop v. Malev Hungarian Airlines*, 244 F. Supp. 2d 217 - Dist. Court, SD New York 2003, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013. .

Bir diğer sık karşılaşılan sağlık sorunu, uzun yol yolculuğu nedeniyle oluşan Derin Ven Trombozu/ *Deep Vein Thrombosis*(DVT) hastalığıdır. Uluslararası içtihatla genel kabul gören görüş, DVT’nin

Son olarak, yolcu, kaza ile zarar arasında illiyet bağıını ispatlamalıdır³⁰².

(b) Kazanın, Hava Aracında veya Hava Aracına Biniş Faaliyetleri ya da

Hava Aracından İniş Faaliyetleri Sırasında Vuku Bulması

Bu başlık altında; ‘hava aracında’, ‘hava aracına biniş faaliyetleri’ ile ‘hava aracından iniş faaliyetleri’ kavramları ayrı olarak ele alınacaktır.

İlk olarak, ‘hava aracında’ kavramı, Sözleşme kapsamında tanımlanmamıştır. Ancak bu kavram; uçuşun başladığı noktada, yolcuların hava aracına bindiği zaman ile uçuşun kararlaştırılan varma noktasında, yolcuların hava aracından indiği zaman arasında geçen süreyi kapsar³⁰³. Buna karşın, uçağın kaçırılıp, karada bir başka

m.17 anlamında kaza olarak nitelendirilemeyeceğidir. Birleşik Krallık, Almanya, Kanada, İsrail, ABD, Kanada, Avustralya mahkemelerinin verdiği çeşitli kararlar için bkz. Diedericks- Verschoor, s.160; Tompkins, George N. Jr: DVT Litigation Update: “1 March 2003”, *Air and Space Law*, Vol.28, No.2 (2003) s.100-105 (DVT-2); Tompkins, George N.Jr: “DVT Litigation Update: 1 October 2003”, *Air and Space Law*, Vol.28, Vol.6 (2003), s.331-333 (DVT-3); Tompkins, George N. Jr: “DVT Litigation Update”, *Air and Space Law*, Vol.33, No.6 (2008), s.466-467 (DVT-4). Ayrıca DVT sendromunu kaza olarak nitelendiren bir ABD Bölge Mahkemesinin verdiği kararı bozan Temyiz Mahkemesinin kararı için bkz. *Blansett v. Continental Airlines, Inc.*, 379 F. 3d 177 - Court of Appeals, 5th Circuit 2004, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

Ayrıca, yolcуда önceden var olan toplardamar iltihabının (*thrombophlebitis*) yolculuk sırasında nüksetmesi nedeniyle taşıyıcıya karşı açılan sorumluluk davasında mahkeme, iddianın m.17 kapsamına girmediğine hükmetmiştir. *Scherer v. Pan Am. World Airways, Inc.*, 54 AD 2d 636 - NY: Appellate Div., 1st Dept. 1976, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013. Ancak bir başka mahkeme, yolcunun, geçirdiği kalp krizi sırasında uçuş elemanlarının gerekli tıbbî yardımda bulunmaması nedeniyle hayatını kaybetmesini, Sözleşmenin 17. maddesi kapsamında kaza olarak değerlendirmiştir. *Seguritan v. Northwest Airlines, Inc.*, 86 AD 2d 658 - NY: Appellate Div., 2nd Dept. 1982, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

Yolcуда daha önceden var olan astım hastalığının yolculuk sırasında nüksetmesi nedeniyle hayatını kaybetmesinin kaza olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin karar için bkz. *Walker v. Eastern Air Lines, Inc.*, 775 F. Supp. 111 - Dist. Court, SD New York 1991, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013; *Hipolito v. North West Airlines, Inc.*, No. 00-2381, US Court of Appeal, 4 th Circuit, July 31, 2001: bkz. Diedericks- Verschoor, *Air*, s 157; *Husain v. Olympic Airways*, 116 F.Supp. 2d 1121, N.D. Cal. 2000: bkz. Tompkins, DVT 1, s.234. Ancak yolcunun, uçuş sırasında içilen sigara nedeniyle şiddetli astım krizi geçirmesi sırasında uçuş ekibinin gerekli tıbbî yardımı göstermemesinin, olağan dışı ve beklenilmeyen bir durum olduğu belirtilerek, astım krizi sonucu hayatını kaybetmesi, m.17 anlamında kaza olarak nitelendirilmiştir. *Olympic Airways v. Husain*, 540 US 644 - Supreme Court 2004, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013; karar incelemesi için bkz. Scissors Conley, Melinda: “Treaties- “Accident” Under the Warsaw Convention- Ninth Circuit Holds that a Pre-Existing Medical Condition, Along with a Flight Attendant’s Failure to Act, Characterizes an “Accident” Under the Warsaw Convention: *Husain v. Olympic Airways*”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 69 (2004), s.185-193.

³⁰² Diedericks- Verschoor, s. 154. Ayrıca *Kalish v. Airlines*, 89 Misc. 2d 153, New York City Court, Civil Court 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³⁰³ *Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd.*, 388 F. Supp. 1238 - Dist. Court, SD New York 1975, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

noktaya indirilmesi hâlinde, yolcuların uğradığı zararın, hava aracında olup olmadığının tayini güçlük arz etmektedir³⁰⁴. Bir başka örnekte, yolcuların; kaçırılan uçak içinde bir hafta boyunca rehin tutulmaları, 17. madde anlamında hâlen uçağın içinde bulundukları şeklinde yorumlanmıştır³⁰⁵.

İkinci olarak, kazanın ‘hava aracına binış ve hava aracından iniş faaliyetleri sırasında’ vuku bulması şartının anlamı, ‘hava aracında’ vuku bulması şartının sahip olduğu anlam kadar açık değildir³⁰⁶. Sözleşme “binış ve iniş faaliyetleri sırasında” ifadesinin tanımını yapmamış; hangi faaliyetlerin binış ve iniş faaliyeti olarak değerlendirileceği, ulusal mahkemelerin yorumuna bırakılmıştır. Amerikan mahkemeleri, bir kazanın, binış veya iniş faaliyetleri sırasında mı gerçekleştiğinin tespiti için emsal niteliğinde olan iki test uygulamışlardır. Genel olarak, bir kazanın binış faaliyetleri sırasında meydana gelip gelmediğinin tayini için *Day* üçlü testinin; bir kazanın iniş faaliyetleri sırasında meydana gelip gelmediğinin tayini için *MacDonald* testinin uygulanması kabul edilmiştir.

Bu testlerden ilki olan *Day* üçlü testi, “kazanın meydana geldiği yer, kaza sırasında yaralanan yolcunun faaliyetinin binış faaliyetinin parçası olup olmadığı ve taşıyıcının, yolcu üzerindeki kontrolü” hususlarının değerlendirilmesini kapsamaktadır³⁰⁷. Bu testi şu şekilde somutlaştırabiliriz; yolcunun; hava alanına girmesinden sonra kabul ve kayıt işlemlerine başlaması, bagajını taşıyıcının adamlarına teslim etmesi, binış kartını ve bagaj senedini alması, pasaport

³⁰⁴ *Husserl v. Swiss Air Transport Company* davasına konu olan olayda, taşıyıcıya ait hava aracı kaçırılmış ve hava aracı, rotasından ayrı bir yere indirilerek yolcular, burada bulunan bir otele zorla götürülmüştür. Mahkeme, yolcuların uğradığı zararın uçağın içinde mi, otele götürülürken mi yoksa otele mi olduğunun tespitinin güçlüğüne belirtmiştir.

³⁰⁵ *Herman v. Trans World Airlines*, 69 Misc. 2d 642 - NY: Supreme Court, Kings 1972, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³⁰⁶ Goldhirsch, s.85.

³⁰⁷ *Day v. Trans World Airlines, Inc.*, 528 F. 2d 31 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1975; aynı yönde, *Evangelinos v. Trans World Airlines*, 550 F. 2d 152 - Court of Appeals, 3rd Circuit 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

kontrolünden geçmesi, el bagajını kontrol ettirmesi, uçağın kalkma kapısına gelişi, uçağa binerken bilet kontrolünden geçişi ve uçağa geçiş için otobüs ile ilerlemesidir³⁰⁸. Tüm bu aşamaların, taşıyıcının kontrolü altında yolcunun biniş faaliyetleri içinde olduğu ve bu sıralarda olan bir kazanın biniş faaliyetleri sırasında meydana geldiğinin göstergesi olduğu kabul edilmiştir. Ancak yolcuların biniş kartlarını almış olmasına rağmen, kendi uçuşları için taşıyıcıya ayrılan özel bekleme salonunda beklemeyip, havaalanı içinde halka açık olan bölümde bekledikleri sırada başlarına gelen bir kaza, biniş faaliyetleri sırasında meydana gelmiş olarak

³⁰⁸ *Day v. Trans World Airlines, Inc.*, 393 F. Supp. 217 - United States District Court, SD New York 1975; *aff'd* 528 F. 2d 31 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1975; *Rolnick v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 551 F. Supp. 261 - Dist. Court, ED New York 1982; *Evangelinos v. Trans World Airlines*, 550 F. 2d 152 - Court of Appeals, 3rd Circuit 1977; *Aquino v. Asiana Airlines, Inc.*, 130 Cal. Rptr. 2d 223 - Cal: Court of Appeal, 1st Appellate District, Division Four, February 27, 2003, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

Ancak bu testin uygulandığı karardan daha önce diğer ülke mahkemeleri tarafından benzer yönde verilen kararlar da mevcuttur. Örneğin, Alman mahkemeleri, davacının uçağın kalkmasından önce bekleme odasına girerken merdivenlerden düşüp yaralanmasını, biniş faaliyetleri kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme bu kararı verirken, taşıyıcının yolcuları bekleme odasına almasının, taşıma sözleşmesini ifa etmeye başladığının ve yolcular üzerinde kontrolü ele geçirdiğinin göstergesi olduğuna dayanmıştır. *Blumenfeld v. B.E.A.*, 1962 Z. Luft. R. 78, Berlin Court of Appeals 11 Mart 1961, bkz. *Evangelinos v. Trans World Airlines*, 550 F. 2d 152 - Court of Appeals, 3rd Circuit 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

Aynı şekilde Fransız mahkemeleri de yolcunun taşıyıcının kontrolü altında hareket edip etmediğini esas almışlardır: *Bibabcea c. Air France*, 1960 RFDA 725, Tribunal de Commerce de Marseille, 27 May 1960; *Frattini-Bassaler c. Air France* 1968 RFDA 201, C.A. Aix-en-Provence, 14 November 1967; bkz. Goldhirsch, s.86.

Öte yandan Fransız mahkemeleri bazı kararlarında, kazanın havacılık riskini taşıyan yerde olup olmadığını tayin etmişlerdir. Buna göre mahkeme, hava limanında sadece hava seyrüseferinin niteliği gereği ve hava aracının kullanılması sırasında risk taşıyabilecek yerlerde kazanın meydana gelmesi hâlinde Sözleşmenin uygulanacağını tespit etmiştir. Şöyle ki, uçaktan inen bir yolcu, aprondan terminal binasına geçmek isterken aprondaki inşaat nedeniyle görevliler tarafından gümrük alanına yönlendirildiği sırada yaralanmış ve taşıyıcıya karşı dava açmıştır. Mahkeme, gümrük alanının yolcunun havacılık riskine maruz kaldığı bir yer olmadığına ve Sözleşmenin uygulanamayacağına; ancak yaralanmanın apronda meydana gelmesi durumunda apronun havacılık faaliyeti riskini taşıdığına ve Sözleşmenin uygulanabileceğine karar vermiştir. *Mache v. Air France*, (1963) 26 R.G.A. 275, C.A.Paris, 18 June 1963; cassation (1966) 29 R.G.A.E.32 (Cass. Civ.Ire, 18 January 1966; on remand (1967) 30 R.G.A.E.289, Cour d'Appel de Rouen 1967, *aff'd* (1970) 33 R.G.A.E., Cour de Cassation 1970; bkz., *Evangelinos v. Trans World Airlines*, 550 F. 2d 152 - Court of Appeals, 3rd Circuit 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013; Miller, s.138. Mahkeme, taşımacılığın niteliği gereği risk taşıyan yerlerden neyin kastedildiğini tanımlamamıştır; ancak doktrinde, 'hava seyrüseferi' ifadesi ile hava aracının fizikî olarak işletilmesinin; 'kullanma' ifadesi ile taşımacılığın ticarî olarak sürdürülmesinin kastedildiği belirtilmiştir. Miller, s.139.

İngiliz mahkemesi de biniş faaliyetinin, yolcunun kayıt ve pasaport kontrolünden geçme sürecini kapsadığını ve bu süreçte meydana gelen bir kazanın, biniş faaliyetleri sırasında vuku bulmuş sayılacağını; bu faaliyetin hava alanında bulunan diğer kişilerden onu ayırdığını belirtmiştir. *Philips v. Air New Zealand*, [2002] EWCA 800, 27 March 2002, High Court of Justice, Queen's Bench Division: bkz. Word, s.194.

yorumlanmamıştır. Mahkemeler bu halde yolcuların, taşıyıcının kontrolü altında olmadıklarını gerekçe göstermişlerdir³⁰⁹.

Kazanın iniş faaliyetleri sırasında meydana gelip gelmediğinin tespitinde, genelde *MacDonald* testi uygulanmaktadır. Buna göre esas alınan ölçüt, yolcunun hava aracından indikten sonra hava alanında güvenli bir noktaya ulaşmasıdır³¹⁰. Örneğin kazanın meydana geldiği bagaj teslim yerinin hava alanında güvenli bir nokta olduğu ve kazanın iniş faaliyetleri sırasında meydana gelmediği belirtilmiştir³¹¹.

Day testi ile *Mac Donald* testi, farklı ölçütleri esas alıyorsa görünse de iki testin ölçütleri birbirine benzemektedir³¹². Şöyle ki, yolcuların iniş faaliyetinde olup

³⁰⁹ *Buonocore v. Trans World Airlines, Inc.*, 900 F. 2d 8 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1990, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013. Aynı doğrultuda, yolcunun biniş kartlarını almış olmasına rağmen pasaport kontrolüne geçmeden, hava alanının halka açık yerinde bulunan yürüyen merdivenlerden düşmesi durumunda, yolcunun taşıyıcının kontrolü altında olmadığı belirtilmiştir: *Rolnick v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 551 F. Supp. 261 - District Court, ED New York 1982, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³¹⁰ *MacDonald v. Air Canada*, 439 F. 2d 1402 - Court of Appeals, 1st Circuit 1971, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

Ayrıca Fransız mahkemeleri de kazanın iniş faaliyetleri sırasında vuku bulduğunun tayininde hava alanı binası içinde güvenli bir yere ulaşma ölçütünü esas almıştır. *Maugnie c. Air France* davasında yolcu, uçaktan indikten sonra bir başka uçağa yetişmek üzereyken terminal binası içinde düşmüştür. Mahkeme, bu kazanın, yolcunun terminal binası içinde güvenli bir yerde bulunurken meydana geldiğini ve iniş faaliyeti sırasında meydana gelmediğini belirtmiştir. *Maugnie c. Air France* 529 F. 2d. 1256, 9 th Circuit 1997; denied 431 U.S. 974, 1977: bkz. Goldhirsch, s.87.

³¹¹ *Martinez Hernandez v. Air France*, 545 F. 2d 279 - Court of Appeals, 1st Circuit 1976, *Maugnie v. Compagnie Nationale Air France*, 549 F. 2d 1256 - Court of Appeals, 9th Circuit 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³¹² *Martinez Hernandez v. Air France*, 545 F. 2d 279 - Court of Appeals, 1st Circuit 1976, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013. Temyiz Mahkemesi *MacDonald* testini; Bölge Mahkemesi, *Day* testini esas almıştır. Buna göre, Bölge Mahkemesinin uyguladığı testte, somut uyuşmazlıkta davacının uçaktan indiği; uçaktan otobüsle veya yaya olarak hava alanına ulaştığı; pasaport kontrolünden geçtiği ve bagaj bölümüne ulaştığı tayin edilmiştir. Temyiz Mahkemesinin uyguladığı kontrol ölçütü hakkında ise yolcuların bagaj bölümüne taşıyıcının yönlendirmesi ile ulaşmadığı; son olarak yolcuların hava alanı binası içinde bagajlarını teslim aldığı ve hava alanından ayrılmak üzereyken kazanın vuku bulduğu belirtilmiştir. Aslında gerek Temyiz Mahkemesi gerek Bölge Mahkemesi, farklı testleri uygulayarak, aynı sonuca ulaşmışlardır. Yani mahkemeler, bagaj teslim yerinde bir kazanın meydana gelmesinin, 17. madde kapsamında kazanın iniş faaliyetleri sırasında vuku bulmadığına karar vermişlerdir.

Ayrıca Hollanda Mahkemesi, yolcunun bagaj alanında bagajını beklerken, uçakta bir eşyasını unuttuğunu fark edip, uçak koridorundan geri döndüğü sırada düşmesi üzerine; bu kişinin gönüllü olarak geri döndüğünü ve faaliyetinin iniş veya biniş faaliyetine girmediğini belirtmiştir. *Richardson v. KLM*, Tribunal Arrondissements Rechtbank te Haarlem, 4-V-1971, R.D.U. 365 Netherlands 1975: bkz. Goldhirsch, s. 89.

olmadıklarının tespitinde esas alınan “yolcuların güvenli bir yere ulaşması” ölçütü, yolcuların biniş faaliyetinde olup olmadıklarının tespitinde esas alınan “taşıyıcının kontrolünden çıkması” ölçütü ile örtüşmektedir³¹³.

(c) Yolcunun Kaza Nedeniyle Zarara Uğraması

Sözleşmenin 17. maddesinde, yolcunun ölümü, yaralanması veya diğer bir bedenî zararın oluşması sonucu uğranılmış zarardan, taşıyıcının sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hangi tür zararların madde kapsamına dâhil olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Madde metninde “yaralanma veya diğer bir bedenî zarar” ifadelerine ayrı olarak yer verilmesi ve “ölüm, yaralanma veya herhangi bir bedenî zararın oluşması sonucunda uğranılan zarar” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği, Sözleşmede açıkça düzenlenmediği için ihtilâflara neden olmuştur. Bu açıdan ulusal mahkemeler, “diğer bir bedenî zarar” ile “uğranılan zarar” ifadelerini, uygulanacak hukuk altında farklı yorumlamışlardır.

İlk olarak, “uğranılan zarar (*damaged sustained*)” ifadesinin yorumu üstünde durulacaktır. Esas tartışma konusu, “ölüm, yaralanma veya diğer bedenî zararın oluşması sonucunda uğranılan zarar” kapsamına manevî zararların da dâhil edilip edilmeyeceğidir.

Bazı mahkemeler, Sözleşmede zarar kavramının tanımlanmamasını boşluk olarak değerlendirip, doğrudan sadece bedenî zararların değil, manevî zararların da

³¹³ Yolcunun uçaktan indikten sonra hava alanı binasına ulaşmak üzere apronda otobüsle taşındığı sırada yaralanması, 17. madde anlamında iniş faaliyetleri sırasında meydana gelmiş kabul edilmektedir. Bu duruma gerekçe olarak, otobüsün ilerlediği yerin, sadece inen uçağın yolcularına, taşıyıcının çalışanlarına ve hava alanı yer hizmetlilerine tahsis edilmesi; yolcunun, hava alanı binası içinde güvenli bir yere henüz ulaşmaması ve hâlen taşıyıcının kontrolü altında bulunması gösterilmiştir. *Ricotta v. Iberia Lineas Aereas De Espana*, 482 F. Supp. 497 - Dist. Court, ED New York 1979, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

tazmin edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir³¹⁴. Öte yandan, Sözleşmenin ilgili maddesinde yer alan, ‘ölüm, yaralanma veya diğer bedenî zarar’ ifadesine dayanarak, sadece maddî zararların tazmin edileceğine yönelik kararlar da mevcuttur³¹⁵. Sözleşmede ‘uğranılan zarar’ kavramının tanımlanmamasının bir boşluk olarak yorumlanması üzerine; bu konunun mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili hukuk altında tayin edilmesi savunulmuştur³¹⁶.

³¹⁴ Annelerinin uçak kazasında ölmesi üzerine çocuklarının anne desteğinden yoksun kalmalarına ilişkin tazminata hak kazandıkları İngiliz mahkemesi kararı için bkz. *Preston v. Hunting Air Transport* [1956] 1 Q.B. 454; bkz. Mc Nair; Kerr; Evans, s.203, Miller, s.116.

Ayrıca yolcunun uğradığı cinsel taciz nedeniyle yaşadığı depresyonu, Sözleşme kapsamında zarar kavramına dâhil eden karar için bkz. *KLM Royal Dutch Airlines v. Kelly Morris*, Judgment of the British Supreme Court of Judicature, case no. B3/2000/3820 OF 17 May 2001; bkz. Diedericks-Verschoor, s.155.

³¹⁵ İngiliz içtihadından *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1977] 3 All E.R. 616; Q.B. 1977; rev'd in part [1979] 3 All E.R. 446, G.A.1979; [1981] A.C.251, rev'd [1980] 2 All E.R. 696; [1980]: bkz. Goldhirsch, s. 75.

³¹⁶ Bu yönde Amerikan ve Kanada mahkeme kararları olan *Frederick v. Ottawa Aero Service, Ltd.* (1964) 42 D.L.R 2d 122, Ontario High Court 1963; bkz. Miller, s.115; *Zicherman v. Korean Air Lines Co.*, 516 US 217 - Supreme Court 1996, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Fransız içtihadının da Sözleşmede düzenlenmeyen konuları sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun maddî hükümlerine tâbi kıldığı; bu hukukun da tarafların açıkça hukuk seçiminde bulunmaması hâlinde, sözleşmenin kurulduğu yer hukuku olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Haanappel, Peter P.C.: “The Rights to Sue in Death Cases Under the Warsaw Convention”, *Air Law*, Vol.VI, No.2 (1981), s.74 (Warsaw).

Ancak Amerikan mahkemelerinin ihtilâfa düştüğü konu, Sözleşmede düzenlenmeyen bir konunun Federal *Common Law* hukuku altında mı eyalet hukuku altında mı çözüleceğidir. Örneğin bir davada mahkeme, kazanın açık deniz üzerinde meydana gelmesi nedeniyle federal hukuk düzenlemesi olan *Death on the High Seas Act/DOHSA* hükümlerini uygulayarak, ilgili düzenlemenin sadece maddî kayıpların tazminine izin verdiğine karar vermiştir. *Zicherman v. Korean Air Lines Co.*, 516 US 217 - Supreme Court 1996, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Öte yandan bir başka davada, Temyiz Mahkemesi, somut uyuşmazlığın davanın açıldığı mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına tâbi olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, olayda Federal *Common Law* kanunlar ihtilâfı hukuku (*Restatement II*) kurallarının uygulanması yerine çıkar analizinin yapılmasına karar vermiştir. Şöyle ki, mahkeme; kazanın meydana geldiği ülkenin uyuşmazlık ile olan çıkarını, kendi sınırları içinde ileride kaza yapılmaması ve uçuş güvenliğinin sağlanmasına ilişkin olarak az ve tesadüfî nitelikte olduğunu değerlendirerek, somut ihtilâfa bu ülke hukukunu uygulamamıştır. Mahkeme, davalı taşıyıcının işyerinin bulunduğu yere nazaran kazada ölen yolcunun eşinin mutad meskeninin bulunduğu yerin daha üstün çıkara sahip olduğuna karar vermiştir.

Ayrıca mahkeme, olaya Federal *Common Law* kuralı olan *Restatement II*'nin de uygulanması hâlinde aynı sonuca ulaşılabileceğini de eklemiştir. Şöyle ki, mahkeme, *Restatement II*, 145. Bölümde belirtilen ilkeler sonucunda olay ve taraflarla en önemli ilişkili ülkenin hukukuna tâbi olduğunu ve 145. Bölüm doğrultusunda, zararın olduğu yerin; zarara sebep olan eylemin işlendiği yerin ve tarafların oturduğu yerin değerlendirileceğini belirtmiştir. *Pescatore v. Pan American World Airways, Inc.*, 97 F. 3d 1 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1996, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

İlgili başlık altında ihtilâflı olan bir diğer konu, “diğer bir bedenî zarar” (*any other bodily injury*) ifadesinden neyin anlaşılması gerektiğidir³¹⁷. Bedenî zarar, fizikî olarak görülmeyen psikolojik hasarı ve davranış bozukluğunu kapsamayan, dokunulabilen, görülebilen fizikî yaradır³¹⁸. Bu tartışmayla ilgili iki görüş mevcuttur. İlk görüş, “*bodily*” ifadesinin manevî zararı kapsamına almadığı; Sözleşmede kullanılan terimlerin birebir anlamına bakıldığında (*literal interpretation*), manevî zararın (*mental injury*) dışlandığıdır³¹⁹. Buna karşın diğer görüş, maddenin yorumu için liberal yorumun esas alınması; dolayısıyla yolcunun maruz kaldığı manevî zarar ile yolcunun ölümü hâlinde yakınlarının uğradığı manevî zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunmuştur³²⁰.

Bu aşamada, fizikî zarar olmadan tek başına uğranılan manevî zarar mı yoksa meydana gelen fizikî zarardan doğan manevî zarar mı tazmin edilecektir? Ayrıca manevî zarardan doğan fizikî zarar da, Sözleşme kapsamında tazmin edilecek midir? Bu iki sorunun cevabı da ulusal mahkemelerde farklı yorumlanmıştır.

³¹⁷ İngilizce metinde geçen ifadenin ihtilâfa konu olmasının ardında, Sözleşmenin orijinal metni olan Fransızca metinde yer verilen ‘*lesion corporelle*’ ifadesinin doktrin ve içtihatla farklı şekilde yorumlanması gösterilmektedir. 1925 yılında düzenlenen 1.Uluslararası Özel Hava Hukuku Konferansı sırasında, 17. maddenin ilk hâli, taşıyıcının, kazadan, kayıptan ve eşyanın uğradığı zarardan ve gecikmeden sorumlu olacağı şeklindeydi. Ancak 1929 yılında düzenlenen ve Varşova Sözleşmesinin son hâlinin kabul edildiği 2. Uluslararası Özel Hava Hukuku Konferansı sırasında, Sözleşmeyi onaylayacak bazı devletlerin hukukî düzenlemelerinde manevî zararın tazmin edilmesine izin verilmemesi nedeniyle manevî zararın Sözleşme kapsamında tazmin edilecek zararlar kısmından çıkarılması kabul edilmiştir. Bu görüşmelerden sonra, Sözleşmenin Fransızca metninde ‘*lesion corporelle*’ ifadesi tercih edilmiş; bu ifade, İngilizce metninde ‘*bodily injury*’ olarak tercüme edilmiştir. ‘*Lesion corporelle*’ teriminin fizikî zarar anlamında kullanıldığı; manevî zarar da eklenmek istenseydi, ‘*lesion mentale*’ teriminin kullanılması gerektiği içtihatla belirtilmiştir. Ancak doktrinde aksi olarak, *lesion corporelle* teriminin, manevî zararı kapsamadığı yorumunun yapılamayacağı savunulmuştur. Söz konusu görüş gerekçesini, Fransız hukukunda “*lesion corporelle- lesion mentale*” ayrımı olmadığına; verilen tek ayrımın “*dommage material*” (davacı tarafından yaşanan ekonomik kayıp) ile “*dommage moral*” (ekonomik kayıp dışındaki bütün kayıplar) olduğuna ve bu iki zararı kapsayıcı şekilde “*dommage corporel*” (ekonomik kayıp ile manevî ve fizikî acı) teriminin kullanıldığına dayandırmıştır. Ayrıca, “*lesion*” teriminin de “*lesion mentale*” terimi ile birlikte kullanıldığında, “manevî zarar/*mental injury*” demek olduğu da gerekçeye eklenilmiştir. Miller, s.127.

³¹⁸ *Rosman v. Trans World Airlines*, 34 NY 2d 385 - NY: Court of Appeals 1974, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³¹⁹ Miller, s.115, 123, 129.

³²⁰ Miller, s.115, 123, 129.

İlk soruya ilişkin olarak, kimi devlet mahkemeleri, Sözleşme kapsamında manevî zararın tek başına tazmin edilemeyeceğini³²¹; ancak fizikî zarardan doğan manevî zararın, Sözleşme kapsamında tazmin edilmesini kabul etmiştir³²². Buna karşın, fizikî zarar ile birleşen manevî zararın tazmin edileceği, Sözleşmede açıkça düzenlenmediği için taşıyıcının sadece fizikî zarardan sorumlu tutulacağı da savunulmuştur³²³.

³²¹ *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 499 US 530 - Supreme Court 1991, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013; *Burnett v. Trans World Airlines*, 368 F.Supp. 1152 United States District Court, D. New Mexico, Albuquerque Division. 13 December 1973, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Nisan 2013. Benzer şekilde verilen İngiliz mahkemesinin kararı için bkz. *KLM Royal Dutch Airlines v. Kelly Morris*, Judgment of the British Supreme Court of Judicature [2001] 3 All ER 126; [2002] Q.B. 100 (Court of Appeal); denied [2002] 2 All ER 565 (House of Lords): bkz. Mercer, s. 161; *Kotsambasis v. Singapore Airlines* (1997) 42 NSWLR 110; *Airlines v. Georgoloulos* [1998] NSWSC 463: bkz. Mercer, s. 172; *Garcia-Bennett*, s. 50, 52. *Stott (Appellant) v. Thomas Cook Tour Operators Limited (Respondent)* [2014] UKSC 15, 5 March 2014 kararının Türkçe tercümesi için bkz. Sirmen, K. Sedat: “Taşıyıcının Sorumluluğunun Münhasıran Montreal Sözleşmesinde Yer Alan Şartlara ve Sınırlamalara Göre Belirlenmesi İlkesinin Taşıyıcının Engelli Yolcunun İnsan Haklarını İhlal Etmesi Halinde Uygulanmasına İlişkin Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin 5 Mart 2014 Tarihli Kararının Tercümesi”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C.4, S.1 (2015), s.270 (Montreal).

Ayrıca bedenî zarar ile birleşmeyen manevî zararın tek başına Sözleşme kapsamında tazmin edilemeyeceğine ilişkin Amerikan kararlarından etkilenen Avustralya mahkemelerinin kararları olan *Kotsambasis v. Singapore Airlines* (1997) 42 NSWLR 110; *Airlines v. Georgoloulos* [1998] NSWSC 463: bkz. Mercer, s.172; *Garcia-Bennett*, s.50, 52.

Buna karşın, Alman doktrininde konuya farklı bir açıdan yaklaşarak, taşıyıcının ağır kusuru (*wilful misconduct*) olmadığı sürece Sözleşme kapsamında manevî zararın tazmin edilmeyeceği belirtilmiştir. Goldhirsch, s.79.

³²² *Rosman v. Trans World Airlines*, 34 NY 2d 385 - NY: Court of Appeals 1974, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013; *Waters v. Port Authority of New York & New Jersey*, 158 F. Supp. 2d 415 - District Court, D. New Jersey, 2001; *Terrafranca v. Virgin Atlantic Airways, Ltd.*, 151 F. 3d 108 - Court of Appeals, 3rd Circuit 1998, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013; *Brandt v. American Airlines*, No. C 98-2089, 2000 WL 288393, N.D.Cal. March 13, 2000: bkz. *Waters v. Port Authority of New York & New Jersey*, 158 F. Supp. 2d 415 - District Court, D. New Jersey, 2001, erişim tarihi Nisan 2013.

Öte yandan, fizikî zarardan kaynaklanmayan manevî zararın tazmin edilebileceğine ilişkin kararlar da mevcuttur. *Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd.*, 351 F. Supp. 702 - Dist. Court, SD New York 1972; *Palagonia v. Trans World Airlines*, 110 Misc. 2d 478 - NY: Supreme Court 1978; *Krystal v. British Overseas Airways Corporation*, 403 F. Supp. 1322 - Dist. Court, CD California 1975, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. *Daddon v. Air France* (1984) S & B Av.R. VII/141 davası için bkz. Mercer, s. 172; *Garcia-Bennett* Rita, s.49. Ayrıca *Tseng* kararına şerh koyan bir yargıcın görüşü için bkz. *El Al Israel Airlines, Ltd v. Tsui Yuan Tseng*, 525 US 155- Supreme Court 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

³²³ *In Re Air Crash Disaster Near Roselawn, Indiana on 31 October 1994*, 954 F. Supp. 175, ND I11, 1997: bkz. Abeyratne, Ruwantissa I.R.: “Mental Injury in Accidents During International Air Carriage- A Point of View”, *The Aviation Quarterly*, Part 4 (1999), s.228; *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1977] 3 All E.R. 616; Q.B. 1977; rev'd in part [1979] 3 All E.R. 446, G.A.1979; [1981] A.C.251, rev'd [1980] 2 All E.R. 696; [1980]: bkz. Goldhirsch, s. 75.

İkinci soruya ilişkin olarak, yaşanan sıkıntı nedeniyle ortaya çıkan fizikî zararın da Sözleşme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur³²⁴. Şöyle ki, fizikî zarar ile kaza arasında illiyet bağının olması gerektiği; yani fizikî zararın, fizikî etki veya psikolojik sarsıntı nedeniyle oluşması hâlinde illiyet bağının varlığı kabul edilmiştir³²⁵.

Bazı mahkemeler, manevî zararın tazmini konusunun, Sözleşmede özellikle boş bırakılan bir konu olarak kabul ederek, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili hukuka tâbi olması gerektiğini savunmuşlardır.³²⁶ Ayrıca Yargıtay da Sözleşme kapsamında olan taşıyıcının sorumluluk davalarında manevî tazminat taleplerini iç hukukumuzla göre karara bağlamıştır³²⁷.

Türk doktrininde de, yolcunun maruz kaldığı manevî zarar ile yolcunun ölümü hâlinde yakınlarının uğradığı manevî zararın tazmin edilemeyeceği ihtilâfı sürmektedir. Bazı yazarlar, tek başına manevî zararın, Sözleşme kapsamında

³²⁴ *Weaver v. Delta Airlines, Inc.*, 56 F. Supp. 2d 1190 - Dist. Court, D. Montana 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³²⁵ Mahkeme, sebep (kaza/kaçırma)- sonuç (fizikî zarar/ vücutta oluşan kabarma) arasında manevî zarar olan ara bir illiyet bağı olduğunu ve fizikî zararın tazmin edilmesine karar verirken, manevî zararın da tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yoksa tek başına manevî zararın tazminine karar vermemiştir. *Rosman v. Trans World Airlines*, 34 NY 2d 385 - NY: Court of Appeals 1974, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³²⁶ "*Dame Surprenant v. Air Canada*, Court of Appeals of Quebec in 1972": bkz. Bogdan, Accident, s. 85.

³²⁷ Paris-İstanbul-Ankara uçuşu sırasında uçağın Ankara yakınında düşmesi üzerine ölenlerin yakınlarının açmış olduğu davada mahkeme, Varşova Sözleşmesi kapsamında olan uyuşmazlıkta taşıyıcının, kastî hareketi nedeniyle sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacağını belirterek, yakınlarının manevî tazminat taleplerini, 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun (MBK) 47. maddesine (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 56.maddesine) göre takdir etmiştir. Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, E.1894/5161, K.1984/5886, T.28.11.1984, YKD, C.XI, S.3 (Mart 1985), s.381-386.

Yargıtay'ın esas aldığı hükümler, MBK'nın 47. ve 49. maddeleri (TBK m.56 ve 58) (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/8584, K. 2013/10138) ve Medeni Kanunu'nun 24. maddesidir. MBK m.49 ve TBK m.58 ile davacının manevî tazminat talebinin tazmini için kişinin kişilik hakkının zedelenmesi gerekir. Ayrıntılı açıklama için bagaj kaybı nedeniyle yolcunun yaşadığı manevî zararın tazmin edilemeyeceğine için bkz. a.ş. s.110, dn.357.

tazmin edilmemesini savunurken³²⁸; diğer yazarlar ise manevî zararın tazmin edilmesi gerektiğini düşünmektedir³²⁹.

Sözleşmenin hazırlık görüşmelerini de dikkate alarak³³⁰, Sözleşmenin lafzı yorumuna bağlı kalınması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak Sözleşme kapsamında sadece maddî zararın tazmin edilebilirliğinin, zarar görenin menfaatine uygun olmadığını da kabul ediyoruz. Bu nedenle manevî tazminat taleplerinin Sözleşme kapsamında düzenlenmeyen bir konu olarak kabul edilmesi ve Sözleşmenin münhasır uygulanmasını ihlal etmeden bu konunun davanın görüldüğü mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili hukuka tâbi olması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Sonuç olarak, gerek “uğranılan zarar”, gerek “diğer bir bedenî zarar” ifadeleri için yeknesak bir uygulamaya rastlanılmamıştır. Manevî zararın tazmin edilebilirliği konusunun; Sözleşmede düzenlenmemiş bir konu olarak kabul edilmesi hâlinde, davanın açıldığı mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili hukuk altında tazmin edilebileceği; özellikle Sözleşmenin kapsamına alınmadığının kabul

³²⁸ Kaner, Hava s.66-68; Bozkurt Bozabalı, s.129.

³²⁹ Kırman, s.83, 86-89; Sözer, Bülent: “Türk Sivil Havacılık Kanunu’na İlişkin Bazı Görüşler ve Değerlendirmeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XII, S.2-3 (1984), s.29-30 (TSHK); Orbay Ortaç, Nurdan: Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara 2014, s.48.

Kırman, manevî zararın tazmin edilmemesinin, taşıyıcının sınırlı sorumluluğunu daha da sınırlı bir hâle getireceğini; bu durumun da taşıyıcı ile yolcu arasında hak ve yükümlülük açısından dengeyi bozacağını ifade etmiştir. Kırman, s.89. Sözer, Sözleşmenin, uluslararası taşımacılık sebebiyle ortaya çıkabilecek her türlü sorunun giderilmesi amacıyla olduğunu; “diğer bir bedenî zarar” kavramının, yaralanma dışında yolcunun maruz kalabileceği bütün zararları kapsamına almasının, taşıyanın sorumluluğu ile yolcunun haklarını korumak adına Sözleşmenin amacına hizmet edeceğini belirtmiştir. Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.30.

³³⁰ 1929 yılında Varşova Sözleşmesinin kabul edildiği 2. Uluslararası Özel Hava Hukuku Konferansında, Varşova Sözleşmesini kabul edecek bazı devletlerin hukuk düzenlerinin, manevî zararın (*mental injury*) tazminine izin verecek kadar liberal olmamaları gerekçesiyle, Sözleşme kapsamına manevî zararın tazmini konusu alınmamıştır. *Burnett v. Trans World Airlines*, 368 F.Supp. 1152 United States District Court, D. New Mexico, Albuquerque Division 13 December 1973, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Nisan 2013.

edilmesi hâlinde ise, ulusal hukuklar altında hiçbir şekilde tazmin edilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

(2) Bagaj veya Eşyanın Zarara Uğraması Hâlinde Taşıyıcının Sorumluluk Şartları

Bagaj veya eşyanın zarara uğraması hâlinde taşıyıcının sorumluluk şartları,

18. maddede düzenlenmiştir. Bu şartlar:

- Bir olayın varlığı;
- Olayın, hava yolu ile taşımacılık sırasında meydana gelmesi;
- Olay neticesinde zararın gerçekleşmesidir³³¹.

Sözleşmede yolcunun zarara uğraması ile bagaj veya eşyanın zarara uğraması hallerinde, taşıyıcının sorumluluk şartları farklı düzenlenmiştir. Bunun nedeni, yolcuların tehlikeli duruma düşerken sahip oldukları iradenin, cansız varlıklar için mümkün olmamasıdır³³².

Söz konusu hüküm, yolcunun el bagajına uygulanmamaktadır³³³. Ancak yolcunun el çantaları, taşıyıcının kabin elemanları tarafından teslim alınırsa, bagaj

³³¹ Türkiye'nin onaylamış olmasına karşın Varşova Sistemi içinde yürürlüğe girmeyen 1971 Guatemala City Protokolü, ilgili maddeyi daha farklı şekilde kaleme almıştır. Protokolün IV. maddesinin ikinci fıkrası ile bagaj taşımacılığı sırasında taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hüküm şu şekilde değiştirilmiştir: "hava aracında veya hava aracına yükleme veya boşaltma faaliyetlerinden biri sırasında veya bagajın taşıyıcının koruması altında olduğu süre içinde bagajın harabiyeti, kaybı veya hasara uğramasından doğan zarardan taşıyıcı sorumludur. Bununla birlikte, zarar sadece bagajın tabiatından veya ayıbından doğuyorsa, taşıyıcı sorumlu değildir. Bu Sözleşmede aksi belirtilmedikçe, bagaj terimi, kayıtlı bagaj ile yolcunun taşıdığı şeyleri ifade eder."

Protokol, eşya taşımacılığı sırasında doğan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükmü de değiştirmiştir. Protokolün V. maddesi, "(1) Zarara sebep olan olay hava yolu taşımacılığı esnasında meydana gelmiş ise, taşıyıcı, eşyanın harabiyeti veya kaybı veya hasara uğraması hâlinde doğan zarardan sorumludur. (2) Önceki paragraftaki anlamıyla hava yolu taşımacılığı, eşyanın, bir hava alanında veya hava aracında veya hava alanı dışında iniş yapılması hâlinde herhangi bir yerde, taşıyıcının koruması altında bulunduğu süreyi kapsar."

³³² *Rolnick v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 551 F. Supp. 261 - Dist. Court, ED New York 1982, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³³³ Goldhirsch, s.91.

senedi düzenlenmelidir. Bagaj senedi düzenlenmeden teslim alınan el çantasının zarar görmesi hâlinde, taşıyıcı sorumluluktan kurtulamaz³³⁴.

İlgili hüküm, Lahey Protokolü ile değişmemiştir. Ayrıca Montreal 4.Ek Protokolü'nün IV. maddesi, bagajın veya eşyanın uğradığı zarar hallerinde, taşıyıcının sorumluluğunu, Sözleşmenin 18. maddesi ile aynı şartlara tâbi tutmuştur. Ancak Protokolün ilgili hükmünün, Sözleşmenin ilgili hükmünden farkı, Protokol ile eşyanın uğradığı zarar hâlinde taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için bir kurtuluş beyyinesi getirilmesidir. Buna göre, taşıyıcı; eşyanın tabiatından veya ayıbından, kendisi veya adamları dışındaki bir şahıs tarafından eşyanın hatalı paketlenmesinden, savaş veya bir silahlı çatışma hâlinde, eşyanın giriş, çıkış veya transit geçişi ile ilgili kamu otoritesinin tamamlanmış bir fiilinden dolayı eşyanın zarara uğramasından sorumlu değildir (m.IV/3).

(a) Hava Aracının Yol Açtığı Bir Olayın Meydana Gelmesi

Taşıyıcının kabul edilmiş bagaj ve eşyanın harabiyeti, kaybı veya hasara uğraması hâlinde sorumlu olabilmesi için zararın taşımacılık sırasında meydana gelen bir “olaydan/*occurence*” kaynaklanması gerekir (m.18/1).

Sözleşmenin 18. maddesinde, taşıyıcının sorumluluğunu doğuran ‘olay’, 17. maddede belirtilen ‘kaza’ teriminden daha geniş kapsamlıdır; ‘olay’ terimi, kabul edilmiş bagaj ve eşyaların uğradığı çoğu zararı kapsamaktadır³³⁵. Bunun gerekçesi olarak, taşıyanın, eşya taşımacılığında eşyanın üzerinde kurduğu egemenliğinin, yolcu taşımacılığında yolcunun üzerinde kurduğu egemenliğine nazaran daha yoğun olması gösterilmektedir³³⁶.

³³⁴ Goldhirsch, s.91.

³³⁵ *Potter v. Delta Air Lines, Inc.*, 98 F. 3d 881 - Court of Appeals, 5th Circuit 1996, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³³⁶ Sözer, Yük Taşıma, s.204.

Ancak doktrinde, yargı kararları ile “kaza” kavramı için “olay” kavramının tanımına yakın bir anlam verilmeye çalışıldığı ifade edilmiştir³³⁷. Doktrinde hava aracının emniyetini etkileyen veya etkileyebilen; hava aracının işletilmesi ile ilgili her türlü vakıa, olay olarak tanımlanmıştır³³⁸. Şöyle ki ‘olay’ terimi, hava yük senedinin düzenli bir şekilde tamamlanmamasından mekanik sorunlara kadar her olayı içine almaktadır³³⁹.

(b) Olayın Hava Yolu ile Taşımacılık Sırasında Meydana Gelmesi

Taşıyıcının bagaj veya eşyanın uğradığı zarardan dolayı sorumlu olabilmesi için gereken ikinci şart, zarara sebep olan olayın, havayolu ile taşımacılık sırasında meydana gelmiş olmasıdır (m.18/1). Zarara sebep olan olay, hava alanında veya hava aracında veya hava alanı dışına iniş yapılması hâlinde hava aracının herhangi bir yerde bulunduğu sırada meydana gelmişse, taşıyıcı sorumludur (m.18/2).

Bagaj veya eşyanın havaalanında³⁴⁰ veya hava aracında bulunması³⁴¹, hiç şüphesiz bagaj ve eşyanın taşıyıcının kontrolünde olduğunu göstermektedir³⁴². Ancak “bagaj veya eşyanın hava alanı dışında iniş yapılması hâlinde herhangi bir yerde bulunması” ifadesinin nasıl yorumlanacağı Sözleşmede açıklanmamıştır. Doktrinde

³³⁷ Orbay Ortaç, s.66.

³³⁸ Diedericks- Verschoor, s.153.

³³⁹ Goldhirsch, s.93.

³⁴⁰ Yolcunun eşyasının hava alanı içinde bir uçaktan diğer bir uçağa transferi sırasında kaybolması nedeniyle 18. madde kapsamında taşıyıcının sorumluluğuna karar verilmiştir. Bkz. *Julius Young Jewelry Manufacturing Co., Inc. v. Delta Air Lines et al*, Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department, March 20, 1979, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Nisan 2013.

³⁴¹ Uçak ile taşınan atlardan bir tanesinin uçakta tutulduğu sırada bölmesini kırması üzerine baş pilotun atı öldürmesi sebebiyle açılan sorumluluk davasında Kanada mahkemesi, 18. maddenin taşıyıcının uçağın içinde meydana gelen zarardan sorumlu olduğunu düzenlediğini; atın bakıcısının uçakta olmasının, atın taşıyıcının kontrolü altında olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir. *United International Stables Ltd. v. Pacific Western Airlines*, 5 Dom. L. Rep. 3rd 67, Brit. Col. Sup. Ct. 1969; bkz. Miller, s.145.

³⁴² Yolcunun, varma yerinde sahte vize taşıdığı gerekçesiyle bagajına polis tarafından el konulması nedeniyle taşıyıcıya karşı açtığı sorumluluk davasında mahkeme, taşıyıcının sorumluluğunun 18. madde kapsamında bagaj ve eşyanın taşıyıcının kontrolü altında olduğu süreç ile sınırlı olduğunu; bagaja el konulması, biniş işlemlerinin tamamlanmasından sonra gerçekleştiği için taşıyıcının sorumlu olmadığına karar vermiştir. *Donkor v. British Airways Corp.*, 62 F. Supp. 2d 963 - District Court, ED New York 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

bu halde de, bagaj ve eşyanın taşıyıcının kontrolü altında olup olmadığına göre taşıyıcının sorumluluğunun aranacağı ifade edilmiştir³⁴³.

Sözleşmenin 18/3. maddesi, kara, deniz veya nehir yoluyla yapılan taşımacılığın, hava yolu ile taşımacılık süresine dâhil olmadığına ilişkin karine getirmiştir. Ancak bu kurala bir istisna getirilerek, hava yolu ile taşıma sözleşmesinin ifası için yükleme, teslim veya aktarma amacıyla kara, deniz ve nehir taşımacılığı yapılmışsa, ortaya çıkan herhangi bir zararın, aksi ispatlanmadıkça, hava yolu ile taşımacılık sırasında meydana gelmiş bir olayın sonucu olduğu varsayılmıştır³⁴⁴.

Ayrıca zararın tam olarak hangi ulaşım türü sırasında doğduğu tespit edilemiyorsa, doktrinde davacının 18/3. maddede belirtilen karineden yararlanabileceği kabul edilmiştir³⁴⁵. Zararın hangi ulaşım türü sırasında meydana geldiğine ilişkin ispat yükünün kime ait olacağı, ulusal hukuka tâbidir. Örneğin Türk hukukunda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.190/1 uyarınca ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir³⁴⁶. Buna göre, zararın hava veya yer ulaşımı sırasında vuku bulmasında kimin çıkarı varsa, ispat yükü ona ait olmalıdır. Eğer davacı, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını isterse, zararın hava ulaşımı sırasında doğduğunu veya yer ulaşımı sırasında doğduysa da bu ulaşımın hava taşıma sözleşmesinin ifası nedeniyle yapıldığını ispat etmelidir. Bunun karşılığında, taşıyıcı

³⁴³ Miller, s.143, 144.

³⁴⁴ Sözleşmenin 18/3. maddesinin uygulandığı bir kararda mahkeme, zararın hava alanı dışında meydana geldiğinin taraflarca ispatı üzerine Sözleşme hükümlerini uygulamayıp; kendi iç hukuku altında taşıyıcının sorumluluğunu kabul etmiştir. *Victoria Sales Corp. v. Emery Air Freight, Inc.*, 917 F. 2d 705 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1990, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

Öte yandan İtalyan mahkemesi, Sözleşmenin 18/3. maddesinin yorumunu yanlış yaparak, zararın, hava yolu taşımacılığı ile bir ilgisi olmamasına ve kara yolu taşımacılığı sırasında meydana geldiğinin ispat edilmesine rağmen Sözleşme hükümlerini uygulamıştır. *Reliance Insurance Company v. Swissair*, Tribunal of Rome, 20 December 1982, Rivista Giuridica Circolazione Trasporti 1983, 771: bkz. *Air Law*, Vol.XII, No.3 (1987), s.154.

³⁴⁵ Miller, s.153; Goldhirsch, s.96.

³⁴⁶ RG. 04.02.2011-27836.

da zararın hava ulaşımı sırasında doğmadığını veya yer ulaşımının hava taşıma sözleşmesinin ifasının bir parçası olmadığını ispat etmelidir³⁴⁷.

Son olarak, taşıyıcının bagaj veya eşya üzerinde kontrolünün ne zaman başlamış sayılacağı, Sözleşmede düzenlenmemiştir. Taşıyıcının bagaj üzerinde kontrolünün başladığı zaman, Lahey Protokolünün 4. maddesinden zımnî olarak çıkarılabilir. İlgili maddede bagaj senedinin, bagajın kaydedildiği ve taşıma sözleşmesinin şartları hususunda aksi sabit olana kadar geçerli delil sayılacağı düzenlenmiştir (m.IV/2). Ayrıca taşıyıcının eşya üzerinde kontrolünün ne zaman başlamış sayılacağı ise, Sözleşmenin 11/1. maddesinden tespit edilebilir. Buna göre, hava yük senedi, taşıma sözleşmesinin yapıldığı, eşyanın alındığı ve taşıma şartları hususunda, aksi sabit oluncaya kadar geçerli delil sayılmaktadır. İlgili hükümler, eşyanın taşıyıcının kontrolüne girdiği ânı, hava yük senedinin; bagajın taşıyıcının kontrolüne girdiği ânı, bagaj senedinin varlığına bağlamıştır. Ancak taşıyıcının kontrolü, hava yük senedinin düzenlenmesi ile mi yoksa teslimi ile mi başlayacaktır? Sözleşmenin 5. maddesi, her taşıyıcının, göndericiden hava yük senedini düzenleyerek kendisine vermesini; her göndericinin de taşıyıcıdan bu belgeyi kabul etmesini isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Bu hükümlerden yola çıkarak, kanaatimizce, taşıyıcının eşya ve bagaj üzerindeki kontrolü, eşya ve bagajı fiilen teslim aldığı andan itibaren başlamalıdır.

Sözleşme, taşıyıcının bagaj veya eşya üzerinde kontrolünün ne zaman sona ermiş sayılacağına ilişkin bir düzenleme de getirmemiştir. Ancak Sözleşmenin 13. maddesinde, alıcının, gereken ücretleri ödemesi ve hava yük senedinde belirtilen

³⁴⁷ Goldhirsch, s.96, 97. Ayrıca zararın hava taşımacılığı sırasında veya hava taşımacılığının bir parçası olarak ifa edilen yer taşımacılığı sırasında doğduğu ispat edilmişse; taşıyıcının, zararın oluşmasında kendisinin veya adamlarının herhangi bir kusuru olmadığını ispat etme hakkı saklıdır. Benzer yönde bkz. Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.42.

şartların yerine getirilmesi hâlinde, taşıyıcıdan hava yük senedini kendisine vermesini ve eşyayı kendisine teslim etmesini isteyebileceğini düzenlemiştir. Bu hüküm, zımnen, taşıyıcının eşya üzerindeki kontrolünün, eşyanın alıcıya teslimi ile sona ereceğini göstermektedir. Bu durum, bagaj taşımacılığında, bagajın yolcu tarafından teslim alınmasına da uygulanabilir.

(c) Bagaj ve Eşyanın Olay Nedeniyle Zarara Uğraması

Taşıyıcının sorumluluğunun doğabilmesi için gereken bir diğer şart, kabul edilmiş bagaj veya eşyanın zarara uğramasıdır. Sözleşmede, “zarar” terimi ile kasıt, kabul edilmiş bagaj veya eşyanın harabiyeti, kaybı ve hasarıdır. Bunlar dışındaki³⁴⁸ zararlar, Sözleşme kapsamında değerlendirilmemiştir.

Eşyanın kaybolması (*loss*), yerinin veya varlığının bilinmemesi veya hiçbir şekilde bulunamamasıdır³⁴⁹. Eşyanın teslim edilmemesi veya yanlış alıcıya teslim edilmesi³⁵⁰ ya da üçüncü kişiler tarafından çalınması durumlarının da kayıp hâline girdiğine ilişkin mahkeme kararları mevcuttur³⁵¹.

Eşyanın harap olması (*destroyed/destruction*) ile eşyanın ekonomik değerinin artık kalmaması, kullanılabilir olmaması ve gönderici ile alıcı açısından hurda değerinin ötesinde bir faydasının kalmaması kastedilmektedir³⁵². Örnek olarak, hayvanların ölmesi³⁵³ veya eşyanın tamamen parçalanması verilebilir³⁵⁴.

³⁴⁸ Ayrıca gecikme sonucunda ortaya çıkan zararlar da, Sözleşme kapsamındadır.

³⁴⁹ *Dalton v. Delta Airlines, Inc.*, 570 F. 2d 1244 - Court of Appeals, 5th Circuit 1978, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

³⁵⁰ Bagajın yanlış kişiye teslimi hâlinde ortaya çıkan taşıyıcının sorumluluğunun Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi olmadığına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2009/1941, K. 2009/5947, T. 18.5.2009 (yayınlanmamış).

³⁵¹ Goldhirsch, s.93. Eşyanın çalınmasına ilişkin olarak “*Manufacturers Hanover Trust Co. v. Alitalia* 429 F.Supp. 964, D.C.N.Y.1977; aff’d 573 F.2d 1292, 2d Cir. 1977, cert. denied 435 U.S. 971, 1978; *Wing Hang Bank Ltd. v. Japan Airlines* 357 F.Supp. 94, D.C.N.Y. 1973”: bkz. Goldhirsch, s.93.

³⁵² *Dalton v. Delta Airlines, Inc.*, 570 F. 2d 1244 - Court of Appeals, 5th Circuit 1978, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Dalton 2013.

³⁵³ Bir kararda, hava yolu ile taşımacılık sırasında domuzların ölmesinin harap olma olduğu belirtilmiştir. *Hughes-Gibb & Co., Ltd. v. Flying Tiger Line, Inc.*, 504 F. Supp. 1239 - Dist. Court, ND Illinois 1981, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

Hasar (*damage*) kavramı ise, bagaj veya eşyada bir eksikliğin meydana gelmesi ile ekonomik değerinin azalmasıdır³⁵⁵. Örnek olarak, eşyaların ıslanması³⁵⁶ veya taşınan yiyeceklerin küflenmesi verilebilir.

Son olarak, kabul edilmiş bagaj veya eşyanın uğradığı zarar nedeniyle sahiplerinin yaşadığı manevî zararın tazmini Sözleşme kapsamında düzenlenmediği için yeknesak bir uygulama sağlanamamıştır³⁵⁷.

³⁵⁴ Sözer, Yük Taşıma, s.209-210.

³⁵⁵ Benzer yönde bkz. Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.33; Sözer, Yük Taşıma, s.210.

³⁵⁶ Sözer, Yük Taşıma, s.210.

³⁵⁷ Türk hukukunda Yargıtay, uluslararası taşımacılık sırasında doğan bagaj kaybı nedeniyle uğranılan maddî zararın, Varşova Sözleşmesi kapsamında olduğuna; manevî zararın ise, ulusal hukuk altında yani Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazmin edileceğine karar vermiştir. Yargıtay, Mülga Borçlar Kanunun 98/2. maddesi doğrultusunda, haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin sözleşmesel sorumluluğa da kıyasen uygulanacağından yola çıkarak sözleşmeye aykırılık sonucunda oluşan manevî zararın tazmin edileceğini; ancak Borçlar Kanunun m.49 ve Medeni Kanunun m.24 kapsamında kişilik hakkının zedelenmesi ve bir yönüyle de MBK m.41 anlamında fiilin, haksız fiil niteliği taşıması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/5774, K. 2013/13648 (yayınlanmamış).

Genel olarak Yargıtay, yolcunun manevî tazminat taleplerini, 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi) ve Medeni Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında karara bağlamıştır. MBK m.49 ve TBK m.58 kapsamında manevî tazminata hükmedilebilmesi için kişinin kişilik hakkının zedelenmesi gerekir. Medeni Kanunu'nun 24. maddesine göre hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik hakkına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/14276, K. 2013/11858; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2012/11063, K. 2013/9723 (yayınlanmamış); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/8824, K. 2013/7977 (yayınlanmamış); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/7301, K. 2013/10423, T. 21.05.2013 (yayınlanmamış); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2010/15962, K. 2011/3420, T. 28.03.2011 (yayınlanmamış). Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, E.2001/5983, K.2001/8861, T.12.11.2001, YKD, C.29, S.1 (Ocak 2003), s.43-46.

ABD hukukunda ise, bavullarının tatilde oldukları süre boyunca kendilerine teslim edilememesi nedeniyle yolcuların yaşadıkları sıkıntının Sözleşme kapsamında tazmin edilmesi yönündeki karar için bkz. *Cohen v. Varig Airlines*, SA, 85 Misc. 2d 653 - NY: City Court, Civil Court 1975; 88 Misc. 2d 998 - NY: Appellate Term, 1st Dept. 1976; 62 AD 2d 324 - NY: Appellate Div., 1st Dept. 1978, <http://scholar.google.nl>; erişim tarihi Nisan 2013. Nitekim bu davada mahkeme, bavulların tatil boyunca yolculara teslim edilmemesini, geç teslim olarak değil; eşyanın kaybı olarak yorumlamıştır. Bir başka davada mahkeme, yolcunun köpeğinin taşımacılık sırasında yaralanması nedeniyle duyduğu üzüntünün, Sözleşme kapsamında tazmin edilmesine karar vermiştir. *Newell v. CP Air* 74 Dom. L.Rep. 3rd 574, Co. Ct. Ontario, 21 October 1976; bkz. Goldhirsch, s.92. Öte yandan bir başka davada mahkeme, 17. madde kapsamında tek başına manevî zararın tazmin edilemeyeceğini kabul ederek, bu kuralı 18. maddeye de uygulamıştır. *Rosman v. Trans World Airlines*, 34 NY 2d 385 - NY: Court of Appeals 1974, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

c. Sorumluluğun Kapsamı

Bir önceki bölümde, taşıyıcının Sistem kapsamında sorumluluğunu doğuran haller üzerinde durduk. Bu bölümde; sorumluluk davası sırasında taşıyıcının ileri sürebileceği ‘taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına yönelik kurtuluş beyyineleri’ ve ‘taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağı haller’ incelenecektir.

Sözleşmenin doğrudan ve münhasır şekilde uygulanması nedeniyle mahkemeler, taşıyıcının sorumluluğunu hangi hukukî sebep içinde vasıflandırırsa vasıflandırsın, taşıyıcı, Sözleşme’de öngörülen sorumluluk rejimine uyma yükümlülüğü altındadır. Varşova Sözleşmesinin hazırlık görüşmeleri sırasında taşıyıcının taşıma hizmetini yerine getirirken risk taşıdığı gerekçesiyle sorumluluğunun sınırlı sorumluluk olması gerektiği belirtilmiştir³⁵⁸.

(1) Taşıyıcının Sorumluluğunun Sınırlandırılması ve Kaldırılması

Sözleşme kapsamında, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran haller şunlardır:

- Taşıyıcının, zararı önlemek için kendisinin ve çalışanlarının gereken tüm tedbirleri aldığına veya alma ihtimali olmadığına ilişkin kurtuluş beyyinesi (m.20);

³⁵⁸ Wassenbergh, General, s.960. 1925 yılında Paris’te düzenlenen Uluslararası Hava Hukuku Konferansında Raportör, sorumluluk rejiminin nasıl olması gerektiğini şu sözlerle dile getirmiştir:

“Hangi sorumluluk rejimi kabul edilmelidir, kusur mu risk mi? Genel düşünce, 3. kişilere yönelik sorumluluğa risk teorisinin, yolcu ve eşya taşımacılığına ilişkin olarak taşıyıcının sorumluluğu meselesine kusur teorisinin kabul edilmesidir. Böyle olunca ispat yükü hangi tarafa ait olacaktır sorusu gündeme gelir. Bu ağır ispat yükünü, zarar gören tarafa yüklememek daha âdildir ve taşıyıcı üzerinde kusur karinesi kabul edilmelidir. Karine olduğu için de taşıyıcı aksi yönde deliller sunabilme hakkına açıkça sahiptir. Hava taşıyıcısından, işletmesinin olağan örgütlenmesi, çalışanlarının makul seçimi, çalışanları ve temsilcileri üzerinde sürekli denetimi, yararlandığı donanımların ciddi kontrolü talep edilmelidir. Böylece taşıyıcıya münhasır (*absolute*) sorumluluk yüklenmemeli ve zararı önlemek amacıyla makul ve olağan önlemleri alan taşıyıcı da sorumluluktan kurtulmalıdır”: Miller, s.63.

- Taşıyıcının, davacının meydana gelen zararda kusuru olduğuna ilişkin kurtuluş beyyinesi (m.21);
- Kabul edilmiş bagaj ve eşyanın zarara uğraması veya gecikmesi hâlinde, bagaj veya eşyayı teslim almaya yetkili kişi tarafından taşıyıcıya belirli bir zaman içinde yapılması gereken beyanın yapılmadığına ilişkin kurtuluş beyyinesi (m.26);
- Taşıyıcının ödeyeceği tazminat miktarının sadece belirli bir miktarla sınırlandırılmasına ilişkin kurtuluş beyyinesi (m.22).

(a) Taşıyıcının Zararı Önlemek için Gereken Tüm Tedbirleri Aldığına İlişkin Beyyine

Sözleşmenin 17. ve 18. maddeleri, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin karine getirirken; 20. madde taşıyıcının sorumluluktan kurtulmak için dayanabileceği kurtuluş beyyinesini düzenlemiştir. Buna göre, yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığı açısından taşıyıcı, kendisinin ve temsilcilerinin, zararı önlemek için gerekli tüm tedbirleri aldığını veya alma olanağının bulunmadığını ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulur³⁵⁹.

³⁵⁹ Sözleşmede düzenlenen ancak Lahey Protokolünün X. maddesi ile kaldırılan beyyineye göre bagaj veya eşya taşımacılığı yapan taşıyıcı, zararın pilotaj hatasından veya yer hizmetlerinden veya seyrüsefer sırasındaki yanlışlıktan ileri geldiğini ispat etmesi hâlinde kendisinin ve temsilcilerinin kusuru olmaması şartıyla sorumluluktan kurtulabilir.

1971 Guatemala City Protokolü ise, yolcu ve bagaj taşımacılığında gecikme hâli dışında taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanabileceği, ortak kusura ilişkin beyyine haricindeki kurtuluş beyyinelerini kaldırmıştır. Eşya taşımacılığı sırasında, taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gereken tüm tedbirleri aldığını veya alma olanağının bulunmadığını ispat ederse, harap, kayıp, hasar veya gecikmeden doğan zarardan sorumlu olmaz (m.VI/2).

Guatemala City Protokolünü hazırlayanlar, o döneme kadar yapılmaya cesaret edilmeyen tartışmalı bir düzenlemeye imza atmışlar ve ilk kez Varşova Sistemi içinde kusursuz sorumluluk rejimini hiçbir kurtuluş beyyinesine yer vermeden kabul etmişlerdir. Diedericks- Verschoor, s.215; Larsen, Irene: "Regime of Liability in Private International Air Law - with Focus on the Warsaw System and the Montreal Convention of 28 May 1999", *Aarhus University Department of Law, RETTID Publication of Legal Papers* (2002), s.7.

Doktrinde taşıyıcının sorumluluğunun kusur sorumluluğu mu objektif sorumluluk mu olduğu yönünde görüş farklılıkları mevcuttur³⁶⁰. Kanımızca taşıyıcı ve çalışanları, Sözleşme ve Lahey Protokolü altında kusurlu sorumludur. Nitekim taşıyıcı, kendisinin ve çalışanlarının kusuru olmadığını ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulabilir. Davacı, davalının kusurunu ispat yükü altında olmadığı için burada ispatı tersine çevrilmiş kusur sorumluluğu kabul edilmiştir.

Hâkim, 20. madde kapsamında belirtilen “gerekli tüm tedbirlerin” ne olduğunu kendisi takdir edecektir³⁶¹.

³⁶⁰ Taşıyıcının sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu yönündeki görüşler için bkz. Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.22; Sözer, Bülent: “Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi”, *BATİDER*, C.XXI, S.1 (2001), s.159 (Montreal); Sözer, Yük Taşıma, s.202, 248; Kırman, s.94; Bozkurt Bozabalı, s.106-108. Aksi yönde olarak, taşıyıcının sorumluluğunun objektif sorumluluk olduğuna ilişkin görüş için bkz. Ülgen, Hava, s.158-159; Kaner, Hava, s.65.

Sözer, taşıyıcının sorumluluğunu, dikkatli ve basiretli bir taşıyıcıdan beklenen tüm özeni gösterme yükümlülüğüne ilişkin olan “özen gösterme yükümü ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu” olarak nitelendirmiştir. Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.22-23; Sözer, Montreal, s.159; Sözer, Yük Taşıma, s.202; Bozkurt Bozabalı, s.106-108.

³⁶¹ Diedericks- Verschoor, s.166. Ancak ulusal mahkemeler, “gerekli tüm tedbirler” ifadesini farklı yorumlamıştır. Bazı Amerikan mahkemeleri, maddenin lafzına katı şekilde bağlı kalarak, taşıyıcının gerekli tüm tedbirleri alıp almadığını ve bunun için elinden gelen her şeyi yapıp yapmadığını tespit etmeye çalışır. “*American Smelting and Refining Co. v. Philippine Air Lines, Inc.* 4 Avi. 17, 413, N.Y.Supreme Court 1954, aff’d 285 A.D.1119, N.Y.Sup. Ct. App. Div. 1954; aff’d 1 N.Y. 2d 866, N.Y.Ct. App. 1956; *Ritts, Ex’x v. American Overseas Airlines*, 1940 U.S.Av.R. 65, S.D.N.Y. 1949; *Philios v. Trans World Airlines*, (1953) U.S. Av. R. 479, N.Y. City Ct. 1951”: bkz. Miller, s.162, 167. Buna karşın, bir başka davada mahkeme, “tüm gerekli önlem” ifadesinin kelime anlamına katı şekilde bağlı kalmayıp; ilgili ifadenin, sadece mâkul önlemler şeklinde anlaşılması gerektiğini; riske uygun önlemlerin kapsamlı olarak üstlendiğini ispat etmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir. *Manufacturers Hanover Trust Co. v. Alitalia Airlines*, United States District Court for the Southern District of New York, 1977, <http://ny.findacase.com>, erişim tarihi Nisan 2013.

Ayrıca İngiliz mahkemeleri de, “gerekli tüm tedbirlerin” alındığını tayin edebilmek için “mâkullük” testini uygulamıştır. Buna uçağın telsiz hatlarına çarpması ile düşmesi sonucu uğranılan zarar nedeniyle açılan *Grein v. Imperial Airways* davası örnek olarak gösterilebilir. Bu davada mahkeme, zararı önlemek için taşıyıcının gerekli tüm tedbirleri almada mâkul şekilde yeteneğini ve özeni göstermesi gerektiğini; taşıyıcının görevinin gereken önlemleri almada mâkul bir adamın göstereceği özene ilişkin olduğunu ve somut olayda pilotun telsiz hatlarının olduğu bölgeye yaklaştığını bilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Grein v. Imperial Airways, Ltd.* 1 Avi. 622, Court of Appeal, 1936: bkz. Miller, s.163. Bir diğer davada mahkeme, uçağın türbülansa girmesi nedeniyle yolculara rahmen bir yolcunun yerinden kalkması nedeniyle yaralandığı kazaya ilişkin olarak, taşıyıcının gerekli özeni gösterdiği ve uyarı yapmakla önlemini almış sayıldığını belirterek, taşıyıcıyı sorumlu tutmamıştır. *Chisholm v. British European Airways* [1963] 1 Lloyd’s Rep. 626, Manchester Assizes, 1963: bkz. Miller, s.163.

Fransız mahkemeleri farklı olarak, ilk önce belirli önlemlerin alınıp alınmadığını (uçağın elverişliliğini; mürettebatın yetkisinin yeterliliğini) tespit ettikten sonra taşıyıcının kaza öncesi davranışını incelemiş; yani taşıyıcının zararı önlemek için mâkul önlemleri alıp almadığını tespit

1975 Montreal Ek 4. Protokolünde, ilgili madde değiştirilerek, eşya taşımacılığı nedeniyle doğan gecikme ve yolcu veya bagaj taşımacılığında meydana gelen zararlar ile sınırlı olarak taşıyıcının bu beyyineye başvurabileceği düzenlenmiştir (m.V).

(b) Ortak Kusurun Varlığına İlişkin Beyyine

Sözleşmenin 21. maddesine göre, zarar gören yolcu veya gönderici zarara sebep olduğu veya katkıda bulunduğu ölçüde, taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilmektedir³⁶². Ortak kusurun varlığı ve taşıyıcının ne ölçüde sorumluluktan kurtulacağı, maddî *lex fori*'ye tâbi kılınmıştır. Sözleşme kapsamında ortak kusurun varlığının ispatı, taşıyıcıya yüklenmiştir.

1975 Montreal 4. Ek Protokolünün 21. maddesi ile davacının kusurunun ölçüsünün, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbi kılınacağına ilişkin düzenleme kaldırılmış; bu ölçünün tayininin hangi hukuka göre yapılacağı

etmeyip, kendi iç hukukunda uyguladığı “sonuç sorumluluğunu” ifa edip etmediğini tespit etmiştir. Bir diğer deyişle mahkeme, eşyalar iyi hâlde teslim edilmiş mi; yolcular varma yerine emniyetli bir şekilde ulaştırılmış mı; zararın taşıyıcının kusuru veya ihmâli dışında bir sebep nedeniyle mi oluşmuş sorularına cevap aramıştır. Miller, s.164-166. Örneğin iniş için izin isteyen pilotun, kontrol kulesi tarafından bekletildiği yerin fırtına bölgesi olması nedeniyle kaza meydana gelmiştir. Bu davada mahkeme, taşıyıcının 20/1. madde kapsamında sorumluluktan kurtulamayacağını; kontrol kulesinin emrine uymasının yeterli olmadığını; iniş için bekleyen diğer pilotlar gibi fırtına alanı dışında bekleyebileceğini veya fırtınadan etkilenmemek için hava alanına yakın bir yere iniş yapmayı tercih edebileceğini belirtmiştir. *Cie Air Inter c. Simon* (1968) 22 R.F.D.A 198, C.A.Paris, 19 March 1968; Fransız mahkemelerinin bu testine ilişkin diğer kararlar, *Cie La Jugoslavenski Aero- Transport c. Gati*, J.C.P. 1962.II. 12596, C.A.Paris, 12 December 1961; *Embs c. Air France* (1969) 33 R.F.D.A 325, T.G.I. Paris, 27 June 1969; *Robert-Houdin c. Ste La Panair do Brasil*, J.C.P. 1960. II. 11830, Tribunal Civil Seine, 9 July 1960; *Souillac c. Air France* (1965) 28 R.G.A.E. 15, T.G.I. Seine, 26 June 1964; *Ste des Transports Clasquin c. Ste Socotra* (1950) 13 R.G.A. 1181, Tribunal Commerce Seine, 17 January 1949; *Fratani-Bassaler c. Air France* (1968) 22 R.F.D.A 201, C.A. Aix-en-Provence, 14 November 1967”: bkz. Miller, s.164-166.

³⁶² Konunun daha net anlaşılabilmesi için ortak kusurun varlığına ilişkin bir örnek davadan bahsedilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu örnek, gecikmeden doğan sorumluluk davasına ilişkindir. Yolcu, Durban’dan Frankfurt’a gitmek üzere sözleşmesel taşıyıcının uçağının kalkmasını beklemektedir. Ancak yolcu, uçuş saatinin gelmesine rağmen, sözleşmesel taşıyıcıya ait kalkacak bir uçağın anonsunun geçmemesi üzerine, taşıyıcının hava alanındaki bürosundan bu taşımanın sözleşmesel taşıyıcı tarafından değil; bir başka taşıyıcı tarafından yapılacağını öğrenmesi üzerine uçağı kaçırmıştır. Bunun üzerine açılan davada mahkeme, sözleşmesel taşıyıcının fiilî taşıyıcının varlığını yolcuya bildirmemesinin bir kusur olduğunu; ancak yolcunun da uçuşu hava alanındaki bilgi panolarından takip etmemesinin de ortak kusur teşkil ettiğine karar vermiştir. Landgericht Frankfurt, 27 January 2005, Case Number 2/26 O 416/03, 2005 Reise Recht Aktuell 133: bkz. Schmid, Ronald: “Case Law Digest”, *Air and Space Law*, Vol.XXX/4-5 (2005), s.374-375.

belirtilmemiştir³⁶³. Ortak kusurun ölçüsünün tayini ya Sözleşmenin maddî hükümlerine ya da kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları da dâhil olmak üzere *lex fori*'ye tâbi olabilir.

(c) Bagaj veya Eşyanın Hasara Uğradığına İlişkin Şikâyetin Yapılmadığına İlişkin Beyyine

Sözleşme, bagaj ve eşyanın, teslim almaya yetkili kişi tarafından şikâyetle bulunmaksızın kabulünü, bunların taşıma belgesine uygun olarak ve iyi durumda teslim edildiği hususunda bir karine olarak kabul etmiştir (m.26/1)³⁶⁴.

Eşyayı teslim almaya yetkili kişi, gönderici tarafından teslim alan olarak belirtilen kişi; bagajı teslim almaya yetkili kişi de yolcu olarak belirtilen kişidir³⁶⁵.

Taşıyıcıya yönelik şikâyet süresi, Sözleşmenin 26/2. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, teslim almaya yetkili kişinin, hasarı fark etmesinden sonra derhâl veya bagaj veya eşyayı teslim almasından itibaren bagajın hasarı için en geç üç gün; eşyanın hasarı için en geç yedi gün içinde taşıyıcıya yönelik şikâyetle bulunması gerekir. Ancak bu süreler, Lahey Protokolünün XV. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. Buna göre kabul edilen süreler, teslim almaya yetkili kişinin hasarı fark etmesinden sonra derhâl; teslim almasından itibaren bagajın hasarı için en

³⁶³ Guatemala City Protokolü kapsamında taşıyıcı, yolcu ve bagaj taşımacılığında sadece ortak kusur beyyinesinden yararlanabilecektir (m. VII). Söz konusu hüküm, Varşova Sözleşmesinin aksine, taşıyıcının ortak kusuru hâlinde hangi ölçüde sorumluluktan kurtulacağını tespitini *lex fori*'ye bırakmamıştır. Bu tespiti ilişkin maddî hüküm getirmiştir. Miller, s.169.

³⁶⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Sözleşmenin 26/1. maddesini uyguladığı kararı için bkz. E.2005/13465, K. 2007/835, T. 25.1.2007 (yayınlanmamış) .

³⁶⁵ Uygulamada sigortacıların da dava açtıklarına rastlanmıştır. Goldhirsch, s.166. Teslim alan kişinin şikâyetle bulunmasının zorunluluk teşkil etmeyeceğine ilişkin kararlar: *Aetna Ins. Co. v. Bor-Air Freight Co. Inc.* 338 N.Y.S. 2d 786; N.Y.Civ. Ct. 1972, <http://ny.findacase.com>, erişim tarihi Nisan 2013 ile Alman mahkemesinin kararı olan Bundesgerichtshof, 1 ZR 183/82, 14 March 1985: bkz. *Air Law*, Vol. XI, No.2 (1986), s.100. Ancak *Leon Bernstein Commercial Corp. v. Pan Am. World Airways* davasında mahkeme, göndericinin şikâyetle bulunabileceğine ilişkin istisnâî bir karar vermiştir; 72 AD 2d 707 - NY: Appellate Div. of the Supreme Court of the State of New York, First Department, 1979, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

geç yedi gün ve eşyanın hasarı için en geç on dört gündür³⁶⁶. Sözleşme ve Protokol, bu süreleri bildirimin gönderilmesi için kabul etmiş; bildirimin bu sürenin sonuna kadar taşıyıcıya ulaşmasını şart koşmamıştır³⁶⁷.

Ayrıca Sözleşmenin 26/3. maddesi ile şikâyetin şekli de belirlenmiştir. Buna göre şikâyetin, belirtilen süreler içinde, taşıma belgesi üzerine yazılarak veya taşıma belgesi dışında bir başka yazılı bildirim ile taşıyıcıya gönderilmesi gerekmektedir.

Sözleşmede belirtilen süreler içinde taşıyıcıya yönelik bir şikâyet yapılmamışsa, taşıyıcı aleyhine sorumluluk davası açılmaz (m.26/4). Ancak taşıyıcının hilesi hâlinde, bu süreler içinde taşıyıcıya yönelik bir şikâyet yapılmamışsa, taşıyıcıya karşı bu süreler geçse dahi sorumluluk davası açılabilir (m.26/4). Taşıyıcının, teslim alan kişinin öngörülen süre içinde şikâyetle bulunmasını engelleyici her hareketi, hile olarak kabul edilmektedir³⁶⁸.

Sözleşmenin 26. maddesinde yer alan şikâyet süresi, sadece bagaj veya eşyanın uğradığı hasar hâli için geçerlidir. Ancak 18. maddede, bagaj veya eşyanın hasara uğraması hâli yanında harabiyeti ve kaybı hâlinde taşıyıcının sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu iki madde birlikte yorumlandığında genel kabul gören görüşe göre, teslim alan kişinin sadece bagaj veya eşyanın hasara uğraması hâlinde şikâyet süresine tâbi olduğudur³⁶⁹. Eşyaların kaybı hâlinde ise Sözleşmenin 13/3. maddesi uygulanmalıdır. Buna göre, taşıyıcı, eşyanın kaybolduğunu kabul ederse veya eşya

³⁶⁶ Yargıtay'ın Sözleşmenin 26/2. maddesinin değerlendirildiği kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/15191, K. 2013/13191 (yayınlanmamış).

³⁶⁷ “*Fuller Freres & Cie. C. Succ. Philippe Rey* 1956 RFDA 319, Cass. 22 December 1955”: bkz. Goldhirsch, s.173.

³⁶⁸ Fransız Sivil Havacılık Kanununda da bu yönde bir hüküm söz konusudur: Code de l'Aviation Civile, article L. 321- 4 (2); Miller, s.173; McNair; Kerr; Evans, s.188.

³⁶⁹ *Hughes-Gibb & Co., Ltd. v. Flying Tiger Line, Inc.*, 504 F. Supp. 1239 - Dist. Court, ND Illinois 1981, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013. Öte yandan istisnâî bir kararda mahkeme, eşyaların kaybı hâlinde dahi Sözleşmenin 26/2. maddesinde belirtilen şikâyet sürelerine uyulması gerektiğine karar vermiştir. *Parke, Davis & Co. v. British Overseas Airways Corp.*, 5 Avi. 17, 838, New York City Court 1958; bkz. Miller, s.170.

varması gereken tarihten itibaren yedinci günün bitiminde varmamış olursa, alıcı taşıyıcıya karşı sorumluluk davası açabilir. Dolayısıyla, eşyanın kaybı hâlinde, taşıyıcıya yönelik dava açılabilmesi için herhangi bir bildirim şartı kabul edilmemiştir³⁷⁰.

Buna karşın Sözleşmede, bagajın kaybı (*loss*) ve bagaj veya eşyanın harap (*destroyed/destruction*) olması hallerinde nasıl bir uygulama getirileceği düzenlenmemiştir. Bagaj veya eşyanın harap olması hâli ile kayıp hâlinin benzerlik gösterdiği gerekçesiyle, bagaj ve eşyanın harap olmasına ilişkin ayrı bir düzenleme getirilmesine gerek olmadığına ilişkin hâkim görüş söz konusudur³⁷¹. Buna göre, eşyaların kaybı ile eşyaların harap olması arasında en önemli ortak özellik, eşyaların ekonomik değerinin artık kalmaması veya gönderici ve alıcı açısından hurda değerinin ötesinde bir faydasının olmamasıdır. Bir diğer deyişle, her iki halde de, eşyalar teslim edilemez. Bu nedenle mahkemeler; eşyanın harap olması hâlinde dahi, Sözleşmenin 13/3. maddesinin uygulanmasına ve taşıyıcıya yönelik herhangi bir bildirimin aranmaması gerektiğine karar vermiştir³⁷². Eşyaların harabiyeti ve kaybı hâlinde, taşıyıcıya karşı dava açma süresi, Sözleşmenin 29. maddesine tâbidir³⁷³.

³⁷⁰ Yargıtay'ın da bu yöndeki kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2009/1474, K. 2010/7444, T. 28.6.2010 (yayınlanmamış).

³⁷¹ Goldhirsch, s.92.

³⁷² *Dalton v. Delta Airlines, Inc.*, 570 F. 2d 1244 - Court of Appeals, 5th Circuit 1978, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013. Eşyaların kısmî teslimi ve teslim edilmeme hâllerinin, 26. maddenin uygulama alanına girmediğine ilişkin olarak Lübnan mahkemesi kararları: “*Transmediterranean Airlines c. Black Sea* (1973) 27 R.F.D.A. 441, Court of Appeal Beirut, 4 April 1973; *Transmediterranean Airlines c. Sleiman Bleybel* (1973) 27 R.F.D.A. 347, Court of Appeal Beirut, 16 November 1972”: bkz. Miller, s.171. Ayrıca benzer yönde, *Helvetia v. Alitalia*, 1979 RFDA 89, Tribunal de Commerce Lyon, 6 March 1978; aff'd 1983 RFDA 228, Court of Appeal of Lyon, 17 February 1983: bkz. Goldhirsch, s.167-168; Oberlandesgericht Frankfurt, 11.11.1986, 5 U 240/86, 1987, *Air Law*, Vol.XII, No.3 (1987), s.155.

³⁷³ *Helvetia v. Alitalia*, 1979 RFDA 89, Tribunal de Commerce Lyon, 6 March 1978; aff'd 1983 RFDA 228, Court of Appeal of Lyon, 17 February 1983: bkz. Goldhirsch, s.167-168. Benzer yönde olan Alman mahkemesinin kararı için bkz. Oberlandesgericht Frankfurt, 11.11.1986, 5 U 240/86, 1987, *Air Law*, Vol.XII, No.3 (1987), s.155.

İlgili madde metninde, sadece taşıyıcı dese de; geniş yorumla, taşıyıcının çalışanına ve temsilcisine de şikâyetle bulunulabileceği doktrinde ifade edilmiştir³⁷⁴. Ayrıca Sözleşme kapsamında tek bir taşımacılık sayılan ardıl taşımacılıkta, bagaj veya eşyayı varma yerine ulaştıran taşıyıcıya, şikâyetle bulunulmasının yeterli olacağı da kabul edilmiştir³⁷⁵. Bu yorum, kanaatimizce sözleşmesel taşıyıcı dışında fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılık için de geçerli olmalıdır. Bir diğer deyişle, bagaj veya eşyanın sahibi, şikâyetini fiilî taşıyıcıya da yönlendirebilmelidir³⁷⁶.

(ç) Taşıyıcının Sorumluluğun Parasal Sınırına İlişkin Beyyine

Varşova Sistemi kapsamında en tartışmalı olan konu, taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırır. Nitekim Sözleşmenin kabulünden itibaren yapılan her değişiklik çalışması, taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırının yükseltilmesine ilişkin olmuştur³⁷⁷.

Varşova Sözleşmesinin 22. maddesi ile taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı, yolcu taşımacılığında yolcunun ölümü veya yaralanması durumunda 125.000 altın karşılığı frank; kabul edilmiş bagaj ve eşya taşımacılığında, bunların harabiyeti, kaybı ve hasarı hâlinde, kilogram başına 250 altın karşılığı frank ve yolcunun

³⁷⁴ Goldhirsch, s.171.

³⁷⁵ Goldhirsch, s.171. Bu yönde verilen kararlar: “*Maschinenfabrik Kren AG v. Northwest Airlines* 562 F.Supp. 232, D.C.II1, 1983; *Jalloh v. TWA* 19 Avi. 17804, D.D.C.1985; *Pan Am. v. C.F.Airfreight*, F.Supp., D.C.N.Y. 1990; *Connaught v. Air Canada* 94 Dom. L. Rep.3d 586, Ontario High Court 1978”: bkz. age. s.171.

³⁷⁶ 1977 ZLW 152, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 3 June 1976: bkz. Goldhirsch, s.171.

³⁷⁷ Guadalajara Sözleşmesinde, Varşova Sözleşmesi kapsamında yapılacak şikâyetlerin sözleşmesel taşıyıcıya da yapılırsa, fiilî taşıyıcıya da yapılırsa aynı etkiye sahip olacağı düzenlenmiştir.

³⁷⁷ Mendes de Leon, s.64. Özellikle de ABD’nin iç hukukunda taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırının, Sözleşmede öngörülen sınırdan çok daha yüksek olması nedeniyle, ABD’yi Sistemin bir tarafı olarak tutabilmek için taşıyıcının sorumlu olacağı parasal sınıra ilişkin Sözleşme hükmü değiştirilmiştir. Şöyle ki, 1950-1960’larda, ABD’nin kendi hukuk sisteminde, hava aracı kazaları nedeniyle meydana gelen ölüm veya yaralanmalarda, taşıyıcıya verilen cezanın en az \$75.000’dan başlamasına karşın Sözleşme’de öngörülen 250.000 altın karşılığı frank para biriminin o dönem esas alındığında yaklaşık olarak \$16.000’a tekabül etmesi, ABD açısından tatmin edilebilir olmamıştır. Boyle, Robert P.: “The Warsaw Convention- Past, Present and Future”, *Essays in Air Law*, ed. Arnold Kean, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda 1982, s.4.

yanında bulundurduğu şeylerin³⁷⁸ zarara uğraması hâlinde her yolcu için 5000 altın karşılığı franktır³⁷⁹. Lahey Protokolü ile sadece yolcu taşımacılığı açısından taşıyıcının sorumluluğu yolcu başına iki kat arttırılmıştır (m. XI)³⁸⁰.

Sözleşmede, altın değerinin, Fransız frankına (m.22/4)³⁸¹; Lahey Protokolünde ise, altın değerinin, herhangi bir ulusal para birimine (m.XI/5), binde

³⁷⁸ Yolcunun yanında bulundurduğu şeyler ifadesi ile yolcunun taktığı objeler; örneğin takıları veya gözlüğü de dâhil taşıyıcıya teslim etmediği her türlü nesne kastedilir. Goldhirsch, s.122.

Örneğin uçuş mürettebatının acil iniş yapmadan önce yolcuların yanlarında bulundurdıkları her türlü eşyayı toplayıp, tuvalette bir poşetin içine koymaları üzerine yolculardan birinin saati ve güneş gözlüğü kaybolmuştur. Bunun üzerine açılan sorumluluk davasında Alman mahkemesi, bagaj senedi verilmediği için eşyaların toplanmasının kabul edilmiş bagaj sayılamayacağı gerekçesiyle Sözleşmenin 22/3. maddesi kapsamında taşıyıcıyı sorumlu tutmuştur. 1979 ZLW 137, Bundesgerichtshof, 28 November 1978; bkz. Goldhirsch, s.122.

Ancak Amerikan mahkemesi, yolcunun rahat etmesi için el çantasının uçuş mürettebatı tarafından alınmasının, çantanın taşıyıcının gözetimine geçtiğinin göstergesi olduğunu; 4. madde altında bagaj senedinin düzenlenmemesinin el çantasının kabul edilmiş bagaj olma statüsünü ve taşıyıcının sorumluluğunu değiştirmeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla yolcunun çantasının içindeki eşyanın kaybolması nedeniyle taşıyıcının sorumluluğunu, 22. madde altında kabul edilmiş bagaj için getirilen sorumluluk sınırına tâbi tutmuştur. *Schedlmayer v. Trans International Airlines*, 99 Misc. 2d 478, Civil Court of the City of New York, New York County, 1979, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Nisan 2013.

³⁷⁹ Taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırının günümüz para birimlerine olan karşılığının tespitinde kanımızca yapılması gereken hesaplama için bkz. aşa. s.122, dn.387.

³⁸⁰ Varşova Sözleşmesinin 22. maddesi ile Lahey Protokolünün XI. maddesinde, farklı terimler kullanılmıştır. Şöyle ki, Varşova Sözleşmesinde “*transportation*” ifadesi yerine Lahey Protokolünde “*carriage*” ifadesi kullanılmıştır. Sözleşmenin ilgili maddesinde, yolcu ve kabul edilmiş bagaj ve eşya taşımacılığı ile kişinin uçakta yanında taşıdığı şeyler bakımından getirilen sorumluluk sınırı, zorunluluk kipi ile ifade edilmişken; Protokolün ilgili maddesinde geniş zaman tercih edilmiştir. Ayrıca Sözleşmenin 22. maddesinde “*checked baggage*” terimi; Protokolün XI. maddesinde ise “*registered baggage*” terimi tercih edilmiştir.

Türkiye’nin onaylamış olmasına rağmen Varşova Sistemi içinde yürürlüğe girmeyen 1971 Guatemala City Protokolünde ise söz konusu hüküm, daha cesur şekilde ele alınmıştır. Protokolün VIII/1. maddesine göre yolcu taşımacılığında yolcunun ölümü veya cismanî zararı sonucunda uğranılan zarara ilişkin olarak, dayanağı ne olursa olsun ileri sürülen iddialar için taşıyıcının sorumluluğu her bir yolcuya karşın toplam 1.500.000 frank ile sınırlandırılmıştır. Yolcu taşımacılığında gecikme hâlinde, taşıyıcının her bir yolcu için sorumluluğu 62.500 frank; bagaj taşımacılığında harap, kayıp veya gecikme hâlinde taşıyıcının sorumluluğu her bir yolcu için 15.000 frank ile sınırlıdır. Ayrıca Guatemala City Protokolünde, eşya taşımacılığına ilişkin taşıyıcının sorumluluğu, Lahey Protokolünün XI/2b. maddesi ile aynıdır.

Türkiye’nin onayladığı; ancak Varşova Sistemi içinde yürürlüğe girmeyen Montreal Ek 3. Protokolü, Guatemala City Protokolünün VIII. maddesini aynen kabul etmiş; ancak taşıyıcının sorumluluk sınırını, Özel Çekme Hakkı/ÖÇH (*Special Drawing Rights/SDR*) üzerinden hesaplamıştır (m.II). Buna göre, yolcu taşımacılığında yolcunun ölümü veya cismanî zarara uğraması hâlinde, taşıyıcı her bir yolcu için 100.000 ÖÇH; yolcu taşımacılığında gecikme hâlinde, 150 ÖÇH; bagaj taşımacılığında harap, kayıp, hasar veya gecikme hâlinde 1000 ÖÇH ile sorumludur. Eşya taşımacılığında ise, paket taşıyıcıya verilirken, gönderici, varma yerinde paketin içindeki eşyanın değerine ilişkin özel bir beyanda bulunmadıkça ve gerekiyorsa ek bir meblağ ödemedikçe, taşıyıcının sorumluluğu kilogram başına 17 ÖÇH ile sınırlandırılmıştır. ÖÇH, Uluslararası Para Fonu tarafından tanımlanmış olan birimdir (m.II/4).

dokuz yüz ayarında altmış beş buçuk miligram oranında çevrileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Protokolde açıklığa kavuşturulan son husus, Sözleşmede hüküm altına alınmayan altın frankının dava tarihindeki³⁸² kur dikkate alınarak ulusal para birimine çevrileceğidir (m.XI/5, c.2).

Ayrıca Protokolün XI/2b maddesinde, kayıtlı bagaj veya eşyanın bir bölümünün veya içinde bulunan herhangi bir şeyin kaybı veya hasarı hâlinde, ilgili şey için taşıyıcının sorumluluk sınırının hesaplanma usulü belirtilmiştir; ancak her hâlükârda taşıyıcının sorumluluk sınırı toplam 250.000 altın karşılığı franktır. Bunun yanında Protokol kapsamında, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin parasal sınırın miktarı tayin edilirken, mahkemenin ek olarak, davacının yaptığı mahkeme masraflarının veya dava ile ilgili olarak yaptığı diğer masrafların bir bölümünün veya tümünün ödenmesini, kendi hukukuna göre karara bağlayabileceği düzenlenmiştir (m.XI/4)³⁸³.

³⁸¹ 1929 yılında Varşova Sözleşmesinin görüşüldüğü hazırlık çalışmalarında, temsilciler belirli bir devletin para biriminin kullanılarak oluşabilecek devalüasyon etkisini önlemek amacıyla belirli bir devletin ulusal para birimini kullanmaktan imtina etmişler; altının belirli niteliği ve saflığını; yani binde dokuz yüz ayarında altmış beş buçuk miligramı ifade eden “altın karşılığı frank (*gold frank/poincare frank*)” birimini kullanmışlardır. Goldhirsch, s.123.

³⁸² Bu madde Türkçe’ye, “hukukî işlemler bakımından hasar tarihinde bu paraların karşılığı olan altın değerinin esas alınacağı” şeklinde hatalı olarak tercüme edilmiştir. Oysa Sözleşmenin İngilizce tercümesinde, ulusal para birimlerinin altın karşılığına çevrilirken yargılama tarihinde geçerli olan kurun esas alınacağı belirtilmiştir. Metnin İngilizcesi şu şekildedir: “*Conversion of the sums into national currencies other than gold shall, in case of judicial proceedings, be made according to the gold value of such currencies at the date of the judgment.*” Sonuç olarak, Sözleşmenin İngilizce metninde yer alan teriminin karşılığı esas alınmalıdır.

³⁸³ Ayrıca madde metninin devamında, mahkeme masrafları ve dava ile ilgili diğer masraflar dışında hükmolunan tazminat miktarının, zararı doğuran olayın meydana gelmesinden itibaren altı aylık bir süre içinde veya davanın açılmasından önce, taşıyıcının yazılı olarak davacıya teklif ettiği meblağı aşmaması hâlinde, mahkemenin dava ile ilgili masrafların ödenmesine karar vermeyebileceği düzenlenmiştir.

Buna karşın, Guatemala City Protokolünde, avukatlık masraflarına ilişkin ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre kendi iç hukukları altında avukatlık masrafları da dâhil mahkeme masraflarına hükmetmeye yetkili olmayan Taraf Devletlerin mahkemeleri, bu Sözleşmenin uygulandığı davalarda kendi takdirlerine göre mâkul göreceği oranda avukatlık masrafları dâhil mahkeme masraflarına kısmen veya tamamen hükmedebilir (m.VIII/3/a). Ayrıca fıkranın b bendine göre: “eğer talep sahibi, taşıyıcıya talep tutarını içeren yazılı bir ihbar göndermişse ve taşıyıcı da bu ihbarı almasından itibaren altı ay içinde bu talebe karşın bir uzlaşma teklifinde bulunmamışsa, avukatlık ücretleri dâhil mahkeme masraflarına hükmedilir. Dava bu süreden sonra açılmışsa, bu süre davanın başladığı güne kadar

Varşova Sözleşmesinin 22. maddesi ve Lahey Protokolünün XI. maddesi, taşıyıcının sorumluluğunun parasal değerini, “*gold franc/poincare frank*” değeri üzerinden vermiştir. Günümüzde, “frank” para biriminin tedavülden kalkması nedeniyle taşıyıcının sorumluluğunun parasal değerinin günümüzde kullanılan para birimlerine karşılığının bulunması gerekmektedir. Aşağıda ele alacağımız üzere, 1975 Montreal Ek Protokolleri, taşıyıcının sorumluluğunun parasal değerini, günümüzde geçerli olan “Özel Çekme Hakkı (ÖÇH/*Special Drawing Rights*)” birimi üzerinden düzenlemeleri nedeniyle, taşımacılığın kalkma ve varma yerinin bulunduğu devletlerin aynı kapsamdaki Montreal Protokollerinden birine taraf olması hâlinde, taşıyıcının sorumluluğunun parasal karşılığı, bu Protokollere tâbi olacaktır³⁸⁴. Türkiye, Montreal 4. Ek Prokotolüne taraf olduğu için taşımacılığın kalkma veya varma yerlerinden birinin Türkiye’de, diğerinin ise yine bu Protokole taraf olan bir devlette bulunması durumunda, taşıyıcının sorumluluğunun parasal değeri ÖÇH üzerinden hesaplanacaktır. Öte yandan, taşımacılığın kalkma veya varma yerinin bulunduğu ülkelerin bu Protokollere taraf olmaması hâlinde sorun oluşabilecektir. Bu durumda Varşova Sözleşmesinin 22. maddesine göre, taşıyıcının sorumluluğunun parasal değerinin “*gold franc/poincare frank*” olarak ifade edildiği hallerde; bu meblağlar, binde dokuz yüz ayarında altmış beş buçuk miligram altına karşılık gelen Frank para birimi olarak hesaplanacaktır³⁸⁵. Bu durumda, dünya piyasalarında altının değeri, “Ons” olarak geçtiği için hesaplamanın da “Ons” üzerinden yapılması gerekmektedir. Buna göre, 1 Ons’un gram altın karşılığı bulunmalı ve 65,5 ile çarpılıp, 1000’e bölünmeli ve elde edilen rakam, 900/1000 ile

uzatılır.” Fıkranın c bendine göre ise, avukatlık ücretleri dâhil mahkeme masrafları bu maddede öngörülen sınırlamaların uygulanmasında dikkate alınmaz.

³⁸⁴ Bkz. aşı. s.124.

³⁸⁵ Lahey Protokolünün XI. maddesi de, “frank” yerine “bir para birimi (*a currency unit*)” kavramına yer verilmiştir.

çarpılıp; “belirtilen *gold franc/poincare franc*” değeri ile tekrar çarpılmalıdır³⁸⁶. Bu hesaplama yıllık Ons değerine göre her yıl yapılabilir³⁸⁷.

Sözleşmenin 22. maddesi, sadece taşıyıcının yararlanabileceği sorumluluğun parasal sınırını düzenlemiştir. Ancak Lahey Protokolünün 25A. maddesi ile taşıyıcının yanında taşıyıcının işçisinin veya temsilcisinin de Protokolde kabul edilen sorumluluk sınırından yararlanabileceği kabul edilmiştir.

Varşova Sözleşmesinin 22. maddesi kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, taşıyıcının sorumluluk sınırının arttırılabilmesidir. Bunun için Sözleşmede iki hal öngörülmüştür. İlk hal, yolcu taşımacılığında yolcu ve taşıyıcı; aralarında yapacakları özel bir anlaşma ile taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesini kararlaştırabilirler³⁸⁸. Bu özel anlaşmaya örnek olarak kalkma, varma veya kararlaştırılan durma yerinin ABD olduğu taşımacılığa uygulanmak üzere

³⁸⁶ Beave, Allan: A Dictionary of Travel and Tourism Terminology, Second Edition, Birleşik Krallık 2005, s.354. Bazı devletler, hesaplama gücülüğü ile karşılaşmamak için hukukî düzenlemeler yapmışlardır. Örneğin, Birleşik Krallık'ta 29 Kasım 1999 tarihinde yürürlüğe giren The Carriage By Air (Sterling Equivalents) Order 1999, Tablo 1' e göre, 250 Frank = 14.08; 5000 Frank = £281,56; 125,000 Frank= £7,038.97; 250,000 Frank = £14,077.95. The Carriage By Air (Sterling Equivalents) Order 1999, 19 October 1999, No.2821, <http://www.legislation.gov.uk>.

³⁸⁷ Örneğin Euro'nun 1 Ocak 1999 tarihinde yürürlüğe girmesi ile frank'ın tedavülden kalkması nedeniyle 1998 yılı sonu itibariyle dolar değeriyle 125.000 altın frankını hesaplamamız kanımızca aşağıdaki şekilde yapılabilir. 1 Ons=31.035= \$285 (<http://www.tcmb.gov.tr>, erişim tarihi Aralık 2015). Öncelikle 1 gr. altının dolar değeri, \$285/31.035= \$9.16. Varşova Sözleşmesinin 22. maddesinde, “*gold franc/poincare frank*” olarak ifade edildiği hallerde, bu meblağlar, binde dokuz yüz ayarında altmış beş buçuk miligram altının karşılığı frank olduğu için $9.16 \times 65.5 \text{ mg} / 1000 = \0.59998 ; bu meblağı, binde 900'e bölersek, \$0.54 elde ederiz. Dolayısıyla binde 900 ayarında 65.5 mg. altının gram değeri, \$0.54. Bu rakamı, 125.000 altın karşılığı frank ile çarparsak, \$67.500 tutarına ulaşırız.

(1998 yılı frankın dolar karşılığı değeri, 1 Frank=\$5.5980 <http://www.tcmb.gov.tr>). \$67.500x5.5980=377.865 frank bulunur. Bu da 1998 yılı sonu itibariyle taşıyıcının sorumluluğunun parasal değerinin frank karşılığıdır. Ancak 1999 Ocak ayında 1\$=1€ olarak kabul edersek, \$67.500=€67.500 olarak temel alınabilir.

³⁸⁸ 1971 Guatemala City Protokolü, yolcu taşımacılığına ilişkin olarak Varşova Sözleşmesinin aksine taşıyıcı ile yolcu arasında taşıyıcının sorumluluğunun arttırılmasına ilişkin özel bir anlaşma yapılabilmesi imkânını kaldırmıştır. Nitekim o dönemin şartlarına göre taşıyıcının sorumluluğu açısından en üst düzeyde sınır belirlendiği için sorumluluğa yol açan olaylar ne olursa olsun bu sınır kırılmayacak ve aşılamayacaktı. Miller, s.187.

önemli hava yolu taşıyıcıları arasında kabul edilen 1966 Montreal Anlaşması (*Montreal Inter-Carrier Agreement*) verilmektedir³⁸⁹.

İkinci hal ise, eşya taşımacılığında göndericinin, bagaj taşımacılığında yolcunun, taşınan paketin gerçek değerini gösteren ‘özel bir beyanda’ bulunmasıdır. Bu halin kabul edilme nedeni, yüksek değerde olan paketin zarara uğrama riskinin azaltılması için gereken önlemlerin alınmasına yönelik bir ihtarda bulunabilmesidir³⁹⁰. Yolcunun veya göndericinin özel bir beyanda bulunmasına karşılık, taşıyıcı da, göndericiden ek ödeme yapmasını talep edebilir³⁹¹. Taşıyıcı, bildirilen bu meblağ üzerinden sorumludur. Yolcu veya göndericinin, taşınan paketin gerçek değeri üzerine özel bir beyanda bulunması ve ek ödeme yapması hâlinde, taşıyıcı, ödeyeceği meblağın bagaj veya eşyanın varma yerinde teslimi ânındaki gerçek değerinden daha yüksek olduğunu ispat etmedikçe, bildirilen meblağı aşmayan bir meblağ ödemekle yükümlüdür. Bu hükmün konma amacı ise taşıyıcının taşınan paketin gerçek değerinden daha yüksek meblağdan sorumlu tutulmasının engellenmesidir³⁹². Bu düzenleme Türk içtihadında, taşıyıcının sorumluluğunun;

³⁸⁹ Miller, s.185; Goldhirsch, s.129. 1966 Montreal Anlaşmasında, yolcunun ölümü, yaralanması veya diğer fizikî zarara uğraması durumunda taşıyıcının sorumluluk sınırı, avukat ve mahkeme masrafları dâhil olmak üzere taşıyıcının ihmalinin ispatına gerek olmadan toplam \$75,000 olarak kararlaştırılmıştır. Montreal Anlaşması, kusur karinesine ilişkin sistemi değiştirerek, yolcunun ölümü, yaralanması veya diğer fizikî zarara uğraması hâlinde taşıyıcının 20. maddede düzenlenen savunmalara (kurtuluş beyyinelerine) dayanamayacağı bir sorumluluk sistemi getirmiştir (m.1/2). Ayrıca Anlaşmada yolcunun ek koruma tedbiri olarak özel şirketlerden sigorta satın alabileceği tavsiye edilmiş; ancak bunun Varşova Sözleşmesi veya Montreal Anlaşması şeklinde olan özel bir sözleşme altında taşıyıcının sorumluluk sınırını etkilemeyeceği belirtilmiştir.

Buna karşın, Fransız hukukunda özel bir anlaşmanın, taşıyıcı ile yolcu arasında yapılan bir anlaşma olması gerektiği; hâlbuki Montreal Anlaşmasının, ABD ile bağı olan her yolcuya uygulanması nedeniyle 22. maddede belirtilen nitelikte bir anlaşma olmadığı savunulmuştur. Miller, s.187.

³⁹⁰ *Orlove v. Philippine Air Lines*, 257 F. 2d 384 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1958, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013.

³⁹¹ Ancak bir mahkeme, göndericinin taşıyıcıya ek bir meblağ ödemesini talep etmesi hâlini de geçerli saymıştır. “*L. & C. Mayers Co. v. KLM*, 108 N.Y.S. 2d 251, New York Supreme Court 1951”: bkz. Goldhirsch, s.131.

³⁹² *Common Law* içtihadında, göndericinin zarar gören eşya için belirttiği değer, eşyanın gerçek değerinden daha az olması hâlinde taşıyıcının bildirilen değer üzerinden sorumlu olacağı da ifade edilmiştir. *Perera Co., Inc. v. Varig Brazilian Airlines, Inc.*, 775 F. 2d 21 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013. Öte yandan *Civil Law* içtihadında,

taşımacılığın başında bagaj veya eşyanın değeri hakkında bir beyanda bulunulduğunda mutlak, beyanda bulunulmadığında ise sınırlı sorumluluk olduğu şeklinde yorumlanmıştır³⁹³.

Montreal 4. Ek Protokolü, eşya taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırını, Özel Çekme Hakkı (ÖÇH/*Special Drawing Rights*) üzerinden belirlemiştir³⁹⁴. Buna göre, eşya taşımacılığında, paket taşıyıcıya verilirken gönderici, varma yerinde eşyanın tesliminde kendi menfaatine ilişkin özel bir beyanda bulunmadıkça ve gerekiyorsa ek bir meblağ ödemedikçe eşyanın zarara

eşyanın gerçek değerinin bildirilen değeri aşması durumunda, taşıyıcının sorumluluğunun eşyanın gerçek değeri üzerinden hesaplanması gerektiği savunulmuştur. Miller, s.191.

³⁹³ İlgili kararın devamında, zararın davacı tarafından ispatlanmasının gerekmesiyle birlikte, yolcunun bagajının kaybı ihtimaline binaen uçağa binerken bagajında nelerin olduğunu beyan etmesinin mutad bir uygulama olmadığı gibi hayatın olağan akışına da aykırı olduğunu; bu nedenle davacının talep ettiği bedele göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Küçükçekmece 1. Sulh Hukuk Mahkemesi, T. 21.02.2012, No. 2010/2199-2012/269 kararının onandığı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/11655, K. 2013/10397, T. 20.05.2013 (yayınlanmamış). Ayrıca kayıtlı bagaj ve eşya taşımacılığında, göndericinin, eşyayı taşıyıcıya teslim ederken, varma yerinde eşyanın değerine ilişkin özel bir beyanda bulunmadıkça veya ek bir meblağ ödemedikçe taşıyıcının sorumluluğunun sınırlı sorumluluk olduğuna ilişkin bir başka Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.1990/5647, K.1992/2015, T.21.2.1992, YKD, C.18, S.4 (Nisan 1992), s.551-554.

³⁹⁴ Protokol, Özel Çekme Hakkı birimi teriminin tanımını vermiştir (m.VII, 2/d). Buna göre Özel Çekme Hakkı, Uluslararası Para Fonu tarafından verilen tanım kapsamında değerlendirilecektir. Dava hâlinde özel çekme hakkı miktarının ulusal para birimine çevrilmesi yargılama günündeki özel çekme hakkı değeri esas alınarak yapılacaktır. Uluslararası Para Fonunun üyesi olan Taraf Devletlerin ulusal para biriminin değeri, yargılama günündeki Uluslararası Para Fonu tarafından kendi işlemleri için uyguladığı yönteme göre hesaplanacaktır. Bkz. IMF Currency Units per SDR for December 2012 <http://www.imf.org>, erişim tarihi Nisan 2013.

Ancak Uluslararası Para Fonu üyesi olmayan Taraf Devletin Özel Çekme Hakkı karşılığı ulusal parasının değeri, Taraf Devletin belirlediği şekilde yapılacaktır. Uluslararası Para Fonu üyesi olmayan devletler ve kendi hukukları altında 22/2/b. maddenin uygulanmasına izin vermeyen devletler, onay veya katılım zamanında veya bundan sonraki herhangi bir zamanda kendi yargılama usulü altında taşıyıcının sorumluluk sınırını, kilogram başına toplam 250 para birimi olarak tespit ettiklerini beyan edebilirler. Bu para birimi, binde 900 ayarında 65,5 mg. altına tekabül eder. Bu meblağların ulusal para birimine çevrilmesi ilgili devletin hukukuna göre yapılacaktır.

Ayrıca Protokolde, hem Uluslararası Para Fonu üyesi olmayan hem de Özel Çekme Hakkının kullanılmasına izin vermeyen devletler açısından da Özel Çekme Hakkının, ulusal para birimlerine çevrilmesi için ayrı bir yöntem belirlenmiştir. Uluslararası Para Fonu üyesi olmayan bir devletin ulusal para biriminin, Özel Çekme Hakkına çevrilmesinde Taraf Devletler tarafından belirlenecek yöntem, tamamıyla çok taraflı bir karar olmasına rağmen içeriği tek bir devlete yöneliktir. Bu nedenle, bu yöntemin önceden öngörülememesi ve o devletin kullandığı yöntemin değişiklik gösterebileceği ihtimali nedeniyle, bu yöntem doktrinde eleştirilmiştir. Miller, s.183.

Merkez Bankasının açıklamış olduğu 03.05.2016 tarihli kura göre, 1 ÖÇH=1.42 ABD ve 1 ÖÇH=4.009 TL'ye tekabül etmektedir. RG. 04.05.2016-29702.

uğraması hâlinde, taşıyıcının sorumluluğu kilogram başına 17 Özel Çekme Hakkı ile sınırlandırılmıştır (m.VII/2/b).

Yargıtay, Protokolün VII/2/b maddesi ile eşya taşımacılığı sebebiyle doğan sorumluluk davalarında taşıyıcının, işçisinin ve temsilcisinin kastî hareketi veya ihmali olsa dahi sorumluluğunun sınırsız olmayacağına ilişkin olan IX. ve X. maddelerini birlikte değerlendirerek, Protokol kapsamında taşıyıcının sorumluluğunun hukukî niteliğini ve sınırını yorumlamıştır³⁹⁵. Buna göre, taşıyıcının sorumluluğunun sınırlı sorumluluk olduğuna dayanarak, davalının sorumluluğunun üst sınırını VII/2/b. maddeye göre belirlemiş, gerçek zararın tespit edilen sorumluluk sınırı olan miktarın üzerinde bulunması hâlinde, sınırlı sorumluluk miktarından, altında ise saptanan gerçek zarardan davalıyı sorumlu tutmuştur.

Son olarak, Sözleşme kapsamında, taşıyıcı, yolcu ve gönderici arasında çıkar çatışmalarını dengelemek için bir koruma hükmü getirilmiştir. Sözleşmenin 23. maddesi ile taşıyıcının sorumluluğunu kaldıracak veya Sözleşmede düzenlenen parasal sınırdan daha az parasal sınır öngörececek hükümlerin geçersiz olduğu kaleme alınmıştır. Nitekim böyle bir hükmün geçersizliği, taraflar arasında yapılan anlaşmanın tümünü geçersiz kılmaz.

Sözleşmenin 23. maddesi ile yukarıda bahsettiğimiz 32. maddesi³⁹⁶, paralel bir düzenlemeye sahiptir. Sözleşmenin 32. maddesi ile zararın doğmasından önce, uygulanacak hukuku kararlaştırarak veya yetkiye ilişkin kuralları değiştirerek, Sözleşmede düzenlenen hükümleri ihlâl edecek nitelikte düzenleme getiren taşıma sözleşmesinin veya özel anlaşma hükümlerinin geçersiz olduğu düzenlenmiştir.

³⁹⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/4436, K. 2013/3648, T. 27.02.2013 (yayınlanmamış). Ayrıca, bagaj kaybına ilişkin taşıyıcının sorumluluk sınırının, Varşova Sözleşmesi hükümlerine göre mi yoksa Montreal 4. Ek Protokolü hükümlerine göre mi değerlendirileceğine ilişkin karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/13986, K. 2013/11623, T. 04.06.2013 (yayınlanmamış).

³⁹⁶ Bkz. yuk. s.60.

Ancak 23. madde ile 32. madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, zararın doğmasından sonra taşıyıcının parasal sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar yapılabilecek midir sorusu gündeme gelebilir. 32. madde daha genel ve Sözleşmenin tamamı için, 23. madde ise daha özel bir konu için kabul edilmiştir. Kanaatimizce, her iki hüküm farklı olarak değerlendirilmeli ve zararın doğmasından sonra da taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya taşıyıcının sorumluluğunu daha alt sınırdan tespit eden anlaşmaların ilgili hükümleri geçersiz olmalıdır. Aksi bir uygulamanın kabulü, Sözleşmenin yeknesak uygulamasına da ters düşecektir.

1955 Lahey Protokolü ile Sözleşmenin 23. maddesine eklenen düzenlemeye göre; taşınan eşyanın kendisinde bulunan bir kusurdan,³⁹⁷ kalitesinden veya bozukluğundan doğan zararlar için Sözleşmenin 23. maddesi uygulanmaz (m.XII).

Uygulamada, yolcuların, göndericilerin veya temsilcilerinin, Sözleşme kapsamında, taşıyıcının parasal sınırına ilişkin hükmün uygulanmaması için, dava aşamasında ileri sürebilecekleri iddialar şunlardır³⁹⁸:

- Taşımacılığın sadece hava yolu ile ifa edilmemesi (m.1);
- Taşıyıcı tarafından hava yük senedinin teslim edilmemesi veya senette belirtilmesi gereken hususların eksikliği (m.9);
- Taşıyıcının kastî hareketinin varlığı (m.25).

³⁹⁷ Eşyada var olan kusur ifadesi, taşınan şeylerin zarar görmesine yol açacak kendi iç gelişimindeki bozukluk olarak tarif edilmiştir. Shawcross; Beaumont, s.VII- 371. Protokolün XII. maddesinin ihtilâf konusu olduğu davada mahkeme, hayvanların taşınmasını, eşya taşımacılığı olarak kabul ederek; canlı olarak teslim edilen hayvanların, taşınmanın sonunda ölü olarak teslimi hâlinde taşıyıcının sorumlu olmayacağına ilişkin taşıma sözleşmesinde var olan şartın geçerli olmadığına karar vermiştir. Ayrıca hayvanların ölümü ile hayvanlarda var olan hastalık arasında illiyet bağının olması gerektiği; somut olayda hayvanlar canlı olarak teslim alındığı için bu tür bir illiyet bağının doğmadığı belirtilmiştir. *Canadian Hunger Foundation v. Flying Tiger Line and Air Canada*, Supreme Court of Ontario, No.5488/78, 14 October 1987: bkz. Lauzon, Gilles: “Attorney General of Canada and Canadian Hunger Foundation v. Flying Tiger Line and Air Canada”, *Air Law*, Vol. XIII, No. 1 (1988), s.37-38.

³⁹⁸ Goldhirsch, s.90, 91.

Buna karşın taşıyıcı da, Sözleşme hükümlerinden yararlanmak için bütün tedbirleri aldığını (m.20) veya yolcu veya göndericinin ortak kusurunun varlığını (m.21) ispatlamalıdır.

(2) Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulamaması

Sözleşmenin 25. maddesine göre, taşıyıcı, kastî davranışı ile zararın oluşmasına neden olmuşsa, Sözleşmenin sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan hiçbir hükmünden yararlanamaz³⁹⁹. Bu hükümler, Sözleşmenin 20. (gerekli tüm tedbirleri aldığını veya alma ihtimali bulunmadığına ilişkin beyyine), 21. (ortak kusur) ve 22. (sorumluluğun parasal sınırı) maddeleridir⁴⁰⁰. Bu durumda taşıyıcının sorumluluğu mutlak sorumluluk olacağından, taşıyıcı, ulusal hukuk altında sahip olduğu kurtuluş beyyinelerinden dahi yararlanamaz. Dolayısıyla Sözleşme, taşıyıcı için hukukî yaptırım yaratan tek kaynak olmaya devam edecektir⁴⁰¹.

Sözleşmenin 25. maddesinde kastî hareket tanımlanmamıştır; davanın görüldüğü mahkeme, kastî hareketin varlığını takdir yetkisine sahiptir⁴⁰². Ulusal

³⁹⁹ Ayrıca taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağı hallere örnek olarak, yolcu biletinin teslim edilmemesine ilişkin 3/2. madde; uygun şekilde bagaj senedinin teslim edilmemesine ilişkin 4/4. madde; uygun hava yük senedinin teslim edilmemesine ilişkin 9. madde gösterilebilmektedir. Ancak ilgili üç madde hakkında mevcut olan ihtilâf noktaları üzerinde önceki bölümde durulduğu için bu bölümde üzerinde tekrar durulmayacaktır. Bkz. yuk. s.27, 29, 31.

⁴⁰⁰ Taşıyıcının 29. maddede düzenlenen dava açma süresinden yararlanıp yararlanmayacağı ise ihtilâf konusu olmuştur. Ancak çoğu kararda, taşıyıcının 29. maddede belirtilen süreden, kastî hareketin varlığı durumunda dahi yararlanmaya devam edeceği belirtilmiştir. *Bapes v. Trans World Airlines, Inc.*, 209 F. Supp. 380 - Dist. Court, ND Illinois 1962; *Bergman v. Pan Amer. Airways*, 32 AD 2d 95 - NY: Appellate Div., 1st Dept. 1969; *Stone v. Mexicana Airlines, Inc.*, 610 F. 2d 699 - Court of Appeals, 10th Circuit 1979, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013. Fikrimizce, dava açma süresi, Sözleşme kapsamında doğan tazminat hakkına ilişkin genel hüküm olması nedeniyle taşıyıcı, ilgili madde hükmünden yararlanmalıdır.

⁴⁰¹ *Dazo v. Globe Airport Security Services*, 295 F. 3d 934 - Court of Appeals, 9th Circuit 2002; *Carey v. United Airlines*, 255 F. 3d 1044 - Court of Appeals, 9th Circuit 2001, <http://scholar.google.nl>; erişim tarihi Nisan 2013.

⁴⁰² Sözleşmenin orijinal metni olan Fransızca metinde “dol” ifadesinin kullanılmış olmasına rağmen İngilizce metninde “wilful misconduct” ifadesinin geçmesi doktrinde ve içtihatla yorum ve uygulama farklılıklarına sebep olmuştur. Miller, s.195. Fransız hukukunda “dol/culpa lata; faute deliberee; acte illicite intentionnel” terimi, sadece zararın doğmasının planlandığı kastî hareketleri kapsarken; Common Law hukuk sisteminde kullanılan “wilful misconduct” ifadesi, hem zararın doğmasının planlandığı hem de planlanmadığı durumları içine aldığından, “dol” teriminden daha geniş bir

mahkemeler; kendi hukukları altında kastî hareket olarak sayılabilecek bir eylemin varlığını, eylem ile zarar arasında illiyet bağının mevcudiyetini ve eylemde bulunan kişinin bilgisinin olduğunu gösteren kanıtların yeterliliğini değerlendirerek, zararı tayin etmelidirler⁴⁰³.

Sözleşmede kastî hareketin tanımlanmamış olmasının ve tanımının ulusal hukuklara bırakılmasının yol açmış olduğu farklı uygulamaları sonlandırmak için Lahey Protokolünde ilgili terim açıklığa kavuşturulmuştur. Protokolün XIII. maddesine göre, taşıyıcının ve kendi görevi içinde hareket ettikleri ispatlanan işçilerinin veya temsilcilerinin zarar vermek kastıyla veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek, dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmal sonucunda zarar

kavramdır. Wassenbergh, General, s. 968; Diedericks- Verschoor, s.201-202; Mendes de Leon, s.51; Ritts v. American Overseas Airlines (1949) U.S.Av. Rep. 65, S.D.N.Y. 1949: bkz. Miller, s.200.

Amerikan içtihadında “*wilful misconduct*” terimi, kişinin bir başkasının zarara uğraması ile sonuçlanan bir eylemi bilinçli olarak yapması veya yapmaması veya planlı olarak açıkça görevini ihmal etmesi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bir eylemin kastî hareket sayılabilmesi için kişinin ifa ettiği eylem sonucunda zararın doğması ihtimalinin farkında olması ve bu tür eylemin muhtemel sonuçlarını önemsememesi gerektiği de belirtilmiştir. *Grey v. American Airlines*, 227 F. 2d 282 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1955; *American Airlines v. Ulen*, 186 F. 2d 529 - Court of Appeals, District of Columbia Circuit 1949; *Pekelis v. Transcontinental & Western Air*, 187 F. 2d 122 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1951; *Berner v. British Commonwealth Pacific Airlines, Ltd.*, 346 F. 2d 532 - Court of Appeals, 2nd Circuit, 1965; *Cohen v. Varig Airlines*, 62 AD 2d 324 - NY: Appellate Div., 1st Dept. 1978; *Rashap v. American Airlines*, U.S.C.Av.R. 593; *Wing Hang Bank, Ltd. v. Japan Air Lines Co., Ltd.*, 357 F. Supp. 94 - Dist. Court, SD New York 1973, <http://scholar.google.nl>; New York Southern District Court, 1955: bkz. Mc Nair; Kerr; Evans, s.191-192; *Goepp v. American Overseas Airlines*, 281 A.D. 105 (1952), <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Nisan 2013.

İngiliz doktrininde ise “*wilful misconduct*”, kişinin zararın doğacağını bilerek ve doğmasını isteyerek ve planlayarak bir eylemde bulunması veya düşüncesizce hareket etmesi şeklinde tanımlanmıştır. Mc Nair; Kerr; Evans, s.190. İngiliz içtihadında ise, “*wilful misconduct*”, kişinin eyleminde hatalı olarak davranması veya yapması gerekeni hatalı olarak yapmaması ve yanlış hareketinde ısrar etmesi veya sonucun ne olabileceğini önemsemeden, umursamadan hareketini yapması olarak tarif edilmiştir. *Horabin v. British Overseas Airways Corporation* [1952] 2 All E.R. 016, Queen Bench 1952: bkz. Miller, s.197.

Civil Law hukuk sistemini uygulayan Belçika ve İsviçre mahkemeleri, davalının zararın doğma ihtimalini bilmesinin fiilî ispatını aramışlardır. “*Sauvage v. Air India*, 1977 R.F.D.A 193, Court of Cassation Belgium, 20 January 1977; *Lacroix v. Swiss Air* 1974 FRDA 75, Federal Court of Switzerland, 11 July 1972”: bkz. Goldhirsch, s.153.

Sözleşmenin Türkçe tercümesinde, Fransızca metin esas alınmıştır; ancak bu terimin bilinçli olarak tercih edilip edilmediği müphemdir. Doktrinde Şanlı, “ağır kusur” olarak isimlendirmiştir. Bkz. Şanlı, Sivil Havacılık, s.57. Ayrıca Kaner, “bu kusurun, bilinen diğer kusur çeşitlerinden hiçbirine girmediyi” belirtmiştir. Kaner, Hava, s.93.

⁴⁰³ Goldhirsch, s.155.

meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluğun parasal sınırından yararlanamaz⁴⁰⁴. Ayrıca Protokolün XIV. maddesi ile Sözleşmeye 25A maddesi eklenmiştir. Buna göre, taşıyıcının işçisi veya temsilcisi, zarar vermek kastıyla veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptığı bir hareket veya ihmâl nedeniyle zarara sebep oldukları davacı tarafından ispatlanırsa, işçi veya temsilci kendi görevi çerçevesinde hareket ettiğini ispat ederek, sorumluluğun parasal sınırından yararlanabilir. Bu durumda, taşıyıcıdan, işçisinden veya temsilcisinden alınabilecek tazminat miktarı, Protokolün 22. maddesinde öngörülen sorumluluğun parasal sınırını aşamaz.

Sonuç olarak Protokol, kastî harekete ilişkin olarak Sözleşmenin ilgili hükmünde öngörülen üç önemli hususu değiştirerek⁴⁰⁵,

- Kastî hareket kavramı yerine bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini;
- Taşıyıcının, işçisi ve temsilcisi tarafından yapılan kastî hareket hâlinde sorumlu olacağını;
- Taşıyıcının kastî hareketi hâlinde, taşıyıcının sadece sorumluluğunun parasal sınırından yararlanamayacağını kabul etmiştir.

Protokol kapsamında davacı, meydana gelen kazanın sebebini, bu sebebe yol açan eylemi; eylemde bulunan kişinin zararın doğacağını bildiğini veya bilmesi gerektiğini; bu eylem neticesinde var olan zararı ve kastî hareket ile zarar arasında

⁴⁰⁴ Yargıtay, Lahey Protokolünün 25. maddesini, Protokolün Fransızca metninde yazılı olan “*temerrairement*” kelimesinin karşılığı olarak; “dikkatsizlikten öte tedbirsizliğe, ihtiyatsızlığa varan cesaretle, pervasızca bir tutum ve davranışın olayın meydana gelmesinde etken olması” şeklinde yorumlamıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.1984/5161, K.1984/5886, T.28.11.1984, YKD, C.XI, S.3 (Mart 1985), s.381-386; Yargıtay 11.Hukuk Dairesi E.1985/1624, K.1985/1626, T.22.3.1985, YKD, C.IX, S.6 (Haziran 1985), s. 840-844.

Bir başka kararda, Türk yerel mahkemesi, yolcuya ait bulunan kameranın, kabinde taşınması gerektiği halde, uçuş görevlisinin kameranın kabinde taşınmayacağını söylemesini ve davacının bu konuda önceden uyarılması gerektiği halde uyarılmamasını, Sözleşmenin 25. maddesi kapsamında pervasızca hareket olarak değerlendirmiştir. Söz konusu kararı Yargıtay, davacının manevî zarara uğrayıp uğramamasının tespiti noktasında tartışmış; ancak uçuş elemanının, taşıyıcının çalışanı sıfatını haiz olup olmadığı ve bu kişinin hareketinin Sözleşmenin 25. maddesi kapsamına dâhil olup olmayacağını tartışmamıştır. İstanbul 34. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2011/363-2012/105; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/11063, K. 2013/9723 (yayınlanmamış).

⁴⁰⁵ Goldhirsch, s.151-152, 162.

illiyet bağıını ispat etmelidir⁴⁰⁶. Taşıyıcının ve adamlarının zarar verme kastı ile veya zararın doğma ihtimalini bilerek hareket etmesini ispat etmek, sübjektif bir testin uygulanması gerektiğine işaret etmektedir⁴⁰⁷.

Bazı mahkemeler, sübjektif testi; bazı mahkemeler, objektif testi uygulamıştır. “Objektif test ile taşıyıcının eyleminin veya ihmalin tespit edilmesi, ortalama yeteneğe sahip olan bir taşıyıcının aynı şartlarla karşılaşsa, nasıl hareket ederdi sorusunun cevabına göre belirlenir. Öte yandan, sübjektif test ile taşıyıcının eylem veya ihmali kişisel şartlar göz önüne alınarak tespit edilir; bir diğer deyişle, taşıyıcının zararın doğma ihtimalini öngörecektir yeterli bilgiye sahip olup olmadığı tayin edilir”⁴⁰⁸. Sübjektif testte şu sorular cevaplanmalıdır: Fail, yaptığı hareketin ne olduğunu biliyor muydu; fail, yaptığı hareketin yanlış olduğunu biliyor muydu; fail, zarara yol açacağını biliyor muydu; fail, bunları bilmesine rağmen hareketini yapmaya devam etmiş miydi; fail, zararın sonuçlanacağını umursamadan mı hareket etmiş ve hareket etmeye devam etmiş miydi⁴⁰⁹?

⁴⁰⁶ Goldhirsch, s.162.

⁴⁰⁷ Diedericks- Verschoor, s.201.

⁴⁰⁸ Wassenbergh, General, s.968; Diedericks- Verschoor, s.204. Objektif test, Fransız (ancak bazı mahkemelerin sübjektif testi de uyguladıklarına rastlanmıştır), Amerikan (bazı davalarda sübjektif testi uyguladığı görülmüştür), Alman, Kanada, Yunan, Güney Kore mahkemeleri tarafından uygulanırken; sübjektif test, İsviçre, Belçika, Arjantin ve İtalyan mahkemeleri tarafından uygulanmıştır. Goldhirsch, s.154. İtalyan mahkemesinin uyguladığı sübjektif teste ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. *Piscitello v. Itavia*, Tribunal of Genoa, 28 December 1967, *Diritto Aereo* 1967; Court of Appeals of Genoa, 27 June 1970, *Diritto Aereo* 1972; Court of Cassation, 23 May 1972, *Diritto e Partica dell' Aviazione Civile* 1979: bkz. *Air Law*, Vol. XII, No.3, 1987, s.157. Amerikan mahkemelerinin uyguladığı objektif test için bkz. ayrıntılı açıklama için bkz. Haanappel, Peter P.C.: “Note on *Swiss Bank Corp. v. Air Canada Et Al*, Federal Court of Canada, Trial Division, Judgment by Walsh J., October 22, 1981, *Air Cargo, Wilful Misconduct*”, *Annals of Air and Space Law*, Vol.7 (1982), s.536. (*Swiss Bank Corp. v. Air Canada*); *Butler v. Aeromexico*, 774 F. 2d 429 - Court of Appeals, 11th Circuit 1985, <http://scholar.google.nl>. Buna karşın, bir Amerikan mahkemesinin uyguladığı sübjektif test için bkz. *Piamba Cortes v. American Airlines, Inc.*, 177 F. 3d 1272 - Court of Appeals, 11th Circuit 1999, <http://scholar.google.nl>; erişim tarihi Mayıs 2013.

⁴⁰⁹ Goldhirsch, s.156. Örneğin, bir Fransız mahkemesi, pilotun, kötü havada uçağı alçalttığı sırada uçağın denize çakılmasında pilotun kusuru olup olmadığını, pilotun içinde bulunduğu şartları değerlendirerek tayin etmiştir. Mahkeme, pilotun, otomatik pilot sisteminin uçakta olmamasına rağmen uçağın kötü hava koşullarında uçabileceğini ve yeterli benzini olduğunu bilmesi gerektiğine karar vermiştir. *Air Guadeloupe et autres c. Divers*, 1984 RFDA 301, C.A.Basse- Tere Guadeloupe, 12 December 1983: bkz. Goldhirsch, s.156.

Eğer davacı, taşıyıcının kastî hareketi ile zararın meydana geldiğini ispatlarsa, taşıyıcının sorumluluğu sınırsızdır. Aynı şekilde davacı, taşıyıcının işçisinin veya temsilcisinin, kendi görevi içinde hareket etmediğini ve kastî hareketi ile zararın meydana geldiğini ispatlarsa, taşıyıcının çalışanlarının veya temsilcilerinin sorumluluğu sınırsızdır.

Öte yandan, Montreal 4. Ek Protokolünün IX. maddesine göre, taşıyıcının veya kendi görevi çerçevesinde hareket ettikleri ispatlanan adamlarının kastî hareketi veya ihmali hâlinde sorumluluk sınırından yararlanamayacağı, sadece yolcu ve bagaj taşımacılığı açısından kabul edilmiştir. Ancak bu maddeye göre, eşya taşımacılığı sebebiyle doğan sorumluluk davalarında, taşıyıcının ve adamlarının kastî hareketi veya ihmali olsa dahi sorumlulukları yine sınırlıdır.

ç. Sözleşme Hükümlerinin Hâkimin Hukukunun Kamu Düzenine Aykırılığı Tartışması

Sözleşmelerin uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta mahkeme, kendi kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle, Sözleşme hükümlerini uygulamaktan imtina edebilir mi?

Yetkili yabancı hukukun, somut uyuşmazlığa uygulanan hükmünün, davanın görüldüğü mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hükmün uygulanmaması, hukuk düzenlerinde genel kabul görmüştür. Ancak bu anlayış, bir devletin taraf olduğu Sözleşme hükümleri açısından da uygulanabilir mi?

Sistem içinde yer alan düzenlemelerde kamu düzeninin müdahalesi düzenlenmemiştir. Doktrinde, genel olarak, açıkça kamu düzeni müdahalesini kabul etmeyen milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında, sözleşmelere taraf olan

devletlerin, kamu düzeni müdahalesinden vazgeçtikleri savunulmuştur⁴¹⁰. Bundan yola çıkarak, kanımızca Varşova Sisteminin içinde yer alan hukukî düzenlemelerde hâkimin kamu düzeni müdahalesine başvurabileceğine ilişkin bir hüküm kabul edilmediğinden, taraf olan devletlerin yargı makamları, kamu düzeni kurumuna başvurmamalıdır. Ancak İtalyan mahkemesi, THY aleyhine açılan davada Varşova Sözleşmesinde ve Lahey Protokolünde düzenlenen sorumluluk sınırına ilişkin hükmün⁴¹¹, kendi kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmayacağına karar vermiştir⁴¹². Fikrimizce, Sözleşme hükümlerinin Türk hukukundan farklı olması kamu düzeninin müdahalesini gerektirmemeli ve Sözleşme kapsamında olan bir uyuşmazlığın, Türk mahkemesinde görülmesi hâlinde, mahkeme, Sözleşmenin uyuşmazlığa uygulanan bir hükmünün, Türk kamu düzenine aykırılığını

⁴¹⁰ Nomer, Devletler, s.177-178.

⁴¹¹ Bir sonraki başlık altında taşıyıcının sorumluluk sınırı üzerinde ayrıntılı olarak durulacağı için burada sadece taşıyıcının sorumluluğunun parasal miktarı belirtilecektir. Varşova Sözleşmesi kapsamında yolcu taşımacılığını ifa eden taşıyıcının sorumluluğu, her yolcu için 125.000 frank ile sınırlı tutulmuş (m.22); daha sonra bu miktar 250.000 franka çıkarılmıştır (m.XI). Ancak ilgili madde, söz konusu miktarların az olması nedeniyle çok sayıda eleştiri almıştır.

⁴¹² İlgili davaya konu olan olay 1976 yılında Türk Hava Yollarına ait olan Antalya aktarmalı Roma-İstanbul-Antalya-Roma seferini yapan uçağın, İstanbul- Antalya ayağında düşmesidir. Bu olay sebebiyle ölen yolculardan birinin yakını tarafından, seferin varma yeri olan Roma’da taşıyıcının sorumluluk davası açılmıştır. Mahkeme, 22. maddeyi, İtalyan Anayasasının 2. (insanlık onuru başlıklı maddeye göre İtalya Cumhuriyeti, kişilere, birey ve kişiliğin tanımlandığı toplumun bir üyesi olarak dokunulmaz hakları tanır ve temin eder; ayrıca kişileri siyasi, ekonomik ve sosyal görevlerinin ifasına zorlar) ve 3. (vatandaşların eşitliği) maddelerine aykırı bulmuştur. Mahkemenin bu kararı alırken dayandığı ilk gerekçe, yolcuların, taşıyıcının ağır ihmâli veya kastî hareketine dayanmayan bir kaza sonucu zarara uğraması hâlinde, Varşova Sözleşmesi ve Lahey Protokolü kapsamında zararlarının tam karşılığını alamamalarıdır. Diğer gerekçe, Sözleşmenin 22. maddesinde öngörülen sorumluluk sınırının, yolcuların dokunulmaz haklarından olan kişisel emniyet hakkı veya kişiliğin korunması/fizikî bütünlük hakkını teminden mahrum kalmalarına yol açmasıdır. Son gerekçe ise, İtalyan hukuk düzeninde hava yolu dışında ulaşımın diğer türlerinde bir kaza meydana geldiğinde, yaralanan yolcuların veya yolcunun ölümü hâlinde yakınlarının, daha fazla tazminata hak kazanması ve dolayısıyla ulaşımın diğer türlerine göre sorumluluk sınırının farklı olmasının, İtalyan vatandaşları arasında bir eşitsizlik yaratmasıdır. *Coccia Ugo et al v. Turkish Airlines Company*, Italian Constitutional Court, Decision No. 132/1985 of 2nd May 1985 Regarding Article 22/1 of the Warsaw Convention (1929) as amended by Article XI of the Hague Protocol (1955), bkz. *Air Law*, Vol.X, No.6 (1985), s.297-305; Baccelli, Guido Rinaldi: “La Convention de Varsovie Devant La Constitution Italienne”, *Annals of Air and Space Law*, Vol.X (1985), s.225; Mendes de Leon, s.70; Diedericks-Verschoor, s.215; Luongo, Norberto E.: “The Fifth Jurisdiction: the American Dream”, *Annals of Air and Space Law*, Vol.XXXIV (2009), s.453; Mendes de Leon, Pablo; Eyskens, Werner: “The Montreal Convention: Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernization and Consolidation of the Warsaw System”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 66 (2001), s.1157; Guerreri, Giuseppe: “The Warsaw System Italian Style: Convention Without Limits”, *Air Law*, Vol.X, No.6 (1985), s.294 (Warsaw).

denetlememelidir⁴¹³. Çünkü Sistem içinde yer alan düzenlemelerde kamu düzeninin müdahalesi düzenlenmemiştir; aksi hâlde yeknesaklaştırma amacı zarar görebilir. Ayrıca Sözleşmeye taraf olunmadan önce, yetkili Türk makamlarının, Türk kamu düzenine aykırı görülen hususları değerlendirmesi; aykırı görülen bir hükmün varlığı hâlinde ya Sözleşmeye taraf olmaması ya da ilgili hükmün uygulanmasına şerh koyması gerekmektedir.

2. *Lex Fori*'nin İç Hukukunun Uygulama Alanına Giren Hukukî Sorunlar

Varşova Sistemi kapsamında bazı konular, açıkça *lex fori*'nin iç hukukuna tâbi kılınmıştır. Söz konusu hükümler şunlardır:

- *Tarafların ortak kusurunun varlığı*: Sözleşmenin 21.maddesinde, taşıyıcı zarara, zarar gören kişinin sebep olduğunu veya katkıda bulunduğunu ispat ederse, mahkeme kendi hukukuna göre taşıyıcıyı, kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtarabilir. Dolayısıyla ortak kusurun ispatı hâlinde, taşıyıcının ne ölçüde sorumluluktan kurtulacağı, maddî *lex fori*'ye tâbidir.
- *Taşıyıcının sorumlu olduğu miktarın taksitlendirilmesi*: Sözleşmenin 22/1. maddesi ve Lahey Protokolünün XI/1.maddesine göre, yolcu taşımacılığı sebebiyle oluşan zarar nedeniyle taşıyıcının yükümlü olduğu tazminat miktarını taksitli şekilde ödeyip ödeyememesi, davanın görüldüğü mahkemenin maddî hukukuna tâbidir.
- *Mahkeme ve diğer dava masraflarının ödenmesi*: Lahey Protokolünün XI/4. maddesi ile değiştirilen Varşova Sözleşmesinin 22/4. maddesi ile Sözleşme kapsamında düzenlenen sorumluluk sınırının, mahkeme

⁴¹³ Ayrıca Anayasanın 90/5. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası sözleşmeler hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Türk hukukunda kamu düzeninin müdahalesi, II. Bölümde ele alınacaktır. Bkz. aşa. s.281.

masraflarının ve dava ile ilgili diğer masrafların kısmen veya tamamen ödenmesine engel olmayacağı belirtilmiş; bu masrafların miktarlarının ne olacağı ise, mahkemenin hukukuna tâbi kılınmıştır. Böylece taşıyıcının mahkeme ve dava masraflarını ödeme yükümlülüğü de maddî *lex fori*'ye göre belirlenecektir.

- *Kastî hareket/ wilful misconduct*: Sözleşmenin 25. maddesi, zararın taşıyıcının kastî hareketi nedeniyle doğması hâlinde taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağını düzenlemektedir. Taşıyıcının eyleminin kastî hareket teşkil edip etmediği ise, davanın görüldüğü mahkemenin maddî hukukuna göre tespit edilecektir.
- *Usul hukukuna ilişkin konular*: Sözleşmenin 28. maddesi, usul hukukuna ilişkin konuları davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbi kılmıştır. Örneğin, Anglo-Amerikan hukuk sistemini uygulayan mahkemeler, *forum non conveniens* doktrinine dayanarak davaya bakmayı reddedip edemeyeceği mahkemenin hukukuna tâbidir⁴¹⁴.
- *Dava açma süresinin hesaplanması* (m.29/2).

3. Sözleşme’de Düzenlenmemiş Hukukî Konuların Vasıflandırılması ve Uygulanacak Hukukun Tayinine İlişkin Görüşler

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Sözleşme, bir “kaza veya olay” sonucunda yolcunun, bagajın veya eşyanın zarara uğraması hâlinde taşıyıcının sorumluluğunun şartlarına, sorumluluk sınırına ve sorumluluktan kurtulabilme hallerine ilişkin açıkça maddî hükümler getirmiş; bazı konuları da maddî *lex fori*'nin uygulama alanına açıkça bırakmıştır. Ancak ortaya çıkma ihtimali var olan her türlü hukukî sorun,

⁴¹⁴ Goldhirsch, s.181. Bkz. yuk. s.58, dn.174.

Sözleşme kapsamında düzenlenmemiştir⁴¹⁵. Bu hukukî sorunlara örnek olarak; taşıyıcının sorumluluğunun hukukî sebebi, dava açma hakkına kimlerin sahip olabileceği ve tazmin edilecek zararların kapsamı verilebilir⁴¹⁶.

Sözleşmenin uygulama alanına giren sorumluluk davalarına uygulanacak olan bu hukukî sorunların hangi hukuka tâbi olacağının düzenlenmemesi veya bu hukukî sorunların çözümü için maddî kurallar getirilmemesi bir eksiklik olarak düşünülebilir.

Sözleşmenin 24. maddesine göre,

“18 (*bagaj ve eşyanın uğramış olduğu zararlara ilişkin*) ve 19. maddeler (*gecikmeden doğan zararlara ilişkin*) kapsamına giren zararlara ilişkin davalar, dayanağı ne olursa olsun Sözleşmede belirtilen şart ve sınırlara tâbidir.

17. madde kapsamında açılan davalar, dava açma hakkına kimlerin sahip olacağı ve bu kişilerin birbirlerine olan hakları saklı kalmak kaydıyla Sözleşmede belirtilen şart ve sınırlara tâbidir”.

Sözleşmenin 24/2. maddesi, 17. madde kapsamında doğan sorumluluk davalarının kim tarafından açılacağını, Sözleşme hükümlerine tâbi tutmayıp; ulusal hukuklara bırakmıştır. Bu hüküm nedeniyle yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan sorumluluk davalarının kim tarafından açılacağı, Sözleşmede düzenlenmeyen bir konudur. Ayrıca Sözleşmenin 24. maddesi, 17 ve 18. maddelere yollama yapmıştır. Bu bağlamda 17. maddede yer alan “yaralanma veya herhangi bir bedenî zarar” ile

⁴¹⁵ Lagerberg, Eric M: Conflicts of Laws in Private International Air Law, Kanada 1991, s.25. Konuyu hem Varşova Sözleşmesi hem de Montreal Sözleşmesi açısından değerlendirme için bkz. Gjemulla; Schmid; Müller-Rostin; Dettling-Ott, s.18-Commentary.

⁴¹⁶ Bentivoglio, Ludovico M: “Conflicts Problems in Air Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 119, Issue III (1966), s.129; Sand, Peter H: “Limitation of Liability and Passengers’ Accident Compensation Under the Warsaw Convention”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.11 (1962), s.30.

“ölüm, yaralanma veya herhangi bir bedenî zararın oluşması sonucunda uğranılan zarar” ifadelerinin nasıl anlaşılması gerektiği meselesi ve yine aynı şekilde 18. maddede bagaj ve eşyanın uğradığı zarar nedeniyle yolcunun veya göndericinin maruz kaldığı manevî zararın tazmini konusu Sözleşmede açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle, bizim de katıldığımız bilimsel görüşler ve uygulanan içtihat doğrultusunda Sözleşmede açıkça düzenlenmediği için taşımacılık sebebiyle yolcunun veya mirasçısının veya göndericinin uğradığı (maddî ve manevî) zararlardan hangilerinin tazmin edilebileceğinin de Sözleşmede düzenlenmeyen bir diğer konudur⁴¹⁷. Sözleşmede düzenlenmeyen bu tür konuların hangi hukuka tâbi olacağının tayini için öncelikle taşıyıcının sorumluluğunun belirli bir hukukî kategori altında vasıflandırılması gerekmektedir⁴¹⁸. Hâkimin uyuşmazlığı, kendi maddî hükümlerine göre vasıflandıracağı kabul edilirse, taşıyıcının sorumluluğunun, sözleşmesel sorumluluk mu, haksız fiil sorumluluğu mu olacağı meselesi karşımıza çıkmaktadır.

Bu bölüm içinde, Sözleşmede düzenlenmeyen hukukî konuların (taşıyıcının sorumluluğunun hukukî sebebi, tazmin edilebilecek zarar türleri ve dava açma hakkının kime ait olduğuna ilişkin konuların) vasıflandırılması, bu konulara uygulanacak hukukun tayinine ilişkin görüşler üzerinden tartışılacaktır.

Sözleşmede düzenlenmeyen konulara uygulanacak hukuka ilişkin iki görüş söz konusudur. İlk görüş, *lex fori*’nin maddî hukukuna tâbi olmasını; ikincisi ise, *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfî kurallarına tâbi olmasını savunmuştur. Bu görüşlerin

⁴¹⁷ *Zicherman v. Korean Air Lines Co.*, 516 US 217 - Supreme Court 1996, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Ayrıca Zicherman davasının yorumu için bkz. Tatum, Brian S: “Exclusivity of the Warsaw Convention’s Cause of Action: The US. Supreme Court Removes Some of the Expansive Views Foundations in *Zicherman v. Korean Air Lines Co. Ltd*”, *the Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.26 (1996-1997), s.548-549. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. s.98 vd.

⁴¹⁸ Şanlı, Sivil Havacılık, s.56.

yanında, bazı hukukçular, sadece havacılık davalarına uygulanmak üzere farklı bağlama noktalarını esas alarak, özel bağlama kuralları önermişlerdir. Bu üç görüş, aşağıda başlıklar hâlinde ele alınacaktır. Bununla birlikte, bize göre de bu sorunların çözümü için genel bir kanunlar ihtilâfı hukuku kuralına ihtiyaç duyulmaktadır⁴¹⁹. Zira bu konuların Sözleşmede düzenlenmeme nedeni, Sözleşme kapsamına kanunlar ihtilâfı kuralını dâhil etmenin, Sözleşmenin yeknesak uygulanmasını engelleyeceği endişesidir⁴²⁰.

a. *Lex Fori*'nin Maddî Hükümlerinin Uygulanması Görüşü

Bu görüşe göre, Sözleşme'de boşluk bulunan alanlara ilişkin talepler, davanın açıldığı mahkemenin hukukunda bir kategori altına dâhil edildikten sonra mahkemenin maddî hükümlerine tâbi olmalıdır⁴²¹. Bu görüşü savunanlar gerekçelerini; Sözleşmenin maddî hüküm getirmediği konularda *lex fori*'yi yetkilendirmesine ve Sözleşmenin, kanunlar ihtilâfı hukuku sorunlarını ortadan kaldırmak amacına dayandırmışlardır⁴²². Ayrıca bu görüşün dayandığı bir diğer gerekçe de, *lex fori*'nin maddî hükümlerinin uygulanması ile her olaya birbirinden

⁴¹⁹ Şanlı, Sivil Havacılık, s.56.

⁴²⁰ Varşova Sözleşmenin hazırlık görüşmeleri sırasında Varşova Konferansının başkanının yaptığı açıklama için bkz. Kadletz, Andreas: "The Current Crisis of the Conflict of Laws in Private International Air Law", *Annals of Air and Space Law*, Vol. XXII, Part II (1997), s.90 (Conflict). Bu görüşmeler sırasında İsviçreli bir delegasyonun, taşıyıcıya karşı sorumluluk davalarının kim tarafından açılacağı hususunun ölen kişinin hukukuna göre belirlenmesine ilişkin önerisi, bu konunun davanın görüldüğü mahkemenin hukukuna tâbi olması gerektiği nedeniyle reddedilmiştir. *Komlos v. Compagnie Nationale Air France*, 111 F. Supp. 393 - District Court, SD New York 1952, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

⁴²¹ Kadletz, Andreas: *Conflicts of Laws in Private International Air Law: The Contracts of Carriage by Air, Aviation Insurance, Aircraft Purchase, Finance, the Creation of Security Rights in Aircraft and Common General Part*, McGill University Institute of Air and Space Law Master Thesis, Montreal 1996, <http://www.digitool.library.mcgill.ca>, s.78 (Thesis).

"Paris-İstanbul-Ankara uçuşu sırasında uçağın Ankara yakınında düşmesi üzerine ölenlerin yakınlarının açmış olduğu davada mahkeme, Varşova Sözleşmesi kapsamında olan uyuşmazlıkta, taşıyıcının kastî hareketi nedeniyle sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacağını belirterek, yakınlarının manevî tazminat taleplerini *lex fori*'ye göre takdir etmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.1985/1624, K.1985/1626, T.22.3.1985, YKD, C.IX, S.6 (Haziran 1985), s. 840-844.

⁴²² Bogdan, *Accident*, s.83; Sadikov, O. N: "Conflicts of Laws in International Transport Law", *Recueil des Cours*, Vol.190, No.1 (1985)s.243.

farklı ulusal kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanmasının önüne geçileceğidir⁴²³.

Ancak maddê *lex fori*'nin uygulanması çeşitli sorunları da beraberinde getirebilir. Bu hukukun uygulanması, davacıya birçok mahkeme arasından kendisine en uygun olan mahkemeyi seçmesine (*forum shopping*) yol açacaktır. Bu durum, hâkimin, ayrıca başka ülkede meydana gelen bir uyuşmazlığı, yabancı hukuk altında çözümlemeyip, kendi hukuku altında çözümlemesine neden olacaktır⁴²⁴. Bu noktada milletlerarası özel hukuk adaletinin ne ölçüde gerçekleşebileceği şüphelidir⁴²⁵.

b. *Lex fori*'nin Kanunlar İhtilâfı Kurallarına Göre Yetkili Hukukun Uygulanması Görüşü

Doktrin ve içtihatla hâkim olan görüş ve uygulama, Sözleşmede düzenlenmeyen konuların, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına tâbi olmasıdır⁴²⁶. Davanın görüldüğü mahkemenin, taşıyıcının hukukî sorumluluğunu

⁴²³ Bogdan, Accident, s.83.

⁴²⁴ Sadikov, s.208.

⁴²⁵ Aynı yönde bkz. Kadletz, Thesis, s.79.

⁴²⁶ Bu görüşün uygulandığı *Zicherman v. Korean Air Lines* davasında mahkeme yolcunun ölümü veya yaralanmasına ilişkin davalarda, 17. ve 24/2. maddelerinin birlikte ele alınması gerektiğini; tazmin edilecek zararların tayininin, mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları altında yetkili hukuka tâbi olacağını belirtmiştir. *Zicherman v. Korean Air Lines Co.*, 516 US 217 - Supreme Court 1996, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. Ayrıca *Zicherman* davasının yorumu için bkz. Tatum, s.537-550. Ayrıca *Mertens v. Flying Tiger, Inc.*, 341 F. 2d 851, U.S.Court of Appeals of Second Circuit, 1965 <http://openjurist.org>, erişim tarihi Ocak 2013; *Leroy v. Sabena Belgian World Airlines*, 344 F. 2d 266, U.S. Court of Appeals of Second Circuit, 1965; *O'rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 730 F. 2d 842 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1984 <http://scholar.google.nl>. *In Re Air Crash Disaster at Malaga, Spain* on September 13, 1982, 611 F.Supp. 903, 1985, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Ocak 2013.

Alman içtihadında da Sözleşmenin *lex fori*'ye tâbi olacak konuları zaten belirlediği, bu durumun genel bir uygulama sayılamayacağı; dolayısıyla Sözleşme kapsamında düzenlenmeyen konuların doğrudan *lex fori*'ye tâbi olmaması gerektiği belirtilmiştir. "District Court (Landgericht) in Munich in 15 July 1975; Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht, 1977; affirmed by the appellate court (Oberlandgericht) in Munich on 3 February 1977": bkz. Bogdan, Accident, s. 84. Aynı yönde Kanada mahkemesi, somut ihtilâf konusu olan davacının zararının, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukukuna göre yetkili hukuka tâbi olacağına karar vermiştir. "*Dame Suprenant v. Air Canada*, Court of Appeals of Quebec in 1972": bkz. Bogdan, Accident, s.85.

vasıflandırdığı sorumluluk sebebine göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir; bu sorumluluk sebebi de ya sözleşmesel sorumluluk ya da haksız fiil sorumluluğudur⁴²⁷.

Bu kapsamda, Sözleşmede düzenlenmeyen hukukî sorunların, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına tâbi olması durumunda, bu sorunlara uygulanacak hukuku tayin edecek olan mahkeme, yetkili hukukun maddî hükümlerini mi yoksa kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarını mı uygulayacaktır; bir diğer deyişle atıf red mi edilecek yoksa kabul mü edilecektir?⁴²⁸ Atıf, hâkimin, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili yabancı hukukun somut uyuşmazlığın çözümünü, bir başka devletin hukukuna göndermesidir⁴²⁹. Varşova Sistemi kapsamında düzenlenmeyen konularda atfın kabulünün, ulusal hukuk uygulamalarına ve politikalarına bağlı olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁴³⁰.

c. Özel Bir Bağlama Kuralı Oluşturulmasına İlişkin Görüş

Doktrinde, bütün yolculara ve eşya taşımacılığı ile ilgili olan bütün kişilere eşit ve genel muamelede bulunulması ve uygulanacak hukukun tespitinde, dengenin sağlanması açısından, tek bir kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanması gerektiği savunulmuştur⁴³¹. İlgili başlık altında üzerinde duracağımız bağlama kuralı önerileri, sadece Sözleşmede boşluk bulunan alanlar hakkında olmayıp; aynı zamanda Sözleşme kapsamına girmeyen uluslararası taşımacılık sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tayini açısından da geçerlidir.

⁴²⁷ Giemulla; Schmid; Müller-Rostin; Dettling-Ott; Margo, s. 20-21- Commentary.

⁴²⁸ Sadikov, s.212. Nitekim Sözleşmenin açıkça *lex fori*'nin iç hukukunu yetkilendirdiği hukukî sorunlarda, atıf reddedilmiştir.

⁴²⁹ Nomer, Devletler, s.143; Aybay; Dardağan, s.159; Şanlı; Esen; Ataman- Figanmeşe, s.51-;52 Tanrıbilir, Feriha Bilge: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", *TBB Dergisi*, S.87 (2010), s.203; Çelikel; Erdem, s.108; Doğan, Milletlerarası, s.188; Tekinalp, Gülören; Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s.44.

⁴³⁰ Sadikov, s.212-213. Türk hukukunda atfa ilişkin bilgiler, II. Bölümde yer alacaktır. Bkz. aşa. s.278.

⁴³¹ Kadletz, Conflict, s.96.

Özellikle Amerikan doktrinde, kanunlar ihtilâfı sorunlarının giderilmesi için taşıyıcının sorumluluğu açısından hukukî sebep bazında ayırma gitmeden özel bağlama kuralları önerilmiştir. Bu öneriler, sadece hava taşımacılığı sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanması açısından ortaya konduğu için hava taşımacılığına özgü, özel bağlama kuralı önerileridir. Doktrinde getirilen öneriler şunlardır:

- İlk olarak, *Lacour* ve *Vischer*, 24/2. madde veya Sözleşmenin tamamı kapsamında *sui generis* bir kural oluşturulmasını; bu bağlamda Sözleşme’de düzenlenmeyen hususların maddî *lex fori*’ye; Sözleşme kapsamında olmayan uluslararası taşımacılıktan doğan ihtilâfların taşıyıcının esas işyeri veya meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbi olmasını önermişlerdir⁴³². Ancak önerilen bu bağlama kuralı, ölüm ile sonuçlanan zarar ile yakın bir bağa sahip olmayacağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir⁴³³.

- Bir diğer bağlama kuralı önerisi, *Mendolsohn* tarafından ortaya konulan, Sözleşme kapsamında olsun olmasın, hava aracı kazalarından doğan zararın tayininin, yolcunun en aşikâr olduğu veya yolcu ile en büyük ilgisinin bulunduğu kabul edilen, yolcunun yerleşim yerinin veya meskeninin bulunduğu yer hukukuna bağlanması önerisidir. Nitekim yazar, bu yerin de genelde yolcunun uçuş biletini aldığı veya seyahate başladığı yer olduğunu belirtmiştir⁴³⁴. Doktrinde, bu görüş, aynı hava aracı içinde aynı kaza sonucu aynı zarara uğrayan yolcuların farklı hukuklara tâbi olacağı ve yolcuların zararının karşılanmasında ayrımcılık yaratacağı noktasında eleştirilmiştir⁴³⁵.

⁴³² Yazarların görüşleri için bkz. Haanappel, Warsaw, s.68.

⁴³³ Haanappel, Warsaw, s.68.

⁴³⁴ Mendelsohn, Allan I.: “A Conflict of Laws Approach to the Warsaw Convention”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol.33, No.4 (1967), s.628 (Conflict).

⁴³⁵ Bogdan, Accident, s.155.

- Öte yandan, *Sadikov*, *Bentivoglio* ve *Bogdan*, hava aracı kazaları nedeniyle yolcu veya yakınlarına karşı hava taşıyıcısının sorumluluğu konusunda vasıflandırma sorununun giderilmesi ve hukuk düzenleri arasında yeknesaklığın ve öngörülebilirliğin daha üst seviyede sağlanacağı gerekçesiyle, *lex banderae*⁴³⁶ ve *lex portitoris*⁴³⁷ bağlama kuralının uygulanmasını savunmuşlardır. *Bentivoglio*, taşıma sözleşmesinden doğan bütün uyuşmazlıkların, bayrak yeri hukukuna tâbi olmasını önermiştir⁴³⁸. Doktrinde, *lex banderae* bağlama kuralı önerisi, hava aracının tâbiyetini taşıdığı devlet ile taşıyıcının tâbiyetini taşıdığı devletin her zaman aynı olmayacağı ve hava aracının tâbiyetini taşıdığı devletin kolaylıkla bilenemeyeceği ve öngörülebilirliği sağlayamayacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁴³⁹.

Bogdan, taşıyıcının sorumluluğunun; öncelikle hava aracının kayıtlı olduğu devletin hukukuna, eğer bu yer davalı taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülkeden farklı ise, taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olması gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁴⁰. Ayrıca *Sadikov*, çoğu yolcunun bir yerden bir yere gitmek için öncelikle kendi ulusal hava yollarına başvurduğunu ve bu karine altında *lex portitoris* kuralının, hava yolu ile taşımacılık nedeniyle doğan bütün hukukî uyuşmazlıklara ilişkin kanunlar ihtilâfı hukuku sorunlarına çözüm olacağını belirtmiştir⁴⁴¹. Doktrinde *lex portitoris* bağlama kuralı önerisi, ardıl taşıyıcılar veya sözleşmesel taşıyıcı dışında fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımalarda, birden fazla rejimin uygulanabileceği açısından eleştirilmiştir⁴⁴². Ancak bu eleştiriye karşı,

⁴³⁶ *Lex banderae*, uçağın bayrağını taşıdığı, kayıtlı olduğu ülkenin hukukudur. Sadikov, s.208.

⁴³⁷ Taşıyıcının kayıtlı olduğu yer aynı zamanda onun yerleşim yerinin veya esas işyeri merkezinin bulunduğu yer ise, bu yer, *lex portitoris* olarak adlandırılır. Sadikov, s.208.

⁴³⁸ Bentivoglio, s.81.

⁴³⁹ Kadletz, Thesis, s.95.

⁴⁴⁰ Bogdan, Accident, s.158-159; Bogdan, European, s.346-348.

⁴⁴¹ Ancak yazar, bu kuralın yolcunun yaralanması nedeniyle doğan taşıyıcının sorumluluğuna uygulanmasının uygun olmadığını da belirtmiştir. Sadikov, s.246-247.

⁴⁴² M. Lemoine tarafından yapılan bu eleştiri için bkz. Kadletz, Thesis, s.102.

lex portitoris bağlama kuralının uygulanmasını savunanlar, taşıma belgelerine bakarak, sözleşmesel taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu ülkenin tespit edilebileceğini ve yolcu ve eşya taşımacılığına aynı hukukun uygulanacağını belirtmişlerdir⁴⁴³.

- Bir diğer öneri sahibi, *Kadletz*, sözleşmesel taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının, makul bir öngörülebilirlik gerekçesiyle açısından en iyi dengeyi sağlayabileceğini savunmuştur. Ayrıca yazar, taşıma sözleşmelerinin havacılık alanında gelişmiş ve taşımaya ilişkin hukukî konularda tecrübeli devletlerde bulunan taşıyıcılar ile yapıldığını ve kaza nedeniyle açılan sorumluluk davalarının çoğunluğunun hava hukukuna ilişkin kuralların geliştiği bu devletlerde görüldüğünü belirtmiştir. Ancak yazar, sözleşmesel taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması kuralının, her zaman âdil olamayacağına; adaletin tek bir kural ile bütün davalarda yerini bulmasının mümkün olmadığına dayanarak iki basamaklı ve bir istisnadan oluşan kurallar öngörmüştür. Şöyle ki yazar, ilk kural olarak, hava taşıma sözleşmesinin, taşıyıcının sözleşmeyi akdettiği işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olmasını önermiştir. İkinci kural ise sözleşmenin, taşıyıcının şubesinin dışında, örneğin seyahat acentesinde yapılması durumunda, taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasıdır. Bu kuralların istisnası ise, taşıyıcının esas işyeri merkezi ile yolcu veya göndericinin yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin, kalkma veya varma yeri olması hâlinde, bu ülkenin hukukunun, en yakın ilişki içinde bulunan ülke hukuku olarak uygulanmasıdır⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Kadletz, Thesis, s.102.

⁴⁴⁴ Kadletz, Thesis, s.108-109; Kadletz, Conflict, s.105-106.

- Bir diğ er  neri, Reese tarafından oluşturulan özel havacılık kuralları  nerisidir⁴⁴⁵. Reese, yolcunun üreticiye ve taşıyıcıya karşı; taşıyıcının üreticiye karşı;     nc  kişinin üreticiye ve taşıyıcıya karşı ileri s recek i taleplere uygulanacak hukuku ayrı ayrı ele almıştır. Ayrıca her bir başlık altında davalının sorumluluğunun kendi davranışından kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespitini, davalının kusurundan doğan zararların tazmin  ve cezaî tazminat (*punitive damages*)⁴⁴⁶ açısından değerlendirmiştir. Yazar, önerilerinde, uygulanacak hukukun tespitinde mahkemelerin işini kolaylaştıracak ını ve sonucun öngörülebilirliğini sağlayacak ını, hava aracı kazaları alanında davacının uğradığı zararların tam olarak giderilecek ini iddia etmiştir.

Çalışmamız, taşıyıcının yolcuya karşı olan sorumluluğuna ilişkin olduğundan, burada Reese'in yolcunun taşıyıcıya karşı olan taleplerine uygulanmak üzere ortaya koyduğu bağlama kuralı önerilerine değinecek iz. Bu  neriler řunlardır⁴⁴⁷:

⁴⁴⁵ Reese, Willis L.M: "The Law Governing Airplane Accidents", *Washington and Lee Law Review*, Volume 39, Issue 4 (1982) (Accident).

⁴⁴⁶ *Common Law* hukuk sisteminde öngörülen cezaî tazminatın genel kabul görmüş bir tanımına rastlanmamaktadır. Ancak genel olarak suç işleyen kişinin kusurlu, kasıtlı, kötü niyetli hareketi yapt ığı için onu cezalandırmak amacıyla verilen ek yaptırım olarak kabul görmektedir; ayrıca, gelecekte aynı davranışı yapmasından caydırmak amacını da taşımaktadır. Cezaî tazminat ilk olarak, 1736 yılında *Huckle v. Money* davasında, o dönemin gazetesinde çalışan bir kişinin, başka bir kişinin evini izlerken yakalanması üzerine, kişinin mülküne tecavüz (*trespass*) nedeniyle hapis cezasına ve cezaî tazminata mahk m olması ile İngiliz hukukunda ortaya çıkmıştır. 19. yüzyıldan itibaren iftira, aldatma, şahsa karşı tecavüz, müessir fiil, zina, mülke tecavüz, bir kişinin hürriyetini kısıtlama su larında da verilmeye başlanmıştır. Amerikan hukukunda ise, ilk olarak 1852 yılında şahsa karşı tecavüz, bir kişinin hürriyetini kısıtlama, bir kişinin m lk  üzerine tecavüz, planlı dolandırıcılıkla birlikte aldatma suçlarından verilmekteydi. Amerikan hukukunda cezaî tazminatın öngörüldüğü ilk dava 1852 yılında görülen *Day v. Woodworth* davasıdır. Dolayısıyla Varşova Sözleşmesi akdedildiği sırada cezaî tazminat, sadece haksız fiilden doğan sorumluluk davalarında verilirken; sözleşmeden doğan sorumluluk davalarında söz konusu ceza  ng r lmemişti. Daha sonraları çeşitli federal mahkemeler, sözleşmesel sorumluluğun kötü niyetli şekilde ihl linin, haksız fiil sayıldığı gerekçesiyle cezaî tazminata hükmetmişlerdir. Ayrıca taraflar arasında özel bir ilişkinin varlığı durumunda; yani sigorta ilişkisi gibi karşılıklı güveni gerektiren bir hukukî ilişkinin ihlâli hâlinde de cezaî tazminat öngörülmüştür. Barlow, Patricia: "Punitive Damages Under the Warsaw Convention: Mixing Apples with Oranges", *Annals of Air and Space Law*, Vol. XVII, Part II (1992), s.71- 86.

⁴⁴⁷ Reese, Accident, s.1314-1318. Ancak bu  neriler, Varşova Sözleşmesi kapsamına dâhil olmayan taşımacılıklar içindir.

- Reese; taşıyıcının, kalkmadan önce uçağın denetlenmesi sırasında bir kusuru olup olmadığının, davacının seçimine bağlı olarak, taşıyıcının uçağın denetimini yaptığı, taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu, taşımacılığın kalkma veya varma yerinin bulunduğu ülke hukuklarından birine göre belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. Ayrıca yazar; taşıyıcının, taşımacılık sırasında bir kusurunun olup olmadığının, davacının seçimine bağlı olarak, taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu, taşımacılık sırasında kusurlu eylemi işlediği, taşımacılığın kalkma veya varma yeri ülke hukuklarından birine göre tespitini önermiştir.
- Reese, önerdiği bağlama kurallarının, davalının kusurlu eylemi nedeniyle ortaya çıkan tazminat talepleri için de geçerli olduğunu savunmuştur⁴⁴⁸.

Ancak, Sözleşmede düzenlenmeyen sorunların maddî *lex fori* 'ye mi yoksa *lex fori* 'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına mı tâbi olacağına ilişkin tartışma sona ermemiştir. Genel kabul gören görüş, Sözleşmede açıkça düzenlenmeyen konuların, mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına tâbi olmasıdır⁴⁴⁹. Bu görüşler somut uyuşmazlıklara uygulandığında, her uyuşmazlıkta farklı bağlama kuralları uygulanabilmektedir. Bu kurallardan bazıları şunlardır:

- Maddî *lex fori* görüşü altında uygulanacak hukuk, davanın açıldığı mahkemenin hukukudur.

⁴⁴⁸ Cezaî tazminat, ülkemizde uygulanmadığı için yazarın buna ilişkin önerisine burada değineceğiz. Buna göre, yazar, cezaî tazminat talebinin, davacının seçimine göre, taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu ülke veya zararın taşıyıcının hava aracının denetimindeki kusurundan kaynaklanması durumunda taşıyıcının hava aracının denetimini yaptığı ülke veya zararın taşıyıcının hatasından kaynaklandığı durumda, sefer sırasında hatanın yapıldığı ülke hukuklarından birine tâbi olduğunu savunmuştur.

⁴⁴⁹ Shawcross; Beaumont, s.VII-352.

- Yetkili mahkeme, taşıyıcının sorumluluğunu, sözleşmesel sorumluluk altında vasıflandırırsa, sözleşmenin akdedildiği yer (*lex loci contractus*)⁴⁵⁰ veya sözleşen tarafların yükümlülüklerinin ifa yeri (*lex loci solutionis*)⁴⁵¹ hukuku uygulanabilir.
- Yetkili mahkeme, yolcunun ölümü hâlinde uyuşmazlığı miras statüsü altında vasıflandırırsa, yetkili hukuk, *lex hereditatis* olmaktadır⁴⁵².
- Yetkili mahkeme, Sözleşmede boşluk bulunan alanlara ilişkin davacının taleplerini, haksız fiil sorumluluğu altında vasıflandırırsa, yetkili hukuk, *lex loci delicti commissi*'dir⁴⁵³.

⁴⁵⁰ *Conklin v. Canadian Colonial Airways, Inc.* 266 N.Y. 244, 194 N.E.692, 1935: bkz. Kreindler, Lee S.: Aviation Accident Law, ABD 2002, s.16-9.

⁴⁵¹ Hava yolu taşımacılığı açısından bu yer, varma yeridir. Kadletz, Thesis, s.98

⁴⁵² Ancak bazı hukuk düzenlerinde; örneğin Fransız hukuk düzeninde, sözleşmesel ilişkinin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin, sözleşme hükümlerine dayanarak hak talep edebileceği kabul edilmiştir. Haanappel, Warsaw, s.68, 69.

⁴⁵³ *Mertens v. Flying Tiger Line*, 341 F.2d 851, United States Court of Appeals Second Circuit, 16 Şubat 1965, <http://openjurist.org>, erişim tarihi Ocak 2013; *In Re Air Crash at Dubrovnik, Croatia*, April 3, 1996, No.1180, Connecticut Law Tribune, June 12, 2000, District Connecticut, April 10, 2000: bkz. Kreindler, s.16-8. *Fitts v. Minnesota Mining & Manufacturing Company*, 581 So. 2d 819 - Supreme Court of Alabama 1991, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

Ancak burada da sorunlar çıkmaktadır. Açık denizler üzerindeki serbest hava sahasında kaza meydana geldiğinde, taşıyıcının sorumluluk davasına, hava aracının tâbiyetini taşıdığı ülkenin hukukunun uygulanması önerilmektedir. Yine açık denizler üzerindeki serbest hava sahasında farklı tâbiyete sahip iki hava aracı çarpışmışsa, taşıyıcının sorumluluk davasına hâkimin hukukunun uygulanması önerilmektedir. Haanappel, Warsaw, s.69. Ayrıca bu konunun tartışıldığı davalar için bkz. *Lacey v. LW Wiggins Airways*, 95 F. Supp. 916 - Dist. Court, D. Massachusetts 1951; *D'Aleman v. Pan American World Airways*, 259 F. 2d 493 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1958, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

Önceleri İngiliz hukukunda hem mahkemenin hukukuna (yani İngiliz hukukuna) göre hem de kazanın meydana geldiği yer hukukuna göre dava edilebilirlik testi uygulanmaktaydı. Uygulanan bu çifte dava edilebilirlik (*double actionability*) kuralına göre İngiliz mahkemesi, İngiltere dışında işlenen haksız fiile uygulanacak hukuku tayin ederken, iki şartın varlığını aramaktaydı. Mahkeme, ilk olarak, haksız eylem İngiltere'de işlenseydi, eylemin İngiliz hukuku altında dava edilebilir niteliğini (*lex fori*'ye göre); ikinci olarak da haksız eylemin işlendiği yer hukukuna göre eylemin dava edilebilir niteliğini tespit etmekteydi. *Phillips v. Eyre* [Exchequer Chamber], LR 6 QB 1, 23 June 1870: <http://www.justis.com>, erişim tarihi Mart 2013. Kurala ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Güneysu, Gülin: İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.42, S.1-4 (1991-1992), s.181-200. İlgili kurala, bir istisna getirilmiştir. Bu da, uyuşmazlığın en önemli ilişki içinde olduğu ülke tespit edilerek, uyuşmazlığa en önemli ilişkiyi haiz ülkenin hukukunun uygulanmasıdır. Örneğin, tarafların aynı devletin tâbiyetini taşıması hâlinde, bu devletin hukuku veya mahkemenin hukuku altında somut uyuşmazlık dava edilebilir nitelikte olmasa dahi, haksız fiilin işlendiği ülkenin hukuku uygulanabilir. *Chaplin v. Boys* AC 356, House of Lords

- Ayrıca Amerikan hukuk düzenleri açısından sözleşme ve haksız fiile uygulanacak hukukun tayini aşamasında mahkemeler, farklı metodolojik yaklaşımları uygulamışlardır⁴⁵⁴. Uygulamada karşılaşılan yaklaşımlar şunlardır: “en önemli ilişkiyi haiz hukuk kuralı⁴⁵⁵, devlet menfaatinin tahlili metodu⁴⁵⁶, seçimi etkileyen mülâhazalar, daha iyi hukuk kuralı⁴⁵⁷” ve “ağırlık merkezi yaklaşımı⁴⁵⁸.

1971: bkz. Chesire, North; Fawcett: Private International Law, Birleşik Krallık 2008, s.767; Gill, Michael S.: “Turbulent Time or Clear Skies Ahead?: Conflict of Laws in Aviation Delict and Tort”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol.64 (1998-1999), s.210; Güneysu, s.191. Daha sonra bu kural, daha ileri boyuta taşınmıştır. Mahkeme, belirli durumlarda bir eylemin, *lex fori* altında dava edilebilir nitelikte olmasa dahi *lex loci delicti* altında dava edilebilir olmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir. *Red Sea Insurance Co. Ltd. v. Bouygues S.A.*, [1995] 1 App. Cas. 190: bkz. Gill, s.210.

Ancak bu kural, 1995 yılında kaldırılmıştır. Bkz. The Private International Law (Miscellaneous Provision) Act, Section 10, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/contents>, erişim tarihi Şubat 2016. Bölüm 11’e göre, genel kural, haksız fiilden doğan borç ilişkilerinin haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tâbi olmasıdır. Ancak kişisel yaralanma veya kişisel yaralanma sonucu ölüm hâlinde, yaralanmanın meydana geldiği sırada kişinin bulunduğu ülke; malın uğradığı zarar hâlinde, zararın meydana geldiği sırada malın bulunduğu ve diğer hâllerde ise haksız fiile en önemli unsurun veya unsurların bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

⁴⁵⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. Kreindler, s.16-8, 16-34; Gill, s.195-242; Güngör, Gülin: Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşım, Ankara 2007, s.23-84 (Yakınlık); Symeonides, s.66-126; Hay, Peter; Weintraub, Russell J; Borchers, Patrick J.: Conflict of Laws, Cases and Materials, New York 2004, s.501-627; Turhan, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi”, Ankara 1989, s. 72-99.

⁴⁵⁵ Bu kuralı uygulayan kararlardan bazıları: *Foster v. United States*, 768 F. 2d 1278 - Court of Appeals, 11th Circuit 1985; *Pittway Corp. v. Lockheed Aircraft Corp.*, 641 F. 2d 524 - Court of Appeals, 7th Circuit 1981, <http://scholar.google.nl>; *In Re Air Crash near Cali, Colombia* on December 20, 1995, 96- MD- 1125, August 18, 1997, S.D. Fla. 1997: bkz. Kreindler, s.16-20; 16-21.

⁴⁵⁶ *In re Paris Air Crash of March 3, 1974*, 399 F. Supp. 732, C.D. Cal. 1975: bkz. Hay, Peter; Weintraub, Russell J; Borchers, Patrick J.: Conflict of Laws, Cases and Materials, New York 2004, s.620-621; Gill, s. 228-229; Bogdan, Accident, s. 19-20, 111-112. *In Re September 11 th Litigation*, 280 F.Supp.2d 279 (2003), United States District Court, S.D. New York, September 9, 2003; *In Re September 11 th Litigation*, 494 F.Supp.2d 232 United States District Court, S.D. New York, 3 July 2007, *Barkan v. General Administration of Civil Aviation of the Republic of China*, 923 F.2d 957 (1991), United States Court of Appeals, Second Circuit, 1991, <http://www.leagle.com>; *Hurtado v. Superior Court*, 522 P. 2d 666 - California Supreme Court 1974, *Neumeier v. Kuehner* 31 NY 2d 121 - New York Court of Appeals 1972, <http://scholar.google.nl>; *Husain v. Olympic Airways*, 116 F. Supp. 2d 1121, N.D. Cal. 2000: bkz. Kreindler, s.16-25. (Bu davaların hepsi Varşova Sistemi kapsamında açılan davalar değildir.)

⁴⁵⁷ *In Re Air Crash at Little Rock, Arkansas* on June 1, 1999, 125 F. Supp. 2d 357, E.D. Arkansas 2000: bkz. Kreindler, s.16-29.

⁴⁵⁸ *W.H.Barber Co. v. Hughes* 63. N.E.2d 417, Indiana 1945: bkz. Symeonides, s.111; *Griffith v. United Air Lines, Inc.*, 416 Pa. 1, Supreme Court of Pennsylvania, 1964, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mart 2013; *Armiger v. Real SA Transportes Aereos*, 377 F. 2d 943 - United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1967, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013. (Bu davaların hepsi Varşova Sistemi kapsamında açılan davalar değildir.)

Genel olarak, devletlerin maddî hukuk düzenlemelerinde, bagaj veya eşyanın harabiyeti veya hasarı hâlinde taşıyıcının sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluğun ihlali olarak vasıflandırılmıştır. Ancak yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan ölüm veya yaralanma nedeniyle açılan davaların hukukî sebebi, hukukî düzenlemelerde farklılık arz etmektedir⁴⁵⁹. Söz konusu ayırımın gerekçesi açık olmamakla birlikte taşıyıcının yolcuya zarar vermeme yükümlülüğünün, sözleşmeden bağımsız ve hukukî kurallara

⁴⁵⁹ İngiliz hukukunda genel olarak uluslararası hava taşımacılığı sebebiyle doğan zararlar nedeniyle uygulanacak hukuk, haksız fiil bağlama kuralı ile tespit edilmiş; ancak Sözleşme kapsamında düzenlenmeyen konulara, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin bağlama kurallarının uygulandığı da görülmüştür. Örneğin “*Grein v. Imperial Airways*, 1 Avi. 622, Ct. App. 1936; *Preston v. Hunting Air Transport Ltd.* [1956] 1 Q.B. 454; *Corocraft v. Pan American Airways, Inc.* [1968] 2 All E.R.1059, Q.B.1968; rev’d 1969 1 All E.R. 82, Ct. App. 1968; *Romulus Films Ltd. v. William Dempster Ltd.* [1952] 2 Lloyd’s Rep. 535; Q.B.1952”; ayrıca aksi yönde kararlar olan “*Bart v. British West Indian Airways, Ltd.* [1967] 1 Lloyd’s Rep. 239, Guyana Ct. App. 1966”: bkz. Miller, s.243.

Öte yandan Fransız hukukunda Sözleşme kapsamında olsun olmasın, uluslararası hava taşımacılığı sebebiyle meydana gelen ölüm, kişisel yaralanma, bagaj ve eşyanın zarara uğraması hâllerinde taşıyıcının sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluğunun ihlali olarak kabul edilmiştir. Miller, s.231-232; Diedericks- Verschoor, s.186; Bentivoglio, s.156. Doktrinde Fransız hukukçu Michel de Juglart bu durumunun gerekçesini, taşıyıcının yolcunun güvenli ve sağ salim bir şekilde varma yerine ulaştırma yükümlülüğü altında olduğuna dayandırmış; taşıyıcının üstlendiği taşımacılık sebebiyle kazanın meydana gelmesi hâlinde, taşıyıcının sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğu değil; sözleşmesel sorumluluğunun ihlali olduğunu belirtmiştir. Michel de Juglart’ın *Traite Elementaire de Droit Aerien*’de yer alan açıklaması için bkz. Barlow, s.98.

Ayrıca Fransız hukukunda “*stipulation pour autrui*” doktrini altında, sözleşmesel ilişki içinde olmayan 3. kişilerin de, sözleşmenin tarafı olan kişiye sözleşmesel edimini yerine getirmemesi durumunda sözleşmenin ihlali davası açabilmektedir. Bu doktrin çerçevesinde taşıyıcının ifa ettiği taşımacılık sebebiyle yolcunun ölümü hâlinde, ölen yolcunun yakınları, taşıma sözleşmesinin ihlâline dayanarak taşıyıcının sorumluluğunu talep edebilir. Miller, s.237. Nitekim bir davada mahkeme, Sözleşme kapsamında olan taşımacılık sebebiyle yolcunun ölümü üzerine yakınının, taşıyıcıya karşı olan taleplerini haksız fiile dayandırmasını reddetmiştir. Mahkeme kararında, her ne kadar 24. maddede “dayanağı ne olursa olsun” ifadesine yer verilmiş olsa da Sözleşmenin taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğu çerçevesinde hazırlandığını ve zarar görenlerin taleplerini haksız fiil sorumluluğu temelinde ileri süremeyeceklerini belirtmiştir. *Hennessy c. Air France*, (1952) 6 RFDA 199, Tribunal Civil Seinei 24 April 1952; aff’d (1954) 8 RFDA 45, C.A.Paris, 25 February 1954”: bkz. Miller, s.237.

Meksika hukukunda da, Fransız hukukunda kabul edildiği gibi, yolcunun uğradığı zarardan taşıyıcının sorumluluğu, yolcuların güvenli bir şekilde ulaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine dayandırılarak, sözleşmesel sorumluluk olarak kabul edilmiştir. Barlow, s.101.

Aynı gerekçelerle Kanada Temyiz Mahkemesi de, taşıyıcının sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluğa dayandırmıştır. *Dame Suprenant v. Air Canada*, Court of Appeals of Quebec, 1972: bkz. Bogdan, Accident, s.142.

Buna karşın Amerikan içtihadı, aksi yönde kararlar olsa da taşıyıcının sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu olarak kabul etmiştir. Örneğin Mertens davasının konusu, Varşova Sözleşmesi kapsamına giren taşımacılık sebebiyle meydana gelen kazada ölen yolcunun yakınlarının hangi tür zararlarının karşılanacağıdır. Mahkeme, bu kişilerin zararlarını, kendi kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına göre haksız fiile uygulanacak olan hukuk kapsamında karara bağlamıştır. *Mertens v. Flying Tiger Line*, 341 F.2d 851, United States Court of Appeals Second Circuit, 16 Şubat 1965, <http://openjurist.org>, erişim tarihi Ocak 2013.

dayanan bir yükümlülük; bagaj ve eşyaya zarar vermeme ve tam zamanında teslim etme yükümlülüğünün ise, taşıma sözleşmesi ile taşıyıcıya yüklenen bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁰.

Bütün bu farklılıklar, tarafların hangi hukuk altında hak ve yükümlülüklerle sahip olacaklarını önceden bilmelerini engelleyerek, öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. Nitekim uluslararası taşımacılıkta, taşımacılığın birden fazla ülkenin sınırlarından geçerek ifa edilmesi; farklı vatandaşlığa, yerleşim yerine veya mutad meskene sahip yolcuların birlikte seyahat etmesi; taşıma şirketlerinin tâbiyetinin, uçağın tescil edildiği yerin veya uçağın üretildiği hatta tek tek parçalarının imâl edildiği yerlerin farklı ülkelerde olması çok sık karşılaşılan bir durumdur. Günümüzde hava taşımacılığın önemli ölçüde yolcular ve göndericiler tarafından tercih edildiği gerçeğinden yola çıkılarak, Varşova Sisteminde düzenlenmeyen konulara ilişkin taleplerin hangi hukuk düzenine tâbi olacağı, bir bağlama kuralı oluşturularak ele alınmalıdır.

Yukarıda bahsettiğimiz nedenlerle, taşıyıcı ve yolcuların, önceden hangi hukuk kuralına bağlı olacaklarını bilmeleri önemlidir. Bu konuda, geniş katılımın sağlanması güçlüğüne rağmen, öngörülebilirliği sağlayan uluslararası alanda kabul

⁴⁶⁰ Bodgan, Accident, s.143. Genel olarak haksız fiil hukukunun temel politikası, toplum çıkarlarını koruma iken sözleşme hukukunun temel politikası, tarafların birbirlerine karşı vermiş oldukları sözlerin ifasında tarafların çıkarlarını korumaktır. Collins, Lawrence: "Interaction Between Contract and Tort in the Conflict of Laws", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.16 (1967), s.103.

Doktrinde, Sözleşmenin, çeşitli maddeleri ile (özellikle m.1/2; m.3; m.23; m.32), taşıyıcı ile yolcu, gönderici veya alıcı arasındaki sözleşmesel ilişkiyi düzenlediği savunulmuştur. Miller, s.232,234. Ancak taşıyıcının, "kastî hareketinin (*wilful misconduct*, m.25)" varlığı hâlinde Sözleşmede düzenlenen sorumluluğunun sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamaması nedeniyle ortaya çıkan sınırsız sorumluluk hâlinin, sözleşmesel sorumluluğun değil, haksız fiil sorumluluğunun kapsamına girdiği de kabul edilmiştir. Ancak bu durumda, sınırsız sorumluluk hâlinin, sözleşmesel ilişki kapsamında ağırlaştırılmış sorumluluk olarak nitelendirilmesini değiştirmeyeceği de ifade edilmiştir. Miller, s.234. Öte yandan, Sözleşmenin 24. maddesinde 'dayanağı ne olursa olsun' ifadesine yer verilmesi, taşıyıcının sorumluluk davasının, sözleşmesel sorumluluk dışında başka hukukî sebeplere dayanarak açılabileceğini göstermektedir. Miller, s.235.

gören bir bağlama kuralına olan ihtiyaç kaçınılmazdır. Zararın, taşıyıcının ifa ettiği taşıma faaliyetleri sırasında; bir diğer deyişle, taşıyıcının meslekî ve ticarî faaliyetleri sırasında ortaya çıkması ve taşıma sözleşmesinde karakteristik edimi taşıyıcının ifa etmesi nedeniyle, Sözleşmede düzenlenmeyen konuların ve Sözleşme kapsamına girmeyen uluslararası taşımacılıktan doğan uyuşmazlıkların, taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olması gerektiği kanaatindeyiz.

Ç. Varşova Sistemi ve Yabancı Mahkeme veya Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Sözleşme kapsamında doğan uyuşmazlıklar hakkında verilen mahkeme ve hakem kararlarının bir başka âkit devletin ülkesinde tanınması ve tenfizi, Sistem kapsamında düzenlenmemiştir.

Uluslararası niteliği açısından Varşova Sistemi kapsamında verilen kararların tanınması ve tenfizine ilişkin bir hükmün getirilmemesi, doktrinde eksiklik olarak görülmüştür⁴⁶¹. Bu noktada, yabancı mahkeme veya hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, iki veya çok taraflı sözleşme hükümlerine tâbidir⁴⁶². Sözleşmeler kapsamında olmayan yabancı mahkeme ve hakem kararları ise, tanıma ve tenfiz talebinde bulunulan mahkemenin hukukuna tâbi olur⁴⁶³.

⁴⁶¹ Şanlı, Sivil Havacılık, s.48.

⁴⁶² Şanlı, Sivil Havacılık, s.49.

Çok taraflı anlaşmalar; AB hukuku bünyesinde AB Üye Devletler açısından geçerli olan 1980 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Sözleşmesi, 27 September 1968, OJ C59, 1979; 2000 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin, Brüksel Tüzüğü, The Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000, OJ L 12, of 16 January 2001; tahkim kararının bir başka ülkede tanınması ve tenfizine ilişkin olarak 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesidir.

⁴⁶³ Şanlı, Sivil Havacılık, s.49.

III. MONTREAL SİSTEMİ

Varşova Sözleşmesinin; uluslararası taşımacılığa ilişkin kuralların yeknesaklaştırılmasına katkısı çok büyük olmasına rağmen, kusur sorumluluğuna dayalı sorumluluk rejiminin kabul edilmesi, Sözleşme kapsamında taşıyıcının sorumluluk sınırının devletleri tatmin etmemesi⁴⁶⁴, taşıma belgelerine ilişkin şekilci taleplerin var olması ve milletlerarası yetkiye sahip olan mahkemelerin dar kapsamlı tutulması nedeniyle güncelliğini yitirmiştir⁴⁶⁵.

Bunun üzerine, 1999 Montreal Sözleşmesi, Varşova Sistemi içinde yer alan Sözleşme ve Protokol hükümleri ile taşıyıcıların kendi aralarında yaptıkları anlaşma (1992 Japon Girişimi⁴⁶⁶; 1995 ve 1996 IATA Anlaşmaları⁴⁶⁷; 1997 ATA

⁴⁶⁴ Tobolewski, Aleksander: “Against Limitation of Liability; A Radical Proposal”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. III (1978), s.261-267.

⁴⁶⁵ Milde, Michael: “Warsaw Requiem or Unfinished Symphony? (from Warsaw to the Hague, Guatemala City, Montreal, Kuala Lumpur and to...?)”, *the Aviation Quarterly*, Part I (1996), s.37 (Warsaw Requiem); Clark, Lorne S.: “The IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability and Its Implementation: 1996 the Year of Decision”, *The Aviation Quarterly*, Part 1 (1996), s.6-7.

⁴⁶⁶ Japonya, Japon Yeninin değeri karşısında Amerikan Doları ve SDR üzerinden hesaplanan taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırının değerinin düşmesi ve Japon kurbanların ailelerine verilen tazminat miktarının az olması nedeniyle “Japon Girişimi/*Japanese Initiative*” olarak bilinen bir feragatnameyi 20 Kasım 1992 tarihinde yayınlamıştır. Abe, Koichi: “The Practical Considerations Giving Rise to the Japanese Initiative and the IATA Inter-carrier Agreement”, *The Aviation Quarterly*, Part I (1996), s.53. Buna göre Japonya, Varşova Sisteminde öngörülen taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırını ve 20. madde altında taşıyıcının dayanabileceği “tüm gerekli önlemleri aldığına” ilişkin savunmayı, 100.000 ÖÇH’nin altında olan iddialar için kaldırmış ve taşıyıcının kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir. Goldhirsch, s.9.

⁴⁶⁷ IATA’nın üyesi olan taşıyıcılar, 1995 yılında Yolcu Sorumluluğuna İlişkin IATA Taşıyıcılar Arası Anlaşmayı (*IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability/IIA*) ve 1996 tarihinde, IATA Taşıyıcılar Arası Anlaşma’nın Yerine Getirilmesi için Önlemlere İlişkin Anlaşmayı (*Agreement on Measures to Implement the IATA Inter-carrier Agreement /MIA*) kabul etmişlerdir. Abe, s.52. IATA Anlaşmaları, IATA üyesi olan taşıyıcıları bağlayıcı şekilde, sadece Varşova Sözleşmesi/Lahey Protokolü kapsamında olan uluslararası hava yoluyla yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan davalar açısından uygulanmaktadır. Ancak bu anlaşmalar, Varşova Sistemini bertaraf edemez. Tompkins, *Air Transportation*, s.13; Milde, *Warsaw Requiem*, s.44; Gesell, Laurence E.; Dempsey, Paul Stephen: *Aviation and the Law*, ABD 2005, s.849. Nitekim Anlaşmanın 6. fıkrası ile bu Anlaşmanın hiçbir hükmünün, Sözleşme kapsamında yolcuların veya iddiada bulunma hakkına sahip olan kişilerin haklarını etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu anlaşmalar ile taşıyıcılar, sadece yolcunun ölümü ve yaralanması hâline ilişkin Varşova Sisteminde öngörülen sorumluluk sınırının kendilerine uygulanmasından feragat etmişlerdir. Whalen, Montreal, s.14. Ayrıca IIA’nın 1. maddesine göre yolcuların ölümü, yaralanması veya diğer fizikî zarara uğraması hâlinde ortaya çıkan zararların (*recoverable compensatory damage*) tazmini ve taşıyıcının sahip olacağı haklar, yolcunun yerleşim yeri hukukuna tâbidir. Kaza sonucunda yolcunun ve ailesinin uğradığı zararların tazmini, sigorta şirketleri tarafından karşılanmalıdır. Bunun yanında MIA, Anlaşmanın tarafı olan taşıyıcılar tarafından kendi taşıma şartları ve tarifelerini birleştirmek üzere kabul edilmiştir. Bu anlaşmanın 1. maddesine

Anlaşması⁴⁶⁸) hükümlerini birleştirerek, tek bir hukukî metin içinde yeknesak bir rejim kurmak amacıyla akdedilmiştir⁴⁶⁹. Montreal Sözleşmesinin kabulü ile 1929 tarihli Varşova Sözleşmesinin taşıyıcı lehine getirdiği yaklaşımdan uzaklaşmış; taşıyıcılara nazaran yolcu ve gönderici lehine daha fazla hükümler içeren bir yaklaşım benimsenmiştir⁴⁷⁰. Nitekim Sözleşmenin önsözünün 3. paragrafında, müşterinin menfaatinin korunması önemle vurgulanmıştır. Doktrinde, Sözleşme metninde geçen müşteri kavramının yolcu, alıcı ve gönderici kavramlarından daha geniş yorumlanması ve eşya taşıyıcıları (*forwarder*), fiilî olarak görevli bulunanlar

göre, Varşova Sözleşmesinin 17. maddesi kapsamında doğan zararların tazminine ilişkin iddialarda, taşıyıcılar, Sözleşmenin 22/1. maddesinde belirtilen sorumluluk sınırından yararlanamayacakları gibi 100.000 ÖÇH'nin üzerinde olan iddialar için de Sözleşmenin 20/1. maddesinde düzenlenen savunmaya başvurmamayaacaklardır.

⁴⁶⁸ 9 Ekim 1997 tarihli 2027/97 sayılı Kaza Sırasında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğuna ilişkin Tüzük, AB mevzuatına uygun olarak taşıma sertifikasına sahip olan Topluluk hava yolu taşıyıcısının sorumluluğunu düzenlemiştir. Council Regulation (EC) No 2027/97 of 9 October 1997 *on Air Carrier Liability in the Event of Accidents*, Official Journal L 285, 17/10/1997 P. 0001 - 0003, <http://eur-lex.europa.eu>. Tüzüğün 3/1/a. maddesi ile kaza nedeniyle yolcunun ölümü, yaralanması ve diğer fizikî zarara uğraması ile ortaya çıkan zararlara ilişkin olarak Topluluk hava taşıyıcısının sorumluluğunun; uluslararası sözleşme ile veya taşıma sözleşmesi ile kararlaştırılsa da herhangi bir parasal sınıra tâbi olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Tüzük kapsamında 100.000 SDR sınırına kadar olan zararlar için taşıyıcı lehine kurtuluş beyyinesi öngörülmeyle taşıyıcının sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak; 100.000 SDR sınırından daha yüksek zararlar için taşıyıcının sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak kabul edilmiştir. Tüzük, Üye Devlet taşıyıcıları için Sözleşme hükümlerine nazaran öncelikle uygulanması için hazırlanmıştır. Buehrlen, Veronique: "Air Carrier Liability for Passenger Injury within the EC: Disposing with Limits on Compensation and Other Issues", *The Aviation Quarterly*, Part 3 (1998), s.189. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Giemulla, Elmar M.; Schyndel, Heiko van: "Liability in International Law (Private Air Law)", *International and EU Aviation Law*, edited by Elmar M. Giemulla and Ludwig Weber, Hollanda 2011, s.231; Ortino, Federico; Jurgens, Gideon R.E.: "The IATA Agreements and the European Regulation: The Latest Attempts in the Pursuit of a Fair and Uniform Liability Regime for International Air Transportation", *Journal of Air Law and Commerce*, Vol.64, No.2 (1999), s.409-415; Dempsey, Paul Stephen: *European Aviation Law*, Hollanda 2004, s.143 vd (European).

Avrupa Topluluğu, Montreal Sözleşmesine, 2001/539/EC numaralı karar ile katılmıştır. 2001/539/EC: *Council Decision of 5 April 2001 on the conclusion by the European Community of the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (the Montreal Convention)*, OJ L 194, 18.7.2001, p. 38. AT'nin Sözleşmeye katılmasını takiben, yeni bir Tüzük hazırlanmıştır. Buna göre, Topluluk taşıyıcısı tarafından yerine getirilen yolcu ve bagaj taşımıcılığı, Montreal Sözleşmesi kapsamında olması durumunda, Montreal Sözleşmesinin ilgili sorumluluk hükümleri uygulanır. Regulation EC No. 2027/97 of the Council of 9 October 1997 *on Air Carrier Liability in Respect of the Carriage of Passengers and Their Baggage by Air*, OJ L 285, 17.10.1997 as amended by Regulation (EC) No. 889/2002, <http://eur-lex.europa.eu>, erişim tarihi Nisan 2013.

⁴⁶⁹ Tompkins, *Air Transportation*, s.77; Whalen, *Montreal*, s.14; Diedericks- Verschoor, s.219.

⁴⁷⁰ Tompkins, *Air Transportation*, s.34; *Hornsby v. Lufthansa German Airlines*, 593 F.Supp.2d 1132, United States District Court, C.D. California, January 6, 2009, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mayıs 2013; *Weiss v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 433 F. Supp. 2d 361 - Dist. Court, SD New York 2006, *Sompo Japan Ins. v. Nippon Cargo Airlines Co.*, 522 F. 3d 776 - Court of Appeals, 7th Circuit 2008, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013.

dışında taşıyıcı ile hizmet sözleşmesine dayanarak uçakta bulunan personeli (*deadheading*)⁴⁷¹ ve sigortacıları da kapsamına alması gerektiği belirtilmiştir⁴⁷².

Montreal Sözleşmesi ile kurulan sorumluluk rejimi şu özellikleri taşımaktadır⁴⁷³ :

- i) Taşıyıcının *sınırsız* sorumluluğu kabul edilmiştir;
- ii) Sözleşmesel ve fiilî taşıyıcıya yönelik uygulanacak daha tutarlı bir sistem ortaya konmuştur;
- iii) Tüketici hakları, yolcunun, taşıyıcıya göre daha üst konumda olduğu temelinde tanınmıştır;
- iv) Yolcuların ve iddiada bulunma hakkına sahip olan kişilerin iddialarının doğru çıkması hâlinde, onlar lehine zorunlu olmayan ön ödeme kurumu getirilmiştir;
- v) Bu sistemin yeknesak bir şekilde uygulanması öngörülmüştür.

Montreal Sözleşmesi, Varşova Sözleşmesinin bir tamamlayıcısı veya değiştirilen hâli olmayıp; tamamıyla yeni bir sözleşmedir⁴⁷⁴. Buna karşın, Montreal Sözleşmesinin çoğu hükümleri, Varşova Sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Bu nedenle, Montreal Sözleşmesi hükümlerinin yorumlanması için Varşova Sözleşmesinin hükümlerini yorumlayan kararlara da başvurulmaktadır⁴⁷⁵. Bu

⁴⁷¹ Bkz. yuk. s.34.

⁴⁷² Whalen, Montreal, s.16.

⁴⁷³ Diedericks-Verschoor, s.219.

⁴⁷⁴ Rodriquez, s.26. ABD Mahkemelerinin Montreal Sözleşmesinin tamamıyla yeni bir sözleşme olduğunu belirten kararları: “*Bassam v. American Airlines*, 5 th Circuit 2008; *Ehrlich v. American Airlines*, 2d Circuit 2004; *Booker v. BWIA West Indies Airways*, E.D.N.Y. 2007; *denied 2d Cir.*2009; *American Home Assurance v. Kuehne & Nagel*, S.D.N.Y. 2009; *Yahya v. Yemenia-Yemen Airways*, E.D.Mich. 2009; *Vigilant Insurance Co. v. World Courier*, S.D.N.Y. 2008; *Mansoor v. Air France KLM Airlines*, S.D.California. 2008; *Best v. BWIA West Indies Airways*, E.D.N.Y.2008; *Paradis v. Ghana Airways*, S.D.N.Y. 2004; *Ugaz v. American Airlines*, S.D.Fla. 2008”: bkz. Tompkins, Air Transportation, s.45’den naklen.

⁴⁷⁵ *Baah v. Virgin Atlantic Airways Ltd.*, 473 F. Supp. 2d 591 - Dist. Court, SD New York 2007, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Aralık 202.

kararlar, Montreal Sözleşmesi hükümlerini uygulayan mahkemelere rehberlik etmektedir⁴⁷⁶. Nitekim Montreal Sözleşmesinin hazırlık görüşmelerinde, o döneme kadar yetmiş yıldır uygulanan Varşova Sistemi içinde yer alan metinlerde belirtilen terimlerin yorumunun ve uygulanmasının korunması konusu üzerinde hassasiyetle durulmuş; Sözleşmenin son metninde de, hiçbir terim değişikliğine gidilmemiştir⁴⁷⁷.

Varşova Sistemi, Montreal Sisteminin kabulü ile ilga olmamış ve halen yürürlükte dir. Bu bağlamda, uluslararası hava yolu taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıklara, hâkim, hangi Sistemi uygulayacaktır? Bu soruya verilen cevap, kalkma ve varma yerlerinin sınırları içinde bulunduğu iki devletin, Varşova veya Montreal Sözleşmelerine taraf olmasına göre değişecektir. Öte yandan, kalkma ve varma noktalarının her iki Sözleşmeye taraf olan devletlerin sınırları dâhilinde bulunması durumunda, hangi Sözleşmenin esas alınacağı sorusu, Montreal Sözleşmesinin 55. maddesinde cevap bulmuştur. Bu madde ile Montreal Sözleşmesinin, Varşova Sistemi içinde yer alan düzenlemelere nazaran öncelikle uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

İlgili başlık altında, Varşova Sisteminde yer alan benzer hükümler ile tekrara girmemek amacıyla, Varşova Sistemi ile Montreal Sisteminin farklı özellikleri üzerinde durulacaktır. Ayrıca Montreal Sisteminde kullanılan kavramların, Varşova Sisteminde kullanılan kavramlar ile eş anlamda olması nedeniyle, ilgileri ölçüsünde Varşova Sistemine ilişkin konulara atıf yapılacaktır.

⁴⁷⁶ Tompkins, *Air Transportation*, s.32.

⁴⁷⁷ Tompkins, George N. Jr: "The Montreal Convention and the Meaning of 'Destination' in Article 33/1", *Air and Space Law*, Vol.XXXII, No.3 (2007), s.224-225 (Destination).

A. Montreal Sisteminin Uygulama Alanı

1. Sistemin Uygulanabilmesi için Gereken Şartlar

Montreal Sisteminin uygulama alanı, Varşova Sisteminin uygulama alanına ilişkin hükümleri ile aynı şekilde düzenlenmiştir. Sözleşmenin uygulanabilmesi için aşağıdaki şartların varlığı aranmaktadır (m.1). Buna göre, taşımacılık;

- Hava araçları ile ifa edilmeli;
- Yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığına ilişkin olmalı;
- Taraflar arasında yapılacak sözleşmeye dayanmalı;
- Ücret karşılığı yapılmalı;
- Uluslararası nitelikte olmalıdır.

Bu şartlara sahip bir taşımacılığa, Sözleşmenin sorumluluk kuralları, kendiliğinden ve doğrudan uygulanacaktır⁴⁷⁸.

İlgili madde kapsamında geçen ‘hava aracı; ücret; yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığı ve uluslararası taşımacılık kavramları’, Varşova Sisteminde kullanılan kavramlar ile eş anlamlıdır.

Montreal Sözleşmesi de Varşova Sözleşmesi gibi, bir taşımacılığın kalkma ve varma yerlerinin iki Taraf Devletin sınırları içinde bulunması veya tek bir Taraf Devletin sınırı içinde bulunmasına karşın kararlaştırılmış durma yerinin Sözleşmeye taraf olsun olmasın bir başka devletin ülkesinde bulunması hallerinde uygulanacaktır (m.1/2)⁴⁷⁹. Uluslararası taşımacılığın bu tanımında yer alan ‘taraf devlet; kalkma

⁴⁷⁸ Tompkins, Air Transportation, s.78.

⁴⁷⁹ Uluslararası taşımacılığın bir parçası olan iç hat taşımacılığının, taşımacılığın uluslararası karakterini etkilemeyeceğine ilişkin karar için bkz. *Kruger v. United Airlines, Inc.*, 481 F.Supp.2d 1005 (2007), United States District Court, N.D. California, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mayıs 2013.

Kararlaştırılan durma yerinin bulunduğu devletin, Montreal Sözleşmesine taraf olmasının gerekmediğine ilişkin kararlar için bkz. *In re Air Crash at Lexington, August 27, 2006*, 501 F. Supp. 2d 902 - United States District Court, ED Kentucky, Central Division, 26 June 2007; *Jones v. USA*

yeri; varma yeri; ücret; durma yeri' kavramları da Varşova Sisteminde kullanılan kavramlar ile eş anlamdadır.

Montreal Sözleşmesinin, Varşova Sözleşmesi ve değiştirilmiş metinlerinden farkı, taşıma belgelerine ilişkin hükümler açısından dır. Varşova Sisteminin uygulama alanının şartlarından olan 'taşımacılığın, taşıma sözleşmesine dayanarak yapılmasına' ilişkin kısımda taşıma belgelerinden bahsettiğimiz için burada bu farklılıklara kısaca değineceğiz.

- Varşova Sisteminde olduğu gibi, Montreal Sözleşmesinde de bir taşımacılığın, uluslararası nitelikte olup olmadığını tayin için yolcu veya gönderici ile taşıyıcı arasında yapılan taşıma sözleşmesine bakılması gerekir. Bu durumun kanıtlanması da yolcu taşımacılığında yolcu bileti; bagaj taşımacılığında bagaj tanımlama etiketi⁴⁸⁰; kargo⁴⁸¹ taşımacılığında hava yük senedi⁴⁸² veya kargo

3000 Airlines, United States District Court, ED Missouri, Eastern Division, 9 Şubat 2009, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013.

⁴⁸⁰ Varşova Sözleşmesinde "luggage ticket"; Lahey Protokolünde "baggage check"; Sözleşme ve Protokolün Türkçe tercümelerinde "bagaj senedi" terimleri kullanılmıştır. Montreal Sözleşmesinde bu terimlerin yerine, "baggage identification tag" terimi tercih edilmiştir. Ancak anlam bakımından bir fark yoktur. Ancak tez çalışmamız boyunca "bagaj senedi" ifadesi kullanıldığı için herhangi bir karışıklığa sebebiyet vermemek adına "bagaj tanımlama etiketi" yerine "bagaj senedi" terimi kullanılacaktır.

⁴⁸¹ Montreal Sözleşmesinde, Varşova Sözleşmesi ve Lahey Protokolünden farklı olarak *goods* (eşya) terimi yerine *cargo* (kargo) terimi kullanılmıştır. Tez çalışmamız kapsamında "eşya taşımacılığı" ifadesi kullanıldığı için Montreal Sözleşmesinde de "kargo taşımacılığı" yerine "eşya taşımacılığı" ifadesi kullanılacaktır.

⁴⁸² Varşova Sözleşmesinde, "air consignment note"; Lahey Protokolü ile Montreal Sözleşmesinde "air waybill" terimleri kullanılmıştır. Ancak terimlerin Türkçe tercümesinde, Varşova Sözleşmesi ve Lahey Protokolünün Türkçe tercümesinde "hava yük senedi"; Lahey Protokolü ile aynı terim kullanmış olmasına rağmen Montreal Sözleşmesinin Türkçe tercümesinde "hava sevk fişi" terimi tercih edilmiştir. Tez çalışmamız boyunca "hava yük senedi" kavramı kullanıldığı için bu bölümde herhangi bir karışıklığa sebebiyet vermemek adına "hava sevk fişi" kavramı yerine "hava yük senedi" kullanılacaktır.

Sözleşmenin hava yük senedine ilişkin 7/1 ve 7/2. maddeleri, Varşova Sözleşmesinin 6. maddesi ile benzer bir düzenlemeye sahiptir. Şöyle ki, "hava sevk fişi, gönderici tarafından üç orijinal parça olarak yazılacaktır. İlk parça, "taşıyıcı için" olarak işaretlenecek, nakliye gönderici tarafından imzalanacaktır. İkinci parça, "alıcı için" olarak işaretlenecek, gönderici ve taşıyıcı tarafından imzalanacaktır. Üçüncü parça, kargo kabul edildikten sonra kargoyu göndericiye verecek olan taşıyıcı tarafından imzalanacaktır." Maddenin devamında ise taşıyıcı ve göndericinin imzalarının basılabileceği ve damgalanabileceği yer alır (m.7/3). Ayrıca eğer göndericinin isteği doğrultusunda, hava sevk fişini taşıyıcı yazarsa, aksi ispata tâbi olarak, taşıyıcı gönderici adına hareket etmiş sayılır (m.7/4).

makbuzu⁴⁸³ ile olmaktadır. Montreal Sözleşmesinde, Varşova Sözleşmesinden farklı olarak taşıma belgelerine (yolcu bileti, bagaj senedi, hava yük senedi veya kargo makbuzuna) ilişkin kurallar, teknolojiye uyumlu olarak, yeniden ele alınmıştır⁴⁸⁴. Buna göre yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığına ilişkin olarak yazılması gereken hususların yer aldığı herhangi bir belge, yolcu biletinin, bagaj senedinin veya hava yük senedinin yerine geçebilir (m.3/2⁴⁸⁵, m.4/2⁴⁸⁶). Örneğin elektronik yollar kullanılarak alınan biletlerin cep telefonlarına veya elektronik posta adreslerine gelen elektronik bilet yolcu seyahat belgesinin çıktısı gibi.

Doktrinde, yolcu biletinin, bagaj senedinin veya hava yük senedinin eksik olması veya uygun olmaması (örneğin kaza nedeniyle harap olması) hallerinde, davanın görüldüğü mahkemenin ispata ilişkin kurallarına uygun olarak taraflar arasında yapılan taşıma sözleşmesinin, yazılı, elektronik veya sözlü olarak kanıtlanabileceği kabul edilmiştir⁴⁸⁷.

- Bir diğer farklılık da, taşıma belgelerinde yazması gereken hususlardan, taşımacılığın Sözleşme hükümlerine tâbi olduğuna ilişkin beyan veya ihbar konusundadır. Buna göre, sadece yolcu ve bagaj taşımacılığı nedeniyle doğan taşıyıcının sorumluluğuna, Sözleşme hükümlerinin uygulanacağı hususunda yolcuya yazılı bir ihbarda (*notice*) bulunulmalıdır (m.3/4). Buna karşın, eşya taşımacılığı nedeniyle doğan taşıyıcının sorumluluğunun, Sözleşme hükümlerine bağlı olacağına ilişkin bir ihbarın yazılması şart koşulmamıştır. Ayrıca, Montreal Sözleşmesinde,

⁴⁸³ Montreal Sözleşmesinde ilk defa kullanılan “kargo makbuzu/cargo receipt”, hava sevk fişinin düzenlenmesinin dışında eşya taşımacılığının kaydını içeren herhangi bir farklı yöntemin kullanılması üzerine, bu yöntemin içerdiği bilgilere ulaşılmasına imkân veren bir belgedir (m.4).

⁴⁸⁴ Diedericks- Verschoor, s.222.

⁴⁸⁵ Fıkranın devamına göre, eğer bu tür farklı bir belge kullanılmışsa, taşıyıcı dâhil edilen bilginin yazılı bir dökümünü yolcuya teslim etmelidir.

⁴⁸⁶ Fıkranın devamına göre, eğer bu tür farklı bir belge kullanılıyorsa, nakliyei göndericinin talep etmesi hâlinde, taşıyıcı, nakliyei göndericiye, gönderilen nakliyenin tanımlanmasına ve bu tür farklı bir belgenin içerdiği kayıtlara dâhil bilgilere ulaşılmasına imkân veren bir kargo makbuzu vermelidir.

⁴⁸⁷ Tompkins, Air Transportation, s.78.

Varşova Sözleşmesinden farklı olarak, ancak Lahey Protokolünde düzenlendiği şekliyle, taşıma belgelerinde yazması gereken hususlar basit şekilde ele alınmıştır. Bütün taşıma belgelerine ortak olarak, kalkma ve varma yerleri ile kalkma ve varma yerlerinin tek bir devletin sınırı içinde olması durumunda, başka devletin ülkesinde kararlaştırılan bir veya birden fazla durma yerlerinden en az biri yazılmalıdır (m.3/1,m.5). Bunun yanında, sadece eşya taşımacılığında düzenlenecek hava yük senedine, gönderilen nakliyenin ağırlığı da eklenmelidir (m.5).

- Varşova Sisteminden farklı olan bir diğer husus, Montreal Sözleşmesinde taşıma belgelerinde yazılması gereken ifadelerin yazılmaması hâlinde, herhangi bir yaptırım kabul edilmemesidir (m.3/4; m.9).

- Bir başka farklılık da, Montreal Sözleşmesinde bagaj senedinin, bagajın kayıt altına alındığına ve taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil ettiğine ilişkin bir hüküm yer almamasıdır. Sözleşme ile sadece hava yük senedi ve kargo makbuzunun, taşıma sözleşmesinin varlığına dair karine olduğu kabul edilmiştir (m.11/1)⁴⁸⁸.

2. Sistemin Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular

Sözleşmenin uygulama alanı dışında kalan konular da Varşova Sistemi ile benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu konular şunlardır:

⁴⁸⁸ Ayrıca hava yük senedinin veya kargo makbuzunda yazan ifadeler hakkında kabul edilen diğer karineler (m.11/2):

-Sözleşmede hava yük senedinde veya kargo makbuzunda yer verilen ağırlık, ebat ve eşyanın paketlenmesine ve paketlerin sayısına ilişkin beyanlar, aksi ispat edilmedikçe geçerlidir.

- Eşyanın miktarı ve hacmine ilişkin beyanlar da taşıyıcı tarafından göndericinin eşliğinde kontrol edilmiş ve hava yük senedinde veya kargo makbuzunda kontrol edilmiş olarak belirtilmedikçe ya da eşyanın görünürdeki durumuna ilişkin olmadıkça, taşıyıcı aleyhine delil teşkil etmez.

Ayrıca Montreal Sözleşmesinin eşya taşımacılığına ilişkin olan hükümlerinin çoğu, Montreal Ek 4. Protokol hükümleri ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Hava yük senedi ve kargo makbuzu yanında, Sözleşmede gerekli görülen durumlarda, göndericiden, gümrük, polis ve benzer kamu otoritelerinin formalitelerinin karşılanması için eşyanın niteliğini belirten bir belgenin teslimi istenebilir; bu hüküm taşıyıcıya herhangi bir görev ve yükümlülük yüklememektedir (m.6).

- Sözleşmenin 1/1 ve 1/2. maddesi kapsamında uluslararası nitelikte sayılamayacak taşımacılık:

Bu konu, Varşova Sisteminin de uygulama alanı dışında kalan bir konudur.

Varşova Sistemine ilişkin olarak verdiğimiz açıklamalar burada da geçerlidir⁴⁸⁹.

- Hava taşıma işletmesi tarafından ifa edilmeyen ücretsiz taşımacılık (m.1/1):

Bu konu, Varşova Sisteminin de uygulama alanı dışında kaldığından Varşova Sistemine ilişkin olarak verdiğimiz açıklamalar burada da geçerlidir⁴⁹⁰.

- Hava taşıyıcısının kendi normal faaliyeti dışında olağanüstü şartlarda⁴⁹¹ yaptığı taşımacılık (m.51):

Varşova Sözleşmesi m.34, c.2'den farklı, ancak Lahey Protokolünün XVI. maddesi ile aynı olarak, olağanüstü koşullarda gerçekleşen taşımacılık, Sözleşmenin uygulama alanına dâhil edilmiş; ancak taşıma belgelerine ilişkin düzenlemeden muaf tutulmuştur⁴⁹².

- Postaya ait kalemlere ilişkin taşımacılık (m.2/2):

Postaya ait kalemlerin taşımacılığında taşıyıcı, posta idaresine karşı, taşıyıcı-posta idaresi arasındaki ilişki için geçerli kurallara göre sorumludur. Ancak bu durum haricinde Montreal Sözleşmesi, postaya ait kalemlere ilişkin taşımacılığa uygulanmaz.

- Taraf Devletlere çekince koyma imkânının tanındığı iki hâle ilişkin taşımacılık (m.57):

⁴⁸⁹ Bkz. yuk. s.45.

⁴⁹⁰ Bkz. yuk. s.45.

⁴⁹¹ Olağanüstü şarta ilişkin olarak, Varşova Sözleşmesinin 34. maddesine ilişkin yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Bkz. yuk. s.49.

⁴⁹² Sözleşmenin 3-5. maddeleri ile 7-8. maddeler de belirtilen şartlar aranmaz. Sözleşmenin 3. maddesi, yolcu bileti ve bagaj senedinde yazması gereken hususlar; 4, 5, 7, 8. maddeleri ise hava yük senedinin ve kargo makbuzunun tanımına ve içeriğine ilişkin hususlar hakkındadır.

Bu hallerden ilki; bir Taraf Devletin, kendi işlev ve vazifeleri bakımından ticarî olmayan amaçlar için doğrudan kendisi tarafından gerçekleştirilen ve işletilen hava yoluyla uluslararası taşımacılığa ilişkin olarak çekince koyabilmesidir. İkinci hal ise, ilgili Taraf Devlette kayıtlı ya da o Taraf Devlet tarafından kiralanmış olup, tüm kapasitesi o Taraf Devletin askerî makamlarınca ya da bu makamlar adına ayrılmış olan hava araçları ile yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığına ilişkin olarak çekince konulabilmesidir. Bu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti, Montreal Sözleşmesinin 57. maddesine çekince koymuştur. Buna göre, Montreal Sözleşmesi, egemen bir devlet olarak işlev ve görevleri ticarî olmayan amaçlar için doğrudan Türkiye Cumhuriyeti tarafından ifa edilen ve işletilen uluslararası taşımacılığa ve Türkiye Cumhuriyeti'ne kayıtlı veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından kiralanana, bütün kapasitesi ile Türk askerî makamlarınca veya onlar adına tahsis edilen hava aracı ile kişi, eşya ve bagaj taşımacılığına uygulanmaz.

3. Sözleşmenin Bağımsız Bir Dava Sebebi Yaratıp Yaratmadığı Tartışması

Taleplerin dayanağı (*basis of claims*) başlıklı 29. madde, Varşova Sözleşmesinin 24. maddesine nazaran, yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığına ilişkin bir ayrıma gidilmeden daha açık bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre, yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığı sebebiyle, dayanağı ne olursa olsun, açılan tazminat davaları, dava açma hakkının kime ait olduğuna ilişkin konu dışında, Sözleşmede belirtilen şartlara ve sorumluluk sınırına tâbidir⁴⁹³.

⁴⁹³ Maddenin son cümlesine göre, “bu tür bir davada cezayı gerektirici, örnek teşkil eden ya da tazminat hükmünde olmayan hasarlar telafi edilmez”. Varşova Sözleşmesi kapsamında özellikle cezayı gerektirici tazminata hükmedilebilir mi sorunları, *Common Law* hukuk sistemi içinde mahkemelerin önüne sıklıkla gelmiştir. Uygulamadaki farklılığı gidermek amacıyla Montreal Sözleşmesine bir hüküm konmuştur. Cezaî tazminat kurumunun, Türk hukukunda kabul edilmemesi nedeniyle buna ilişkin ihtilâflara çalışmamızda yer verilmemiştir. Cezaî tazminat kavramının tanımı için bkz. yuk. s.143, dn.446.

Doktrinde, söz konusu hükümde “yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığında (*in the carriage of passengers, baggage and cargo*)...” şeklinde genel ve kapsayıcı bir ifadeye yer verilmesinin, Sözleşmenin münhasır niteliğini vurguladığı ifade edilmiştir⁴⁹⁴. Bundan bahisle, taşıyıcının sorumluluğunun Sözleşme kapsamında doğması, Sözleşmenin bir dava sebebi yaratacağını ve münhasır olarak uygulanacağını kabul etmek için yeterli ve gereklidir. Ayrıca, Sözleşme, davacıların ulusal hukuk altında dayanabileceği dava sebeplerine göre öncelikli olarak uygulanmakta ve ulusal hukuka dayanan dava sebeplerini etkisiz bırakmaktadır⁴⁹⁵. Dolayısıyla, yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığı sırasında yolcunun, göndericinin veya alıcının maruz kaldığı zararlara karşı, Sözleşmede belirtilen sorumluluk sınır ve şartları her hâlükârda uygulanacağı için Sözleşmenin, bir yaptırım yarattığı da genel kabul görmüştür⁴⁹⁶.

Sözleşmede, taşıyıcının sorumluluğunun hukukî temelleri arasında ayırım yapılmadan, “dayanağı ne olursa olsun” ifadesine yer verilmesinin amacı, taşıyıcının sorumluluğunu kendi hukuku altında vasıflandıran mahkemeler ile Sözleşmenin kendine özgü bir dava sebebi yarattığını kabul eden mahkemelerin Sözleşme

⁴⁹⁴ Shawcross; Beaumont, s.VII- 361.

⁴⁹⁵ Rodriguez, s.29; Tompkins, Air Transportation, s.49. Ayrıca çeşitli mahkeme kararlarında da bu husus açıkça vurgulanmıştır. *Paradis v. Ghana Airways Ltd.*, 348 F. Supp. 2d 106 - Dist. Court, SD New York 2004; *Yahya v. Yemenia - Yemen Airways*, Case No. 08-14789, District Court, ED Michigan 2009; *Molefe v. KLM Royal Dutch Airlines*, 602 F. Supp. 2d 485 - Dist. Court, SD New York 2009; *Igwe v. Northwest Airlines, Inc.*, Dist. Court, SD Texas 2007; *Onwuteaka v. Northwest Airlines, Inc.*, Dist. Court, SD Texas 2007, <http://scholar.google.nl>. *Olaya v. American Airlines, Inc.*, United States District Court, E.D.New York, 6 October 2009, <http://www.thecabadvantage.com>; erişim tarihi Mayıs 2013.

Türk doktrininde, Montreal Sözleşmesinin bağımsız bir dava sebebi yaratmadığı yönündeki görüşler için bkz. Sözer, Montreal, s.188-189; Bozkurt Bozabalı, s.86-88.

⁴⁹⁶ *Aikpitanhi v. Iberia Airlines of Spain*, 553 F. Supp. 2d 872 - District Court, ED Michigan 2008, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mayıs 2013. Benzer yönde verilen diğer kararlar: *Jones v. USA 3000 Airlines*, United States District Court, ED Missouri, Eastern Division, 9 Şubat 2009; *In re Air Crash at Lexington, August 27, 2006*, 501 F. Supp. 2d 902 - United States District Court, ED Kentucky, Central Division, 26 June 2007, <http://scholar.google.nl>. *Schoeffler- Miller v. Northwest Airlines, Inc.*, United States District Court, Central District of Illinois, Rock Island Division, 17 Kasım 2008, <http://docs.justia.com>, erişim tarihi Mayıs 2013.

hükümlerini uygulamalarının sağlanmasıdır⁴⁹⁷. Böylece, Sözleşme kapsamında doğan taşıyıcının sorumluluğu, ulusal hukuklar altında sözleşmesel veya haksız fiil vb. şekilde vasıflandırılrsa da, Sözleşmenin şart ve hükümlerine tâbidir.

Doktrinde, bir milletlerarası sözleşmenin münhasır nitelikte olup olmadığının tayini için dört konunun ilgili sözleşme ile hüküm altına alınması gerektiği savunulmuştur. Bu dört konunun varlığı hâlinde, davacıların dayanabilecekleri iddialar, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna göre değişmeden eşitlik, yeknesaklık ve kesinlik içinde karara bağlanacaktır⁴⁹⁸. Bu konular, dava açma hakkına sahip olabilecek kişiler; tazmin edilecek zarar türleri; sorumluluğu doğabilecek kişiler ve uygulanabilecek yaptırımlar olmak üzere dört tanedir. Dolayısıyla doktrinde bir milletlerarası sözleşmenin münhasır bir sorumluluk rejimi getirip getirmediğinin cevabının basit bir şekilde evet veya hayır olmadığı; bu konunun, münhasırlığın ele alınacağı ölçütlere göre değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁹⁹. Doktrinde ortaya konulan bu dört konuyu, Montreal Sözleşmesi hükümleri açısından incelersek, şu tespitlere ulaşabiliriz:

- Uygulanacak yaptırımlar: Montreal Sözleşmesi kapsamında açılacak tazminat davalarının hukukî dayanağı ne olursa olsun, taşıyıcının, Sözleşmenin şart ve sorumluluk sınırına tâbi olacağı belirtildiğinden, Sözleşme ile uygulanacak yaptırımların düzenlendiği ortaya çıkmaktadır.

⁴⁹⁷ Shawcross; Beaumont, s.VII-352; Ho, s.404; *Weiss v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 433 F. Supp. 2d 361 - Dist. Court, SD New York 2006, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013.

⁴⁹⁸ Ho, s.433.

⁴⁹⁹ Ho, s.435.

- Sorumluluğu doğabilecek kişiler: Davalı statüsüne kimlerin haiz olacağı, Varşova Sisteminin aksine tek bir hukukî metinde, daha açık hükümlerle ifade edilmiştir⁵⁰⁰.
- Tazmin edilecek zarar türleri: Sözleşme kapsamında tazmin edilecek zarar türleri açısından ise, Varşova Sözleşmesinin 17. maddesinin aksine Montreal Sözleşmesinin 17. maddesinde, “diğer bedenî zarar” ifadesi yerine “yolcunun ölümü veya bedensel yaralanması” ifadesine yer verilmesi Varşova Sözleşmesinde olan tartışmaları sonlandırmıştır. Eşya ve bagaj taşımacılığı açısından ise, Varşova Sözleşmesinin 18. maddesinde belirtilen zararlar, Montreal Sözleşmesinin 17/2. ve 18. maddelerinde aynen korunmuştur⁵⁰¹.
- Dava açma hakkına sahip olabilecek kişiler: Bir sonraki alt başlık altında ele alacağımız davacı sıfatını kimlerin haiz olacağı meselesi, Varşova Sözleşmesinde olduğu gibi Montreal Sözleşmesi açısından da Sözleşme kapsamında düzenlenmeyip, ulusal hukuklara bırakılmıştır.

İlk üç husus hakkında, Montreal Sözleşmesinin de Varşova Sözleşmesi gibi kapalı bir metin olduğu ve hükümlerinin kesin ve öncelikli olarak uygulandığı şeklinde bir yargıya varılabilir⁵⁰². Ancak dördüncü husus açısından Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin açık bir metin (*open code*) olduğu kabul edilmiştir. Doktrinde Montreal Sözleşmesinin, yeknesak ve münhasır bir sorumluluk rejimini bütünüyle, kapalı bir şekilde yaratmadığı; ancak Varşova Sistemine nazaran daha açık, daha düzenli ve daha yeknesak düzenlemelere sahip olduğu savunulmuştur⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Bkz. aş. s.175 vd.

⁵⁰¹ Bkz. aş. s.181 vd.

⁵⁰² Ho, s.436.

⁵⁰³ Ho, s.436.

Varşova Sözleşmesi ile Montreal Sözleşmesinin hükümlerini değerlendirdiğimizde, vardığımız sonuç aynıdır; her iki Sözleşme de düzenlediği konulara ilişkin olarak, münhasır ve öncelikli olarak uygulanmaktadır⁵⁰⁴. Ayrıca Sözleşmeler, kendi bağımsız dava sebebini yaratmıştır.

B. Taşıyıcının Sorumluluğun İlişkin Uyuşmazlıkların Hallinde Başvurulacak Yetkili Makamlar

1. Milletlerarası Yetkili Mahkemeler

Varşova Sözleşmesi ile Montreal Sözleşmesi, uygulama alanlarına giren hukukî uyuşmazlıkları karara bağlamaya yetkili mahkemeleri tek tek belirlemiştir.

Montreal Sözleşmesinin 33/1. maddesinde, Varşova Sözleşmesinin 28. maddesinde belirtilen milletlerarası yetkiye sahip olacak mahkemeler aynen kabul edilmiştir. Buna göre tazminat davaları, şu mahkemelerden birinde açılabilir:

- Taşıyıcının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi;
- Taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu yer mahkemesi;
- Taşıma sözleşmesinin yapıldığı taşıyıcının işyerinin bulunduğu yer mahkemesi;
- Varma yeri mahkemesidir.

Bu doğrultuda, Montreal Sözleşmesinin 33. maddesinde geçen terimlerin, Varşova Sözleşmesinin 28. maddesi ile aynı olduğu kabul edilmiştir⁵⁰⁵. Bu nedenle, Varşova Sistemi bölümünde, milletlerarası yetki ve yetkili mahkemenin tayini

⁵⁰⁴ Whalen, Montreal, s.20. Varşova Sözleşmesinin münhasırlığının ve kendine özgü dava sebebi yarattığının kabul edildiği Tseng kararı, Montreal Sözleşmesinin 29. maddesinin yorumu ve uygulanması için emsal alınmıştır. *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.* 919 F. Supp 155, S.D.N.Y.1996; app'l 122 F.3d 99 Court of Appeal 2nd, 1997; app'l 525 US 155 - Supreme Court 1999, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

⁵⁰⁵ *Baah v. Virgin Atlantic Airways Ltd.*, 473 F. Supp. 2d 591 - District Court, SD New York 2007, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Aralık 2012.

hususlarına ve kavramların tanımlarına ilişkin yaptığımız açıklamalar, bu bölüm içinde geçerlidir⁵⁰⁶.

Diğer taraftan, Montreal Sözleşmesinin 33/2. maddesi ile milletlerarası yetkiye sahip olabilecek bir mahkeme daha eklenmiştir. Bu yetki kuralı, “beşinci yetki kuralı (*fifth jurisdiction*)” olarak adlandırılmaktadır. Ayrıca fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılığa ilişkin olarak, bir başka yetki kuralı daha kabul edilmiştir. Bu bölümde, anılan iki yetki kuralı hakkında açıklamalarda bulunacağız.

Son olarak, Varşova Sözleşmesinin 28/2. maddesi ile aynı düzenlemeye sahip olan 33/4. maddeye göre, usul sorunları, davanın görüldüğü mahkemenin hukukuna tâbidir⁵⁰⁷. Bu kapsamda, tarafları, uyuşmazlık konusu ve dava sebebi aynı olan bir

⁵⁰⁶ Bkz. yuk. s.57 vd.

⁵⁰⁷ *Common Law* hukuk sisteminde, “*forum non conveniens*” doktrinine başvurunun mümkün olup olmayacağı, aynen Varşova Sisteminin uygulandığı dönemde olduğu gibi tekrar gündeme gelmiştir. Özellikle beşinci yetki kuralının, yabancı devlet tâbiyetini veya yabancı ülkede esas işyerinin bulunduğu taşıyıcılara karşı ileri sürülecek iddiaların, ABD mahkemelerinin önüne gelmesine neden olacağı endişesi nedeniyle IATA ve ABD delegeleri, “*forum non conveniens*” doktrininin uygulanmasını savunmuşlardır. Tompkins, George N. Jr: “The Montreal Convention 1999, the Fifth Jurisdiction in the United States and the Doctrine of Forum Non Conveniens”, *Air and Space Law*, Vol. XXXIII, No.3 (2008), s.306 (Fifth Jurisdiction).

ABD içtihadı da bu yönde kararlar vermiştir. Buna göre, Varşova Sözleşmesinin kabul edildiği dönemin aksine Montreal Sözleşmesinin hazırlık çalışmalarının yapıldığı sırada “*forum non conveniens*” doktrininin ABD hukukunda iyice yerleştiği ve uygulama sınırlarının net bir şekilde tespit edildiği gerekçesiyle Sözleşmede belirtilen yetki kurallarının ve doktrinin uygulama alanına bir tehdit oluşturmadığı ve usule ilişkin bir konu olması nedeniyle m.33/4 kapsamında olduğu belirtilmiştir. *In Re West Caribbean Airways*, S.A. 619 F. Supp. 2d 1299, United States District Court, S.D. Florida, September 27, 2007, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mayıs 2013; *Liquidation Commission of Banco Intercontinental. v. Renta*, 530 F. 3d 1339 - Court of Appeals, 11th Circuit, 19 June 2008; *Claisse v. The Boeing Company*, District Court, ND Illinois 2010, No. 09 C 3722; *Lueck v. Sundstrand Corp.*, 236 F. 3d 1137 - Court of Appeals, 9th Circuit 2001; *Pierre-Louis v. Newvac Corp.*, 584 F. 3d 1052 - Court of Appeals, 11th Circuit 2009; *In Re Air Crash over Mid-Atlantic on June 1, 2009*, 760 F. Supp. 2d 832 - United States District Court, ND California, 4 October 2010, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013; *In re Air Crash over the Mid-Atlantic on June 1, 2009*, 2010 WL 3910354, ND Cal. 2010; bkz. Dempsey (Forum Non Conveniens), s.351; *In Re Air Crash Disaster Over Makassar Strait, Sulawesi*, United States District Court Northern District of Illinois Eastern Division, 11 January 2011, <http://il.findacase.com>, erişim tarihi Mayıs 2013.

“*Forum non conveniens*” doktriniyi uygulayabilmek için Varşova Sistemine ilişkin bölümde bahsettiğimiz kıstasların yanında doktrinde bu kıstasların yerine daha kolay ve daha etkili olacağının savunulduğu bir başka yöntem önerilmiştir. Bkz. yuk. s.58, dn.174. Bu öneri, Montreal Sözleşmesinin 50. maddesi ile Taraf Devletlere yüklenen kendi tâbiyetini taşıyan hava yolu taşıyıcılarının sigorta yaptırmaları konusundaki talep yükümlülüğüne dayanarak, taşıyıcının sigortacısına yabancı bir mahkemenin önünde davasının görülmesine rızası olup olmadığının sorulmasıdır. Mendelsohn, Allan

dava, Montreal Sözleşmesi kapsamında milletlerarası yetkili iki mahkemede açılırsa, derdestlik itirazı dikkate alınacak mıdır? Varşova Sözleşmesinde olduğu gibi Montreal Sözleşmesi kapsamında da bu sorunun cevaplanmaması bir eksikliktir.

a. Beşinci Yetki Kuralı: Yolcunun Esas ve Daimî Meskeninin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Beşinci yetki kuralına (*fifth jurisdiction*) göre, yolcunun ölümü veya yaralanmasından doğan tazminat davaları, 33/1. maddede belirtilen mahkemelerden birinde ya da kazanın gerçekleştiği esnada yolcunun esas ve daimî meskeninin (*passenger's principal and permanent residence*)⁵⁰⁸ bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Ayrıca bu yer, taşıyıcının gerek kendi hava aracıyla gerek ticarî bir anlaşmaya göre bir başka taşıyıcının hava aracıyla yolcu taşıma hizmetini yürüttüğü ve taşıyıcının kendisinin ya da ticarî anlaşmalı olduğu başka bir taşıyıcıya ait ya da kiralanmış bina ve müştemilattan hava yoluyla yolcu taşımacılığı işini idare ettiği yer olmalı ve bir taraf devlette bulunmalıdır⁵⁰⁹.

Beşinci yetki kuralının varlığını savunanlar, savunmalarını, yolcuların ve temsilcileri varsa temsil ettikleri kişilerin, günlük yaşamlarını sürdürdükleri yerde; yani kendi evinde bulunan bir mahkemede iddialarını ortaya koyma hakkına sahip olmalarının daha âdil olacağına ve zararlarının en uygun bu yerde tespit

I. 'Foreign Plaintiffs, Forum Non Conveniens, and the 1999 Montreal Convention', *Air and Space Law*, Vol.36, No.4/5 (2011), s.300-303 (Foreign Plaintiffs).

⁵⁰⁸ İngilizce metinde "*principal and permanent residence*" demesine rağmen Türkçe tercümesinde bu terim, "yerleşim yeri" olarak hatalı çevrilmiştir. Davacının yerleşim yeri kastedilmek istenseydi, *domicile* terimi kullanılabilirdi.

⁵⁰⁹ Bu yetki kuralı, 1971 Guatemala City Protokolünün XII. maddesi ile getirilmesi planlanan ama yürürlüğe girmeyen yetki kuralına dayanır. Buna göre, "yolcunun ölümü, yaralanması veya gecikmesinden veya bagajın harabiyeti, kaybı, hasara uğraması veya gecikmesinden doğan zarara ilişkin tazminat davası, Varşova Sözleşmesinin 28. maddesi ile belirtilen mahkemelerden birinde veya yolcunun yerleşim yeri veya sürekli oturduğu yerde, taşıyıcının işyeri bulunuyorsa, bu yerdeki mahkemede açılabilir." Beşinci yetki kuralının, bu kuraldan farkı sadece yolcunun ölümü veya yaralanması hâlinde doğan tazminat davaları için uygulanabilir olmasıdır.

edilebileceğine dayandırmışlardır⁵¹⁰. Buna karşın, beşinci yetki kuralı, aynı uçakta bulunan yolculara farklı tazminat verilebileceğinden dolayı ayrımcılık yaratacağı açısından eleştirilmiştir⁵¹¹.

Madde metninde, yetki kuralında geçen “ticarî anlaşma” ile “esas ve daimî mesken” terimleri tanımlanmıştır. İlk olarak; ticarî anlaşma; acentelik anlaşmasından farklı olarak, yolcu taşımacılığı için hizmet paylaşımlarının koşullarına ilişkin taşıyıcılar arasında yapılan anlaşmadır (m.33/3/a). Madde metninde, ticarî anlaşma ifadesine yer verilmesi ile seyahat acentelerinin yaptığı anlaşmalar tanım dışında bırakılmış; ancak taşıyıcıların aralarında yaptığı ortak uçuş (*code share*) anlaşmaları⁵¹², yanı sıra ortak işletme anlaşmaları (*joint operating agreements*)⁵¹³ ve blok koltuk⁵¹⁴ (*block space*) anlaşmaları,⁵¹⁵ tanım kapsamına alınmıştır⁵¹⁶. İkinci

⁵¹⁰ Diedericks- Verschoor, s.241. Bu yetki kuralını savunanlar arasında ABD, Brezilya, Japonya ve Kolombiya gibi devletler bulunurken; bu yetki kuralına karşı çıkanlar arasında başta Fransa olmak üzere bazı Avrupa ülkeleri, bütün Afrika ülkeleri ile Hindistan ve Arap ülkeleri bulunmaktadır. Pradhan, Devendra: “The Fifth Jurisdiction Under the Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody?”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 68 (2003), s.724; Luongo, s.476.

Özellikle ABD, kendi ülkelerinde yerleşim yeri olmayanlar için ABD mahkemelerine başvurmalarının önlenmesi ve “*forum shopping*”i azaltacak olması gerekçesiyle bu yetki kuralını desteklemiştir. Pradhan, s.728.

ABD, söz konusu kuralın kabul edilmesi için dört tane karar yayınlamıştır; 1995 yılında kabul edilen *US DOT (Department of Transportation) Order Number 95- 2- 44*; 1996 yılında kabul edilen *US DOT Order Number 96- 10- 7* ile *Order Number 96- 11- 6* ve 1997 yılında kabul edilen *US DOT Order Number 97- 1- 2* kararları için ayrıntılı bilgi için bkz. Luongo, s.453-472.

⁵¹¹ ABD veya Avustralya gibi cömert tazminat oranı öngören devletlerde oturan yolcular, daha az tazminat oranı öngören bir devlette oturan yolculardan daha çok tazminat alacaklardır. Pradhan, s.726. Örneğin Avustralya, Montreal Sözleşmesindeki oranın (100,000 ÖÇH) üstünde olarak Avustralya tâbiyetini taşıyan taşıyıcılarına karşı 260,000 ÖÇH sorumluluk sınırı öngörmüştür. Pradhan, s.729.

⁵¹² *Code share* anlaşması, uçuşu gerçekleştiren taşıyıcı (*operating carrier*) ile kendi kodu ve uçuş numarasını kullanarak ondan koltuk kiralayan taşıyıcı (*marketing carrier*) arasında yapılan anlaşmadır. Competition Impact of Airline Code Share Agreements, prepared by European Commission Directorate General for Competition Unit (2007), s.7, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/airlinecodeshare.pdf>, erişim tarihi Ocak 2014.

⁵¹³ Ortak işletme anlaşmaları (*joint operating agreements*), işletmelerin kâr amacıyla bir araya gelmesi için birleşmeleridir. Lewis, G.M: “The Joint Operating Agreement: Partnership or Not?”, *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol.4, No.2 (1986), s.80.

⁵¹⁴ Terim için bkz. Nergiz, Abdullah: “Türkiye Bölgesel Havacılığı İçin Dönüm Noktası”, 2011, <http://www.havayolu101.com>, erişim tarihi, Nisan 2015.

⁵¹⁵ Blok koltuk (*block space*) anlaşmaları, *code sharing* anlaşmasına benzer şekilde, bir taşıyıcının bir başka taşıyıcıya ait olan hava aracında kendi yolcuları için koltuk satın alması; o koltukları bloke

olarak; esas ve daimî meskeni, kaza ânında yolcunun sabit ve daimî evidir (*fixed and permanent abode*). Yolcunun tâbiyeti önem taşımamaktadır (m.33/3/b).

Özetle, Montreal Sözleşmesi kapsamında beşinci yetki kuralının uygulanabilmesi için şu hususların değerlendirilmesi gerekmektedir⁵¹⁷:

- İlk olarak, yolcunun ölümü veya fizikî yaralanması sonucunda ortaya çıkan bir zarar olmalıdır. Bu zararın yanında bagajın da zarara uğradığı iddia ediliyorsa, bu iddia, ayrı tutularak, diğer dört mahkemeden (m.333/1) birine başvurulmalıdır.
- İkinci olarak, kaza esnasında yolcunun esas ve daimî meskeni, bir Taraf Devlette bulunmalıdır.
- Üçüncü olarak, davacı, diğer dört mahkemenin yanında, kaza sırasında yolcunun esas ve daimî meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde dava açma hakkını kullanmalıdır.
- Dördüncü olarak, taşıyıcı, yolcunun esas ve daimî meskeninin bulunduğu Taraf Devlette faaliyette bulunmalıdır. Faaliyette bulunmasından kasıt, taşıyıcının gerek kendi hava aracıyla gerek ticarî bir anlaşmaya göre bir başka taşıyıcının hava aracıyla, yolcu taşıma hizmetini yürütmesi ve taşıyıcının kendisine veya ticarî bir anlaşma altında başka bir taşıyıcıya ait veya kiralanmış binada hava yolu ile yolcu taşıma işini idare etmesidir. Bir diğer deyişle, söz konusu şart ile hava taşıma hizmetinin gerçekleştiği hava aracının yanında hava taşımacılığına ilişkin ek hizmetlerin; örneğin uçak filolarının bakımının yapıldığı yerin yolcunun esas ve daimî

etmesidir. Iatrou, Kostas; Oretti, Mauro: *Airline Choices for the Future from Alliances to Mergers*, Birleşik Krallık 2007, s.72.

⁵¹⁶ Tompkins, *Air Transportation*, s.246.

⁵¹⁷ Mendes de Leon; Eyskens, s.1161-1164.

meskeninin bulunduğu ülkede olması aranmaktadır. Ayrıca, bilet ayırma işlemlerinin yapıldığı çağrı merkezleri de hava taşıma hizmetlerinin yürütüldüğü yer olarak sayılmaktadır.

- Beşinci olarak, yolcunun sadece tek bir meskeni esas alınmalıdır. Kişinin kaza zamanında iki meskene sahip olma ihtimaline karşın, Sözleşme, esas ve daimî meskenin, kaza zamanında yolcunun sabit ve sürekli olarak oturduğu tek bir yer (*abode*) olduğunu hükme bağlamıştır.

Son olarak, beşinci yetki kuralı, sık sık ülke dışına seyahat eden yolcuların, kendi ülkesinde taşıyıcılara karşı dava açabilmeleri için kabul edildiğinden, az sayıda yolcunun başvurabileceği bir şarttır⁵¹⁸. Öte yandan, yolcu kendi yaşadığı ülkeye gidiş için tek yönlü bilet almışsa veya yaşadığı yerden gidiş-dönüş bileti almışsa, 33/1.

⁵¹⁸ Mendes de Leon; Eyskens, s.1163-1164.

Montreal Sözleşmesinin bu hükmü ile taşıyıcıya yönelik zayıf konumda olan yolcunun menfaatinin korumak amacıyla yolcuya veya mirasçısına, yolcunun ülkesinde (esas ve daimî meskeninin bulunduğu yerde) taşıyıcıya karşı dava açabilme imkânı sunulmuştur. Nitekim Sözleşmenin önsözünde de, taşıyıcılara nazaran yolcu lehine bir yaklaşımın benimsendiği ortaya konmaktadır.

Tüketici (taşıma sözleşmesi açısından yolcu), karşı sözleşenle (taşıma sözleşmesi açısından taşıyıcı ile) eşit müzakere gücüne sahip olmadığı için “akdin zayıf tarafı” konumdadır. Güngör, Gülin: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 22-23 (Tüketici); Güngör, Gülin: “Tüketicinin Mutad Mesken Hukuku”, *AÜHFD*, C.57, S.2 (2008), s.116 (Mutad Mesken).

Zayıf tarafı korumak amacıyla olan sözleşmelerde işlem menfaati, taraf menfaatine nazaran geri planda kalmaktadır. Güngör, Mutad Mesken, s.118. Ayrıca “milletlerarası özel hukukta tüketiciyi, milletlerarası özel hukuk araçları ile korumak üzere milletlerarası yetki kuralları ve bağlama kuralları kabul edilmiştir”. Güngör, Tüketici, s.55; Güngör, Gülin: “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *AÜHFD*, C.46, S.1-4 (1997), s.103 (Tüketici Akitleri).

Milletlerarası özel hukukta kabul edilen yetki kuralları ile tüketici, tüketici sözleşmesini akdettiği kişiye karşı kendi ülkesinde (meskeninin veya yerleşim yerinin bulunduğu yerde) davasını açabilmektedir. Güngör, Tüketici Akitleri, s.103; Dardağan, s.74. “Milletlerarası özel hukukta tüketiciyi korumak amacıyla kabul edilen yetki kurallarının amacı, tüketicinin isteği dışında doğal hâkimden uzaklaştırılmamasıdır”. Güngör, Tüketici, s.56’dan naklen; Güngör, Tüketici Akitleri, s.103, dn.9’dan naklen.

Varşova ve Montreal Sözleşmeleri ile yetkilendirilen mahkemeler, genelde taşıyıcıya bağlı irtibat noktaları esas alınarak oluşturulmuş iken Montreal Sözleşmesi ile getirilen bu yetki kuralı yolcuya bağlı irtibat noktası esas alınarak oluşturulmuştur. Ancak bu durum, diğer yetki kurallarının davacının menfaatinin zedeleyici nitelikte olduğunu göstermez; davacı, öngörülen bütün yetki kurallarından kendi lehine olabilecek olan mahkemede davasını açabilecektir.

Gerek Montreal Sözleşmesi ile getirilen beşinci yetki kuralı ile yolcu gerek “milletlerarası toplumda korunan tüketici, kendi yaşadıkları ülkenin standartları ile korunmaktadır”. Güngör, Mutad Mesken, s.121’den naklen. Bu açıdan, Montreal Sözleşmesinin bu hükmü, tüketiciyi koruma amacıyla kabul edilen milletlerarası yetki kuralları ile benzerlik göstermektedir.

madde altında yolcunun kendi ülkesinde dava açabilmesi için varma yeri mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin kurala dayanması daha uygundur. Ayrıca, yolcu, biletini kendi yaşadığı ülkeden tek gidişli olarak bir başka ülkeye gitmek için almışsa, 33/1. madde altında taşıma sözleşmesinin yapıldığı ülke mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin kuralın uygulanması daha uygundur. Bunlara karşın, yolcu ancak yurtdışından, gidiş-dönüş bileti almışsa, o zaman beşinci yetki kuralı uygulanabilir⁵¹⁹. Ancak beşinci yetki kuralına uygulamada hangi durumlarda başvurulabileceğinin içtihat yoluyla daha net şekilde açıklığa kavuşması gerekmektedir⁵²⁰.

b. Fiilî Taşıyıcının Yerleşim Yeri veya Esas İşyerinin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Sözleşmenin m.33’de belirtilen yetki kurallarının yanında fiilî taşıyıcı⁵²¹ tarafından ifa edilen taşımacılıktan doğan uyuşmazlık için kabul edilen ek bir yetki kuralı da mevcuttur. Bu yetki kuralına göre (m.46), fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılığa ilişkin sözleşmesel ve fiilî taşıyıcıya karşı ayrı ayrı veya birlikte açılacak davalar; davacının seçimine bağlı olarak, ya sözleşmesel taşıyıcıya karşı 33. maddede belirtilen mahkemelerden birinde veya fiilî taşıyıcının yerleşim yerinin veya esas işyerinin bulunduğu yer (*actual carrier’s domicile or its principal place of business*) mahkemesinde açılabilir⁵²². Bu mahkemenin de bir taraf devletin ülkesinde

⁵¹⁹ Mendes de Leon; Eyskens, s.1163-1164.

⁵²⁰ Mendes de Leon; Eyskens, s.1184.

⁵²¹ Montreal Sözleşmesinin Türkçe tercümesinde “fiilî taşıyıcı”, “gerçek taşıyıcı” olarak ifade edilmiştir. Ancak tez çalışması kapsamında terim birliği olması nedeniyle “fiilî taşıyıcı” terimi kullanılacaktır.

⁵²² Montreal Sözleşmesinin 46. maddesinin İngilizce tercümesinde şu ifade yer alır: “*before the court having jurisdiction at the place where the actual carrier has its domicile or its principal place of business.*” Ancak bu ifade, fiilî taşıyıcının yerleşim yeri şeklinde Türkçeye tercüme edilmesi gerekirken, fiilî taşıyıcının “ikametinin bulunduğu yer” olarak hatalı bir şekilde tercüme edilmiştir.

bulunması gerekmektedir. İlgili madde, 33. maddede belirtilen yetki kurallarının, sadece sözleşmesel taşıyıcıya karşı olan davalar için düzenlendiğini göstermektedir.

2. Milletlerarası Hakem Mahkemeleri ve Tahkim

Montreal Sözleşmesi kapsamında aslolan, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların halli için yargı yoluna başvurulmasıdır. Ancak 34. madde, 33. maddenin eşya taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıklar açısından bir istisnasını oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle, bu madde, eşya taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıklar açısından mahkemenin yetkisinin bertarafı olarak yorumlanabilir.

Montreal Sözleşmesi, Varşova Sözleşmesinden farklı olarak, tahkim yolunu ayrı bir madde altında düzenlemiştir. Bu hükmün ilk fıkrası, Varşova Sözleşmesinin m.32/1, c.1 ile benzer şekilde, tahkim yolunu, sadece eşya taşımacılığı sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar için kabul etmiştir.

Montreal Sözleşmenin 34. maddesi, Varşova Sözleşmesinin ilgili hükmünden farklı olarak, daha açık bir şekilde tahkim anlaşmasının şeklini, tahkim yerini ve hakemlerin uygulayacakları hukuku belirlemiştir.

Öncelikle, tahkim anlaşması mutlaka yazılı şekilde yapılmalıdır (m.34/1).

Tahkim yeri ise, 33. maddede belirtilen milletlerarası yetkiye sahip olabilecek mahkemelerin bulunduğu yerlerden birinde olmalıdır. Tahkim yeri, tahkime başvuran tarafın talebine bağlı olarak belirlenir ve tek bir yer olmalıdır (m.34/2). Taraflar, tahkim yerini değiştiren bir şart koymuşlarsa, bu şart geçersizdir (m.34/4).

Ayrıca Sözleşme, hakem veya hakemlerin uygulayacakları hukuku da belirlemiştir. Buna göre hakem veya hakem heyeti, Sözleşme hükümlerini uygulamak zorundadır. Taraflar, Sözleşmede belirlenen kurallar dışında, tahkim anlaşmasında başka bir hukuku seçerlerse, bu seçim geçersizdir (m.34/4).

Sözleşmenin 34/4. maddesinden yola çıkarak, 2. ve 3. fıkrada belirtilen tahkim yerine ve uygulanacak hukuka ilişkin şartlar aslî şartlardır ve tahkim anlaşmasının zorunlu unsurunu oluşturmaktadır. Bu zorunlu şartlarla bağdaşmayan tahkim anlaşması veya tahkim şartı geçersizdir.

Yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna gidilip gidilemeyeceği konusu ise, ihtilâfıdır. Doktrinde bir görüş, zararın doğmasından sonra yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim yoluna başvurulabileceğini iddia etmiştir⁵²³. Bu görüş, 34. ve 49. maddeleri birlikte ele alarak geniş yorumlamıştır. Varşova Sözleşmesinin m.32/1, c.1’de yer alan ve Montreal Sözleşmesinin m.49’da da kabul edildiği üzere, zararın doğmasından önce taraflarca uygulanacak hukukun tayin edildiği anlaşmalar dâhil Sözleşmedeki kurallara aykırı olan hükümler veya yetkili mahkemeye ilişkin kuralın değiştirildiği şartlar geçersizdir. Bu bağlamda geniş yorumla, yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıkların çözümü için taraflar, zararın doğmasından sonra tahkim yoluna başvurabilirler (m.49). Buna karşın, yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıkların hakem önüne getirilemeyeceği doktrinde ortaya konan bir diğer görüştür⁵²⁴. Ayrıca doktrinde, yolcu taşımacılığından doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvurulmasının ulusal hukuklara tâbi olması gerektiği de savunulmuştur⁵²⁵.

⁵²³ Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Tompkins, Air Transportation, s.211.

⁵²⁴ Montreal Konferansının yapıldığı sırada, tahkim şartının sadece eşya taşımacılığı için kabul edilmemesi, yolcu taşımacılığından doğan taşıyıcının sorumluluk iddialarının da tahkim kapsamına alınması önerilmiştir. Ancak IATA temsilcileri, yolcu taşımacılığından doğan ihtilâfların tahkim kapsamına alınması hâlinde, savundukları davaların çoğunluğunun yolcu taşımacılığına ilişkin olan ABD’li avukatları olumsuz etkileyecekleri kaygısıyla karşı çıkmışlar; aksinin kabulünün ABD’nin Montreal Sözleşmesine taraf olmaması ile sonuçlanacağını belirtmişlerdir. Tompkins, Air Transportation, s.211.

⁵²⁵ Mendes de Leon, s.210.

Sonuç olarak, 34. maddenin varlığına rağmen tahkim, uygulamada tercih edilen bir çözüm yolu olmamıştır⁵²⁶.

3. Dava Açma Süreleri

Montreal Sözleşmesinin 35. maddesinde, Varşova Sözleşmesinin 29. maddesinin düzenlemesi aynen korunmuştur. Varşova Sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde, Montreal Sözleşmesi açısından da Sözleşmelerin uygulama alanına giren bir uyuşmazlıktan doğan zararlar, iki yıl içinde mahkeme önüne getirilmezse, talep hakkı son bulacaktır. Varşova Sözleşmesinin 29. maddesinin uygulanması ve yorumu hakkında verilen kararlar, Montreal Sözleşmesinin 35. maddesinin uygulanması ve yorumu açısından da geçerlidir⁵²⁷.

Ancak 35. maddeye ilişkin çeşitli hukukî sorunlar söz konusudur. İlki, bu sürenin zamanaşımı süresi mi hak düşürücü süre mi olduğuna ilişkindir. Sözleşmenin İngilizce metninde, 35. maddenin başlığı zamanaşımı (*limitation of actions*) olarak verilmiştir. Varşova Sözleşmesinin İngilizce metninin 29. maddesinde de, zamanaşımı (*period of limitation*) terimi tercih edilmiş; ancak devletlerin içtihadına bakıldığında, bu sürenin zamanaşımı süresi mi hak düşürücü süre mi olduğu netlik kazanmamıştır.

İkincisi, fiilî taşıyıcıya karşı açılacak sorumluluk davalarının bu süreye tâbi olup olmayacağı ile ilgilidir. Montreal Sözleşmesi, sözleşmesel taşıyıcı dışında fiilî taşıyıcının sorumluluğunu da düzenlediğinden fiilî taşıyıcıya yönelik ileri sürülecek iddiaların da, Sözleşmenin 35. maddesinde belirtilen sürelerle tâbi olduğu görüşündeyiz. Nitekim aksi yönde bir düzenleme, Sözleşmede kabul edilmemiştir.

⁵²⁶ Whalen, Thomas J.: “Arbitration of International Cargo Claims”, <http://monmexique.com/9-WHALEN.pdf>, erişim tarihi Mayıs 2015 (Arbitration).

⁵²⁷ Tompkins, Air Transportation, s.267. Bkz. yuk. s.71 vd.

Ayrıca, sözleşmesel taşıyıcının ve fiilî taşıyıcının çalışanı veya temsilcisine⁵²⁸ (*servants and agents*) karşı ileri sürülecek tazminat talepleri de Sözleşmenin 35. maddesinde belirtilen süreye tâbi olmalıdır. Bu sonuca, taşıyıcının adamlarının, taşıyıcının sahip olduğu koşul ve sınırlardan yararlanma imkânı tanıyan Sözleşmenin 30. ve 43. maddelerinden ulaşılmaktadır.

Bir diğer hukukî sorun ise, taşıyıcıların birbirlerine karşı olan rücu haklarının ileri sürülebilmesinin, Sözleşmenin 35. maddesinde belirtilen süreye tâbi olup olmadığına ilişkindir. Montreal Sözleşmesinin 37. maddesinde, Sözleşmenin hiçbir hükmünün, Sözleşme kapsamına giren zarardan sorumlu olan bir şahsın, zarardan sorumlu olabilecek diğer bir şahsa karşı rücu hakkına engel olmayacağı belirtilmiştir. Ancak 37. madde, taşıyıcıların birbirlerine karşı açacağı dava ile ilgiliyken; 35. madde, farklı olarak, yolcunun, göndericinin ve alıcının taşıyıcıya karşı açtığı tazminat davası ile ilgilidir. Ayrıca Sözleşmenin 45/2. maddesinde, fiilî taşıyıcı tarafından gerçekleştirilen taşımacılıkla ilgili olarak fiilî taşıyıcı veya sözleşmesel taşıyıcıya karşı bir dava açılmışsa, dava açılan taşıyıcının, diğer taşıyıcının da davaya katılmasını talep edebileceği ve talep usulünün, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbi olduğu düzenlenmiştir⁵²⁹. Bunlardan bahisle, taşıyıcıların birbirlerine

⁵²⁸ Yer hizmetlisinin eylemlerinden kaynaklanan sorumluluk davasının, Sözleşmenin 35. maddesinde belirtilen süreye tâbi olduğuna yönelik Amerikan içtihadında bir karar söz konusudur. Mahkeme, bu tespiti hem Varşova Sözleşmesi kapsamında yer hizmetini yerine getiren kişilerin, taşıyıcının taşıma sözleşmesinin ifasında yer almaları nedeniyle, onun temsilcisi olarak sayılacağına ilişkin kararlardan; hem de Montreal Sözleşmesinin taşıyıcının çalışanına ve temsilcisine yönelik sorumluluk sınırına ilişkin hükmünden yola çıkarak yapmıştır. Sonuç olarak mahkeme, gerek fiilî taşıyıcıya gerek yer hizmetlisine karşı ileri sürülebilecek iddiaların, iki yıllık süreye tâbi olduğuna karar vermiştir. *American Home Assurance Co. v. Kuehne & Nagel*, 32 Avi. 15, 812, United States District Court, S.D. New York, 26 March 2008, <http://cabfinancial.com>, erişim tarihi Mayıs 2013.

⁵²⁹ Ayrıca Sözleşmenin 48. maddesinde, “45. madde haricinde ‘Fiilî Taşıyıcı Tarafından Yapılan Taşımacılığa’ ilişkin olan 5. Bölümde yer alan hiçbir düzenlemenin, taşıyıcıların birbirlerine karşı olan rücu ve tazminat hakkı dâhil hiçbir hak ve sorumluluklarını etkilemeyeceği düzenlenmiştir”.

karşı ileri sürecekleri rücu iddialarına ilişkin sürelerin, 35. maddeye tâbi olmayacağı savunulmuştur⁵³⁰.

C. Sivil Hava Araçlarının Yol Açtığı Kazalardan Doğan Hukukî Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk

Montreal Sözleşmesinde, Varşova Sözleşmesinde olduğu gibi hava yoluyla uluslararası taşımacılığın belirli konularına yönelik maddî hukuk kuralları getirilmiştir. Ancak sorumluluk davalarında karşılaşılabilecek her husus, Sözleşmede maddî hukuk kuralları ile hüküm altına alınmamıştır. Sözleşmede bazı konular, açıkça maddî *lex fori*'ye tâbi kılınmış; bazı konular ise düzenlenmemiştir. Sözleşmede düzenlenmeyen konulara ilişkin olarak Varşova Sözleşmesi kapsamındaki uygulamaya paralel olarak, Montreal Sözleşmesi açısından da mahkemenin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması gerektiği genel kabul görmüştür⁵³¹.

Montreal Sözleşmesinin 49. maddesi de, Varşova Sözleşmesinin 32. maddesi ile aynı düzenlemeye sahiptir. Buna göre, zararın doğmasından önce taraflarca uygulanacak hukuku tayin eden anlaşmalar dâhil Sözleşmedeki kurallara aykırı hükümler veya Sözleşmede kabul edilen yetki kurallarını değiştiren şartlar geçersizdir.

Bu hükümden yola çıkarak, uluslararası taşımacılık sebebiyle meydana gelen hukukî uyuşmazlıklar, Sözleşme kapsamında olsa dahi; zararın doğmasından sonra taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı başka bir hukuka tâbi kılabilirler. Ancak Sözleşme

⁵³⁰ *Chubb Ins. Co. v. Menlo Worldwide Forwarding*, 634 F. 3d 1023 - Court of Appeals, 9th Circuit, 10 Şubat 2011, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013.

⁵³¹ *Tompkins, Air Transportation*, s.278; *In Re Air Crash at Lexington, Kentucky, August 27, 2006*, 32 *Avi.* 16, 390, E. D.Kentucky 2008: bkz., s.52.

kapsamında, zararın doğmasından önce tarafların yetki anlaşması veya hukuk seçimi anlaşması yapmalarına hiçbir şekilde izin verilmemiştir⁵³².

1. Maddî Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarına Konu Yapılan Hukukî Sorunlar

a. Sorumlu Kişiler

Montreal Sözleşmesi kapsamına giren uyuşmazlıklarda, davalı sıfatı taşıyıcıya aittir. Taşıyıcı ile kimin kastedildiği, Varşova Sözleşmesinde olduğu gibi Montreal Sözleşmesi kapsamında da açıkça ifade edilmemiştir⁵³³. Ancak Montreal Sistemi, Varşova Sisteminden farklı olarak, sözleşmesel, fiilî ve ardıl taşıyıcıların sorumluluklarını tek bir hukukî metin içinde düzenlemiştir.

Montreal Sözleşmesi, taşıyıcı için açık bir tanım vermese de, genel olarak, taşıyıcının sorumluluğunu düzenlemiştir (m.17–22). Ayrıca Sözleşme ile ayrı başlıklar altında fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılıkta sorumluluk (m.39–48); ardıl taşımacılıkta sorumluluk (m.36) ve karma⁵³⁴ taşımacılıkta sorumluluk (m.38) hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümlerden yola çıkarak, Sistem kapsamında sorumlu olabilecek kişileri, hava yolu taşımacılığını ifa eden sözleşmesel taşıyıcı veya fiilî taşıyıcı; onların adamları ve ardıl taşıyıcı olarak değerlendirebiliriz.

(1) Sözleşmesel Taşıyıcının Sorumluluğu

Fiilî taşıyıcı tanımının yapıldığı 39. maddeden, sözleşmesel taşıyıcının tanımına ulaşabiliriz. Şöyle ki, sözleşmesel taşıyıcı, yolcu veya gönderici ile taşıma sözleşmesini akdeden kişidir. Bu kişi, fiilî taşıyıcı olmadan ifa edilen taşımacılıkta,

⁵³² *Della Roma v. Air France*, Court of Appeals, Aix en Provence, 7 th Civil Chamber, 13 March 1959; bkz. McKenry, s.228.

⁵³³ Whalen, Montreal, s.15; Diedericks- Verschoor, s.220.

⁵³⁴ Montreal Sözleşmesinin Türkçe tercümesinde birleşik taşıma olarak tercüme edilmiştir.

taşıma edimini ifa edendir. Fiilî taşıyıcının sorumluluğu ayrı olarak düzenlendiği için Sözleşmenin taşıyıcının sorumluluğu kısmında (m.17–22), taşıma sözleşmesini akdeden ve taşıma fiilini gerçekleştiren sözleşmesel taşıyıcının sorumluluğu düzenlenmiştir.

Ayrıca Sözleşmede, bu taşıyıcının çalışanının veya temsilcisinin sorumluluğu da hüküm altına alınmıştır (m.30/1). Buna göre, taşıyıcının çalışanı veya temsilcisi aleyhine açılan tazminat davasında, çalışan veya temsilci, iş alanı içinde hareket ettiğini ispatlarsa, taşıyıcının yararlandığı sorumluluk şartı ve sınırından aynen yararlanır. Ancak Sözleşme kapsamında, taşıyıcının çalışanı ve temsilcisi kavramlarının tanımı yapılmamıştır. Buna karşın, Varşova Sistemine ilişkin verilen kararlar,⁵³⁵ Montreal Sözleşmesinin 30. maddesinin uygulanması için de yol göstericidir⁵³⁶.

Karma taşımacılık hâlinde ortaya çıkan zarardan ise, hava yolu taşıyıcısı sorumludur (m.38/1).

Son olarak, zarar gören kişi, taşıyıcının ölümü hâlinde, onun terekesini temsil eden kişilere karşı tazminat davası açabilir (m.32).

(2) Fiilî Taşıyıcının Sorumluluğu

Montreal Sözleşmesi, Guadalajara Sözleşmesinin hükümlerine paralel olarak fiilî taşıyıcının sorumluluğunu kapsamına almıştır. Sözleşmenin V. Bölümü, sözleşmesel taşıyıcıdan farklı bir kişi tarafından gerçekleştirilen hava yoluyla taşımacılık başlığını taşır. Sözleşmenin 39. maddesinde, fiilî taşıyıcının tanımı

⁵³⁵ Özellikle esas alınan karar *Reed v. Wiser* kararıdır. *Reed v. Wiser*, 555 F. 2d 1079 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

⁵³⁶ Rodriguez, s.35. *Common Law* içtihadında, taşıyıcının taşıma sözleşmesini ifa etmesi sırasında hizmette bulunan pilot, havaalanı yer hizmetlileri, eşyaların taşıyıcıya tesliminde görev alan kişiler (örneğin *freight forwarder*); kabin temizlik hizmeti sağlayıcıları, güvenlik hizmeti sağlayıcıları, tıbbî hizmet sağlayıcıları, yemek hizmetinde bulunan kişiler, taşıyıcının çalışanı ve temsilcisi olarak sayılmışlardır. Tompkins, *Air Transportation*, s.90.

verilmiştir. Buna göre, fiilî taşıyıcı, yolcu, gönderici veya onlar adına hareket eden bir kişi ile taşıma sözleşmesini yapan sözleşmesel taşıyıcı dışında ve ondan aldığı yetkiyle taşımacılık faaliyetini icra eden kişidir.

Sözleşmesel taşıyıcı ile fiilî taşıyıcı arasında yapılan anlaşma uyarınca, taşımacılığın bir kısmı veya tamamı, fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilmişse; sözleşmesel taşıyıcı, taşımacılığın tamamından; fiilî taşıyıcı ise, gerçekleştirdiği kısımdan, aksi Sözleşmede öngörülmedikçe, sorumludur (m.40).

Fiilî taşıyıcı tarafından gerçekleştirilen taşımacılık sırasında istihdamları kapsamında hareket ettiği ispatlanan fiilî taşıyıcının ve onun çalışanının ya da temsilcisinin kastı veya ihmali, aynı zamanda sözleşmesel taşıyıcının da kastı veya ihmali olarak sayılmıştır (m.40/1). Ayrıca fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılık sırasında, istihdamlarının kapsamı dâhilinde hareket ettikleri ispatlanan sözleşmesel taşıyıcının ve onun çalışanının ya da temsilcisinin kastı ve ihmali, aynı zamanda fiilî taşıyıcının da kastı veya ihmali olarak kabul edilmiştir (m.40/2). Böylece, fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen kısma ilişkin olarak, sözleşmesel ve fiilî taşıyıcı ile onların çalışan ve temsilcisinin kastından ve ihmallerinden, sözleşmesel ve fiilî taşıyıcı müştereken sorumludur. Ayrıca fiilî taşıyıcı tarafından gerçekleştirilen taşımacılıkta, fiilî taşıyıcının ya da sözleşmesel taşıyıcının herhangi bir çalışanı ya da temsilcisi, istihdamları kapsamında hareket ettiklerini ispatlamaları hâlinde, bu Sözleşme kapsamında taşıyıcıya uygulanan şartlardan ve sorumluluk sınırından aynen yararlanırlar (m.43)⁵³⁷.

⁵³⁷ Ayrıca fiilî taşıyıcı tarafından gerçekleştirilen taşımacılıkla ilgili olarak, fiilî taşıyıcıdan ve sözleşmesel taşıyıcıdan ve bunların istihdamı kapsamında hareket eden çalışan ve temsilcisinden tahsil edilen miktarların toplamı, bu Sözleşmede öngörülen sınırı aşamaz. Fakat bahsedilen şahıslardan hiçbiri, kendilerine uygulanabilir sınırdan fazla bir miktar ile sorumlu değildir (m.44). Örneğin, fiilî taşıyıcının sorumluluğunun sınırı, Sözleşmede belirtilen (m.21, 22, 23, 24) miktarları aşamaz.

Son olarak, taşıyıcıya yönelik Sözleşme kapsamında sözleşmesel taşıyıcıya veya fiilî taşıyıcıya karşı yapılacak her türlü şikâyet ya da tâlimat, her ikisine de yapılmış sayılır (m.42)⁵³⁸.

(3) Ardıl Taşıyıcının Sorumluluğu

Ardıl taşımacılıkta, hangi taşıyıcının sorumlu olacağı Sözleşmenin 36. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm, Varşova Sözleşmesinin 30. maddesi ile aynıdır. Bu nedenle, Varşova Sisteminde ardıl taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin kısımda yaptığımız açıklamalar, bu bölüm için de geçerlidir⁵³⁹. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre, ardıl taşıyıcılar tarafından gerçekleştirilen ve 1/3. maddede verilen tanımın kapsamına giren bir taşımacılık durumunda, yolcu, bagaj ve eşyayı kabul eden her taşıyıcı, taşımacılığın ifa ettiği kısmından sorumludur.

Ardıl taşımacılıkta ilk taşıyıcı, özel bir anlaşma ile taşımacılığın tamamının sorumluluğunu üstlenmedikçe, yolcu veya yolcu adına tazminat hakkına sahip olan bir kişi, kazanın meydana geldiği taşımacılığı ifa eden taşıyıcıya karşı davasını açabilir (m.36/2). Öte yandan, bagaj veya eşya taşımacılığına ilişkin olarak, yolcu veya gönderici, ilk taşıyıcı aleyhine; teslim alan yolcu ya da alıcı, son taşıyıcı aleyhine dava açabilirler. Ayrıca bu kişiler, her hâlde, tahribatın, kaybın veya hasarın meydana geldiği esnada taşımacılığı gerçekleştiren taşıyıcı aleyhine dava açma hakkına sahiptirler. Taşıyıcılar, yolcuya, göndericiye veya alıcıya karşı müştereken ve müteselsilen sorumludur (m.36/3)⁵⁴⁰.

Ayrıca sözleşmesel taşıyıcının, Sözleşme kapsamında öngörülen sorumluluğunun parasal sınırını arttırmaya yönelik yaptığı anlaşmalar, fiilî taşıyıcıyı etkilemez. Buna karşın, taşıyıcının sorumluluğunun ortadan kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin sözleşmesel taşıyıcı ya da fiilî taşıyıcı tarafından yapılan anlaşma hükümleri geçersizdir (m.47).

⁵³⁸ Bu maddenin istisnası, Sözleşmenin 12. maddesine ilişkin olarak yapılan talimatın sadece sözleşmesel taşıyıcıya yönelik olmasıdır.

⁵³⁹ Bkz. yuk. s.87 vd.

⁵⁴⁰ Bir yolcu, New York'tan Granada'ya BWIA taşıyıcısından gidiş-dönüş bileti satın almıştır. Yapılan taşıma sözleşmesi kapsamında taşımacılık iki ayaktan oluşur. Taşımacılığın ilk ayağı, BWIA

b. Sorumluluk Şartları

Bu başlık altında yolcunun, bagajın ve eşyanın zarara uğraması hallerinde, taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için gereken şartlar incelenecektir.

(1) Yolcunun Zarara Uğraması Hâlinde Taşıyıcının Sorumluluk Şartları

Yolcunun uğradığı zarar hâlinde taşıyıcının sorumluluk şartları, Sözleşmenin 17/1. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, taşıyıcı, bir yolcunun ölümü ya da bedensel yaralanması durumunda uğramış olduğu zarardan, ölüm veya yaralanmaya sebep olan kazanın, hava aracı içinde veya biniş veya iniş faaliyetleri sırasında meydana gelmesi hâlinde sorumludur⁵⁴¹.

Madde kapsamında taşıyıcının sorumluluğunun belirlenmesi için aşağıdaki şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartlar:

- Bir kazanın varlığı;
- Kazanın hava aracının içinde veya hava aracına biniş ve hava aracından iniş faaliyetleri sırasında gerçekleşmesi;
- Kaza neticesinde zararın vuku bulmasıdır.

Montreal Sözleşmesinde, Varşova Sözleşmesinde olduğu gibi terimlerin tanımına yer verilmemiştir. Bu nedenle genel kabul edilen, Varşova Sözleşmesinin ilgili maddesinde yer alan terimlerin yorumlandığı mahkeme kararlarının, Montreal

taşıyıcısı tarafından New York'tan Port of Spain'e; ikinci ayağı, LIAT taşıyıcısı tarafından Port of Spain'den Granada'ya gerçekleştirilmiştir. Mahkeme, bu taşımacılığın niteliğini; yani ardıl taşımacılık mı yoksa fiilî-sözleşmesel taşıyıcıların dâhil olduğu bir taşımacılık mı olduğunu tartışmıştır. Buna göre mahkeme, fiilî taşıyıcı tarafından yapılan taşımacılığa ilişkin olan V. Bölümün, özellikle code-share anlaşmasını kapsamına aldığını, somut uyumsuzlukta bu tarz bir taşımacılığın meydana gelmediğini, ardıl taşımacılık olduğunu belirtmiştir. *Best v. BWIA West Indies Airways Ltd.*, 581 F. Supp. 2d 359 - Dist. Court, ED New York 2008, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

⁵⁴¹ Montreal Sözleşmesinin 17. madde metninde, Varşova Sözleşmesinin 17. maddesinden farklı bazı ifadeler kullanılmıştır. Bunlar; “*in the event of...*” ifadesi yerine “*in the case of...*”; “*the death or wounding of a passenger or any other bodily injury...*” ifadesi yerine “*death or bodily injury of a passenger*”; “*if the accident which caused the damage so sustained...*” ifadesi yerine “*upon condition only that the accident which caused the death or injury...*”. Ancak Montreal Sözleşmesinin 17/1. maddesi lafzı olarak, Varşova Sözleşmesinin 17. maddesinden farklı olsa da anlamında herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Whalen, Montreal, s.17.

Sözleşmesinin ilgili maddesinde yer alan terimlerin yorumlanması için kıyasen uygulanmasıdır.

Üzerinde duracağımız ilk kavram, “kaza” kavramıdır. Bu suretle, kaza kavramının tanımlandığı ve gerek Amerikan içtihadında gerek diğer Taraf Devletlerin içtihadında emsal alınan *Saks v. Air France* kararının⁵⁴², Montreal Sözleşmesi kapsamında yer verilen “kaza” kavramına da ışık tutacağı genel kabul görmüştür⁵⁴³. Buna göre “kaza; yolcunun, dışarıdan gelen, beklenmedik veya olağan dışı bir olay sonucunda zarar görmesidir.”

Üzerinde duracağımız bir diğer kavram, “hava aracının içinde” kavramıdır. Varşova Sözleşmesi için ortaya konan hâkim görüş, bu kavramın, “uçuşun başladığı noktada yolcuların hava aracına bindiği zaman ile uçuşun kararlaştırılan varma noktasında, yolcuların hava aracından indiği zaman arasında geçen süreyi kapsadığıdır”⁵⁴⁴.

Ayrıca “hava aracına binış ve hava aracından iniş faaliyetleri sırasında” ifadesinin anlamı için genelde içtihat, *Day* üçlü testini⁵⁴⁵ esas almaktadır. Kazanın “hava aracına binış ve hava aracından iniş faaliyetleri sırasında” vuku bulduğunun

⁵⁴² *Saks v. Air France*, 724 F. 2d 1383 - United States Court of Appeals, 9th Circuit 1984, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

⁵⁴³ *Wipranik v. Air Canada*, No. CV. 06-3763, 2007, C.D.Cal. May 15, 2007; bkz. Diedericks-Verschoor, s. 154. *Kruger v. United Airlines, Inc.*, 481 F.Supp.2d 1005 (2007), United States District Court, N.D. California, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mayıs 2013. *Watts v. American Airlines, Inc and AMR Corporation*, United States District Court Southern District of Indiana Indianapolis Division, 10 October 2007, <http://in.findacase.com>, erişim tarihi Mayıs 2013; *Mansoor v. Air France, KLM*, United States District Court, Southern District of California, 27 October 2008, <http://ca.findacase.com>; erişim tarihi Mayıs 2013. *Yahya v. Yemenia - Yemen Airways*, Case No. 08-14789, District Court, ED Michigan 2009; *Ugaz v. American Airlines, Inc.*, 576 F. Supp. 2d 1354 - Dist. Court, SD Florida 2008, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013.

İngiliz mahkemesinin kararı *Barclay v. British Airways Plc* [2008] EWCA Civ 1419; bkz. Marland, Tim: “Court of Appeal Does Not Put a Foot Wrong”, *Air and Space Law*, Vol. 34, No. 2 (2009), s.135.

⁵⁴⁴ *Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd.*, 388 F. Supp. 1238 - Dist. Court, SD New York 1975, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013; *Baum c. AuA* 1987 ETL 161, Tribunal de Premire Instance, Brussels; aff’d 1987 ETL 168, C.A.Brussels; bkz. Golhirsch, s. 84.

⁵⁴⁵ *Day v. Trans World Airlines, Inc.*, 528 F. 2d 31 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1975; aynı yönde, *Evangelinos v. Trans World Airlines*, 550 F. 2d 152 - Court of Appeals, 3rd Circuit 1977, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

taininde, “kazanın konumu, yolcunun faaliyeti ve yolcunun taşıyıcının kontrolü altında bulunma” ölçütleri dikkate alınmaktadır⁵⁴⁶.

İlgili bölüm içinde bahsedilmesi gereken son husus, “zarar” kavramının tanımı ve kapsamıdır. Varşova Sistemi zamanında, özellikle Fransız hukukçularının yaklaşımı ile *Common Law* hukukçularının yaklaşımının aynı olmaması ve hatta *Common Law* hukuku içinde özellikle ABD mahkemelerinin kararlarının da birbirinden farklı olması nedeniyle manevî zararların tazmin edilebilirliği, Montreal Sözleşmesinin hazırlık görüşmeleri sırasında gündeme getirilmiştir. Sözleşmenin Raportörü olan *Vijay Poonoosamy* 1997 yılında ICAO Hukuk Komitesine sunduğu raporunda, yolcunun uğradığı manevî zararların da tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁴⁷. Ayrıca Raportör, “manevî zarar” teriminin geniş anlamda, hakaret, onur kırıcı eylem, ayrımcılık, endişe, korku ve kuruntuyu kapsamasına rağmen kendisinin bu terim ile Sözleşmede sadece “şoka girme” hâlini kastettiğini dile getirmiştir⁵⁴⁸. Ancak, Montreal Sözleşmesinin 17. maddesinin son hâlinde, Varşova Sözleşmesinin 17. maddesinin aksine “*any other bodily injury*” ifadesi yerine “*death or bodily injury*” ifadesine yer verilmesi, Sözleşme kapsamına manevî zararların alınmadığını göstermektedir.

⁵⁴⁶ Day üçlü testinin uygulandığı dava örnekleri: *Bunis v. Israil GSA, Inc.*, 511 F. Supp. 2d 319 - United States District Court, ED New York 2007; *Ugaz v. American Airlines, Inc.*, 576 F. Supp. 2d 1354 - Dist. Court, SD Florida 2008, <http://scholar.google.nl>. *Schoeffler- Miller v. Northwest Airlines, Inc., Air France, KLM*, United States District Court, Central District of Illinois, Rock Island Division, 17 Kasım 2008, <http://docs.justia.com>, erişim tarihi Mayıs 2013.

⁵⁴⁷ Yolcunun taşımacılık sırasında uğradığı zarara ilişkin taslak metnin 16. maddesine göre, taşıyıcı, yolcunun ölümü veya uğradığı bedenî veya manevî zarar hâlinde, ölüm veya zarara sebep olan kazanın hava aracının içinde veya hava aracına binış veya hava aracından iniş faaliyetleri sırasında meydana gelmesi şartıyla sorumlu olacaktır. Ancak yolcunun ölümü veya yaralanması, kendi sağlık durumundan kaynaklanmışsa, taşıyıcının sorumluluğuna gidilemez. “Report of the Rapporteur on the Modernization and Consolidation of the Warsaw System”, *The Aviation Quarterly*, Part 5 (1997), s.313 (Report of the Rapporteur).

⁵⁴⁸ Report of the Rapporteur, s.298-299.

Buna karşın, Montreal Sözleşmesinin 17. maddesi, Varşova Sözleşmesinin 17. maddesinde, “ölüm ve bedenî yaralanma durumunda uğranılan zarar (*damage sustained*)” ifadesine yer verdiği için uğranılan zarardan neyin anlaşılacağına ilişkin tartışma gündemdedir⁵⁴⁹. Bir görüş, Sözleşmenin her durumda, sadece bedenî zarara uygulanacağını; buna karşın diğer bir görüş, Sözleşme kapsamında sadece bedenî zarar sonucu oluşan manevî zararın tazmin edileceğini kabul etmiştir⁵⁵⁰. Son tahlilde, her iki görüş, Sözleşme kapsamında manevî zararın tek başına tazmin edilemeyeceği konusunda hem fikirdir⁵⁵¹.

Manevî zararın tazmin edilebilir olup olmayacağına ilişkin tartışma, Varşova Sözleşmesinin hazırlık görüşmeleri sırasında başlayıp halen gündemdedir. Montreal Sözleşmesi, Varşova Sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olarak kabul edilmesine rağmen aynı amaç ve uygulamaya sahiptir. 1999 yılında Montreal Sözleşmesinin hazırlık görüşmeleri sırasında da manevî zararın tazmin edilebilirliği Sözleşme kapsamına özellikle alınmamıştır. Ancak bu görüşmeler sırasında Sözleşme kapsamında sadece fizikî zararların tazmininin, ulusal hukuklar altında manevî

⁵⁴⁹ Abeyratne, s.210; Rodriguez, s.27.

⁵⁵⁰ *Ehrlich v. American Airlines, Inc.*, 360 F. 3d 366 - Court of Appeals, 2nd Circuit, 8 March 2004; *Katin v. Air France, KLM*, Case No. 4:08-CV-348, United States District Court, E.D. Texas, Sherman Division, 2 July 2009, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mayıs 2013; *Booker v. BWIA West Indies Airways Limited*, No. 07-3131, United States Court of Appeals, 2 nd Circuit, 2009, <http://federal-circuits.vlex.com>, erişim tarihi Mayıs 2013; *Kruger v. United Airlines, Inc.*, 481 F.Supp.2d 1005 (2007), United States District Court, N.D. California, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mayıs 2013.

⁵⁵¹ *Bassam v. American Airlines*, No. 07-30958, United States Court of Appeals, 5th. Circuit, 14 July 2008, <http://docs.justia.com>, erişim tarihi Mayıs 2013.

Türk doktrinde ise ortaya konan görüşlerden ilki, manevî zararın tazmin edilmesi gerektiğidir. Bu görüş, “cezaî tazminatın, örnek teşkil eden nitelikte bir tazminatın veya diğer telafi edici nitelikte tazminatların tazmininin mümkün olmayacağına” ilişkin Sözleşmenin 29. maddesinin son cümlesine dayanarak tazmini mümkün olan maddî ve manevî zararlar konusunda Sözleşmede ayırım yapılmadığını ve manevî zararların tazmininin zarar görenin menfaatine uygun olacağını savunmuştur. Orbay Ortaç, s.48. Buna karşın doktrinde bir diğer görüş, aynı hükmü farklı yorumlamıştır. Bu görüş, 1999 Montreal Sözleşmesi açısından manevî zararın tazmin edilemeyeceğini, “cezaî tazminatın, örnek teşkil eden nitelikte bir tazminatın veya diğer telafi edici nitelikte tazminatların tazmininin mümkün olmayacağına” ilişkin Sözleşmenin 29. maddesinin son cümlesine dayanarak ifade etmiştir. Sözer, Montreal, s.174; Sözer, Sempozyum s.93; Sözer, Yük Taşıma, s.100.

zararın tazminini engellemeyeceğine ilişkin bir bildiri yayınlanmıştır⁵⁵². Her ne kadar sadece fizikî zararların tazmin edilmesi, zarar görenin menfaatine uygun olmasa da, Sözleşmenin lafzına bağlı kalınması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim maddî zararın tazmin edilebilmesine karşın manevî zararın tazmin edilmemesi Sözleşmenin yeknesak uygulanması amacına ters düşeceği eleştirisi ile karşılaşılabılır. Ancak örneğin Sözleşme kapsamında maddî zararların tazmin edilmesi aşamasında da her yolcu için eşit çerçevede tazminat öngörülmemektedir. Çünkü ÖÇH değerinin ulusal para birimlerine çevirme oranında, aynı durumda olan yolcular veya göndericiler farklı tazminata hak kazanmaktadırlar. Kanaatimizce, Sözleşmenin lafzına bağlı kalınması yanında manevî zararın Sözleşmede düzenlenmemiş bir konu olarak kabul edilmesi ve bu konunun davanın görüldüğü mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili hukuka tâbi kılınması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

(2) Bagajın veya Eşyanın Zarara Uğraması Hâlinde Taşıyıcının Sorumluluk Şartları

Bagaj ile kastedilen, Sözleşmede aksi belirtilmediği sürece, hem kontrol edilmiş hem de kontrol edilmemiş bagajdır (m.17/4). Kontrol edilmiş bagaj, hava yolu çalışanlarına teslim edilen ve kayıt altına alınan şeyler iken kontrol edilmemiş bagaj, hava yolu çalışanlarına teslim edilmeyen, yolcunun yanında bulundurduğu şeylerdir.

Bagajın uğramış olduğu zarar nedeniyle taşıyıcının sorumluluğunun doğabilmesi için gereken şartlar, 17/2. maddede; eşyanın uğramış olduğu zarar nedeniyle taşıyıcının sorumluluğu ise 18/1. maddede düzenlenmiştir. Bu şartlar,

⁵⁵² Tompkins, Air Transportation, s.31.

Varşova Sözleşmesinin 18/1. maddesinde belirtilen şartlar ile benzer şekilde kaleme alınmıştır.

Buna göre, bagajın uğradığı zarar nedeniyle taşıyıcının sorumluluğunun doğabilmesi için şu şartlar gerekmektedir (m.17/2):

- Bir olayın⁵⁵³ varlığı;
- Olayın, hava aracının içinde veya kontrol edilmiş bagajın, taşıyıcının sorumluluğu altında bulunduğu sırada meydana gelmesi;
- Olay neticesinde kabul edilmiş bagajın harabiyeti, kaybı ve hasara uğramasıdır.

Eşyanın uğradığı zarardan taşıyıcının sorumluluğunun doğabilmesi için gereken şartlar ise şunlardır (m.18/1):

- Bir olayın varlığı;
- Olayın hava yolu ile taşımacılık sırasında meydana gelmesi;
- Olay neticesinde eşyanın harabiyeti, kaybı ve hasara uğramasıdır.

Olay, harap, kayıp ve hasar kavramları, Sözleşme kapsamında tanımlanmamıştır. Ancak bu kavramların tanımı için, Varşova Sözleşmesinin 18. maddesinde de yer alan bu kavramların yorumlandığı mahkeme kararlarına başvurulmaktadır⁵⁵⁴.

Montreal Sözleşmesinin 17/2. ve 18/1. maddesi kapsamında taşıyıcının sorumluluğunu doğurabilecek şartlar arasındaki tek fark, eşyanın zarara uğramasına sebep olan olayın, hava yolu ile taşımacılık sırasında meydana gelmesi olarak görülebilir; ancak anlamda bir değişiklik yoktur. Şöyle ki, Sözleşmenin 17/2. maddesinde olayın, bagaj taşıyıcının sorumluluğu altında bulunduğu sürede meydana

⁵⁵³ Varşova Sözleşmesinin 18/1. maddesinde “occurrence” terimi; Montreal Sözleşmesinin 17/2. maddesinde “event” terimi tercih edilmiştir.

⁵⁵⁴ Bkz. yuk. s.104 vd.

gelmesi aranırken; 18/3. maddesinde “hava yoluyla taşımacılık”, eşyanın taşıyıcının sorumluluğu altında bulunduğu süre olarak tanımlanmıştır. Öte yandan, Varşova Sözleşmesinin 18/1. maddesinde, bagaj veya eşyanın uğradığı zarara yol açan olayın, hava yolu ile taşımacılık sırasında meydana gelmesi gerektiği; bir sonraki fıkrada da hava yolu ile taşımacılığın, bagaj veya eşyanın bir hava alanında veya bir hava aracı içinde veya hava alanı dışında iniş yapılması durumunda herhangi bir yerde taşıyıcının sorumluluğu altında bulunduğu süreyi kapsadığı belirtilmiştir. Son tahlilde, Montreal Sözleşmesinde bagaj veya eşyanın taşıyıcının kontrolünde bulunduğu zamanı, hava alanında, hava aracında veya hava alanı dışına inilmesi hâlinde herhangi bir yer şeklinde açıklama yapılması yerine nerede olursa olsun taşıyıcının kontrolünde olması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla, olayın, taşıyıcının deposunda, gümrükte veya hava alanı dışında herhangi bir yerde meydana gelmesi hallerinde de taşıyıcı yine sorumlu tutulacaktır⁵⁵⁵.

Hava yoluyla taşımacılık süresi, hava alanı dışında ifa edilen karada, denizde veya iç sularda yapılan taşımacılığı kapsamına almaz (m.18/4). Ancak, yükleme, teslimat ya da aktarma amacıyla bir hava yoluyla taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesinde diğer türde yapılan bir taşımacılık yer alırsa, meydana gelen herhangi bir zararın, aksi ispata tâbi olarak, hava yoluyla taşımacılık sırasında meydana gelen bir olay neticesinde olduğu varsayılmıştır (m.18/4). Eğer taşıyıcı, kendi kararı ile göndericiden onay almadan diğer taşıma yolları ile eşyayı taşırsa, bu taşımacılık havayolu ile yapılmış sayılır ve Sözleşme hükümlerine tâbi olur.

Bagajın, hava aracı içinde bulunduğu süreyi tarif edebilmek için, kanımızca, yolcunun hava aracı içinde bulunduğu süre için verilen tanımdan yararlanabiliriz.

⁵⁵⁵ *Vigilent Insurance Co. v. World Courier, Inc.*, 32 Avi. 16, 436, S.D.N.Y. 2008; bkz. *Diedericks-Verschoor*, s.238; *Whalen*, Montreal, s.18.

Şöyle ki, uçuşun başladığı noktada kontrol edilmemiş bagajın; yolcu tarafından uçağa yüklendiği zaman ile uçuşun kararlaştırılan varma noktasında uçaktan boşaltıldığı zaman arasında geçen süreyi, hava aracında bulunduğu süre olarak değerlendirebiliriz. Ayrıca kontrol edilmiş bagajın, taşıyıcının sorumluluğu altında bulunduğu süreye ilişkin olarak da, bagajın yolcudan teslim alındığı andan, karada yolcuya teslim edilene kadar geçen süreyi kapsayacağı içtihadta ifade edilmiştir⁵⁵⁶.

Son olarak, Varşova Sözleşmesine ilişkin olan bagajın veya eşyanın zarar görmesi nedeniyle yolcunun, göndericinin veya alıcının uğradığı manevî zararın, tazmin edilemeyeceğine ilişkin ihtilâf, Montreal Sözleşmesi için de devam etmektedir⁵⁵⁷.

b. Sorumluluğun Kapsamı

Montreal Sistemi ile Varşova Sistemi arasındaki en büyük fark, taşıyıcının sorumluluk kapsamına ilişkin hükümler açısındanadır. Bu nedenle, Montreal Sistemine göre sorumluluğun kapsamı, Varşova Sistemine göre sorumluluğun kapsamına ilişkin kısımdan daha farklı bir sistematik içinde incelenecektir. Şöyle ki, Varşova Sistemine göre sorumluluğun kapsamı, taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması ve kaldırılması ile taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağı hâller alt başlıkları altında incelenecektir. Burada, Montreal Sistemi taşıyıcının sorumluluğunu, yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığı açısından farklı rejimlere bağladığı için yolcunun ölümü veya yaralanması durumunda öngörülen sorumluluk rejimi ile

⁵⁵⁶ *Small v. American West Airlines, Inc.* 32 Avi. 15, 878, District Court, New Jersey, 2007: bkz. Tompkins, Air Transportation, s.59.

⁵⁵⁷ Yargıtay, manevî zarar için Medeni Kanunu'nun 24. maddesi ile Mülga Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi anlamında davacının kişilik haklarına saldırı olması gerektiğine dayanarak, bagajın kaybı nedeniyle manevî tazminat talebini reddetmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/4381, K. 2013/4125, T. 05.03.2013 (yayınlanmamış).

Öte yandan, İspanyol mahkemesi, Sözleşmenin 22/2. maddesinde "bagaj taşımacılığında bagajın kaybı, hasarı ve gecikmesi sonucu uğranılan zarar" denmesi nedeniyle zararın içine manevî zararı da dâhil etmiş ve 1000 ÖÇH sınırına kadar manevî zararın tazminine hükmetmiştir. Record 182/08, 22.5.08, Valencia Court of Appeal, EDJ 2008/117346: bkz. Tompkins, Air Transportation, s.73.

bagaj veya eşyanın zarara uğraması hâlinde öngörülen sorumluluk rejimi alt başlıkları altında incelendikten sonra her iki hâle uygulanabilir olan ortak hükümler irdelenecektir.

(1) Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Hâlinde Kabul Edilen Sorumluluk Rejimi

Montreal Sözleşmesi ile Varşova Sözleşmesi arasında yolcunun ölümü ve yaralanması hâlinde, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin en önemli fark, sorumluluğun hukukî niteliği hakkındadır. Varşova Sözleşmesinde aksinin ispatının taşıyıcıda olduğu kusur sorumluluğu kabul edilmişken; Montreal Sözleşmesinde ikili bir (*two-tiers*) sorumluluk rejimi bulunmaktadır.

Buna göre, yolcunun ölümü veya yaralanması hâlinde ortaya çıkan zarar, 100.000 Özel Çekme Hakkını⁵⁵⁸ aşmıyorsa, taşıyıcı, sorumluluğu kabul etmeme hakkına sahip değildir (m.21/1). Bu kısımda, taşıyıcı için herhangi bir kurtuluş

⁵⁵⁸ Sözleşmenin 23/1. maddesine göre, Özel Çekme Hakkı, Uluslararası Para Fonunun verdiği tanımlama kapsamında kabul edilmiştir. Bkz. IMF Currency Units per SDR for December 2012, <http://www.imf.org>, erişim tarihi 1 Mayıs 2013.

Merkez Bankasının açıklamış olduğu 03.05.2016 tarihli kura göre, 1 ÖÇH=1.42 ABD Doları ve 1 ÖÇH=4.009 TL'ye tekabül etmektedir. RG. 04.05.2016-29702.

Uluslararası Para Fonunun üyesi olan ve olmayan Taraf Devletlerin ulusal para biriminin, Özel Çekme Hakkı açısından değerinin hesaplanma usulü 23. maddede düzenlenmiştir.

Ayrıca taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırı, her beş yılda bir gözden geçirilecektir (m.24/1, c.1). Nitekim ICAO tarafından ilk gözden geçirme 2008-2009 yılında yapılmıştır. Enflasyon oranı %13,1 den hesaplanarak, eşya taşımada başına 19 ÖÇH; bagaj taşımada başına 1,131 ÖÇH; yolcunun ölümü veya yaralanması durumunda, yolcu başına 113,100 ÖÇH taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı olarak yeniden tespit edilmiştir. Revision of Limits of Liability Conducted by ICAO under article 24 of the Montreal Convention of 1999, Notification of Revision Limits of Liability, 30 June 2009; Ref.: LE 3/38.1-09/47, tam metin için bkz. <http://www.icao.int>, erişim tarihi Mayıs 2013. Ayrıca bu metne ilişkin değerlendirme için bkz. Tompkins, Air Transportation, s.380.

Periyodik gözden geçirme, yayınlandığı 30 Haziran 2009 tarihinden itibaren 3 ay içinde üye olan devletlerin çoğunluğunun kabulü ile 6 ay sonra 30 Aralık 2009 tarihinde girmiştir. Revision of Limits of Liability under the Montreal Convention of 1999, Notification of Effective Date of Revised Limits, 4 Kasım 2009, Ref.: LE 3/38.1-09/87 tam metin için bkz. Tompkins, Air Transportation, s.385.

Bir sonraki gözden geçirme, 2014 yılında ICAO tarafından yapılmıştır ve bu yeni gözden geçirme sonucunda taşıyıcının sorumluluk sınırları değiştirilmemiştir. Bir diğer deyişle, taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı; eşya taşımada başına 19 ÖÇH; bagaj taşımada başına 1,131 ÖÇH; yolcunun ölümü veya yaralanması durumunda, yolcu başına 113,100 ÖÇH. ICAO Assembly Resolution A 38-20 Promotion of the Montreal Convention of 1999 and Summary of Benefits, LE 3/38.1-14.1, 10 January 2014, <http://www.icao.int/MIC/Documents/2013>. Ayrıca bu metnin değerlendirilmesi için bkz. <http://aviationlawblog.ahbl.ca/2015/02/23/status-quo-for-limits-of-liability-under-montreal-convention>, erişim tarihi Haziran 2015.

beyyinesi öngörülmemiştir. Bu hâlde, taşıyıcının sorumluluğu, kusursuz⁵⁵⁹ ve sınırlı sorumluluktur. Bu kuralın tek bir istisnası vardır; o da, taşıyıcının ortak kusur beyyinesine başvurabilmesidir (m.20)⁵⁶⁰.

Buna karşın, yolcu başına 100.000 Özel Çekme Hakkını aşan zararlar için taşıyıcının kusur⁵⁶¹ ve sınırsız sorumluluğu kabul edilmiştir. Taşıyıcı, zararın kendisinin, çalışanının veya temsilcisinin kusur veya ihmali sonucu meydana gelmediğini⁵⁶² veya zararın üçüncü kişinin kusuru veya ihmali sonucu meydana geldiğini ispat ederse, sorumluluktan kurtulabilir (m.21/2). Bu beyyine, Varşova Sözleşmesinde kabul edilen taşıyıcının, kendisinin ve adamlarının gerekli bütün tedbirleri aldığına ilişkin beyyinenin farklı şekilde izahıdır⁵⁶³. Ayrıca, taşıyıcıya yüklenen “kusurun olmadığını” ispat yükü yanında üçüncü kişinin kusurunun ispatının getirilmesinin gereksiz olduğu; zaten üçüncü kişinin kusurunun ispatının, taşıyıcının kusurunun olmaması hâlini de içine aldığı doktrinde savunulmuştur⁵⁶⁴. Üçüncü kişinin kusuruna örnek olarak, hava aracının veya donanım parçalarının kusurlu üretilmesi, hava trafik kontrol hizmet personelinin trafiği düzensiz işletmesi veya bir başka hava aracının işleticisinin veya hava alanı işleticisinin kusurlu harekette bulunması gösterilebilir⁵⁶⁵. Nitekim taşıyıcı, kusuru olmadığını ispat

⁵⁵⁹ Gjemulla; Schmid; Müller-Rostin; Dettling-Ott; Margo, s.29-Commentary; Bozkurt Bozabalı, s.108. Sözer, mutlak sorumluluk olarak nitelendirmiştir. Sözer, Montreal, s.170. Ayrıca doktrinde bu sorumluluğun tehlike sorumluluğu olduğuna yönelik görüş için bkz. Orbay Ortaç, s.72.

⁵⁶⁰ Ortak kusura ilişkin açıklamalar için bkz. aşı. s.194.

⁵⁶¹ Sözer, Montreal, s.170; Bozkurt Bozabalı, s.107-108. Ayrıca Sözer, 100.000 ÖÇH’yi aşan zararlardan taşıyıcının sorumluluğunu, “özen gösterme borcu ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olarak nitelendirmektedir. Sözer, Montreal, s.171. Doktrinde 100.000 ÖÇH’yi aşan kısım için taşıyıcının sorumluluğunun hukukî niteliğinin olağan sebep sorumluluğu olduğu şeklindeki görüş için bkz. Orbay Ortaç, s.84.

⁵⁶² Bu beyyinenin mücbir sebep beyyinesini de kapsamına aldığı doktrinde ifade edilmiştir. Sözer, Montreal, s.181. Mücbir sebep beyyinesine ilişkin açıklamalar için bkz. aşı. II. Bölüm, s.207, dn.611.

⁵⁶³ Mendes de Leon; Eyskens, s.1172-1173; Rodriguez, s.31.

⁵⁶⁴ Mendes de Leon; Eyskens, s.1172.

⁵⁶⁵ Tompkins, Air Transportation, s.36.

ederken, kazanın kendi kontrolü dışında olduğunu ve kazayı önlemek için yapılabilecek bir şey olmadığını ispat yükü altındadır.

Sözleşmenin 21. maddesinin işleyişini şu şekilde anlatabiliriz: “Yolcu, uluslararası taşımacılık sırasında meydana gelen bir kazanın varlığını ve bu kaza sonucunda zararın meydana geldiğini ispatlamalıdır”⁵⁶⁶. Yolcunun zararı, 100.000 Özel Çekme Hakkından daha az ise, taşıyıcı, 20. maddede belirtilen ortak kusurun varlığını ispatlayamadığı takdirde, ortaya çıkan zarardan kusursuz sorumludur. Ancak “yolcunun zararının, 100.000 Özel Çekme Hakkı sınırından fazla olduğu kanıtlanmışsa, kanıtlanmış zararın ilk 100.000 Özel Çekme Hakkına ilişkin kısmını, taşıyıcı, 20. maddede belirtilen ortak kusuru ispatlayamadığı takdirde, kusursuz sorumlu olarak ödeyecektir. Geri kalan kısım içinse taşıyıcı, 21/2. madde altında savunmalarını ispatlayamazsa, yolcunun zararını tamamen karşılayacaktır. Öte yandan taşıyıcı, 21/2. maddedeki beyyinelerden birini ispatlaması durumunda, yolcu ispat ettiği zararının sadece ilk 100.000 Özel Çekme Hakkına kadar olan kısmını alabilecektir”⁵⁶⁷.

Bunun yanında taşıyıcı; çalışanı veya temsilcisinin eylemlerinden de sorumludur. Yolcunun ölümü veya yaralanması, taşıyıcının veya onun çalışanı veya temsilcisinin kusuru veya yanlış bir fiili ya da ihmali sonucunda meydana gelmişse taşıyıcı, 100.000 Özel Çekme Hakkını aşan her kısım için sorumludur (m.21/2/a’nin yorumu).

Ayrıca, Varşova Sözleşmesinden farklı olarak, Montreal Sözleşmesinin 28. maddesi ile yolcunun ölümü veya yaralanması ile sonuçlanan hava aracı kazalarında, yolcunun veya yakınlarının acil ihtiyaçlarının karşılanması için taşıyıcıya yönelik ön

⁵⁶⁶ Tompkins, Air Transportation, s.282.

⁵⁶⁷ Tompkins, Air Transportation, s.282.

ödeme yükümlülüğü kabul edilmiştir. Buna göre, yolcunun ölümü veya yaralanması ile sonuçlanan hava aracı kazalarında taşıyıcı, kendi ulusal hukukunun gerekli kılması hâlinde, ön ödemeyi talep etme hakkına sahip olan gerçek kişi veya kişilere, gecikmeksizin, acil ekonomik ihtiyaçların karşılanması üzerine ön ödemede bulunabilir. Bu tür bir ödeme, sorumluluğun kabulü anlamında olmayıp; taşıyıcı tarafından ileride yapılacak ödemelerden mahsup edilecektir.

Bu maddede “hava aracı kazaları” terimine yer verilirken; 17. maddede “kaza” terimine yer verilmesi görüş ayrılıklarına sebebiyet verebilmektedir. Eğer maddenin lafzı yorumuna bağlı kalınırsa, 17.madde anlamında “kaza” terimi geniş yorumlanmayıp; daha dar anlamda sadece hava aracının kaza yapması hâli açısından ön ödeme kurumunun kabul edildiği anlamı çıkabilmektedir; oysa bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda 17. madde anlamında “kaza” olarak nitelendirilebilecek her durumda ön ödeme kurumunun kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁶⁸.

Madde metninde acil ekonomik ihtiyaçlar kapsamına nelerin dâhil olacağının bildirilmemesine karşın, hastane ve cenaze masraflarının acil ekonomik ihtiyaç kapsamına girdiği aşikârdır. Ancak, Montreal Sözleşmesinde, taşıyıcının ön ödemede bulunduğu kişinin gerçekten ön ödemeyi alma hakkına sahip olmadığına daha sonra anlaşılması ile zararın yolcunun ortak kusuru nedeniyle oluştuğunun sonradan tespit edilmesi hallerinde, taşıyıcının ön ödemeyi geri alıp alamayacağı konusunda açıklık yoktur. Ayrıca, Sözleşmede ön ödeme miktarının tayin edilmemesi de doktrinde bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Orbay Ortaç, s.119.

⁵⁶⁹ Mendes de Leon; Eyskens, s.1185.

(2) Bagaj veya Eşyanın Zarara Uğraması Hâlinde Kabul Edilen Sorumluluk Rejimi

Bagaj taşımacılığında, kontrol edilmiş bagajın taşıyıcının sorumluluğuna verildiği anda yolcu; bagajın, teslimi sırasında değerine ilişkin özel bir beyanda bulunmadığı ve durumun gerektirmesi hâlinde ilave bir ödeme yapmadığı müddetçe; bagajın harap olması, kaybolması ya da hasara uğraması hâlinde taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırı, her yolcu için, 1000 ÖÇH'dir (m.22/2, c.1)⁵⁷⁰.

Eşya taşımacılığında, eşyanın taşıyıcının sorumluluğuna verildiği anda gönderici; eşyanın, teslimi sırasındaki değerine ilişkin özel bir beyanda bulunmadığı ve durumun gerektirmesi hâlinde ilave bir ödeme yapmadığı müddetçe, eşyanın harap olması, kaybolması ya da hasara uğraması hâlinde taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırı, her kilogram için 17 ÖÇH'dir (m.22/3, c.1). Taşıyıcı, bagaj veya eşya ile ilgili olarak yolcunun beyan ettiği miktarın, bagajın veya eşyanın varma yerindeki teslimindeki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispatlayamamışsa, yolcunun veya göndericinin beyan ettiği toplamı aşmayan bir miktar ödemekle yükümlüdür (m.22/2; m.22/3)⁵⁷¹.

Bu hükümler doğrultusunda, bagaj veya eşyanın harabiyeti, kaybı veya hasarı hâlinde, taşıyıcının sorumluluğu, “sınırlı sorumluluk”tur. Bu durumun tek istisnası, bagajın, taşıyıcının, çalışanının veya temsilcisinin zarar vermek niyetiyle veya zararın oluşacağını bilerek, dikkatsizce yaptığı bir fiil veya ihmali nedeniyle zarara uğraması hâlidir (m.22/5). Bu hâlde taşıyıcı, Sözleşmede kabul edilen sorumluluğun parasal sınırından yararlanamaz ve taşıyıcının sorumluluğu, “sınırsız sorumluluk”

⁵⁷⁰ Merkez Bankasının açıklamış olduğu 03.05.2016 tarihli kura göre, 1 ÖÇH=1.42 ABD Doları ve 1 ÖÇH=4.07 TL'ye tekabül etmektedir. RG. 04.05.2016-29702.

⁵⁷¹ Bunun yanında, eşyanın bir parçasının ya da içindeki malzemelerden herhangi birinin harap olması, kaybolması ya da gecikmesi durumunda, taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırının belirlenmesinde dikkate alınacak ağırlık, sadece ilgili paket ya da paketlerin ağırlığıdır (m.22/4).

hâlini alır. Buna karşın, taşıyıcının çalışanı veya temsilcisi, kendi istihdamları kapsamında hareket ettiklerini ispatlarsa, sorumluluğun parasal sınırından yararlanmaya devam edebilirler.

Ayrıca Sözleşme kapsamında taşıyıcının, zararın oluşmasını önlemek için gerekli bütün tedbirleri aldığıının ispatı hâlinde sorumluluktan kurtulacağına ilişkin bir beyyine kabul edilmediğinden, bagaj veya eşya taşımacılığı nedeniyle meydana gelen zarardan sorumluluğu, kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmektedir⁵⁷². Ancak taşıyıcı, bagajın veya eşyanın zarara uğramasına ilişkin uyuşmazlıklarda, belirli hallerin varlığı durumunda sorumluluktan kurtulabilir. Bu haller:

- Ortak kusurun varlığı (m.20)⁵⁷³;
 - Zararın; bagaj veya eşyanın kendi içinde bulunan kusurundan, niteliğinden ve kötülüğünden kaynaklanması (m.17/2, 18/2/a);
 - Eşyanın zarara uğraması; taşıyıcı ve onun çalışanı veya temsilcisi dışında birisi tarafından kusurlu paketlenmesinden, savaş veya silahlı çatışmadan veya eşyanın girişi, çıkışı veya geçişi ile bağlantılı olarak gerçekleştirilen bir kamu otoritesinin tasarrufundan kaynaklanması (m.18/2/b,c)⁵⁷⁴;
 - Kontrol edilmiş bagaj veya eşyayı teslim almaya yetkili kişi tarafından belirli bir süre içinde yapılması gereken şikâyetin yapılmamasıdır (m.31).
- Bu son halde, kontrol edilmiş bagaj ya da eşyanın şikâyetsiz teslim alınması, bagaj ve eşyanın iyi koşullarda teslim alındığına ve taşıma belgelerine ya da farklı yöntemlerin içerdiği kayıtlara uygun olduğuna karine teşkil eder (m.31/1). Ancak hasar söz konusuysa, bagaj veya eşyayı teslim almaya yetkili şahıs, hasarı fark etmesinden itibaren derhâl veya en

⁵⁷² Mendes de Leon; Eyskens, s.1175, 1181.

⁵⁷³ Ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda s.194.

⁵⁷⁴ Bu hâlde, taşıyıcı ispat ettiği oranda sorumluluktan kurtulabilir.

geç kontrol edilmiş bagajın teslim alındığı tarihten itibaren 7 gün; eşyanın teslim alınmasından itibaren 14 gün içinde taşıyıcıya şikâyetle bulunmalıdır (m.31/2). Şikâyet, yazılı şekilde olmalı ve sözü edilen süreler içinde verilmeli ya da gönderilmelidir (m.31/3). Ancak, süresi içinde şikâyetle bulunulmamışsa, taşıyıcıya karşı bir dava açılmaz; bu kuralın tek istisnası, taşıyıcının kötü niyetinin varlığıdır (m.31/4)⁵⁷⁵. Montreal Sözleşmesinin 31. maddesi, Varşova Sözleşmesinin 26. maddesini değiştiren Lahey Protokolünün XV. maddesi ile aynıdır. Varşova/Lahey Sisteminin 26. maddesi hakkında belirttiğimiz açıklamalar, Montreal Sözleşmesinin 31. maddesi için de geçerlidir⁵⁷⁶. Ayrıca taşıyıcı, kontrol edilmiş bagajın kaybolduğunu kabul etmişse veya kontrol edilmiş bagaj ulaşması gereken tarihten itibaren 21 gün içinde ulaşmamışsa, yolcu, taşıma sözleşmesinden doğan haklarını, taşıyıcıya karşı kullanma hakkına sahiptir (m.17/3).

Bunun yanında, Varşova Sistemi kapsamında kişinin yanında bulundurduğu kontrol edilmemiş el bagajının zarara uğramasında taşıyıcının sorumluluğunun doğup doğmayacağına ilişkin tartışma, Montreal Sözleşmesi ile sonuçlandırılmıştır. Şöyle ki, kişisel eşyaların dâhil olduğu kontrol edilmemiş bagajın zarara uğraması, taşıyıcının; kendisinin, çalışanlarının veya temsilcilerinin kusurundan kaynaklanması hâlinde, sorumluluğu kabul edilmiştir (m.17/2). Dolayısıyla, kontrol edilmemiş bagajın zarara uğraması hâlinde, taşıyıcının sorumluluğunun hukukî niteliği, kusur sorumluluğudur. Böylece, Sözleşmede, taşıyıcı tarafından kayıt altına alınan bagajın

⁵⁷⁵ Bu kapsamda şikâyetle bulunulmaması hâlinde taşıyıcıya karşı tazminat talebinde bulunulamayacağına ilişkin karar için bkz. *Olaya v. American Airlines, Inc.*, United States District Court, E.D.New York, 6 October 2009, <http://www.thecabadvantage.com>, erişim tarihi Mayıs 2013.

⁵⁷⁶ Bkz. yuk. s.115 vd.

zarara uğraması hâli ile taşıyıcı tarafından kayıt altına alınmayan, yolcunun uçakta yanında taşıdığı bagajın zarara uğraması hâli arasında ayırım yapılarak, taşıyıcı farklı hukukî sorumluluk temeline tâbi kılınmıştır.

Bu düzenlemelere karşın, Montreal Sözleşmesinin 31. maddesinde bagajın içindeki eşyaların kısmî kaybı hâline ilişkin bir düzenlemenin olmaması, doktrinde, bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁵⁷⁷.

(3) Yolcunun, Bagajın, Eşyanın Uğradığı Zarardan Doğan Sorumluluk Davalarına Uygulanabilecek Ortak Hükümler

Yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığı sebebiyle ortaya çıkan hukukî uyuşmazlıklara uygulanabilecek ortak Sözleşme hükümleri şunlardır:

- Sözleşmenin hiçbir hükmü, taşıyıcıyı, herhangi bir taşıma sözleşmesi akdetmekten; bu Sözleşme kapsamında mevcut olan herhangi bir savunmadan veya bu Sözleşme hükümlerine aykırı olmayan şartlardan feragat etmekten alıkoyamaz (m.27).
- Sözleşme kapsamında öngörülen taşıyıcıya yönelik sorumluluk sınırından daha yüksek sınır öngören anlaşma hükümleri geçerli (m.25) iken Sözleşme kapsamında öngörülen taşıyıcıya yönelik sorumluluk sınırından daha aşağı sınır öngören anlaşma hükümleri geçersiz sayılmıştır (m.26, 47).
- Yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığını ifa eden taşıyıcıların, Sözleşmede öngörülen sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulabilmek için başvuracakları tek ortak beyyine, ortak kusurun varlığıdır. Sözleşmenin 20. maddesine göre, bagaj veya eşyanın uğradığı zararın tazminini talep

⁵⁷⁷ Caplan, Harold: "Novelty in the New Convention", *The Aviation Quarterly*, Part 4 (1999), s.199; Mendes de Leon; Eyskens, s.1175.

eden kişinin veya yolcunun ölümü veya yaralanması hâlinde ölen veya yaralanan kişinin, zararın oluşmasında kusurunun varlığının taşıyıcı tarafından ispat edilmesi ile taşıyıcı, ortak kusurun ölçüsüne göre sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtulabilmektedir. Bu hüküm, Varşova Sözleşmesinin 21. maddesinden iki hususta farklıdır. İlki, Montreal Sözleşmesinin ilgili hükmünde, taşıyıcıya, ortak kusurun ölçüsüne göre sorumluluktan kısmen de kurtulma imkânının tanınmasıdır. İkinci olarak, ortak kusurun varlığı hâlinde taşıyıcının sorumluluktan kurtulma derecesinin tayini için *lex fori* yetkilendirilmemiştir. Böylece bu tayin için de Sözleşme hükümlerine başvurulacaktır⁵⁷⁸. Ancak, doktrinde zarar iddiasında bulunan kişinin zarara ne ölçüde sebep olduğunun tespitinin, kanunlar ihtilâfı kuralları da dâhil olmak üzere, davanın görüldüğü mahkemenin hukuku altında çözülmesi gerektiği savunulmuştur⁵⁷⁹.

- Yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığında doğan taşıyıcının sorumluluk davalarında, Sözleşme kapsamında öngörülen sorumluluğunun parasal sınırının dışında, mahkeme, kendi kurallarına uygun olarak, faizler de dâhil olmak üzere davacının maruz kaldığı mahkeme masraflarının ve diğer harcamalarının tamamının veya bir kısmının ödenmesine karar verebilir (m.22/6)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Aynı yönde Sözer, *Yük Taşıma*, s.251.

⁵⁷⁹ Rodriguez, s.32.

⁵⁸⁰ İlgili maddenin devamına göre, davanın mahkeme masrafları ve diğer harcamaları hariç olmak üzere, hükmedilen tazminat miktarı, zararın oluşmasına neden olan olay tarihinden itibaren 6 ay içinde veya daha sonra ise dava başlamadan önce davacıya yazılı olarak önerdiği miktarı aşmıyorsa, birinci cümlede belirtilen şart uygulanmaz (m.22/6,c.2).

- Montreal Sözleşmesi ile Taraf Devletlere, kendi taşıyıcılarından sigorta yaptırmalarını talep etme yükümlülüğü getirilmiştir (m.50). Buna göre, Taraf Devletler, taşıyıcılarından, bu Sözleşme dâhilindeki sorumluluklarını kapsayacak şekilde yeterli sigorta yaptırmalarını ve Sözleşme altında sorumluluklarını kapsayan yeterli sigortanın yapıldığına dair kanıt göstermesini isteyebilirler. Yeterli sigortadan ne anlaşılması gerektiği ise, Sözleşmede açıklığa kavuşturulmamıştır⁵⁸¹. Dolayısıyla doktrinde, sigorta kapsamının açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir⁵⁸².

ç. Sözleşme Hükümlerinin Hâkimin Hukukunun Kamu Düzenine Aykırılığı Tartışması

Sözleşme kapsamında kamu düzeni müdahalesi düzenlenmemiştir. Varşova Sisteminin uygulanmasında, kamu düzeni müdahalesine ilişkin alt başlık altında bahsettiğimiz açıklamalar, Montreal Sözleşmesi için de geçerlidir.

Açıktır kamu düzeni müdahalesini kabul etmeyen milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında, genel olarak, sözleşmelere taraf olan devletlerin kamu düzeni müdahalesinden vazgeçtikleri kabul edilmiştir⁵⁸³. Nitekim Anayasamızın 90. maddesinde de usulüne uygun yürürlüğe giren bir milletlerarası sözleşmenin, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla dava açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, kanaatimizce, bir milletlerarası sözleşmenin belirli hükümlerinin, Türk kamu düzenine aykırı olduğu, sözleşmeye taraf olunmadan önce tespit edilmelidir. Bu noktada, Türk kamu düzenine aykırı görülen hükümlerin uygulanmasına şerh

⁵⁸¹ Konuyu ele alan az sayıda devletten biri olan Birleşik Krallık'ta, Sivil Havacılık Müdürlüğü, taşıyıcılardan; yolcu, eşya ve 3. kişi sorumluluğuna (örneğin bir diğer uçakla çarpışma riskine) ilişkin birleştirilmiş tek bir sigorta yaptırılmasını şart koşturmuştur. Caplan, s.200.

⁵⁸² Mendes de Leon; Eyskens, s.1185.

⁵⁸³ Nomer, Devletler, s.178.

konmalı veya milletlerarası sözleşmeye taraf olunmamalıdır. Ulusal mahkemelerin önüne Montreal Sözleşmesinin veya bir hükmünün, davanın açıldığı ülkenin Anayasasına ve kamu düzenine aykırılığına ilişkin bir dava gelmemiştir.

2. Lex Fori'nin İç Hukukunun Uygulama Alanı

Montreal Sözleşmesinin hükümleri incelendiğinde, dört konu, *lex fori*'nin iç hukukuna tâbi kılınmıştır.

- İlki; Mahkemenin, Sözleşmede belirtilen taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırı içine mahkeme masraflarını ve diğer masrafları dâhil edip etmeyeceğidir (m.22/6). Buna göre, Montreal Sözleşmesinin 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen tazminat miktarı dışında mahkeme, kendi hukukuna göre dava nedeniyle davacının maruz kaldığı mahkeme masraflarını veya dava ile ilgili diğer masrafları da tespit edebilir. Taşıyıcının dava masraflarını ödeme yükümlülüğü ve oranı, *lex fori*'nin maddî hükümlerine göre belirlenecektir.
- İkincisi; usule ilişkin konulardır. Usule ilişkin hukukî sorunlar, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbidir (m.33/4).
- Üçüncüsü; dava açma süresinin hesaplanmasıdır. Dava açma süresinin hesaplanması, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbidir (m.35/2).
- Sonuncusu; fiilî taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılığa ilişkin davalardır. Fiilî taşıyıcıya veya sözleşmesel taşıyıcıya karşı açılan davalarda, usul ve etkisi davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbidir. Yine, davalı taşıyıcı, diğer taşıyıcıyı yargılama sürecine dâhil etme hakkına sahiptir (m.45).

3. Sözleşme’de Düzenlenmemiş Hukukî Konuların Vasıflandırılması

Varşova Sözleşmesine ilişkin verilen kararlar ve ortaya konan görüşlerden yola çıkılarak, Montreal Sözleşmesi kapsamında düzenlenmeyen konular, davanın açıldığı mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili hukuka tâbidir.

Varşova Sistemine ilişkin olan bölümde, Sistem kapsamında düzenlenmeyen konuların hangi hukukî sorumluluk temeli içinde değerlendirileceğini, uygulama ve bilimsel görüşler çerçevesinde ele almaya çalışmıştık. Nitekim Montreal Sistemi kapsamında da kısmen aynı sorunlar devam etmektedir. Burada Montreal Sözleşmesinde düzenlenmeyen hukukî ihtilâflar hakkında vasıflandırma sorununu incelemeye çalışacağız.

Sözleşmede düzenlenmemiş konular, taşıyıcının sorumluluk davasını açabilecek kişiler ile bazı hukukçulara göre, Sözleşme kapsamında manevî zararların tazminidir. Varşova Sözleşmesinin aksine Montreal Sözleşmesi ile bagaj ve eşya taşımacılığında doğan tazminat davasının kim tarafından açılabileceğinin tespiti, Sözleşme hükümlerine tâbi kılınmamıştır. Ayrıca Montreal Sözleşmesinin 17. maddesinde, “ölüm veya bedenî yaralanma sonucu uğranılan zarar” ifadesine yer verildiği için Sözleşme kapsamında tazmin edilecek zararın tam anlamıyla belirlenmediği ve bu konuda boşluk olduğu savunulmuştur.

Varşova Sözleşmesi ile uyumlu olarak, hâkim görüşe göre, Montreal Sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlar, öncelikle hâkimin hukukuna göre vasıflandırılmalı ve davanın açıldığı mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili hukuka tâbi olmalıdır⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ Montreal Sözleşmesinin 29. maddesi, Varşova Sözleşmesinin 24. maddesinin yorumlandığı ve uygulandığı önemli davalardan biri olan *Zicherman* kararında ortaya konan anlayışı aynen korumuştur. *Tompkins, Air Transportation*, s.278; *Zicherman v. Korean Air Lines*: bkz. s.58, dn.248. Bu konuya ilişkin örnek dava, *In Re Air Crash at Lexington, Kentucky* davasıdır. İlgili kararda

Uygulanacak hukukun tayini aşamasında, davanın görüldüğü mahkeme, yetkili hukukun maddî hükümlerini mi kanunlar ihtilâfı hukuku hükümlerini mi uygulayacaktır; bir diğer deyişle atıf red mi edilecek kabul mü edilecektir? Atıf konusunda da Varşova Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin kısımda varılan sonuç, Montreal Sözleşmesinin uygulanması için de geçerlidir⁵⁸⁵. Yani Montreal Sözleşmesi kapsamında düzenlenmeyen konularda atfın kabulünün, ulusal hukukların uygulamalarına ve politikalarına bağlı olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁵⁸⁶.

Ç. Yabancı Mahkeme veya Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Varşova Sisteminde olduğu gibi Montreal Sistemi kapsamında da, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmemiştir. Bu nedenle yabancı mahkeme ve hakem kararlarının, bir başka devletin ülkesinde tanınması veya tenfizi, tanıma veya tenfizin talep edildiği mahkemenin hukukuna tâbidir. Öncelikle tanıma veya tenfizin talep edildiği mahkemenin bağlı bulunduğu devletin taraf olduğu iki veya çok taraflı sözleşme hükümlerine; sözleşme olmaması durumunda ise, milletlerarası özel hukuk mevzuatına tâbi olarak tanıma veya tenfiz talebi değerlendirilecektir⁵⁸⁷.

mahkeme, Kentucky’de meydana gelen kaza sonucu Kanada’da oturan yolcunun ölümü üzerine taşıyıcının sorumluluk davasının kim tarafından açılacağını, davanın açıldığı mahkemenin hukuku olan Kentucky kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre uygulanacak hukukun maddî hükümlerine tâbi kılmıştır. *In Re Air Crash at Lexington, Kentucky, August 27, 2006*, 32 Avi. 16, 390, E. D.Kentucky 2008: bkz. Tompkins, Air Transportation, s.52.

⁵⁸⁵ Bkz. yuk. s.139.

⁵⁸⁶ Nitekim Montreal Sözleşmesi kapsamında açıkça *lex fori*’nin maddî hükümlerine tâbi kılınan hukukî sorunlarda, atıf reddedilmiştir. Sadikov, s.212-213.

⁵⁸⁷ Şanlı, Sivil Havacılık, s.49.

İKİNCİ BÖLÜM

MÖHUK REJİMİ

Bu bölümde milletlerarası sözleşmelerin kapsamına girmeyen uluslararası taşımacılık sebebiyle açılan sorumluluk davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK hükümleri kapsamında tayin edilecektir.

İkinci olarak, Varşova ve Montreal Sözleşmelerinde düzenlenmeyen konulara uygulanacak hukuk ile milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı dışında olan uluslararası taşımacılık sebebiyle açılan sorumluluk davalarının tâbi olacağı hukuk MÖHUK hükümleri çerçevesinde tespit edilecektir. Bu çerçevede:

a. Yabancı mahkeme kararlarından yola çıkılarak, genel uygulama, *Sözleşmelerde düzenlenmeyen konuların* davanın görüldüğü mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları dâhil *lex fori*'ye tâbi olacağı yönündedir. Böylece davanın görüldüğü mahkeme, Türk mahkemesi ise, Sözleşmede düzenlenmemiş konulara uygulanacak hukuk, Türk kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre tespit edilmelidir.

Bu konular şunlardır:

— Varşova Sözleşmesinin 24/1. maddesinde yolcu taşımacılığı ve Montreal Sözleşmesinin 29. maddesinde yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığı sebebiyle doğan zararlardan taşıyıcının sorumluluk davasını açma hakkına kimlerin sahip olacağı konusu açıkça Sözleşmelerin kapsamı dışında bırakılmıştır.

— Yabancı doktrin ve içtihat, Sözleşmeler kapsamında yolcunun veya yakınlarının maruz kaldığı zararlardan hangilerinin tazmin edileceğini, Sözleşmelerde düzenlenmeyen bir diğer konu olarak kabul etmiştir.

— Ayrıca tüm bu konular, davanın esas konusu olan taşıyıcının hukukî sorumluluğunun belirli bir hukukî kategoriye yerleştirilmesine bağlı olarak tespit edileceğinden, taşıyıcının sorumluluğunun hangi hukukî kategori altında vasıflandırılacağı da Sözleşmelerde düzenlenmemiş bir diğer konudur.

Sözleşmelerde düzenlenmeyen tüm bu konular, davanın Türk mahkemesinde görülmesi hâlinde, Türk kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına tâbidir.

b. Sözleşmeler kapsamında olan taşıyıcının sorumluluk davasının Türk mahkemesi önünde görülmesi durumunda, *Sözleşmelerin açıkça lex fori'nin iç hukukunun uygulanmasını gösterdiği konular*, Türk iç hukukuna tâbi olacaktır. Bu konular, taşıyıcının sorumluluğunun parasal sınırı dışında mahkeme masraflarını ödeme yükümlülüğü veya oranı (1955 Lahey Protokolü m. XI/4; 1999 Montreal Sözleşmesi m.21, 22); taşıyıcının sorumlu olduğu miktarın taksitlenmesi (1929 Varşova Sözleşmesi m.22/2); usule ilişkin konular (1929 Varşova Sözleşmesi m.28; 1999 Montreal Sözleşmesi m.33/4); dava açma süresinin hesaplanması (1929 Varşova Sözleşmesi m.29/2; 1999 Montreal Sözleşmesi m.35/2); tarafların ortak kusurunun varlığı (1929 Varşova Sözleşmesi m.21); taşıyıcının eyleminin kastî hareket olup olmadığı (1929 Varşova Sözleşmesi m.25) ve taşıyıcıların birbirlerine olan rücu hakkıdır (1999 Montreal Sözleşmesi m.45).

c. Milletlerarası sözleşmelerin kapsamına girmeyen uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluk davalarında yetkili mahkemenin ve uygulanacak hukukun tespiti için ise MÖHUK hükümleri uygulanır.

Yabancılık unsuru (*foreign element*), genel olarak, belirli bir olayı veya ilişkiyi, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur⁵⁸⁸. Örneğin,

⁵⁸⁸ Nomer, Devletler, s.5; Çelikel; Erdem, s.10; Doğan, Milletlerarası, s.5-6; Tekinalp, s.22.

tarafların tâbiyeti, yerleşim yeri, mutad meskeni, akdin kuruluş yeri veya ifa yeri, ika yeri vs⁵⁸⁹. Bir taşımacılığın uluslararası nitelikte olması, o taşımacılığa yabancılik unsuru kazandırmaktır. Taşımacılığa uluslararası nitelik kazandıran; bir diğ er deyiş le yabancılik unsuru katan, o taşımacılığın kalkma ve varma yeridir. Buna göre, uluslararası taşımacılık (dış hat taşımacılığı), Türkiye’den yurt dışına ve yurt dışından Türkiye’ye yapılan taşımacılıktır⁵⁹⁰.

Varşova ve Montreal Sözleşmelerine taraf olan devlet sayısının fazla olması nedeniyle uluslararası taşımacılık sebebiyle doğ an taşıyıcının hukukî sorumluluk davalarına bu Sözleşmeler doğ rudan ve münhasıran uygulanacağından, milletlerarası sözleşmelerin uygulanamayacağı sorumluluk davalarına az rastlanmaktadır. Bu nedenle MÖHUK rejiminin uygulama alanı olabildiğ ince daralmıştır. Varşova veya Montreal Sözleşmelerine taraf olmayan devletler olan Çad, Cibuti, Eritre, Güney Sudan, Somali, Tacikistan ve Tayland⁵⁹¹ ile Türkiye arasındaki yolcu, bagaj veya eşya taşımacılığ ından doğ an sorumluluk davaları; Sözleşmeler rejimine tâbi olmadığından, MÖHUK rejimine tâbi olacaktır. Bu davalarda yetkili mahkeme ve uygulanacak hukukun tespiti için MÖHUK’un ilgili hükümleri inceleme konusu yapılacaktır.

⁵⁸⁹ Tiryakioğ lu, Bilgin: Taşınır Mallara İliş kin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s.211; Aybay; Dardağ an, s.251; Tekinalp, s.22; Ç elikel; Erdem, s.10-11.

Türk hukukuna ait olan bir hukukî ilişkinin, yabancı bir devletin hukukuna tâbi kılınması ile o hukukî ilişkinin yabancı unsurlu olup olmayacağı doktrinde ihtilafıdır. Yabancı bir devletin hukukunun seçilmesi ile iç hukuka ait olan bir ilişkinin yabancı unsur kazanacağına ilişkin görüş için bkz. Nomer, Devletler, s.315; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeş e, s.262; Ç elikel; Erdem, s.10-11. Buna karş ın iç hukuka ait olan bir ilişkinin yabancı hukuka tâbi kılınması ile yabancı unsurlu hale gelemeyeceğ ine ilişkin görüşler için bkz. Güngör, Tüketici, s.167, 188; Sargın, Yetki, s.150; Aybay; Dardağ an, s.250-251; Tekinalp; Uyanık Çavuş oğ lu s.352; Doğ an, Milletlerarası, s.6-7

Ayrıca doktrinde, iç hukuka ait olan bir akdin, milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi hâlinde, bu akde uygulanacak hukuk olarak yabancı hukuk seçilmiş se, bu akdin yabancı unsurlu olacağı kabul edilmiştir. Tiryakioğ lu, Akit, s.212; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeş e, s.261; Ç elikel; Erdem, s.342.

⁵⁹⁰ Ülgen, Hava, s.40 dn.109, s.52; Ülgen, Taşımacılık, s.34; Kaner, s.54.

⁵⁹¹ Varşova ve Montreal Sözleşmelerine taraf olan devletler ile Birleş miş Milletlere üye ülkeleri karşılaştırılarak bu sonuca ulaşılmıştır. Bkz. <http://www.un.org/press/en/2006/org1469.doc.htm>, erişim tarihi 3 Haziran 2015; <http://www.icao.int>, erişim tarihi, 16 Kasım 2014.

Belirtelim ki, bazı yabancı hukuklara nazaran, Türk hukukunda kaza mağdurlarının, maddî anlamda yeteri kadar tatmin olmaması nedeniyle Türk hukukunu ilgilendiren davalarda dahi Türk kanunî rejiminden sapma yolları aranmıştır. Örneğin 8 Ocak 2005 tarihinde İstanbul-Diyarbakır uçuşunu yapan Türk Hava Yollarına ait TK-634 sefer sayılı hava aracının, Diyarbakır havaalanına yaklaşırken düşmesi üzerine dava, düşen hava aracının yapımcısının Fransa’da işyeri olduğu gerekçesiyle Fransa’da açılmıştır⁵⁹². Türk tâbiyetinde olan bir taşıyıcının iç taşımacılık sebebiyle ortaya çıkan sorumluluk davası için yabancı bir devlet mahkemesine başvurulması, doktrinde eleştirilmiştir⁵⁹³.

I. SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI KAZALARINDA TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ - VASIFLANDIRMA

Vasıflandırma, uygulanacak bağlama kuralının tespiti öncesinde, somut uyuşmazlığın belirli bir hukukî kategoriye yerleştirilmesidir⁵⁹⁴. Örneğin, taşıyıcının sorumluluğunu, bir hukuk düzeni haksız fiil kategorisi içine yerleştirirken; başka bir hukuk düzeni sözleşmesel sorumluluk olarak nitelendirebilir⁵⁹⁵. Bu nedenle taşıyıcının sorumluluğunun bağlandığı hukukî sebebe göre uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme değişebileceğinden maddî hukuk açısından da farklı hüküm ve sonuçlara ulaşılabilir.

⁵⁹² Öztürk, Yaşar: Hava Hukuku I, Samsun 2010, s.315, 321.

⁵⁹³ Öztürk, s.315.

⁵⁹⁴ Aybay; Dardağan, s.147-148; Allarousse, Veronique: “A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vo.23 (1991), s.479.

⁵⁹⁵ Ayrıca *Common Law* hukukçuları, eşya taşımacılığından doğan taşıyıcının sorumluluğunun, emanet sözleşmesinden doğan sorumluluk (*bailment*) olarak da vasıflandırılabilirliğini savunmuşlardır. Buna göre, taşıyıcı, eşya taşımacılığında eşyaları emanet almakta ve bunları zarara uğramadan teslim etme yükümlülüğü altına girmektedir. Kazemi, Hamid: *Carrier’s Liability in Air Transport with Particular Reference to Iran*, Leiden 2012, s.23. Emanet veren ile emanet alan arasındaki ilişki genelde sözleşme ile kurulmasına karşın bazı *Common Law* hukukçuları tarafından yazılı sözleşme şartının aranmasına gerek olmadığı; iki tarafın sözlü anlaşmasının yeterli olacağı belirtilmiştir. Palmer, N. E.: *Bailment*, Avustralya 1991, s.1, 31, 44. Emanet sözleşmesi veya anlaşmasından doğan sorumluluğun, haksız fiil sorumluluğundan farkı, kanundan doğmayıp; dayanağını taraf anlaşmasının oluşturmasıdır. Palmer, s.45.

Diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da hava taşımacılığı sebebiyle doğan kazalarda taşıyıcının sorumluluğunun vasıflandırılmasına ilişkin düzenleme kabul edilmemiştir. Ayrıca Türk hukukunda konuyla ilgili yargı kararına da rastlanmamıştır.

Hâkim, bazı istisnalar dışında⁵⁹⁶ kural olarak, hukukî ilişkiyi, kendi hukuk düzeninin kavramlarına göre belirli bir hukukî kategoriye dâhil etmelidir; yani vasıflandırmayı *lex fori*'ye göre yapmalıdır⁵⁹⁷. Buna göre taşıyıcının sorumluluk davasının açıldığı Türk mahkemesi, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi Türk hukukuna göre vasıflandırmalıdır. Türk hâkiminin, taşıyıcının sorumluluğunun hukukî niteliğini tayin edebilmesi için 14 Ekim 1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK)⁵⁹⁸, 11.02.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵⁹⁹ ile 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun⁶⁰⁰ ilgili hükümlerinden ve borçlar hukukunun genel ilkelerinden yararlanmalıdır.

Birinci bölümde de bahsedildiği üzere, ulusal hukuk düzenlerinde genellikle kabul edilen, bagaj ve eşya taşımacılığı sebebiyle ortaya çıkan taşıyıcının

⁵⁹⁶ Örneğin bir şeyin taşınır veya taşınmaz olduğu, *lex rei sitae*'ye göre tespit edilir: Allarousse, s.505.

⁵⁹⁷ Nomer, Devletler, s.99, 404; Aybay; Dardağan, s.150; Dicey; Morris; Collins: The Conflict of Laws, Vol.1, Londra 2006, s.40 (Vol.1); Allarousse, s.481, 488, 496.

⁵⁹⁸ RG.16.10.1983-18196. İç taşımacılığa ilişkin TSHK; sivil havacılık faaliyetlerinin, ulusal çıkarlara ve uluslararası ilişkilere uygun bir şekilde düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır (m.1). Kanunun 106. maddesinde, havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda, bu Kanunda hüküm bulunmuyorsa Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin, bu sözleşmelerde de hüküm yoksa, TTK'nın uygulanacağı bildirilmiştir. Ayrıca Kanunun 124. maddesine göre; iç taşımacılık sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasının, 1929 Varşova Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine göre tayin olunacağı düzenlenmiştir. Bu iki hüküm çerçevesinde, Türkiye açısından 2011 yılında bağlayıcı hâle gelen Montreal Sözleşmesi, hava yolu ile yurt içinde yapılacak taşımacılığa uygulanmalıdır. Aynı yönde, Bozkurt Bozabalı, s.96; Orbay Ortaç, s.1, 3. Oysa TSHK, 1929 Varşova Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi değiştiren 1955 Lahey Protokolü hükümlerine benzer niteliktedir. Türkiye'nin 1999 Montreal Sözleşmesine taraf olmasına karşın TSHK hükümleri güncellenmemiştir. Her ne kadar, ilgili hükümlerin lafzı yorumundan, iç taşımacılığa ve taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin konulara Montreal Sözleşmesinin uygulanacağı anlaşılsa da Kanunda, bunun açık bir şekilde ifade edilmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz. Aynı yönde, Bozkurt Bozabalı, s.96; Orbay Ortaç, s.142.

⁵⁹⁹ RG. 04.02.2011-27836.

⁶⁰⁰ RG. 14.02.2011-27846.

sorumluluğunun, sözleşmesel sorumluluğun ihlâli olduğudur⁶⁰¹. Türk hukukunda da aynı yaklaşım kabul edilmiştir. Tescil ettirilmiş bagaj veya eşyanın, hava yoluyla taşımacılık sırasında meydana gelen bir olay nedeniyle zarara uğraması durumunda taşıyıcı sorumludur (TSHK m.121⁶⁰²). Ancak taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli tüm tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma ihtimalinin bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir (m.123⁶⁰³). Doktrinde bu iki hüküm kapsamında taşıyıcının hukukî sorumluluğu, “sözleşmeye dayalı kusur sorumluluğu” olarak nitelendirilmiştir⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ Bkz. yuk. s.147.

⁶⁰² İç taşımacılığa ilişkin TSHK’nın 121. maddesi, Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin 18. maddeleri ile aynıdır. Bu madde kapsamında taşıyıcının sorumlu olabilmesi için gereken şartlardan ilki, bir olayın varlığıdır. TSHK kapsamında olay tanımlanmamıştır; “olay” kavramı, hava yük senedinin düzenli bir şekilde tamamlanmamasından mekanik sorunlara kadar her türlü vakıyı kapsamaktadır. Goldhirsch, s.93.

Bir diğer şart, olayın hava yolu ile taşımacılık sırasında meydana gelmesidir. Hava yolu ile taşımacılık, bagaj veya eşyanın bir hava alanında, hava aracında veya hava alanı dışına inilmesi hâlinde taşıyıcının koruması altında bulunduğu süreyi kapsar (TSHK m.121/2). Bir diğer deyişle, bagaj veya eşyanın zararına sebep olan olayın, taşıyıcının denetimi altında bulunduğu süre içinde meydana gelmesi gerekir.

Üçüncü şart, tescil ettirilmiş bagaj veya eşyanın kaybı veya zarara uğramasıdır. “Zarar” terimi, TSHK kapsamında tanımlanmadığından, TSHK’nın 106. maddesinde yer alan atıf nedeniyle bu maddenin temel alındığı Varşova Sözleşmesinin 18. maddesinden yararlanılabilir. Sözleşmenin bu maddesinde, zarar terimi ile bagaj veya eşyanın harabiyeti ve hasara uğraması kastedilmektedir. Ayrıca bagajın veya eşyanın zarar görmesi nedeniyle yolcunun, göndericinin veya alıcının uğradığı manevî zararın, tazmin edilemeyeceği ihtilâfıdır. Yargıtay, manevî zarar için Medeni Kanunu’nun 24. maddesi ile Mülga Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi anlamında davacının kişilik haklarına saldırı olması gerektiğine dayanarak, bagajın kaybı nedeniyle manevî tazminat talebini reddetmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2012/4381, K. 2013/4125, T. 05.03.2013.

Son şart ise, zarar ile zarara sebep olan fiil arasında uygun illiyet bağının olması gerektirir. Uygun illiyet bağından kasıt, hayat tecrübelerine ve olayların akışına göre zararın, en uygun olan sebebin sonucu olarak oluşmasıdır. Eren, s.541; Kılıçoğlu, Borçlar, s.314.

TSHK’nın 121. maddesinde, tescil ettirilmiş (kontrol edilen) bagaj ve eşyanın uğradığı zarardan bahsedilmiş; yolcunun yanında bulundurduğu, taşıyıcıya teslim etmediği (kontrol edilmeyen) bagajdan taşıyıcının sorumluluğu düzenlenmemiştir. Ancak TSHK’nın, 106 ve 124. maddesi gereğince (bkz. dn. 608) Montreal Sözleşmesi uygulanacağı için kontrol edilmemiş bagajın uğradığı zarardan taşıyıcının sorumluluğu kabul edilmelidir (m.17/2). Diğer taraftan, gerek TSHK’da gerek Montreal Sözleşmesinde eksik olan husus, bagajın içindeki eşyaların kısmî kaybı hâlinde taşıyıcının sorumluluğunun doğup doğmayacağıdır. Karş. Caplan, s.199; Mendes de Leon, s.1175.

⁶⁰³ Montreal Sözleşmesi kapsamında bagaj veya eşyanın zararına uğraması hâlinde, taşıyıcının bu kurtuluş beyyinesine dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi kabul edilmemiştir. Montreal Sözleşmesinin, TSHK’dan farklı hükümlerinin yurt içi taşımacılıktan doğan taşıyıcının sorumluluğuna uygulanması gerektiğinin yasal dayanağı, Kanunun 106 ve 124. maddeleridir. Kanunun 106. maddesi, yurt içi taşımacılığa ilişkin Kanunda düzenlenmeyen konuların; 124. maddesi de taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasının, Türkiye’nin en son taraf olduğu milletlerarası sözleşmeye tâbi olacağını bildirmiştir. Böylece taşıyıcının sorumluluğunun kapsamı, Montreal Sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğundan, TSHK’nın 123. maddesinin de yurt içi taşımacılıktan doğan taşıyıcının

TTK'nın karayoluyla eşya ve bagaj taşımacılığına ilişkin olarak uygulanan hükümleri, havayoluyla eşya ve bagaj taşımacılığına da kıyasen uygulanır (TSHK m.121/2, c.2). TTK'nın eşya taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğu başlıklı 875/1. maddesine göre; taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde eşyanın zıyaından veya hasarından doğan zararlardan sorumludur⁶⁰⁵. Bu hüküm, TTK'nın 912. maddesinin atfı ile bagaj taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğuna da uygulanmaktadır. Ayrıca TTK'da taşıyıcının sorumluluğunun, sözleşmesel sorumluluk olduğuna işaret eden kurtuluş beyyineleri öngörülmüştür (m.876⁶⁰⁶, m.878⁶⁰⁷). Yine Yargıtay'ın bu durumu destekleyen kararları mevcuttur⁶⁰⁸.

Diğer taraftan, yolcu taşımacılığı sebebiyle ortaya çıkan taşıyıcının sorumluluğunun hukukî niteliği konusunda yabancı hukuk düzenlerinde kesin bir yargıya varılamamıştır. Birinci bölümde de bahsedildiği üzere bazı ulusal hukuk düzenlerinde taşıyıcının sorumluluğu, yolcu veya mirasçılara karşı haksız fiil sorumluluğu; diğerlerinde sözleşmesel sorumluluğun ihlâli olarak kabul edilmiştir⁶⁰⁹. Ancak Türk doktrinde, TSHK'nın 120 ve 123. maddelerinde, taşıyıcının

sorumluluğunun kapsamına uygulanmaması gerekmektedir. Nitekim doktrinde, Anayasanın 90/5. maddesiyle Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde olması gerekçesiyle Kanunun Montreal Sözleşmesi ile çakışan hükümlerinin yürürlükten kaldırılmış sayılacağı ifade edilmiştir. Orbay Ortaç, s.74

⁶⁰⁴ Kılıçoğlu, Borçlar, s.328.

⁶⁰⁵ Maddenin devamında, zararın oluşmasına, gönderenin veya gönderilenin bir davranışı ya da eşyanın özel bir ayıbı sebep olmuşsa, tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde, bu olguların ne ölçüde etkili olduğu dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

⁶⁰⁶ TTK'nın 876. maddesine göre, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden zarar meydana gelmişse, taşıyıcı, sorumluluktan kurtulur.

⁶⁰⁷ Bu maddeye göre, “gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama; eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tâbi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması; eşyanın, kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği; taşınacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi ve canlı hayvan taşınması” gibi nedenlere dayanarak taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilir.

⁶⁰⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2001/5983, K.2001/8861, T.12.11.2001, YKD, C.29,S.1 (Ocak 2003), s.43-46.

⁶⁰⁹ Bkz. yuk. s.147.

sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk olarak düzenlendiği kabul edilmiştir⁶¹⁰. Bu hükümlere göre; hava aracında veya iniş veya biniş faaliyetleri sırasında meydana gelen kaza sebebiyle yolcunun ölümü veya herhangi bir cismanî zarara uğraması durumunda taşıyıcı sorumludur (m.120⁶¹¹). Ancak taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının

⁶¹⁰ Kılıçoğlu, Borçlar, s.328.

⁶¹¹ Yolcunun zarara uğraması hâlinde taşıyıcının sorumlu olabilmesi için gereken şartlar, Varşova Sözleşmesinin 17. maddesi ile aynı olarak TSHK'nın 120. maddesinde düzenlenmiştir. Nitekim bu hükümler, Montreal Sözleşmesinin 17. maddesi ile de aynıdır. Bu şartlardan ilki, bir kazanın varlığıdır. 'Kaza' kavramı, TSHK'da tanımlanmamıştır. Ancak Varşova Sözleşmesi kapsamında 'kaza' kavramının yorumlandığı ve Taraf Devletler tarafından Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin uygulanmasında emsal alınan *Saks v. Air France* kararından TSHK'nın 106. maddesinde yer alan atıf nedeniyle bu Kanunun uygulanması için de yararlanılabilir. Buna göre kaza; yolcunun zarar görmesine sebep olan, dışarıdan gelen, beklenmedik veya olağan dışı bir olaydır. *Air France v. Saks*, 470 US 392 - Supreme Court 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013. Nitekim Türk Dil Kurumunun verdiği tanım da, "can veya mal kaybına neden olan, beklenilmedik kötü olay" şeklindedir. Bkz. Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, erişim tarihi Haziran 2015.

Bu şartlardan ikincisi, kazanın hava aracında veya hava aracına biniş veya hava aracından iniş faaliyetleri sırasında meydana gelmesidir. Bu kavramlar TSHK'da tanımlanmamıştır. Ancak Varşova Sözleşmesi kapsamında kazanın hava aracına biniş ve hava aracından iniş faaliyetleri sırasında meydana geldiğini gösteren çeşitli ölçütler kabul edilmiştir. Bu ölçütlerin, TSHK kapsamında da dikkate alınması gerektiği Türk doktrininde haklı olarak savunulmuştur. Bunlar, "yolcunun faaliyeti, yolcunun bulunduğu yer ve yolcunun, taşıyıcının denetiminde olmasıdır". Ülgen, Hava, s.165-168; Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.37-39; Sözer, Montreal, s.177; Kaner, Hava, s.69; Bozkurt Bozabalı, s.211. Ayrıca Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin uygulanmasında kabul edildiği üzere, Türk doktrininde de, 'hava aracında bulunma' kavramı ile yolcunun hava aracına bindiği andan indiği ana kadar geçen sürenin kastedildiği ve yolcunun hava aracının içinde kazaya uğraması gerektiği ifade edilmiştir. Ülgen, Hava, s.164; Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.36; Kaner, Hava, s.69; Orbay Ortaç, s.67.

Bir diğer şart, kaza neticesinde yolcunun zarara uğramasıdır. TSHK kapsamında, 'zarar' kavramı, yolcunun ölümü ve herhangi bir cismanî zarara uğraması hallerini kapsamına almaktadır. Ancak manevî zararın tazmin edilip edilemeyeceği, Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin uygulanmasında olduğu gibi TSHK'nın uygulanması açısından da tartışmalıdır. Nitekim TSHK'nın 120. maddesinde zarar ile hangi tür zararların kastedildiği açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde, bazı yazarlar, TSHK'nın 120. maddesinde yer verilen cismanî zararın, sadece maddî zararları değil; manevî zararları da kapsamına aldığı savunmuşlardır. Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.26; Sözer, Sempozyum, s.96; Ülgen, Hava, s.169; Bozkurt Bozabalı, s.208-209; Orbay Ortaç, s.34-35, 50. Bu görüşte olan yazarlar, Varşova ve Montreal Sözleşmeleri açısından var olan manevî zararın tazminine ilişkin tartışmaların TSHK açısından geçerli olmadığını belirtmişlerdir. Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.27. Buna karşın bir başka görüş, TSHK'nın 120. maddesi kapsamında, manevî tazminata hükmedilebileceğinin açıkça düzenlenmemesi nedeniyle manevî zararın tazmin edilemeyeceğini belirtmiştir. Kaner, Hava, s.67. Yargıtay gerek iç taşımacılıktan gerek Sözleşmeler kapsamında doğan taşıyıcının sorumluluk davalarında manevî zarar taleplerini, TBK hükümlerine göre karara bağlamıştır. Bkz. I. Bölüm, yuk. s.91, dn.288; s.110, dn.357; aça. s.209, dn.617.

Son şart ise, zarar ile zarara sebep olan fiil arasında uygun illiyet bağının olmasıdır. Uygun illiyet bağından-kasıt, hayat tecrübelerine ve olayların akışına göre zararın, en uygun sebebin sonucu olarak oluşmasıdır. Eren, s.541; Kılıçoğlu, Borçlar, s.314. Taşıyıcının yolcunun uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının olması gerekir. Örneğin, hava aracına yönelik terörist saldırının gerçekleştiği sırada teröristin, yolcuyla yaralaması hâlinde, zararın sebebi terörist eylemdir ve yabancı mahkeme kararlarında kabul edildiği üzere, terörist eylemler, kazadır. Bkz. yuk. s.92.

zararı önlemek için gerekli tüm tedbirleri aldığını veya bu tedbirleri alma ihtimalinin bulunmadığını ispatlaması durumunda sorumluluktan kurtulur (m.123⁶¹²).

Ayrıca TTK'nın 914/1. maddesine göre; taşıyıcı, yolcuları rahat ve sağlıklı şekilde gidecekleri yere ulaştırmakla yükümlüdür. Taşıyıcı, bu borcunu yerine getirmemesi hâlinde ortaya çıkacak sonuçlara katlanmak zorundadır. Yolcunun yaralanması hâlinde ise, taşıma sözleşmesinin bir tarafı olan yolcu, taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğunun ihlâline dayanarak davasını açabilir⁶¹³ (*sözleşmeden doğan hakların nisbiliği ilkesi*⁶¹⁴). TTK'nın 914. maddesinin ikinci fıkrasında, yolcunun ölümü hâlinde, onun yardımından yoksun kalan kişiler uğradıkları zararın tazminini borçludan isteyebilirler⁶¹⁵. Dolayısıyla yolcunun ölümü ile onun yardımından yoksun kalan kişiler, zararlarının tazminini, "taşıma sözleşmesine"⁶¹⁶ dayanarak talep edebilirler.

Buna karşın, illiyet bağıni kesen sebeplerin varlığı hâlinde taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilir. Bu haller, doğa olaylarının vuku bulmasına bağlı olarak mücbir sebep; zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru ile zararın oluşmasıdır. Kılıçoğlu, Borçlar, s.319'den naklen; Eren, s.557-569. Doktrinde bu sebeplerden ilki olan mücbir sebebe örnek olarak, uçağın motoruna kuş girmesi sonucu motorların arızalanması gösterilmiştir. Orbay Ortaç, s.92. Diğer sebepler ise, zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusurudur. Bu sebepler, Montreal Sözleşmesinde taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için öngörülen sebeplerdendir (Montreal Sözleşmesi m.20 ve 21/2). Üçüncü kişinin kusuruna örnek olarak, hava aracının veya donanım parçalarının kusurlu üretilmesi, hava trafik kontrol hizmet personelinin trafiği düzensiz işletmesi veya bir başka hava aracı işleticisinin veya hava alanı işleticisinin kusurlu harekette bulunması gösterilebilir. Karş. Tompkins, Air Transportation, s.36. Bunun dışında doktrinde, terör eylemleri sonucu, yolcuların veya yolcuların ölümü hâlinde yakınlarının uğradığı zarardan dolayı üçüncü kişinin kusuru gösterilerek taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir. Eren, s.567-568.

⁶¹² Bu beyyine, taşıyıcının, yolcu başına 100.000 ÖÇH'yi aşan zararın kendisinin, çalışanının veya temsilcisinin kusuru veya ihmali sonucu meydana gelmediğini ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulabilmesi için Montreal Sözleşmesinin 21/2. maddesinde kabul edilmiştir.

⁶¹³ Aynı yönde bkz. Kaner, Hava, s.69.

⁶¹⁴ Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. s.861 (Borçlar). Bu ilkeden kasıt, sözleşmeden doğan hak ve borçların, sadece sözleşen taraflara ait olmasıdır; ancak bu ilke, mutlak bir ilke olmayıp, istisnaları da vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. age.11.

⁶¹⁵ Maddenin devamına göre, taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulabilir.

⁶¹⁶ Türk Ticaret Kanununda, taşıma sözleşmesinin tanımı yapılmamış, sadece taşıyıcı ve taşıma belgelerinde yazılması gereken hususlar düzenlenmiştir. Aynı şekilde Türk Sivil Havacılık Kanununda da hava taşıma sözleşmesinin tanımı yer almayıp; taşıma belgelerinde yazması gereken hususlar (m.107-110) ile gönderici ile alıcının hak ve yetkileri (m.11-116) düzenlenmiştir.

Yargıtay, gerek Sözleşme kapsamında veya değil hava taşımacılığı gerek diğer tür araçlarla yapılan taşımacılık sebebiyle doğan ölümlü kazalar neticesinde yolcuların yakınlarının tazminat taleplerini “taşıma sözleşmesinden kaynaklanan manevî tazminat istemine” ilişkin olarak değerlendirmiştir⁶¹⁷. Kanaatimizce Yargıtay, bu kararlarında TBK m.114/2’ye (mülga 818 sayılı BK m.98/2) dayanmaktadır. Bu hükümde, borçlunun ifasını hiç veya gereği gibi ifa edememesi durumunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün, genelde, alacaklının maddî ve manevî tazminat taleplerine ilişkin uygulanacağı ve sözleşmeye aykırılık halinde manevî tazminat istemlerinin bu hüküm doğrultusunda yerine getirileceği kabul edilmiştir⁶¹⁸. Taşıyıcının, taşıma sözleşmesinden doğan ifa yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucunda, yolcunun ölmesi veya yaralanması hâlinde, haksız fiilden oluşan zararların belirlenmesine ilişkin hükümler (TBK m.53–55⁶¹⁹), sözleşmesel sorumluluğa da uygulanmaktadır⁶²⁰.

⁶¹⁷ Yargıtay manevî tazminat taleplerini, 6098 sayılı TBK m.56 (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (MBK) m.47/ RG. 29.4.1926-359) ile m.58 (MBK m.49) hükümlerine göre değerlendirmektedir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E.2007/3726, K.2008/11944; E.2007/4463, K.2008/13020; E.2011/13615, K.2012/1699; E.2012/14276, K.2013/11858; E.2012/11063, K.2013/9723 (yayınlanmamış); Yargıtay 11.Hukuk Dairesi E.1985/1624, K.1985/1626, T.22.3.1985, YKD, C.IX, S.6 (Haziran 1985), s.840-844.

TBK’nın 56. maddesi, ölüm hâli de dâhil olmak üzere bedensel bütünlüğün; 58. maddesi, kişilik hakkının zedelenmesine ilişkin olarak manevî tazminat talebini düzenlemektedir. TBK’nın 56. maddesi kapsamında manevî tazminat talebinde bulunulabilmesi için gereken şartlar, doktrinde şu şekilde gösterilmiştir (Eren, s.789-796; Kılıçoğlu, Borçlar, s.449-451): “Bir kişinin öldürülmesi veya bedensel bütünlüğün ihlâli; manevî zararın meydana gelmesi; uygun illiyet bağının varlığı; bir kişinin öldürülmesi veya bedensel bütünlüğün ihlalinin hukuka aykırı olması; kusur sorumluluğu hâlinde kusurun varlığıdır”. Ayrıca TBK’nın 58. maddesi kapsamında manevî tazminat talebinde bulunulabilmesi için gereken şartlar da, doktrinde şu şekilde gösterilmiştir (Eren, s.792-7968; Kılıçoğlu, Borçlar, s.451-454): Kişilik hakkının ihlâli; manevî zararın oluşması; uygun illiyet bağının varlığı; kişilik hakkının ihlalinin hukuka aykırı olması; kusur sorumluluğu hâlinde kusurun varlığıdır.

TBK’nın 56. maddesi kapsamında bedensel bütünlüğü zedelenen kişi veya ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınları; TBK’nın 58. maddesi kapsamında zarar gören kişi, manevî tazminat talebinde bulunabilir.

⁶¹⁸ Tekinay; Akman; Burcuoğlu; Altop, Borçlar, s.858; Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s.402 (Borçlar); Eren, s.781.

⁶¹⁹ TBK’nın 53. maddesine göre, “yolcunun ölümü hâlinde, cenaze giderleri; ölüm hemen gerçekleşmemişse, tedavi giderleri ve çalışma gücünün azalmasından veya kaybindan doğan zararlar;

Ancak yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığında taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğunun yanında haksız fiil sorumluluğu da çeşitli hallerde doğabilir.

İlk olarak, doktrinde, taşıyıcının taşıma sözleşmesinin şartlarını tam olarak yerine getirmediği durumlarda, sözleşmesel sorumluluğa ya da haksız fiil sorumluluğuna dayanılabileceği belirtilmiştir⁶²¹. Nitekim Türk hukukunda borçlunun sözleşmeye aykırı olan hareketinin, aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi hâlinde; zarara uğrayan kişinin seçimine bağlı olarak sözleşmesel sorumluluğa veya haksız fiil sorumluluğuna dayanabileceği kabul edilmiştir⁶²². Bu durum, hava yolu taşımacılığından doğan taşıyıcının sorumluluk davalarına da uygulanabilir⁶²³.

Ayrıca Varşova Sözleşmesinin 24. maddesi ile Montreal Sözleşmesinin 29. maddelerinde “dayanağı ne olursa olsun açılan taşıyıcının sorumluluk davaları” ifadesine yer verilerek, taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğu yanında haksız fiil sorumluluğunun da doğabileceği ulusal hukuklara bırakılmıştır⁶²⁴. Ancak TSHK kapsamında Sözleşmelerin anılan maddelerine benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde, TSHK’nın 106. maddesi gereğince Sözleşmelerin bu maddelerinin, Kanuna intikal ettiği ve taşıyıcının sorumluluğu için sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurulabileceği savunulmuştur⁶²⁵.

ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar” istenebilmektedir. TBK’nın 54. maddesi kapsamında yolcunun yaralanması hâlinde ise, “tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya kaybından doğan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar talep edilmektedir. Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, TBK hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanmaktadır (TBK m.55, c.1).

⁶²⁰ Kılıçoğlu, Borçlar, s.664.

⁶²¹ Sözer, Yük Taşıma, s.201.

⁶²² Tekinay; Akman; Burcuoğlu; Altop, Borçlar, s.980-981; Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.537.

⁶²³ Sözer, Yük Taşıma, s.201.

⁶²⁴ Sözer, Yük Taşıma, s.260.

⁶²⁵ Bu görüş, Varşova Sözleşmesi zamanında ortaya konmuştur. Bkz. Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s.21-22; Kaner, Hava, s.65.

İkinci olarak, taşıyıcının, adamlarının kastı ve ihmali nedeniyle sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğu altında düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan adam çalıştıranın sorumluluğuna (TBK m.66)⁶²⁶ benzer bir sorumluluk olduğu doktrinde ifade edilmiş⁶²⁷; görüş, TBK'nın 66. maddesine benzer nitelikte olan Varşova Sözleşmesinin 20. maddesine dayandırılmıştır.

Üçüncü olarak, taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesi dışında taşıyıcının kastı veya ihmali hâlinde yolcuya, bagaja veya eşyaya yönelik zararlar hakkında da haksız fiil hükümleri uygulanabilir⁶²⁸. Bu duruma, taşıyıcının, eşyayı hava aracına almaması⁶²⁹ veya yolcuyu kabul etmemesi hâlleri örnek olarak verilebilir.

Son olarak, Yargıtay, yolcunun ölümü hâlinde, sözleşmesel taşıyıcı dışındaki fiilî taşıyıcıya karşı açılacak sorumluluk davalarında, fiilî taşıyıcıyı sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutmuştur⁶³⁰.

Bu örneklerden yola çıkılarak; taşıyıcının, yolcuya, mirasçılara veya göndericiye karşı sözleşmesel sorumluluğunun yanında haksız fiil sorumluluğunun da ortaya çıkması durumunda, taşıyıcının ediminin hangi hukukî sebep altında vasıflandırılacağını tayin etmek için TBK'nın 60. maddesine dayanabiliriz. Söz konusu madde gereğince, “bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir”. Böylece hâkim, öncelikle davacının seçmiş olduğu

⁶²⁶ TBK'nın 66. maddesine göre, adam çalıştıran, işin yapılması sırasında çalışanının bir başka kişiye verdiği zarardan sorumludur; ancak adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

⁶²⁷ Kılıçoğlu, Borçlar, s.329. Bu sorumluluğa ilişkin açıklamalar için bkz. age. s.335-346.

⁶²⁸ Sözer, Yük Taşıma, s.201.

⁶²⁹ Sözer, Yük Taşıma, s.261.

⁶³⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E.2008/10742, K.2010/1694, T.15.02.2010 (yayınlanmamış).

sorumluluk sebebine göre⁶³¹, davacının seçim yapmamış olması hâlinde somut uyuşmazlığı vasıflandırdığı sorumluluk sebebine göre uygulanacak hukuku belirleyebilir⁶³². Bu durumda doktrinde tek bir hukukî sebebe ilişkin hükümlerin

⁶³¹ Karş. Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.295.

⁶³² Bu düzenlemenin, *Common Law* hukuk sisteminde Birleşik Krallıkta kabul edilen düzenlemeye benzer olduğu dikkat çekmektedir. Şöyle ki, Birleşik Krallık mahkemeleri de davacının iddiasını haksız fiil veya sözleşmesel sorumluluğa dayandırabileceğini; bu konuda seçim hakkına sahip olduğunu genel olarak kabul etmiştir. Yaralanan yolcunun talebine dayanarak verilen karar için bkz. *Doughty v. Maine Central Transportation Co.*, 141 Me. 124, 39 A. 2d 758 (1944); bkz. *Griffith v. United Air Lines, Inc.* 416 Pa.1, Supreme Court of Pennsylvania, 1964, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mart 2013. Ayrıca ihmal sonucu ölüme sebep olunması durumunda taşıyıcının sorumluluğunun, davacının seçimine göre haksız fiil sorumluluğuna veya sözleşmesel sorumluluğa dayanabileceğine ilişkin *Lister v. Romford Ice & Cold Storage Co. Ltd.* [1957] A.C.555; *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.* [1959] 2 Q.B: bkz. Collins, s.106; Miller, s.242.

Dolayısıyla, davacının kendi lehine olabileceğini düşündüğü hukukî sebebi seçme hakkını kullanması ile mahkeme, bir diğer hukukî sebebi somut uyuşmazlığa uygulayamaz. Böylece hangi kuralın uygulanacağına ilişkin seçimin, hâkimden öte davacıya ait olacağı doktrinde ifade edilmiştir. Collins, s.107; Kazemi, s.41.

Buna karşın, ABD içtihadı, yolcunun yaralanması veya ölümü halinde açılacak sorumluluk davalarının hukukî sebebini, genel olarak, haksız fiil sorumluluğu temelinde kabul ederken, sözleşmesel sorumluluğa dayandığı davalara da rastlanmaktadır. Taşıyıcının sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu olarak kabul eden kararlardan bazıları: *Mertens v. Flying Tiger Line*, 341 F. 2d 851, United States Court of Appeals Second Circuit, 16 Şubat 1965, <http://openjurist.org>, erişim tarihi Ocak 2013; *Maynard v. Eastern Airlines*, 178 F. 2d 139, United States Court of Appeals Second Circuit, 30 Kasım 1949, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Ocak 2013; “*Herman v. Eastern Airlines, Inc.*, 149 F. Supp. 417, E.D.N.Y. 1957; *Pearson v. North-East Airlines Inc.* 180 F. Supp. 97, S.D.N.Y.1960; *Snow v. Northeast Airlines, Inc.* 176 F. Supp. 385, S.D.N.Y. 1959; *Bannister v. Northeast Airlines, Inc.* 6 Av. Cas.17, 688, E.D.N.Y. 1959”: bkz. Clancy, Kent J: “Fatalities in Aircraft Crashes- A Contractual Basis of Recovery”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 27 (1960), s.262, 267, dn.11. Bu kararlara karşın taşıyıcının sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluk olarak kabul eden kararlar ise; *Griffith v. United Air Lines, Inc.* 416 Pa. 1, Supreme Court of Pennsylvania, 1964, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Mart 2013; *Conklin v. Canadian Colonial Airways, Inc.* 266 N.Y. 244, 194, N. E. 692, 1935: bkz. Kreindler, s.16-9.

Bu noktada, ABD hukukunda, Birleşik Krallık hukukunda izlenen yaklaşımdan farklı olarak hukukî sebebin seçimi hâkime bırakılmıştır; çünkü davacı davasını her iki hukukî sebebe dayanarak açabilmektedir. Collins, s.118; Kazemi, s.41. Bu durum, çeşitli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, davanın görüldüğü mahkeme, sadece bir dava sebebi hakkında yargılama yetkisine sahipken, diğeri hakkında bu yetkiye sahip olmayabilir; zamanaşımı süresi veya zamanaşımını kesen veya durduran sebepler, sadece belirli bir dava sebebine ilişkin olarak öngörülmüş olabilir veya sadece belirli bir dava sebebinin sonuçlarına ilişkin olarak manevî zararların tazmini kabul edilmiş olabilir. Bu durumlarda mahkemenin tutumunun ne olacağı belirsizdir. Schwartz, Victor E.; Kelly, Kathryn; Partlett, David F.: Prosser, Wade and Schwartz’s Torts, Cases and Materials, ABD 2007, s.405.

Buna karşın, Kıta Avrupası hukukunda Fransız mahkemeleri, taşımacılık nedeniyle doğan sorumluluk davalarını, genellikle sözleşmesel ilişkinin ihlali temelinde vasıflandırmakta; hatta yolcunun ölümü halinde de yakınlarının mevcut taşıma sözleşmesine dayanmalarını kabul etmektedir. Miller, s.54; Bentivoglio, s.156. *Hennessy v. Air France*, 8 RFDA 45, 1954; *Caisse Regionale de Securite Sociale v. Air France*, Veuve Della Roma, 13 RFDA 175, 1959; Haanappel, Warsaw, s.74. Taşıyıcı, zararın meydana gelmesinde kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulabilir. Miller, s.54-56. Ayrıca davacı bir şekilde taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğuna dayanamazsa, haksız fiil sorumluluğuna dayanarak taşıyıcının sorumluluğunu ileri sürebilir. Miller, s.232. Örneğin, taşıma sözleşmesine dayanmadan, ücretsiz yapılan taşımacılık sebebiyle bir yolcunun yaralanması veya

uygulanmasının, haksız fiile uygulanacak hukuk ile sözleşmeye uygulanacak hukukun birbirinden farklı olması hâlinde ortaya çıkarabileceği uyumsuzlukları gidereceği savunulmuştur⁶³³.

Vasıflandırma kısmında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, taşıma sözleşmesinin, tüketici sözleşmesi olmasına rağmen milletlerarası özel hukuk araçlarıyla korunan tüketici sözleşmesi olup olmadığıdır. Eğer taşıma sözleşmesi, milletlerarası özel hukuk araçlarıyla; yani yetki kuralı ve bağlama kuralı ile korunan tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilirse⁶³⁴, uygulanacak yetki kuralı ve bağlama kuralı değişecektir. Vasıflandırmanın *lex fori*'ye tâbi olduğu kuralı uyarınca davanın açıldığı Türk mahkemesi, taşıma sözleşmesinin ve tüketici sözleşmelerinin kapsamını Türk hukukuna göre belirleyecektir. Tüketici ve tüketici işleminin tanımının yer aldığı 6502 sayılı ve 7.11.2013 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (TKHK) m.3/1'e göre, taşıma sözleşmesi, tüketici işlemi olarak sayılmıştır⁶³⁵. Ancak MÖHUK'un 26/4. maddesi kapsamında taşıma sözleşmesi, paket turlar hariç tüketici sözleşmeleri için öngörülen bağlama kuralının ve yetki kuralının kapsamı dışında bırakılmıştır.

hayatını kaybetmesi üzerine açılan davada davacı, taşıyıcının haksız fiil sorumluluğuna dayanarak talepte bulunabilir. Bentivoglio, s.150.

Aynı yaklaşıma *Common Law* hukuk sistemine dayanan Kanada'nın Fransız hukuk sistemini esas alan Quebec bölgesinin mahkeme kararlarında da rastlamaktayız. "*Dame Surprenant v. Air Canada*, Court of Appeals of Quebec, 1972": bkz. Bogdan, Accident, s.141-142. İlgili kararda mahkeme, hava aracı kazası sonucunda hayatını kaybeden yolcuların yakınlarının tazminat iddialarını sözleşmesel sorumluluk sebebine dayandırmalarını kabul etmiştir.

Diğer yandan Alman mahkemeleri ise, davacının davasını açarken, iddiasını haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk hukukî sebeplerine dayandırabileceğini kabul etmiştir. Bogdan, Accident, s.141-142.

⁶³³ Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu, s.375; Tiryakioğlu, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s.244 (Akit).

⁶³⁴ Güngör, Tüketici, s.55.

⁶³⁵ Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununun (TKHK) 3/k. maddesinde tüketici, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden kişi; TKHK'nın 3/1. maddesine göre 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, taşıma sözleşmeleri de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanmıştır. RG. 28.11.2013-28835.

İç hukukta taşıma sözleşmesi, hem ticarî sözleşme hem de tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁶³⁶. Ancak doktrinde, iç hukukta tüketici sözleşmeleri ile ticarî sözleşme kavramlarının birbirlerinin karşısını teşkil etmemesine rağmen milletlerarası özel hukukta birbirlerinin karşıtı oldukları ortaya konmuştur⁶³⁷. Şöyle ki, yabancı unsur taşıyan akdin bir tarafının ticarî veya meslekî amaçla hizmet sağlamaya (taşıma sözleşmesi açısından) yönelmesine rağmen akdin diğer tarafının kişisel amaçlarla o hizmetten yararlanması durumunda; bu akit, tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir⁶³⁸. Bu açıdan yolcu ve gönderici, tüketici; taşıma sözleşmesi de tüketici sözleşmesidir. Ancak MÖHUK kapsamında tüketici sözleşmesine ilişkin yetki ve bağlama kuralının uygulanabilmesi için belirli şartların mevcut olması gerekmektedir. MÖHUK'un 45. maddesi kapsamında yetki kuralının uygulanabilmesi için bu Kanunun 26. maddesinde tanımlanan tüketici sözleşmesinin varlığı aranmaktadır. MÖHUK'un 26/1. maddesinde tüketici sözleşmesi, meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlamaya yönelik bir sözleşme olarak tanımlanmıştır⁶³⁹. Ancak MÖHUK'un 26. maddesinde, bağlama ve yetki kuralları ile korunan tüketici sözleşmeleri açısından bir sınırlandırma getirilmiştir⁶⁴⁰. Bir diğer deyişle, tüketici sözleşmesine ilişkin bağlama kuralı, belirli tüketici sözleşmeleri açısından uygulanabilir⁶⁴¹ (MÖHUK m.26/2). Ayrıca

⁶³⁶ Güngör, Tüketici, s.21. Ancak aşağıda üzerinde duracağımız üzere Yargıtay, taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tüketici mahkemeleri yerine ticaret mahkemelerinin görev alanı içinde olduğuna karar vermiştir. Bkz. aşı. s.218.

⁶³⁷ Güngör, Tüketici, s.22.

⁶³⁸ Güngör, Tüketici, s.21, 32; Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *AÜHFD*, C.63, S.4 (2014), s.834. MÖHUK'un 26/1. maddesinden tüketici sözleşmesi, “meslekî veya ticarî amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik sözleşme” olarak tanımlanabilir.

⁶³⁹ TKHK'nın uygulama alanına girmeyen durumlarda, MÖHUK'a göre değerlendirmenin yapılabilmesi için MÖHUK'un 26. maddesinde tüketici sözleşmesinin tanımı yapılmıştır.

⁶⁴⁰ Güngör, Yakınlık, s.249; Güngör, Mutad Mesken, s.119-120, 121; Bayraktaroğlu Özçelik, s.852.

⁶⁴¹ Bunlar şunlardır: Tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulan ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından gerekli hukukî

MÖHUK'un 26/4. maddesi ile getirilen ana sınırlama⁶⁴², tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri için geçerli olmadığıdır⁶⁴³. Nitekim ilgili bağlama kuralına kaynak oluşturan⁶⁴⁴ Roma Sözleşmesinin m.5⁶⁴⁵ ile ilgili olarak, planlanan paket turun içinde havayolu ile taşımacılık söz konusuysa, bu taşımacılığın, 5. maddenin korumasına tâbi olacağı değerlendirilmiştir⁶⁴⁶.

Sonuç olarak, taşıma sözleşmesi tüketici sözleşmesidir; ancak paket turlar hariç MÖHUK'un 26. ve 45. maddeleri kapsamında milletlerarası özel hukuk araçlarıyla korunmamaktadır. Böylece, kanaatimizce, taşıyıcının sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu olmak üzere iki hukukî sebepten biri altında vasıflandırılarak milletlerarası yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk tayin edilmelidir. Ancak Türk hukukunun uygulanacak hukuk olduğu hâllerde, TBK m.60 doğrultusunda, davacının talebi ve talep olmadığında hâkimin takdirine bağlı olarak yapılacak vasıflandırma neticesinde her somut uyuşmazlıkta, yetki sebebi ve bağlama sebebi farklı olabilecektir. Bu farklılık nedeniyle, taşıyıcının sorumluluk davalarında yetkili mahkemenin ve uygulanacak hukukun tayin edildiği bölümlerde, sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu halleri ayrı incelenecektir.

fiillerin yapıldığı sözleşmeler; sözleşmenin diğer tarafı veya onun temsilcisinin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerde tüketicinin siparişini aldığı sözleşmeler ile ilişkinin satım sözleşmesi olması durumunda, satıcının tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla düzenlediği gezi sırasında kurulan sözleşmelerdir.

⁶⁴² Bayraktaroğlu Özçelik, s.851.

⁶⁴³ Madde gerekçesine göre bu hükmün getiriliş nedeni, taşıma sözleşmelerine ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda milletlerarası sözleşmenin olması ve eşya taşımacılığına ilişkin MÖHUK'un 29. maddesi ile uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

⁶⁴⁴ Güngör, Yakınlık, s.251, dn.208.

⁶⁴⁵ 19 Haziran 1980 tarihli Akdi Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesinin 5/4/a. maddesine göre, tüketici sözleşmesine uygulanacak bağlama kuralının, taşıma sözleşmesine uygulanmayacağı ve 5/5. maddesine göre, ulaşım ve konaklamanın dâhil olduğu sözleşmenin de, 5. maddede öngörülen bağlama kuralının kapsamında olduğu belirtilmiştir. 89/934/EEC, Official Journal of the European Communities, L 266/1.

⁶⁴⁶ Kadletz, Thesis, s.87.

Son olarak, maddî hukukumuz açısından bu iki hukukî sebebin hüküm ve sonuçları da farklıdır. İç hukukumuzda, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluk, kuruluş şekli ve hükümleri açısından birbirinden farklı özellik taşımaktadır⁶⁴⁷. Şöyle ki, sözleşmeden doğan borç ilişkisi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmasına karşın (TBK m.1/1) haksız fiilden doğan borç ilişkisi, tarafların iradelerinden değil, kanundan kaynaklanmaktadır⁶⁴⁸. Ayrıca, sözleşmesel sorumluluk, sözleşmenin diğer tarafına karşı borçlunun borcunu yerine getirmediğinden veya eksik yerine getirmesi nedeniyle oluşmasına karşın; haksız fiil sorumluluğu, bütün bireylere karşı olan hukukî ödevlerin ihlâli hâlinde oluşmaktadır⁶⁴⁹.

Bunun yanında, sözleşmesel sorumluluğun ihlâli ve haksız fiilden doğan sorumluluk hallerinde öngörülebilecek zarar türleri de farklı olabilmektedir. Örneğin, borçlunun borcunu yerine getirememesi nedeniyle alacaklının sağlayacak olduğu ifa menfaatinin elde edilememesi olan müspet zarar ile “sözleşmenin geçerli veya hiç kurulamamasından doğan zarar olan” menfî zarar, sadece sözleşmeye aykırılık halinde istenebilir⁶⁵⁰. Öte yandan manevî zarar, hem haksız fiilden doğan sorumluluk hem de sözleşmesel sorumluluğun ihlâli hallerinde tazmin edilebilmektedir⁶⁵¹.

Ayrıca iki sorumluluk sebebi arasında, kusurun ispatı ve zamanaşımı konularında da farklılık bulunmaktadır⁶⁵². Haksız fiilden doğan borç ilişkisinde zararın ve zarar verenin kusurunu ispat yükü, zarar görene ait olmasına rağmen (TBK m.50/1); sözleşmeden doğan borç ilişkisinde, borcun hiç veya gereği gibi ifa

⁶⁴⁷ Tekinay; Akman; Burcuoğlu; Altop, Borçlar, s.474; Tandoğan, s.532-535.

⁶⁴⁸ Eren, s.489.

⁶⁴⁹ Tekinay; Akman; Burcuoğlu; Altop, Borçlar, s.475; Eren, s.490.

⁶⁵⁰ Tekinay; Akman; Burcuoğlu; Altop, Borçlar, s.855; Eren, s.530; Oğuzman; Öz, Borçlar, s.396-400.

⁶⁵¹ Tekinay; Akman; Burcuoğlu; Altop, Borçlar, s.857; Kılıçoğlu, Borçlar, s.659; Tandoğan, s.534; Oğuzman; Öz, Borçlar, s.402-403.

⁶⁵² Tandoğan, s.532-533.

edilmemesinde borçlunun kusuru olmadığının ispat yükü, borçluya aittir (TBK m.112). Zamanaşımı konusunda ise TBK m.146 uyarınca her alacak on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olmasına rağmen; haksız fiilden doğan borç ilişkisinde özel bir hüküm kabul edilmiştir. Buna göre tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (TBK m.72).

II. SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI KAZALARINDAN DOĞAN SORUMLULUK DAVALARI VE BAZI MİLLETLERARASI USUL HUKUKU KONULARI

Davanın Türk mahkemesi önünde açıldığı varsayılırsa, mahkeme milletlerarası yetkisini tespit etmeden önce önüne gelen uyuşmazlığın iç taşımacılıktan mı uluslararası taşımacılıktan mı doğduğunu tayin etmelidir. Bu aşamada hâkim, uyuşmazlığın, uluslararası taşımacılık sebebiyle doğduğuna hükmederse, bu taşımacılığın Varşova veya Montreal Sözleşmesi kapsamında olup olmadığını belirlemelidir. Mahkeme, uluslararası taşımacılığın, milletlerarası sözleşme hükümleri kapsamında olduğuna kanaat getirmişse, Sözleşme hükümleri çerçevesinde kendi yetkisini araştırmalıdır. Nitekim milletlerarası sözleşmeler kapsamında olan sorumluluk davalarında milletlerarası yetkili mahkemeler, bu sözleşmelerde açıkça belirlenmiştir. Buna karşılık mahkeme, uluslararası taşımacılığın Sözleşme hükümleri kapsamında olmadığına kanaat getirmişse, taşıyıcının sorumluluğunu vasıflandırdığı yetki sebebine göre milletlerarası

yetkisinin olup olmadığını, kanunî rejim (MÖHUK, HMK, TTK vs.) çerçevesinde tayin etmelidir.

Bu bölümde, milletlerarası sözleşmeler kapsamında olmayan taşımacılık sebebiyle doğan hukukî sorumluluk davalarında milletlerarası yetkili mahkemeler Türk hukuku açısından tayin edilecektir⁶⁵³. Ayrıca dava şartı olan yargı muafiyeti konusu üzerinde durulacaktır.

Ancak bu konulara geçmeden önce taşıma sözleşmesinden doğan davalar açısından görevli mahkemenin tayini üzerinde durulmalıdır. İç hukukta taşıma sözleşmesi, ticarî sözleşme olmasının yanında tüketici sözleşmesi⁶⁵⁴ olarak da nitelendirilmektedir⁶⁵⁵. TSHK kapsamında görevli mahkemeye ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay, hava yolu şirketlerinin davalı olduğu sorumluluk davalarının, taşıma hukukundan kaynaklanması gerekçesiyle TTK'nın 5. maddesine⁶⁵⁶ tâbi olduğuna ve görevli mahkemenin tüketici mahkemeleri yerine asliye ticaret mahkemesi olduğuna karar vermiştir⁶⁵⁷. Ayrıca Yargıtay, göreve ilişkin

⁶⁵³ Hava aracı kazaları sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların Türk hukuku kapsamında tahkim yoluyla çözümünün mümkün olup olmayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Bu nedenle ileride ayrı bir çalışma konusu yapılmak üzere tezin kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁶⁵⁴ Milletlerarası özel hukukta tüketici sözleşmesi, yabancı unsur taşıyan sözleşmenin sadece bir tarafının ticarî veya meslekî faaliyeti gereği giriştiği sözleşmedir. Güngör, Tüketici, s.22. MÖHUK'un 26/1. maddesinden de tüketici sözleşmesinin, meslekî veya ticarî olmayan amaçla eşya, hizmet veya kredi sağlanmaya yönelik yapılan sözleşme olduğunu çıkarabiliriz.

⁶⁵⁵ Güngör, Tüketici, s.21. Hem ticarî sözleşme hem de tüketici sözleşmesi olarak nitelenen sözleşmeler açısından "koruyucu hukuk düzenlemelerine konu oldukları ölçüde bu sözleşmeler hakkında ticarî hükümlerin uygulanmayacağına" ilişkin bkz. age. s.22.

⁶⁵⁶ TTK'nın 5/1. maddesine göre, tüm ticarî davalar ile ticarî nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinde, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın, aksine hüküm bulunmadıkça, asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Ancak yargı çevresi içinde asliye ticaret mahkemesi bulunmayan ticarî bir dava, asliye hukuk mahkemesinde görülür (m.5/4). Ayrıca Türk Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan 2013 yılında yürürlüğe giren Ticarî Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliğinin 3/çç. maddesinde, sivil hava araçları ile iç veya dış hatlarda ücret karşılığı yolcu ve yük ile sadece yük taşımacılığının ticarî hava taşımacılığı olduğu belirtilmiştir. Böylece taşıyıcının ücret karşılığı yaptığı yolcu veya eşya taşımacılığı, ticarî hava taşımacılığıdır. RG. 16.11.2013-28823.

⁶⁵⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2014/3213, K.2014/11299, T.12.06.2014 (yayınlanmamış). Ayrıca Yargıtay, taşıma hukukundan doğan davaların, Tüketici Mahkemelerinin görev alanına girmediğini belirtmişlerdir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2014/10996, K.2014/17423, T.12.11.2014: bkz. Tan Dehmen, Mine: "Varşova Konvansiyonu'na İlişkin Olarak 2014 Yılında Verilen Bazı Yargıtay

hükümlerin, kamu düzenine ilişkin olduğunu ve davanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gerektiğini de belirtmiştir⁶⁵⁸.

A. Milletlerarası Yetki

Bir Türk taşıyıcıya ait hava aracıyla İstanbul'dan Bangkok'a giderken hava aracının içinde bulunan yolcunun, üstüne kabin elemanı tarafından sıcak su dökülmesi sebebiyle yaralanması durumunda; taşıyıcıya karşı hangi mahkemede sorumluluk davası açılabilir? Bir başka örnekte, Duşanbe'de bulunan bir Türk gönderici, bir Türk taşıma şirketi ile bilgisayarının tamir edilmesi üzerine İstanbul'da bulunan bir firmaya gönderilmek üzere taşıma sözleşmesi akdetmiştir. Ancak taşıma konusu olan bilgisayar, hava aracına düzgün bir şekilde yerleştirilmemesi nedeniyle taşımacılık sırasında zarara uğramış ve kullanılamaz hale gelmiştir. Bu durumda taşıyıcıya karşı hangi mahkemede sorumluluk davası açılabilir? Bu iki örnekte, uluslararası taşımacılık sebebiyle meydana gelen bir kaza nedeniyle zarara uğrayan Türk yolcu ile bir olay nedeniyle eşyası zarara uğrayan Türk gönderici, Türk taşıyıcıya karşı dava açmak istemektedir. Taşımacılığın varış yerleri, milletlerarası sözleşmelere taraf olmayan devletlerde bulunduğu için taşımacılık, milletlerarası sözleşme hükümlerine tâbi değildir. Bu tür davalarda, davanın açıldığı mahkeme, kendi milletlerarası usul hukuku sistemine göre yetkisini araştırmalıdır⁶⁵⁹.

Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin kurallar, MÖHUK'un ikinci kısmının birinci bölümünde "Türk

Kararları", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C.4, S.1 (2015), s.311-313, 323-324; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2012/2241, K.2012/3084, T.2.3.2012, bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.

⁶⁵⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2014/10996, K.2014/17423, T.12.11.2014 kararı için bkz. Tan, s.323-324.

⁶⁵⁹ Şanlı, *Sivil Havacılık*, s.31.

mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi” başlığı altında düzenlenmiştir⁶⁶⁰. Taşıyıcının sorumluluk davalarında milletlerarası yetkili mahkemenin tayini için temel esas, MÖHUK’un 40. maddesidir. İlgili hüküm altında, “Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları” ile tayin edilmektedir. MÖHUK’un 40. maddesinde öngörülen bu genel prensibin yanında 41–46. maddeleri arasında milletlerarası yetki kuralları düzenlenmiştir⁶⁶¹.

MÖHUK kapsamında belirlenen bir milletlerarası yetki kuralının kapsamına giren ihtilâflarda, genel prensip uygulanmaz; aksi yönde olarak da, somut uyuşmazlık, MÖHUK’ta düzenlenen milletlerarası yetki kuralının kapsamına girmiyorsa, bu uyuşmazlık için genel prensip uygulanır⁶⁶². Dolayısıyla milletlerarası yetkinin tayini için öncelikle MÖHUK kapsamında düzenlenen milletlerarası yetki kuralları incelenmeli ve somut uyuşmazlık, bu milletlerarası yetki kuralının kapsamına dâhil değilse, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları uygulanmalıdır. Bu açıdan, uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluk davalarında yetkili mahkemeyi tayin edebilmek için HMK’da yer alan ilgili hükümlere başvurulmalıdır. Bu durumda, bu kurallar milletlerarası yetki kuralı işlevi de görmektedir⁶⁶³.

Bu bölümde, ilk olarak, taşıyıcının sorumluluk davalarına MÖHUK kapsamında düzenlenen milletlerarası yetki kurallarının uygulanabilir nitelikte olup olmadığı tartışılacak; daha sonra iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları kapsamında yetkili mahkeme tayin edilecektir.

⁶⁶⁰ Aybay; Dardağan, s.45.

⁶⁶¹ Çelikel; Erdem, s.516-517.

⁶⁶² Çelikel; Erdem, s. 516-517; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.357. Ancak yazar, MÖHUK’un 40. maddesini genel yetki kuralı; 41-46. maddeler arasında düzenlenen milletlerarası yetki kurallarını, özel yetki kuralları olarak adlandırmış; ancak iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları bakımından yapılan genel yetki-özel yetki ayırımından farklı olduğunu da belirtmiştir. Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.357.

⁶⁶³ Karş. Güngör, Tüketici, s.137.

1. Milletlerarası Yetki Kuralları

MÖHUK, milletlerarası unsur taşıyan çeşitli uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası yetki kuralları ihtiva etmektedir. Bu yetki kuralları, Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalara (m.41); yabancıların kişi hâllerine ilişkin bazı davalara (m.42); miras davalarına (m.43); iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarına (m.44); tüketici sözleşmesine ilişkin davalara (m. 45) ve sigorta sözleşmesine ilişkin davalara (m.46) ilişkindir. Bu milletlerarası yetki kuralları, milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı dışında olan uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluk davalarına konu itibarıyla uygulanabilir değildir. Ancak MÖHUK kapsamında tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için kabul edilen milletlerarası yetki kuralının (m.45)⁶⁶⁴ uygulanabilirliği tartışılacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yabancı unsur taşıyan akdin bir tarafının ticarî veya meslekî amaçla hizmet sağlamaya (taşıma sözleşmesi açısından) yönelmesine rağmen akdin diğer tarafının kişisel amaçlarla o hizmetten yararlanması durumunda, bu akit, tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir⁶⁶⁵. Bu kapsamda, yolcu ve gönderici, tüketici; taşıma sözleşmesi de tüketici sözleşmesidir. Ancak MÖHUK'un 45. maddesi kapsamında yetki kuralının uygulanabilmesi için bu Kanunun 26. maddesinde tanımlanan tüketici sözleşmesinin varlığı aranmaktadır. MÖHUK'un 26/1. maddesinde tüketici sözleşmesi, meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlamaya yönelik bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bu maddede öngörülen bağlama kuralı, belirli tüketici sözleşmeleri açısından uygulanırken (m.26/2); paket turlar hariç taşıma sözleşmeleri,

⁶⁶⁴ Yabancı unsur taşımayan iç hukuka ait tüketici davalarına ilişkin olarak 6502 sayılı Tüketici Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 73/5. maddesi ile HMK kapsamında genel yetkili mahkemelerinin yanında özel yetki kuralı kabul edilmiştir. Buna göre, tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir.

⁶⁶⁵ Güngör, Tüketici, s.21, 32; Bayraktaroğlu Özçelik, s.834.

bu kuralın kapsamı dışında bırakılmıştır (m.26/4)⁶⁶⁶. Ancak havayoluyla taşımacılığın paket turlar kapsamına dâhil olması hâlinde ortaya çıkan uyuşmazlık, 45. madde kapsamında öngörülen yetki kuralı kapsamındadır.

Diğer taraftan, MÖHUK'un 26. maddesinin ilk fıkrasının mı yoksa ikinci fıkrasının mı 45. maddenin uygulanmasında dikkate alınacağına ilişkin kanun metninde bir açıklama yoktur; doktrinde de bu husus tartışmalıdır⁶⁶⁷. Uygulanacak hukuka ilişkin getirilen 26. maddenin 1, 2 ve 4. fıkralarının, yetkili mahkemeyi de tayin ederken dikkate alınması gerektiğini değerlendirecek, MÖHUK'un 45. maddesinde getirilen “tüketiciyi koruyan yetki kuralı”⁶⁶⁸, taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için uygulanmaz.

Sonuç olarak, yolcu veya gönderici, taşıma hizmetini satın alan, tüketicidir; ancak milletlerarası özel hukuk araçlarından biri olan yetki kuralı ile korunmamaktadır. Böylece, MÖHUK kapsamında tüketici sözleşmeleri için kabul edilen yetki kuralı, taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanabilir nitelikte değildir.

2. İç Hukukun Yer İtibariyle Yetki Kuralları

MÖHUK kapsamında taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanabilecek milletlerarası yetki kuralı düzenlenmediğinden, MÖHUK m.40'da belirtilen genel prensip uygulanmalıdır. Buna göre, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına başvurulmalıdır. Bu kapsamda, TSHK'da taşıyıcının sorumluluk davalarına ilişkin

⁶⁶⁶ Bkz. yuk. s.215. Madde gerekçesine göre bu hükmün getiriliş nedeni, taşıma sözleşmelerine ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda milletlerarası sözleşmenin olması ve eşya taşımacılığına ilişkin MÖHUK'un 29. maddesi ile uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

⁶⁶⁷ Bayraktaroğlu Özçelik, s.854. Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. age. s.854.

⁶⁶⁸ Terim için bkz. Güngör, Tüketici, s.138.

yer itibariyle yetki kuralı mevcut olmadığından⁶⁶⁹, HMK’da düzenlenen ilgili hükümler uygulanacaktır.

a. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yetki Kuralları

Taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanabilir olan yetki kuralları, kanımızca, dört tanedir. Bunlardan ilki, davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkilendiren genel yetki kuralıdır (HMK m.6). Bir diğeri, Türk veya yabancı tâbiyetinde olan taşıyıcının Türkiye’de bulunan şubesi aracılığıyla işlem yapılması hâlinde, o şubenin bulunduğu yer mahkemesine ilişkin yetki kuralıdır (HMK m.14). Son olarak, taşıyıcının sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu şeklinde yapılacak vasıflandırma neticesinde bu iki hukukî sebep için öngörülen yetki kurallarıdır (HMK m.10, 16).

(1) Davalı Taşıyıcının Yerleşim Yeri Mahkemesi

Bir Türk mahkemesinin yetkili olabilmesi için öngörülen genel kurala göre, davanın açıldığı tarihte taşıyıcının yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması gerekmektedir (HMK m. 6/1).

⁶⁶⁹ TSHK’da yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, iç taşımacılıktan doğan sorumluluk davalarında hangi yetki hükümlerinin uygulanacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TSHK’da hüküm bulunmadığı için Kanunun 106. maddesine dayanılarak Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmenin yetkiye ilişkin hükümleri, yurt içinde yapılacak taşımacılığa uygulanmalıdır. Ülgen, Hava, s.219. Doktrinde buna gerekçe olarak TSHK’nın 106. maddesinin Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların uygulanmasına atıf yaparken, maddî hukuk ve usul hukuku hükümleri şeklinde bir ayrıma gitmediği gösterilmiştir. Orbay Ortaç, s.131-132. Buna karşın, bir diğer görüş, TSHK’nın 106. maddesinin, “taşıma akdinin oluşumu, sona ermesi, taşıma akdinin taraflarının hak ve borçları, tazminatın tayin ve takdiri gibi maddî hukuk konularına ilişkin olduğunu” (Öztürk, s.316; Sözer, İşletenin Sorumluluğu, s. 64; Kaner, Hava, s.90, dn.109) ve yetkili mahkemenin tayininde uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir. Şanlı, Sivil Havacılık, s.45; Sözer, Yük Taşıma, s.256. Bizim de katıldığımız bu son görüş doğrultusunda, iç taşımacılık sebebiyle doğan sorumluluk davasında yetkili mahkeme, Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin yetki kurallarına göre değil; iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tespit edilmelidir. Bu çerçevede, iç hat taşımacılığında taşımacılığın yapıldığı devletin egemenlik hakkına ve bu devletin mahkemelerinin münhasır yetkiye sahip olmaları nedeniyle yabancı mahkemelerin yargı yetkisi bulunmamalıdır. Öte yandan, bazı kazalar nedeniyle taşıyıcının sorumluluk davalarının yabancı mahkemeler önüne getirildiğine de rastlanılmıştır. Örneğin 8 Ocak 2003 tarihinde Türk Hava Yolları’na (THY) ait olan İstanbul- Diyarbakır uçağının Diyarbakır’da düşmesi üzerine taşıyıcı ve uçağın işleticisi olan THY aleyhine, Paris’te tazminat davası açılmıştır. Öztürk, s.315-316.

Türk hukukunda taşıma faaliyetinde bulunabilecek ticarî hava taşıma işletmesi, limited veya anonim şirket olarak kurulmalı ve faaliyetleri süresince bu yapılarını muhafaza etmelidir. Dolayısıyla taşıyıcı sıfatına genelde tüzel kişiler sahiptir⁶⁷⁰. Tüzel kişilerin yerleşim yeri ise, 22.11.2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine (TMK)⁶⁷¹ göre belirlenir (TMK m.6/2). Kanunun 51. maddesine göre, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerin yönetildiği yer, tüzel kişilerin yerleşim yeridir.

⁶⁷⁰ Türk Sivil Havacılık Kanununun 18 ve 19. maddeleri kapsamında taşıyıcıların, yurt içinde ticarî yolcu ve/veya eşya taşımacılığı faaliyetinde bulunabilmeleri için gereken şartlar düzenlenmiştir. Gerçek ve tüzel kişilerin ücret karşılığında ticarî amaçlı taşımacılık yapabilmeleri için ön şart olarak, Ulaştırma Bakanlığından (26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı KHK uyarınca Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı olarak isim değiştirmiştir. RG. 1.11.2011-28102 Mükerrer) izin (m.18) ve ruhsat almaları (m.19) gerekmektedir. Nitekim bu kişilerin izin ve ruhsat alabilmek için başvurularına ekleyecekleri belgeler ve başvuruda aranacak şartlar, Ulaştırma Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelik ile belirlenecektir (m.20). 2013 yılında yürürlüğe giren, Ticarî Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği, ücret karşılığı, yolcu ve eşya taşıma faaliyeti yapmak üzere işletme ruhsatının, sadece limited ve anonim şirketlere verilebileceğini düzenlemiştir (m.4/p).

Ayrıca Yönetmeliğin 6. maddesine göre, koltuk kapasitesi yirmiden az olan hava aracı ile yolcu taşımacılığı veya yolcu ve eşya taşımacılığı yapacak işletmeler, anonim veya limited şirket olarak; hava aracının sayısına bakmadan sadece eşya taşımacılığı veya koltuk kapasitesi yirmi veya yirmiden fazla hava aracı ile yolcu taşımacılığı veya yolcu ve eşya taşımacılığı yapacak işletmeler ise sadece anonim şirket olarak kurulmalıdır. Bu şirketler, faaliyetleri süresince yapılarını muhafaza etmelidir.

TSHK ve Yönetmeliği karşılaştırdığımızda; hava yoluyla taşımacılık faaliyetinde bulunabilecek kişiler; Kanun kapsamında gerçek kişi ve tüzel kişi iken, Yönetmelikte ise sermaye şirketlerinden sadece anonim ve limited şirketlerdir. Böylece TSHK’da gerçek kişilere ve tüzel kişilere sunulan taşıma faaliyetinde bulunma hakkı, Yönetmelik ile sınırlandırılarak sadece anonim ve limited şirketlere sunulmuştur. Oysa Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, yalnızca kanunla sınırlandırılacağı düzenlenmiştir. Böylece anonim veya limited şirketler dışında kalan tüzel kişilerin ve gerçek kişilerin ekonomik hak ve hürriyetleri-girişim hürriyeti- Yönetmelik hükmü ile daraltılmıştır. Oysa bu durum, hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Ticarî Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği, özel bütçeli ve ayrı tüzel kişiliğe sahip, Ulaştırma Bakanlığına bağlı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılmıştır (5431 sayılı ve 10.11.2005 tarihli Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, m.1. RG.18.11.2005-25997). Burada, bir idarî makamın, yasama organının yetki alanına giren bir konuda tasarrufta bulunması hâli söz konusudur; bir diğer deyişle “idarenin yasama fonksiyonunu gasp etmesi” mevcuttur. İdarenin yasama fonksiyonunu gasp etmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2013, s.321-322; Atay, Ender Ethem: İdare Hukuku, Ankara 2014, s.484. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da belirtilen sınırlar kapsamında kanunla sınırlandırılmayıp, idarî düzenlemeler ile sınırlandırılmasının fonksiyon gaspına sebep olacağına ilişkin Danıştay kararı için bkz. Danıştay Yedinci Dairesi, E.2006/5220, K.2007/394, T.8.2.2007, bkz. Çağlayan, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.515-516. Bu durumda, Yönetmeliğin ilgili maddesi, yok hükmünde olmayıp; idarî yargı organları tarafından iptal edilmelidir. Gözler; Kaplan, s.322.

⁶⁷¹ 22.11.2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu. RG. 24607- 08.12.2011; yürürlük tarihi 1.01.2002.

Bu kapsamda hava yolu taşıma şirketlerinin yerleşim yerinin tayininde Türk Ticaret Kanununun (TTK) ilgili hükümlerinden bahsedilmelidir⁶⁷². Anonim veya limited şirketin merkezi, şirket ana sözleşmesinde yazılması gerektiğinden (TTK m.339/2/a; 576/a); şirket merkezinin neresi olduğu kolaylıkla tespit edilebilmektedir⁶⁷³. Ayrıca şirketler, merkezlerinin bulunduğu ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadır (TTK m.354/1; 355/1; 586/1; 588/1). Bu hükümlerden yola çıkılarak, Türkiye’de kurulan ve yerleşim yerinin (işlerinin yönetildiği yer denilerek kastedilen idare merkezinin) Türkiye’de bulunduğu ticaret şirketlerinin Türk tâbiyetinde olduğu kabul edilir⁶⁷⁴. İdare merkezi, *yönetim ve denetim organları ile genel kurulunun bulunduğu, sözleşme ve işlemlerin müzakere edildiği gerçek (fiili) idare merkezidir*⁶⁷⁵. Böylece tüzel kişilerin yerleşim yeri tespit edilirken, tâbiyeti de tespit edilmektedir. Türkiye’de tüzel kişilerin tâbiyet kazanmasında kabul edilen sistem, merkez yeri sistemi; ölçütü ise idare merkezi ölçütüdür⁶⁷⁶. İdare merkezleri Türkiye’de bulunan hava yolu şirketlerine karşı açılacak sorumluluk davalarında, Türk mahkemeleri milletlerarası yetkilidir.

⁶⁷² Ticaret şirketlerinin tâbiyeti, genel olarak kabul edilen sistem ve ölçütlerden, hangisinin kabul edildiğine ilişkin açık hüküm olmaması nedeniyle, mevcut hükümlerden, yorum yolu ile tespit edilmektedir. Turhan, Turgut; Tanrıbilir, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku, 3. baskı, Ankara 2012, s.146-147.

Ticaret şirketlerinin tâbiyetine ilişkin esas alınan sistem ve ölçüt tayin edilirken, “mülga 6762 sayılı Ticaret Kanunu ve yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 30 Teşrinisani 1330 tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun Muvakkat (Ecnebi Şirketler Hakkında Kanun), 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu, ilgili kanunu yürürlükten kaldıran 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, 4389 sayılı Bankalar Kanunu, ilgili kanunu yürürlükten kaldıran 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu, Maden Kanunu Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunundan yararlanılır.” Güngör, Gülin: Tâbiyet Hukuku, Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler, Ankara 2015, s.210 (Tâbiyet).

⁶⁷³ Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014, s.134; Postacıoğlu, İlhan E; Altay, Sümer: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.114.

⁶⁷⁴ Güngör, Tâbiyet, s.217; Turhan; Tanrıbilir, s.148-149; Doğan, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2014, s.220 (Vatandaşlık).

⁶⁷⁵ Güngör, Tâbiyet, s.208; Güngör, İflas, s.12; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.93.

⁶⁷⁶ Güngör, Tâbiyet, s.217. Öte yandan, TTK’nın 40/1. maddesine göre her tacir ticarî işletmesini, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmelidir. Ancak burada, “tüzel kişinin malvarlığına ilişkin bir birimden bahsedildiğinden ve ticarî işletme merkezinin birden fazla olabileceğinden, ticaret şirketlerinin tâbiyetini tespitinde ticarî işletme merkezi ölçütünden yararlanılamaz”. Güngör, Tâbiyet, s.215.

Türk hukukunda, anonim veya limited şirket olarak kurulan ve faaliyet gösteren şirketlerin, hava yoluyla taşımacılık faaliyetini yerine getirebilmesine karşın yine de gerçek kişilerin yerleşim yerinin neresi sayılacağına da konunun tamamlanması açısından değinilebilir. Buna göre, bir gerçek kişinin yerleşim yeri, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK m.19)⁶⁷⁷. Davanın görüldüğü mahkeme, bir kişinin yerleşim yerini, o kişinin hayat faaliyetinin merkezine; yani şahsî, ailevî ve ticarî ilişkilerinin bulunduğu yere göre tespit etmelidir⁶⁷⁸.

Ayrıca, davalı olarak birden fazla taşıyıcı gösterilmişse; yani taşımacılık birden fazla taşıyıcı tarafından yerine getirilmişse veya taşıma faaliyeti, taşıma sözleşmesinin yapıldığı taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı tarafından yerine getirilmişse; dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Yukarıda verdiğimiz örneği biraz değiştirirsek; Duşanbe’de bulunan bir Türk gönderici, bilgisayarının tamir edilmesi için İstanbul’da bulunan bir firmaya

⁶⁷⁷ HMK’nın 9. maddesi ile ayrıca Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Nitekim bu hüküm gerçek kişiler için getirilmiş olup tüzel kişiler hakkında uygulanamaz. Süral, Ceyda: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.100 (2012), s.172.

Ayrıca, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir (m.9).

⁶⁷⁸ Tunçomağ, Kenan: “İkametgâh”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 26, Sayı 1-4 (1960), s.154. MK m.19 kapsamında yerleşim yerinin tespit edilebilmesinde yerleşmek niyeti (psikolojik/sübjektif/dâhili) ve oturma (maddî/fiilî/objektif/harici) unsurları aranır. Tunçomağ, s. 156-158; 165-170; Özkan, Işıl: *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara 2003, s.68-70.

Oturmanın tespiti için kesintisiz olması şart koşulmadan devamlı olması; yerleşme niyetinin tespiti için kişinin hayat ilişkilerinin, iş ve aile ilişkilerinin merkezi aranmalıdır. Tunçomağ, s.165-168; Özkan, s.68-70. Doktrinde, kişinin oturduğu yerin yerleşim yeri olarak sayılması için sürekli kalma niyetinin yanında kişisel ve ticarî ilişkilerinin merkezi hâline getirilmesinin dikkate alınması ifade edilmiştir. Bkz. age. s.155. Yargıtay, bir kişinin belirli bir yerde geçici olarak oturmasının, bu yerin yerleşim yeri olduğunu göstermeyeceği gibi geçici izin alınmasının da yerleşim yeri için yeterli sayılmayacağını belirtmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 1998/4842, K. 1998/6521, T. 27.5.1998 (yayınlanmamış). Ayrıca Yargıtay daha önceleri, 2006 yılında yürürlükten kalkan 1587 sayılı Nüfus Kanununun (1587 Sayılı, 5.5.1972 tarihli Nüfus Kanunu, RG. 16.5.1972- 14189) 4. maddesine dayanarak, nüfusa kayıtlı olunan yerin, yerleşim yerinin tayininde karine olacağını da kabul etmişti. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2000/3387, K. 2000/4865, T. 17.4.2000 (yayınlanmamış).

Mülga 4. madde şu şekilde kaleme alınmıştır: “Her Türk Türkiye’de ikametgâhının veya sonradan ikametgâh edindiği yerin nüfus memurluğuna kendisini yazdırmaya ve bir nüfus cüzdanı almaya mecburdur”.

gönderilmek üzere X adlı bir Türk taşıyıcı ile taşıma sözleşmesi akdetmiştir. Bu sözleşmeye göre taşımacılık; Duşanbe'den Bakü'ye X taşıyıcısı; Bakü'den İstanbul'a bir diğer Türk taşıyıcı olan Y taşıyıcısı tarafından yerine getirilecektir. Eşyanın İstanbul'da teslimi sırasında kullanılamaz hâle geldiğinin anlaşılması üzerine ve bu hasarın hangi ardıl taşıyıcı tarafından meydana getirildiği anlaşılamadığından her iki taşıyıcıya karşı, bu taşıyıcılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilir. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin yetkisinin doğumu için davalılardan birinin Türkiye'de yerleşim yerine sahip olması yeterlidir⁶⁷⁹.

Ancak dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkili mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır (HMK m.7/1)⁶⁸⁰. Burada davalının gerçek veya tüzel kişi olması fark etmez⁶⁸¹. Bir üst paragrafta yer verdiğimiz örnekten devam edersek, taşıyıcıların yerleşim yerlerinin farklı olması ihtimali üzerine ortak yetkili mahkeme olarak haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesinde dava açılır⁶⁸². Nitekim ortak yetkili mahkemenin yetkisine ilişkin kural, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, “kesin yetkidir”⁶⁸³.

Sonuç olarak, yerleşim yeri Türkiye'de bulunan taşıyıcı aleyhine açılacak sorumluluk davasında, Türk mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olabilmektedir.

⁶⁷⁹ Nomer, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s.438 (Usul).

⁶⁸⁰ Birden fazla davalının bulunduğu halde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı deliller veya belirtilerden anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı vermektedir (m.7/2).

⁶⁸¹ Kılıçoğlu, Mustafa: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s.120 (HMK).

⁶⁸² Kuru; Arslan; Yılmaz, s.135; Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.102, 105; Yargıtay 4. HD, 2135/4167, T. 26.04.1984: bkz. Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil; Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s.100, dn.64.

⁶⁸³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:3, TBMM S. Sayısı 393, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

(2) Şubenin Bulunduğu Yer Mahkemesi

Türk veya yabancı tâbiyetinde olan taşıyıcının Türkiye’de bulunan şubesi aracılığıyla işlem yapılması hâlinde, HMK’nın 14. maddesi gereğince, şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de milletlerarası yetkiye sahip olabilmektedir⁶⁸⁴.

İşyerinin, şube sıfatını haiz olabilmesi için çeşitli unsurları taşıması gerekmektedir⁶⁸⁵. Bu unsurlar: “merkeze bağımlı olması (yani aynı kişiye ait olması); üçüncü kişilerle kendi başına işlem yapabilmesi; merkezden ayrı bir yerde bulunması ve merkezden ayrı yönetime sahip olmasıdır”⁶⁸⁶.

Ayrıca HMK’nın 14. madde gerekçesinde belirtildiği üzere⁶⁸⁷, idare merkezi, Türkiye’de bulunan bir taşıyıcıya karşı açılacak sorumluluk davası, taşıyıcının

⁶⁸⁴ Maddenin devam fıkrasında, özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

⁶⁸⁵ Türk iç hukuku içinde Ticaret Kanunu, şubeyi tanımlamamıştır. Şube, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nda tanımlanmıştır. Kanunun 9/2. maddesine göre şube, “bir merkeze bağlı olduğu hâlde, ister merkezin bulunduğu odanın, ister başka odanın çalışma alanı içinde olan müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan ve/veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi bulunmadığı hâlde kendi başına sınaî faaliyet ve ticarî muamele yapan yerler ve satış mağazalarıdır.” RG. 1.6.2004- 25479.

⁶⁸⁶ Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2012, s.38-39; Kılıçoğlu, HMK, s.155.

Türk hukukundaki bu şartlara benzer şartların arandığı bir Amerikan mahkemesi kararına konu olan olaya göre; bir kulübün üyeleri, ABD’den Güney Afrika’ya gitmek üzere gidiş-dönüş biletlerini, Güney Afrika Hava Yollarının (*South African Airways/SAA*) New York şubesinden almışlardır. Güney Afrika’nın çeşitli kentlerini gezebilmek için Güney Afrika tâbiyetini taşıyan bir başka hava yolu taşıyıcısı olan *Comair* ile yine bu şubeden taşıma sözleşmesi akdetmişlerdir. İç uçuşlar sırasında meydana gelen kazada yaralanan davacılar, New York mahkemesinde, *Comair* şirketine karşı dava açmışlardır. *Comair* şirketi, kendi merkezinin Güney Afrika’da olmasının ve New York’ta, SAA’nın şubesinden bilet alınmasının, New York’ta iş yapıldığı anlamına gelmediği ve bu yerin şubesi olarak sayılamayacağı iddiasıyla New York mahkemesinin yetkisine itiraz etmiştir. Yerel mahkemenin kendisinin milletlerarası yetkiye sahip olduğuna karar vermesi üzerine konu, Yüksek Mahkeme’ye taşınmıştır. Yüksek Mahkeme, *Comair* şirketi ile New York’ta bulunan SAA’nın şubesi arasında bir satış anlaşması olduğunu ve bu yerin, bu anlaşmaya dayanarak New York’ta şirketin reklamını yaptığını, bilet sattığını, ödemeleri kabul ederek şirkete aktardığını ve bunu on iki yıldır sürekli ve sistematik bir şekilde gerçekleştirdiğini tespit etmiştir. Sonuç olarak mahkeme, bu yeri, sadece SAA’nın şubesi olarak değil *Comair* taşıyıcısının da şubesi olarak kabul etmiştir. Bu kararda bir yerin şube sıfatına sahip olabilmesi için merkezinin bulunduğu yerden başka bir yerde bulunma ve merkeze bağımlı olarak çalışma gereği aranmıştır. *McLoughlin v. Commercial Airways (Pty) Ltd.*, 602 F. Supp. 29 - Dist. Court, ED New York 1985; <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Şubat 2013.

⁶⁸⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:3, TBMM S. Sayısı 393, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

sadece idare merkezinin (yerleşim yerinin) bulunduğu yerde değil; şubesinin bulunduğu yerde de açılabilir. Böylece davacıya seçim hakkı tanınmıştır⁶⁸⁸. İlgili hükmün gerekçesinden hareketle, taşıyıcıya bağlı olan şubenin işlemlerinden ötürü şubenin bulunduğu yerde, şubeye karşı değil⁶⁸⁹; taşıyıcıya karşı dava açılacaktır.

(3) Taşıma Sözleşmesinin İfa Yeri Mahkemesi

Vasıflandırmaya ilişkin kısımda bahsedildiği üzere, taşıyıcının hukukî sorumluluğunun vasıflandırıldığı yetki sebebine göre, taşıyıcının sorumluluk davaları için sözleşme veya haksız fiile ilişkin yetki kuralları uygulanabilecektir.

HMK'nın 10. maddesi ile sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi yetkili kılınmıştır⁶⁹⁰. Taşıma sözleşmesinin ifa yerinin, taşımacılığın varma yeri olduğu genel kabul görmüştür⁶⁹¹. Türk hukukunda, taşıyıcının, yolcuyu veya eşyayı güvenli bir şekilde varma yerine ulaştırmasıyla taşıma sözleşmesi ifa edilmiş sayılmaktadır⁶⁹². Örneğin, bir yolcu, İstanbul'dan

⁶⁸⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile değiştirilmeden önce, 1927 tarihli ve 1986 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 17. maddesine ilişkin olarak belirtilmiştir. RG. 2,3,4/7/1927- 622, 623, 624. Alangoya; Yıldırım; Deren-Yıldırım, s.98-99.

⁶⁸⁹ Kuru; Arslan; Yılmaz, s.139; Pekcanitez; Atalay; Özekes, s.102-103.

⁶⁹⁰ Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesi ile sözleşmeden doğan ihtilafların, mukavelenin icra olunacağı (sözleşmenin ifa edileceği) veyahut müddeialeyh (davalı) veya vekilinin dava zamanında orada bulunmak şartıyla sözleşmenin vuku bulacağı mahal mahkemesi yetkili kılınmıştır.

⁶⁹¹ Nomer, Devletler, s.461; Nomer, Usul, s.93; Öztürk, s.317. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No. 1989/6245, Karar No. 1989/3438, Tarih 5.6.1989 (yayınlanmamış).

⁶⁹² Bu sonuca, yolcu taşımacılığı açısından TSHK m.120, TTK m.850/2 ve m.914/2 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ile ulaşılmaktadır. Şöyle ki, TSHK'nın 120. maddesi, yolcunun hava aracının içinde veya hava aracına biniş ve hava aracından iniş faaliyetleri sırasında zarara uğraması durumunda taşıyıcının sorumluluğunu kabul etmiştir. Bkz. yuk. s.207, dn.611. TTK'nın 850/2. maddesine göre, taşıyıcı, yolcuyu varma yerine ulaştırma borcunu üstlenir. TTK'nın 914/2. maddesine göre ise, taşıyıcı yolcuyu rahat bir seyahatle sağlıklı şekilde ulaştırma yükümlülüğüne altındadır. Dolayısıyla bu üç hüküm birlikte yorumlandığında, taşıyıcının sorumluluğu, hava aracının içinde veya hava aracına biniş ve hava aracından iniş faaliyetleri sırasında yolcuyu zarara uğratacak bir kaza meydana gelmeden sağlıklı bir şekilde kalkma yerinden varma yerine ulaştırmaktır. Karş. Ülgen, Hava, s.160.

Ayrıca taşıyıcının bagaj veya eşya taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğunun tayini için, eşyanın veya bagajın hava yolu taşımacılığı sırasında meydana gelen bir olay sonucu zarara uğraması hâlinde taşıyıcının sorumluluğunu kabul eden TSHK'nın 121. maddesi ile taşıyıcının eşyayı varma yerine ulaştırmak ve alıcıya teslim etmek borcu altında olduğunu belirten TTK'nın 850/2. maddesi birlikte ele alınmalıdır. Buna göre, taşıyıcının sorumluluğu, hava yolu ile taşımacılık sırasında eşyayı

Dušanbe'ye gidiş-dönüş bileti satın almıştır. Hava aracının Dušanbe'ye inmesi sırasında, motorlarından birinin yanması üzerine panik olan yolcu, hostesin talimatıyla hava aracını tahliyesi sırasında merdivenlerden düşerek yaralanmıştır. Bunun üzerine yaralanan yolcu, taşıyıcıya karşı sorumluluk davası açmak istemektedir⁶⁹³. Yaralanma, taşımacılığın ilk aşamasının sona ereceği yer olan Münih'te meydana gelmiştir; ancak taşımacılığın varma yeri, yolcunun gidiş-dönüş bileti alması nedeniyle İstanbul'dur. Bu durumda, taşıma sözleşmesinden doğan ediminin ifa yeri, taşımacılığın varma yeri olan Türkiye'dir ve Türk mahkemesi yetkilidir.

HMK'nın 10. maddesine göre sözleşmenin ifa yeri mahkemesi, yetkili mahkeme olarak belirlendiğinden, ifa yerinin neresi sayılacağı da Türk hukukuna göre yorumlanmalıdır. Bunun gerekçesi, yetki kurallarının, ait olduğu hukuka göre anlamlandırılması gereğidir⁶⁹⁴. Bir diğer deyişle, Türk hukukuna ait olan bir yetki kuralı, Türk hukukuna göre anlamlandırılmalıdır. Yetki sebebi anlamlandırılırken, kanun koyucunun o davanın nerede açılmasını istediği yönündeki niyeti tespit edilmektedir⁶⁹⁵. Ancak doktrinde farklı olarak ortaya konan görüşe göre, sözleşmenin ifa yeri, esasa uygulanacak maddî hukuka göre yorumlanmalıdır⁶⁹⁶. Bu görüş; yabancı hukuka göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirleneceği

veya bagajı zarara uğratacak bir olay meydana gelmeden kalkma yerinden varma yerine ulaştırmak ve eşyayı varma yerinde alıcıya teslim etmektir.

⁶⁹³ *Kalish v. Airlines*, 89 Misc. 2d 153, New York City Court, Civil Court 1977 davasından kıyasen. Bkz. <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Nisan 2013.

⁶⁹⁴ Güngör, Tüketici, s.142; Çelikel; Erdem, s.529.

⁶⁹⁵ Güngör, Tüketici, s.142.

⁶⁹⁶ Nomer, Devletler, s.460; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.367; Nomer, Usul, s.92; Ekşi, Nuray: "Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları", *Selahattin Sulhi Tekinay Armağanı* (1999), s.249 (Aşırı Yetki).

anlamına geleceği ve sözleşmenin ifa yerinin tespiti aşamasında somut uyumsuzluğa uygulanacak hukukun daha belli olmaması açılarından eleştirilmiştir⁶⁹⁷.

Türk hukukunda sözleşmenin ifa yerinin tespitinde başvurulacak hüküm, Türk Borçlar Kanununun 89. maddesidir. Bu hükme göre, sözleşmenin ifa yerini taraflar açıkça veya zımnen kararlaştırabilirler. Nitekim yolcunun veya göndericinin taşıyıcı ile yaptığı taşıma sözleşmesinde mutlaka ve açıkça kalkma ve varma yerlerinin kararlaştırılması gerekmektedir. Bunun yanında, konunun tamamlanması açısından tarafların sözleşmenin ifa yerini kararlaştırmamaları durumunda ifa yerinin neresi sayılabileceğine kısaca değinilecektir. Taşıyıcının sorumluluk davasında, konu tazminat olduğu için TBK'nın 89/1. maddesine göre, para borcunun, alacaklının (yani taşıyıcının sorumluluk davası açısından yolcu veya göndericinin) ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edileceği kabul edilmiştir⁶⁹⁸. Nitekim doktrinde bu kuralın, ifa yerinin kararlaştırılmadığı durumlarda ifa yerini kanunen⁶⁹⁹ ve tamamlayıcı olarak belirlemesinin yanında yetkili olabilecek mahkemeyi de belirlediği ifade edilmiştir⁷⁰⁰.

Sonuç olarak, taşıma sözleşmesinin ifa yeri olarak sayılan varma yerinin Türkiye'de bulunması durumunda, Türk mahkemeleri milletlerarası yetkilidir.

(4) Haksız Fiilin İfa Yeri Mahkemesi

Taşıyıcının sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu olarak vasıflandırılırsa, haksız fiilden doğan davalar için HMK'nın 16. maddesinde kabul edilen yetki kuralları uygulanabilecektir.

⁶⁹⁷ Güngör, Tüketici, s.142.

⁶⁹⁸ Hükme göre parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde; bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir Ayrıca madde devamında, ifa yerinin alacaklının yerleşim yeri olmasına rağmen, alacaklının yerleşim yerinin değişmesi ile borcun ifası güçleşmesi durumunda borcun, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edileceği düzenlenmiştir.

⁶⁹⁹ Postacıoğlu; Altay, s.132.

⁷⁰⁰ Alangoya; Yıldırım; Deren-Yıldırım, s.95.

HMK'nın 16. maddesinde dört mahkeme yetkilendirilmiştir. Bunlar:

- Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi;
- Zararın meydana geldiği yer mahkemesi;
- Zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi;
- Zarar görenin yerleşim yeri mahkemesidir⁷⁰¹.

Haksız fiile ilişkin yetki kuralı, Türk hukukuna ait bir yetki kuralı olduğu için bu kuralın unsurlarının yorumlanması (anlamlandırılması) da Türk hukukuna göre yapılmalıdır.

Hükümde yer alan yetki kurallarından ilki, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesidir. “Haksız fiilin işlendiği yer” den “fiilin yapıldığı/mejdana geldiği yerin” anlaşılması gerektiği Türk doktrinde kabul edilmiştir⁷⁰². Örneğin milletlerarası sözleşmelerin kapsamında olmayan bir uluslararası taşımacılık sırasında yolcu, zehirlenmesine neden olan besini, hava aracı İstanbul'dan geçtiği sırada tüketmiştir. Haksız fiilin işlendiği yer, zehirli olan besinin tüketildiği yer olan Türkiye'dir.

İkinci yetki kuralı, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin ayrı olması hâlinde zararın meydana geldiği yer mahkemesinde davanın açılabilceğidir. “Zararın meydana geldiği yer” kavramı ile “sonuç yerinin” anlaşılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁷⁰³. Yukarıda verdiğimiz örneği biraz değiştirirsek, yolcu; zehirlenmesine neden olan besini, hava aracının Asmara (Eritre)

⁷⁰¹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 21. maddesi sadece, haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesini yetkili kılmaktaydı. Zararın meydana geldiği yer mahkemesine yetki tesis edilmemişti. Bu durum doktrinde farklı görüşlerin ortaya konmasına yol açmıştı. Bir görüş, Kanun ile zararın meydana geldiği yer mahkemesinin yetkilendirilmemesi nedeniyle fiilin işlendiği yerin, haksız fiilin meydana geldiği yer olarak kabul etmekteydi. Nomer, Usul, s.93. Öte yandan bir diğer görüş ise, fiil ile zarar yerinin farklı olması durumunda, zarar yeri mahkemesinin yetkili olacağının kabul edilmesini belirtmişti. Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s.78 (2010).

⁷⁰² Kuru; Arslan; Yılmaz, s.141; Kılıçoğlu, HMK, s.180.

⁷⁰³ Alangoya; Yıldırım, Deren-Yıldırım, s.100; Turhan, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara 1989, s.172.

üzerinden geçerken tüketmesine rağmen hava aracının iniş yaptığı İstanbul'da rahatsızlanmıştır. Bu hâlde, haksız fiilin işlendiği ülke Eritre iken, zararın meydana geldiği ülke Türkiye'dir ve Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğabilmektedir. Bir diğer örnekte, milletlerarası sözleşmelerin kapsamında olmayan bir uluslararası taşımacılık sırasında hava aracının düştüğü ve ölümün meydana geldiği yer Türkiye sınırları içindedir. Hayatını kaybeden yolcuların yakınları, ölümün gerçekleştiği; bir diğer deyişle zararın meydana geldiği yer olan Türkiye'de dava açabileceklerdir. Başka bir örnekte, hava trafik kontrol çalışanlarının pilotu yanlış yönlendirmesi ile hava aracının düşmesi sonucu yolcular hayatını kaybetmiştir. Uçağın düştüğü ve yolcuların hayatını kaybettiği yer, zararın meydana geldiği yer; bu zarara yol açan haksız fiilin işlendiği yer de hava trafik kontrol çalışanlarının bulunduğu yerdir⁷⁰⁴. Bu durumda zararın meydana geldiği yer Türkiye'de ise, Türk mahkemeleri milletlerarası yetkilidir.

İlgili madde kapsamında, yetkili mahkemelerden bir diğeri, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesidir. Madde gerekçesinde bu yetki kuralının, yurtdışında işlenen haksız fiiller için getirildiği belirtilmiştir⁷⁰⁵. Yukarıda verdiğimiz örnekte, Asmara sınırından geçerken hava aracında zehirli yiyeceği tüketen kişinin rahatsızlanmasının muhtemel olacağı yer, aynı zamanda taşımacılığın varma yeri olan İstanbul'dur ve İstanbul mahkemesi yetkili olabilir. Bir başka örnekte, meydana gelen kaza sonucu bilinci kapanan ve beyin ölümü gerçekleşen bir kişinin bulunduğu yer mahkemesi, milletlerarası yetkiye sahip olabilir.

⁷⁰⁴ *Foster v. United States*, 768 F. 2d 1278 - Court of Appeals, 11th Circuit 1985, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

⁷⁰⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:3, TBMM S. Sayısı 393, m.21, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

Son olarak, haksız fiilden doğan davalar, zarar gören kişinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir⁷⁰⁶. Bu yetki kuralı, davacının bulunduğu yerde davasını kolaylıkla açabilmesi için kabul edilmiştir⁷⁰⁷. Zarara uğrayan yolcunun yerleşim yeri, Türkiye’de ise, bu yerdeki Türk mahkemesi yetkilidir.

Sonuç olarak, taşıyıcının sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olarak vasıflandırılması durumunda, davanın Türk mahkemesi önünde görülmesi için HMK’nın 16. maddesinde sayılan dört yerden en az birinin Türkiye’de olması gerekmektedir.

Sözleşmeden doğan davalar ile haksız fiilden doğan davalar için getirilen yetki kuralları (m.10, 16), kesin yetki kuralları olmayıp⁷⁰⁸; davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisine ilişkin genel kuralın yanında davacıya seçim imkânı getiren yetki kurallarıdır⁷⁰⁹. Bu tür davalar için genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinin milletlerarası yetkisi devam etmektedir.

b. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Yetki Kuralları

Türk Ticaret Kanununun 890. maddesinde, kara yoluyla eşya taşımacılığından doğan uyuşmazlıklar için yetki kuralı kabul edilmiştir. Buna göre; “eşya taşımacılığından doğan hukukî uyuşmazlıklarda, malın teslim alındığı veya teslim için öngörülen yer mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Ayrıca fiilî taşıyıcının dâhil olduğu taşımacılıkta; fiilî taşıyıcıya karşı açılacak dava, asıl taşıyıcının

⁷⁰⁶ Yerleşim yeri kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s.224 vd.

⁷⁰⁷ Kılıçoğlu, HMK, s.181; Çelikel; Erdem, s.531.

⁷⁰⁸ Kuru; Arslan; Yılmaz, s.138, 142. Kesin yetki kuralı getirilen ihtilâflar, mutlak surette bu kuralda belirlenen mahkemede açılmalıdır. Kuru; Arslan; Yılmaz, s.151; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.357. Örneğin taşınmazın aynına ilişkin davalar, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır. İç hukukta kabul edilen kesin yetki kuralı, milletlerarası özel hukukta kabul edilen münhasır yetki kuralından farklıdır. Bkz. aşağıda s.299.

⁷⁰⁹ Bu kuralları, tâli yetki kuralı olarak nitelendiren Postacıoğlu; Altay, s.112; bu kuralları özel yetki kuralı olarak nitelendiren Kuru; Arslan; Yılmaz, s.137; Pekcanitez; Atalay; Özkes, s.103.

yerleşim yeri mahkemesinde; asıl taşıyıcıya karşı açılacak dava, fiilî taşıyıcının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir”.

TTK ile getirilen bu yetki kuralında, “de” eki kullanılarak, davacıya bir seçim hakkı sunulmaktadır. Böylece davacı, TTK’daki bu hükme veya HMK kapsamındaki yetki kurallarından birine dayanarak davasını açabilir.

Ancak kara yolu taşımacılığında doğan uyuşmazlıklar için getirilen bu yetki kuralı, hava yolu taşımacılığında doğan taşıyıcının sorumluluk davaları için uygulanabilir mi? TTK m.890, yurt içinde yapılan eşya taşımacılığında doğan uyuşmazlıklar için kabul edilmiştir⁷¹⁰. Bu hükmün hava yoluyla yapılan taşımacılığa uygulanabilmesi için yasal bir dayanak gerekmektedir. Bu noktada, havayoluyla yurt içinde yapılan taşımacılığa ilişkin düzenlemeler öngören TSHK’nın 106. maddesi değerlendirilebilir. Bu hükme göre, hava yoluyla yurt içinde yapılacak taşımalarda, TSHK’da hüküm bulunmadıkça, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri, hüküm bulunmadığı hallerde, TTK hükümleri uygulanacaktır. Oysa bu hüküm, iç taşımacılıktan doğan uyuşmazlıklarda ve bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda maddî hukuk konularına ilişkin olarak uygulanmalıdır⁷¹¹. Dolayısıyla TTK hükümleri, TSHK’nın 106. maddesine dayanılarak uygulanamayacaktır.

Özetle, kara yolu taşımacılığında doğan uyuşmazlıklar için getirilen bu özel yetki kuralının, hava yolu taşımacılığında doğan uyuşmazlıklara uygulanması bakımından yasal bir dayanak mevcut değildir.

Sonuç olarak, uluslararası taşımacılıktan doğan taşıyıcının sorumluluk davalarına HMK’nın 6, 10, 14 ve 16. maddelerinin uygulanabileceğini değerlendirmekteyiz.

⁷¹⁰ Topsoy, Fevzi: “Taşınma Eşyası Taşımalarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2014), s.42.

⁷¹¹ Bu konuyla ilgili tartışmalar için bkz. yuk. s.223, dn.669.

B. Yetki Anlaşması

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu, hava taşımacılığı sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar açısından yetki anlaşması yapılmasının mümkün olup olmadığıdır.

Gerek milletlerarası sözleşmeler rejimi gerek MÖHUK rejimi açısından yolcu veya göndericinin, başvurabileceği yetkili mahkemelerin sayısı geniş tutulmuştur⁷¹². Örneğin, milletlerarası sözleşmeler rejimi açısından taşıyıcının sorumluluk davalarında sözleşmesel veya fiili taşıyıcının yerleşim yeri veya esas iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi; taşıma sözleşmesinin yapıldığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesi; varma yeri mahkemesi; yolcunun esas ve daimî meskeninin bulunduğu yer mahkemesi, milletlerarası yetkiyi haizdir. Milletlerarası sözleşmeler kapsamında, yetkili mahkemelerin sayıca fazla olmasına karşın sınırlı da olsa, tarafların taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin yetki anlaşması yapabilmeleri mümkün kılınmıştır; taraflar ancak zararın meydana gelmesinden sonra yetki anlaşması yapabilirler (Varşova Sözleşmesi m.32/1; Montreal Sözleşmesi m.49).

Nitekim Türk milletlerarası usul hukukunda, genel olarak, taraflar, yabancı unsur taşıyan hukukî uyuşmazlıkları için yabancı mahkemeyi yetkilendirebilecekleri (MÖHUK m.47) gibi Türk mahkemesini de yetkilendirebilirler (HMK m.17). Hatta davanın açıldığı mahkeme, kendi yetkisini tayin ederken, öncelikle taraflar arasında yapılmış bir yetki anlaşmasının varlığını araştırmalıdır. Taraflar, aralarında akdettikleri sözleşmeye yetki şartını koyabilecekleri gibi ayrı bir yetki anlaşması ile de kendi aralarındaki uyuşmazlıklar açısından milletlerarası yetkili mahkemeyi

⁷¹² Konuyu, tüketici sözleşmeleri açısından ele alan Güngör, Tüketici, s.59'dan kıyasen.

kararlaştırabilirler. Bu yönde bir yetki anlaşması yok ise, davanın açıldığı mahkeme, kendi milletlerarası usul hukuku sistemine göre yetkisini arařtırmalıdır⁷¹³.

Yukarıda da yer yer bahsettiğimiz üzere taşıma sözleşmesinin bir tarafı olan yolcu ve gönderici, tüketici konumundadır ve taşıma sözleşmesi de tüketici sözleşmesidir. Ancak tüketici konumunda olan yolcu veya gönderici milletlerarası yetki kuralı ile korunmamaktadır; dolayısıyla tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için getirilen yetki kuralı ve bu kuralın, yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği hükmü (m.47) taşıma sözleşmeleri açısından uygulanamaz. Bu açıdan taşıma sözleşmeleri için MÖHUK kapsamında yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren anlaşmaların yapılabileceği sonucuna ulaşmaktayız.

Bununla birlikte, özellikle yolcu ile taşıyıcı arasında taşıma sözleşmesine dayanarak bir ilişkinin doğmasına karşın, taraflar eşit müzakere gücüne sahip değildir. Yetki anlaşması ile kararlaştırılan yetkili mahkeme, pazarlık gücünü elinde bulunduran tarafın iradesi ile belirlenmektedir. Nitekim taşıma sözleşmeleri, genelde standart şart içeren szleşmelerdir⁷¹⁴. şöyle ki, taşıyıcı tarafından taşıma sözleşmesine konulan kurallar, uluslararası sözleşmeler (Varşova veya Montreal Sözleşmeleri) veya taşıyıcılar arasında yapılan özel anlaşmalar (rneğin IATA anlaşmaları⁷¹⁵) ile belirlenmektedir⁷¹⁶. Ayrıca bu uluslararası anlaşmalara bağlı olmadan bazı şirketler, taşıma sözleşmesinin şart ve hükümlerini önceden tek taraflı

⁷¹³ şanlı, Sivil Havacılık, s.31.

⁷¹⁴ Standart şartlar hakkında bkz. Güngör, Tüketici, s.38-39.

⁷¹⁵ rneğin IATA Conditions of Contract and Other Important Notices (General), <https://www.iatatravelcentre.com>, erişim tarihi Ocak 2016. Passenger Ticket Notices and Conditions of Contract; IATA Cargo Air Waybill, Conditions of Contract.

IATA yesi olan Türk taşıma şirketleri, Atlas Jet Hava Yolları, Corendon Hava Yolları, Free Bird Hava Yolları, Onur Air, Pegasus, Sun Express ve THY'dir. <http://www.iata.org>, erişim tarihi, şubat 2016.

⁷¹⁶ şanlı, Sivil Havacılık, s.61-62.

olarak hazırlamaktadırlar. Örneğin, *Turkey Helicopter* şirketi, kendisinin belirlediği ve yolcusuna kabul etmesi üzerine sunduğu taşıma sözleşmesinin 14/2. maddesinde, taşıma sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde İstanbul Ticaret Mahkemesini yetkilendirmiştir⁷¹⁷. Bütün bu durumlarda taşıma sözleşmesinde yer alan yetki şartı, standart şart olarak ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere yolcu, Sözleşme kapsamında olsun olmasın, uluslararası taşımacılık için bilet aldığı anda, taşıyıcı ile şartlarını kendi belirlediği bir anlaşma yapamaz. Yolcu veya gönderici, taşıma sözleşmesinin tarafı olup olmayacağına ilişkin iradesini, taşıma biletini satın alarak veya almayarak ortaya koymaktadır. Bu açıdan tarafların yetki anlaşması yapabilmesinde doktrinde aranan “*gerçek bir iradenin varlığı*” ölçütü, burada gerçekleşmemektedir⁷¹⁸. Örneğin, “*gerçek bir iradenin varlığı*”; bir diğer deyişle, tarafların eşit müzakere gücü olmadan yapılan taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için yetkili Türk mahkemesinin varlığına rağmen yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren anlaşmaya, Türk hukukunda geçerlilik tanınmamalıdır⁷¹⁹.

Bunun dışında taşımacılığın; milletlerarası sözleşme hükümleri kapsamında olması durumunda zararın doğmasından sonra tarafların yetki anlaşması yapma imkânını kullanmaları hâlinde veya milletlerarası sözleşme kapsamında olmayıp bir şekilde milletlerarası sözleşme hükümlerini ve *IATA* anlaşmalarını uygulamayan bir taşıyıcı ile yolcunun veya göndericinin, yetki anlaşması yapması hâlinde, bu yetki anlaşmasının şekli ve geçerliliği, ulusal hukuk düzenlemelerine tâbidir.

⁷¹⁷ http://www.turkeyhelicopter.com/docs/TurkeyAviation_Ucus_Sozlesme.pdf.

⁷¹⁸ Güngör, Tüketici, s.162. Gerçek bir iradenin varlığına ilişkin açıklamalar için bkz. Sargın, s.166-170; Güngör, Tüketici, 161-164.

⁷¹⁹ Güngör, Tüketici, s.162-163; Sargın, Yetki, s.166.

Bu ihtimaller kapsamında, yolcu ve göndericinin yetkili mahkemeyi kararlaştırmak için gerçek bir iradeye sahip olduğu faraziyesine dayanarak Türk hukukunda yetki anlaşmasının şekli ve geçerlilik şartlarına değinilecektir.

1. Türk Mahkemesinin Yetkilendirilmesi

Yukarıda belirttiğimiz hallerde taraflar, Türk mahkemelerini yetkilendirmek isterlerse, yetki anlaşmasının şekli ve geçerlilik şartları, *lex fori* olan Türk hukukuna tâbidir⁷²⁰. Yabancılik unsuru içeren borç ilişkisinden doğan davalarda, Türk mahkemesinin yetkilendirilmesine ilişkin bir düzenleme MÖHUK kapsamında mevcut değildir. Dolayısıyla Türk mahkemesini yetkilendiren yetki anlaşmasının geçerliliği ve şartları, HMK'ya tâbi olacaktır⁷²¹. Öte yandan, HMK'nın yetki anlaşmasına ilişkin olan hükümleri, iç hukuka ilişkin borç ilişkilerinde yetki anlaşmasının yapılabilmesine yönelik olduğu için yabancı unsurlu borç ilişkilerine niteliği uygun düştüğü şekilde uygulanması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁷²².

HMK'nın 17. maddesine göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilirler. Bu hüküm ışığında, iç hukuk kapsamında yetki sözleşmesini akdetme imkânı sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerine tanınmıştır. Bu durumda, taşıma sözleşmesi açısından yolcu veya göndericinin tacir olmaması hâlinde, taşıyıcı ile arasındaki uyuşmazlığın Türk mahkemesinde görülebilmesi için yetki anlaşması yapılamaz⁷²³; aksi hâlde yetki anlaşması geçerlilik kazanamaz⁷²⁴. Çünkü HMK, gerekçede belirtildiği üzere, yetki anlaşması yapabilme imkânını eşit konumda

⁷²⁰ Aybay; Dardağan, s.66.

⁷²¹ Pekcanitez; Atalay; Özekes, s. 109.

⁷²² Karş. Sargın, Yetki, s.211-212.

⁷²³ Karş. Kuru; Arslan; Yılmaz, s.154.

⁷²⁴ Karş. Pekcanitez; Atalay; Özekes, s.109.

olduğu kabul edilen tacir ve kamu tüzel kişisine tanımıştır⁷²⁵. Yine hükmün gerekçesinde özellikle standart şart içeren sözleşmelerde, zayıf konumda olan tüketicinin (somut konumuz açısından yolcu ve göndericinin), daha güçlü konumda olan hizmet sunan kişiye (taşıyıcıya) karşı, pazarlık gücünü elinde bulundurmadan kendisine sunulan hizmeti (taşıma hizmetini) satın alarak, hizmet sunan kişinin, yetki şartı da dâhil olmak üzere sözleşme şartlarını kabul ettiği için yetki anlaşması yapabilmeleri tüketicinin korunması amacıyla mümkün kılınmamıştır. Ayrıca yetki anlaşmasının geçerli olarak kabul edilebilmesi için sözleşen iki tarafın tacir olması gerekmektedir⁷²⁶. Örneğin, bir şirketin, taşıyıcı ile yapmış olduğu eşya taşıma sözleşmesinde, uluslararası taşımacılıktan doğan veya doğabilecek sorumluluk davalarının Türk mahkemesinde görülebilmesi için kabul ettikleri yetki şartı, geçerlilik kazanabilecektir.

İç hukuka ilişkin olan HMK⁷²⁷ kapsamında düzenlenmemesine karşın bir Türk mahkemesini yetkilendiren yetki anlaşmasına konu olan hukukî ilişkinin yabancı unsur taşınması gerekmektedir⁷²⁸. Yabancılık unsuru (*foreign element*), genel olarak, belirli bir olayı veya ilişkiyi, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur⁷²⁹. Örneğin, tarafların tâbiyeti, yerleşim yeri, mutad meskeni, akdin

⁷²⁵Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:3, TBMM S. Sayısı 393, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

⁷²⁶ Pekcanitez; Atalay; Özekes, s.190; Kılıçoğlu, HMK, s.192; Postacıoğlu; Altay, s.125.

⁷²⁷ HMK'nın 17. maddesinin yanında 18. maddesine göre, serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri ve hakkında kesin yetki kuralı bulunmayan konular hakkında taraflar yetki anlaşması yapabilirler. Ayrıca bu anlaşmanın yazılı olması ve hukukî uyumsuzluğun belirlenebilir olması gerekmektedir. İç hukuk açısından yetkilendirilen Türk mahkemesinin açıkça belirtilmesi gerekmesine (bkz. Pekcanitez; Atalay; Özekes, s.111) karşın milletlerarası yetki anlaşması ile genel olarak bir devletin adı kullanılarak o devletin mahkemesinin yetkilendirilmesi yeterli kabul edilmektedir. Sargın, Yetki, s.217. Aksi yönde görüş için bkz. Akıncı, Ziya: "Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl 22 (2002), s.4; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.387-388.

⁷²⁸ Nitekim buna ilişkin bir düzenleme 1086 sayılı HUMK kapsamında da yer almadığı için bu dönemde ortaya konan görüşlerden yararlanılmıştır. Karş. Sargın, Yetki, s.212.

⁷²⁹ Nomer, Devletler, s.5; Çelikel; Erdem, s.10; Doğan, Milletlerarası, s.5-6; Tekinalp, s.22.

kuruluş yeri veya ifa yeri, haksız fiilin işlendiği yer vs. gibi⁷³⁰. Ancak bir taşımacılığa uluslararası nitelik kazandıran; bir diğer deyişle yabancılık unsuru katan, o taşımacılığın kalkma ve varma yeridir. Buna göre, uluslararası taşımacılık (dış hat taşımacılığı), Türkiye’den yurt dışına ve yurt dışından Türkiye’ye yapılan taşımacılıktır⁷³¹. Milletlerarası sözleşmelerin uygulanabilmesi için kalkma ve varma yerlerinin iki farklı taraf devletin ülkesinde bulunması veya bu yerlerin aynı taraf devletin ülkesinde bulunması durumunda durma yerinin farklı bir devletin ülkesinde bulunması gerekmektedir.

Sonuç olarak, taşımacılığın milletlerarası sözleşme hükümleri kapsamında olması durumunda zararın doğmasından sonra taraflar, yetki anlaşması yapma imkânını (Varşova Sözleşmesi m.32/1; Montreal Sözleşmesi m.49) kullanarak Türk mahkemesini yetkilendirebilirler. Bu anlaşmanın geçerliliği, Türk iç hukukuna; yani HMK hükümlerine tâbidir⁷³². HMK’nın 17. ve 18. maddeleri uyarınca Türk mahkemesini yetkilendiren bir anlaşmaya hukukî sonuç bağlanabilmesi için her iki tarafın; yani yolcu veya gönderici ile taşıyıcının tacir olması ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri ve Kanunda hakkında kesin yetki kuralı öngörülme-yen konular hakkında anlaşmanın yapılması gerekmektedir. Böylece, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe

⁷³⁰ Tiryakioğlu, Akit, s.211; Aybay; Dardağan, s.251; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.22; Çelikel; Erdem, s.10-11.

Türk hukukuna ait olan bir hukukî ilişkinin, yabancı bir devletin hukukuna tâbi kılınması ile o hukukî ilişkinin yabancı unsurlu olup olmayacağı doktrinde ihtilaflıdır. Yabancı bir devletin hukukunun seçilmesi ile iç hukuka ait olan bir ilişkinin yabancı unsur kazanacağına ilişkin görüş için bkz. Nomer, Devletler, s.315; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.262; Çelikel; Erdem, s.10-11. Buna karşın iç hukuka ait olan bir ilişkinin yabancı hukuka tâbi kılınması ile yabancı unsurlu hale gelemeyeceğine ilişkin görüşler için bkz. Güngör, Tüketici, s.167, 188; Sargın, Yetki, s.150; Aybay; Dardağan, s.250-251; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.352; Doğan, Milletlerarası, s.6-7.

Öte yandan doktrinde, iç hukuka ait olan bir akdin, milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi hâlinde, bu akde uygulanacak hukuk olarak yabancı hukuk seçilmişse, bu akdin yabancı unsurlu olacağı kabul edilmiştir. Tiryakioğlu, Akit, s.212; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.261; Çelikel; Erdem, s.342.

⁷³¹ Ülgen, Hava, s.40 dn.109, s.52; Ülgen, Taşımacılık, s.34; Kaner, s.54.

⁷³² Pekcanitez; Atalay; Özekes, s. 109.

tasarrufta bulunabilecekleri ve Kanunda hakkında kesin yetki kuralı öngörülme-
yen konulardandır. Yetki anlaşması, kanunda belirtilen diğer şartları (yazılı olma şartı;
mahkemenin ve hukukî uyumsuzluğun belirlenebilir nitelikte olması şartlarını) da
sağlarsa, geçerlidir. Ancak konumuz bakımından asıl önemli olan her iki tarafın da
tacir sıfatını haiz olmasıdır; değilse, Türk mahkemesini yetkilendiren anlaşma
geçersizdir.

2. Yabancı Mahkemenin Yetkilendirilmesi

Milletlerarası sözleşmeler kapsamında uluslararası taşımacılık sebebiyle
doğan sorumluluk davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkili olması
durumunda, taraflar, zararın doğmasından sonra (Varşova Sözleşmesi m.32/1;
Montreal Sözleşmesi m.49) Türk mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırarak yabancı
bir mahkemeyi yetkilendirebilirler. Nitekim milletlerarası sözleşmeler, zararın
doğmasından sonra tarafların yetki anlaşması ile Sözleşmelerde belirtilen
milletlerarası yetkili mahkeme dışında mahkemeleri yetkilendirmelerine izin
vermiştir. Bu aşamadan sonra, eğer Sözleşmeler kapsamında yetkili mahkeme, Türk
mahkemesi ise; Türk hukukunda, genel olarak, yabancı bir mahkemenin
yetkilendirilmesi sebebiyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin
kaldırılması hukukî sonucu MÖHUK m.47'nin şartları varsa mümkün olacaktır.

MÖHUK'un 47. maddesinde, tarafların aralarında borç ilişkisinden doğan
yabancılik unsuru içeren uyumsuzlukları için yabancı bir mahkemenin yetkili
kılınması üzerine anlaşma yapabilecekleri ve bu anlaşmanın Türk mahkemesinin
yetkisini bertaraf edebilmesi için gereken “*geçerlilik ve etkililik şartları*”⁷³³

⁷³³ Sargın, Yetki, s.166 vd.

düzenlenmiştir. Yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmalarının şekli ve geçerliliği, yetkilendirilen mahkemenin hukukuna tâbidir⁷³⁴.

MÖHUK'un 47. maddesi kapsamında yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi için yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkisinden doğan bir uyuşmazlığın varlığı aranmaktadır. Nitekim bu şart, uluslararası taşımacılıktan doğan taşıyıcının hukukî sorumluluğu açısından karşılanmaktadır. Şöyle ki, taşımacılığın kalkma ve varma yerlerinin farklı ülkelerde bulunması, o taşımacılığa uluslararası nitelik; bir diğer deyişle yabancılık unsuru kazandırmaktadır. Ayrıca bu taşımacılıktan doğan taşıyıcının sorumluluğu, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanmaktadır⁷³⁵. Bu durumda borç ilişkisinden doğan bir uyuşmazlığın varlığı da gerçekleşir.

Ayrıca, Türk mahkemesinin yer itibariyle yetkisinin münhasır yetki esasına⁷³⁶ göre tayin edilmemesi gerekmektedir. Yukarıda incelediğimiz üzere, uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluk davasında münhasıran yetkili Türk mahkemeleri bulunmamaktadır. Bunun dışında, MÖHUK m.47'de yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasının geçerlilik kazanması için somut uyuşmazlığın yabancı mahkeme ile bir ilgisinin olması aranmamıştır⁷³⁷. Konuyu

⁷³⁴ Sargın, Yetki, s.93; Aybay; Dardağan, s.67; Nomer, Usul, s.112; Akıncı, s.3.

⁷³⁵ Bkz. yuk. s.204 vd.

⁷³⁶ Münhasır yetki esasına ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda s.299.

⁷³⁷ Bu açıdan MÖHUK'un 47. maddesi ile 2675 sayılı MÖHUK'un 31. maddesi arasında bir fark bulunmamaktadır. 2675 sayılı MÖHUK'un 31. maddesi açısından ilgi bağı şartının ele alınmasına ilişkin bkz. Sargın, Yetki, s.181-182.

Ayrıca doktrinde başka şartların varlığının gerekip gerekmediği de tartışılmıştır. Bunlardan biri, doğrudan uygulanan kuralları ve kanuna karşı hilenin yetki anlaşması üzerindeki etkisidir. Böyle bir durumun varlığı hâlinde, yetki anlaşmasına geçerlilik tanınamayacağına ilişkin bkz. Sargın, Yetki, s.185-186; Güngör, Tüketici, s.169. Ancak her somut olayda, milletlerarası emredici nitelik taşıyan kuralların varlığının yetki anlaşmalarını geçersiz kılmaması ve somut uyuşmazlığın niteliğine göre tespit edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Güngör, Tüketici, s.170-171.

Bir diğeri, hâkimin takdir yetkisine bağlı etkililik sebeplerinin varlığıdır. Bu duruma örnek olarak, yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemenin tarafsız olmaması ve âdil bir karar veremeyecek olması verilebilir. Bkz. Sargın, Yetki, s.182-185.

tüketicinin korunması açısından ele alan *Güngör*'e göre ilgi bağının aranıp aranmayacağı, *objektif iyi niyet* çerçevesinde değerlendirilmelidir⁷³⁸. Nitekim bu görüşün uygulanması sonucunda taşıma sözleşmesinin bir tarafı olan tüketici konumundaki yolcu ve göndericinin menfaati de korunabilecektir.

Bunun yanında, MÖHUK m.47, c.2'de yabancı mahkemeyi yetkilendiren anlaşmanın, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olacağı düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan “anlaşmanın yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olduğu” ifadesi tartışmaya açıktır; doktrinde, yazılı olma şartının, geçerlilik şartı olmadığı, ispat şartı olduğu ifade edilmiştir⁷³⁹.

Yabancı mahkemeyi yetkilendiren anlaşmanın aslî geçerliliğini idare eden hukuk ise, MÖHUK m.47, c.3'ten yorum yoluyla çıkarılabilir⁷⁴⁰. Nitekim yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması hâlinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülebilir. Yetkilendirilen yabancı mahkeme, yetkisi olup olmadığını kendi hukukuna göre araştırır⁷⁴¹. Sargın, “*yetki anlaşmasının in'ikad ve geçerlilik şartları ile etkililik şartlarının tâbi olduğu hukuk*” arasında bir ayrım olması gerektiğini belirtmiştir. Şöyle ki “yetki anlaşmasının in'ikad ve geçerlilik şartları⁷⁴² konusunda

Değineceğimiz son şart, yetkilendirilen yabancı mahkemenin vereceği hükmün, milletlerarası yetkisi bertaraf edilen devletin ülkesinde tanıma ve tenfizi şartına bağlı olmamasıdır. Sargın, Yetki, s.186-188; Güngör, Tüketici, s.171-172.

⁷³⁸ Güngör, Tüketici, s.168-169.

⁷³⁹ Aybay; Dardağan, s.69; Nomer, Devletler, s.484; Doğan, Milletlerarası, s.76. 1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (RG. 22.5.1982- 17701) 31. maddesinde, yetki anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin bir düzenleme kabul edilmemişti. Doktrinde, yabancı mahkemeyi yetkili kılan anlaşmanın yazılı şekilde yapılmasının şart olmadığı; MÖHUK'un 31. maddesinde de yazılı olma şartı getirilmediği için şekil serbestisi esasının benimsendiği savunulmuştur. Sargın, Yetki, s.179.

⁷⁴⁰ 5718 sayılı MÖHUK m.47, c.3 ile aynı düzenleme olan 2675 sayılı MÖHUK m.31, c.2 açısından ortaya konan bu görüş için bkz. Güngör, Tüketici, s.160.

⁷⁴¹ Aybay; Dardağan, s.67.

⁷⁴² *Sargın*'ın belirttiği üzere bu şartlar: Asli geçerlilik şartları, gerçek bir iradenin varlığı; yani tarafların pazarlık gücü, seçilen mahkemenin belirlenebilir olması; yetki anlaşmasının ilgili olduğu hukukî ilişkinin belirli olması ve iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunmamasıdır. Sargın, s.166-178. Etkililik (kabul edilebilirlik) şartları ise, ilgi bağının varlığı; hâkimin takdir yetkisine bağlı etkililik sebeplerinin varlığı (örneğin adil bir yargılama sonucunda adil bir karar vermesinin veya ırk, din,

taraflar bir hukuk seçmişlerse, bu hukuka; hukuk seçimi yoksa, bu şartlar, seçilen mahkemenin hukukuna; yetki anlaşmasının etkililik şartları, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna (Türk hukukuna) tâbidir”⁷⁴³.

Yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkeme, kendisini yetkisiz sayarsa, Türk mahkemesinin yetkisi devam etmektedir. Ayrıca MÖHUK m.47, c.3’de davanın yetkili Türk mahkemesinde görülebilmesi için bir başka hâl daha düzenlenmiştir. Bu hâl, davanın yetkili Türk mahkemesinde açılması durumunda yetki itirazında bulunulmamasıdır. Bu hüküm doğrultusunda yetki itirazı, ilk itirazdır⁷⁴⁴.

Ayrıca, taşıma sözleşmesi, MÖHUK’un 45. maddesinin kapsamına girmemesi nedeniyle 47/2. maddesi, taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar hakkında yetki anlaşması yapılabilmesi konusunda engel oluşturmamaktadır⁷⁴⁵.

tâbiyet gibi sebeplerle tarafsız olmasının mümkün olmaması); doğrudan uygulanan kuralların yetki anlaşması üzerinde etkisidir. Sargın, Yetki, s.181-188.

⁷⁴³ Sargın, Yetki, s.240-245.

⁷⁴⁴ Aybay; Dardağan, s.71. Doktrinde, yetki anlaşması ile yetkisi kararlaştırılan yabancı bir mahkemede dava açılmasına rağmen, Türk mahkemesinde daha sonradan bir dava açılması durumunda, derdestlik itirazında; Türk mahkemesinde daha önceden dava açılması durumunda, yetki itirazında bulunulacağı belirtilmiştir. Nomer, Devletler, s.486.

⁷⁴⁵ MÖHUK’un 47/2. maddesi, iş sözleşmesinden (m.44), tüketici sözleşmesinden (m.45) ve sigorta sözleşmesinden (m.46) doğan uyuşmazlıklar için kabul edilen mahkemelerin yetkisi, tarafların yetki anlaşması yapması ile bertaraf edilemez. Doktrinde bu hüküm tartışmalıdır. Bir görüş, bu yetki kurallarının münhasır nitelikte olduğunu (Nomer, Devletler, s.513-516) ve tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceğini savunmuştur. Aybay; Dardağan, s.75-76. Buna karşın diğer yazarlar, MÖHUK’un 45. maddesinde korunan zayıf tarafın, ilgili olduğu uyuşmazlığa ilişkin kendi menfaatine uygun olarak yabancı devlet mahkemesine başvurabileceğini belirtmişlerdir. Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.398; Çelikel; Erdem, s.597. Konuyu tüketici açısından ele alan Güngör’e göre; Türk hâkimi, objektif iyi niyet kuralı çerçevesinde yetki anlaşmasının tüketicinin menfaatini zedeleyeceğine kanaat getirirse, bu anlaşmayı geçersiz kabul etmelidir. Bu durumda, yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşması ile Türk mahkemesinin yetkisi bertaraf edilemeyecektir. Güngör, Tüketici, s.164, 168, 171.

Ancak benzer tartışma bu hükümden önce iş sözleşmelerine uygulanacak yetki kuralına ilişkin olan İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesine ve sigorta sözleşmelerine uygulanacak yetki kuralına ilişkin HUMK’un 19. maddesine ilişkin olarak yaşanmıştır. Bu konulara ilişkin yetki anlaşması yapılabilmesi veya bu yetki kurallarının, yabancı ilâmların tanınmasını ve tenfizini önleyici nitelikte münhasır olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Sargın, Yetki, s.155-159; Esen, Emre: “Türk Hukukundan Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, *MHB, Ergin Nomer’e Armağan*, C.22 (2002), s.191-194, 195-198; Çelikel; Erdem, s.684.

1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5. maddesi: - İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer

Ancak havayoluyla taşımacılığın paket turlar kapsamına dâhil olması hâlinde ortaya çıkan uyuşmazlık, 45. madde kapsamında öngörülen yetki kuralı kapsamında olduğu için bu uyuşmazlık hakkında taraflar 47/2. madde doğrultusunda, 45. maddeye göre yetkili mahkemenin yetkisini bertaraf edemezler.

Sonuç olarak, taşıyıcı ile yolcu veya gönderici arasında yetki anlaşmasının yapılabileceğinin kabul edildiği hallerde, tarafların, yetkili Türk mahkemesinin varlığına rağmen MÖHUK m.47/1 kapsamında yabancı mahkemeyi yetkilendirebilmeleri mümkündür. Şöyle ki, uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluk davalarında, yabancı mahkemeyi yetkilendiren anlaşmanın yapılabilmesi için gereken “yabancı unsurlu borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığın” varlığı gerçekleşmiştir. Ayrıca bu hukukî uyuşmazlık konusunda Türk mahkemesinin münhasır yetkisi bulunmamaktadır. Bu şartlar dışında yetkilendirilen yabancı mahkeme, somut uyuşmazlık açısından kendi hukukuna göre yetkili olmadığına karar verirse veya yetkili Türk mahkemesinde yetki itirazında bulunulmazsa, dava Türk mahkemesinde görülmelidir. Bunun yanında taşıma sözleşmesi, tüketici sözleşmesi olmasına karşın MÖHUK m.45’de öngörülen tüketici sözleşmesine ilişkin yetki kuralı kapsamında olmadığından, taşıma sözleşmesinden doğan

mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. (RG. 4.2.1050-7424). HUMK m.19: Sigorta mukavelesinden mütevellit tazminat davası sigorta emvali gayrimenkule veya muayyen bir yerde kalması şart kılınan emvali menkule müteallik ise emvali mezkûrenin bulunduğu ve vaziyeti icabı müstakar olmayan emvale müteallik ise tehlikenin hadis olduğu ve hayat sigortalarında sigorta olunan şahsın ikametgâhının bulunduğu mahallerde dahi ikame edilebilir. Bu kanunun meriyetinden sonra sigorta mukavelelerine bu maddeye muhalif konulacak şartların hükmü yoktur. Bu madde bahri sigortalara şamil değildir. HMK m.15: (1) Zarar sigortalarından doğan davalar, sigorta, bir taşınmaza veya niteliği gereği bir yerde sabit bulunması gereken yahut şart kılınan taşınıra ilişkinse, malın bulunduğu yerde; bir yerde sabit bulunması gerekmeyen veya şart kılınmayan bir taşınıra ilişkinse, rizikonun gerçekleştiği yerde de açılabilir. (2) Can sigortalarında, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir. (3) Bu hüküm deniz sigortalarından doğan davalarda uygulanmaz.

uyuşmazlıklar hakkında yetki anlaşması yapılmasına m.47/2 açısından da engel bir durum yoktur.

C. Dava Şartları

Türk doktrinde dava şartları, “dava açılabilmesi için değil; mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi için gerekli olan şartlar” olarak tanımlanmıştır⁷⁴⁶. Yalnız, her devletin dava şartları birbirinden farklıdır⁷⁴⁷. Türk hukukunda mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin dava şartları bulunmaktadır⁷⁴⁸.

Bu bölümde, çalışmamızla ilgili olduğu ölçüde sadece Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin (yargı hakkının) bulunmasına ilişkin olan dava şartı üzerinde durulacaktır⁷⁴⁹.

Milletlerarası yetki ile yargı yetkisi (yargı hakkı) kavramları birbirinden farklı kavramlar olsa da tamamen ayrı da değildir⁷⁵⁰. Şöyle ki, milletlerarası yetki kaynağını, iç hukuktan alırken; yargı yetkisi kaynağını, milletlerarası hukuktan almaktadır⁷⁵¹. Ancak milletlerarası unsur içeren uyuşmazlıklar üzerinde bir Türk

⁷⁴⁶ Kuru; Arslan; Yılmaz, s.244; Pekcanitez; Atalay; Özkes, s.242.

⁷⁴⁷ Kuru; Arslan; Yılmaz, s.245.

⁷⁴⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.114’e göre, taraflara ilişkin dava şartları, tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması; dava takip yetkisine sahip olunması; vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması; davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması ve teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesidir. Dava konusuna ilişkin dava şartları ise davacının, dava açmakta hukukî yararının bulunması; aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması; aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olmasıdır. 12.1.2011 tarihinde kabul edilen ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu. RG. 4.2.2011- 27836.

⁷⁴⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.114’e göre mahkemeye ilişkin diğer dava şartları, yargı yolunun caiz olması; mahkemenin görevli olması; yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunmasıdır.

⁷⁵⁰ Nomer, Devletler, s.419.

⁷⁵¹ Nomer, Devletler, s.419-420; Sargın, Yetki s.28, 29; Dardağan, s.16; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.331; Doğan, Milletlerarası, s.38-39.

Ayrıca “Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, yargı yetkisi ile milletlerarası yetki, “adjudicatory jurisdiction” kavramı altında bir arada ele alınırken; Kıta Avrupası hukuk sisteminde, milletlerarası yetkinin varlığının ön şartı, yargı yetkisinin varlığıdır”. Şanlı; Esen; Ataman- Fıganmeşe, s.331’den

mahkemesinin yetkili olabilmesi, yargı yetkisi ile milletlerarası yetkinin birlikte mevcudiyetine bağlıdır⁷⁵².

Her devlet sahip olduğu yargı yetkisi içerisinde mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ve şartlarını düzenleme serbestisine sahiptir; bu serbestî milletlerarası hukuk ile sınırlanabilir⁷⁵³. Bu çerçevede milletlerarası hukukta getirilen sınırlamalardan biri, Devletlere ve belirli kişilere yargı muafiyetinin tanınmasıdır⁷⁵⁴. Türk mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti'nin resmî hudutları içerisinde tüm kişiler üzerinde yargı yetkisine (yargı hakkına) sahiptir; ancak yabancı devlet ve diplomatik temsilciler, belirli sınırlar içinde yargı muafiyetinden yararlanırlar⁷⁵⁵.

Taşıyıcının sorumluluk davalarında mahkeme, yargı yetkisinin kişi bakımından sınırlarından biri olan yabancı devletin yargı muafiyeti iddiası ile karşılaşabilir. Bu durumda, yabancı devletin mülkiyetinde veya işletmeciliğinde olan bir hava yolu taşıyıcısı, yerine getirdiği taşımacılık sebebiyle ortaya çıkan sorumluluk davalarında yargı muafiyetinden yararlanabilir mi?

Bir devletin mülkiyetinde bulunan hava yolu taşıyıcısına, “devletin bayrak hava yolu taşıyıcısı (*flag airline carrier of the country*)” denir. Devletlerin mülkiyetinde olan havayolu taşıyıcılarına örnek olarak, 1987 yılına kadar *British Airways* (Birleşik Krallık); 1989 yılına kadar *Air New Zealand* (Yeni Zelanda); 2004 yılına kadar *Air China* (Çin)⁷⁵⁶; 2006 yılına kadar *Türk Hava Yolları*⁷⁵⁷; 2008 yılına

naklen. Ayrıca Kıta Avrupası ve Anglo Amerikan hukuk sistemlerinde, “yetki” kavramı arasındaki farklılığa ilişkin değerlendirmeler için bkz. Dardağan, s.17

⁷⁵² Şanlı; Esen; Ataman- Figanmeşe, s.332.

⁷⁵³ Nomer, Devletler, s.419-420; Sargın, Yetki, s.29; Dardağan, s.16, 56; Doğan, Milletlerarası, s.39. Milletlerarası yetkinin sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığının, farklı hukukî boyutlardan ele alınmasına ilişkin detaylı inceleme için bkz. Dardağan, s. 7-116.

⁷⁵⁴ Dardağan, s.3; Doğan, Milletlerarası, s.39.

⁷⁵⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz, s.245-246.

⁷⁵⁶ Barkanic v. General Administration of Civil Aviation of the Republic of China davasında, iki ABD vatandaşının Çin’de hava aracı kazası sırasında ölmesi üzerine yakınları, taşıyıcıya karşı ABD mahkemesinde sorumluluk davası açmıştır. Bu davada mahkeme, Air China’nın Çin devletinin bayrak

kadar *Alitalia* (İtalya); *Aeroflat* (Rusya)⁷⁵⁸; özelleştirilmesi yapılmayan *Nepal Airlines* (Nepal); *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. (KLM Royal Dutch Airlines/ Hollanda)* verilebilir.

Davalı taraf üzerinde mahkemenin yargılama yetkisine sahip olup olmadığı sorununun her devletin iç hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁷⁵⁹. Yabancı devletin yargı muafiyeti ilkesi temelini, “eşitin eşit üzerinde hâkimiyeti/egemenliği olamaz (*par in parem non habet imperium*) veya eşitin eşit üzerinde yargı yetkisi olamaz (*par in parem non habet jurisdictionem*) prensiplerinden almıştır ve bir devlet, başka bir devletin yargı organları önünde yargılanamaz”⁷⁶⁰.

Türk hukukunda, yabancı devletlere tanınan yargı muafiyeti, mutlak nitelikte değildir⁷⁶¹. MÖHUK’un 49. maddesinde, “yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyetinin tanınmayacağı” düzenlenmiştir.

hava yolu taşıyıcısı olduğunu ve yabancı devlet yargı muafiyetine ilişkin ABD kanunu çerçevesinde hava yolu taşıyıcısının, Çin devletin temsilcisi olarak yargı muafiyetine sahip olduğunu kabul etmiştir. Bu karar üzerine başvuru Temyiz Mahkemesi, taşımacılık faaliyetinin devletin özel bir birey gibi tasarrufta bulunduğu bir faaliyet olarak kabul ederek, bu kararı bozmuştur. *Barkanic v. General Administration of Civil Aviation of the Republic of China*, 923 F.2d 957 (1991), United States Court of Appeals, Second Circuit, 1991, <http://www.leagle.com>, erişim tarihi Ocak 2013.

⁷⁵⁷ Şu anda payların % 49.12 Devlete aittir.

⁷⁵⁸ Şu anda % 51 hisse Rusya Devletine aittir. Vergara v. Aeroflot “Soviet Airlines” davasında, davalı olan Aeroflat hava yolu işletmesinin yargı muafiyetinden yararlanıp yararlanmayacağı ihtilâf konusu olmuştur. Söz konusu davaya konu olan olay şöyledir: Bir ABD vatandaşının, Omaha’da bulunan bir seyahat acentesi aracılığıyla dünya turu yapmak üzere düzenlediği taşıma sözleşmesinin çeşitli ayakları Aeroflot şirketi tarafından yerine getirilecektir. Bu ayaklardan biri olan Taşkent-Karachi arası uçuşun tamamlandığı sırada Aeroflot yetkililerinin Karachi’de gerekli uçuş iznini almadığı gerekçesiyle davacının alıkonulması üzerine bu dava açılmıştır. Mahkeme, Aeroflot hava yolu işletmesinin, ABD’de işyeri olmamasına rağmen acente aracılığıyla taşıma faaliyetini yürüttüğünü ve uyuşmazlık konusunun kararlaştırılan taşımaya ilişkin olarak çıktığını ve davalı şahsın üzerinde (*personal jurisdiction*) kendisinin yargı yetkisine sahip olduğunu kararlaştırmıştır. *Vergara v. Aeroflot " Soviet Airlines"*, 390 F. Supp. 1266 - District Court, D. Nebraska 1975, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

⁷⁵⁹ Goldhirsch, s.180.

⁷⁶⁰ Nomer, Devletler, s.425; Aybay; Dardağan, s.94-95; Çelikel; Erdem, s.629; Doğan, Milletlerarası, s.40; Aybay, Rona: “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, *TBB Dergisi*, Sayı 72 (2007), s.109 (Yargı Bağışıklığı); Nomer, Ergin: “Devletin Yargı Muafiyeti ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun”, *MHB*, C.2, S.1 (1982), s.6 (Yargı Muafiyeti).

⁷⁶¹ Sargın, Fügen: 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dâhilinde MÖHUK’un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.1 (2003), s.14’den naklen (Diplomatik).

Bu hüküm ile devletin egemenlik anlayışına dayanan hâkimiyet tasarrufları (egemenlik tasarrufu/ *acta iure imperii*) ile bu tasarruflar dışında kalan özel hukuk ilişkilerinden doğan tasarrufları (temşiyet tasarrufu/ *acta iure gestionis*) arasında ayırım yapılmıştır. “*Acta iure imperii*, devletin devlet tüzel kişisi olarak, egemenlik yetkisini kullanarak yaptığı eylem ve işlemler iken *acta iure gestionis*, devletin ve öteki kamu kuruluşlarının, sıradan bir tüzel kişi sıfatıyla, egemenlik yetkilerinden sıyrılarak özel hukuk kurallarına bağlı olarak girdikleri iş ve işlemlerdir”⁷⁶². Bir tasarrufun özel hukuk tasarrufu mu hâkimiyet tasarrufu mu olduğu, *lex fori*’ye tâbi olarak vasıflandırılır⁷⁶³.

MÖHUK m.49 doğrultusunda, kanımızca, hisselerin tamamının veya bir kısmının Devlete ait olduğu yolcu veya eşya taşıma işletmelerinin yerine getirdiği taşımacılık, devletin egemenlik hakkına dayanarak ifa etmesi zarurî bir faaliyet olarak nitelendirilemez. Bu faaliyetin özel hukuk faaliyeti olarak nitelendirilmesi gerektiğinden devletlerin yargı muafiyetinden yararlanamamasının daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

Son olarak, HMK’nın 114/1/a. maddesi ışığında ise, devletlerin yargı muafiyeti, Türk mahkemesinin re’sen, davanın her aşamasında incelemesi gereken ve tarafların da davanın her aşamasında ortaya koyabilecekleri bir dava şartıdır.

⁷⁶² Aybay; Dardağan, s.98’den naklen.

⁷⁶³ Sargin, Diplomatik, s.14; Nomer, Devletler, s. 425; Şanlı; Esen; Ataman- Figanmeşe, s.335.

III. SİVİL HAVA TAŞIMACILIĞI KAZALARINDAN DOĞAN HUKUKÎ SORUMLULUK DAVALARINA UYGULANACAK HUKUK

Bu başlık altında, taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanacak hukuk ve uygulanacak hukuku tayin ederken karşılaşılabilecek bazı kanunlar ihtilâfı hukuku sorunları ele alınacaktır.

Bu bölümde, ilk önce gerek Sözleşmelerin uygulama alanına giren taşıyıcının sorumluluk davaları hakkında Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde, bu davalarda karşılaşılabilecek ancak Sözleşmeler kapsamında düzenlenmeyen hukukî sorunların gerekse Türk mahkemelerinin önüne gelen, Sözleşmelerin uygulama alanına girmeyen uluslararası taşımacılıktan doğan taşıyıcının sorumluluk davalarının hangi hukuka tâbi olacağı tespit edilecektir. Ayrıca taşıyıcının sorumluluk davalarında uygulanacak hukuku tayin aşamasında karşılaşılabilecek, kamu düzenine aykırılık ve atıf sorunları ele alınacaktır. Mahkemelerin, kendi yetkilerini ve somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlerken karşılaştıkları vasıflandırma sorunu yukarıda değerlendirildiği için bu bölümde tekrar ele alınmayacaktır. Daha sonra Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin *lex fori*'nin iç hukukunu yetkilendirdiği hallerde *lex fori* sıfatıyla uygulanan Türk hukukunun ilgili hükümleri incelenecektir.

A. Sözleşmelerin Uygulama Alanı Dışında Kalan ve Sözleşmede Düzenlenmeyen Hukukî Sorunlara Uygulanacak Hukuk

1. Taşıyıcının Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve Uygulanacak Hukuk

Taşıyıcının sorumluluğu, somut olayın özelliğine göre, sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu olarak vasıflandırılabilmesi için çalışmamız

kapsamında uygulanacak hukuk bahse konu hukukî sebepler altında ayrı olarak ele alınacaktır.

a. Sözleşmesel Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası yetkili Türk mahkemesi, taşıyıcının hukukî sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluk olarak vasıflandırması hâlinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşme türlerine ilişkin ayırım dikkate alınarak, MÖHUK hükümlerine göre tayin edilecektir. Bu hükümler, genel hüküm olan sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK'un m.24/1 ile eşya taşımacılığına ilişkin sözleşmelerin tâbi olduğu hukuku düzenleyen 29/1. maddesidir.

MÖHUK'un 29. maddesi, sadece eşya taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku düzenleyen özel bir hükümdür⁷⁶⁴. Bu madde, kapsamına giren uyuşmazlıklar için öncelikle uygulanacaktır. Bu hükümde ve hükmün genel gerekçesinde⁷⁶⁵, hükmün kara, deniz veya hava taşımacılığına uygulanabileceğine ilişkin bir ayırım yapılmamış olması nedeniyle hava yoluyla eşya taşıma sözleşmesine uygulanabileceğini değerlendirmekteyiz⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Montreal Sözleşmesi, “bagaj taşımacılığını”, sadece bagaj senedi karşılığında yolcunun taşıyıcının denetimine verdiği eşyaların taşınması olarak değil yolcunun hava aracı içinde yanında bulundurduğu eşyaların da taşımacılığı olarak ele almaktadır. Bu açıdan, bagaj taşımacılığı, eşya taşımacılığından ayrılmaktadır. Sözleşmeler, bagaj taşımacılığını, yolcu taşımacılığı ile birlikte ifa edilen taşımacılık ve bu taşımacılık sebebiyle meydana gelen uyuşmazlıkların muhatabını da yolcu olarak kabul etmektedir. Öte yandan, taşıyıcıya verilen eşya, yolcu taşıma sözleşmesine dayanmıyorsa ve ayrı taşıma konusunu oluşturuyorsa, eşya taşımacılığı olarak sayılmaktadır. Aynı yönde bkz. Seven, Vural: “Hava Yolu Taşımalarında Kayıtlı Bagajın Zıyaa Uğramasından Doğan Tazminat Sorumluluğunun Sınırı (Yük ve Bagaj Ayrımı)”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, Cilt 2, İstanbul 2009, s.1386. Ayrıca özellikle Montreal Sözleşmesinde bagaj taşımacılığından ve eşya taşımacılığından doğan taşıyıcının sorumluluğu farklı hükümler altında düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, bir şey, yolcu taşımacılığı sözleşmesine dayanarak taşınıyorsa, bagaj niteliğindedir ve bagaj taşımacılığı söz konusudur. Ancak bir şey, tek başına taşıma sözleşmesinin konusu ise ve yolcu taşımacılığına bağlı olarak taşınmıyorsa, eşya niteliğindedir ve eşya taşımacılığı söz konusudur. Aynı yönde bkz. Seven, s.1386.

⁷⁶⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

⁷⁶⁶ Aynı yönde Ekşi, Nuray: Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK md.29)”, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul 2010,

MÖHUK m.29 kapsamı dışında kalan yolcu ve bagaj taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk ise, genel hüküm olan 24. maddeye göre tayin edilmelidir⁷⁶⁷.

Yolcu, bagaj ve eşya taşıma sözleşmelerinden doğan ilişkinin varlığının ve maddî geçerliliğini idare eden hukuk, MÖHUK'un 32/1. maddesi kapsamında sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacak ise, o hukuktur. Madde gerekçesinde, akit statüsünün, ehliyet⁷⁶⁸ ve şekil⁷⁶⁹ dışında sözleşmenin kuruluşuna

s.143 (Taşıma). 1982 tarihli 2675 sayılı MÖHUK kapsamında, eşya taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk düzenlenmemiştir. Milletlerarası ticarete en fazla rastlanılan sözleşme tipi olan eşya taşıma sözleşmesinin özelliklerini dikkate alan bir düzenleme yapma ihtiyacı nedeniyle 5718 sayılı MÖHUK kapsamında bu hükme yer verildiği, maddenin gerekçesinde ifade edilmiştir.

5718 sayılı MÖHUK'un 29. maddesi, 19 Haziran 1980 tarihli Akdi Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesinin 4/4. maddesine dayanmaktadır. Buna göre, eşya taşıma sözleşmesinin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise, bu ülkenin hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişkili ülke kabul edilir ve bu ülkenin hukuku uygulanır. Bu şartların karşılanmaması durumunda hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir düzenleme ilgili hükme dâhil edilmemiştir. 89/934/EEC, Official Journal of the European Communities, L 266/1.

Buna karşın, 17 Haziran 2008 tarihli Akdi Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü, yolcu taşıma sözleşmesine ve eşya taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku ayrı olarak ele almıştır. Yolcu ve eşya taşıma sözleşmesinin tâbi olduğu hukukun kararlaştırılmadığı ölçüde, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk Tüzüğün 5. maddesinde belirlenmiştir.

Buna göre, tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı ölçüde, eşya taşıma sözleşmesi, taşıyıcının mutad mesken hukukuna tâbidir. Ancak bu hukukun uygulanabilmesi için eşyanın teslim edildiği veya teslim alındığı veya gönderenin mutad meskeninin bu ülkede bulunması gerekir. Eğer bu şartlar karşılanamıyorsa, tarafların teslim yeri olarak kararlaştırılan ülke hukuku uygulanır (m.5/1). Taraflarca uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı ölçüde, yolcu taşıma sözleşmesine yolcunun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Bu ülke hukukunun uygulanabilmesi için kalkma veya varış yerinin bu ülkede bulunması gerekir. Eğer bu şartlar karşılanamıyorsa, taşıyıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ayrıca tarafların yolcu taşıma sözleşmesine sınırlı olarak seçebilecekleri hukuklar ilgili maddede tek tek sayılmıştır. Bu hukuklar: yolcunun mutad meskeninin veya taşıyıcının mutad meskeninin veya esas idare merkezinin bulunduğu ülke hukukları veya kalkma yeri veya varış yerinin bulunduğu ülke hukuklarıdır.

Eşya ve yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin taraflar hukuk seçiminde bulunmamışlarsa, halin bütün şartlarından açıkça anlaşılması şartıyla, bu ülkeler dışında sözleşme bir başka ülke ile açıkça daha yakın irtibatlı ise, bu ülke hukuku uygulanır (m.5/3). Regulation (EC) No. 593/2008 Official Journal of the European Union, L 177.

⁷⁶⁷ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

⁷⁶⁸ MÖHUK m.9'a göre belirlenecektir. Buna göre, hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin milli hukukuna tâbidir. Ancak *Sargın*, MÖHUK kapsamında sözleşme yapma ehliyetine ilişkin özel bağlama kuralı kabul edilmediğinden, sözleşme yapma ehliyetinin, genel kural olan MÖHUK m.9'a göre belirlenebileceğini belirtmiştir. *Sargın*, Fikrî ve Sinaî Haklar, s.194-195.

⁷⁶⁹ MÖHUK m.7'ye göre belirlenecektir. Buna göre, hukukî işlemlerde şekil, yapıldıkları ülke hukukuna veya o hukukî işlemin esasına uygulanacak hukuka tâbidir.

Sargın, tarafların uygulanacak hukuku seçmesi durumunda, seçilen hukukun, şekle uygulanacak hukuku da kapsamına alması ve “*favor negotii*” ilkesinin gerçekleşmesi için şekle uygulanacak

da uygulanacağı ifade edildikten sonra bu kuralın istisnası da öngörülmüştür. MÖHUK'un 32/2. maddesine göre, tarafların irade beyanının yorumlanması, akit statüsüne göre hakkaniyete aykırı olacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, sözleşmenin akdedilmesine rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad mesken hukukuna tâbidir⁷⁷⁰.

Taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğunun tâbi olduğu bağlama kurallarının incelenmesinden önce, tüketici sözleşmeleri için öngörülen bağlama kuralının, taşıma sözleşmesine uygulanabilirliği tartışılacaktır.

(1) Tüketici Sözleşmeleri için Öngörülen Bağlama Kuralının Uygulanabilirliğinin Tartışılması

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal, hizmet, sigorta veya kredi sağlanmasına yönelik olarak akdedilmesi gerekmektedir⁷⁷¹. Genelde taşıma sözleşmesinde, akdin bir tarafı olan taşıyıcı, ticarî veya meslekî bir amaçla taşıma hizmetini sağlamaya yönelirken; akdin diğer tarafı olan yolcu ve gönderici de meslekî veya ticarî olmayan şahsi bir amaçla bu hizmetten yararlanmaktadır⁷⁷². Bu açıdan yolcu ve gönderici, tüketici; taşıma sözleşmesi de tüketici sözleşmesidir. Ancak ticarî nitelikli eşya taşımacılığı bakımından gönderici, tüketici konumunda değildir.

Ancak MÖHUK kapsamında tüketici sözleşmesinin milletlerarası özel hukuk araçlarıyla korunabilmesi için belirli şartlar öngörülmüştür⁷⁷³. MÖHUK'un 26/2.

hukukun tespitinde atfin da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Sargın, Fikrî ve Sinaî Haklar, s.192.

⁷⁷⁰ Ayrıca, MÖHUK'un 33. maddesine göre, sözleşmenin ifası için yapılan işlem ve eylemler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır. Örneğin, akde konu malların sayılması veya muayenesi, bu işlemlerin yapıldığı ülke hukukuna tâbidir. Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.287-288; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.382-383; Çelikel; Erdem, s.364.

⁷⁷¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/k-1.

⁷⁷² Karş. Güngör, Tüketici, s.21, 32; Bayraktaroğlu Özçelik, s.834.

⁷⁷³ Güngör, Yakınlık, s. 249; Güngör, Mutad Mesken, s.119-120, 121; Bayraktaroğlu Özçelik, s.852.

maddesinde öngörülen şartlar şunlardır: tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulan ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından gerekli hukukî fiillerin yapıldığı bir sözleşme veya sözleşmenin diğer tarafı veya onun temsilcisinin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerde tüketicinin siparişini aldığı sözleşmeler ile ilişkinin satım sözleşmesi olması durumunda, satıcının tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla düzenlediği gezi sırasında kurulan sözleşme olmalıdır⁷⁷⁴. Ayrıca MÖHUK'un 26/4. maddesi ile getirilen bir diğer sınırlama⁷⁷⁵, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri için geçerli olmadığıdır⁷⁷⁶.

Sonuç olarak, yolcu veya gönderici, taşıyıcının sağladığı taşıma hizmetinden meslekî veya ticarî olmayan amaçla yararlanması nedeniyle tüketici olmasına karşın, MÖHUK'un 26. maddesinde öngörülen milletlerarası özel hukuk araçlarından olan bağlama kuralı ile korunmamaktadır. Dolayısıyla bu bağlama kuralı, taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanabilir nitelikte değildir. Ancak taşıma sözleşmesinin, 26. maddenin kapsamı dışında kalması, onun tüketici sözleşmesi niteliğini değiştirmez. Bu durumda, yolcu veya gönderici, MÖHUK'un 24 veya 29. maddeleri kapsamında uygulanacak hukukun maddî hükümleriyle korunur. Ancak paket tur kapsamına dâhil olan taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbidir.

⁷⁷⁴ Madde gerekçesinde bazı tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayin edilmesi denilerek 26. maddenin uygulanmasına sınırlandırma getirilmiştir. Bayraktaroğlu Özçelik, s.853.

⁷⁷⁵ Bayraktaroğlu Özçelik, s.851.

⁷⁷⁶ Madde gerekçesine göre bu hükmün getiriliş nedeni, taşıma sözleşmelerine ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda milletlerarası sözleşmenin olması ve eşya taşımacılığına ilişkin MÖHUK'un 29. maddesi ile uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

(2) MÖHUK m.29 ve Eşya Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m.29:

1. Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.
2. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, 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. Tek seferlik charter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de bu madde hükümlerine tâbidir.

3. Hâlin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır.

MÖHUK'un 29. maddesi kapsamında eşya taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka ilişkin özel bir bağlama kuralı kabul edilmiştir. Eşya taşımacılığının tâbi olduğu MÖHUK'un 29/1. maddesi ile taraflara hukuk seçme imkânı tanınmıştır⁷⁷⁷. MÖHUK'un 29. maddesinde hukuk seçiminin şekline ve sınırına ilişkin bir düzenleme yer almadığından eşya taşıma sözleşmesinin de açık veya zımnî şekilde yapılabileceği doktrinde ifade edilmiştir⁷⁷⁸. Nitekim MÖHUK'un 24/1. maddesi hakkında yapılacak açıklamalar, 29/1. maddesi için de geçerlidir⁷⁷⁹.

MÖHUK'un 29/2. maddesine göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, eşya taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk, bu sözleşmenin

⁷⁷⁷ Bir şey, yolcu taşımacılığı sözleşmesine dayanarak taşınıyorsa, bagaj niteliğindedir ve bagaj taşımacılığı söz konusudur. Ancak bir şey, tek başına taşıma sözleşmesinin konusu ise ve yolcu taşımacılığına bağlı olarak taşınıyorsa, eşya niteliğindedir ve eşya taşımacılığı söz konusudur. Aynı yönde bkz. Seven, s.1386. Bkz. yuk. s.252, dn.764.

⁷⁷⁸ Güngör, Yakınlık, s.243, dn.181, s.248.

⁷⁷⁹ Şanlı; Esen, Ataman-Fıganmeşe, s.263-264. Bkz. aşa. s.259.

kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke hukukudur. Ancak bu ülke hukukunun uygulanabilmesi için yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı yerin veya gönderenin esas işyerinin bu ülkede bulunması gerekmektedir. Bu hüküm, tek seferlik charter sözleşmeleri⁷⁸⁰ ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmelere de uygulanmaktadır.

Taşıyıcının esas işyeri, “taşıyıcının faaliyetlerini fiilen yerine getirdiği ve taşıma şirketinin kurulduğu yerdir”⁷⁸¹. Ayrıca taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu hukukun uygulanmasının kabulünün, taşıyıcının birden çok işyerinin bulunması durumunda sözleşmenin farklı hukuklara tâbi kılınmasını engellediği madde gerekçesinde belirtilmiştir⁷⁸². Taşıyıcının esas işyerinin, sözleşmenin kuruluşu anına bağlanmasının nedeni ise, kötü niyetli değişiklikleri önlemek olarak madde gerekçesinde ifade edilmiştir⁷⁸³.

Eşya taşıma sözleşmesinin tâbi olduğu hukuku belirten bağlama kuralında yer verilen “taşıyıcı” kavramına, sözleşmesel taşıyıcının yanında fiilî taşıyıcı da dâhil midir? MÖHUK’un 29. maddesinin gerekçesinde bir açıklama yapılmamıştır. İlgili bağlama kuralına kaynak oluşturan Roma Sözleşmesinin Açıklayıcı Raporuna göre, taşıyıcı ile kastedilen, fiilî olarak taşımayı yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın

⁷⁸⁰ Birinci bölümde, doktrin ve içtihatla genel kabul edildiği üzere, charter sözleşmesinin tahsis taahhüdü yanında taşıma taahhüdünü de içermesi hâlinde, Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğunu belirtmiştik. Bkz. yuk. s.25. Kanaatimizce, bu genel uygulamadan yola çıkarsak, charter sözleşmesinin taşıma faaliyetini de kapsamına alması durumunda, MÖHUK’un 29. maddesine tâbi olmalıdır.

⁷⁸¹ Plender, Richard; Wilderspin, Michael: The European Contracts Convention The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, Londra 2001, s.132-133 (bkz. Ekşi, Taşıma, s.153).

⁷⁸² Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

⁷⁸³ Nitekim MÖHUK’un 29. maddesinin dayandığı 19 Haziran 1980 tarihli Akdi Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesinin 4/4. maddesine ilişkin olarak Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda da ifade edildiği üzere, irtibat noktalarında yapılabilecek değişikliği önlemek için taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülkenin tayininde, sözleşmenin kuruluş anı esas alınacaktır. Report, s.22.

eşya taşıma taahhüdünde bulunan kişidir⁷⁸⁴. Dolayısıyla, Roma Sözleşmesinin açıklayıcı raporunu esas alırsak, taşıyıcı ile sadece sözleşmesel taşıyıcı kastedilmektedir.

MÖHUK'un 29/2. maddesinde sayılan hukukların mevcut olmaması durumunda, uygulanacak hukuku gösteren bir bağlama kuralı kabul edilmediğinden, genel kural olan 24. maddenin uygulanması gerektiği madde gerekçesinde belirtilmiştir⁷⁸⁵. Bu aşamada 24. madde kapsamında taşıma sözleşmesinin karakteristik edim borçlusunun tayini gerekmektedir⁷⁸⁶. Eşya taşımacılığında, karakteristik edim borçlusu, taşıma faaliyetini yerine getiren kişidir (taşıyıcıdır). Taşıyıcının edimi, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmek ve orada gönderilene (alıcıya) teslim etmektir (TTK m.850/2).

Ayrıca hâlin bütün şartlarına göre eşya taşıma sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, bu hukuk uygulanır (MÖHUK m.29/3). Daha sıkı ilişkili hukukun varlığı hâlinde, hâkim, bu hukuku uygulamak zorundadır⁷⁸⁷. Madde gerekçesinde, somut olay adaletinin sağlanması için “daha sıkı ilişkili hukuk” bağlama kuralına yer verildiği belirtilmiştir. Bu kuralın, uygulama alanının sınırlı

⁷⁸⁴ Report, s.22.

⁷⁸⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

Roma Sözleşmesinin 4/4. maddesinde de, uygulanacak hukuku gösteren şartların karşılanmaması durumunda hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir düzenleme kabul edilmemiştir.

Buna karşın, 17 Haziran 2008 tarihli Akdi Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü, yolcu taşıma sözleşmesine ve eşya taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku ayrı olarak ele almıştır. Tüzüğün 5/1. maddesinde, eşya taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku gösteren şartların karşılanmadığı durumda, tarafların teslim yeri olarak kararlaştırılan ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Bunun yanında, yolcu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku gösteren şartların karşılanmadığı durumda, taşıyıcının mutad meskeni hukuku uygulanır (m.5/2).

⁷⁸⁶ Karş. Schultz, J.C.: “The Concept of Characteristic Performance and The Effect of The EEC Convention on Carriage of Goods”, *Contract Conflict, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Edited by P.M. North, Hollanda 1982, s.185.

⁷⁸⁷ Güngör, Proximity, s.15.

olduğu; ancak hükümde “uygulanır” denilerek, 29/2. maddeye güçlü bir karine niteliği kazandırdığı doktrinde ifade edilmiştir⁷⁸⁸.

(3) MÖHUK m.24 ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Yolcu ve bagaj taşımacılığına ilişkin olarak, MÖHUK’ta özel bir düzenleme kabul edilmeyip, genel hüküm olan 24. madde kapsamında bu taşımacılıktan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk tayin edilecektir⁷⁸⁹.

(a) Sübjektif Bağlama Kuralı

MÖHUK m.24:

1. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.
2. Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.
3. Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

MÖHUK kapsamında sübjektif bağlama kuralı incelenmeden önce tarafların hukuk seçimi imkânına (irade serbestisine), taşıma sözleşmesi açısından sahip olup olamayacakları tartışılacaktır.

Tarafların hukuk seçimi imkânına sahip olabilmesinin temel amacı, eşit müzakere gücüne sahip olan tarafların aralarındaki sözleşmeyi istedikleri bir hukuka

⁷⁸⁸ Güngör, Gülin: “The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure”, *Ankara Law Review*, Vol.5, No.1 (2008), s.15 (Proximity); Güngör, Yakınlık, s.248.

⁷⁸⁹ Bir şey, yolcu taşımacılığı sözleşmesine dayanarak taşınıyorsa, bagaj niteliğindedir ve bagaj taşımacılığı söz konusudur. Ancak bir şey, tek başına taşıma sözleşmesinin konusu ise ve yolcu taşımacılığına bağlı olarak taşınıyorsa, eşya niteliğindedir ve eşya taşımacılığı söz konusudur. Aynı yönde bkz. Seven, s.1386. Bkz. yuk. s.252, dn.764.

tâbi kılabilirmeleridir⁷⁹⁰. Ancak standart akit niteliğinde olan taşıma sözleşmesinin tarafları, sözleşmeyi akdederken eşit müzakere gücüne sahip olmadıklarından, “irade muhtariyeti” ilkesinin yolcu ve bagaj taşımacılığı sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluk davalarına layıkıyla uygulanabilirliği uygulamada pek mümkün gözükmemektedir⁷⁹¹.

Nitekim yolcu ve bagaj taşımacılığında doğan taşıyıcının sorumluluğu, genelde Varşova ve Montreal Sözleşmeleri veya bu sözleşmeler uygulanmazsa da IATA anlaşmaları⁷⁹² kapsamında düzenlenmiştir⁷⁹³. Ayrıca bu uluslararası anlaşmalara bağlı olmadan bazı şirketler, taşıma sözleşmelerini önceden belirlemektedirler. Örneğin, *Turkey Helicopter* şirketi, kendisinin belirlediği ve yolcusuna kabul etmesi üzerine sunduğu taşıma sözleşmesinin 14/1. maddesinde, “işbu sözleşmenin uygulanmasının ve yorumlanmasının Türk hukukuna tâbi olduğu” belirtilmiştir⁷⁹⁴. Tüm bu hallerde, standart şart içeren taşıma sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk, tarafların ortak iradesi ile belirlenmemektedir. Görüldüğü üzere yolcu, Sözleşme kapsamında olsun olmasın, uluslararası taşımacılık için bilet aldığı anda, taşıyıcı ile şartları serbestçe belirledikleri bir anlaşma yapamazlar. Yolcu, taşıma sözleşmesinin bir tarafı olup olmayacağına ilişkin iradesini, taşıma biletini satın alarak veya almayarak ortaya koymaktadır.

Ancak bu haller dışında, taraflar bazı durumlarda istisnâ olarak hukuk seçiminde bulunabilirler. Milletlerarası sözleşmelerin kapsamı dışında olan

⁷⁹⁰ Kadletz, Conflict, s.93.

⁷⁹¹ Bogdan, Accident, s.137; Kadletz, Thesis, s.90.

⁷⁹² Örneğin IATA Conditions of Contract and Other Important Notices (General), <https://www.iatatravelcentre.com>, erişim tarihi Ocak 2016. Varşova ve Montreal Sözleşmelerine benzer nitelikte hazırlanan bu şartlar, taşıma sözleşmesinin bir parçası olarak uygulanmakta ve ilgili şartlarda kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına yer verilmemektedir. Şanlı, Sivil Havacılık, s.61-62.

⁷⁹³ Şanlı, Sivil Havacılık, s.61-62; Kadletz, Conflict, s.93; Bogdan, Accident, s.137.

⁷⁹⁴ http://www.turkeyhelicopter.com/docs/TurkeyAviation_Ucus_Sozlesme.pdf, erişim tarihi Şubat 2016.

uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanacak hukuk, bir şekilde taşıma sözleşmesinde kararlaştırılmamışsa, davanın görüldüğü mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre belirlenir. Bu durumda, davanın Türk mahkemesinde açıldığı varsayılırsa, taraflar her zaman hukuk seçimi imkânından yararlanabilirler. Bu durumunun yasal dayanağı, MÖHUK'un 24. maddesidir⁷⁹⁵. Ayrıca taşımacılığın Varşova veya Montreal Sözleşmeleri kapsamında olması durumunda, örneğin Sözleşmede düzenlenmeyen konular hakkında taraflar zararın doğmasından sonra, hukuk seçimi anlaşması yapma imkânını kullanabilirler (Varşova Sözleşmesi m.32; Montreal Sözleşmesi m.49).

Tarafların hukuk seçiminde bulunabilmesi için sözleşmeden doğan borç ilişkisinin yabancı unsur taşıması⁷⁹⁶ ve seçilen hukukun, halen var olan bir devletin hukuku olması gerekmektedir⁷⁹⁷. Tarafların seçtikleri hukukun, sözleşme ile bir bağı aranmaz⁷⁹⁸.

Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler (MÖHUK m.24/2). Doktrinde, birbirinden içerik itibariyle ayrılabilen edimler için kısmî hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁹⁹. Buna karşın doktrinde tarafların, aralarında akdettikleri

⁷⁹⁵ Ayrıca bu durumun yasal dayanağından bir diğeri de, haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk kısmında üzerinde duracağımız üzere MÖHUK'un 34/5. maddesidir. Bu hüküm doğrultusunda haksız fiilin meydana gelmesinden sonra taraflar, hukuk seçimi imkânından yararlanabilirler. Bkz. aşa. s.272.

⁷⁹⁶ Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.350; Özdemir Kocasakal, Hatice: "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", *MHB*, C.30, S.1-2 (2010), s.33. Aksi yönde Nomer, Devletler, s.315.

⁷⁹⁷ Aybay; Dardağan, s.251; Şanlı; Esen; Atman-Figanmeşe, s.257; Özdemir Kocasakal, s.37; Tekinalp, s.339.

⁷⁹⁸ Şanlı; Esen; Atman-Figanmeşe, s.259; Aybay; Dardağan, s.251; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.353.

⁷⁹⁹ Tiryakioğlu, Akit, s.214; Aybay; Dardağan, s.251; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.354.

sözleşmeyi parçalayarak farklı hukuklara tâbi tutmalarının beklenemeyeceği de belirtilmiştir⁸⁰⁰.

Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisini, davanın açılacağı mahkemenin hukukuna tâbi kılmalarına ilişkin “şartlı/askıda hukuk seçiminin (*floating choice of law clause*)” geçerli olduğu doktrinde kabul edilmiştir⁸⁰¹. Diğer taraftan, tarafların seçtiği hukukun zaman içerisinde değişmesi durumunda, bu değişikliklerin tarafların yaptıkları sözleşmeye etkisi olup olmayacağı konusu doktrinde ihtilâfıdır. Bir görüş, bu değişikliklerin tarafların yaptıkları sözleşmeye etkisinin olacağını kabul ederek, aksinin kabulünün, tarafların seçtiği hukukta sonradan yürürlüğe giren emredici hükümlerin uygulanmasını sınırlayabileceğini belirtmiştir⁸⁰². Buna karşın, diğer görüş, bu değişikliklerin tarafların yaptıkları sözleşmeye etkisinin olup olmayacağının tarafların anlaşmasına bağlı olması gerektiğini, bu yönde bir anlaşma sağlanamaz ise, tarafların hukuk seçimi yaptıkları andaki hükümlerin uygulanmasının uygun olacağını ifade etmiştir⁸⁰³.

(b) Objektif Bağlama Kuralı

Taşıyıcının, milletlerarası sözleşmeler kapsamında olmayan uluslararası taşımacılık sebebiyle doğan sorumluluk davasına uygulanacak hukuk, standart taşıma sözleşmesinde belirlenmemiş olması durumunda, davanın görüldüğü mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre tespit edilmelidir. Bu mahkemenin Türk mahkemesi olduğu hâllerde uygulanacak hukuk, taşıyıcının sorumluluğunun yolcu ve bagaj taşımacılığından doğması hâlinde MÖHUK m.24/4’e göre belirlenir.

⁸⁰⁰ Nomer, Devletler, s.321.

⁸⁰¹ Nomer, Devletler, s.322; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.355.

⁸⁰² Nomer, Devletler, s.323.

⁸⁰³ Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.357; Özdemir Kocasakal, s.35-36.

MÖHUK m.24/4:

“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur”.

MÖHUK m.24/4’e göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış veya geçersiz olması hâlinde, sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır⁸⁰⁴. En sıkı ilişki olan hukuk kuralına, sadece kısmen veya tamamen hukuk

⁸⁰⁴ Mülga 2675 sayılı MÖHUK’un 24/2. maddesine göre, “tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması hâlinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat hâlinde bulunduğu yer hukuku uygulanır.” Doktrinde, bu kural çeşitli açılardan eleştirilmiştir:

—İfa yerinin sabit bir bağlama noktası olmadığı ve o dönemde yürürlükte olan yabancı kanun ve milletlerarası sözleşmelerden farklı olduğu yönünde bkz. Tekinalp, Gülören: “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK m.24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”, *MHB*, C.5, S.1 (1985), s.29 (Zımnî Hukuk Seçimi).

— Bu bağlama kuralının, “her sözleşme tipi veya grubu açısından milletlerarası özel hukuk adaleti anlayışının gerçekleşmesine hizmet etmediği” yönünde bkz. Güngör, Yakınlık, s.197.

— Tek başına bu kuralın, “milletlerarası ticaretin hukukî güvenlik ve kesinlik ihtiyaçlarına cevap vermeyeceğine ilişkin bkz. Tiryakioğlu, Akit, s.237.

Nitekim 5718 sayılı Kanunun 24/4. maddesinin gerekçesinde, “borcun ifa yeri hukukunun sözleşme ve taraflarla zayıf irtibata işaret edebileceği ve tesadüfî nitelik taşıyabileceği” ifade edilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

Ayrıca “en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun uygulanması, yardımcı bir kural niteliğinde olup; bir sonucun tebliği olduğu” doktrinde belirtilmiştir. Güngör, Yakınlık, s.200, 202’den naklen. Yani, “bu kural, hâkimin dikkate alacağı bir başlangıç noktası değildir”. Sargın, Karakteristik, s.42; Güngör, Yakınlık, s.203.

seçiminde bulunulmadığı zaman değil; hukuk seçiminin geçerli olmadığı zaman da başvurulmalıdır⁸⁰⁵.

En sıkı ilişkili hukuk, belirli bir zaman faktörüne; yani sözleşmenin kuruluşu anına bağlanmıştır⁸⁰⁶.

Ancak madde metninde karakteristik edim tanımlanmamıştır⁸⁰⁷. En sıkı ilişkili hukuku tayin edebilmek için sözleşmenin karakteristik ediminin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde ‘karakteristik edim’ kavramı şu ifadeler ile açıklanmıştır: *“borç ilişkisini karakterize eden; yani akde hukukî özelliğini veren, damgasını vuran”*⁸⁰⁸, *“sözleşmenin ağırlık merkezini ve sosyo-ekonomik fonksiyonunu oluşturan”*⁸⁰⁹; *“diğerine nazaran daha rizikolu olan”*⁸¹⁰; *“akdi, diğer akitlerden ayıran ve akdin, o şekilde isimlendirilmesine neden olan edimdir”*⁸¹¹.

Yolcu ve bagaj taşıma sözleşmesinin tarafları, yolcu ve taşıyıcıdır. Taşıma sözleşmesinden doğan ilişkide, yolcunun edimi, taşıma ücretini ödemek iken; taşıyıcının edimi, yolcuyu kalkma yerinden varma yerine ulaştırmaktadır (TTK m.850/2). Bir hukukî ilişkide karakteristik edim, en basit anlaşılması ile, para ediminin karşılığı olan edimdir⁸¹². Dolayısıyla bu ilişkide taşıyıcının edimi, karakteristik

⁸⁰⁵ Güngör, Proximity, s.7.

⁸⁰⁶ Güngör, Proximity, s.8.

⁸⁰⁷ 2675 sayılı MÖHUK döneminde kaleme alınan ve karakteristik edim teorisine yönelik eleştiriler için bkz. Sargın, Fügen: “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *AÜHFD*, C.50, S.2 (2001), s.37-95 (Karakteristik).

⁸⁰⁸ Nomer, Devletler, s.321’den naklen.

⁸⁰⁹ Sargın, Karakteristik, s.47’den naklen.

⁸¹⁰ Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.271. Madde gerekçesinde de, sözleşmeye sosyal içeriğini ve karakterini veren edim borçlusunun esas alındığı belirtilmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

⁸¹¹ Güngör, Tüketici, s.192’den naklen.

⁸¹² Tiryakioğlu, Akit, s.223; Güngör, Yakınlık, s.176, 231; Güngör, Proximity, s.9; Sargın, Karakteristik, s.47-50; Nomer, Devletler, s.321; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.365-366. Ancak bu ölçüt, bazı sözleşmeler açısından yetersiz kaldığından İsviçre hukukunda doktrin ve uygulamada başka ölçütler ortaya konmuştur. Bunlar şunlardır: “her iki tarafın edimi para ise veya her iki tarafın edimi para değilse, en fazla riski ya da en fazla sorumluluğu alan tarafın edimi; her iki tarafın ediminin para olmadığı hallerde bir yan ölçüt olarak, “hangi tarafın ediminin diğer taraf için ödeme

edimdir. Taşıyıcının sorumluluk davalarında taşıyıcının işyeri hukuku uygulanacaktır. Yolcu taşımacılığı, taşıyıcının ticarî veya meslekî faaliyetidir.

Madde kapsamında “işyeri” kavramının tanımı yapılmamıştır. Madde gerekçesinde, “işyeri” kavramının, İş Kanununda tanımlandığı⁸¹³, Türk hukukuna yabancı olmadığı ve doktrin ve uygulamanın önünün açılması amacıyla özellikle bir tanım verilmekten kaçınıldığı bildirilmiştir. Öte yandan, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku uygulanır. Örneğin, taşıyıcının zarar gören yolcu ile taşıma sözleşmesini yaptığı işyeri, o sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri olabilir.

Bunlara rağmen, madde metninde, sözleşmenin daha sıkı ilişki içinde olduğu bir hukukun varlığı hâlinde, objektif bağlama kuralından ayrılma imkânı tanınmıştır (MÖHUK m.24/4)⁸¹⁴. Doktrinde, “*daha sıkı ilişkili hukukun, somut olay ile sınırlı şekilde en sıkı ilişkili hukuka faraziye teşkil ettiği ve istisnâî nitelikte kaçış kuralı olduğu*” bildirilmektedir⁸¹⁵. Sözleşmeden doğan borç ilişkisi ile daha sıkı ilişkili

yerine geçtiğinin tayininden hareketle tespit edilecek olan edimin karşı edimi, karakteristik edimdir. Ayrıca karma veya karmaşık sözleşmelerde ise, sözleşmenin ana, temel ya da baskın olduğu düşünülen unsuruna bağlı olarak karakteristik edimin tayini kabul görmüştür”. Dutoit, B.: *Commentaire de la Loi Federale du 18 Decembre 1987, Troisieme Edition Revue et Augmentee*, Bâle 2001, s.351, 352, 362 (Güngör, Yakınlık, s.195’den naklen; s.176-177).

⁸¹³ 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/1, c.2. maddesine göre, işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmıştır. RG.10.6.2003-25134.

⁸¹⁴ Güngör, Proximity, s.10.

⁸¹⁵ Güngör, Proximity, s.11’den naklen; Güngör, Yakınlık, s.115, 235-237. Yazara göre “MÖHUK m.24/4’te öngörülen karineler, şu hallerde çürütülebilir: Bir başka hukukun, somut uyuşmazlık ile daha yakın ilişki içinde olması veya objektif bağlama kuralının pratik olarak uygulanabilir nitelikte olmaması; örneğin, karakteristik edimin tayin edilememesi veya irtibat noktalarının yerleştirilememesi ve objektif bağlama kuralının günün ihtiyaçlarına hizmet edememesidir.”. Bu durumda hâkim, ya temsili düzeyde daha uygun hukuku ifade eden yeni bir objektif bağlama kuralı formüle edebilir veya (niteliksel veya niceliksel) ad hoc yöntemlere başvurabilir. Bu hallerde en sıkı ilişkili hukukun tayini gerekmektedir. Güngör, Proximity, s.11 ve 19’dan naklen; Güngör, Yakınlık, s.233-234.

Objektif bağlama kuralı uygulanabilir olmakla beraber günün milletlerarası özel hukuk adaleti anlayışını yansıtmıyorsa veya yer ve/veya zaman bakımından izole olmuşsa da, daha sıkı ilişkili hukukun tayin edilebileceği önerilmiştir. Güngör, Yakınlık, s.233-234’den naklen. Bu durumda “hâkim, temsili düzeyde daha uygun hukuku ifade eden yeni bir objektif bağlama kuralı formüle edebileceği gibi (niteliksel veya niceliksel) ad hoc yöntemlere başvurabilir. Bu yöntemlerden bir sonuç

hukukun uygulanabilmesi için “yetkili hukukun, sözleşmeden doğan borç ilişkisi ile bağının zayıf olması veya yeterince güçlü olmaması ve daha sıkı ilişkili hukukun sözleşmeden doğan borç ilişkisi ile bağının güçlü olması için niteliği icabıdır”⁸¹⁶.

Böylece hâkim, taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku tayin ederken, taşıyıcının işyeri hukukuna nazaran sözleşmeyle daha sıkı ilişki içinde olan bir hukukun varlığına kanaat getirirse, bu hukuku uygulayacaktır. Şöyle bir örnekte, Bangkok’tan Ankara’ya yolcu taşımacılığı yapıldığı sırada Yeni Delhi’de meydana gelen kaza sonucu yolcular hayatlarını kaybetmişlerdir. Ölen yolcuların ve mirasçılarının, kaza sırasında yerleşim yerlerinin bulunduğu yer; yolcuların gidiş-dönüş biletlerini aldıkları yer ve taşımacılığın kalkma ve varma yeri Ankara’dır. Ancak davalı şirketin esas işyeri merkezi Bangkok’ta bulunmaktadır. Kazanın meydana geldiği yer de, tamamen taraflarla ve taşımacılıkla bir bağa sahip olmayan ve tesadüfen somut uyuşmazlıkla irtibatlı olan Hindistan’dır. Taşıyıcının sorumluluk davasının açıldığı Ankara mahkemesi, bu somut uyuşmazlığın daha sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke hukuku olarak Türk hukukunu uygulayabilir⁸¹⁷.

MÖHUK kapsamında eşya taşımacılığından doğan hukukî uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, m.29’a göre tayin edilirken; yolcu ve bagaj taşımacılığından doğan hukukî uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, genel hüküm olan 24. maddeye göre tayin edilmektedir. Kanımızca, öngörülebilirliği sağlamak adına yolcu ve bagaj taşımacılığından doğan hukukî uyuşmazlıklara ilişkin ayrı bir bağlama kuralının oluşturulması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, MÖHUK’un 24. maddesi yeni

alamayacak hâkim, objektif bağlama kuralından ayrılmamalıdır. Güngör, Yakınlık, s.238-239’dan naklen.

⁸¹⁶ Güngör, Yakınlık, s.236’dan naklen.

⁸¹⁷ Long v. Pan American kararından uyarlanmıştır. Long v. Pan American World Airways, 16 NY 2d 337 - NY: Court of Appeals 1965, <http://scholar.google.nl>; erişim tarihi Mart 2013. Aynı yönde, In Re Air Crash near Cali, Colombia on December 20, 1995, 96- MD- 1125, August 18, 1997, S.D. Fla. 1997; bkz. Kreindler, s. 16-20; 16-21.

bir kural yaratmaya izin verecek midir? Türk Medenî Kanununun 1/2. maddesinde yer alan hâkimin hukuk yaratma ilkesi uyarınca, hâkim, kanunda hüküm bulunmamışsa örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Bu genel ilkenin yanında, hâkim, yolcu ve bagaj taşımacılığından doğan sorumluluk davaları uyarınca uygulanacak hukuku tespit ederken, “*temsili düzeyde daha uygun hukuku işaret eden yeni bir objektif bağlama kuralı oluşturabilir*”⁸¹⁸. Hâkim, “aynı tip sözleşmelerin tipik özellikleri ile sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk alanında genel ve özel milletlerarası ticarî ve hukukî mülahazaları dikkate alarak objektif özel bağlama kuralı oluşturabilir veya karşılaştırmalı hukukta ilgili sözleşme tipi için kabul edilen objektif özel bağlama kuralını Türk hukukuna kazandırabilir”⁸¹⁹.

Birinci Bölümde, taşımacılığın birden fazla ülkenin sınırlarından geçerek ifa edilmesi; birbirinden farklı vatandaşlığa, yerleşim yerine veya mutad meskene sahip yolcuların birlikte seyahat etmesi; taşıma şirketlerinin tâbiyetinin, uçağın tescil edildiği yerin farklı ülkelerde olması nedeniyle Sözleşmelerde düzenlenmeyen alanların ve Sözleşme kapsamına girmeyen uluslararası taşımacılıktan doğan uyuşmazlıkların, taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olması gerektiği değerlendirilmiştir⁸²⁰. Nitekim MÖHUK’un 24/4. maddesinin yolcu ve bagaj taşımacılığından doğan hukukî uyuşmazlıklara uygulanması ile bu önerimize benzer bir sonuç ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki, yolcu ve bagaj taşımacılığında karakteristik edim borçlusunun, meslekî veya ticarî bir faaliyette bulunan taşıyıcı olması ile taşıyıcının işyeri hukukunun, yetkili hukuk olarak somut olaya uygulanması görüşümüze 24/4. maddeden de ulaşabiliriz.

⁸¹⁸ Güngör, Yakınlık, s.233-234, 238-239.

⁸¹⁹ Güngör, Yakınlık, s.234-235, 238’den naklen.

⁸²⁰ Bkz. yuk. s.148.

Ancak yine de yolcu ve bagaj taşıma sözleşmesinin taraflarının, zayıf taraf olan yolcuyla koruyucu şekilde hukuk seçimi imkânına sınırlı sahip olabilmelerini ve hukuk seçiminde bulunmadıklarında uygulanacak hukuku gösteren ayrı bir bağlama kuralına ihtiyaç olduğunu değerlendirmekteyiz.

(4) Taşıma Sözleşmesini İdare Eden Hukukun Uygulama Alanı

Taşıma sözleşmesini idare eden hukuk, ya tarafların seçmiş olduğu hukuk veya hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda objektif ihtilâf kuralına göre tespit edilecek olan hukuktur⁸²¹.

Taşıyıcı ile yolcu veya gönderici arasında yapılan taşıma sözleşmesinin kuruluşu ve hükümleri, MÖHUK m.32 uyarınca diğer sözleşmeler açısından olduğu gibi, bu sözleşmeye uygulanacak hukukun iç hükümlerine tâbidir⁸²². Böylece taşıma sözleşmesinin taraflarının öneri ve kabul beyanının geçerliliğine ve taşıma sözleşmesinin kuruluş yerine ve zamanına ilişkin uyumsuzluklar, taşıma sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğu varsayıldığında uygulanacak olan hukuka tâbidir⁸²³. Ancak MÖHUK'un 32/2. maddesine göre tarafların irade beyanının yorumlanması, sözleşme statüsüne göre hakkaniyete aykırı olacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, sözleşmenin akdedilmesine rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad mesken hukukuna tâbidir. Bu hüküm, özellikle susan tarafın, sözleşmeyi akdetmiş sayılıp sayılamayacağına ilişkin olarak uygulanmaktadır⁸²⁴.

MÖHUK'un 33. maddesine göre, yolcu, bagaj veya eşya taşıma sözleşmesinin ifası için yapılan işlem ve eylemler konusunda bu işlem veya

⁸²¹ Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s. 370; Çelikel; Erdem, s.360; Doğan, Milletlerarası, s.373.

⁸²² Nomer, Devletler, s.331; Çelikel; Erdem, s.338; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.370; Tiryakioğlu, Akit, s.44, 239; Şanlı, Esen; Ataman-Figanmeşe, s.284.

⁸²³ Karş. Tiryakioğlu, Akit, s.239; Doğan, Milletlerarası, s.375-376.

⁸²⁴ Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.372; Nomer, Devletler, s.332; Şanlı, Esen; Ataman-Figanmeşe, s.287; Doğan, Milletlerarası, s.375.

eylemlerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır. Bu hüküm kapsamında “dikkate alınma” fiilinin kullanılması ile sözleşmenin yerine getirilmesi amacıyla yapılması gereken işlem ve eylemler için ayrı bir bağlama kuralı kabul edilmemekte, bu eylem ve işlemlerin başka bir ülkede yapılması gerektiğinde bunların geçerli olarak sayılabileceği kastedilmektedir; bir diğer deyişle bu konular da yine sözleşme statüsüne tâbidir⁸²⁵. Hâkim, hangi hâllerde işlem veya eylemin yapıldığı ülke hukukunun, hangi hâllerde sözleşmeyi idare eden hukukun uygulanacağına, somut olayın özelliğine göre karar vermelidir⁸²⁶. Örneğin, eşya taşıma sözleşmesine konu malların sayılması veya muayenesi, bu işlemlerin yapıldığı ülke hukukuna tâbi olabilir⁸²⁷.

Bu konuların yanında taşıma sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulama alanı, sözleşmenin ifası, ifa edilmemesi, yorumu, sona ermesi ile zamanaşımı⁸²⁸ gibi konuları da kapsamaktadır⁸²⁹.

Ayrıca, taşıma sözleşmesinin şekli geçerliliği, MÖHUK m.7 kapsamında sözleşmeye uygulanacak hukukun veya işlemin yapıldığı yer hukukunun (*locus regit actum*) maddî hükümlerine tâbi kılınabilir⁸³⁰. Paket turlar hariç taşıma sözleşmesi, MÖHUK m.26 kapsamında kabul edilmediği için⁸³¹ taşıma sözleşmesinin şeklini idare eden hukuk MÖHUK m.7’ye göre belirlenecektir. Ayrıca *Sargın*, tarafların uygulanacak hukuku seçmesi durumunda, seçilen hukukun, şekle uygulanacak

⁸²⁵ Nomer, Devletler, s.333; Doğan, Milletlerarası, s.383.

⁸²⁶ Doğan, Milletlerarası, s.383.

⁸²⁷ Ekşi, Taşıma, s.128; karşı. Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.287-288; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.382-383; Çelikel; Erdem, s.364.

⁸²⁸ Zamanaşımı konusunun sözleşme statüsüne tâbi olması MÖHUK m.8’de düzenlenmiştir. Taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk Türk hukuku ise, sözleşmeden doğan tazminat alacağı, TBK’nın 146. maddesi uyarınca, on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir.

⁸²⁹ Ekşi, Taşıma, s.127, 129; karşı. Çelikel; Erdem, s.360; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.370-371; Tiryakioğlu, Akit, s.241, 245, 247; Şanlı, Esen; Ataman-Figanmeşe, s.285.

⁸³⁰ Çelikel; Erdem, s.363; karşı. Tiryakioğlu, Akit, s.251.

⁸³¹ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s.215.

hukuku da kapsamına alması ve “*favor negotii*” ilkesinin gerçekleşmesi için şekle uygulanacak hukukun tespitinde atfın da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁸³².

Ayrıca taşıma sözleşmesini akdeden tarafların ehliyeti, yetkili hukukun uygulama alanı dışında kalan bir konudur⁸³³. Bu konu, MÖHUK m.9’a tâbidir. Buna göre; gerçek kişi olan yolcu veya göndericinin sözleşme ehliyeti, kendi milli hukukuna göre belirlenir (m.9/1); ancak taşıma sözleşmesi borç doğuran bir sözleşme olduğu için yolcu veya gönderici, kendi milli hukukuna göre ehil olmayıp, sözleşmeyi akdettiği ülke hukukuna göre ehil ise, bu sözleşme ile bağlı sayılır (m.9/2). Tüzel kişi taşıyıcıların ehliyeteye sahip olup olmadığı, statüdeki idare merkezi hukukuna; ancak fiilî idare merkezi Türkiye’de ise, Türk hukukuna göre belirlenir (m.9/4). Ayrıca *Sargın*, MÖHUK kapsamında sözleşme yapma ehliyetine ilişkin özel bağlama kuralı kabul edilmediğinden, sözleşme yapma ehliyetinin, genel kural olan MÖHUK m.9’a göre belirlenebileceğini belirtmiştir⁸³⁴.

Genel olarak, taşıma sözleşmesinin bizzat yolcu olarak sayılabilecek kişi tarafından yapılması gerekmez; temsilcisi veya küçük ise velisi tarafından da o kişi adına taşıma sözleşmesi yapılabilir⁸³⁵. Taşıma sözleşmesi temsilci aracılığıyla yapılmışsa, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiden doğan uyumsuzluklar, taşıma sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulama alanı dışındadır⁸³⁶ ve MÖHUK m.30 kapsamındadır. Bu hüküm doğrultusunda, temsilcinin, temsil ettiği kişiyi, taşıyıcıya karşı borç altına sokabilmesi için gereken şartlara, temsilcinin işyeri hukuku; işyeri yoksa veya üçüncü kişi temsilcinin işyerini bilmiyorsa veya temsilci

⁸³² Sargın, Fikrî ve Sinaî Haklar, s.192.

⁸³³ Ekşi, Taşıma, s.127; karşı. Çelikel; Erdem, s.362-363; Şanlı, Esen; Ataman-Figanmeşe, s.285; Doğan, Milletlerarası, s.379.

⁸³⁴ Sargın, Fikrî ve Sinaî Haklar, s.194-195.

⁸³⁵ Ülgen, Hava, s. 68.

⁸³⁶ Ekşi, Taşıma, s.129; karşı. Tiryakioğlu, Akit, s.252.

yetkisini işyeri dışında kullanmışsa, temsilcinin yetkisini fiilen kullandığı ülke hukuku uygulanır (m.30/2). Bunun dışında temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiden doğan temsil yetkisi, temsil sözleşmesine uygulanan hukuka tâbidir (m.30/1).

Bunun yanında taşıyıcının sorumluluk davalarında delillerin ortaya konması ve takdirî konuları, *lex fori*'ye; ancak ispat yükünün kime ait olduğu, taşıma sözleşmesini idare eden hukuka tâbidir⁸³⁷.

Son olarak, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirli bir hükmü, Türk kamu düzenini açıkça ihlâl ederse (MÖHUK m.5)⁸³⁸ veya bu hukukun uygulandığı hukukî sorun, düzenleme amacı ve uygulama alanı açısından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giriyorsa (m.6)⁸³⁹, taşıma sözleşmesini idare eden hukukun uygulanması önlenir⁸⁴⁰. Ayrıca taşıma sözleşmesinden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir veya uygulanabilir; böylece taşıma sözleşmesini idare eden hukukun uygulanması sınırlanabilir⁸⁴¹.

b. Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m.34:

“(1) Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir.

(2) Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.

⁸³⁷ Nomer, Devletler, s.395-397; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.428-429.

⁸³⁸ MÖHUK m.5'e ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda s.281.

⁸³⁹ MÖHUK m.6'ya ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda s.284.

⁸⁴⁰ Ekşi, Taşıma, s.129-133; karşı. Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.377; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.288-289; karşı. Tiryakioğlu, Akit, s.263-270; Nomer, Devletler, s.333 vd; Doğan, Milletlerarası, s.379-381.

⁸⁴¹ Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.289-291; Doğan, Milletlerarası, s.381-383.

(3) Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır.

(4) Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.

(5) Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler”.

Taşıyıcının hukukî sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak vasıflandırıldığı takdirde, uygulanacak hukuk, MÖHUK’un 34. maddesine göre tayin edilecektir. Kanun kapsamında, haksız fiilden doğan borç ilişkisinde hukuk seçimi imkânı, taraflara sınırlı bir şekilde tanınmıştır. Taraflar, uygulanacak hukuku haksız fiilin meydana gelmesinden sonra ve açık olarak kararlaştırabilirler (m.34/5). Bu hüküm, Varşova Sözleşmesinin 32. maddesi ve Montreal Sözleşmesinin 49. maddesi ile benzer niteliktedir. Sözleşmelerin bu hükümleri ile de zararın doğmasından sonra tarafların, aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilmeleri mümkün kılınmıştır.

Taraflar hukuk seçmemişlerse veya hukuk seçimi geçersizse, genel kural; haksız fiilden doğan borçların, haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbi olmasıdır (ika yeri hukuku/ *lex loci delicti commissi*) (m.34/1). ‘Haksız fiilin işlendiği yer’ kavramı ile ‘fiilin yapıldığı yerin’ anlaşılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁸⁴². Bir yabancı mahkeme kararında, bir hava aracının kötü hava koşulları veya diğer beklenmedik haller nedeniyle önceden planlanmayan bir eyaletten geçerken düşebileceğine veya hava aracının düşmesinin bir eyaletten başlayıp, diğer bir

⁸⁴² Turhan, s.347; Kılıçoğlu, HMK, s.180.

eyalette tamamlanabileceğine dayanılarak, haksız fiilin işlendiği yerin tesadüfi olduğu belirtilmiştir⁸⁴³. Örneğin Bir Türk taşıyıcı tarafından yerine getirilen ve kalkma yerinin İstanbul, varma yerinin Paris olduğu taşımacılık sırasında, Bulgaristan sınırında bir kaza meydana geldiğini varsayarsak, bu üçüncü devletin somut taşımacılıkla, hatta taşıyıcı ve yolcular ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. Uygulanacak hukukun somut uyuşmazlık ile bağı tesadüfi nitelikte olabileceğinden, taşıyıcının sorumluluk davalarında bu bağlama kuralının uygulanması tercih edilmemektedir⁸⁴⁴.

Ayrıca haksız fiilin işlendiği ülkenin tespitinde çeşitli sorunlarla karşılaşılabilir. Bunlar, haksız fiilin işlendiği ülke ile zararın meydana geldiği ülkenin farklı olması; haksız fiilin işlendiği yerin, hiçbir devletin egemenlik alanında bulunmaması; haksız fiilin birden fazla ülkede işlenmesi ve zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi durumlarında, haksız fiile uygulanacak hukukun hangi hukuk olacağıdır⁸⁴⁵.

Bu sorunlardan sadece ilki, MÖHUK'un 34/2. maddesinde çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre, haksız fiilin işlendiği ülke ile zararın meydana geldiği ülkenin farklı olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku somut uyuşmazlığa uygulanacaktır (m.34/2)⁸⁴⁶. Ancak kanun koyucu, “zararın meydana

⁸⁴³ *Kilberg v. Northeast Airlines*, 9 NY 2d 34, NY Court of Appeals 1961, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

⁸⁴⁴ *Pescatore v. Pan American World Airways, Inc.*, 97 F. 3d 1 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1996; *Foster v. United States*, 768 F. 2d 1278 - Court of Appeals, 11th Circuit 1985; *Kilberg v. Northeast Airlines*, 9 NY 2d 34, NY Court of Appeals 1961, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

⁸⁴⁵ Turhan, s.151-152, 357.

⁸⁴⁶ 2675 sayılı MÖHUK'un 25. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları da, 5718 sayılı MÖHUK'un 34. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile aynıdır. Ancak doktrinde haksız fiilin işlendiği yerin, zararın meydana geldiği yer olduğunu; bir diğer deyişle ikinci fıkranın, ika yerinin neresi olduğuna işaret ettiği; zararın meydana geldiği yer ile haksız fiilin işlendiği yerin aynı veya farklı yerler olması fark etmeden ika yeri bağlama kuralının uygulanacağı savunulmuştur. Turhan, s.355-356.

Ayrıca 23 Şubat 1330 tarihli “Memaliki Osmaniye’de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat” dönemine ilişkin olarak haksız fiilden doğan borç ilişkisine

geldiği yerin” neresi sayılacağını madde metninde düzenlememiştir⁸⁴⁷. Doktrinde, “zararın meydana geldiği yer” kavramı ile “sonuç yerinin” anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁸⁴⁸.

Haksız fiilin işlendiği yerin, hiçbir devletin egemenliğinde bulunmaması, uygulanacak hukukun tespitinde karşılaşılabilen bir diğer sorundur. Bu soruna ilişkin bir düzenleme, MÖHUK kapsamında kabul edilmemiştir. Hiçbir devletin egemenliği altında bulunmayan yerlerde meydana gelen hava aracı kazalarında veya hava aracının içinde işlenen haksız fiillerde, bayrak yeri veya sicil yeri hukukunun uygulanması doktrinde savunulmuştur⁸⁴⁹. Bu hallerde, daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanabileceği de bir başka görüş olarak ortaya konmuştur⁸⁵⁰. Fikrimizce bayrak yeri veya sicil yeri hukuku, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması müstesna olmak üzere, somut uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili ülke hukuku olarak uygulanabilir.

Daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanabilmesi için yasal dayanak, MÖHUK’un 34/3. maddesidir. Buna göre haksız fiilden doğan borç ilişkisi, bir başka ülke ile daha sıkı ilişki içindeyse, bu ülke hukuku uygulanır. Bu kuralın uygulanabilmesi için gereken şartlar, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin, haksız fiilin işlendiği yer ile ilgisinin zayıf olması, bir başka ülke ile ilişkisinin güçlü olmasıdır. Örneğin, bu şartları somutlaştırdığımızda, ika yerinin, uyuşmazlık ve taraflarla ilişkisinin zayıf veya tesadüfî olması; taraflar arasında müşterek bir

uygulanacak hukuka ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Göger, Erdoğan: “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tâbi Olduğu Kanun”, *AÜHFD*, C.22-23, S.1-4 (1965-1966), s.451-506.

⁸⁴⁷ Turhan, s.364.

⁸⁴⁸ Turhan, s.172’den naklen; Çelikel; Erdem, s.418.

⁸⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, s.213-215; Nomer, Devletler, s.360; Aybay; Dardağan, s.285; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.464; Çelikel; Erdem, s.422. İki hava aracının çatışması durumunda müşterek bayrak veya sicil yerinin veya kusurlu hava aracının bayrak veya sicil yerinin uygulanması da savunulmuştur. Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.464-465.

⁸⁵⁰ Turhan, s.347; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.298.

hukukun (millî hukuk, yerleşim yeri veya mutad mesken hukuku vs.) bulunması veya ayrıca taraflar arasında haksız fiilin bağlantılı olduğu bir başka hukukî ilişkinin bulunması gerekmektedir⁸⁵¹. Hâkim, haksız fiilden doğan borç ilişkisi ile daha sıkı ilişki içinde olan hukukun varlığına kanaat getirmişse, bu hukuku uygulamak zorundadır⁸⁵². Bu hukukunun uygulanması maddî hukuk adaletine daha uygundur⁸⁵³. Örneğin, İstanbul'dan California'ya, esas işyerinin İstanbul'da bulunduğu bir taşıyıcı tarafından ifa edilen taşımacılık sırasında, Türk yolcu, hava aracında içilen sigara nedeniyle şiddetli astım krizi geçirmiştir. Hava aracının Almanya'dan geçtiği sırada da yolcu hayatını kaybetmiştir⁸⁵⁴. Bu örnekte yolcu ve taşıyıcı, Türk tâbiyetindedir; taşımacılığın kalkma yeri de Türkiye'de bulunmaktadır. Somut uyuşmazlık Türkiye ile daha sıkı ilişki içindeyken, zararın meydana geldiği ülke olan Almanya'nın somut uyuşmazlık ile bağı geçici ve tesadüfidir. Bir başka örnekte kazanın meydana geldiği yer; davayı karara bağlayacak mahkemenin bulunduğu yer ile aynı olması nedeniyle somut uyuşmazlık ile daha sıkı ilişki içinde olan yer olabilir⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.457-458; Turhan, s.381-391. Doktrinde daha sıkı ilişkili hukukun tayininin niteliksel olarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Şöyle ki “hâkim, mevcut irtibat noktalarının somut olay içindeki durumunu, haksız fiil alanının işlevsel özelliklerini, haksız fiil tipinin özgül niteliklerini ve özellikle Devletler Özel Hukuku değerlerini de dikkate almalıdır”. Turhan, s.390'dan naklen.

⁸⁵² Aybay; Dardağan, s.278; Çelikel; Erdem, s.420.

⁸⁵³ Ayrıntılı açıklama için bkz. Göğer, Haksız Fiil, s.478-480.

⁸⁵⁴ *Husain v. Olympic Airways* davasından uyarlanmıştır. *Husain v. Olympic Airways*, 116 F. Supp. 2d 1121, N.D. Cal. 2000; bkz. Kreindler, s. 16-25.

⁸⁵⁵ *O'rourke v. Eastern Air Lines, Inc.*, 730 F. 2d 842 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1984, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Ocak 2013.

Bir Amerikan mahkemesi, “uyuşmazlık ile daha ilişki içinde olunan yeri” şu şekilde tespit etmiştir. Y eyaletinde bulunan hava trafik kontrol çalışanlarının hava aracını yanlış yönlendirmesi sonucunda, hava aracı X eyaletinde düşmüş ve hava aracında bulunan kişiler burada hayatlarını kaybetmiştir. Bu somut uyuşmazlıkta, zararın meydana geldiği yer, somut uyuşmazlık ile tesadüfî nitelikte olması nedeniyle uyuşmazlıkla daha sıkı ilişki içinde sayılmamıştır. Ayrıca hava aracının içinde bulunan, aracın ölen sahibinin yerleşim yeri ise, bu kişinin tek mirasçısı olan kişinin kaza sonrası taşındığı ve ölen kişinin yasal temsilcisinin sakın olduğu yer olmasına karşın, bu irtibat noktası da yasal temsilcinin olayla baskın bir ilişkisinin olmadığı gerekçesiyle elenmiştir. Mahkeme, zarara yol açan eylemin işlendiği yeri; kaza zamanında mirasçısının oturduğu, zarara yol açan kişi olan hava trafik kontrolörlerinin çalıştığı, uçuş planının onaylandığı, hava aracının yönlendirildiği ve kaza zamanında da hava aracıyla iletişim içinde olunan yer olması nedeniyle, somut uyuşmazlıkla daha sıkı ilişki içinde saymıştır. Bunun yanında bu yer, ilişkinin merkezi olarak nitelendirilmiş ve haksız eylemin

Haksız fiilin işlendiği ülkenin tespitinde karşılaşılabilecek bir diğer sorun, zarar yerinin ve haksız fiilin işlendiği yerin birden fazla olması hallerinde ika yerinin neresi sayılacağı sorunudur. Zarar yerinin birden fazla olması hâli ile haksız fiilin işlendiği yerin birden fazla olması hâli doktrinde ayrı ele alınmıştır. Zarar yerinin birden fazla olması hâlinde, bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, somut uyuşmazlıkla daha sıkı ilişki içinde olan devletin hukuku uygulanmalıdır; ancak farklı olarak her bir zararın, meydana geldiği yer hukukuna tâbi kılınabileceği de önerilmiştir⁸⁵⁶. Öte yandan, haksız fiilin birden fazla devletin ülkesinde işlenmesine rağmen tek bir devletin ülkesinde zarar meydana gelmişse, MÖHUK'un 34/2. maddesine göre zarar yeri hukuku uygulanmalıdır⁸⁵⁷.

Diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, taşıyıcının fiilinin, sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı; doğurması durumunda taşıyıcının sorumluluğunun temeli (kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk) ve sorumluluk şartları, haksız fiili idare eden hukukun iç hükümlerine göre belirlenir⁸⁵⁸. Örneğin, taşıyıcının adamlarının sebep olduğu zarardan, taşıyıcının sorumlu olup olmayacağı, haksız fiil statüsüne göre belirlenir. Bu hukuk, Türk hukuku ise; doktrinde, TBK hükümleri kapsamında taşıyıcının, adamlarının yol açtığı zarardan sorumlu olup olmayacağı, kusursuz sorumluluk hâllerinden biri olan adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir⁸⁵⁹. Bir başka örnekte, yolcunun uğradığı zarardan taşıyıcının sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olarak vasıflandırılması durumunda, uygulanacak hukuk Türk hukuku ise; taşıyıcının sorumluluğunun kusur sorumluluğu

caydırılmasında ve zarar gören tarafın zararının tazmininde daha önemli olduğu vurgulanmıştır. *Foster v. United States*, 768 F. 2d 1278 - Court of Appeals, 11th Circuit 1985, <http://scholar.google.nl>.

⁸⁵⁶ Görüşler için bkz. Turhan, s.366-367, 368, 394.

⁸⁵⁷ Turhan, s.368.

⁸⁵⁸ Nomer, Devletler, s.357; Turhan, s.250, 253 vd; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.459; Doğan, Milletlerarası, s.402.

⁸⁵⁹ Bu görüş için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.329. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s.211.

olup olmadığı yine TBK hükümleri kapsamında ele alınmalıdır. Ayrıca yolcu veya göndericinin uğradığı zararlardan hangilerinin tazmin edileceği, manevî zararların tazmininin mümkün olup olmadığı; taşıyıcının fiili ile zarar arasında illiyet bağının veya bu bağı kesen sebeplerin bulunup bulunmadığı, yine haksız fiili idare eden hukukun iç hükümlerine tâbidir⁸⁶⁰.

Uluslararası taşımacılık sırasında meydana gelen kazalardan doğan sorumluluk davalarında davacı ve davalı sıfatına kimlerin sahip olacağı da yine haksız fiili idare eden hukukun uygulama alanına dâhildir⁸⁶¹. Böylece zarar görenin ölümü hâlinde, mirasçılarının veya destekten yoksun kalan kişilerin dava açma hakkına sahip olup olmadığı, haksız fiil statüsüne göre belirlenir. Ancak zarar gören kişinin mirasçılarının kimler olduğu, miras statüsüne; destekten yoksun kalan kişilerin kimler olduğu ise, bu kişileri destek altına alan hukukî ilişkiyi idare eden hukuka tâbidir⁸⁶².

Ayrıca birden fazla taşıyıcı tarafından yerine getirilen taşımacılık sebebiyle doğan sorumluluk davalarında, taşıyıcıların birlikte sorumlu olup olmayacağı ve birbirlerine olan rücu hakkının, yetkili hukukun uygulama alanına giren diğer konular olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁸⁶³. Yine zarar gören kişi ile taşıyıcının, zararın doğmasında ortak kusurlarının olup olmadığı konusu da haksız fiili idare eden hukukun iç hükümlerine göre belirlenir⁸⁶⁴. Bu konuların yanında, haksız fiili

⁸⁶⁰ Turhan, s.402-403. Zarar ve illiyet bağı unsurlarına ilişkin açıklamalar için bkz. s.184, dn.612; s.186, dn. 621.

⁸⁶¹ Karş. Turhan, s.404, 406-408.

⁸⁶² Turhan, s.404-405.

⁸⁶³ Turhan, s.409. Rücu hakkına ilişkin açıklamalar için bkz. aşı. s.289.

⁸⁶⁴ Turhan, s.411.

idare eden yetkili hukukun uygulama alanının, ispat yükü ve zamanaşımı⁸⁶⁵ konularını da kapsayacağı kabul edilmiştir⁸⁶⁶.

Öte yandan, taşıyıcının sorumluluk davalarında delillerin ortaya konması ve takdiri⁸⁶⁷ ve taşıyıcının sorumluluk miktarının hesaplanması konularının yetkili hukukun uygulama alanı dışında kaldığı ve *lex fori*'nin iç hukukuna tâbi olduğu ileri sürülmektedir⁸⁶⁸.

Son olarak, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirli bir hükmü, Türk kamu düzenini açıkça ihlâl ederse (MÖHUK m.5) veya bu hukukun uygulandığı hukukî sorun, düzenleme amacı ve uygulama alanı açısından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giriyorsa (m.6), haksız fiili idare eden hukukun uygulanması önlenir⁸⁶⁹.

2. Yetkili Hukukun Tayini ve Uygulanması Sırasında Karşılaşılabilecek Bazı Kanunlar İhtilâfı Hukuku Sorunları

a. Atıf

Taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanacak hukukun tayini aşamasında karşılaşılabilecek bir diğer kanunlar ihtilâfı sorunu, atıftır. Bu sorunun ele alındığı bir karar ile karşılaşılmadığından atfın, taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanacak hukuku tayin ederken dikkate alınıp alınmayacağı teorik olarak tartışılacaktır.

Türk hukukunda genel kural, atfın kabul edilmemesidir⁸⁷⁰; ancak istisnâ olarak belirli konularda atıf kabul edilmiştir. Bir diğer deyişle, atfın konu yönünden

⁸⁶⁵ Haksız fiili idare eden hukukun Türk hukuku olması durumunda, TBK m.72 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (TBK m.72).

⁸⁶⁶ Nomer, Devletler, s.213, 396; Turhan, s.411, 412.

⁸⁶⁷ Karş. Nomer, Devletler, s.395-397; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.428-429.

⁸⁶⁸ Karş. Turhan, s.411-412.

⁸⁶⁹ Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.288-289; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.465.

⁸⁷⁰ Aybay; Dardağan, s.172.

sınırlandığı ifade edilmiştir⁸⁷¹. Bu istisnalar, MÖHUK m.2/3 kapsamında kişinin hukuku ve aile hukuku⁸⁷² ile TTK m. 766⁸⁷³, 778⁸⁷⁴ ve 818⁸⁷⁵ kapsamında poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyetidir. MÖHUK'un 2/3. maddesi ve TTK'nın ilgili hükümleri açısından, iade atıf ve devam eden atıf kabul edilerek; atıf, en çok ikinci derecede kanun hükmü icabı kırılmaktadır⁸⁷⁶.

Bunların yanında, konumuzla ilgili olabilecek istisna, MÖHUK'un 2/4. maddesidir. Buna göre, taraflara hukuk seçimi imkânı tanındığı hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır (MÖHUK m.2/4)⁸⁷⁷. İlgili hükmün mefhumu muhalifinden çıkan yorum ile taraflara hukuk seçimi imkânı tanınan hallerde, taraflar, kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları dâhil olmak üzere bir hukuk seçmişlerse, uygulanacak hukukun tayini için atfa izin verilmiştir. Doktrinde böyle bir düzenleme ile atfın amacı olan milletlerarası çözüm

⁸⁷¹ Tanrıbilir, s.206.

⁸⁷² İlgili hükmün gerekçesinde, uygulamada mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak, mevcut hükmün “kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla sınırlandırıldığı belirtilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

2678 sayılı MÖHUK'un 2/3. maddesine göre “uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddî hükümleri uygulanır.” Bu hüküm ile kabul edilen “atıf” prensibi nedeniyle, hâkim, yabancılık unsuru taşıyan bütün uyuşmazlıklara sadece MÖHUK hükümlerini uygulamayacak; MÖHUK hükümlerine göre yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını da incelemek zorundaydı. Çelikel, Aysel: “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda “Atıf” Prensibi'nin Uygulanması”, *MHB*, C.3, S.2 (1983), s.2.

⁸⁷³ Bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyet tabi bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenir. Bu hukuk diğer bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanır.

⁸⁷⁴ Bononun niteliğine aykırı düşmedikçe, poliçelerin cirosuna ilişkin 681 ve 690 madde hükümleri bonolar hakkında da geçerlidir.

⁸⁷⁵ Ehliyet, poliçe ve bonolara ilişkin hakların korunması ile başvurma hakkının kullanılması için gerekli işlemlere ilişkin kanun ihtilaflarına dair 766, 768 ve 769 maddeler çek hakkında da uygulanır.

⁸⁷⁶ Doğan, Milletlerarası, s.193; Çelikel; Erdem, s.124-125, 127; Nomer, Devletler, s.152; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.55.

⁸⁷⁷ 2675 sayılı MÖHUK kapsamında, taraflara hukuk seçimi imkânı tanındığı hallerde, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Ancak doktrinde, taraflara hukuk seçimi imkânı tanındığı hallerde seçilen hukukun maddî hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi. Çelikel, s.3; Tekinalp, Zımnî Hukuk Seçimi, s.30.

Nitekim MÖHUK'un 2/3. maddesinin gerekçesinde de, “doktrinde genellikle kabul edilen bu görüşün, bir kanun hükmü hâline getirilmekle, doğabilecek tereddütlerin giderileceği” ifade edilmiştir.

yeknesaklığının, taraf menfaatine nazaran ikinci planda kaldığı belirtilmiştir⁸⁷⁸. Ayrıca doktrinde, MÖHUK'un 2/3. maddesinde, atfın sadece şahsın hukuku ile aile hukuku alanında kabul edildiği; hukuk seçimi imkânı tanınan sözleşmeden ve haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda atfın mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁸⁷⁹.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığa seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanmasını kararlaştırmışlarsa; yetkili hukukun, meseleyi bir başka hukuka, bu hukukun da bir diğer hukuka, bu diğer hukukun da daha başka bir hukuka göndermesi hâlinde, atf neredede duracaktır? MÖHUK'un 2/3. maddesinin aksine 2/4. maddede açık bir düzenleme söz konusu değildir⁸⁸⁰.

Taraflara hukuk seçimi imkânı sunulan hallerden konumuzla ilgili olanlardan ilki, tarafların, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini her zaman belli bir hukuka tâbi kılabilmeleridir (MÖHUK m.24). İkinci olarak da, tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilmeleridir (MÖHUK m.34). Taraflar somut uyuşmazlığa seçtikleri hukukunun kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanmasına yönelik iradelerini açıklamamışlarsa, MÖHUK m.2/4 gereğince seçtikleri hukukun maddî hükümleri uygulanır.

Bu aşamada uluslararası taşıma sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânının tanınıp tanınmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Ancak, yukarıda da

⁸⁷⁸ 5718 sayılı MÖHUK'un 2/4. maddesi ile aynı olan mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 2/3. maddesine ilişkin ortaya konan bu görüş için karşı. Tiryakioğlu, Akit, s.273.

⁸⁷⁹ Tanrıbilir, s.206; Balkar Bozkurt, Süheylâ: "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan*, Cilt II (2014), s.851. Ayrıca bu görüş, ikinci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarını birlikte yorumlayarak, sadece evlilik malları hakkında hukuk seçimi yapılabileceğini ifade etmiştir. Tanrıbilir, s.206; Balkar Bozkurt, s.852.

⁸⁸⁰ Atfın tek dereceli olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Çelikel; Erdem, s.117.

bahsettiğimiz üzere, uluslararası havacılık davalarına uygulanabilirliği pratikte pek olası görünmemektedir⁸⁸¹.

Ayrıca sözleşmeden doğan borç ilişkisine, sözleşmenin en sıkı veya daha sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanması (MÖHUK m.24/4) ve haksız fiilden doğan borç ilişkisine daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanması (MÖHUK m.34/3) hallerinde, bu hukukların maddî hükümleri uygulanmalıdır⁸⁸².

b. Kamu Düzenine Aykırılık

Taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin davalarda uygulanacak hukukun MÖHUK hükümlerine göre tespitinden sonra somut uyuşmazlığa uygulanacak belirli bir hükmün, Türk kamu düzenini açıkça ihlâl etmesi hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m.5).

Genel olarak kanunlar ihtilâfı hukukuna göre tespit edilen yetkili hukukun uygulanması milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirmektedir; ancak bu hukukun ilgili hükmünün kamu düzeni müdahalesi nedeniyle uygulanmaması ile maddî özel hukuk adaleti, milletlerarası özel hukuk adaletinin yerine geçmektedir⁸⁸³.

MÖHUK'un 5. maddesinde yer alan 'açıkça aykırılık' hâlinde ne anlaşılması gerektiğine ilişkin net bir tanım yapılamamaktadır. Bu noktada hâkim, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı hükümler içerdiği her durumda, kamu düzeni müdahalesine başvurmamalı ve takdir yetkisini kullanarak, açık aykırılığın sonucunda oluşan tahammül edilemez bir durum aramalıdır⁸⁸⁴. Dolayısıyla uygulanacak yabancı hukukun, Türk hukukundan farklı miktarda tazminat

⁸⁸¹ Bogdan, Accident, s.137; Kadletz, Conflict, s.96. Buna ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s.259.

⁸⁸² Nomer, Devletler, s.154; Şanlı; Esen; Ataman- Figanmeşe, s.56.

⁸⁸³ Tiryakioğlu, Akit, s.264.

⁸⁸⁴ Nomer, Devletler, s.160, 162; Çelikel; Erdem, s.147; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.73; Tiryakioğlu, Akit, s.264; Güngör, Proximity, s.4; Tanrıbilir, s.215-216.

öngörmesi, kamu düzeni müdahalesini gerektirmez; ancak MÖHUK hükümlerine göre taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanacak yabancı hukukun ilgili hükmünün, taşıyıcının ödeme gücünün çok üstünde bir tazminat öngörmesi durumunda, bu hükmün uygulanmaması için kamu düzeni müdahalesine başvurulabilir⁸⁸⁵. Yine, bir yolcunun Ankara'dan Duşanbe'ye gitmek üzere bir taşıyıcıdan aldığı taşıma biletinin arkasında, taşıyıcının kusuru olsun olmasın yolcunun veya bagajın uğramış olduğu zarardan hiçbir şekilde sorumlu olmayacağına ilişkin bir şart yer almaktadır. Yolcu, uçağa düzenlenen terörist saldırıda yararlanmış ve Türk mahkemesi önünde taşıyıcıya karşı sorumluluk davası açmıştır. Mahkeme, taşıma biletinde yer alan taşıyıcının hiçbir şekilde sorumlu olmayacağına ilişkin şartın uygulanmasını, Türk kamu düzenine aykırı bulabilir⁸⁸⁶.

Kamu düzeni müdahalesi, zamana ve yere göre değişebileceği ve aykırılığın açık olup olmadığı hâkimin takdirine göre belirleneceği için hangi hâllerin kamu düzeni müdahalesini gerektirebileceğine ilişkin kanunî bir düzenlemenin önceden yapılması ve kapsamının tayini mümkün değildir⁸⁸⁷. Ancak hâkimin, kamu düzeni istisnasına başvurabilmesi için yabancı hukukun ilgili hükmünün; Türk toplumunun temel değerlerine, Türk adap ve ahlak anlayışına veya Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlere aykırı olması gerekmektedir⁸⁸⁸. Yanı sıra hâkim, hüküm vereceği anda geçerli olan kamu düzeni anlayışını esas almalıdır⁸⁸⁹. Ayrıca

⁸⁸⁵ Nafaka borçlusu açısından konuyu ele alan Dinç, s.88'den kıyasen.

⁸⁸⁶ *H.E.Company v. Macondray & Company* davasından kıyasen. *H.E.Company v. Macondray & Company, Inc.*, Republic of Philippines Supreme Court of Manila, G.R.No. L-16598, 3 October 1921, <http://www.lawphil.net>, erişim tarihi Ocak 2016.

⁸⁸⁷ Tiryakioğlu, Akit, s.265; Ökçün, Gündüz A.: Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Aralık 1997, s.98, 108; Nomer, Devletler, s.163; Aybay; Dardağan, s.125; Çelikel; Erdem, s.139; Doğan, Milletlerarası, s.219-220; Tanrıbilir, s.215.

⁸⁸⁸ Çelikel; Erdem, s.151-152; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.74; Güngör, Proximity, s.4, dn.13; Tanrıbilir, s.215; Doğan, Milletlerarası, s.219-223; T.C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu; E.2010/1, K.2012/1, T.10.02.2012 kararı için bkz. RG. 20.09.2012-28417.

⁸⁸⁹ Ökçün, s.58.

kamu düzeni müdahalesi istisnâ niteliktedir ve kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etkisi olmaktadır⁸⁹⁰. Şöyle ki, MÖHUK'un 5. maddesi, hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili yabancı hukukun olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırılığını tespit etmesi hâlinde ilgili hükmü olaya uygulamaması, kamu düzenine aykırılığın olumsuz fonksiyonudur. Bu madde, yabancı hukukun olaya uygulanamaması hâlinde, gerekli görülürse Türk hukukunun uygulanacağını düzenleyerek, kamu düzeninin olumlu etkisine işaret etmektedir.

Şöyle bir örnekte, bir Türk taşıyıcı tarafından yerine getirilecek kalkma yerinin Ankara, varma yerinin Phuket olduğu bir taşımacılıkta, hava aracının Nepal'den geçtiği sırada kazanın meydana gelmesi sonucunda ağır yaralanan yolcu, Türk mahkemesi önünde taşıyıcıya karşı sorumluluk davası açmıştır. Yetkili yabancı hukukun, kazanın meydana geldiği yer hukuku olduğunu varsayarsak, bu yerin taraflarla ve taşıma sözleşmesi ile bağı tesadüfî niteliktedir⁸⁹¹. Ayrıca yetkili yabancı hukukun, yolcunun uğradığı zararlar nedeniyle taşıyıcının sorumlu olacağı tazminat miktarını Türk hukukuna nazaran çok daha düşük tutması da yolcunun yeteri kadar hakkının korunamayacağını ve adil bir sonuca ulaşamayacağını göstermektedir. Bu gerekçelerle, Türk hâkimi, yetkili hukuk olan haksız fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmaması için kamu düzeni müdahalesine başvurulabilir⁸⁹².

⁸⁹⁰ Çelikel; Erdem, s.149; Nomer, Devletler, s.160-169; Doğan, Milletlerarası, s.217-219; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.52-53; Tanribilir, s.215-217. Ökçün, s.53-67, 108-113.

⁸⁹¹ Ehrenzweig, Albert A: "Specific Principles of Private Transnational Law", *Recueil des Cours*, Vol.124, No.II (1968), s.333; Kahn-Freund, O.: "Delictual Liability and the Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, Vol.124, No. II (1968), s.158; Kreindler, s.16-12; Shawcross and Beaumont, s.I-168. Nitekim *lex loci delicti* kuralının katı ve esnek olmaması; bir diğer deyişle kuraldan kaçışa izin verilmemesi, adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Gill, s.219. Ancak, bu kuralın kesinlik, yeknesaklık ve sonucun öngörülebilirliğini sağlayacağı da belirtilmiştir. Kreindler, s.16-12.

⁸⁹² Amerikan hukukunda ika yeri bağlama kuralının, taşıyıcıya karşı açılan tazminat davalarına uygulanmasını, kamu düzeni müdahalesi ile engelleyen en önemli kararlardan biri olan *Kilberg v.*

c. Doğrudan Uygulanan Kurallar

“Doğrudan uygulanan kurallar”, Roma I Tüzüğü’nün 9. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, doğrudan uygulanan kurallar; siyasal, sosyal ve ekonomik örgütlenmesi gibi bir devletin kamu çıkarını korumak amacıyla, o devlette önem teşkil eden, bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun, kendi uygulama alanına giren bütün hallere uygulanan kurallardır.

MÖHUK’un 6. maddesine göre, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde, o kural uygulanır.

Doğrudan uygulanan kuralların mutlaka kamu hukukuna ait olması gerekmez; bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi için ilgili hükmün, kamu menfaati amacı gütmesi gerekir⁸⁹³. Bu duruma genel olarak örnek olarak, *“döviz mevzuatı hükümleri; dış ticaret hukukunda ithalat ve ihracat yasakları; özel hukuka ait sözleşmeleri yapma serbestisine getirilen sınırlamalar ve tüketicinin korunmasına ilişkin getirilen hükümler”* verilmektedir⁸⁹⁴. Havayolu taşımacılığına uygulanabilecek doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak, belirli devletlerin

Northeast Airlines kararından uyarlanmıştır. *Kilberg v. Northeast Airlines*, 9 NY 2d 34, NY Court of Appeals 1961, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

Nitekim bu kararın önemi, “vasıflandırmaya ilişkin kısımda” da değindiğimiz üzere, taşıyıcının sorumluluğunun hukukî sebebinin vasıflandırılmasına ışık tutması ve taşıyıcının sorumluluğuna uygulanacak hukukun tespitinde “*lex loci delicti commissi*” kuralının uygulanmasının kamu düzenine aykırılık sebebiyle önlenilebileceğini göstermesidir. Kahn-Freund, s.127. Bu davada davacı, olaya haksız fiilin işlendiği yer olan Massachusetts hukukunun değil; taşıyıcının emniyetli şekilde yolcuları ulaştırma yükümlülüğü yüklediği sözleşmenin yapıldığı yer olan New York hukukunun uygulanmasını talep etmiştir; gerekçesinde ise Massachusetts hukuku altında sınırlı tazminat miktarının öngörüldüğünü göstermiştir. Mahkeme, somut olayda yolcunun hayatını kaybetmesi nedeniyle taşıyıcının hukukî sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu olarak vasıflandırmış ve haksız fiilin işlendiği yer olan Massachusetts hukukunun yetkili olduğunu belirtmiştir. Ancak mahkeme, haksız fiilin işlendiği yerin tesadüfi nitelikte olmasının ve Massachusetts hukukunun taşıyıcının ödeyeceği tazminat miktarını sınırlı tutmasının adil bir sonuca ulaştırmayacağı gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesine başvurarak, bu hukuku uygulamamıştır. *Kilberg v. Northeast Airlines*, 9 NY 2d 34, NY Court of Appeals 1961, <http://scholar.google.nl>, erişim tarihi Mart 2013.

⁸⁹³ Nomer, Devletler, s.184; Erkan, Mustafa: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, S.2 (2011), s.84. Ancak bazı durumlarda kişilerin menfaati de korunmaktadır. Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.378.

⁸⁹⁴ Nomer, Devletler, s.185; Aybay; Dardağan, s.143; Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.379.

tâbiyetini taşıyan havayolu şirketlerinin Türk hava sahasına giriş ve çıkışlarını yasaklayacak ambargo kararları verilebilir.

Doğrudan uygulanan kurallar ait oldukları toplumun sosyal, ekonomik ve siyasal yapısının korunmasına ilişkin oldukları için yabancı unsur içersin içermesin kapsamına dâhil olan bütün uyuşmazlıklara uygulanmakta; o konuda kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre yetkili hukuk uygulanmamaktadır⁸⁹⁵.

Ayrıca, davanın görüldüğü mahkemenin, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarını da uygulaması gerektiği, yetkili hukukun bir bütün olarak uygulanması ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşebilmesi için genel olarak kabul edilmektedir⁸⁹⁶. *Lex causae*'ya ait doğrudan uygulanan kurallar, akit statüsü hükümleri olarak Türk kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla uygulanmalıdır⁸⁹⁷.

Son olarak, taşıyıcının hukukî sorumluluğunun, sözleşmesel sorumluluk olarak vasıflandırıldığı davalarda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının etki tanınabilirliğinin veya bu kuralların uygulanmasının hangi hâllerde mümkün olabileceği, somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Doktrinde genel olarak verilen örnekler, “*borçlunun, ödeyeceği tazminatı, üçüncü devletin döviz mevzuatı nedeniyle ödeyememesi*”⁸⁹⁸ veya “*ambargo kararları ve sözleşme konusu olan mallara devlet tarafından el konulmasıdır*”⁸⁹⁹. Ayrıca hava taşımacılığına ilişkin doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak bazı yabancı hava yolu taşıma şirketlerinin, Avrupa Birliğine üye devletlerin hava alanlarına inişini ve

⁸⁹⁵ Aybay; Dardağan, s.141, 146; Nomer, Devletler, s.183-184; Erten, Rifat: Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Ankara 2007, s.253 (Spor); Özdemir Kocasakal, s.70-71; Tanrıbilir, s.219.

⁸⁹⁶ Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.381; Nomer, Devletler, s.333; Çelikel; Erdem, s.411; Erten, Spor, s.253; Özdemir Kocasakal, s.72; Tanrıbilir, s.222; Erkan, s.85.

⁸⁹⁷ Nomer, Devletler, s.334; Tanrıbilir, s.222.

⁸⁹⁸ Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.380; Aybay; Dardağan, s.273.

⁸⁹⁹ Erkan, s.98'den naklen; Köseoğlu, Mehmet: “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, *MHB*, C.28, S.1-2 (2008), s.163.

kalkışını güvenlik nedeniyle yasaklayan Avrupa Birliği Tüzüğü verilebilir⁹⁰⁰. Bu durum üzerinden farazî bir olay oluşturabiliriz: Avrupa Birliğine üye devletlere ait hava alanlarına uçuşu yasaklanan taşıyıcılardan biri olan Surinam tâbiyetini taşıyan *Blue Wing Airlines* tarafından Paramaribo- Ankara arasında yapılan taşımacılık sırasında, Yunan hava sahasından geçilirken hava aracı içinde terör saldırısı düzenlendiğini varsayalım. Hava aracının, en yakın yer olarak Yunanistan'a inmesi beklenirken; Yunan yetkilileri, AB Tüzüğüne dayanarak bu hava aracını Yunan hava alanlarından hiçbirine inmesine izin vermemiş ve olaya müdahale konusunda zaman kaybı yaşanmasına sebep olmuşlardır. Bunun üzerine hava aracı Türkiye'ye iniş yapmıştır. Yaralanan yolcuların taşıyıcıya karşı Türkiye'de açmış oldukları sorumluluk davasında, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku Türk hukuku olarak varsayarsak, Türk mahkemesi, doğrudan uygulanan kural olan AB Tüzüğü sebebiyle uygulanmış iniş yasağını vakıa olarak dikkate alacak mıdır?

Türk hukukunda, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağı veya uygulanıp uygulanmayacağı meselesi, MÖHUK'un 31. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır. Hükümde, *lex fori* ve *lex causae*

⁹⁰⁰ 10 Aralık 2015 tarihinde güncellenen liste için bkz. Commission Implementing Regulation 2015/2322 of 10 December 2015 amending Regulation (EC) No. 474/2006 establishing the Community list of air carriers which are subject to an operating ban within the Community, Official Journal of the European Union L. 328/67, <http://ec.europa.eu>, erişim tarihi Şubat 2016.

dışında sözleşmenin sıkı ilişki içinde olduğu bir üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilmektedir⁹⁰¹.

MÖHUK'un 31. maddesinin gerekçesinde⁹⁰², doğrudan uygulanan kurallar, mevcut yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın uygulanan; “genel kamu menfaatine ilişkin” oldukları kabul edilen; politik, sosyal, toplumsal ve ekonomik alanlardaki devlet politikasını aksettiren kurallar olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, “*özel hukukta bulunup, kamu sağlığı, kamu düzeni, kamu menfaati veya genel ahlaka ilişkin hükümlere*” de etki tanınabilir⁹⁰³. Ayrıca kişisel ve toplumsal menfaatleri birlikte koruyan gri alan kurallarının (örneğin tüketiciyi koruyan kuralların) da yabancı hâkim tarafından dikkate alınması gerektiği doktrinde belirtilmiştir⁹⁰⁴.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak, o kuralların doğrudan uygulanması demek olmadığı; hâkim tarafından dikkate alınması anlamına geldiği doktrinde ifade edilmiştir⁹⁰⁵. Bu durumda, Kanunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği denilerek, hâkime takdir imkânı bırakılmıştır⁹⁰⁶. Nitekim üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının zorunlu olmadığı; sadece bu kuralların; sözleşmeyle ilişkisinin güçlü olması şartıyla dikkate alınabileceği; ancak uygulanmamaları hâlinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenebilmesi için bu kurallara etki tanımayı sağlayan, dikkate alınması gerekli bir imkân getirildiği madde gerekçesinde belirtilmiştir.

⁹⁰¹ Aybay; Dardağan, s.273; Özdemir Kocasakal, s.73.

⁹⁰² Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı 47, <https://www.tbmm.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2016.

⁹⁰³ Tekinalp; Uyanık Çavuşoğlu, s.380; Erten, Spor, s.252.

⁹⁰⁴ Güngör, Tüketici, s.114.

⁹⁰⁵ Nomer, Devletler, s.335.

⁹⁰⁶ Aybay; Dardağan, s.273; Nomer, Devletler, s.335.

Ayrıca, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, Türk kamu düzenini ihlâl etmediği sürece uygulama alanı bulacaktır⁹⁰⁷.

Sonuç olarak, hâkim taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanmak üzere doğrudan uygulanan kuralların varlığını somut olayın özelliklerine göre tespit etmelidir.

B. Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin *Lex Fori*'nin İç Hukukunu Yetkilendirdiği Hâllerde Türk Hukukunun *Lex Fori* Sıfatıyla Uygulanması

Varşova Sistemi ve Montreal Sistemi açısından *lex fori*'nin iç hukukunun uygulandığı ortak alanlar, mahkeme ve diğer dava masraflarının ödenmesi; usul hukukuna ilişkin konular ve dava açma süresinin hesaplanmasıdır. Bu konular yanında sadece Varşova Sisteminin kapsamında olan taşıyıcının sorumluluk davalarında tarafların ortak kusurunun varlığı ve taşıyıcının sorumlu olduğu miktarın taksitlenmesi, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna bırakılmıştır. Ayrıca sadece Montreal Sözleşmesi kapsamında *lex fori*'nin iç hukukunun uygulandığı alan ise sorumlu olan birden fazla taşıyıcının birbirlerine olan rücu hakkıdır.

Sözleşmeler kapsamında olan taşıyıcının sorumluluk davası, Sözleşmeler kapsamında milletlerarası yetkili Türk mahkemesi önünde açılmışsa, bu konulara Türk hukukunun maddî hükümleri uygulanacaktır. Aşağıda bu konulardan; her davada hâkimin ele aldığı yargılama masraflarının ödeme yükümlülüğü ve usule ilişkin konular ile birden fazla taşıyıcının sorumluluk davalarında önem taşıyan taşıyıcıların birbirlerine karşı olan rücu hakkı konusu üzerinde kısaca durulacaktır.

⁹⁰⁷ Erkan, s.110.

1. Usule İlişkin Konular

Milletlerarası sözleşmelerde taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin davalarda, usule ilişkin konuların, mahkemenin hukukuna tâbi olacağı kabul edilmiştir (Varşova Sözleşmesi m.28; Montreal Sözleşmesi m.33/4). Bu düzenleme, usul konuların *lex fori*'ye tâbi olmasına ilişkin genel kural ile de uyumludur⁹⁰⁸.

Varşova ve Montreal Sözleşmeleri, hangi konuların usule ilişkin konu olduğunu belirtmemiş; sadece usule ilişkin konuların *lex fori*'ye tâbi olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle hangi konuların usule ilişkin olduğunu belirleme yetkisi davanın görüldüğü mahkemenin yetkisindedir. Bu durumda, davanın Türk mahkemesi önünde görülmesi durumunda, hangi konuların usule ilişkin olduğu Türk usul hukukuna göre belirlenecektir.

Ayrıca Montreal Sözleşmesi kapsamında taşıyıcıların birbirlerine karşı rücu hakkına sahip olup olmadığı da, usul hukukuna ilişkin olduğu için *lex fori*'ye tâbi tutulmuştur. Montreal Sözleşmesinin 37. maddesinde, Sözleşmenin hiçbir hükmünün, Sözleşme kapsamına giren zarardan sorumlu olan bir şahsın, zarardan sorumlu olabilecek diğer bir şahsa karşı rücu hakkına engel olmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca Sözleşmenin 45/2. maddesinde, fiilî taşıyıcı tarafından gerçekleştirilen taşımacılıkla ilgili olarak fiilî taşıyıcı veya sözleşmesel taşıyıcıya karşı bir dava açılmışsa, dava açılan taşıyıcının, diğer taşıyıcının da davaya katılmasını talep edebileceği ve talep usulünün, davanın açıldığı mahkemenin hukukuna tâbi olacağı belirtilmiştir. Bu hükümlerin yanında Sözleşmenin 48. maddesinde, “45. madde haricinde ‘Fiilî Taşıyıcı Tarafından Yapılan Taşımacılığa’ ilişkin olan 5. Bölümde yer alan hiçbir düzenlemenin, taşıyıcıların birbirlerine karşı olan rücu ve tazminat

⁹⁰⁸ Nomer, Devletler, s.386; Çelikel; Erdem, s.453; Doğan, Milletlerarası, s.25; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.316.

hakkı dâhil hiçbir hak ve sorumluluklarını etkilemeyeceği düzenlenmiştir”. Bu durumda, fiilî taşıyıcının sözleşmesel taşıyıcıya veya sözleşmesel taşıyıcının fiilî taşıyıcıya karşı olan rücu hakkı, Sözleşmede düzenlenmeyen bir konu olarak davanın görüldüğü mahkemenin hukukuna tâbi olacaktır.

Sözleşmeler kapsamında yetkili Türk mahkemesi önünde görülen sorumluluk davasında, davalı olarak birden fazla taşıyıcı varsa; bu taşıyıcılar arasındaki rücu ilişkisi, TBK’nın müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerine tâbidir⁹⁰⁹. Kanunun 162. maddesine göre, birden fazla borçludan her biri, borcun tamamından sorumlu olmayı beyan ederse, müteselsil borçluluk doğar; ancak bu yönde bir beyan yoksa kanunda öngörülen hallerde müteselsil borçluluk ortaya çıkar. Kanundan doğan müteselsil borçluluğa örnek olarak, haksız fiil sorumluluğunda müteselsil borçluluk verilebilir⁹¹⁰. Haksız fiil sorumluluğunda müteselsil borçluluk hâlinde iç ilişkiyi düzenleyen TBK’nın 62. maddesine göre, müteselsil sorumlular arasında tazminatın paylaştırılmasında her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu dâhil olmak üzere tüm hal ve şartlar göz önünde tutulmalıdır⁹¹¹.

Ancak Türk hukukunda, usul hukukuna ait her konu, *lex fori*’ye tâbi tutulmamaktadır. Örneğin taşıyıcının yerleşim yeri kavramının ve taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tanınması ve tenfizi için bu kararın kesin hüküm olup olmadığı, *lex fori*’ye tâbi değildir⁹¹². Ayrıca Türk hukukunda, tarafların dava ehliyetinin ve taraf ehliyetinin olup olmadığı *lex*

⁹⁰⁹ Orbay Ortaç, s.113.

⁹¹⁰ Kılıçoğlu, Borçlar, s.759.

⁹¹¹ Kanunun 62. maddesine ilişkin açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.469-473.

⁹¹² Nomer, Devletler, s.392-393. Buna ilişkin açıklamalar için bkz. aşı. s.297 vd.

fori'ye göre değil; *lex causae*'ya göre belirlenmektedir⁹¹³. Medenî hukuktaki hak ehliyeti, medenî usul hukukunda taraf olma ehliyetine (HMK m.50); medenî hukuktaki fiil ehliyeti ise medenî usul hukukunda dava ehliyetine (HMK m.51) bürünmektedir⁹¹⁴. Bu durumda, Türk hukuku açısından tarafların taraf (hak) ehliyeti ve dava (fiil) ehliyeti, maddî hukuka ait konular olup, kanunlar ihtilâfı hukuku kuralı olan MÖHUK'un 9. maddesine göre belirlenir. Buna göre, hak ve fiil ehliyeti; gerçek kişiler açısından milli hukuklarına; tüzel kişiler açısından statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir⁹¹⁵. Ancak tüzel kişilerin fiilî idare merkezinin Türkiye'de bulunması durumunda, tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine Türk hukuku uygulanabilir (m.9/4/son cümle).

2. Yargılama Giderlerini Ödeme Yükümlülüğü ve Oranı

Yargılama giderleri, yargılama faaliyetinin sürdürülmesi için ödenmesi gereken masraflardır⁹¹⁶. Lahey Protokolünün m.XI/4. maddesi ile değiştirilen Varşova Sözleşmesinin 22/4 ve Montreal Sözleşmesinin m.22/6. maddelerine göre yargılama giderlerini ödeme yükümlülüğü ve oranı, davanın açıldığı mahkemenin iç hukukuna tâbidir. Davanın açıldığı mahkeme, Türk mahkemesi ise, bu giderleri ödeme yükümlülüğü ve oranı, HMK'nın ilgili hükümlerine tâbidir.

Bu giderlerin kapsamı HMK'nın 323. maddesinde belirtilmiştir. Bunlardan bazıları, karar harçları, dava nedeniyle yapılan posta, dosya, keşif ve tanık masrafları

⁹¹³ Nomer, Devletler, s.387; Çelikel; Erdem, s.463-464; Doğan, Milletlerarası, s.26.

⁹¹⁴ Kuru; Arslan; Yılmaz, s.208.

⁹¹⁵ Nomer, Devletler, s.388.

⁹¹⁶ Kuru; Arslan; Yılmaz, s.697; Akyol Aslan, Leyla: "Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1 (2011), s.34-35.

Yargılama giderleri, ikiye ayrılmaktadır; ilki devletin, mahkemelerin sunduğu hizmet karşılığında aldığı para olan yargılama harcı; diğeri, tarafların yargılama faaliyetinin sürdürülmesi ve sonuçlandırılması için ödedikleri para olan yargılama giderleridir. Ancak yargılama giderleri, geniş olarak yargılama harcını da kapsamaktadır. Kuru; Arslan; Yılmaz, s.697.

ve vekâletname ücretidir⁹¹⁷. Yargılama giderleri, hâkimin resen hükmedeceği bir konudur ve hükümde bu giderlerden kimlerin ve hangi oranda sorumlu olduğu belirtilmelidir (HMK m.332). Örneğin, her taraf, talep ettiği deliller için gereken avansı yatırmakla yükümlüdür (m.324). Ancak yargılama sonunda, aleyhine hüküm verilen taraf yargılama giderlerini ödemekle yükümlüdür (m.326/1). Aleyhine hüküm verilen kişiler birden fazla ise, bu kişiler arasında bu giderler paylaştırılabileceği gibi bu kişiler giderlerden müteselsilen sorumlu da tutulabilirler (m.326/3).

IV. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

Taşıyıcının, uluslararası hava yolu taşımacılığı sebebiyle doğan hukukî sorumluluğu, niteliği gereği birden çok devlet ile irtibatlı olduğu için yabancı mahkeme kararlarının, diğer bir devletin hukukunda tanınması ve tenfizi gerekebilir. Türk hukukunda, milletlerarası sözleşmeler (Varşova ve Montreal Sözleşmeleri) kapsamında olsun olmasın taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, iki⁹¹⁸ veya çok taraflı anlaşma hükümlerine⁹¹⁹; anlaşma olmaması durumunda Türkiye'nin milletlerarası özel hukuk mevzuatına bağlıdır⁹²⁰. Bu bölümde, MÖHUK'un konu ile ilgili hükümleri inceleme konusu yapılacaktır;

⁹¹⁷ Gider avansı tarifiesi; tanık, hakem ve bilirkişi ücret tarifeleri resmi gazetede ilan edilmektedir. RG.30.09.2015-29488

⁹¹⁸ Türkiye ile hukukî ve ticarî konulara ilişkin kararların tanınması ve tenfizi hakkında ikili sözleşmeler yapan devletler: Almanya, Arnavutluk, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Çin, Gürcistan, Hırvatistan, Irak, İngiltere, İran, İsviçre, İtalya, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Kanada, Karadağ, Kazakistan, Kırgızistan, Litvanya, Makedonya, Moğolistan, Moldova, Özbekistan, Polonya, Romanya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Suriye, Tacikistan, Tunus, Türkmenistan, Ukrayna, Umman. Metinlere ulaşmak için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikili.html>, erişim tarihi, 20.3.2015.

⁹¹⁹ Taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin verilen mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından uygulanabilir nitelikte olan Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere örnek olarak, 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi ile mahkeme masraflarına ilişkin kararların diğer taraf devletlerde tenfizine yönelik Hukuk Usulüne Dair 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi (RG. 23.05.1972-14194) verilebilir.

⁹²⁰ Şanlı, Sivil Havacılık, s.49-50.

Türkiye'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı anlaşma hükümleri üzerinde durulmayacaktır.

Tanıma, yabancı ilâmın kesin hüküm ve kesin delil etkisinin tanınmanın talep edildiği devlet mahkemesi tarafından kabul edilmesidir (MÖHUK m.58/1)⁹²¹. Örneğin eşya taşımacılığında göndericinin eşyasının hasara uğraması üzerine Londra'da açılan davada, Londra mahkemesi, Türk taşıyıcısının sorumlu olmadığına karar vermiştir. Bunun üzerine gönderici, bu karardan memnun kalmayıp, Türkiye'de tekrar taşıyıcıya karşı dava açmışsa, taşıyıcı, Londra mahkemesinin verdiği sorumlu olmadığına ilişkin kararın, Türkiye'de tanınmasını isteyerek, bu davaya itiraz edebilir. Tenfiz ise, tenfizi talep edilen mahkeme tarafından yabancı ilâmın kesin hüküm ve kesin delil niteliğinin yanında icra edilebilirliğinin kabul edilmesi ve ilâma cebrî icra kabiliyetinin kazandırılmasıdır⁹²². Örneğin bir Türk taşıyıcısının sorumluluğuna hükmedildiği yabancı mahkeme kararında yer alan tazminatın Türk taşıyıcısından alınabilmesi için bu kararın Türkiye'de tenfiz edilmesi gerekmektedir.

Kesin hüküm, iki hususu içinde barındırır. “İlki, ilgili karara karşı itiraz ve kanun yollarının kapatılması (şekli anlamda kesin hüküm); ikincisi ise kararın içeriğinin bağlayıcı olmasıdır; bir diğer deyişle aynı davanın yeniden görülememesidir (maddî anlamda kesin hüküm)”⁹²³. Ayrıca kesin hüküm, taraflar

⁹²¹ Doktrinde bu tanımın kapsamının genişletilmesi ve böylece yabancı idarî makamlar tarafından özel hukuka ilişkin verilen idarî kararlar ile ara kararların da tanınmanın kapsamına girmesi gerektiği belirtilmiştir. Sargın, Fügen; Erten, Rifat: “MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukukî Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C.3, S.2 (2014), s.47’den naklen.

⁹²² Nomer, Devletler, s.500; Aybay; Dardağan, s.293; Ekşi, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s.3-4 (Tenfiz); Güven, Pelin: Tanıma- Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2013, s.27; T.C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu; E.2010/1, K.2012/1, T.10.02.2012 kararı için bkz. RG. 20.09.2012-28417.

⁹²³ Pekcanitez; Atalay; Özekes, s.495-496; Postacıoğlu; Altay, s.772; Aybay; Dardağan, s.291; Nomer, Devletler, s.498; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.489; Dinç, Feriha Bilge: Nafaka ilâmlarının Tanınması ve Tenfizi (Yayınlanmamış Tez), Ankara 1985, s.14; Tiryakioğlu, Bilgin: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996, s.13-14 (Boşanma); Sakmar,

arasında kanunî delil teşkil etmektedir⁹²⁴. Şöyle ki, “*ikinci bir davanın tekrar açılması hâlinde, önceki davada kesin hükme bağlanan konu, ikinci davada esas alınarak, kesin delil özelliğini taşır*”⁹²⁵. İcra kabiliyeti kazanma ise, “*devletin icra organlarının aracılığıyla mahkeme kararı ile belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesidir*”⁹²⁶.

Doktrinde, mahkemenin bir yabancı kararın tenfizine karar verirken iki ölçütü dikkate alması gerektiği; bunlardan ilkinin yabancı mahkeme kararının cebrî icraya elverişli olup olmayacağı; ikincinin ise, tenfizi talep edilen kararın icrası için yetkili makamlara başvurulup başvurulamayacağı olduğu bildirilmiştir⁹²⁷.

Yabancı bir kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizinde kabul edilen sistem, “*exequator*” sistemidir. Bu sistem kapsamında, yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi için belirli şartların varlığı aranarak, tenfiz kararı alınmalıdır⁹²⁸.

Taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için Varşova ve Montreal Sözleşmelerinde hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle gerek milletlerarası sözleşmeler kapsamında olan taşımacılığa ilişkin mahkeme kararlarının gerek sözleşmeler kapsamında olmayan uluslararası taşımacılığa ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin Türk mahkemelerinden talep edilmesi hâlinde, MÖHUK’un ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Ata: Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları, İstanbul 1982, s.57; Ertaş, Şeref: “Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi”, *Kudret Ayiter’e Armağan*’dan Ayrı Bası, Ankara 1988, s.371-372; Çelikel; Erdem, s.656; Erten, Rifat: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?” *Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan, MHB*, Sayı 1-2, Yıl 25-26 (2005-2006), s.198 (Tenfiz).

⁹²⁴ Postacıoğlu; Altay, s.774; Dinç, s.15.

⁹²⁵ Aybay; Dardağan, s.292’den naklen.

⁹²⁶ Aybay; Dardağan, s.292; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.477; Nomer, Devletler, s.500; Tiryakioğlu, Boşanma, s.14; Dinç, s.15.

⁹²⁷ Sargın; Erten, s.50.

⁹²⁸ Dinç, s.18; Çelikel; Erdem, s.659.

MÖHUK'un 50. maddesi, bir yabancı mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için gereken ön şartları⁹²⁹ düzenlemektedir. MÖHUK'un 58. maddesine göre, yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespitine bağlıdır. Doktrinde bir görüş, 58. madde ile tenfiz şartları ve usulünün, tanıma için de uygulanacağını savunmuş iken⁹³⁰, bir başka görüş, tenfiz şartları ve usulünün, “*tanımanın niteliğine uygun düştüğü ölçüde*” uygulanabileceğini belirtmiştir⁹³¹.

Bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için MÖHUK’un 50. maddesinde belirtilen ön şartlar, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması için de aranmaktadır⁹³². Bu hüküm çerçevesinde, tanıma ve tenfize konu olacak bir yabancı kararın⁹³³ şu şartları taşıması gerekmektedir:

- İlâm niteliği taşıması;
- Hukuk davasına veya ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklara ilişkin olması;
- Mahkeme tarafından verilmesi ve
- Kesinleşmiş olmasıdır.

i. İlâm niteliği taşıması

Yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tanınması veya tenfizi için bu kararın ilâm niteliğini taşıması gerekmektedir. Hâkim görüş ve uygulama, yabancı bir mahkeme kararının ilâm niteliğini taşıyıp taşımadığının, kararı veren yabancı

⁹²⁹ Dinç, s.21, 34, 61; Tiryakioğlu, Akit, s.20; Ekşi, Tenfiz, s.109; Güven, s.24, 27, 28.

⁹³⁰ Çelikel; Erdem, s.726-727; Doğan, Milletlerarası, s.105-106.

⁹³¹ Tiryakioğlu, Boşanma, s.37; Aybay; Dardağan, s.312.

⁹³² Aybay; Dardağan, s.296; Sargın; Erten, s.79; Ekşi, Tenfiz, s.109; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.482.

⁹³³ Yabancı karardan kasıt, “Türk mahkemeleri dışında bir başka devlet mahkemesinden verilen karardır”. Sakmar, s.15; Dinç, s.36.

mahkemenin hukukuna göre tespit edileceği yönündedir⁹³⁴. Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Kararında, Türk mahkemesinin, yabancı mahkeme kararının ilâm niteliğinde olup olmadığını, Türk hukukunda yer alan bir düzenlemeye kıyasla belirlenemeyeceğini belirtmiştir⁹³⁵.

Türk hukukunda ilâm, hükmün taraflara verilen nüshası olarak tanımlanmıştır (HMK m.301/2). Böylece Türk hukukunda hüküm kararın aslı iken, ilâm taraflara verilen nüshadır⁹³⁶.

ii. Yabancı ilâmın, hukuk davasına veya ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklara ilişkin olması

Taşıyıcıya karşı açılan sorumluluk davasının, hukuk davası olup olmadığı, *lex fori*'ye; yani Türk hukukuna tâbidir⁹³⁷. Genel olarak, taşıyıcının hukukî sorumluluğu, borçlar hukuku alanında doğan sözleşmesel sorumluluğa veya haksız fiil sorumluluğuna ilişkindir; yani taşıyıcının sorumluluk davası, hukukî bir dava niteliğindedir.

iii. Yabancı ilâmın, bir mahkeme tarafından verilmesi

Tanıma ve tenfizi talep edilen kararı veren makamın, mahkeme olup olmadığı, o kararı veren ülke hukukuna göre belirlenir⁹³⁸. Doktrinde “mahkeme” şu şekilde tarif edilmiştir: “*Tarafsız ve bağımsız nitelikte ve önceden belirlenmiş usûl kuralları dairesinde, temsil ettiği devletin yargılama hakkını onun adına kullanarak,*

⁹³⁴ Ekşi, Tenfiz, s.112, 115; Güven, s.46; T.C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu; E.2010/1, K.2012/1, T.10.02.2012 kararı için bkz. RG. 20.09.2012-28417.

⁹³⁵ T.C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu; E.2010/1, K.2012/1, T.10.02.2012 kararı için bkz. RG. 20.09.2012-28417.

⁹³⁶ Kuru; Arslan; Yılmaz, s.456.

⁹³⁷ Tiryakioğlu, Boşanma, s.34-35; Dinç, s.35; Ekşi, Tenfiz, s.125; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.486'den kıyasen. Kanunda yer alan “hukuk davası” teriminin kamu ve özel hukuk alanında yer alan tüm davaları kapsaması nedeniyle bu terim yerine tanıma ve tenfize konu olacak kararların, özel hukuka ait olması gerektiğini vurgulamak için “ticarî ve medenî davalar” terimine yer verilmesine ilişkin görüş için bkz. Ekşi, Tenfiz, s.121-123.

⁹³⁸ Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.483; Ekşi, Tenfiz, s.111.

*objektif kurallara dayalı karar vermek üzere bir yargılama faaliyeti yürüten organ, mahkeme olarak kabul edilmektedir*⁹³⁹. Kararı veren organın bağımsız ve tarafsız olmaması durumunun, kararı veren organın kararının tanınması ve tenfizine doğrudan engel olmayacağı⁹⁴⁰; ancak somut olaya etkisinin araştırılması gerektiği doktrinde savunulmuştur⁹⁴¹. Ayrıca mahkemenin, egemen bir devlet adına karar vermesinin gerektiği de doktrinde belirtilmiştir⁹⁴².

Taşıyıcının hukukî sorumluluğuna ilişkin davaların, Varşova veya Montreal Sözleşmeleri kapsamında olması durumunda, mutlaka bir “mahkemede” görülmesi gerekmektedir⁹⁴³. Nitekim Sözleşmeler, milletlerarası yetkili mahkemeleri özel olarak tespit etmiştir.

iv. Yabancı ilâmın, kesinleşmiş olması

MÖHUK m.50/1 kapsamında tanıma ve tenfizi talep edilen kararın, kesinleşmiş olup olmadığı, kararın verildiği mahkemenin hukukuna göre tespit edilmektedir. Doktrinde bir görüş, tanıma ve tenfiz talep edilen kararın şekli ve maddî anlamda kesinleşmiş olması gerektiğini belirtmiştir⁹⁴⁴. Buna karşın doktrinde çoğunlukla, yabancı ilâmın, verildiği ülke hukukuna göre şekli anlamda kesinleşmesi yeterli görülmektedir⁹⁴⁵. Nitekim yabancı bir karar, tanınma (tenfizi) sonucunda

⁹³⁹ Sargın; Erten, s.79, dn.93'den naklen.

⁹⁴⁰ Tiryakioğlu, Boşanma, s.35; Dinç, s.36.

⁹⁴¹ Aybay; Dardağan, s.307.

⁹⁴² Sakmar, s.16; Tiryakioğlu, Boşanma, s.35'den naklen. Ayrıca “mahkeme olmayan makamların verdiği kararların tanınması konusu da tartışmalıdır”. Tiryakioğlu, s.34'den naklen. Bu tartışma, özellikle boşanma kararlarının tanınmasına ilişkin olarak yaşandığı için bu tartışmanın ayrıntılarına girmemeyi uygun görmekteyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, Boşanma, s.34-37; Aybay; Dardağan, s.298; Nomer, s.504; Çelikel; Erdem, s.655.

⁹⁴³ Bu kuralın istisnası, Varşova ve Montreal Sözleşmeleri kapsamında eşya taşımacılığı sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların, hakem önünde çözülebilmesidir. Ayrıca zararın doğmasından sonra yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan sorumluluk davalarının, tahkim önüne getirilebileceğine ilişkin görüşler için bkz. yuk. s.70, 170 vd.

⁹⁴⁴ Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.490.

⁹⁴⁵ Sakmar, s.57; Dinç, s.40; Sargın; Erten, s.79, dn.94; Ertaş, s.391; Şit, Banu: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, S.1 (2011), s.63.

maddî anlamda kesin hüküm niteliğini kazanmış sayılır⁹⁴⁶. Bu açıklamalardan yola çıkılarak, yabancı bir mahkemenin verdiği taşıyıcının hukukî sorumluluk kararının, Türk hukukunda tanınması ve tenfizi için şeklî anlamda kesinleşmesinin yeterli olduğunu değerlendirmekteyiz.

Bu nitelikleri haiz taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin yabancı ilâm, MÖHUK m.54’de sayılan aslî⁹⁴⁷ (esasa ilişkin⁹⁴⁸) şartları taşıması halinde tenfiz edilebilmektedir. Dolayısıyla, tanıma ve tenfizin talep edildiği Türk mahkemesi, sadece 54. maddede sayılan şartlar açısından yabancı ilâmı denetleyecek; esastan inceleyemeyecektir. Bunun yanında, yabancı ilâmın tanınabilmesi için, 54. maddede sayılan şartlardan olan karşılıklılık şartı hariç tenfizin diğer şartlarının varlığı aranmaktadır (m.58/1).

a) Tenfiz şartlarından ilki olan karşılıklılık şartına göre Türkiye ile bir başka devlet arasında, verilen kararların tenfiz edilebilmesi için bir anlaşma, bir kanun hükmü veya fiilî bir uygulama olmalıdır.

Karşılıklılık esasının varlığının tespiti, Türkiye ile ilâmın verildiği devlet arasında bir anlaşma veya kanunî düzenlemenin varlığı hâlinde kolay olmaktadır⁹⁴⁹. Ayrıca kanunî karşılıklılığın gerçekleşmiş sayılabilmesi için tüm tenfiz şartlarının aynı olması gerekmez⁹⁵⁰. Ancak Türk mahkemesinden tenfizi talep edilen kararın verildiği mahkemenin hukukunda tenfiz şartları, Türk hukukunda kabul edilen tenfiz şartlarından daha ağır nitelikteyse, kanunî karşılıklılığın varlığı kabul edilemez⁹⁵¹.

⁹⁴⁶ Dinç, s.40; Tiryakioğlu, Boşanma, s.38; Şit, s.63.

⁹⁴⁷ Tiryakioğlu, Boşanma, s.39.

⁹⁴⁸ Ekşi, Tenfiz, s.157.

⁹⁴⁹ Ertaş, s.392-393.

⁹⁵⁰ Dinç, s.67.

⁹⁵¹ Aybay; Dardağan, s.302; Nomer, Devletler, s.512-513; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.498; Çelikel; Erdem, s.675.

Fiilî karşılıklılığın varlığının tespiti ise daha zordur⁹⁵². Bunun için dava örneklerinden yararlanılmaktadır⁹⁵³. İlâmın verildiği devletin mahkemeleri tarafından daha önceden Türk mahkemelerinden verilen kararların tenfizine karar verilmişse, fiilî karşılıklılık gerçekleşmiş sayılır⁹⁵⁴.

Sonuç olarak, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin verilen bir kararın, Türkiye’de tenfizi talep edildiğinde; hâkim, ahdî, kanunî ve fiilî karşılıklılığın varlığını araştırmalı ve gerekli görürse, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünden yardım istemelidir⁹⁵⁵.

b) İkinci olarak, ilâmın Türk mahkemesinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmesi gerekir.

MÖHUK kapsamında “münhasır yetki” kavramı, usul hukukundaki “kesin yetki”⁹⁵⁶ kavramından farklıdır⁹⁵⁷. Münhasır yetki kuralı, davanın sadece Türk mahkemesinde görülmesi amacıyla kabul edildiği için yabancı ilâmın tanınması ve tenfizi önlenmiş olur⁹⁵⁸. Tanıma ve tenfizin talep edildiği Türk mahkemesi, somut uyuşmazlığa ilişkin olarak münhasır yetkiye sahip olup olmadığını re’sen araştırırken⁹⁵⁹, yabancı mahkemenin yetkisini araştıramaz⁹⁶⁰. Bu kapsamda münhasır yetki kuralı olarak kabul edilen hüküm, taşınmazın aynından doğan davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğuna ilişkin HMK’nın

⁹⁵² Ertaş, s.392-393.

⁹⁵³ Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.494.

⁹⁵⁴ Dinç, s.66.

⁹⁵⁵ Dinç, s.68.

⁹⁵⁶ Kesin yetki, davanın sadece o yer mahkemesinde açılmasıdır. Tiryakioğlu, Boşanma, s.41. HMK’da belirtilen her kesin yetki kuralı, münhasır yetki kuralı değildir.

⁹⁵⁷ Dinç, s.71; Tiryakioğlu, Boşanma, s.41; Ekşi, Tenfiz, s.178.

⁹⁵⁸ Sakmar, s.99; Dinç, s.72; Aybay; Dardağan, s.302; Nomer, Devletler, s.515; Nomer, Ergin: Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, *Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB*, S.1-2, Yıl 23 (2003), s.566 (Kamu Düzeni); Tiryakioğlu, Boşanma, s.40; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.503; Çelikel; Erdem, s.554, 682 vd.

⁹⁵⁹ Aybay; Dardağan, s.303.

⁹⁶⁰ Dinç, s.73; Tiryakioğlu, Boşanma, s.42.

12.maddesidir. Öte yandan, MÖHUK'un 47/2. maddesinde; iş ve iş ilişkisi, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak 44, 45 ve 46. maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisinin tarafların anlaşmasıyla kaldırılamayacağı düzenlendiğinden, bu yetki kurallarının münhasır nitelikte olup olmadığı tartışılmaktadır⁹⁶¹. Ancak söz konusu yetki kurallarından hiçbiri, taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanabilir nitelikte olmadığı için bu konulara ilişkin tartışmalara değinilmeyecektir.

Sonuç olarak, mevzuatımızda, Türk mahkemelerinin, taşıyıcının sorumluluk davalarında münhasır yetkili olduğuna ilişkin bir yetki kuralı mevcut değildir.

c) Üçüncü olarak, yabancı ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması gerekir. Aksi halde, aşkın (aşırı) yetki kullanan mahkemenin vermiş olduğu karar tanınıp tenfiz edilmeyecektir⁹⁶².

⁹⁶¹ Görüş ve tartışmalar için bkz. Nomer, Devletler, s.513, 516; Güngör, Tüketici, s.161-172, 547; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.397-398; 505-506; Ekşi, Tenfiz, s.198-214; Çelikel; Erdem, s.685.

⁹⁶² Aybay; Dardağan, s.303; Dardağan, s.252; Nomer, Devletler, s.517; Çelikel; Erdem, s.688 vd.; Ekşi, Tenfiz, s.270. Yetki kuralları dikkate alınmadan uyuşmazlık veya uyuşmazlık tarafları veya davanın sebebi veya konusu ile yetersiz ve tesadüfî irtibata sahip olan bir mahkemenin varlığı hâlinde, aşkın (aşırı) yetki söz konusudur. Kessedjian, Catherine: "International Jurisdiction And Foreign Judgments in Civil And Commercial Matters", *Hague Conference on Private International Law, Enforcement of Judgments*, Prel. Doc. No 7 (April 1997), http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd7.pdf, s.40, erişim tarihi Mayıs 2015; Clermont, Kevin M.; Palmer, John R.B.: "Exorbitant Jurisdiction", *Maine Law Review*, Vol.58, No.2 (2006), s.474, 476; Ekşi, Aşırı Yetki, s.258; Ekşi, Tenfiz, s.275.

"Aşkın yetki, tarafların tâbiyetine; davacının yerleşim yerine veya meskenine veya geçici olarak bulunduğu yere; davalıya tebligat yapıldığı yere; davalının iş yaptığı yere, davalının malvarlığının bulunduğu veya ihtiyatî haczin yapıldığı yere bağlı olarak kurulabilmektedir". Dardağan, s.129-207. Ayrıca bkz. Russell, Kathryn A.: "Exorbitant Jurisdiction and Enforcement of Judgments: The Brussels System as an Impetus for United States Action", *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol.19 (1993), s.59-62; Ekşi, Aşırı Yetki, s.253; Ekşi, Tenfiz, s.242-270. Ulusal hukuk düzenlerinde aşkın yetki kurallarına yer verilmesinin altında yatan sebepler, davacının hukukî korunması ve mahkemelerin kendileri ile belirli bir irtibata sahip şahıs ve olaylar üzerinde egemenliklerini devam ettirebilmeleridir. Dardağan, s.225-227. Ayrıca dava konusu veya davanın tarafları ile ilgisinin olmadığı veya az olduğu mahkemeye milletlerarası yetki veren aşkın yetki kurallarının, siyasi bir tercihi gösterdiği doktrinde belirtilmiştir. Ekşi, Aşırı Yetki, s.253.

Bu şartta geçen “aşkın yetkinin varlığının” Türk hukukuna göre mi ilâmı veren mahkemenin hukukuna göre mi tespit edileceği açık değildir⁹⁶³. Türk hukuku açısından farklı uygulamaların önüne geçmek adına aşkın yetki kıstaslarının objektif olarak önceden belirtilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁹⁶⁴. Yabancı ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişki içinde bulunup bulunmadığının incelenmesi için davalının itiraz etmesi gerekir⁹⁶⁵.

Sonuç olarak, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin verilen bir kararın Türkiye’de tanınması veya tenfizi talep edildiğinde, somut olayın özelliğine göre davalı bu şarta dayanarak itiraz edebilir.

ç) Dördüncü olarak, yabancı hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerekir⁹⁶⁶. Kanunlar ihtilâfi hukukunda kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyerek, olumlu ve/veya olumsuz etki yaratır⁹⁶⁷. Yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfizi aşamasında ise, kamu düzeni müdahalesi, yabancı bir ilâmın tanınmasını veya tenfizini önlediğinden⁹⁶⁸ sadece olumsuz etkiye sahiptir⁹⁶⁹. Yabancı ilâmın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını hâkim takdir edecektir⁹⁷⁰.

Hâkim, takdir yetkisini aykırılığın açık olup olmadığı noktasında kullanacak, ilâma Türkiye’de hukukî sonuç bağlanması durumunda oluşacak tahammül edilemez

⁹⁶³ Ekşi, Tenfiz, s.277.

⁹⁶⁴ Sargın, Fügen: A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law, *IPRax*, Vol.28, No.4 (2008), s.355 (Analysis); Ekşi, Tenfiz, s.278; Aybay; Dardağan, s.304.

⁹⁶⁵ Davalının itiraz etmesi hâlinde aşkın yetkinin varlığını araştırarak olan mahkeme, çekişmesiz dava hâlinde, davalı olmadığı için bu şart araştırmayacaktır. Ekşi, Tenfiz, s.277.

⁹⁶⁶ Doktrinde, “yabancı hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerektiğine” ilişkin ifadenin açık olmaması nedeniyle bu ifadenin yerine, “yabancı ilâmın etkisi ve sonucunun, Türk hukukunun temel ilkelerine ve Türk toplumunun ahlak anlayışına açık aykırı olması gerektiği” şeklinde bir ifadeye yer verilmesinin, yanlış uygulamaları önleyebileceği savunulmuştur. Sargın, Analysis, s.357.

⁹⁶⁷ Aybay; Dardağan, s.304; Nomer, Devletler, s.519. Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. s.283.

⁹⁶⁸ Aybay; Dardağan, s.304; Nomer, Devletler, s.519.

⁹⁶⁹ Dinç, s.83; Tiryakioğlu, Boşanma, s.47.

⁹⁷⁰ Dinç, s.84; Tiryakioğlu, Boşanma, s.48; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.511; Nomer, Devletler, s.526.

bir durum arayacaktır⁹⁷¹. Ancak genel olarak, yabancı ilâmın, “*Anayasaya, hukukun temel ilkelerine, Türk toplumunun örf-adet ve ahlak anlayışına*” aykırı olması hâlinde, tanınması veya tenfizi mümkün değildir⁹⁷². Kamu düzeni kavramı zaman içerisinde değişebileceğinden⁹⁷³; hâkim, yabancı ilâmın tanınmasına veya tenfizine karar verdiği anda mevcut olan kamu düzeni anlayışını esas almalıdır⁹⁷⁴.

Yabancı ilâmı veren mahkemenin uyguladığı hukukun, Türk hukukundan farklı olması, kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyeceği doktrinde ve içtihadta ifade edilmiştir⁹⁷⁵. Örneğin, Türk hukukunda kabul edilmeyen ancak Amerikan hukukunda mevcut olan taşıyıcının sorumluluk davalarında taşıyıcı aleyhine verilen “*loss of love (sevgiden yoksunluk), loss of companionship (dostunu kaybetme) veya loss of parental guidance (aile yardımı kaybetme)*”⁹⁷⁶ tazminat türlerinin tazmini kanımızca mümkün olmalıdır. Buna karşın, Türk hukukunda kabul edilmeyip; Amerikan hukukunda var olan ve taşıyıcının hukukî sorumluluk davalarında karara bağlanan “*cezaî tazminat/punitive damages*” türünün, cezaî nitelik taşıması nedeniyle tenfizi mümkün olmamalıdır⁹⁷⁷.

Ayrıca davalı taşıyıcı aleyhine hükmedilen tazminat miktarının, Türk hukukunda kabul edilen tazminat miktarından az veya çok olması hâlinde, kamu düzeni müdahalesinden bahsedilmemelidir; taşıyıcının ödeme gücünün çok üstünde bir tazminata hükmedilmesi hâlinde ise, kamu düzenine başvurulabilir⁹⁷⁸.

⁹⁷¹ Dinç, s.84; Aybay; Dardağan, s.306’dan naklen.

⁹⁷² Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.511; Tiryakioğlu, Boşanma, s.48; Ertaş, s.396; Ekşi, Tenfiz, s.280; T.C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu; E.2010/1, K.2012/1, T.10.02.2012 kararı için bkz. RG. 20.09.2012-28417.

⁹⁷³ Ertaş, s.396; Çelikel; Erdem, s.690; Ekşi, Tenfiz, s.280.

⁹⁷⁴ Tiryakioğlu, Boşanma, s.48; Ekşi, Tenfiz, s.280.

⁹⁷⁵ Dinç, s.86; T.C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu; E.2010/1, K.2012/1, T.10.02.2012 kararı için bkz. RG. 20.09.2012-28417.

⁹⁷⁶ Bogdan, Accident, s.24.

⁹⁷⁷ Nomer, Devletler, s.502; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.487; Doğan, Milletlerarası, s.109.

⁹⁷⁸ Nafaka borçlusu açısından konuyu ele alan Dinç, s.88’den kıyasen.

Kamu düzeni müdahalesini gerektirebilecek hallere bir diğer örnek, tenfize konu hükmün dayandığı belgelerin sahte olduğunun veya kararın hile ile elde edildiğinin sonradan anlaşılmasıdır⁹⁷⁹. “Ayrıca tanıma ve tenfizi istenen yabancı ilâm, Türk mahkemesinde önceden verilen aynı taraflar arasında, aynı sebep ve aynı konuda bir başka karar ile bağdaşmazsa, bu ilâmın tanınması veya tenfizi mümkün değildir”⁹⁸⁰. Tanıma ve tenfizi talep edilen yabancı ilâm, üçüncü bir devlet mahkemesi kararı ile çelişmekteyse de, kamu düzeni müdahalesi ile bu yabancı ilâmın tanınması ve tenfizi mümkün olamaz⁹⁸¹. Örneğin, bir hava aracı kazası nedeniyle taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin davada, Türk mahkemesinin veya üçüncü devlet mahkemesinin tenfiz edilmiş kararıyla sorumlu bulunmayan taşıyıcı aleyhine başka bir devlet mahkemesinden verilen kararın tanınması veya tenfizi, kesin hüküm gerekçesiyle Türkiye’de kamu düzeni müdahalesine uğrayabilir⁹⁸².

Sonuç olarak, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin verilen bir kararın, Türkiye’de tanıma ve tenfizi talep edildiğinde, hâkim, bu şartın varlığını her somut olaya göre takdir edecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, kamu düzeni müdahalesi istisnâî niteliktedir ve açık aykırılık hâlinde gündeme gelebilmektedir⁹⁸³.

d) Son olarak, davalının Kanunda belirtilen savunma hakkı ihlâl edilmeden yabancı ilâmın verilmesi gerekir. Bu ihlâller, davanın görüldüğü mahkemenin kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmaması, o mahkemede temsil edilmemesi yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmesidir.

⁹⁷⁹ Aybay; Dardağan, s.305; Şanlı; Esen; Ataman-Fıganmeşe, s.515-516.

⁹⁸⁰ Çelikel; Erdem, s.697-698; Sakmar, s.76, 80; Ertaş, s.402. Nitekim bu husus çeşitli ikili anlaşmalarda da belirtilmiştir. Örneğin İtalya ile olan Sözleşmenin 19/5. maddesi verilebilir. Bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>, erişim tarihi, Mart 2015.

⁹⁸¹ Ertaş, s.402-403. Anlaşma metinleri için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>, erişim tarihi Mart 2015.

⁹⁸² Sakmar, s.80-81; Ertaş, s.402-403; Postacıoğlu; Altay, s.773; Pekcanitez; Atalar; Özkes, s.503.

⁹⁸³ Sakmar, s.81.

Hükümden de anlaşıldığı üzere, savunma hakkının ihlâl edilip edilmediği, kararı veren mahkemenin hukukuna göre tayin edilecektir. Aleyhine tanıma ve tenfiz talep edilen kişinin, tanıma ve tenfiz talep edilen mahkemede bu hususa itiraz etmesi gerekir; mahkeme, bu hususu re'sen araştıramaz⁹⁸⁴. MÖHUK m.54/ç kapsamında olmayan savunma hakkı ihlâlleri açısından Türk kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir ve bu durumda davalının itiraz etmesine gerek olmadan hâkim, savunma hakkı ihlâli olup olmadığını re'sen araştırmalıdır⁹⁸⁵.

Sonuç olarak, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin verilen bir kararın Türkiye’de tanıma ve tenfizi talep edildiğinde, somut olayın özelliğine göre, davalı bu şarta dayanarak itiraz edebilir.

Türk hukukunda tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme, asliye mahkemesi; yetkili mahkeme, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sakin olduğu yer; yoksa Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biridir (MÖHUK m.51). Bu hükmün, tanıma talepleri için de uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin doktrinde şu görüş ortaya konmuştur. Öncelikle, MÖHUK’un 51. maddesinin münhasıran tenfiz talepleri için geçerli olduğu; ancak tanıma taleplerine uygulanmayacağı; bu durumda HMK’nın 2.⁹⁸⁶ ve 383⁹⁸⁷. maddeleri, TTK’nın 5. maddesi⁹⁸⁸ ile 2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile

⁹⁸⁴ Nomer, Devletler, s.527; Ekşi, Tenfiz, s.308.

⁹⁸⁵ Sakmar, s.73; Şanlı; Esen; Ataman-Figanmeşe, s.526; Aybay; Dardağan, s.308; Dinç, s.90; Çelikel; Erdem, s.709.

⁹⁸⁶ (1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.

(2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.

⁹⁸⁷ Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir.

⁹⁸⁸ Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. TTK’nın 5/1. maddesi, 26.6.2012 tarihli ve 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret

Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4/2. maddesinin⁹⁸⁹ uygulanacağı savunulmuştur⁹⁹⁰. Bu görüş, tenfiz kararları hakkında kabul edilen görevli mahkemenin, bağımsız tanıma taleplerini ele alacağına ilişkin olarak ortaya konmuştur. Öte yandan, görülmekte olan bir dava sırasında tanıma talebinde bulunulması durumunda, tanıma talebinin ön sorun ile bu mahkeme de mi sonuçlanacağı veya tanıma talebinin ayrı bir mahkemede ele alınması üzerine bekletici mesele mi yapılacağına ilişkin Türk hukukunda yeknesak bir uygulama söz konusu değildir⁹⁹¹. Bu durumda, esas davaya bakan mahkemenin, tanıma talebini de sonuçlandıracağı kabul edilirse, bu mahkeme tanıma talebinde yetkili olabilir; aksi kabul edilirse, bağımsız olarak tanıma talebini ele alabilecek yetkili ve görevli mahkemeye başvurulacaktır⁹⁹².

Hukukî yararı bulunan herkes, tenfiz talebinde bulunabilir (MÖHUK m.52/1). Tenfiz için getirilen bu hüküm, tanıma talepleri için de uygulanmalıdır⁹⁹³. Dolayısıyla bu hüküm, geniş yorumlanarak, sadece yabancı mahkeme kararına konu olan uyuşmazlığın tarafları değil; yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde hukukî yararı bulunan herkes, Türk mahkemesinden yabancı mahkeme kararının tanınmasını ve tenfizini isteyebilir⁹⁹⁴. Tanıma ve tenfiz talebinde bulunan kişinin bu

KanunununYürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilmiştir. RG. 30.06.2012-28339.

⁹⁸⁹ Aile mahkemeleri, 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi taleplerini karşılamakla görevlidir. RG.18.1.2003-24997.

⁹⁹⁰ Sargın; Erten, s.86-93.

⁹⁹¹ Sargın; Erten, s.98-104.

⁹⁹² Sargın; Erten, s.104, 108. Ancak bu iki sonucun, uygulamada farklı sorunlara yol açabileceğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sargın; Erten, s.104-113.

⁹⁹³ Sargın; Erten, s.81.

⁹⁹⁴ Sargın; Erten, s.82-83.

kararın tanınması veya tenfizi hâlinde hukukî yarara sahip olup olmadığı, bir dava şartı olduğu için mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmalıdır⁹⁹⁵.

Tenfiz ve tanıma talepleri (ayrı bir dava yoluyla ileri sürülmesi hâlinde⁹⁹⁶), basit yargılama usulüne tâbidir (m.55/1). Karşı taraf, ancak tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmesinin yahut yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıktığını öne sürerek itiraz edebilir (m.55/2). Nitekim MÖHUK'un 55/2. maddesinde tenfiz için düzenlenen itiraz nedenlerinin, tanıma talepleri için de geçerli olacağı doktrinde ifade edilmiştir⁹⁹⁷.

Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar, Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur (MÖHUK m.57/1). Bir yabancı ilâmın tenfizine karar verilmesi hâlinde, o karar tanınmış sayılmaktadır⁹⁹⁸. Yabancı ilâmın tanınması, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder (MÖHUK m.59).

Mahkemece, ilâmın kısmen veya tamamen tenfizine ya da tenfiz isteminin reddine karar verilebilir (MÖHUK m.56, c.1). Bu hüküm, tanıma talepleri için de geçerlidir⁹⁹⁹. Tenfiz kararının reddi hâlinde, bu kararın kesinleşmesinden sonra ayrı bir tenfiz talebinde bulunulamaz; ancak davacı, aynı davayı Türk mahkemesinde açabilir¹⁰⁰⁰. Ancak kararın usulden reddi hâlinde, şartların tamamlanması veya şartların sonradan değişmesi mümkünse, yeni bir tenfiz talebinde bulunulabilir¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.2009/4434, K.2010/5, T.7.1.2010, www.kazanci.com, erişim tarihi Ocak 2016.

⁹⁹⁶ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.550.

⁹⁹⁷ Sargın, Erten, s.113.

⁹⁹⁸ Dinç, s.105.

⁹⁹⁹ Kısmî tenfiz ve tanıma, birbirinden ayrılabilen talepler için mümkündür. Sargın, Erten, s.115-116.

¹⁰⁰⁰ Dinç, s.106; Çelikel, Erdem, s.717; Nomer, Şalı, s.500, dn.289.

¹⁰⁰¹ Dinç, s.106.

Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi, genel hükümlere tâbidir ve temyiz, yerine getirmeyi durdurur (m.57/2)¹⁰⁰².

Son olarak, tanıma ve tenfizi reddedilen veya tanıma ve tenfiz istenmeyen yabancı mahkeme kararından, takdirî delil olarak yararlanılabileceği doktrin ve içtihatla kabul edilmiştir¹⁰⁰³.



¹⁰⁰² MÖHUK'un 57. maddesinin, tanıma kararları için uygulanabilir nitelikte olup olmadığına ilişkin değerlendirme için bkz. Sargın; Erten, s.116-121.

¹⁰⁰³ Nomer, Devletler, s.499, dn.236; Sargın; Erten, s.64; Çelikel; Erdem, s.729. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2001/4-962, K.2001/750, T.24.10.2001; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2009/19-161, K.2009/207, T.27.5.2009: [www. kazanci.com](http://www.kazanci.com).

SONUÇ

Çalışmamızda, Türkiye ile bağlantılı uluslararası taşımacılıktan doğan taşıyıcının hukukî sorumluluğu, milletlerarası özel hukuk boyutuyla ele alınmıştır. Bu çerçevede konu, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ve bu Sözleşmelerin uygulanamadığı durumlarda, MÖHUK kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda hukukî açıdan “kaza” olarak nitelendirilen vakıalar üzerinden taşıyıcının sorumluluğu incelenmiştir. Örneğin taşıyıcının adamlarının kusuru, yolcunun hava aracında zehirlenmesi veya hava aracının terörist saldırıya maruz kalması, “kaza” olarak kabul edildiğinden, taşıyıcının sorumluluğuna yol açabilmektedir. Ancak yolcunun, eşyanın veya bagajın zarara uğramasına sebep olan her vakıa, kaza olarak sayılamaz. Örneğin, yolcunun veya göndericinin sağlık sorunları nedeniyle zarara uğraması hâlinde, taşıyıcı sorumlu değildir.

Çalışmamız sonucunda uygulamada karşılaşılabilecek şu hukukî sorunlar tespit edilmiştir.

Öncelikle Türkiye, hem 1929 Varşova Sözleşmesine ve onu tadil eden hukukî düzenlemelerden 1955 Lahey Protokolüne ve 1975 Montreal 4. Ek Protokolüne hem de Montreal Sözleşmesine taraf olduğu için bu Sözleşmelerden hangisinin uygulanacağı, her somut uyuşmazlığa göre değişmektedir. Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin 1. maddesi ışığında, kalkma veya varma noktalarından birinin Türkiye Cumhuriyeti sınırı içinde olduğu bir uluslararası taşımacılığın kalkma veya varma noktasının bir başka devletin ülkesinde bulunması durumunda, taşımacılık bu devletin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerine tâbidir. Bu durumda aynı

gün Türk Hava Yolları'nın yerine getirdiği kalkma yerinin Ankara, varma yerinin Moskova olduğu bir taşımacılık, Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbi iken; kalkma yerinin Ankara, varma yerinin Amsterdam olduğu taşımacılık ise Montreal Sözleşmesi hükümlerine tâbidir. Aynı şekilde kalkma ve varma noktalarının Türkiye'de olduğu bir uluslararası taşımacılık, bir başka devletin ülkesinde durma noktasının bulunması şartıyla, Montreal Sözleşmesine tâbidir. Bu durumda, kalkma ve varma yerinin Türkiye sınırında bulunduğu uluslararası taşımacılıktan doğan taşıyıcının hukukî sorumluluğuna, durma yerinin hangi ülkede bulunduğu fark etmeden Montreal Sözleşmesi hükümleri uygulanır. Örneğin, kalkma ve varma yerinin İstanbul, durma yerinin Moskova olduğu bir taşımacılık, Montreal Sözleşmesi hükümlerine tâbidir. Öte yandan, kalkma yerinin İstanbul, varma yerinin Bangkok olduğu bir taşımacılık, Tayland'ın milletlerarası sözleşmelere taraf olmaması nedeniyle MÖHUK hükümlerine tâbi olabilir.

Montreal Sözleşmesi hazırlanırken, her ne kadar Varşova Sözleşmesinde kullanılan terimler ve taşıyıcının sorumluluk şartları aynen kabul edilse de taşıyıcının sorumluluğunun niteliği (kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk), sorumluluğun parasal sınırı ve taşıma belgelerinde yazması gereken hususlar gibi noktalarda farklılıklar bulunmaktadır.

Ayrıca Varşova ve Montreal Sözleşmeleri kapsamında açılacak sorumluluk davalarının çözümünde başvurulacak öncelikli ve esas yol, ulusal yargı yoludur. Sözleşmelerde, kendi uygulama alanlarına giren uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkili mahkemeler, açıkça belirlenmiştir.

Bunun yanında, her iki Sözleşme kapsamında eşya taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulabileceği açıkça düzenlenmesine

rağmen tartışmalı olan husus, yolcu taşımacılığı sebebiyle doğan uyuşmazlıkların çözümü için hakem yargılamasına başvurulup başvurulamayacağıdır. Kanımızca, madde metninden ve Sözleşmenin yeknesak uygulanması amacından yola çıkılarak tahkim yoluna sadece eşya taşımacılığından doğan uyuşmazlıklar için başvurulması gerekmektedir. Tüketici konumunda olan yolcu ile taşıyıcı arasındaki ilişkide, taraflar eşit müzakere gücüne sahip olmadığından, tahkim yargılaması sonucunda verilen karar, hakları Sözleşme ile güvence altına alınan yolcunun menfaatini zedeleyebilir; hakem veya hakem heyeti, yolcunun daha aleyhine olabilecek bir başka hukuku uygulayabilirler. Nitekim Sözleşmelerde, yolcu taşımacılığından doğan uyuşmazlıkların hakem önüne getirilmesi istenseydi, bunun açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Sözleşmelerin kapsamına giren uyuşmazlıkların halli için tahkim yoluna başvuru, şimdiye kadar tercih edilen bir çözüm yolu olmamıştır.

Buna karşın milletlerarası sözleşmeler kapsamında olmayan taşımacılık sebebiyle ortaya çıkan sorumluluk davalarında hangi mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olacağı ayrı bir hukukî sorundur. Sözleşmelerin uygulama alanına girmeyen bir taşımacılık sebebiyle doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiye sahip olabilecek mahkemeler, MÖHUK hükümlerine göre belirlenmelidir. Ancak MÖHUK kapsamında düzenlenen milletlerarası yetki kuralları, hava aracı kazaları nedeniyle doğan taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanabilir nitelikte olmadığından; iç hukukun yer itibariyle bazı yetki kuralları, somut olayın özelliğine göre uygulama alanı bulabilecektir. Bu kurallar kapsamında yetkili olabilecek mahkemeler, davalı taşıyıcının yerleşim yeri mahkemesi, taşıma sözleşmesinin ifa yeri mahkemesi ve haksız fiilin ika yeri mahkemesidir.

Yolcu veya gönderici ile taşıyıcının taşımacılık sebebiyle doğan veya doğabilecek uyuşmazlık hakkında yetki anlaşması yapıp yapamayacakları ayrı bir hukukî sorun olarak uygulamada karşımıza çıkabilir. Yolcu veya göndericinin hava yolu taşıyıcısı ile yabancı mahkemeyi yetkilendiren bir yetki anlaşmasının şekli ve geçerliliği, yetkilendirilen mahkemenin hukukuna uygun olabilir; ancak yolcu veya göndericinin taşıma sözleşmesinin şartlarını belirlemedeki gücü dikkate alındığında, tarafların yetki anlaşması yapabilmesi uygulamada pek mümkün gözükmemektedir. Öte yandan, Türk hukukunda, gerek MÖHUK gerek HMK kapsamında hava yolu taşımacılığına ilişkin konular, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konulardandır ve bu konulara ilişkin kesin yetki kuralları mevzuatta öngörülmemiştir. Ancak yolcu veya göndericinin tacir olmaması hâlinde, taşıyıcı ile aralarındaki uyuşmazlıklarının Türk mahkemesinde görülebilmesi için yapabilecekleri yetki anlaşması geçerlilik kazanamayacaktır. Çünkü HMK, yetki anlaşması yapabilme imkânını, sadece tacir ve kamu tüzel kişisine tanımıştır. Bu durumda, taraflardan birinin tacir olması yeterli olmamakta; sözleşen iki tarafın da tacir olması gerekmektedir.

Taşıyıcının sorumluluk davalarında, yabancı devletin yargı muafiyeti sorunu ile de karşılaşılabilir. Şöyle ki, yabancı devletin mülkiyetinde veya işletmeciliğinde olan bir hava yolu taşıyıcısı, yerine getirdiği taşımacılık sebebiyle ortaya çıkan sorumluluk davalarında kanımızca, yargı muafiyetinden yararlanamaz. Nitekim bu durumda, Devlet kendi egemenlik hakkına dayanarak bir faaliyette bulunmamaktadır.

Sözleşmelerin kapsamına giren ve girmeyen taşıyıcının sorumluluk davalarında karşılaşılabilecek bir diğer hukukî sorun, bu davalara hangi hukukun uygulanacağıdır.

Varşova ve Montreal Sözleşmelerinde taşıyıcının sorumluluk şartları ve kapsamı konusunda maddî hükümler kabul edilmiş; bazı hususlar da açıkça davanın görüldüğü mahkemenin iç hukukuna tâbi kılınmıştır. Ancak bu durum, her türlü hukukî sorunun, Sözleşmelerde düzenlendiği anlamına gelmemelidir. Sözleşmede özellikle düzenlenmeyen hukukî sorunlar, taşıyıcının sorumluluğunun hukukî niteliği (sözleşmesel sorumluluk mu haksız fiil sorumluluğu mu), sorumluluk davasını açma hakkına kimlerin sahip olacağı ve zarar görenlerin hangi tür zararlarının tazmin edileceğidir. Yabancı içtihat ve doktrin, genel olarak, bu konuların davanın açıldığı mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına tâbi olması yönündedir.

Türk hukuku açısından, taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanacak hukuku tespit edebilmemiz için MÖHUK hükümlerine başvurmamız gerekmektedir. Taşıyıcının sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk olarak vasıflandırıldığı takdirde; eşya taşımacılığında doğan sorumluluk davaları, MÖHUK'un 29. maddesine; yolcu ve bagaj taşımacılığında doğan sorumluluk davaları, MÖHUK'un 24. maddesine tâbi olmalıdır. Taşıyıcının sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu olarak vasıflandırıldığında ise, MÖHUK'un 34. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca bu kuralların yanında tüketici sözleşmelerine uygulanacak bağlama kuralı ve yetki kuralının uygulanması akla gelebilir; ancak MÖHUK kapsamında bu kuralların uygulanması belirli şartlara tâbi kılınmış ve ayrı bir hükümle bu kuralların taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

İlgili hükümler uyarınca taraflar hukuk seçimi anlaşması yapabilirler; ancak bu imkâna, uygulamada ne ölçüde sahip olabilecekleri tartışmalıdır. Tüketici konumunda olan yolcu veya gönderici, taşıyıcı ile taşıma sözleşmesini akdederken eşit müzakere gücüne sahip değildir. Taşıyıcının yolcu veya göndericiye sunduğu taşıma sözleşmesinin içerdiği hükümler, ya milletlerarası sözleşmelere (Varşova veya Montreal Sözleşmelerine) ya da bu sözleşmelere uyumlu olan *IATA* Genel Şartlara göre hazırlanmaktadır. Böylece yolcu veya gönderici, taşıma sözleşmesine taraf olma iradesini, taşıma belgesini (yolcu bileti veya hava yük senedini) satın alarak veya almayarak ortaya koymaktadır.

Taşıyıcının hukukî sorumluluğunun, yolcu, bagaj ve eşya taşımacılığından doğmasına bağlı olarak, hem milletlerarası alanda kabul gören bir bağlama kuralı hem de Türk hukuku açısından ayrı bir yetki kuralı ve bağlama kuralı altında düzenlenmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz. Taşıma sözleşmesinin taraflarının, önceden hangi hukuk kuralına bağlı olacaklarını bilmeleri önemlidir. Ayrıca tüketici sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralında kabul edildiği gibi yolcu, bagaj ve eşya taşıma sözleşmeleri açısından taraflara, hukuk seçimi imkânı ve bu seçimin belirli sınırlara tâbi olup olmayacağı ve tarafların hukuk seçiminde bulunmaması veya hukuk seçiminin geçersiz olması durumunda, MÖHUK'ta genel ve objektif bir bağlama kuralının kabul edilmesini düşünmekteyiz. Buna ilişkin olarak önerimiz; zararın, taşıyıcının yerine getirdiği taşımacılık faaliyetleri sırasında, yani taşıyıcının meslekî ve ticarî faaliyetleri sırasında ortaya çıkması ve taşıma sözleşmesinin karakteristik ediminin taşıyıcıya ait olması gerekçeleriyle Sözleşmede düzenlenmeyen alanların ve Sözleşme kapsamına girmeyen uluslararası

taşımacılıktan doğan uyuşmazlıkların, taşıyıcının esas işyeri merkezinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi olmasıdır.

Davanın görüldüğü mahkeme, bazı kanunlar ihtilâfı hukuku sorunları ile karşılaşabilmektedir. Bu sorunlar, vasıflandırma, kamu düzeni müdahalesi ve atıftır.

Vasıflandırma, Sözleşmeler kapsamında olan veya olmayan taşımacılık sebebiyle doğan taşıyıcının sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu mu yoksa sözleşmesel sorumluluk mu olduğu boyutunda tartışılmıştır. Nitekim yapılacak vasıflandırmaya göre yetki kuralı ve bağlama kuralı farklı olacağı gibi maddi hukuk açısından da hüküm ve sonuçlar değişiklik gösterecektir. Yabancı hukuk düzenlerinin çoğunda olduğu gibi Türk hukukunda da hava taşımacılığı kazalarından doğan taşıyıcının sorumluluğunun vasıflandırılmasına ilişkin genel bir düzenleme kabul edilmediğinden her somut uyuşmazlıkta taşıyıcının sorumluluğunun hangi hukukî kategori altında vasıflandırılacağı hâkimin takdirine bağlıdır. Yukarıda değindiğimiz önerimiz doğrultusunda, taşıyıcının sorumluluk davalarına özgü bir bağlama ve yetki kuralının kabulü ile vasıflandırma sorununun üstesinden gelinebilir.

Diğer taraftan, Sözleşmeler kapsamında olmayan uluslararası taşımacılıktan doğan taşıyıcının hukukî sorumluluğuna uygulanacak hukuku tespit ederken, mahkeme, kamu düzeni sorunu ile karşılaşabilir. Ancak Sözleşmeler kapsamında olan taşıyıcının sorumluluk davalarında, “kamu düzeni” sorunu ile karşılaşılması, kanımızca Türkiye açısından mümkün olmamalıdır. Varşova ve Montreal Sözleşmelerinde, hâkimin kamu düzeni müdahalesine başvurabileceğine ilişkin bir hüküm kabul edilmediğinden, taraf devletlerin yargı makamları, kamu düzeni müdahalesine başvurmamalıdır. Nitekim Sözleşmelere taraf olunmadan önce yetkili Türk makamlarının, Türk kamu düzenine aykırı görülen hususları değerlendirmesi ve

aykırı görülen bir hükmün varlığı hâlinde ya Sözleşmeye taraf olmaması ya da ilgili hükmün uygulanmasına şerh koyması gerekmektedir.

Taşıyıcının sorumluluk davalarına uygulanacak hukuku tayin ederken karşılaşılabilecek bir diğer hukukî sorun olan “atıftır”. Sözleşmelerde düzenlenmeyen konularda ve Sözleşmelerin uygulama alanına girmeyen taşımacılıktan doğan hukukî uyuşmazlıklarda, davanın görüldüğü mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları devreye gireceğinden, atıf da ulusal hukuklara bağlı olarak dikkate alınabilir. Ancak Sözleşmeler kapsamında açıkça *lex fori*’nin iç hukukuna tâbi kılınan konularda atıf reddedilmektedir.

Bunun yanında, Sözleşmelerin uygulandığı uyuşmazlıklar sonucunda verilen kararların tanınması ve tenfizinin hangi hükümler dairesinde olacağı da ayrı bir hukukî sorun olarak karşımıza çıkabilmektedir. Nitekim Sözleşmelerde tanıma ve tenfize ilişkin bir düzenleme kabul edilmediği için Sözleşmelere ilişkin olarak verilen mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, tanıma ve tenfiz talebinde bulunulan devletin hukukuna tâbidir.

Sonuç olarak, Varşova Sözleşmesinin önemi, hava yolu taşımacılığına ilişkin karşılaşılabilecek çoğu hukukî sorunları yaklaşık doksan yıl öncesinden öngörerek günümüzde de halen yürürlükte olmasıdır. Montreal Sözleşmesi akdedilirken, Varşova Sözleşmesi sistemi aynen korunmuş; Varşova Sözleşmesinde kullanılan hiçbir kavram değiştirilmemiştir. Hatta Montreal Sözleşmesinin hükümlerinin mahkemeler tarafından yorumlanmasında ve uygulanmasında, Varşova Sözleşmesinde yer alan aynı hükümlerin yorumlandığı ve uygulandığı mahkeme kararları emsal alınmıştır. Ancak Montreal Sözleşmesi, Varşova Sözleşmesini yürürlükten kaldırmayıp, ayrı bir sözleşme olarak doktrinde nitelendirilmiştir.

Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin başarısı, çok geniş katılımın sağlanmasıdır. Bu nedenle sivil hava taşımacılığı kazalarından doğan taşıyıcının sorumluluk davalarının çoğu, Varşova veya Montreal Sözleşmeleri kapsamında karara bağlanmaktadır.



TABLO-1

TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER¹⁰⁰⁴

HUKUKÎ BELGELERİN ADI	YÜRÜRLÜĞE GİRİŞ TARİHLERİ	TÜRKİYE’NİN		TÜRKİYE’DE YÜRÜRLÜĞE GİRDİĞİ TARİH
		İMZALADIĞI TARİH	ONAYLADIĞI TARİH	
12 Ekim 1929 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımalığına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Varşova Sözleşmesi	13.02.1933	-	25.03.1978	23.06.1978
12 Ekim 1929 tarihinde Varşova’da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi	01.08.1963	-	25.03.1978	23.06.1978

¹⁰⁰⁴<http://www.icao.int>. sitesinden uyarlanmıştır; erişim tarihi Kasım 2014.

Değiştiren 28 Eylül 1955 tarihli Lahey Protokolü				
1955 tarihinde Lahey’de değiştirilen 1929 tarihli Varşova Sözleşmesini Değiştiren 8 Mart 1971 tarihli Guatemala City Protokolü	30 devletin katılımı sağlanamadığı için yürürlüğe girmemiştir.	-	-	İç hukukta 8.5.1991 tarihli, 3736 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Protokol, 21.04.1993 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.
1955 tarihli Lahey ve 1971 tarihli Guatemala City Protokolleri ile değiştirilen 1929 tarihli Varşova Sözleşmesini Değiştiren 25 Eylül 1975 tarihli Montreal 3. Ek Protokolü	30 devletin katılımı sağlanamadığı için yürürlüğe girmemiştir.	-	-	İç hukukta 8.5.1991 tarihli, 3736 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Protokol, 21.04.1993 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.
1955 tarihli Lahey Protokolü ile değiştirilen	14.06.1998	-	14.06.1998	12.09.1998

1929 tarihli Varşova Sözleşmesini Değiştiren 25 Eylül 1975 tarihli Montreal 4. Ek Protokolü				
28 Mayıs 1999 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Montreal Sözleşmesi	04.11.2003	28.05.1999	25.01.2011	26.03.2011

TABLO 2¹⁰⁰⁵

VARŞOVA VE MONTREAL SÖZLEŞMELERİNE TARAF DEVLETLER

	Sadece Varşova Sözleşmesine Taraf Olan Devletler	Her İki Sözleşmeye de Taraf Olan Devletler	Sadece Montreal Sözleşmesine Taraf Olan Devletler
1.	Afganistan	Almanya	Arnavutluk
2.	Angola	Amerika Birleşik Devletleri	Avrupa Birliği
3.	Beyaz Rusya	Arjantin	Belize
4.	Brunei	Avustralya	Cook Adaları
5.	Cezayir	Avusturya	Gambia
6.	Endonezya	Azerbaycan	Gürcistan
7.	Gine	Bahamalar	Jamaika
8.	Grenada	Bahreyn	Mozambik
9.	Guatemala	Bangladeş	Namibya
10.	Irak	Barbados	Orta Afrika Cumhuriyeti
11.	İran	Belçika	
12.	Kırgızistan	Benin	
13.	Komor Adaları	Birleşik Arap Emirlikleri	
14.	Kuzey Kore	Birleşik Krallık	
15.	Laos	Bolivya	

¹⁰⁰⁵ <http://www.icao.int>. sitesinden uyarlanmıştır; erişim tarihi, Mayıs 2016.

16.	Lesoto	Bosna Hersek	
17.	Liberya	Botsvana	
18.	Libya	Brezilya	
19.	Lihtenştayn	Bulgaristan	
20.	Malavi	Burkina Faso	
21.	Moritanya	Çek Cumhuriyeti	
22.	Myanmar	Çin Halk Cumhuriyeti	
23.	Nauru	Danimarka	
24.	Nepal	Demokratik Kongo Cumhuriyeti	
25.	Özbekistan	Dominik Cumhuriyeti	
26.	Papua Yeni Gine	Ekvator	
27.	Rusya Federasyonu	Ekvator Ginesi	
28.	Samoa	El Salvador	
29.	Sierra Leone	Ermenistan	
30.	Solomon Adaları	Estonya	
31.	Sri Lanka	Etiyopya	
32.	Surinam	Fas	
33.	Trinidad ve Tobago	Fiji	
34.	Tunus	Fildişi Sahili	
35.	Türkmenistan	Filipinler	
36.	Uganda	Finlandiya	
37.	Venezüella	Fransa	

38.	Vietnam	Gabon	
39.	Yemen	Gana	
40.	Zimbabve	Güney Afrika	
41.		Güney Kore	
42.		Hırvatistan	
43.		Hindistan	
44.		Hollanda	
45.		Honduras	
46.		İrlanda	
47.		İspanya	
48.		İsrail	
49.		İsveç	
50.		İsviçre	
51.		İtalya	
52.		İzlanda	
53.		Japonya	
54.		Kamboçya	
55.		Kamerun	
56.		Kanada	
57.		Karadağ	
58.		Katar	
59.		Kazakistan	

60.		Kenya	
61.		Kıbrıs Rum Kesimi	
62.		Kolombiya	
63.		Kongo	
64.		Kosta Rika	
65.		Kuveyt	
66.		Küba	
67.		Lübnan	
68.		Letonya	
69.		Litvanya	
70.		Lüksemburg	
71.		Macaristan	
72.		Madagaskar	
73.		Makedonya	
74.		Maldivler	
75.		Malezya	
76.		Mali	
77.		Malta	
78.		Mauritius	
79.		Meksika	
80.		Mısır	
81.		Moğolistan	

82.		Moldova Cumhuriyeti	
83.		Monako	
84.		Nijer	
85.		Nijerya	
86.		Norveç	
87.		Pakistan	
88.		Panama	
89.		Paraguay	
90.		Peru	
91.		Polonya	
92.		Portekiz	
93.		Romanya	
94.		Raunda	
95.		Saint Vincent ve Grenadinler	
96.		Senegal	
97.		Seyşel Adaları	
98.		Sırbistan	
99.		Singapur	
100.		Slovakya	
101.		Slovenya	
102.		Sudan	
103.		Suriye	

104.		Suudi Arabistan	
105.		Svaziland	
106.		Şili	
107.		Tanzanya	
108.		Togo	
109.		Tonga	
110.		Türkiye Cumhuriyeti	
111.		Ukrayna	
112.		Umman	
113.		Uruguay	
114.		Ürdün	
115.		Vanuatu	
116.		Yeni Zelanda	
117.		Yeşil Burun Adaları	
118.		Yunanistan	
119.		Zambiya	
TOPLAM			
40 Devlet		119 Devlet	9 Devlet

TABLO-3

UYGULANACAK HÜKÜMLER

Sadece Varşova Sözleşmesine taraf devletler ile Türkiye arasında yapılan taşımacılık	Varşova Sözleşmesi hükümlerine tâbidir.
Sadece Montreal Sözleşmesine taraf olan devletler ile Türkiye arasında yapılan taşımacılık	Montreal Sözleşmesi hükümlerine tâbidir.
Hem Montreal Sözleşmesine hem de Varşova Sözleşmesine taraf olan devletler ile Türkiye arasında yapılan taşımacılık	Montreal Sözleşmesi hükümlerine tâbidir.
Taşımacılığın Varşova veya Montreal Sözleşmesi hükümlerine tâbi olmasına rağmen Sözleşmelerde düzenlenmeyen hukukî sorunlar, dava Türk mahkemesinde görülüyorsa,	MÖHUK hükümlerine tâbidir.
Hiçbir milletlerarası sözleşmelere taraf olmayan devletler ile Türkiye arasında yapılan taşımacılık	MÖHUK hükümlerine tâbi olabilir.

BİBLİYOGRAFYA

A. Genel Eserler, Monografiler, Makaleler

- Abe, Koichi :“The Practical Considerations Giving Rise to the Japanese Initiative and the IATA Inter-carrier Agreement”, *The Aviation Quarterly*, Part I (1996), s.52-55.
- Abeyratne, Ruwantissa I.R. :“Mental Injury in Accidents During International Air Carriage- A Point of View”, *The Aviation Quarterly*, Part 4 (1999), s.193-205.
- Akyol Aslan, Leyla :“Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı1 (2011), s.32-52.
- Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil; Deren-Yıldırım, Nevhis :Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Anton, A. E; Beaumont, P. R. :Private International Law, Edinburgh 1990.
- Akıncı, Ziya :“Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Yıl 22 (2002), s.1-28.
- Aksoy, Sami :Taşıma Hukukunda Fiilî Taşıyıcı, İstanbul 2015.

- Allarouse, Veronique :“A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vo.23 (1991), s.479-516.
- Arkan, Sabih :Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2012.
- Atay, Ender Ethem :İdare Hukuku, Ankara 2014.
- Aybay, Rona :“Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70 (2007), s.187-213(Uluslararası Antlaşma).
- Aybay, Rona : “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı”, *TBB Dergisi*, Sayı 72 (2007), s.109-120 (Yargı Bağımsızlığı).
- Aybay, Rona; Dardağan, Esra :Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul 2008.
- Bacelli, Guido Rinaldi :“La Convention de Varsovie Devant La Constitution Italienne”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. X (1985), s.217.
- Balkar Bozkurt, Süheylâ :“Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II (2014), s.795-861.
- Barlow, Patricia :“Punitive Damages Under the Warsaw Convention: Mixing Apples with Oranges”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. XVII, Part II

(1992), s.71-115.

Barrett, Jonathan; Lewis, Robert A. :“Failure to Comply with Documentary Technicalities of Warsaw Convention Leads to Unlimited Liability in Baggage Cases”, *Air Law*, Vol. XV, No.2 (1990), s.98-99.

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm :“Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *AÜHFD*, C.63, S.4 (2014), s.833-878.

Beave, Allan :A Dictionary of Travel and Tourism Terminology, Second Edition, Birleşik Krallık 2005

Bentivoglio, Ludovico M. :“Conflicts Problems in Air Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 119, Issue III (1966), s.71-180.

Bilsel, Cemil :Milletlerarası Hava Hukuku, İstanbul 1948.

Blackshaw, Carole :Aviation Law and Regulation, a Framework for the Civil Aviation Industry, Londra 1992.

Bogdan, Michael :“Aircraft Accidents in the Conflict of Laws”, *Recueil Des Cours*, Vol. 208 (1988), s.10-168 (Accident).

Bogdan, Michael :“Conflict of Laws in Air Crash Cases: Remarks from a European’s Perspective”, *The Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 54, No. 2 (1988), s.303-348 (European).

Booyesen, H. :“When is a Domestic Carrier Legally Involved in International Carriage in Terms of the Warsaw Convention?”, *Zeitschrift für Luft-und*

- Weltraumrecht*, Volume 39, Issue 4 (1990), s.329-344.
- Bouve, Clement L.: :“The Development of International Rules of Conduct in Air Navigation”, *Air Law Review*, Vol.1 (1930).
- Boyle, Robert P. :“The Warsaw Convention- Past, Present and Future”, *Essays in Air Law*, ed. Arnold Kean, *Martinus Nijhoff Publishers*, Hollanda 1982, s.1-17.
- Bozkurt Bozabalı, Banu :Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013.
- Brand, Ronald A; Jablonski, Scott R. :Forum Non Conveniens, History, Global Practice and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreement, Amerika Birleşik Devletleri 2007.
- Buehrle, Veronique :“Air Carrier Liability for Passenger Injury within the EC: Disposing with Limits on Compensation and Other Issues”, *The Aviation Quarterly*, Part 3 (1998), s.188-198.
- Calkins Jr., Nathan :“The Cause of Action Under the Warsaw Convention”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 26 (1959), s.323-343.
- Caplan, Harold :“Novelty in the New Convention”, *The Aviation Quarterly*, Part 4 (1999), s.193-205.
- Çağlayan, Ramazan :İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2015.

- Cheng, Bin :“A Shored- up Warsaw Convention Plus a Contractual So-called ‘Fifth Jurisdiction’?”, *The Aviation Quarterly*, Part I (1996), s.18-30.
- Cheshire, North; Fawcett :Private International Law, Birleşik Krallık 2008.
- Clancy, Kent J. :“Fatalities in Aircraft Crashes- A Contractual Basis of Recovery”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 27 (1960), s.262-267.
- Clark, Lorne S. :“The IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability and Its Implementation: 1996 the Year of Decision”, *The Aviation Quarterly*, Part 1 (1996), s.5-17.
- Clermont, Kevin M.; Palmer, John R.B. :“Exorbitant Jurisdiction”, *Maine Law Review*, Vol.58, No.2 (2006), s.474-505.
- Collins, Lawrence :“Interaction Between Contract and Tort in the Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.16 (1967), s.103-144.
- Çelikel, Aysel :“Türk Milletlerarası Özel Hukukunda “Atıf” Prensibi’nin Uygulanması”, *MHB*, C.3, S.2 (1983), s.1-4.
- Çelikel, Aysel; Erdem, Bahadır :Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016.
- Dardağan, Esra :Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı”, Ankara 2005.
- Dempsey, Paul Stephen :“All Along the Watchtower: Forum Non Conveniens in International Aviation”, *Annals*

- of Air and Space Law*, Vol. XXXVI, 2011, s.1-27 (Forum Non Conveniens).
- Dempsey, Paul Stephen :European Aviation Law, Hollanda 2004 (European).
- Dicey, Morris and Collins :The Conflict of Laws, Vol. 1, Londra 2006 (Vol.1).
- Dicey; Morris and Collins :The Conflict of Laws, Vol. 2, Londra 2006 (Vol. 2).
- Diedericks-Verschoor, I.H.Ph. :An Introduction to Air Law, Hollanda 2012.
- Dinç, Feriha Bilge :Nafaka ilâmlarının Tanınması ve Tenfizi (Yayınlanmamış Tez), Ankara 1985.
- Doğan, Vahit :Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2015 (Milletlerarası).
- Doğan, Vahit :Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010 (2010).
- Doğan, Vahit :Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2014 (Vatandaşlık).
- Ehrenzweig, Albert A. :“Specific Principles of Private Transnational Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 124, No. II (1968), s.167-370.
- Ekşi, Nuray :Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013 (Tenfiz).
- Ekşi, Nuray :“Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK md.29)”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul*

- Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul 2010, s.124- 169 (Taşıma).
- Ekşi, Nuray :“Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları”, *Selahattin Sulhi Tekinay Armağanı* (1999), s.247-258 (Aşırı Yetki).
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Erkan, Mustafa :“MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S.2 (2011), s.81-121.
- Ertaş, Şeref :“Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, *Kudret Ayiter'e Armağan'dan Ayrı Bası*, Ankara 1988, s.365-438.
- Erten, Rifat :“Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?” *Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan*, MHB, Sayı 1–2, Yıl 25–26 (2005–2006), s.195-212 (Tenfiz).
- Erten, Rifat :Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Ankara 2007 (Spor).
- Esen, Emre :“Türk Hukukundan Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, *MHB, Ergin Nomer'e Armağan*, C.22 (2002), s.183-206.
- Fagg, Fred D. :“The International Air Navigation Conventions and The Commercial Air Navigation Treaties”,

- South California Law Review*, Vol. 2 (1928–1929), s.430-454.
- Foreman, Simon :“United Kingdom: Air Carrier Liability: French Jurisdiction Restricted”, <http://www.mondaq.com> (2006) erişim tarihi 1 Mart 2013.
- Garcia-Bennett Rita :“Psychological Injuries under Article 17 of the Warsaw Convention”, *Air and Space Law*, Vol. 26, No.1 (2001), s.49-55.
- Gates, Sean :“IATA Inter-carrier Agreement- the Final Frontier?”, *The Aviation Quarterly*, Part I (1996) (IATA), s.31-36.
- Gesell, Laurence E.; Dempsey, Paul Stephen :Aviation and the Law, ABD 2005.
- Giemulla, Elmar; Schmid, Ronald; Müller-Rostin, Wolf; Dettling-Ott, Regula; Margo, Rod : Montreal Convention, Hollanda 2006.
- Giemulla, Elmar M.; Schyndel, Heiko van :“Liability in International Law (Private Air Law)”, *International and EU Aviation Law*, edited by Elmar M. Giemulla and Ludwig Weber, Hollanda 2011 s.223-284.
- Gill, Michael S. :“Turbulent Time or Clear Skies Ahead?: Conflict of Laws in Aviation Delict and Tort”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 64 (1998–1999), s.195-242.
- Goldhirsch, Lawrence B. :The Warsaw Convention Annotated: A Legal Handbook, Hollanda 2000.

- Gorman, Michael D; Kuner, Christopher B :“The Creation of an Independent Cause of Action Under the Warsaw Convention”, *Notre Dame International Law Journal*, Vol. 1 (1983), s.91-97.
- Göğ r, Erdoğan :“Haksız Fiilden Doğan Bor ların Tâbi Olduğu Kanun”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.22–23, S.1–4 (1965–1966), s.451-506.
- G kn l, Mazhar Nedim :Milletlerarası Hava Hukuku, İstanbul 1951.
- Gözler, Kemal; Kaplan, G rsel :İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2013.
- Guerreri, Giuseppe :“‘Etablissement’ (Article 28 Warsaw Convention) Tenacity Pays, *Air and Space Law*, Vol. XXXIII, Issue 2 (2008), s.175-176 (Etablissement).
- Guerreri, Giuseppe :“The Warsaw System Italian Style: Convention Without Limits”, *Air Law*, Vol X, No.6 (1985), s.294-297 (Warsaw).
- Güneysu, Gülin :İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.42, S.1–4 (1991–1992), s.181-200.
- Güngör, Gülin :Temel Milletlerarası  zel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşım, Ankara 2007 (Yakınlık).
- Güngör, Gülin :Milletlerarası  zel Hukukta İflas, Ankara 1997 (İflas).

- Güngör, Gülin : Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000 (Tüketici).
- Güngör, Gülin :“İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.46, S.1–4 (1997), s.101-120 (Tüketici Akitleri).
- Güngör, Gülin :“Tüketicinin Mutad Mesken Hukuku Düşünsel Temeller”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.57, S.2 (2008), s.115-132 (Mutad Mesken).
- Güngör, Gülin :Tâbiyet Hukuku, Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler, Ankara 2015 (Tâbiyet).
- Güngör, Gülin :“The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure”, *Ankara Law Review*, Vol.5, No.1 (2008), s.1-21 (Proximity).
- Güven, Pelin :Tanıma- Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2013.
- Haanappel, Peter P.C. :“The Right to Sue in Death Cases Under the Warsaw Convention”, *Air Law*, Vol. VI, No. 2 (1981), s.66-78 (Warsaw).
- Haanappel, Peter P.C. :“Note on Swiss Bank Corp. v. Air Canada Et Al, Federal Court of Canada, Trial Division, Judgment by Walsh J., October 22, 1981, Air Cargo, Wilful Misconduct”, *Annals of Air and*

- Space Law*, Vol. 7 (1982), s.533-538 (Swiss Bank Corp. v. Air Canada).
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdülkadir :Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Hay, Peter; Weintraub, Russell J; Borchers, Patrick J. :Conflict of Laws, Cases and Materials, New York 2004.
- Ho, Alexander :“Does the Montreal Convention 1999 Provide an Exclusive Remedy in the International Carriage of Goods and Passengers?”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. XXXIV (2009), s.379-436.
- Howard, Randall, K. :“Constitutional Law- Warsaw Convention- Provisions on Venue and Limitation of Liability Violate Due Process and Equal Protection, *Burdell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.*, 10 Av.CAS.18, 151 (Cir. Ct. Cook County, Ill. 1968)”, *Texas International Law Forum*, Vol. 5, Issue 2 (1969), s.299-313.
- Iatrou, Kostas; Oretti, Mauro :Airline Choices for the Future from Alliances to Mergers, Birleşik Krallık 2007.
- Ito, Atsuyo :Legal Aspects of Satellite Remote Sensing, Hollanda 2011.
- Jakhu, Ram S. :“Benjamins v. British European Airways/ The Warsaw Convention Creates a Cause of Action”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. III (1978), s.613-615.
- Kadletz, Andreas :“The Current Crisis of the Conflict of Laws in Private International Air Law”, *Annals of Air*

- and Space Law*, Vol. XXII, Part II (1997), s.87-106 (Conflict).
- Kadletz, Andreas :Conflicts of Laws in Private International Air Law: The Contracts of Carriage by Air, Aviation Insurance, Aircraft Purchase, Finance, the Creation of Security Rights in Aircraft and Common General Part, McGill University Institute of Air and Space Law Master Thesis, Montreal 1996, <http://www.digitool.library.mcgill.ca> (Thesis).
- Kahn-Freund, O. :“Delictual Liability and the Conflict of Laws”, *Recueil des Cours*, Vol. 124, No. II (1968), s.1-166.
- Kaner, İnci :“Birden Fazla Taşıyıcı Tarafından Yapılan Hava Taşımaları (Zincirleme Taşımalar)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3 (1991–1992), s.1-24 (Zincirleme).
- Kaner, İnci :Hava Hukuku (Hususi Kısım), İstanbul 2004 (Hava).
- Kazemi, Hamid :Carrier’s Liability in Air Transport with Particular Reference to Iran, Leiden 2012.
- Kessedjian, Catherine : “International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Hague Conference on Private International Law, Enforcement of Judgments, Prel. Doc. No 7 (April 1997), http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd7.pdf, erişim tarihi Mayıs 2015.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015 (Borçlar).
- Kılıçoğlu, Mustafa :6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012 (HMK).
- Kırman, Ahmet :Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990.
- Köseoğlu, Mehmet :“Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, *MHB*, C.28, S.1–2 (2008), s.147-172.
- Kreindler, Lee S. :Aviation Accident Law, ABD 2002.
- Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014.
- Lagerberg, Eric M. :Conflicts of Laws in Private International Air Law, Kanada 1991.
- Lanza, Noreen :“Keeping the “Live” in Live Animal Air Cargo Transport”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 76, No. 2 (2011), s.229-249.
- Larsen, Irene :“Regime of Liability in Private International Air Law - with Focus on the Warsaw System and the Montreal Convention of 28 May 1999”, Aarhus University Department of Law, RETTID Publication of Legal Papers (2002), s.1-42.
- Latchford, Stephend :“The Growth of Private International Air

- Law”, *The George Washington Law Review*, Vol.13 (1944–1945).
- Lauzon, Gilles :“Attorney General of Canada and Canadian Hunger Foundation v. Flying Tiger Line and Air Canada”, *Air Law*, Vol.XIII, No. 1 (1988), s.37-38.
- Lewis, G.M. :“The Joint Operating Agreement: Partnership or Not?”, *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol.4, No.2 (1986), s.80-84.
- Luongo, Norberto E. :“The Fifth Jurisdiction: the American Dream”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. XXXIV (2009), s.437-479.
- Mankiewicz, Rene. H. :“Charter and Interchange of Aircraft and the Warsaw Convention. A Study of Problems Arising from the National Application of Conventions for the Unification of Private Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.10 (1961), s.707-725 (Charter).
- Mankiewicz, Rene H. :Comparative Law and the International Civil Aviation, Hollanda 1980 (Aviation).
- Mankiewicz, Rene H. :The Liability Regime of the International Carrier, Londra 1981 (Liability).
- Mankiewicz, Rene, H. :“The U.S. Supreme Court Finally Overrules Lisi v. Alitalia”, *Air Law*, Vol. XV, No. 1, (1990), s.45-47 (Lisi).
- Marland, Tim :“Court of Appeal Does Not Put a Foot Wrong”, *Air and Space Law*, Vol. 34, No. 2

- (2009), s.135-140.
- Matte, Nicolas Mateesco :Treatise on Air-Aeronautical Law, Toronto 1981.
- McKenry, Carl E.B. :“Judicial Jurisdiction under the Warsaw Convention”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 29, No.3 (1963), s.205-229.
- McNair, Lord; Kerr, Michael, : The Law of the Air, London 1964.
R.E.; Evans, Anthony H.M.
- Mendelsohn, Allan I. :“A Conflict of Laws Approach to the Warsaw Convention”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 33, No. 4 (1967), s.624-632 (Conflict).
- Mendelsohn, Allan I. :‘Foreign Plaintiffs, Forum Non Conveniens, and the 1999 Montreal Convention”, *Air and Space Law*, Vol. 36, No. 4/5 (2011), s.293-303 (Foreign Plaintiffs).
- Mendes de Leon, Pablo :Private International Air Law, LLM Reader, Hollanda 2012.
- Mendes de Leon, Pablo; Eyskens, Werner :“The Montreal Convention: Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernization and Consolidation of the Warsaw System”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 66 (2001), s.1155-1185.
- Mercer, Anthony :“Liability of Air Carriers for Mental Injury under the Warsaw Convention”, *Air and Space Law*, Vol. 28, No.3 (2003), s.147-187.

- Milde, Michael :“Warsaw Requiem or Unfinished Symphony? (from Warsaw to the Hague, Guatemala City, Montreal, Kuala Lumpur and to...?)”, *the Aviation Quarterly*, Part I (1996), s.37-51 (Warsaw Requiem).
- Milde, Michael :International Air Law and ICAO, Hollanda 2008 (ICAO).
- Miller, Georgette :Liability in International Air Transport, New York 1977.
- Myburgh Paul :“Exclusivity of the Warsaw Convention”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* (1998), <http://papers.ssrn.com>, erişim tarihi Şubat 2015, s.476-480.
- Nergiz, Abdullah :“Türkiye Bölgesel Havacılığı İçin Dönüm Noktası”, 2011, <http://www.havayolu101.com>, erişim tarihi, Nisan 2015.
- Nomer, Ergin :Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2015 (Devletler).
- Nomer, Ergin :“Devletin Yargı Muafiyeti ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun”, *MHB*, C.2, S.1 (1982), s.6-8 (Yargı Muafiyeti).
- Nomer, Ergin :Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009 (Usul).
- Nomer, Ergin :Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, *Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB*, S.1–2, Yıl

23 (2003), s.565-577 (Kamu Düzeni).

Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Turgut 2014 (Cilt 1).

Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; :Eşya Hukuku, İstanbul 2012.
Oktay-Özdemir, Saibe

Ortino, Federico; Jurgens, Gideon :“The IATA Agreements and the European R.E. Regulation: The Latest Attempts in the Pursuit of a Fair and Uniform Liability Regime for International Air Transportation”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 64, No. 2 (1999), s.377-430.

Orbay Ortaç, Nurdan :Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk”, Ankara 2014.

Ökçün, Gündüz A. :Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Aralık 1997.

Özdemir Kocasakal, Hatice :“Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *MHB*, C.30, S.1-2 (2010), s.27-88.

Özkan, Işıl :Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.

Öztürk, Yaşar :Hava Hukuku I, Samsun 2010.

Palmer, N.E. :Bailment, Avustralya 1991.

Pazarcı, Hüseyin :Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Ankara

2004.

Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; :Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
Özekes Muhammet

Postacıoğlu, İlhan E.; Altay, :Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
Sümer

Pradhan, Devendra :“The Fifth Jurisdiction Under the Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody?”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 68 (2003), s.717-730.

Reese, Willis L.M. :“The Law Governing Airplane Accidents”, *Washington and Lee Law Review*, Volume 39, Issue 4 (1982), s.1303-1323 (Accident).

Rodriguez, Blanca I. :“Recent Developments in Aviation Liability Law”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 66 (2000–2001), s.21-127.

Russell, Kathryn A. :“Exorbitant Jurisdiction and Enforcement of Judgments: The Brussels System as an Impetus for United States Action”, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol.19 (1993), s.57-92.

Sadikov, O. N. :“Conflicts of Laws in International Transport Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 190, No. 1 (1985), s.192-270.

Sakmar, Ata :Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları, İstanbul 1982.

Sand, Peter H. :“Limitation of Liability and Passengers’ Accident Compensation Under the Warsaw

Convention”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.11 (1962), s.21-51.

Sand, Peter H.; Freitas Jorge de Sousa; Pratt Geoffrey N. :“An Historical Survey of International Air Law Before the Second World War”, *McGill Law Journal*, Vol. 7, No.1 (1960–1961), s.24-42.

Sargın, Fügen :Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996 (Yetki).

Sargın, Fügen :1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dâhilinde MÖHUK’un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.1 (2003), s.13-36 (Diplomatik).

Sargın, Fügen :A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law, *IPRax*, Vol. 28, No. 4 (2008), s.354-359 (Analysis).

Sargın, Fügen :“Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.50, S.2 (2001), s.37-95 (Karakteristik).

Sargın, Fügen : “5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikrî ve Sinaî Haklar ile İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul 2010

(Fikrî ve Sinaî Haklar), s.171-195.

Sargın, Fügen; Erten, Rifat

:“MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımanın Hukukî Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C.3, S.2 (2014), s.37-136.

Schmid, Ronald

:“Case Law Digest”, *Air and Space Law*, Vol. XXX/4–5 (2005), s.374-375.

Schoner, Dieter

:“Claims Against and Between Successive Carriers: Connaught Laboratories Ltd. v. Air Canada; Aerolineas Nacionales del Ecuador”, *Air Law*, Vol.V, No.1 (1980), s.37-39.

Schultz, J.C.

:“The Concept of Characteristic Performance and The Effect of The EEC Convention on Carriage of Goods”, *Contract Conflict, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Edited by P.M. North, Hollanda 1982.

Schwartz, Victor E.; Kelly, Kathryn; Partlett, David F.

:Prosser, Wade and Schwartz’s Torts, Cases and Materials, ABD 2007.

Scissors Conley, Melinda

:“Treaties- “Accident” Under the Warsaw Convention- Ninth Circuit Holds that a Pre-Existing Medical Condition, Along with a Flight Attendant’s Failure to Act, Characterizes an “Accident” Under the Warsaw Convention: Husain v. Olympic Airways”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 69 (2004), s.185-193.

Seven, Vural

:“Hava Yolu Taşımalarında Kayıtlı Bagajın

- Zıyaa Uğramasından Doğan Tazminat Sorumluluğunun Sınırı (Yük ve Bagaj Ayrımı)”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, Cilt 2, İstanbul 2009, s.1379-1394.
- Shawcross, Christopher; Beaumont, Major :Air Law, Vol. 1, Issue 122, Birleşik Krallık 2010.
- Sharon, Peggy; Marco, Karen :Implementation of Warsaw Convention in Case of Bodily Injury, 24 Haziran 2015, <http://www.internationallawoffice.com>, erişim tarihi Haziran 2015.
- Sirmen, K. Sedat :“Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co. v. Reyno Davası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.63 (1) (2014), s.199-217 (Forum Non Conveniens).
- Sirmen, K. Sedat :“Taşıyıcının Sorumluluğunun Münhasıran Montreal Sözleşmesinde Yer Alan Şartlara ve Sınırlamalara Göre Belirlenmesi İlkesinin Taşıyıcının Engelli Yolcunun İnsan Haklarını İhlal Etmesi Halinde Uygulanmasına İlişkin Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin 5 Mart 2014 Tarihli Kararının Tercümesi”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C.4, S.1 (2015), s.263-284 (Montreal).
- Sözer, Bülent :“Havayolu ile Yapılan Taşımalarda Yolcunun Maruz Kaldığı Zararlardan Doğan Manevî Tazminat Talepleri”, *Hava Hukuku Sempozyumu, Fatih Üniversitesi Hukuk*

Fakültesi, ed. Dr. İlyas Çeliktas, İstanbul 2012, s.91-97 (Sempozyum).

Sözer, Bülent

:“Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXI, S.1 (2001), s.141-192 (Montreal).

Sözer, Bülent

:Türk Hukuku’nda ve Uluslararası Hukuk’ta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, İstanbul 2009 (Yük Taşıma).

Sözer, Bülent

:“Türk Sivil Havacılık Kanunu’na İlişkin Bazı Görüşler ve Değerlendirmeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XII, S. 2–3 (1984), s.63-92 (TSHK).

Sözer, Bülent

:“Türk Sivil Havacılık Kanununun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt XXI, S.4 (1984), s.3-86 (İşletenin Sorumluluğu).

Sözer, Bülent

:“Hava Yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.IX, S.3 (1978), s.765-818 (Taşıyanın Sorumluluğu).

Sözer, Bülent

:“Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları”, *Banka ve*

- Ticaret Hukuku Dergisi*, C.IX, Sayı 2 (1977), s.369-403 (Hava Taşımaları).
- Süral, Ceyda :“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.100 (2012), s.167-216.
- Şanlı, Cemal :Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 1992 (Sivil Havacılık).
- Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman- Fıganmeşe, İnci :Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2015.
- Şit, Banu :“Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, S.1 (2011), s.61-74.
- Sundberg, Jacob, W.F. :“The Guadalajara Convention Live from Cyprus”, *Air Law*, Vol.1, No.2 (1976), s.83-98.
- Symeonides, Symeon, C. :American Private International Law, Hollanda 2008.
- Tan Dehmen, Mine :“Varşova Konvansiyonu’na İlişkin Olarak 2014 Yılında Verilen Bazı Yargıtay Kararları”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C.4, S.1 (2015), s.311-324.
- Tandoğan, Halûk :Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge :“5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”,

TBB Dergisi, S.87 (2010), s.195-227.

Tanrıver, Süha

:“Yazılı Yargılama Usulünde Islah Yoluyla Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülüp Sürülmeyeceği”, *Hâluk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara 2009, s.1079-1084.

Tatum, Brian S.

:“Exclusivity of the Warsaw Convention’s Cause of Action: The US. Supreme Court Removes Some of the Expansive Views Foundations in *Zicherman v. Korean Air Lines Co. Ltd*”, *the Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.26 (1996-1997), s.537-550.

Tekinalp, Gülören

:“Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m.24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”, *MHB*, C.5, S.1 (1985), s.28-31 (Zımnî Hukuk Seçimi).

Tekinalp, Gülören;

:Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer

Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Akman; Altop, Atilla

:Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyedlik- Tapu Sicili, Mülkiyet, İstanbul 1989 (Eşya).

Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla

:Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993 (Borçlar).

Tillery, Rebecca

:“Airline Liability- The Warsaw Convention- United States District Court of the Southern District of California Holds That The Passenger May Bring Suit in the United States Because It Is KLM’s “Place of Business Through Which

- The Contract Was Made”: Polanski v. KLM Royal Dutch Airlines”, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol.71, No. 1 (2006), s.91-98.
- Tiryakioğlu, Bilgin :Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996 (Akit).
- Tiryakioğlu, Bilgin :Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996 (Boşanma).
- Tobolewski, Aleksander :“Against Limitation of Liability; A Radical Proposal”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. III (1978), s.261-267.
- Tompkins, George N. Jr. :Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States From Warsaw 1929 to Montreal 1999, Hollanda 2010 (Air Transportation).
- Tompkins, George, N. Jr. :“The Road From Lisi to Chan- Notice of the Warsaw Convention Limits of Liability”, *Air and Space Law: De Lege Ferenda, Essays in honour of Henri A. Wassenbergh*, ed. Mason-Zwaan, Tanja L. & Mendes de Leon, Pablo, Hollanda 1992, s.135-147 (Lisi).
- Tompkins, George, N. Jr. :“Deep Vein Thrombosis (DVT) and Air Carrier Legal Liability- the Myth and the Law”, *Air and Space Law*, Vol. XXVI, No. 4–5 (2001), s.231-235 (DVT 1).
- Tompkins, George, N. Jr. :DVT Litigation Update: “1 March 2003”, *Air and Space Law*, Vol. 28, No.2 (2003) s.100-105

- (DVT-2).
- Tompkins, George, N. Jr. :“DVT Litigation Update: 1 October 2003”, *Air and Space Law*, Vol. 28, Vol. 6 (2003), s.331-333. (DVT-3).
- Tompkins, George, N. Jr. :“DVT Litigation Update”, *Air and Space Law*, Vol. 33, No. 6 (2008), s.466-467 (DVT-4).
- Tompkins, George, N. Jr. :“The Montreal Convention and the Meaning of ‘Destination’ in Article 33/1”, *Air and Space Law*, Vol. XXXII, No.3 (2007), s.224-226 (Destination).
- Tompkins, George, N. Jr. :“The Montreal Convention 1999, the Fifth Jurisdiction in the United States and the Doctrine of Forum Non Conveniens”, *Air and Space Law*, Vol. XXXIII, No.3 (2008), s.306-308 (Fifth Jurisdiction).
- Tompkins, George N. Jr. :“Case Notes: Article 17 and the Warsaw Convention- When is an ‘Accident’ not an Article 17 Compensable Accident?” *Air and Space Law*, Vol.32, No.3 (2007), s.228-229 (Case).
- Topsoy, Fevzi :“Taşınma Eşyası Taşımalarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2014), s.21-46.
- Troncoso, Francisco M; Feldman, Arlene Butler :“Wake Turbulence and the Jumbo Jets: Whose Responsibility, Pilot or Controller?”, *Annals of Air and Space Law*, Vol. III (1978), s.269-285.
- Tunçomağ, Kenan :“İkametgâh”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk*

- Fakültesi Mecmuası*, Cilt 26, Sayı 1–4 (1960), s.153-184.
- Turhan, Turgut :Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara 1989.
- Turhan, Turgut; Tanrıbilir, Feriha Bilge :Vatandaşlık Hukuku, 3. baskı, Ankara 2012.
- Ülgen, Hüseyin :Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987 (Hava).
- Ülgen, Hüseyin :Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul 1988 (Taşımacılık).
- Wassenbergh, Henri A. :“Liability in International Air Transport and Space Law in the Next Century” (1998), *Regulatory Reform in International Air Transport, Henri A. Wassenbergh’s Select Essays Over a Period of Fifty Years (1950-2000)*, ed. Chia- Jui Cheng, Taipei 2000 s.985-1002 (Liability).
- Wassenbergh, Henri A. :“General Course on International Private Air Law”, *Regulatory Reform in International Air Transport, Henri A. Wassenbergh’s Select Essays Over a Period of Fifty Years (1950-2000)*, ed. Chia- Jui Cheng, Taipei 2000, s.959-983 (General).
- Weber, Ludwig :International Civil Aviation Organization (ICAO), Netherlands 2012 (ICAO).
- Whalen, Thomas J. :“The New Warsaw Convention: the Montreal Convention”, *Air and Space Law*, Vol. XXV, No. 1 (2000), s.12-26 (Montreal).

- Whalen, Thomas J. :“Arbitration of International Cargo Claims”, <http://monmexique.com/9-WHALEN.pdf>, erişim tarihi Mayıs 2015 (Arbitration).
- Word, Kathryn :“Warsaw Convention- Article 17- Injury During the Course of Embarkation-Article 29- Limitation Period-Liability in Negligence”, *Air and Space Law*, Vol.28, No.3 (2003).
- Wybo P. Heere :“Case Law Digest”, *Air Law*, Vol. XXI, No. 4/5 (1996).



B. Diğer Metin ve Belgeler

“Report of the Rapporteur on the Modernisation and Consolidation of the Warsaw System”, *The Aviation Quarterly*, Part 5 (1997).

Council Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano ve Paul Lagarde, Official Journal of the European Communities, No. C. 282 (31.10.1980) (Report).

<https://www.tbmm.gov.tr>.

<http://www.kazanci.com>.

<http://www.icao.int>.

<http://www.iata.org>.

<http://web.shgm.gov.tr>.

<http://eur-lex.europa.eu>.

<http://ec.europa.eu>.

<http://scholar.google.nl>.

<http://www.leagle.com>.

<https://bulk.resource.org>.

<http://law.justia.com>.

<http://openjurist.org>.

<http://aviationlawblog.ahbl.ca>.

<http://www.internationallawoffice.com>.

<http://www.legislation.gov.uk>.

<http://www.cad.gov.rs>.

<http://docs.justia.com>.

<http://federal-circuits.vlex.com>.

<http://www.lawphil.net>.

<http://www.imf.org>.

<http://www.thecabadvantage.com>.

<http://www.tdk.gov.tr>.

<http://www.tcmb.gov.tr>.

<http://www.newyorkconvention.org>.

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>.

<http://www.un.org>.

<http://www.upu.int>.

ÖZET

Çalışmamızda, uluslararası taşımacılık sırasında meydana gelen ve “kaza” olarak nitelendirilen vakıalar sebebiyle doğan taşıyıcının hukukî sorumluluğu, milletlerarası özel hukuk boyutuyla ele alınmıştır. Bu çerçevede konu, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ve bu Sözleşmelerin kapsamına girmeyen durumlarda, MÖHUK rejimi kapsamında değerlendirilmiş ve uygulamada karşılaşılabilecek çeşitli hukukî sorunlar tespit edilmiştir.

Varşova ve Montreal Sözleşmeleri, çok geniş katılımın sağlandığı milletlerarası sözleşmeler olduğu için taşıyıcının hukukî sorumluluk davaları, genelde, bu sözleşmeler kapsamında doğmaktadır. MÖHUK rejimi ise, kalkış veya varış yerlerinden birinin Türkiye, diğer yerin, milletlerarası sözleşmelere taraf olmayan az sayıda devletin ülkesinde bulunması durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Bu hâllerde, taşıyıcının sorumluluk davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve bu davalara uygulanacak hukuk, MÖHUK’un ilgili hükümlerine göre tayin edilebilir. Ayrıca, MÖHUK rejimi, Sözleşme kapsamında düzenlenmeyen konularda da uygulanabilir. Bu konular, kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları dâhil olmak üzere *lex fori*’ye tâbidir. Dolayısıyla Türk mahkemesinin, Sözleşmeler kapsamında milletlerarası yetkili olduğu hallerde, bu konulara uygulanacak hukuk, MÖHUK hükümlerine göre tayin edilecektir. Son olarak, Sözleşmeler kapsamında olan taşıyıcının sorumluluk davasının Türk mahkemesi önünde görülmesi durumunda, Sözleşmelerin açıkça *lex fori*’nin iç hukukunun uygulanmasını gösterdiği konular, Türk hukukuna tâbi olacaktır.

SUMMARY

In our dissertation, the notion of carrier's liability emerging from the accidents taking place during the international carriage has been evaluated within the framework of private international law. International jurisdiction, recognition and enforcement issues, applicable law, various conflict of laws problems (such as qualification, renvoi, public order) are examined in carrier's liability cases having international aspects. In this framework, carrier's liability has been dealt within the provisions of the international conventions (The Warsaw Convention and its amended forms and The Montreal Convention) and the provisions of Turkish private international law. Moreover, some legal matters that might be met in practice has been determined.

Generally, the disputes about carrier's liability may emerge within the scope of the Warsaw and Montreal Conventions due to the reason of broad participation within the international legal framework of the Conventions.

On the other hand, the carrier's liability disputes can be emerged from the international carriage, in which according to the contract made by the parties, the places of departure and destination are situated within the territories of non-contracting parties to the conventions. In this case, the Turkish private international law regime can be applied to find the applicable law and competent court in the cases of carrier's liability. Furthermore, the Turkish legal regime can be applied to the matters that are explicitly left out from the Conventions. All these matters depend on the rules of conflicts of laws of *lex fori*.