

VARŞOVA KONVANSİYONUNDA TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

Dr. İnci DENİZ

I. SORUMLULUĞUN ÇEŞİDİ (AKDİ SORUMLULUK)

1929 T. Varşova Konvansiyonu* hava taşıyıcısının sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu Konvansiyon herşeyden önce, uluslararası bir karaktere sahip olan sözleşmeler hakkında uygulanır¹. Hava Taşıyıcısı (Air Carrier) hava taşıma sözleşmesinin taraflarından biri olduğu için, taşıyıcının sorumluluğu ile Varşova Konvansiyonunuda bahsedilen sorumluluk daima akdî sorumluluktur. Konvansiyon işte bu akdî sorumluluğu düzenlemektedir.

Taşıyıcının pek tabii olarak her şahıs gibi haksız fiil sorumluluğu da vardır, ancak bu sorumluluk tipi Konvansiyon hükümlerinin dışında kalır².

Taşıyıcının akdî sorumluluğu anlaşılacağı üzere taşıma sözleşmesine âkid olanlara karşıdır. Bunlar, eşya veya yolcu taşımacılığının söz konusu olmasına göre 'gönderen' (expediteur) ve yolculardır (passangers) Her ikisini de kapsamak üzere yolculukla ilgililer terimi kullanılabilir³.

(*) 1929 T. Varşova Konvansiyon'una katılmamız 1.3.1977 T. ve 2073 sayılı Kanunla (RG. 13.3.1977 t., 15877 S.) uygun bulunmuştur. Onay Kararnamesi 29.8.1977 - 7/13874 S. (RG. 3.12.1977 - 1628 S.).

1) Hangi sözleşmelerin bu Konvansiyon anlamında uluslararası bir sözleşme sayılacağı ve bu Konvansiyon'a tâbi olan bir taşıma sözleşmesinde bulunması gereken diğer unsurlar hakkında, GULDİMAN, Art. I, No. 3-24.

2) Taşıyıcının akit dışı sorumluluğu 1952 tarihli Roma Konvansiyon'u ile düzenlenmiştir.

3) Bu kimseler için Fransız hukuk terminolojisinde "usagers" (Bak.

İşte, bu makalenin konusu, hava taşımacılığında yolculukla ilgililere karşı olan sorumluluğun mahiyeti ile ilgilidir.

Taşıyıcının söz konusu mesuliyetini düzenliyen maddeler Konvansiyon'un 17, 18, ve 20. maddeleridir.

Konvansiyon'un 17. maddesine göre, taşıyıcı zarara yol açan kazanın uçakta veya uçağa biniş ya da iniş işlemleri sırasında meydana gelmesi halinde yolcunun ölümü, yaralanması veya vücut tamliğinin diğer bir şekilde ihlâlinden dolayı uğradığı zararlardan sorumludur.

18. madde ise taşıyıcının yük ve bagajlara gelen zararlara karşı doğan sorumluluğunu düzenlemektedir.

Konvansiyon'un 20. maddesine gelince, Bu hüküm taşıyıcının hangi şartlar altında sorumluluktan kurtulabileceğini göstermek ve mesuliyeti, olumsuz bir ifade kullanmak suretiyle a contrario olarak düzenlemektedir. Bu hükmün mahiyetini daha sonra tetkik edeceğiz.

Bu maddeye göre: Taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek üzere gerekli tedbirleri (mesures necessaires) almış olduğunu veya bu tedbirlerin alınmasının kendileri için imkânsız olduğunu isbat ettiği takdirde sorumlu olmaz.”

Bununla birlikte, taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğu tümüyle Varşova Konvansiyonu'nun uygulama alanı içine girmez. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu sorumluluk, sorumluluğu doğuran yani zarara yol açan kazanın belli bir yerde (uçakta) veya belli bir zaman parçası içinde (uçağa biniş veya uçaktan iniş işlemleri sırasında) meydana gelmesi şartına bağlıdır. (M. 17, 18). Şu halde taşıyıcının mesuliyetini gerektiren durumlarda taşıma sözleşmesine dayanabilme imkânının mevcut olması, bu sorumluluğun Konvansiyon hükümlerine tabi olmasına kâfi gelmiyecektir. Bu nedenle, taşıma sözleşmesinin yapılması sırasında veya daha önce fakat belli bir aşamadan⁴ sonra olmak şartıyla, sözleşmenin kurulma

ZOGHBI 29) Alman hukukunda "Benutzers" terimi kullanılmaktadır (bak. GULDIMANN 19).

4) Bu aşamanın ne zaman başladığı hakkında bak. KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1978, s. 12.

safhasından önce uğranılan zararlarda da akde dayanılabileceği halde culpa in contrahendo) bu sorumluluk Konvansiyon hükümlerine tabi olmayacaktır.

Taşıyıcının akdî sorumluluğunda, taşıyıcının hem kendi fiil ve ihmalden hem de adamlarının fiil ve ihmalden doğan sorumluluğu söz konusudur. Böylece durumu ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

1 Taşıyıcının kendi fiil ve ihmalden doğan sorumluluğu

Taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen hükümlerden birincisi olan 17. madde taşıyıcının herhangi bir fiil veya ihmalden söz etmemektedir. Madde sadece, belirli şartlar altında meydana gelen bir kazadan dolayı yolcuların uğriyacağı çeşitli zararlardan taşıyıcının sorumlu olacağını bildirmektedir.

Bu sorumluluğun şartlarını, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, 20. madde a contrario olarak düzenlemektedir. Hüküm, hangi şartlar altında taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağını tayin etmektedir. Buna göre, taşıyıcı, zararın önlenmesi hususunda gerek kendisinin gerekse adamlarının gerekli tedbirleri aldığını veya bu tedbirlerin alınmasının imkânsız olduğunu isbat ederse sorumluluktan kurtulacaktır. Şu halde taşıyıcının bu hususta gerekli tedbirleri almamış olması onun sorumluluğunu gerektiren bir fiildir. Bu fiil olumsuz bir davranış olarak kendisini göstermektedir. Taşıyıcı bu davranışı yerine getirmediği veya böyle bir davranışı yerine getirmiş olduğunu isbat edemediği zaman, sorumluluktan kurtulabilmesi için geriye kalan tek çare bu hususta bir imkânsızlık halinin bulunduğunu isbat etmektir⁵.

Taşıyıcının sorumluluğundan söz edilirken onun tazmin borcu altına girmesi keyfiyetinden bahsedilmektedir. Herhangi bir zararın doğması halinde Konvansiyon uyarınca tazmin borcu altına giren taşıyıcının çeşitli düşüncelerle⁶ zararın tümünü karşılamak zorunda kalmaması arzu edilmiş, bu nedenle Konvansiyonda, taşıyıcının ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarı belirli bir tavanla

5) İmkânsızlıktan neyin anlaşılacağı hususunda bak. SESSELI 73.

74. Bu konu üzerinde ileride ayrıca açıklama yapılacaktır.

6) Bu düşünceler için bak. ZOGHBI 3.

sınırlandırılmıştır. (M. 22) Burada tazmin borcunun sınırlandırılması bir borç sınırlandırması olarak görünmektedir. Buna karşılık, aslında sınırlandırılan sorumluluk ile sorumluluktur⁷. Taşıyıcı isterse zararın bu tavanı aşan kısmını ödiyebilir ve bu takdirde borç olmayan şeyin tediyesi söz konusu olmaz. Mesuliyet bir miktarla sınırlandırıldığı için burada bir mahdut şahsî mesuliyet hali vardır⁸.

İşte ile sorumluluk bakımından geçerli olmak üzere, taşıyıcının mevcut sorumluluğunu artıran bazı davranışları da vardır ki bunlar da taşıyıcının bazı yükümlülükleri yerine getirmemesi tarzında ortaya çıkar.⁹ Bu haller, özetlenecek olursa, taşıyıcının karşı âkide belirli bir hususta bilgi (sorumluluğunun Varşova Konvansiyon'unun özel rejimine tabi olduğu) vermemiş olması veya nitelikli bir kusur (faute qualifiée) (kast veya kast ile bir tutulan kusur) halinin bulunduğunu gösteren bazı davranışlarıdır¹⁰.

2 — Taşıyıcının kendi adamlarının¹¹ fiilinden doğan sorumluluğu

Taşıyıcı kendi fiil ve ihmalden sorumlu olduğu gibi adamlarının fiil ve ihmalden de sorumludur. (M. 20) Taşıyıcının bizzat kendisini borç altına sokan davranışlarla, adamlarının, kendi sorumluluğunu (taşıyıcının) doğuran davranışları arasında muhteva ve nitelik bakımından bir fark yoktur. Onların da, zararın önlenmesi hususunda gerekli tedbirleri almamış olmaları taşıyıcıyı sorumluluk altına sokar. Çünkü, 20. madde gerek taşıyıcının gerekse adamlarının zararın önlenmesi hususunda gerekli tedbirleri almış olmalarından bahsetmektedir.

Ancak, bu sorumluluğun başkasının fiilinden doğan bir sorumluluk teşkil etmesi hemen hemen şeklî anlamda kalmaktadır. Yol-

7) GULDİMANN Art. 22 No. 10.

8) SÖZER 785. Ayrıca mahdut şahsî mesuliyet hakkında bak. ÇAĞA : Mahdut Şahsî Mesuliyet Mefhumuna dair, İstanbul Barosu Dergisi, Temmuz - Ağustos 1970, s. 511 vd.

9) Bu şartlar hakkında bak. Konvansiyon'un 25 ve diğer ilgili maddeleri.

10) Bak. ZOGHBI, 69 vd.

11) Fr. "Prepose", İng. "The persons acting on behalf of the carrier", Alm. "Leute".

culukla ilgili kimselere karşı doğan sorumlulukta taşıyıcı ve adamlarının adetâ bir bütün teşkil ettikleri ileri sürülmüştür¹².

Konvansiyon uyarınca taşıyıcı eşya zararları bakımından adamlarının gerek ticarî gerekse teknik kusurlardan sorumludur¹³. Bu açıdan hava taşıyıcısının sorumluluğu deniz taşıyan'ının sorumluluğundan daha ağırdır¹⁴.

Taşıyıcının adamları kavramına taşıyıcıyla bir istihdam ilişkisi içinde bulunan ve taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesine katılan bütün kişiler dahildir. Ancak buradaki istihdam ilişkisinden maksat, taşıyıcının bilgisi ve gözetimi altında geçici bir şekilde de olsa taşıma ile ilgili işlemlerin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen ilişkidir¹⁵. Bu kavram geniş bir şekilde ele alınmaktadır¹⁶.

Sorumluluğun doğabilmesi için adamların bu fiili vazifelerini ifa ederken işlemiş olmaları gerekir. Yoksa bu kişilerin, vazifeleri dolayısıyla böyle bir zararı doğurma fırsatını bulmaları yeterli değildir¹⁷. Burada ise deniz taşıyan'ına nazaran hava taşıyıcısının sorumluluğunda bir hafifleme vardır. Çünkü orada, taşıyan adamlarının vazifeleri ile bağıntılı olmıyan kusurlarından da sorumludur¹⁸.

II. SORUMLULUĞUN TEMELİ (KUSUR)

Varşova Konvansiyonunda taşıyıcının sorumluluğu ihtimam borcuna dayandırılmıştır. Yani sorumluluk onun ihtimam borcunun ihlâlinden doğmaktadır. Bu ihtimamın ölçüsü ise gerekli ihtimamdır. Anglo-Sakson terminolojisinde 'due diligence', kıta avrupası hukukundaki ifade ile 'diligencia ac bonus pater familias' yani 'iyi bir

12) ZOGHBI, 135.

13) 1929 T. Varşova Konvansiyon'unda öngörülen bu ayırım 1955 T. La Haye Protokolünde ortadan kaldırılarak hava taşıyıcısının gerek ticarî gerekse teknik kusurdan sorumlu olması öngörülmüştür. Bilgi için bak. GULDIMANN, Art. 20, No. 2.

14) SESSELI, 39.

15) SESSELI, 40; GULDIMANN, Art. 20, No. 15.

16) SESSELI, 40.

17) SESSELI, 40, not 37'de işaret edilen yazarlar ve SESSELI, 41.

18) ÇAĞA, II, 170.

aile babası'nın ihtimamıdır¹⁹. Varşova Konvansiyon'unda işte, taşıyıcıya böyle bir ihtimam borcunun yüklenmiş olduğu hususunda doktrinde görüş birliği vardır²⁰. Bu ihtimam borcundan ve ölçüsünden Konvansiyon metninde bahsedilmemesine rağmen, Konvansiyon'un hazırlık çalışmalarının baştan sona kadar devam eden bütün safhalarından taşıyıcının sorumluluğu bakımından daha ağır düzenlemeye gidilmek istenmediği anlaşılmaktadır²¹.

Taşıyıcının mesuliyetinin ihtimam borcuna dayanması nedeniyle, Konvansiyonda sorumluluğun hukukî temelini kusur unsurunun teşkil ettiği ittifakla kabul edilmektedir²². Akdî sorumluluğun söz konusu olması nedeniyle bu sorumluluk kusur karinesine (presomtion da faute) dayanan bir mesuliyet olarak ele alınmaktadır²³.

Kusur karinesinden maksat borçlunun yani sorumluluk altına giren kişinin bazı fiil ve davranışlarının (bunlar müsbet veya menfî davranışlar olabilir) veya onun dışında gerçekleşen bir olgunun (örnek olarak, B. K. 55 hükmünün kusur karinesine dayalı sorumluluğu düzenlediği görüşünün hâkim olduğu dönemde müstahdemin bir üçüncü kişiye zarar vermesi) hukuk düzenince ona ait bir kusur olarak kabul edilmesidir.

Sorumluluk altına girmesi söz konusu olan kişinin sorumluluktan kurtulabilmesi için bu karinenin aksini isbat etmesi gerekecektir. Yani, kendisinin kusurlu olarak farzedildiği hallerde bu olguların kendisi için bir kusur teşkil etmeyeceğini yahut edemeyeceğini isbat etmek zorundadır. Borçlunun bu durumu isbat edebilmesi için

19) SESSELI, 64; ZOKBHI, 15.

20) SESSELI, 64; ZOGBHI, 15; GULDIMANN, Art. 20, not 1 vd.

21) Bu konuda bak. SESSELI, 37.

22) Yukarda sözü edilen yazarlar ve yine bunların işaret ettikleri diğer yazarlar. Örnek olarak bak. SESSELI, 93, Not 2. Müellif karşı fikre rastlamadığını söylemektedir.

23) ZOGHBI, 13 vd.; SESSELI, 41. Ancak, müellif bu sorumluluğun aktüel yapısı hakkında daha farklı bir neticeye ulaşmaktadır. Bak. sah. 103; GULDIMANN, Art. 20.

Bununla birlikte bir fikre göre, sorumluluk kusur karinesine dayanan bir mesuliyet olmakla birlikte sebep sorumluluğuna çok yaklaşan bir mesuliyet şeklidir. Bak. SESSELI, 93, Not 2 de anılan müellif. Gerçi, SESSELI de sorumluluğun yapısı hakkında benzer sonuca ulaşmaktadır. Bak. s. 103.

kendisine ait bir irade eksikliği (ihtimam noksanı) olarak atfedilen bu olgu ile iradesi arasında herhangi bir ilişki bulunmadığını göstermekten başka çaresi olmasa gerekir.

Oysa, bu konuda sözü edilmekte olan kusur karinesi, kusursuzluğun isbatının borçluya yüklenmiş olduğunu ifade etmektedir. Bu konu üzerinde ileride sorumluluğun yapısı hakkındaki bölümde duracağız.

III. SORUMLULUKTAN KURTULMA

A. Kusursuzluğun isbatı

Taşıyıcının sorumluluğunun hukukî temelini Varşova Konvansiyon'unda kusur olarak kabul edilmiş olduğunu yukarıda belirtmiştik.

İşte, bu unsurun isbatı hangi tarafa ait olacaktır? Konvansiyon bu hususta subjektif akdî sorumluluk sistemine hâkim olan prensipten ayrılmamıştır. Yani, Kıta Avrupası Hukukunda olduğu gibi, Konvansiyon da da kusurun isbatı alacaklıya yüklenmemiş bu husustaki isbat külfeti borçlu üzerinde bırakılmıştır. Akdî sorumlulukta isbat külfetinin alacaklıya ait olması Anglo-Sakson Hukukunda söz konusudur²⁴.

B. İsbat külfetinin yerine getirilmesi

Hava taşıyıcısının bu isbat külfetini yerine getirebilmesi için Konvansiyon'un 20. maddesinde öngörülen kurtuluş delilini ortaya koyması yani maddede, taşıyıcının sorumlu olmayacağını öngören hallerin gerçekleştiğini göstermesi gerekir.

20. madde, taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için ona iki imkân tanımaktadır:

24) Common Law sisteminde bazı hallerde "Res ipsa loquitur" prensibinin uygulanması suretiyle isbat külfeti borçluya yükletilmektedir. Bu prensip başlangıçta ancak çok sınırlı hallerde uygulanmış halde gittikçe yaygınlaşmak suretiyle tatbik edilmeye başlanmıştır. Bak. SESSELI, 88, 89. Bu prensip ve tatbik şartları hakkında bak. Aynı yer.

1 — Taşıyıcı, kendisi veya adamları tarafından zararın önlenmesi hususunda gerekli tedbirlerin alınmış olduğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulabildiği gibi,

2 — Taşıyıcı, bu tedbirlerin alınması hususunda gerek kendi gerekse adamları bakımından bir imkânsızlık halinin bulunduğunu isbat etmek suretiyle de sorumluluktan kurtulabilir.

20. madde sadece 'gerekli tedbirleri'in (mesures necessaires) alınmış olduğunun isbatından söz etmekle, diyebiliriz ki ilk bakışta, bu hüküm, taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için objektif bir vakianın gerçekleşmiş olmasını (zararı önliyecek gerekli tedbirlerin alınmış olmasını) aramaktadır.

Gerekli tedbirlerden maksat, bizce, herşeyden önce, zararın doğmasını yani zara yol açan kazanın meydana gelmesini önliyecek bir muhtevaya sahip yani mahiyeti itibariyle objektif olarak kazayı önlemeye elverişli olan tedbirlerdir.

Varşova Konvansiyon'unun hazırlık çalışmalarında gerekli tedbirlerden 'makul tedbirler' diye söz edilmesine rağmen (mesures raisonnables), Konvansiyon metninde 'gerekli tedbirler' (mesures necessaires) ifadesi kullanılmıştır²⁵.

20. maddede borçlunun (taşıyıcının) sorumluluktan kurtulması hususunda subjektif unsurdan (kusurdan) herhangi bir şekilde söz edilmemiştir.

Oysa hazırlık çalışmaları incelendiği vakit, bu Konvansiyon'u hazırlayanların taşıyıcının mesuliyetini bir kusur mesuliyeti olarak ele aldıklarını ve bu konuda akdî mesuliyete hâkim olan sistemden ayrılmayı akıllarından dahi geçirmedikleri²⁶ görülmektedir.

Buna rağmen sorumlulukla ilgili maddelerde, bu arada 20, maddede subjektif unsurdan yani 'ihtimam'dan söz edilmemiştir.

20. maddenin kaleme alınış tarzı çeşitli yorumlara yol açmış ve farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Gerçekten de söz konusu hüküm sadece 'gerekli tedbirler'in alınmasından bahsetmekte fakat bundan neyin anlaşılacağı hususunda her hangi bir kri-

25) Bu konudaki tartışmalar için bak. ZOGHBI, 15 vd.

26) ZOGHBI, 13.

ter vermemektedir. İşte 'gerekli tedbirler' ifadesi hukukçular tarafından farklı şekilde yorumlanmaktadır²⁷.

Bizce, bu konudaki tartışmaların nedeni, subjektif sorumluluğa yer vererek kusur mesuliyetini gözönünde bulunduran bir hukuk sisteminin, sorumluluktan kurtulma şartlarını düzenlerken buna uygun bir ifade kullanılmıyarak bazı objektif olguların isbatından bahsetmiş olmasındandır. Hatta bu nedenle de, doktrinde maddenin hatalı bir tarzda kaleme alındığı da belirtilmiştir²⁸.

İşte, subjektif unsuru temel alan bir sorumluluk sisteminde kuruluş şartı bakımından objektif olguların isbatını arar tarzda kaleme alınan 20. madde düzenlemekte olduğu kurtuluş beyyineleri hakkında çeşitli yorumların ileri sürülmesine neden olmuştur.

Bu konudaki yorumları SESSELI'den naklen almak suretiyle üç gruba ayırabiliriz²⁹. Bu yorumlar, gerekli tedbirlerden ne anlaşılacağı ve bizzat olayda söz konusu olan 'zarar'ı önlemeye yönelik olmasının aranıp aranmayacağı noktasında toplanmaktadır. Şimdi bunlara sırasıyla kısaca göz atalım.

C. 20. maddedeki kurtuluş beyyinesi hakkında ileri sürülen yorumlar

a) *Metne bağlı yorum*

Bu yoruma göre, gerekli tedbirler'den maksat, zararın meydana gelmesini objektif olarak önleyebilecek mahiyette olan tedbirlerdir³⁰. Bu görüş, bizim, gerekli tedbirler kavramı hakkında ileri sürdüğümüz anlayışa da uygundur³¹.

Zararın meydana gelmesini önleyecek objektif tedbirlerin alınmamış olması halinde taşıyıcı ancak force majeure'e dayanarak yani

27) ZOGHBI, 13; SESSELI, 63 vd.

28) SESSELI, 63 vd.

29) SESSELI, 63 vd.

30) KOFFKA - BODENSTEIN, 332 (SESSELI, 63'den naklen). Ancak, burada force majeure dar yani teknik anlamda kullanılmamış olsa gerekir. Bunu, SESSELI'nin force majeure hakkında kendi kitabınının 69. sahifesine yapmış olduğu atıftan da anlamaktayız.

31) Bak. Bir önceki sahife.

bu hususta bir imkânsızlık halinin bulunduğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir³².

SESELI'nin eserinden faydalanmak suretiyle fikir sahibi olabildiğimiz bu düşünceye göre belirtelim ki, sözü edilen objektiflik sadece tedbirin muhtevasıyla ilgili olup 'necessaires' (gerekli) ibaresinin yorumuna hasredilmiştir. Objektiflikten söz edilirken tedbirin alınmış olup olması vakıası üzerinde durulmamaktadır. Objektivite sadece tedbirin muhtevasında aranmaktadır. Fakat bu görüşten hareketle, takip edilecek olan mantık zinciri uyarınca varılacak sonuca göre, bu objektiflik sadece tedbirin muhtevasında değil, söz konusu tedbirin alınmış olup olmaması vakası ile de ilgilidir. Çünkü taşıyıcı bu sonuncu halde ancak mücbir sebep'e dayanmak suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir.

Bu yoruma göre, 20. maddedeki imkânsızlık hali force majeure'den ibaret olup sadece kusursuzluk halini gösterme fonksiyonuna sahiptir. Dolayısıyla, bu yorum çerçevesinde söz konusu kurtuluş beyyinesinin yerine getirilmesinde kusurun rolü iki safhaya ayrılmış olmaktadır:

— Tedbirlerin muhtevasının tesbitinde yani bu tedbirlerin gerekli tedbirler mahiyetini taşıyıp taşımadığının tayininde kusurun hiç bir rolü yoktur. Tedbir objektif olarak, zararı önliyecek mahiyettedir ya da değildir.

— Tedbirlerin alınma safhasından önce ise kusur artık rol oynamaya başlamaktadır. Kusurun bulunmaması yani force majeure diğer bir deyişle imkânsızlık halinde gerekli tedbirler alınmamış da olsa borçlu sorumluluktan kurtulmaktadır. Böyle bir imkânsızlık (force majeure) dışında borçlu kusurlu kabul edilmektedir.

Bu görüş çerçevesinde objektif muhtevada bir tedbirin alınmış olduğunun isbatı aranmakta olduğundan, taşıyıcının herşeyden önce zararın yani kazanın sebebini ortaya koyabilmesi gerekir.

b) *Genişletici yorum*

Bu yorum tarzının başlıca taraftarları, LEMOIN, ZOGHBI ve CHAVAU'dur³³. SESSELI'de bu yorumu benimseyen müellifler arasındadır³⁴.

32) SESSELI, 63.

33) SESSELI, 64'den naklen. Ayrıca bak. ZOGHBI, 15.

34) SESSELI, 67.

Genişletici yoruma göre 20. maddedeki kurtuluş beyyinesinin mahiyeti araştırılırken yani gerekli tedbirlerin alınmış olduğunun isbatından ne anlaşılacağı tesbit edilirken, taşıyıcının borcunun muhtevası da nazara alınmalıdır³⁵. Bu borcun muhtevası basit bir ihtimam borcu (iyi bir aile babası ihtimamı) anglo-sakson deyimiyile due diligence olduğuna göre gerekli tedbirler'in alınmış olduğunun isbatından ihtimam borcunun yerine getirilmiş olduğunun isbatını anlamak gerekir. İşte bu nedenle, taşıyıcı zararı önlemek hususunda gerekli ihtimamı gösterdiğini isbat ettiği takdirde (kendisinden beklenen ihtimam ölçüsü içerisinde) 20. maddede öngörülen 'gerekli tedbirlerin alınmış olduğunun isbatı'da yerine getirilmiş olacaktır.

Bu görüşe göre, gerekli ihtimamın gösterilmiş olması gerek tedbirlerin alınmasından önceki safhada (tedbirin alınması için ihtimam) gerekse tedbirin gerekli tedbir sayılıp sayılmıyacağını tayin edecek olan muhtevasının değerlendirilmesinde rol oynamaktadır. Nitekim genişletici yorum taraftarları 'gerekli' ve 'makul' kelimeleri üzerinde durarak 'gerekli' kelimesinin 'mâkul' olarak anlaşılmasını ileri sürmektedirler.

Alınması gereken tedbirlerin 'o zararı' önliyecek objektif bir mahiyet taşıması aranmadığından, bu görüşe göre, zararın sebebinin isbatı şart koşulmıyacak yani bilinmiyen sebepler taşıyıcıya yüklenmiyecek, taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının genel olarak gerekli ihtimamı göstermiş olduğunu ortaya koyacak şekilde birtakım tedbirleri almış olduğunu isbat ederse kurtuluş beyyinesini yerine getirmiş olacaktır.

Bu yorum tarzından çıkan sonuca göre, genişletici yorum ile metne bağlı yorum olarak nitelendirilen düşünce tarzı arasındaki fark sadece 'gerekli tedbirler' ifadesinin değerlendirilmesi bakımından değil, tedbir ile zarar arasındaki ilişki bakımından da mevcuttur. Çünkü, genişletici yoruma göre, zarar sebebinin bilinmemesi halinde dahi, gerekli olan ihtimamın genel olarak gösterilmiş olduğunun isbatıyla yetinilmekte ve zararın yani zararı doğuran kazanın

35) SESSELI, 64.

meydana gelmesinden hemen önce hangi tedbirlerin alınmış olduğunun somut olarak gösterilmesi aranmamaktadır³⁶.

Birinci yorum tarzına göre, 'o zararı' yani somut olayı objektif olarak önlemeğe yönelmiş olan tedbirler gözönünde bulundurulmaktadır. Diğer bir deyişle zarara yol açan kaza ile tedbir arasında adeta bir sebep sonuç ilişkisi aranmaktadır. 'O tedbir' alınmış olursa 'o kaza'da meydana gelmiyecek olmalıdır. Yeter ki illiyet bağının kesilmesi söz konusu olmasın.

Oysa, genişletici yorumda kaza ile tedbir arasında muhteva bakımından bu kadar sıkı bir bağ aranmamaktadır. Bu nedenle, ikinci görüş yani genişletici yorum uyarınca, 20. maddedeki 'zararı önlemek için geerkli tedbirler' ifadesi bir bakıma, yolculuğun selâmetle icrasına yahut akdin gereği gibi ifasına ait gerekli tedbirler şeklinde yorumlanmış olmaktadır. Metnin bu kadar değiştirilerek yorumlanmasının ne derece isabetli olduğu bizce mâlum değildir.

Kanımızca, bu hususun kendileri tarafından da dikkate alınmış olması sebebiyle olsa gerek nedeni bilinmiyen kazalar bakımından bazı açıklamalar yapmak ihtiyacını duymuşlardır.

Bu görüş taraftarlarına göre sebebi bilinmiyen hallerde üç ihtimal vardır³⁷.

Bu ihtimallerden biri araçtaki gizli kusurdur. Gizli kusurdan maksat da bilindiği gibi tedbirli bir taşıyanın farkedemeyeceği bir noksanlıktır. Bu durumda zaten taşıyanın sorumluluğu söz konusu değildir.

Diğer bir ihtimal ise taşıyıcının faaliyet sahası dışından kaynaklanan bir olay (evenement)dır.

Sonuncu ihtimal de navigasyon hatasıdır. (Erreur de navigation)

Bunlardan son ikisi ise yani navigasyon hatası ve 'evenement' denilen haller bu fikre göre geniş anlamda force majeure teşkil eder

36) Bak. SESSELI, 66. Zaten, ZOGHBI de bu yorumları bahsedilen kritere göre ayırmaktadır. Müellif bunları genişletici ve daraltıcı yorum olmak üzere ikili bir tasnife tâbi tutmaktadır. Bak. ZOGHBI, 16-17.

37) SESSELI, 67.

ki zaten taşıyıcı bu durumda sorumluluktan kurtulur. Navigasyon hatası (erreur de navigation) ancak bir nautik kusur teşkil ettiği takdirde taşıyıcının sorumluluğu söz konusu olabilir.

İşte bu görüş uyarınca, sebebi bilinmiyen hallerde doğrudan doğruya taşıyanı sorumlu tutmak 20. maddedeki kusur karinesinin yerine bir nautik kusur karinesi ikame etmek anlamına gelecektir. Bu ise kendilerince isabetli bir çözüm tarzı değildir³⁸.

Bütün bu nedenlerden dolayı genişletici yorum taraftarları 'gerekli tedbirler' (mesures necessaires) ifadesini 'mâkul tedbirler' (mesures raisonnables) olarak anlamaktadırlar. Mâkul tedbirlerden maksat iyi bir taşıyanın alacağı tedbirlerdir³⁹.

Genişletici yorum taraftarlarına göre ikinci kurtuluş beyyinesinde sözü edilen imkânsızlık da mücbir sebebi (force majeure), üçüncü şahısların kusurunu veya araçta bulunan bir iç kusuru (gizli kusur) kastedmektedir⁴⁰.

Bu yorumda, 20. maddedeki bu ikinci kurtuluş beyyinesi hakkında daha fazla birşey söylenmiş değildir. Ancak şüphe yoktur ki imkânsızlığı teşkil eden haller bu düşünce açısından da taşıyıcının kusursuzluğunu gösterme fonksiyonuna sahiptir.

Genişletici yorum tarzının tatbikattaki yerine gelince,

Anglo-Sakson jürisprüdansının bu yorumu benimsediği söylenmiştir⁴¹. Ancak daha sonra yayınlanan eserlerde mahkemelerin daraltıcı yorumu benimsediklerine işaret edilmektedir⁴².

38) SESSELI, 68.

39) Bu yorumun açıklaması hakkında bak. SESSELI, 68-72; ZOGHBI, 16-17.

40) SESSELI, 69.

41) SESSELI, 91. Genişletici yorumun benimsendiğine örnek olarak "American Smelting and Refining contre Philippine Airlines" isimli karar gösterilmiştir. Bak. ZOGHBI, No. 38. SESSELI se, bu karardan 20. maddedeki kurtuluş beyyinesinin mahiyeti hakkında bir sonuç çıkarılmasının mümkün olmadığını söylüyor ve bu kararın due diligence'in kapsamını gösterme fonksiyonuna sahip olduğunu belirtiyor (SESSELI, 88).

42) SCHONER, 345. Ancak müellif bu uygulamanın United States District Court Southern District of New York'un Manufacturers

Anglo-Sakson jürisprüdansının genişletici yorumu benisemiş olduğuna örnek olarak bu doğrultuda verilmiş diğer bazı kararların yanısıra United States Court of Appeals, 2nd Circuit'in 28 Ekim 1949 Tarihli kararı önemli bir karar olarak gösterilmektedir⁴³.

Johnson Contre Airlines olarak anılan bu davada mahkeme kaza sebebinin tayin edilemediği bir olayda gerekli ihtimamın gösterilmiş olduğunun genel bir şekilde isbat edilmiş olması karşısında taşıyıcıyı sorumlu tutmamıştır. Söz konusu olayda, taşıyıcı, uçağın uçuşa elverişli durumda bulunduğunu, gerekli bakım ve muayenelerin yaptırıldığını, pilotun tamamen ehliyetli bir pilot olduğunu ve uçuş kurallarına riayet etmiş olduğu hususlarını ortaya koymuş olmakla mahkeme nezdinde gerekli ihtimamı göstermiş olduğunu isbat etmiş ve böylece kurtuluş beyyinesini yerine getirmiş olmaktadır⁴⁴.

c) *Sınırlandırıcı yorum*^{45, 46}

Bu yorum tarzı hâkim fikrin taraftar olduğu düşüncedir⁴⁷. Bu görüşte olan müelliflerin hareket noktaları yukardaki düşünceye taraftar olan yazarların temel aldıkları düşünceyle aynı yerde birleşmektedir.

Taşıyıcının borcunun basit bir ihtimam borcu olduğundan hareketle 'gerekli tedbirler' ifadesi aynı tarzda ele alınmakta ve değerlendirilmektedir. Bu tedbirlerden maksat özenli bir taşıyıcının ve bilgili bir personelin almış olacak olduğu tedbirlerdir⁴⁸.

Hanover Trust Company v. Alitalia airlines isimli kararında yu-
muşatıldığını ve mâkul tedbirler esasının uygulandığını belirtiyor (Bak. aynı yer).

43) Bak. SESSELI, 90.

44) SESSELI, 90.

45) Bu yorumun açıklaması hakkında bak. SESSELI, 168-172; ZOGHBI, 16.

46) ZOGHBI, SESSELI'nin metne bağlı yorum olarak kabul ettiği yorumu da bu yorum tarzı içine dahil etmiştir. Bak. ZOGHBI, 16.

47) SESSELI, 69, not 43'de anılan yazarlar (RIESE, LACOUR, OPPIKOFER) ve ZOGHBI, 16'da gösterilen yazarlar. Ayrıca, ABRAHAM, 60 v.d.

48) ZOGHBI, 15-16.

Ancak bu yorum tarzı, gerekli tedbirlerin alınmış olduğu hususunun isbatı bakımından yukardaki görüşten ayrılmaktadır.

Daraltıcı yoruma hâkim olan düşünceye göre, taşıyıcının kurtuluş beyyinesini yerine getirebilmesi için kendisine ve adamlarına isnat edilebilecek hiç bir kusurun bulunmadığını isbat etmesi aranacaktır.

Taşıyıcının her türlü kusuru onun sorumluluğunu doğuracağına göre taşıyıcı herşeyden önce zarara yol açan kaza ile doğrudan doğruya bağlantılı olan kusurundan da sorumlu olacaktır⁴⁹. İşte bu nedendir ki taşıyıcı kaza ile doğrudan bağlantılı olan tedbirlerin alındığını isbat etmelidir. Bundan çıkarılan sonuca göre SESSELI'nin de belirttiği gibi⁵⁰ kaza sebebinin bilinmesi gerekir. Nitekim bu görüşe göre sebebi açıklanmayan kazalarda taşıyıcının sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁵¹.

Ancak, bu sonucu yumuşatmak için birtakım çözümler ortaya atılmak istenmiştir : Bunlardan birtanesi, kaza sebebinin tayin edilememesi halinde, taşıyıcının ve adamlarının gerekli tedbirleri almış olduğunun farzedilmesine ilişkindir⁵². Bu çözüm tarzının ise 20. maddedeki kusur karinesine ters düştüğü haklı olarak ileri sürülmüştür⁵³.

Kısacası bu yoruma göre taşıyıcı 20. maddedeki kurtuluş beyyinesini yerine getirebilmek için zararın sebebinin ve kategorik bir tarzda⁵⁴ kendisine ve adamlarına hiç bir kusurun isabet etmediğini isbat etmelidir. Bu nedenle de daraltıcı yoruma hâkim olan düşünce tarzı isbat külfetinin yerine getirilmesi açısından metne bağlı yorum denilen düşünceye yaklaşmıştır. Zaten bu nedenle olsa gerek, Seselli'nin metne bağlı yorum diyerek ayrı bir kategoriye soktuğu düşünce tarzı Zoghbi tarafından daraltıcı yoruma dahil edilmiştir⁵⁵.

49) SESSELI, 70. Kanımızca bu ifade yerinde değildir. Çünkü bu ifade ile kusur meselesi değil, tedbir ile kaza veya zarar arasındaki ilişkinin nasıl olacağı problemi ele alınmış olmaktadır.

50) SESSELI, 70.

51) Bak. ZOGHBI, 16.

52) COQUOZ, 137; GOEDHUIS, Air legislations, 237; van HOUTTE, 90 (SESSELI, 71'den naklen).

53) SESSELI, 90.

54) SESSELI, 72.

55) Bak. yukarıdaki not 46.

d) Taraftar olduğumuz yorum

Bizce bu konuda bir sonuca varabilmek yani gerekli tedbirlerin alınmış olduğunun isbatından ne anlaşılacağını tayin edebilmek için meseleyi birkaç bakımdan ele almak gerekir. Yukarıdaki yorum tarzlarında ise bu ayırımlar gereği gibi dikkate alınmadığından yapılan açıklamalarda bu görüşlerden birine ya da diğerine taraftar olanların fikirlerini sistematik bir tarzda ortaya koyabilmiş oldukları kolaylıkla söylenemez⁵⁶.

Kanımızca, bu nedenle aşağıdaki soruların cevaplandırılması ve konunun çözümünün bu meseleler üzerine oturtulması gerekir.

1 — 20. madde ile taşıyıcının yolculara ve yüke gelen zararlardan doğan sorumluluğunu düzenleyen 17. ve 18. maddeler arasında nasıl bir ilişki vardır? Bu ilişkinin ise varılacak sonuca ne gibi bir etkisi olacaktır?

Sorunun cevabı açıktır. Anlaşılacağı üzere 20. madde kendisinden önce gelen 17. ve 18. maddelerin tamamlayıcısı olarak koyulmuş bir hükümdür⁵⁷. Bu hükümde taşıyıcının sorumluluktan kurtulabileceği haller gösterilmektedir ki bunlardan yukarıda bahsetmiş bulunmaktayız⁵⁸.

İşte bu madde kendisinden önce gelen hükümleri tamamlamakta olduğundan, söz konusu kurtuluş beyyinesinin yorumunda pek tabii olarak bu hükümlerin subjektif yani kusura dayalı bir sorumluluğu düzenlemekte oldukları gözden uzak tutulamıyacaktır⁵⁹. Ancak bu hususun 20. maddenin yorumuna etki edip etmiyeceği maddenin analizi sonucunda ortaya çıkabilecektir.

2 — 20. maddedeki kurtuluş beyyinesi sorumluluğun acaba hangi olgusu ile ilgilidir? Yani taşıyıcı, maddenin öngördüğü delilleri

56) Örnek olarak, bak. not 49'daki açıklama.

57) GULDIMANN, Art. 20, no. 3.

58) 20. madde sadece taşıyıcının sorumluluğunu a contrario olarak düzenleyen bir hükümden ibaret değildir. Bu hüküm aynı zamanda, taşıyıcının sadece kendi kusurundan değil, adamlarının kusurundan da mesul olacağını bildirmek üzere kaleme alınmıştır. Madde bu bakımdan da taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen diğer hükümleri tamamlamaktadır. GULDIMANN, Art. 20, no. 3.

59) GULDIMANN, Art. 20, No. 1-3.

getirmekle sorumluluğun hangi unsurunun gerçekleşmediğini ortaya koyacaktır?

Kurtuluş beyyinesi kavramının mahiyeti nazara alınırca bu sorunun gereksiz ve şaşkırtıcı bir soru olduğunun akla gelmemesine imkân yoktur. Bilindiği gibi, bir sorumluluk sisteminde, kurtuluş beyyinesi, sorumluluğun temelini teşkil eden bir unsurun (fiili veya farazi) gerçekleşmediğinin ortaya koyulması demektir⁶⁰.

İşte kurtuluş beyyinesine verdiğimiz bu anlam karşısında yukardaki sorunun şaşkırtıcı görünmesini şimdilik bir yana bırakarak, bu soruyu şöyle cevaplandırmak durumunda kalmaktayız. 20. maddenin tamamlamakta olduğu hükümlerde düzenlenen sorumluluk kusur karinesine⁶¹ dayanan bir mesuliyet olarak kabul edildiğinden ve Konvansiyon'un hazırlık çalışmalarında da bu husus açıkça belirtilmiş olduğundan, taşıyıcının sorumluluğunu yani kusur karinesine dayanan bir mesuliyete düzenliyen 20. maddede isbatı öngörülen olgular da taşıyıcının kusursuzluğunu gösteren vakıalar anlamını taşıyacaktır.

Şu halde, taşıyıcı zararın önlenmesi hususunda gerekli tedbirleri almış olduğunu isbat ederek veya bu tedbirlerin alınması konusunda kendileri bakımından bir imkânsızlık halinin bulunduğunu ortaya koyarak kendisine ve adamlarına bir kusur isabet etmedi-

60) Her ne kadar sorumluluğun her hangi bir unsurunun bulunmadığının isbat edilmesi suretiyle borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlayan delillere de kurtuluş delili (kurtuluş beyyinesi) denilmekte ise de, biz bu kavramı sorumluluğun temel unsuru (kusur, illiyet bağı gibi) ile sınırlandırmayı uygun buluyoruz.

61) SESSEL, 41; ZOGHBI, 65. Bu terimin ne derece isabetli olduğu, yani akdî sorumluluk hallerinde (kusura dayanmak koşuluyla) gerçek anlamda bir kusur karinesinin mevcut olup olmadığını, isbat külfetinin borçluya ait olmasının tek başına, bir kusur karinesinin mevcudiyetini gösterip göstermeyeceğini ya da böyle bir karineden dolayı mıdır ki isbat külfetinin borçluya yüklenmiş olduğu meselesini daha sonra tartışacağız. Aslında pratik değeri olmayan bu mesele üzerinde durmak istememizin nedeni hava taşıyıcısının sorumluluğunun Fransız doktrininde "ağırlaştırılmış kusur karinesine dayanan bir sorumluluk" olduğunun ileri sürülmesi Bak. SESSEL, ilgili eser) ve bu terimin ise yerinde olup olmadığı sorusunun cevapsız bırakılmamak istenmesidir.

ğini böylece kusur unsurunun gerçekleşmemiş olduğunu isbat etmiş olacaktır.

Taşıyıcının, böylece, 20. maddedeki beyyine ile kusursuzluğunu isbat etmiş olduğu kabul edildiği takdirde, burada hangi kusurun söz konusu olduğu sorusu akla gelebilir. Taşıyıcıya Varşova Konvansiyon'unda yüklenmiş sorumluluk bilindiği gibi aslında kusura ve akde dayalı bir sorumluluktur. Yani onun durumu da herhangi bir borçlu gibidir. Borçlu ise kural olarak bütün kusurundan yani gerek kast gerekse ağır ve hafif ihmalinden sorumludur⁶².

Bu nedenle akdî sorumlulukta borçlunun ihtimam borcundan söz edilir. Yani borçlu akdin ifasının gerçekleşmesi hususunda gereken bütün ihtimamı göstermek zorundadır. Zaten borçlunun kusuru da ihtimam borcunun ihlâli ile ortaya çıkar. Buradaki ihtimamın ölçüsü ise 'gerekli ihtimam (due diligence)'dir. 'Gerekli ihtimam'dan maksat diligencia ac bonus pater familias yani iyi bir aile babası ihtimamıdır⁶³.

3 — İşte yukardaki ölçüye göre tayin edilen bu ihtimam borcu ile tedbirlerin muhtevası ve bu tedbirlere girişilip girişilmeme keyfiyeti arasında ne gibi bir ilişki vardır? 'Gerekli tedbirlerin alınmış olduğu'nun isbatından ne anlaşılacağı hususunda bu soru da gözden uzak tutulmamalıdır.

Meseleyi bu bakımdan inceleyecek olursak şu düşünceleri yürütmemiz gerekecektir:

'Gerekli ihtimamın gösterilmesi hususu tedbirin muhtevasını nasıl etkileyecektir? Yani bir tedbirin kazayı (zararı) önlemek için gerekli tedbir sayılmasında tedbirin sadece objektif muhtevasına mı bakılacaktır? Diğer bir deyişle tedbirin objektif olarak kazayı önlemeye elverişli olması mı aranacaktır? Söylemiye gerek yoktur ki, buradaki objektiflik havacılık tekniği ve tecrübelerine göre tayin edilecektir.

İşte bu soruya olumlu bir şekilde cevap verilirse taşıyıcının alması gereken tedbirlerle kaza arasında date bir kovalite ilişkisi aranmış olacaktır. Bu takdirde, gerekli ihtimamın gösterilmiş olup

62) Bak. Bu konuda Borçlar Hukuku ile ilgili temel eserler.

63) Bak. not 62.

olmaması tedbirin muhtevasının, tedbire gerekli tedbir niteliğini kazandırıp kazandırmayacağı bakımından değerlendirilmesi konusunda kısacası tedbirin muhtevası hakkında rol oynamıyacaktır.

X kazasını önliyebilecek olan 'a' çeşidinde bir tedbir ancak 'y' muhtevasına sahip olduğu takdirde o kazayı önliyebilecek ise, işte bu 'y' muhtevasına sahip olan tedbiri 20. madde anlamında 'gerekli tedbir' sayacağız demektir. Bu durumda, belli bir içeriğe sahip olan tedbir ya alınmıştır ya alınmamıştır yani tedbir bu mahiyeti taşımaktadır veya taşımamaktadır. Taşıyıcı 'gerekli bütün ihtimamı göstermiş olduğunu 'isbat etse de o tedbir istenilen objektiviteye sahip değilse diğer bir deyişle arzu edilen ihtimamın gösterilmesi halinde dahi söz konusu tedbir yukardaki vasfı kazanamamışsa bu düşünce çerçevesinde taşıyıcı sorumlu olmaya devam edecektir.

Yukarıdaki düşüncenin aksi kabul edilerek 'tedbirin objektif muhtevasına mı bakılacaktır' sorusuna olumsuz cevap verilirse yani gerekli ihtimam'ın gösterilmesi meselesinin kazayı önlemeye yönelik 'a' tedbirinin muhtevasında etkili olması kabul edilirse o zaman bu 'a' tedbirinin düşünülebilecek iki türlü içeriği olacaktır. Bunlardan biri, tedbirin objektif muhtevası yani yukarda bahsettiğimiz şekilde 'y' diğeri ise, 'a' tedbiri alınmış olmakla birlikte gerekli ihtimamın gösterilmiş olmasına rağmen objektif seviyeye ulaşamamış ve 'y' diye gösterebileceğimiz muhtevasıdır. Kısacası bu 'a' tedbiri 'y' veya 'y' gibi bir muhtevayla ortaya çıkabilir.

Bu açıklamalar karşısında tedbirin kendisi ve muhtevası (buna tedbirin yerine getiriliş tarzı da diyebiliriz) arasında şimdilik farazî de olsa bir ayırım yapmış olmaktadır. Bunu bir örnekle açıklayacak olursak: X kazasının meydana gelmiş olduğunu düşünelim. Bu kazanın uçağın kara ile bağlantısını sağlayan araçların bozukluğundan ileri gelmiş olduğu ortaya çıkmış olsun. İşte bu olayda, gerekli araçlar uçağa yerleştirilmiş yani 'a' tedbiri alınmış fakat herhangi bir nedenle hatta taşıyıcı için kusur teşkil etmiyen bir nedenle (bu sebep anlaşılmış ya da anlaşılamamış olabilir) bu araçlar gereği gibi çalışmadığından diğer bir deyişle tedbir 'y' muhtevasına sahip olmadığından kazayı önliyememiştir. Taşıyıcı kendisinden beklenen ihtimamı gösterdiği halde bu tedbir ancak 'y' tarzında yerine getirilebilmiştir. Gerçi bu örnek aracın yola elverişliliği meselesiyle ilgi-

li bir husus teşkil edebilir ve taşıyıcının mesuliyetinin bu bakımdan ayrıca incelenmesi gerekir. Ancak, buradaki amacımız yukarıda anlatılanlara bir örnek vermek ve düşünce tarzımızı gösterebilmekten ibarettir.

Bütün bu açıklamalardan sonra şu hususun belirtilmesi gerekir: Her ne kadar tedbirin muhteva ve çeşidi birbirinden ayrılabilirse de zararın meydana gelmesinin önlenmesi bakımından her iki unsur aynı öneme sahiptir. Bu nedenle unsurların pratik olarak birbirinden ayrılmasına imkân yoktur. İşte bu düşüncelerin ışığı altında yukarıda açıkladığımız hususları formüle etmiye çalışırsak şöyle bir durumun ortaya çıktığını görürüz :

Madem ki tedbirin cinsi ve muhtevasını birbirinden pratik olarak ayırmaya imkân yoktur, o halde a ile y nin aynı şey olduğunu yani bunların birbirine eşit olduklarını söyleyebiliriz. Şu halde 'y' değişip 'y" olduğu vakit 'a' da aynı şekilde değişerek 'a" haline gelecektir. Böylece muhteva değiştiği vakit tedbirin çeşidi de değişmiş olacaktır.

Şu halde bu düşünce zinciri takip edildiği takdirde, zararın meydana gelmesini önliyecek objektif muhtevadaki 'a' tedbiri yerine, gerekli ihtimamın gösterilmesi sonucunda ancak 'a" tedbirinin alınabilmiş olması halinde, bu tedbir zararın önlenmesine yetmese bile, taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağı sonucuna varılacaktır. Burada gerek tedbirin çeşidini gerekse muhtevasını yani tedbirin yerine getiriliş tarzını 'gerekli ihtimam'ın gösterilmesi belirleyecektir.

Buraya kadar söylenenlerden çıkan sonuca göre, 20. maddedeki 'gerekli tedbirler' ifadesi gerekli ihtimam anlamını taşıyacaktır. Genişletici yorum taraftarlarının sahip olduğu düşünce tarzı da zaten böyledir⁶⁴.

Tedbirlere girişme keyfiyetiyle ihtimam borcu arasındaki ilişkiye gelince; Taşıyıcı böyle bir tedbiri yani gereken tedbiri almış olduğunu isbat edemediği zaman, bu tedbirin alınması hususunda gerekli ihtimamın gösterildiğini buna rağmen söz konusu tedbirin alınmamış olduğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulabilecek midir?

64) ZOGHBI, 15, 17.

Yukardaki açıklamalar karşısında buna olumlu surette cevap verebilmemiz gerekir. Çünkü ihtimam borcunun tedbirin muhtevasına etki yapması kabul edildiğinde, tedbir objektif bir muhtevaya sahip olmasa bile, gerekli ihtimamın genel olarak gösterilmiş olduğunun isbat edilmesi halinde, bu muhtevaya nazaran yeterlilik bakımından eksiklik gösteren bir tedbir de 'gerekli tedbir' sayılabilecektir.

İşte, ihtimam borcunun tedbirin muhtevasında objektiflik bakımından bir eksilme meydana getirebileceği kabul edildiğine göre, bu eksilmenin de sifıra kadar devam edebileceğini düşünmemize de bir engel yoktur. Diğer bir deyişle, taşıyıcının gerekli ihtimamı göstermiş olması halinde dahi tedbirin hiç alınmamış olması ihtimali söz konusu olabilir.

Görülüyor ki, ihtimam borcunun tedbirin çeşit ve muhtevasına etki yapmasının mantikî sonucu budur. Yani, ihtimam borcunun tedbirin hiç alınmamış olduğu hallerde de daha doğrusu tedbirin alınıp alınmaması hususunda da rol oynayacağıın kabul edilmesi gerekir.

Ancak, mesele, Varşova Konvansiyon'unda bu şekilde düzenlenmemiştir. Çünkü Konvansiyon'un 20. maddesine göre, gerekli tedbirlerin alınmamış olması veya bu tedbirlerin yerine getirilmiş olduğunun taşıyıcı tarafından isbat edilememesi halinde, taşıyıcı bu hususta gerekli ihtimamı göstermiş olduğunu her hangi bir şekilde, daha doğrusu diğer akdî sorumluluk hallerindeki bir borçlunun yapabileceği tarzda isbat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Zaten taşıyıcının sadece hava taşıyıcısının değil her hangi bir taşıyıcının (kara veya deniz) kusurun bulunmadığına dair isbat külfetini yerine getirebilmesi her hangi bir borçluya nazaran daha zorlaştırılmıştır⁶⁵.

İşte hava taşıyıcısı için bu gibi durumlarda tedbirin alınmamış veya alındığının isbat edilememiş olması halinde sorumluluktan kurtulma sebebi ancak bir imkânsızlık hali olabilecektir. (m. 20) Buradaki imkânsızlık herşeyden önce objektif bir imkânsızlıktır⁶⁶. Ancak bu, subjektif bir imkânsızlık da olabilir⁶⁷. Zaten borçluyu

65) Von TUHR, 118, Not 27.

66) GULDIMANN, Art. 20, No. 7.

67) GULDIMANN, Art. 20, No. 7.

sorumluluktan kurtarması açısından imkânsızlığın, kusura dayanmamak koşuluyla objektif veya subjektif imkânsızlık olması arasında fark yoktur. (BK. 117)⁶⁸.

Yukarıda da belirtildiği gibi⁶⁹ bu imkânsızlık halleri üçüncü kişinin kusuru, beklenmedik hâl (cas fortuit) veya mücbir sebeptir. Zaten üçüncü kişinin kusuru da beklenmedik hâl olarak ortaya çıkabilir⁷⁰.

Şu halde Konvansiyon'un 20. maddesi gerekli tedbirlerin alınmamış olması veya alındığının isbat edilememesi halinde taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için ikinci bir imkân olarak imkânsızlık hali (tedbirlerinin alınmasındaki imkânsızlık) şart koşmakla taşıyıcıyı tedbirin alınması bakımından (kendisi ve adamları için imkânsızlık teşkil etmiyen olgulara dayanmak suretiyle) gerekli ihtimamı göstermiş olduğunu yani kusursuzluğunu isbat etme imkânından mahrum bırakmaktadır.

İşte 20. maddedeki her iki kurtuluş beyyinesi birlikte yorumlandığı takdirde ve yukarıda anlatageldiğimiz hususların ışığı altında varılacak sonuç uyarınca: Taşıyıcı, imkânsızlık hali dışında (bunları cas fortuit ve force majeure kavramları altında topluyabiliriz), zararın önlenmesi hususunda gerek tedbirin alınmış olup olmaması (veya tedbirin alınmış olduğunun isbat edilememesi) gerekse tedbirin muhtevası bakımından Konvansiyon'un kendisine yüklediği ihtimam borcunu yerine getirmemiş yani bu hususta gerekli ihtimamı göstermemiş sayılacaktır. Çünkü, ihtimam borcunun tedbirin çeşit ve muhtevasına etkili olmasını varsaydığımız zaman, tedbirin alınış tarzına yani muhtevasına o türlü etki yaptığı görülmekteydi ki⁷¹ özen borcunun yerine getirilmiş olmasına rağmen tedbirin hiç alınmamış olması bile ihtimal dahiline girebiliyordu. Oysa taşıyıcı, gerekli tedbirlerin alınmamış olması veya bu hususun isbat edilememesi halinde 20. M. uyarınca ancak bir imkânsızlık ihtimaline da-

68) Borçluyu sorumluluktan kurtaran sonraki imkânsızlık hakkında bak. DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.

69) Bak. yukarıda s. 435.

70) JUNOD, 54.

71) Bak. yukarıda 16 vd.

yanabilecektir. İmkânsızlık teşkil eden durumların mücbir sebep veya benzer haller olduğu bilinmektedir. İhtimam derecesinin tedbirin muhtevasında ve alınıp alınmamasında etkili olduğu kabul edildiği takdirde, bu hüküm uyarınca imkânsızlığın başladığı yer ile kusurun son bulduğu yerin aynı noktada birleştiği sonucuna varılır⁷².

Oysa genişletici yorum taraftarları bir taraftan taşıyıcıya Konvansiyon ile 'diligencia ac bonus pater familias' ihtimamının yüklenmiş olduğunu söylemekte diğer taraftan, onun gerekli ihtimamı gösterdiğini isbat etmesiyle 20. maddedeki kurtuluş beyyinesini de yerine getirmiş olacağını kabul etmektedirler. Halbuki, bu durumda, bir ihtimam eksikliği olarak ortaya çıkan kusurluluk hali, diligencia ac bonus pater familias esası göz önünde tutulursa, imkânsızlığın başladığı yere ulaşamayacaktır. Çünkü subjektif akdî sorumlulukta, borçlunun imkânsızlık hali (cas fortuit, force majeure) dışında da kusursuz olarak kabul edilebileceği yani gerekli ihtimamı göstermiş sayılacağı durumlar olabilir⁷³. Oysa 20. madde uyarınca borçlu ancak imkânsızlık halinde sorumluluktan kurtulabilmekte yani ancak o zaman kusursuz addedilmektedir.

İşte 20. maddedeki her iki kurtuluş beyyinesi birlikte yorumlanırsa-ki fikrimizce böyle yorumlanmalıdır- genişletici yorum taraftarlarının hatta bu konu bakımından daraltıcı yorum taraftarlarının da bir çelişki içinde buldukları görülür. Gerçi daraltıcı yorumu savunan müellifler bilinmiyen kaza sebeplerini taşıyıcıya yüklemekle hiç değilse bu çelişkinin pratik sonuçlarından sıyrılmış olmaktadır. Yukarda da belirtmeye çalıştığımız gibi, bu çelişkiyi yaratan sebep diligencia ac bonus pater familias ihtimamının beklenmedik hal sınırına kadar uzatılmasıdır. Çünkü iyi bir aile babasının ihti-

72) 20. maddedeki imkânsızlığa beklenmedik hal'in de dahil olduğu gözönünde bulundurulursa, kusurun bittiği yerde casfortuit'in başlaması esasının sadece bu madde ile öngörülen bir durum olmadığı anlaşılır. Çünkü bu, gerek Alman gerekse İsviçre ve Fransız hukuklarında birçok müellif tarafından ileri sürülen bir düşüncedir. "Kusurun bittiği yerde cas fortuit başlar". Bak. Von TUHR, 120. Ancak buna katılmayan yazarlar da vardır. JUNOD, 48 vd.; TANDOĞAN, 460. Bu konu üzerinde daha sonra duracağız.

73) TANDOĞAN, 460; JUNOD, 48.

mamı yani olayımızda iyi bir taşıyanın göstereceği ihtimam en yüksek ihtimam değildir. Nitekim borçluya daha ağır bir ihtimam borcunun yüklendiği haller de vardır. Bu konuya örnek olarak Anglo-sakson hukukunda 'Common Carrier'⁷⁴ niteliğine sahip hava taşıyıcısına ağır bir ihtimam borcunun yüklenmiş olduğunu gösterebiliriz.⁷⁵ Bu taşıyıcının borcu *diligencia ac bonus pater familias* değildir.

Sınırlandırıcı yorum taraftarlarının ise, gerekli tedbirlerin yorumlanmasında genişletici yorumdan yani taşıyıcının ihtimam borcunun basit bir ihtimam borcu olduğu noktasından hareket ettikleri halde, kurtuluş beyyinesinin yerine getirilmesi bakımından, taşıyıcı ve adamlarına hiç bir kusurun isabet etmediğinin yani *diligencia ac bonus pater familias* ihtimamının da üstünde bir ihtimamın da ihlâl edilmemiş olunduğunun isbatını aramaları⁷⁶ yukardaki düşüncelerden dolayı aynı şekilde, bir çelişki teşkil eder.

Bu yorum tarzının takip ettiği düşünce tarzına göre zararın (zararı doğuran kazanın) sebebinin tesbit edilmesi gerektiğinden, bunu yumuşatma gayretleriyle (oysa taraftar olduğumuz yorum tarzına göre böyle bir hafifletme çabasına hiç de gerek yoktur) bazı *sunî* ve aynı zamanda 20, m. nin mahiyetine ters düşen çözümler aranmaya çalışılmıştır⁷⁷.

Taraftar olduğumuz yorum bakımından bütün bu açıklamaları takiben şunları söyleyebiliriz:

20. maddede öngörülen 'gerekli tedbirlerin alınmış olduğunun isbatı' genişletici yorum taraftarlarının⁷⁸ hatta daraltıcı yorum taraftarlarının⁷⁹ ileri sürdüğü gibi taşıyıcının gerekli ihtimamı yani *bonus pater familias* ihtimamını göstermiş olduğunun isbatı anlamına gelmez. Dolayısı ile bu derecedeki ihtimamın tedbirin muhtevasında ve tedbirin alınıp alınmamasında nihâî bir rol oynamıyacağı sonucuna varılacaktır. Şu halde 'gerekli tedbir' kavramının yorumunda tedbirlerin objektif muhtevasına bakılarak karar verilecektir.

74) Bu kavram hakkında bak. SESSELI, 24.

75) SESSELI, 25.

76) Bak. SESSELI, 70.

77) Bak. yukarıda s. 437.

78) ZOGHBI, 15, 17; bak. SESSELI, 65 vd.

79) Bak. SESSELI, 69.

Konuyu özetlersek, 20. m. taşıyıcının sorumluluğunu, onun hangi hallerde sorumlu olmayacağını göstermek suretiyle a contrario olarak düzenliyen bir hükümdür. Bu maddedeki kurtuluş beyyinesine yani gereken tedbirlerin alındığının isbatı veya bu konudaki imkânsızlığın gösterilmesi hususlarına verdiğimiz anlama göre, taşıyıcı, diğer akdî sorumluluk hallerinde olduğu üzere her hangi bir borçlu gibi kusursuzluğunu genel bir şekilde isbat etmek yani kendisine hayat tecrübelerine göre cereyan eden vakalara dayanarak her hangi bir kusur isabet etmediğini ortaya koymak suretiyle sorumluluktan kurtulamıyacaktır. O, 20. maddedeki kurtuluş beyyinesini yerine getirebilmek için herşeyden önce bir takım objektif vakaların gerçekleşmiş olduğunu gösterecektir. Bu objektif vakalardan birincisi zararın önlenmesi hususunda gerekli yani objektif bakımdan kazayı önleyebilecek olan tedbirlerin alınmış olmasıdır. Bu tedbirler yerine getirilmiş ya da getirilmemiştir. Yine, bu tedbirler ZOGHBI⁸⁰ ve diğer müelliflerin belirttiği gibi⁸¹ sadece iyi bir taşıyıcının alacak olduğu 'makul tedbirler' değil, yukarda da söylediğimiz gibi kazayı objektif bakımdan önlemeye elverişli yani 20. maddenin metnine uygun olarak kelimenin tam anlamıyla 'gerekli tedbirler' (mesures necessaires)dir.

Gerçi Konvansiyon'un hazırlık çalışmalarında bu tedbirlerden daima 'makul tedbirler' diye söz edildiği fakat her nasılsa redaksiyon komitesince bu ifadenin 'gerekli tedbirler' şeklinde kaleme alındığı söylenmektedir⁸². Bu müellifler yani genişletici yorum taraftarları metne geçen ifadenin taşıyıcının sorumluluğunda her hangi bir değişiklik yapmayacağını belirtmektedirler⁸³.

Ne var ki düşüncemize göre, 'gerekli tedbirler'i ifadesinin SESSELI'nin söylediği gibi, redaksiyon komitesince bu şekilde kullanılması açıklanamıyacak⁸⁴ bir mahiyet taşımasa gerekir. Bir makaleden edindiğimiz bilgiye göre⁸⁵ 'makul tedbirler'i ifadesinin redaksiyon komitesinden 'gerekli tedbirler' şeklinde geçmesi Rus delege-

80) ZOGHBI, 15.

81) ZOGHBI, 16, 17'de anılan yazarlar.

82) SESSELI, 64.

83) ZOGHBI, 15'de anılan yazarlar. SESSELI, 64.

84) SESSELI, 64.

85) MATTE, 879.

sinin isteği üzerine olmuştur. Üstelik, 'gerekli tedbirler' ifadesinin La Haye Protokolünde 'makûl tedbirler' şeklinde değiştirilmesi için çaba sarfedilmişse de Protokol de bu konuda bir değişikliğin gerçekleştirilmesi mümkün olmamıştır⁸⁶.

Şunu da belirtmek gerekir ki, genişletici veya daraltıcı yorum taraftar olanlar 20. maddede söz edilen 'gerekli' kelimesinin' makul diye anlaşılması üzerinde durarak sanki vardıkları sonucu bu noktaya bağladıkları izlenimini uyandırmışlarsa da, bu iki kavramın ulaştıkları sonuca yaptığı etkiyi doğruyu söylemek gerekirse ortaya koyabilmiş değillerdir. Onların, görüş olarak birbirlerinden ayrıldıkları nokta tedbirin muhtevası hakkında toplanmamış, kendilerinin bunu açıkça belirtmemelerine rağmen, söz konusu hükümdeki 'zararın önlenmesi' ibaresi hakkındaki anlayış farklılığında toplanmıştır. Ancak, bu yorum taraftarları şu veya bu çözüme ulaşırken bu hususa hemen hemen değinmemişlerdir⁸⁷.

İşte düşüncemize göre asıl üzerinde durulacak nokta bu husus olmalıydı. Konuya GULDIMANN tarafından, Varşova Konvansiyon'u hakkında yazdığı şerhde bir ölçüde değinilmiştir⁸⁸.

Bizce hükümdeki 'zararın önlenmesi hususundaki tedbirler' ifadesinde sözü edilen zarar'dan bizzat o olayda yani taşıyıcının sorumluluğunun doğmasına yol açan kaza sonucunda meydana gelen zararın anlaşılması gerektiğine şüphe yoktur. Bu nedenle, daraltıcı yorum taraftarlarının da belirttikleri gibi kaza sebebinin taşıyıcı tarafından isbat edilmesi gerekecektir. Ondan sonradır ki taşıyıcı isbat külfetini yani 20. maddedeki kurtuluş beyyinesini yerine getirebilecektir. Kaza sebebinin belli olmaması veya olayın özelliklerine göre kaza sebebinin sınırlandırılabilceği hallerde, taşıyıcı her bir ihtimal hakkında söz konusu kurtuluş beyyinesini yerine getiremediği takdirde sorumluluk kendisine ait olacaktır.

86) Bak. ZOGHBI, anılan eser.

87) Kaza sebebinin belli olmasının aranıp aranmayacağına cevabı "gerekli tedbir" (objektif muhteva), "mâkul tedbir" ayırımında değil "zarar" kavramından ne anlaşılacağı noktasında bulunabilir. Oysa her iki yoruma taraftar olanlar bu husustan söz etmiyorlar.

88) GULDIMANN, Art. 20, No. 5.

Yukarda, 20. maddede, taşıyıcının birtakım objektif vakaları isbat etmesinin öngörüldüğünü söylemiştik. Bu vakalardan birincisi kazanın önlenmesi hususunda birtakım tedbirlerin alınması idi.

Bu hükümde isbatı istenen ikinci husus da işte, bir imkânsızlık halinin bulunduğudur. Bu durum da her şeyden önce objektif bir vakıadır. İmkânsızlık hallerinin borçlunun kusurunu kaldıran olgular teşkil ettiğine şüphe yoktur. Ancak, dikkat edilmelidir ki beklenmedik hâl veya mücbir sebep taşıyıcının gerekli tedbirleri almasını engelliyen nedenler olduğu kadar, hava taşımacılığının mahiyeti yani taşımanın mahiyeti de göz önünde bulundurulursa, taşıyıcının söz konusu tedbirleri alıp almaması keyfiyeti ile zarar arasındaki illiyet bağıını da kesecek olan sebeplerdir.

Ancak bu mesele taşıyıcının sorumluluğunun mahiyeti kısmında tekrar ele alınacaktır. Şimdilik şunu söyleyebiliriz: 20. maddedeki birinci kurtuluş beyyinesi hakkında yapılan objektif değerlendirme tarzı nazara alındığında hükümde sözü edilen imkânsızlığın birinci plânda illiyet bağıını kesme fonksiyonunu yüklenmiş olduğunu ileri sürmek mümkün olabilecektir.

Şu halde, düşüncemize göre, sonuç olarak, ilk bakışta, 20. maddede subjektif unsura yer kalmamaktadır. Bu hüküm objektif sorumluluğu düzenleyen bir sorumluluk sistemine uyacak tarzda kaleme alınmıştır.

Görülüyor ki, diğer yorum şekillerinin 20. maddedeki kurtuluş beyyinesine, isbat prosedürü bakımından farklılık göstermekle birlikte temelde subjektif bir anlam vermesine rağmen biz bu düşüncelere katılmıyarak hükümdeki kurtuluş delillerine objektif bir mahiyet tanımaktayız. Yine diğer yorum tarzları 20. maddenin değerlendirilmesinde sadece birinci kurtuluş imkânını ele aldığı halde biz her iki delili birlikte değerlendirmek suretiyle sonuca ulaşmayı uygun buluyoruz.

IV. VARŞOVA KONVANSİYON'UNDA SORUMLULUĞUN YAPISI

Bu meseleyi inceleyebilmek için önce kısaca belli başlı sorumluluk sistemlerine göz atmak ondan sonra Varşova Konvansiyon'un-

daki sistemi araştırmak gerekir. Şu halde konuyu iki kısımda incelemek gerekir.

1 — Belli başlı sorumluluk sistemleri

A. Genel açıklama

Sorumluluk hukukunda bir zararın meydana gelmesi halinde, bu zararı tazmin etmesi düşünülen kişinin hangi hususların gerçekleşmesi halinde mesuliyet altına gireceği meselesinde şu veya bu unsurun esas alınmasına göre çeşitli sorumluluk sistemleri meydana gelmiştir. Bu bakımdan ise mesuliyet rejimlerinin tasnifinde başlıca iki unsur rol oynamaktadır. Bunlardan biri subjektif bir unsur olan kusur'dur. Bu nedenle kusura dayalı sorumluluk sistemine subjektif sorumluluk denir.

Mesuliyetin tayininde rol oynayan diğer bir unsur ise objektif bir olgudur. Bu olgu, bir faaliyette bulunmak, bir şeye sahip olmak ya da bir şeyi işletmek olarak ortaya çıkabilir. Bunların hemen hepsinin temelinde⁸⁹ risk düşüncesi yatar ve 'tehlike yaratma' keyfiyeti sorumluluğun temelini oluşturur⁹⁰. İşte bir takım objektif olgulara dayanan ve sorumluluğun doğmasında kusur şartı aranmayan bu mesuliyete objektif sorumluluk veya sebep sorumluluğu denmektedir. İşte bunlara kısaca göz atmamız yararlı olur.

B. Kusur sorumluluğu

Bu sistemde sorumluluğun doğması için kusur şartı aranır. Yani kusur sorumluluğun temelini teşkil eder. Tazmin borcu altına girecek kişinin, sorumluluğunu doğuracak olan zarara kusuru ile sebebiyet vermiş olması şarttır. Akdî sorumluluk alanında bu sistem ortak bir rejimdir⁹¹.

89) BK. 55'de objektif sorumluluğu düzenlemesine rağmen risk düşüncesine dayanmaz (TANDOĞAN, 109).

90) Tehlike sorumluluğu hakkında bak. TANDOĞAN, 93; TEKİNAY, Borçlar Hukuku, İstanbul 1979, s. 436; SESSELI, 99.

91) Ancak bazı özel kanunlarda akdî sorumluluğun objektif mesuliyete tâbi tutulduğu görülmektedir. Bak. İsviçre Hava Seyrüsefer Kanunu 1948 T. (Bak. JUNOD, 30 vd.). 1971 T. Guatemala City de yapılan protokolde de hava taşıyıcısının mesulifeti objektif sisteme tâbi tutulmuştur.

Kusur sorumluluğu, akdî sorumluluk alanında, isbat külfetinin borçluya yükletilmiş olması sebebiyle kusur karinesine dayanan bir sorumluluk olarak ele alınmıştır⁹².

Ancak kusur sorumluluğunun da Fransız Hukukunda ve bu arada SESSELI'nin Varşova Konvansiyon'unda sorumluluğun mahiyetini inceleyen eserinde⁹³, sorumluluğun temeli olan kusur ve bu husustaki isbat külfetinin kombinezasyonu sonucunda kendi arasında 'basit kusur karinesine dayanan' sorumluluk ve 'kuvvetlendirilmiş kusur karinesi'ne dayanan sorumluluk diye ikiye ayrıldığı görülmektedir.

Aslında Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarına yabancı olan bu ayrımı konumuz bakımından taşıdığı değer nedeniyle kısaca incelemekte fayda vardır.

a) Basit kusur karinesine dayanan sorumluluk

Akdî sorumluluk alanında hâkim olan normal sorumluluk rejimine (BK. 97, BGB 282) Fransız terminolojisinde bu ismin verildiği görülmektedir⁹⁴.

Bu sisteme göre borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, akdî ifası hususunda gerekli ihtimamı göstermiş olduğunu isbat etmesi yeterlidir. Böylece borçlu kusur karinesini çürütmüş olmaktadır. Bu nedenle de söz konusu karineye 'basit kusur karinesi' denilmektedir. Borçlunun göstermek zorunda olduğu ihtimamın ölçüsü ise diligencia ac bonus pater familias'dır.

b) Kuvvetlendirilmiş kusur karinesi'ne dayanan sorumluluk (presomption renforcee de faute)

Burada da bir önceki halde olduğu gibi borçlunun kusurlu olduğuna dair bir karinenin bulunduğu kabul edilir. Fakat borçlunun bu karineyi çürütüp sorumluluktan kurtulabilmesi için gerekli özeni göstermiş olduğunu isbat etmesi (pozitif isbat) yeterli değildir⁹⁵.

92) JUNOD, 38 not 1; SESSELI, 41 vd.; ZOGHBI, 65.

93) Bak. SESSELI, 96.

94) SESSELI, 94.

95) SESSELI, 98.

Borçlu ne yapıp yapıp kendisine hiç bir kusurun isabet etmediğini isbat etmelidir⁹⁶. Bu nedenle de, borçlu, akdin ifasına engel olan şeyin kendisine isnat edilemiyen (kendi fiili ve kusurundan bağımsız) haricî bir sebep olduğunu göstermek suretiyle akdin icra edilmesinde yahut ihlâlinde kusurlu olmadığını isbat etmek durumunda kalacaktır. Bu isbat şekline, akla gelebilecek her türlü kusur ihtimalinin bertaraf edilmesinden dolayı, kategorik bir isbat tarzı denilmektedir⁹⁷.

İşte böyle bir haricî sebep mevcut değilse borçlu akdin ihlâlinde kusurlu kabul edilecektir. Onun için, bu tip kusur sorumluluğuna 'kuvvetlendirilmiş kusur karinesine dayanan sorumluluk' denmektedir. Söz konusu haricî sebep gerek bir mücbir sebep gerekse bir beklenmedik hal olabilir⁹⁸.

Bu nedenlerle, kuvvetlendirilmiş kusur karinesine dayanan sorumluluğun risk teorisine dayanan bir sorumluluk gibi görüldüğü ve objektif mesuliyetle identik olduğu ileri sürülmüştür⁹⁹.

Cas Fortuit ve Force Majeur kavramlarının Fransız hukukunda birleştirilmesinin¹⁰⁰, söz konusu haller kusurun bulunmadığını gösterme fonksiyonunu taşısa da, sorumluluğun objektif mesuliyetle bir

96) SESSELI demektir ki: "Basit kusur karinesine dayanan sorumlulukta gerekli ihtimamın gösterildiğini ortaya koyarak kusuru bulunmadığı hususunda bir görüntü yarattığı zaman borçlu sorumluluktan kurtulmaktadır. Oysa onun kusurlu olarak hareket etmiş olabileceği ancak ilk anda akla gelmesi mümkün olmayan haller de bulunabilir". Bak. SESSELI, 97.

97) SESSELI, 98.

98) SESSELI, 98. Belirtelim ki, burada sözü edilen haricilik force majeure'un bir unsuru olan "exteriorite" ile eş anlamlı değildir. Force majeure'deki haricilik unsuru borçlunun faaliyet sahası dışından kaynaklanmayı ifade ederken cas fortuit'deki haricilik, vakanın, borçlunun bizzat kendi fiilinden bağımsız oluşunu kasdetmektedir.

99) SESSELI, 98.

100) Gerçekten burada her iki kavram da borçlunun kusursuzluğunu gösterme fonksiyonunu yüklenmiş olduğundan bunları birbirinden ayırmanın pratik bir anlamı yoktur. İkisi de aynı hukuki sonucu doğurmaktadır.

tutulup tutulmaması bakımından her hangi bir rol oynamıyacağı kabul edilmektedir¹⁰¹.

Fransız Hukukunda, kuvvetlendirilmiş kusur karinesine dayanan sorumluluğu da kapsamak suretiyle subjektif sorumluluk ile objektif mesuliyet arasındaki farkın force majeure anlayışında kendini gösterdiği kabul edilmektedir. Şöyle ki, birinci halde yani subjektif sorumlulukta force majeure kusursuzluğun ifadesidir. Böylece bu kavram, teorik olarak, zaten, borçlunun kusuruna dayanmayıp da onun sorumluluğunu doğuracak başka bir olaya yer bırakmaz.

Oysa, objektif sorumlulukta mücbir sebep dış kaynaklı bir hâdise olarak illiyet bağını kesen bir sebeptir. Buna karşılık beklenmedik hal borçlunun faaliyet sahasına dahil olan bir tehlike mahiyetini taşıdığından sorumluluğun kalkmasına yol açmaz¹⁰².

C. Objektif sorumluluk

Bu tip sorumluluğa sebep mesuliyeti denilen hallerin hepsi dahil edilmektedir¹⁰³.

Sorumluluğa sebep mesuliyeti denmesinin nedeni, mesuliyeti doğması için zararı meydana getiren fiil ya da olay arasında illiyet bağının bulunmasının yeterli olmasıdır. Örnek olarak, borçlunun faaliyet sahasında gerçekleşen bir olay (tehlike sorumluluğu) ya da çalıştırdığı adamın işlediği fiil ile (B.K. 55) zarar arasındaki illiyet bağı sorumluluğun doğmasına yol açacaktır. Kısacası bu tür sorumlulukta fail (agent) kendi faaliyet sahası içinde meydana gelen zararların tümünden sorumludur. Meğer ki sebebiyet ilişkisi bulunmasın.

İşte borçlu, objektif sorumlulukta ancak sebebiyet bağını kesen bir olaya dayanmak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir¹⁰⁴.

101) SESSELI, 98.

102) SESSELI, 9. Burada anlatılmak istenen husus mücbir sebep ve beklenmedik hâl ayırımının ancak objektif sorumlulukta önem taşıdığı olsa gerekir .

103) SESSELI, 99; TEKİNAY, anılan eser, 436.

104) Sebep sorumluluğu alanında nezaret yükümüne dayanan sorumluluk hallerinde borçlu gereken ihtimamı gösterdiğini isbat et-

Dolayısıyla, dış kaynaklı olması ve illiyet bağıını kesmesi nedeniyle mesuliyeti ancak force majeure ortadan kaldırır¹⁰⁵. Sadece beklenmedik hâl teşkil eden bir olay borçlunun mesuliyetten kurtulmasına yetmeyecektir. Bu hâl borçlunun faaliyet sahası içinde kaldığından fail (borçlu) bunun sonuçlarına katlanacaktır¹⁰⁶.

Bu tip kozal mesuliyetin yani tehlike mesuliyetinin dışında, borçlunun gerekli ihtimamı gösterdiğini isbat etmesi suretiyle sorumluluktan kurtulabileceği kozal sorumluluk halleri de vardır¹⁰⁷. Söz konusu objektif mesuliyet halleri borçlunun nezaret ve ihtimam borcuna dayanır. (BK. 55, 56) Borçlu gereken bütün ihtimamı gösterdiğini isbat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabildiği gibi illiyet bağıının bulunmadığını isbat ederek de mesuliyetten kurtulabilir. (B.K. 55/2).

mek suretiyle de mesuliyetten kurtulabilir. Bunun nedeni ise söz konusu sorumluluğun nezaret borcuna dayanması ve bir zarar meydana geldiği zaman bu yükümlülüğün ihlâl edilmiş olduğuna dair bir karinenin mevcut olmasıdır. Ancak bu sorumlulukta kozalite ilişkisinin ihtimam borcunun ihlâli ile zarar arasında da bulunduğu haklı olarak kabul edilmekte, ancak borçlunun gerekli ihtimamı gösterdiğini isbat etmesi suretiyle bu bağı zayıflatacağı, illiyet bağıının bulunduğu ihtimalini kaldırmış olacağı söylenmektedir. (Bak. SAYMEN - ELBİR, 423, 424). Bizce buradaki kurtuluş delili sorumluluğun farazî bir unsurunun, ihtimam borcunun ihlâl edilmiş olduğuna dair karinenin çürütülmesidir.

105) SESSELI, 99. Cas fortuit'in objektif sorumlulukta, (tehlike) sorumluluğu kaldırmamasının nedeninin illiyet bağı meselesi olup olmadığını şimdilik tereddütle karşılamaktayız.

106) SESSELI, 99. Bu hususdaki düşüncemiz için bak. aşağıda not

.....

107) Bak. BK. 55, 56. Sebep sorumluluğu hallerinin bu tiplerini DESCHENAUX - TERCIER, basit objektif sorumluluk halleri olarak göstermektedir. Bak. s. 94. Bu bakımdan objektif sorumluluk halleri basit ve ağırlaştırılmış sorumluluk olarak ikili bir tasnife tâbi tutulmaktadır. Bak. DESCHENAUX - TERCIER, 46 ve orada yapılan atıflar. Ağırlaştırılmış objektif sorumluluk halleri ile de tehlike sorumluluğu kastedilmektedir.

2 — Hava taşıyıcısının sorumluluğunun sorumluluk sistemleri arasındaki yeri

A. 1971 Guatemala Protokolünden önce

a) Genel olarak

Hava taşıyıcısının mesuliyetinde sorumluluktan kurtulma şartlarından biri olan 'gerekli tedbirlerin alınmış olduğunun isbatı' meselesi yukarda görüldüğü gibi farklı yorumlara yol açmış, sorumluluğun kusur prensibine dayandığı kabul edilmekle birlikte, 20. M. nin getirmiş olduğu kurtuluş beyyinesi ile daha farklı bir sorumluluk sisteminin bu mesuliyete dahil edilmiş olduğu ileri sürülmüştür¹⁰⁸.

Gerçekten 20. maddedeki ifade ele alındığı zaman bu sorumluluğun aşağıda açıklayacağımız nedenlerden dolayı objektif sorumlulukla bir hayli benzerlik gösterip göstermediği veya sonuçları bakımından aynı olup olmadığı sorusu ister istemez akla gelmektedir. Nitekim bu mesuliyetin sebep sorumluluğuna çok yaklaştığı da ileri sürülmüştür¹⁰⁹.

Varşova Konvansiyonu bilindiği gibi hava yoluyla yapılan taşımacılığın henüz yeni gelişmekte olduğu bir dönemde hazırlanmıştır. (1929) Bu esnada Konvansiyon'u hazırlayanlara hâkim olan düşünce şu idi: Hava taşıyıcısı şimdiye kadar alışık olmadığı, kendisine oldukça yabancı bir ortamda faaliyetini sürdürmektedir. O, henüz bir başlangıç aşamasındadır. Bu taşıyıcının, çalışmakta olduğu alanda ilerliyebilmesi için, tıpkı yeni yürümeye başlayan bir çocuğa yapıldığı gibi, mümkün olduğu kadar önündeki engeller kaldırılması ve gelişmesini temin edecek gerekli teşviklerde bulunulmalıdır¹¹⁰.

İşte, yukardaki düşüncelerle hava taşıyıcısına Konvansiyon'la iki imtiyaz tanınmıştır: I — Kusur sorumluluğu 2 — Sınırlı sorumluluk¹¹¹.

108) SESSELI, 103. Müellif bu sorumluluğa risk teorisinin dahil edilmiş olduğunu söylüyor.

109) Bak. aynı yer.

110) Bak. ZOGHBI, 13.

111) ZOGHBI, 13, 14.

Varşova Konvansiyon'unda taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen ilk iki hükümde (M. 17, 18) subjektif unsurdan yani kusur meselesinden söz edilmemiştir. Bu hususun, taşıyıcının sorumluluktan kurtuluş şartlarını düzenleyen 20. maddede belirtilmiş olduğu kabul edilmektedir¹¹². Taşıyıcı gerekli tedbirleri almış olduğunu veya bu husustaki imkânsızlığı isbat etmekle bu düşünceye göre kusursuzluğunu isbat etmiş olmaktadır.

İşte Varşova Konvansiyon'u sistemindeki sorumluluğun mahiyetini tesbit edebilmemiz için 20. maddenin burada tekrar ele alınması gerekir.

b) V.K. 20. maddedeki sorumluluktan kurtulma şartları ve kusur arasındaki ilişki

aa) 'gerekli tedbirler'in alınmış olduğunun isbatı

Bu bakımdan konunun tekrar ele alınmasına gerek yoktur. Çünkü, 20. maddenin açıklanması sırasında bu hükümde öngörülen kurtuluş delillerinin getirilmesinde kusur meselesinin hemen hiç bir rol oynamadığını söylemiştik. Hükümdeki bu birinci kurtuluş sebebi bakımından subjektif unsurun rolünü kesin olarak tesbit ettiğimiz halde aşağıda inceleyeceğimiz ikinci delil bakımından yani imkânsızlık hallerinin kusurla ilişkisi açısından, nihaî bir şey söylememiştik¹¹³.

bb) İmkânsızlık (cas fortuit ve force majeure)

Maddede sözü edilen imkânsızlığın cas fortuit ve force majeure halleri altında toplanabileceğini belirtmiştik¹¹⁴.

Burada yapılacak iş cas fortuit ve force majeure hallerinin akdî sorumlulukta kusur ve illiyet rabıtasıyla olan ilişkisinin değerlendirilmesidir.

Daha sonra bu ilişkilerden hangisinin 20. maddedeki birinci kurtuluş beyyinesini teşkil eden 'gerekli tedbirlerin alınmış olduğunun

112) ZOGHBI, 15; SESSELI, 41, 42.

113) Bak. yuk. s. 449.

114) Bak. yuk. s. 444.

isbatı' hakkında söylenenler karşısında daha fazla anlam ve önem kazandığının tesbit edilmesi gerekir.

İşte bu nedenlerle, beklenmedik hâl, mücbir sebep kavramlarının sorumluluk hukukunda baştan beri ne gibi bir fonksiyon yüklediklerine, diğer bir deyişle bu kavramlar hakkındaki anlayışların geçirdiği aşamalara kısaca göz atmak gerekir.

Cas fortuit ve force majeure kavramları hakkında yazılmış bir eser olan JUNOD'un 'Force majeure et Cas Fortuit' isimli kitabından edindiğimiz bilgilere göre bu konuda kısaca şunları söyleyebiliriz:

Cas fortuit ve force majeure kavramlarının ortaya çıkması, kusur sorumluluğunun hâkim olduğu, henüz objektif mesuliyetin tanınmadığı bir döneme isabet etmektedir.

Cas fortuit ve force majeure kavramları, borçlunun (akdin ihlâli ile zararın doğmasına yol açan kişinin) kusuruna dayanmayan bir olay (evenemet) olduğundan, kusur sorumluluğunda borçlunun kusursuzluğunu gösteren haller olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de her iki kavramın bazan birbirinden ayrı tutulmadığı görülmektedir¹¹⁵.

Cas fortuit ve force majeure hakkında sorumluluk hukukunda oynadıkları rol bakımından çeşitli teoriler ortaya atılmıştır.¹¹⁶ Kanımızca bu teorilerin doğma nedeni subjektif sorumluluk sisteminden yani kusur prensibinden objektif sorumluluk sistemine diğer bir deyişle kusura dayanmayan mesuliyet hallerinin de kabul edildiği bir sisteme geçiş döneminde yerleşmiş hukuk telâkkilerinin etkisinden kurtulamayıp yani 'ancak kusuru ile bir zarara sebebiyet veren kişi bu zararın tazmini ile mükellef olur' düşüncesinden vazgeçememe olsa gerekir.

Teoriler gözden geçirilecek olursa¹¹⁷ objektif sorumluluk esas-

115) Bak. SESSELI, 98.

116) Bak. JUNOD, anılan eser.

117) JUNOD'un eserinden naklen almak suretiyle bu teorileri kısaca şöyle özetleyebiliriz: Teorilerden birincisi GOLDSCHMIDT tarafından ortaya atılan subjektif teoridir. Bu görüşe göre cas fortuit ve force majeure arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bazı borçluların diğer borçlulara göre sorumluluğunun ağırlaştırıl-

na dayanan hallerin subjektif sorumluluğun ağırlaşmış şekli olarak telâkkî edildiği ve cas fortuit, force majeure hakkında ileri sürülen

mış olduğu, iyi bir aile babası ihtimamını göstermekle mükellef bir borçlunun sorumlu olmayacağı "casus" halinden de sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Borçlu akdin ifasının imkânsız hâle gelmesi halinde ancak vis majeure'e dayanarak sorumluluktan kurtulabilecektir. O, cas fortuit hallerinde dahi ihtimam borcu altındadır.

İşte bu görüşe göre, force majeure kavramına ihtimam borcunun derecesine dayanılarak varılmaktadır. Sadece force majeure'u dayanarak mesuliyetten kurtulabilen bir borçlu diligencia ac bonus pater familias ihtimamını değil, bunun da üstünde bir ihtimam (diligencia exactissima) göstermek yükümü altındadır. (Bak. JUNOD, 11).

Görülüyor ki, bazı faaliyetlerde bulunması söz konusu olan borçlunun mesuliyetinin bugün objektif sorumluluk denilen mesuliyete dayandırılma ihtiyacının duyulduğu hallerde dahi kusur kavramından sıyrılınamamaktadır.

GOLDSCHMIDT tarafından ileri sürülen subjektif teori çeşitli tenkitlere uğramıştır. (Bak. JUNOD, 13). Daha sonra bu teori hâkim görüş olmaktan çıkmıştır (JUNOD, 9).

Bu konuda ortaya atılan ikinci teori ise EXNER'in objektif teorisidir.

Birinci teori, force majeure'ü diligentia exactissima ihtimamının son bulduğu nokta ile belirlemek, suretiyle subjektif bir temele oturtmuş olduğu halde, EXNER bu kavrama objektif bir muhteva verebilmeye, diğer bir deyişle, bu kavramın unsurlarını göstermek suretiyle mücbir sebebin tanımını yapmaya çalışmıştır. (Bak. JUNOD, 16 vd.). Bu nedenle müellif, ilk önce force majeure'ün borçlunun faaliyet sahası dışından kaynaklandığını, yani kavramın haricilik (exteorite) karakterini tesbit etmiştir. (JUNOD, 17) EXNER, ikinci unsur olarak olayın olağanüstü vasfını göstermiştir. Bu da hayatın normal akışına göre tesbit edilecektir. (Bak. JUNOD, 19). Bu teori ile beklenmedik hâl ve mücbir sebep ayırımı daha belirgin bir hale getirilmiştir.

Ancak belirtelim ki, bu görüşün objektifliği bizzat mücbir sebep kavramının objektif temeller üzerine oturtulmasından ibarettir. Subjektiflik yönünden birinci görüşten farkı yoktur. Yani, burada da force majeure, diligentia exactissima'nın sona ermesi anlamına gelir. Nitekim, JUNOD da bu konuda düşüncemizi destekleyen bazı şeyler söylemektedir (JUNOD, 27).

JUNOD'un eserinde ele alınan dördüncü teori ise (JUNOD, üçüncü teori olarak ele aldığı BARON'un teorisini EXNER'in-

bu düşüncelerin 'ağırlaştırılmış subjektif sorumluluk' anlayışını gözönünde bulundurduğu görülür.

İleri sürülen teorilerden çıkarabileceğimiz sonuca göre, subjektif akdî sorumlulukta borçlunun diligetia ac bonus pater familias ihtimamıyla mükellef olduğu hallerde-ki borçludan daha ağır veya daha hafif bir ihtimam beklenmediği hallerde borçlu yukardaki ihtimam derecesi ile sorumludur.- Bu ihtimamın sınırı cas fortuit'de sona ermektedir. Bu durumda artık, borçludan daha fazla bir ihtimam derecesi beklenmez.

Bu görüşlerden çıkan ikinci sonuca göre, diligencia ac bonus pater familias ihtimamının dışında diligentia exactissima diye bir ihtimam ölçüsü daha kabul edilmektedir. İşte bu teorilere göre borçlu beklenmedik hal denilen durumlarda da bir ihtimam borcu altındadır ki bu derecedeki ihtimam da diligencia exactissima'dır.

Ancak daha sonra, sorumluluk hukukunda borçlunun beklenmedik halden sorumlu olmasına rağmen mücbir sebepten sorumlu ol-

kinin bir çeşidi sayıyor) illiyet bağının kesilmesi teorisidir. Bu görüşe göre, force majeure'ün fonksiyonu fiil ile zarar arasındaki illiyet bağını kesmesidir. Borçlunun sorumluluktan kurtulma sebebi budur. Beklenmedik hâl se, illiyet bağını kesme fonksiyonuna sahip değildir. Cas fortuit, mücbir sebep gibi illiyet bağını kesecek kuvvete yükselememiştir. (Bak. OFTINGER, Zürich 1940 ve 1942, 78, 86-88 (JUNOD, 28'den naklen). Ancak OFTINGER, beklenmedik hâl'in illiyet bağını kesme bakımından mücbir sebep seviyesine ulaşmadığını söylerken tehlike sorumluluğunu nazara almış görünüyor. Oysa, cas fortuit'in tehlike sorumluluğunda illiyet bağını kesip kesmiyen bir mesele olarak ele alınmasının pratik bir anlamı olmasa gerekir. Çünkü tehlike sorumluluğunun kabul edilme nedeni, zaten, işletme sahası içinde meydana gelen ve tehlike'yi yaratan olaylardan faaliyette bulunan kişiyi sorumlu tutmaktır. İşte, cas fortuit denilen haller de bu faaliyet sahası içinde meydana gelen olaylar olarak sorumluluk çeşidine hâkim olan temel düşünce gereği mesuliyetin bir unsurunu meydana getirirler.

Bu teorilerin dışında, JUNOD'un görüşüne gelince, JUNOD da sonuç olarak (JUNOD, 33) mücbir sebebin illiyet bağını kesmekten başka bir işleve sahip olmadığı görüşüne katılmadığını söylemekle force majeure ve cas fortuit ile borçlunun ihtimam derecesi arasındaki ilişkiyi elden bırakmamış olmaktadır.

madığı halleri böyle bir ihtimam ölçüsü ile açıklamaktan vazgeçilmiş yani cas fortuit halinde bile borçlunun ihtimam borcunun devam etmekte olduğu varsayımı terkedilmiş, doğrudan doğruya objektif sorumluluk kavramına ulaşılarak bu sorumluluk şekilleri kusur kavramından tamamen soyutlanmıştır¹¹⁸.

Cas fortuit hakkında bugün İsviçre-Türk Hukuklarında hâkim olan görüşe gelince: Cas fortuit denilen haller öyle vakıalardır ki borçlunun kusuruna dayanmaksızın onun fiilinden bağımsız olarak meydana gelir ve akdin ihlâlini borçlu bakımından kaçınılmaz hale getirirler¹¹⁹. Bu nedenle cas fortuit ile akdin ihlâli arasında bir illiyet bağının bulunması gereklidir¹²⁰.

Ancak dikkat edilmelidir ki, akdin ihlâli ile beklenmedik hâl arasındaki sebebiyet ilişkisi, bu olay (beklenmedik hâl) ile zarar arasındaki sebebiyet bağını da meydana getirir. Beklenmedik hâl ile akdin ihlâli arasındaki bu bağ zayıflarsa meselâ borçlunun kusuru da buna eklenirse borçlu sorumluluktan kurtulamaz. Ancak tazmin borcunun azalması söz konusu olabilir¹²¹. Son halde, borçlunun sorumluluktan kurtulamama nedeni işte cas fortuit ile zarar arasındaki sebebiyet bağının tam olarak kurulmamış olması diğer bir deyişle akdin ihlâli ile zarar arasındaki sebebiyet ilişkisinin kesilmemiş olmasıdır.

Beklenmedik hâl'e dayanılarak, kusur sorumluluğunda borçlunun kusurunun bulunmadığının isbat edilmesi tabii ki mümkündür. Borçlunun, kusursuzluğunu isbat etmesinin yollarından biri de beklenmedik hal 'bulunduğunu göstermektir. Ancak bazı müellifler borçlunun kusurunun bulunmadığı (ademi ifade) bütün halleri fevkalâde hal altında toplamaktadırlar. Hatta bu hususu da 'kusurun sona erdiği yerde beklenmedik hâl başlar' ifadesiyle dile getirmektedirler¹²².

Oysa borçlunun kusursuzluğunu gösteren bütün hallerin beklenmedik hâl kavramı altında toplanması tenkit edilmiş, beklenme-

118) Objektif sorumluluğa geçiş sırasında kusur prensibinin güçlüğüle terkedilebildiği hakkında bak. SAYMEN - ELBİR, anılan eser.

119) TANDOĞAN, 461.

120) JUNOD, 76; TANDOĞAN, 461.

121) TANDOĞAN, 461-462.

122) Bu fikirde, Von TUHR, 120. Bu hususta bak. JUNOD, 39.

dik hallerin borçlunun kusuru olmaksızın ademi ifaya yol açan hallerin ancak bir kısmını (büyük bir kısmını da olsa) teşkil ettiği söylenmiştir. Borçlu imkânsızlık hâlinde cas fortuit'ye dayanmaksızın da kusuru bulunmadığını isbat edebilir. Mutlaka, ifayı imkânsız hale getiren sebebi yani beklenmedik hali isbat etmesi gerekmez¹²³.

Ancak taşıma hukukunda bu konuda durum değişiktir. Taşıyıcı, bir zararın meydana gelmesi halinde bu zararı doğuran sebebi ve ifayı imkânsız hale getiren bu sebebin kendisine isnat etmiyen bir sebep olduğunu isbat etmek zorundadır. (TTK. M 781) Von Tuhr da taşıyıcının sorumluluğunun bu bakımdan ağırlaştırılmış olduğunu söylüyor¹²⁴.

Konu hakkındaki düşüncelerimizi belirtmeden önce tekrar, beklenmedik hâl kavramına dönerek şunları söyleyebiliriz. Cas fortuit'in iki fonksiyonu vardır. Bunlardan biri akdin ihlâlinin borçlunun kusuruna dayanmadığını göstermesidir. Ancak tekrar etmek gerekir ki borçlunun kusurunun bulunmadığı haller beklenmedik hallerden ibaret değildir.

Beklenmedik hâl'in ikinci fonksiyonu ise akdin ihlâli ile zarar arasındaki sebebiyet ilişkisini kesmesidir¹²⁵.

Burada en azından şimdilik şu kadar söyleyebiliriz: Borçlu, beklenmedik hâl'e dayanarak sorumluluktan kurtulurken, kusursuzluğunu isbat etmiş olduğu kadar akdin ihlâli ile zarar arasındaki sebebiyet ilişkisinin mevcut olmadığını da isbat etmiş olmaktadır.

Sorumluluk meselesine gelince, borçlunun sorumluluktan kurtulması ancak, akdin ihlâline yol açan bir beklenmedik hâl'in bulunduğunu isbat etmesi şartı ile mümkün oluyorsa, denilebilir ki, bu durumda, akdin ihlâli ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunmadığını göstermesi borçlu bakımından şart koşulmaktadır. Aksi halde borçlu zaten, bir zararın doğması halinde, akdin ihlâlinde kusuru bulunmadığını, akdin ifasındaki imkansızlığa yol açan ola-

123) TANDOĞAN, 423; JUNOD, 48.

124) Von TUHR, 119, noi 27.

125) Bak. TANDOĞAN, 461-463. Mücbir sebep üzerinde burada durmuyoruz. Çünkü bu olayın da zaten, akdin ihlâli ile zarar arasındaki ilişkiyi kestiği bilinmektedir. Kavram hakkında geniş bilgi için bak. JUNOD'un anılan eseri.

yı göstermiye mecbur kalmaksızın akdin ifasını temin için gerekli ihtimamı sarfettiğini isbat etmek suretiyle de mesuliyetten kurtulabilecektir¹²⁶.

Şimdi tekrar 20. maddedeki kurtuluş beyyinesine dönersek:

Hükümde öngörülen birinci kurtuluş delilinde subjektif unsurun ne gibi bir etki yaptığını incelemiştir¹²⁷ ve sonuçta 'gerekli tedbirlerin alınmış olduğunun isbatında subjektif unsurun rol oynamadığını, böylece birinci kurtuluş delilinde subjektif unsura yer olmadığını tesbit etmiştik.

İşte bu durumun ışığı altında, borçlunun sorumluluktan kurtulması bakımından ikinci bir imkân olarak, gerekli tedbirlerin alınmasındaki imkânsızlığı (beklenmedik hâl veya mücbir sebep) göstermesinin, 'zararın önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmaması' yani akdin ihlâli ile zarar arasındaki sebebiyet ilişkisinin yokluğunu isbat etmesi anlamına geldiğini söyleyebiliriz.

Şu halde, birinci kurtuluş beyyinesinin objektif unsurlardan teşekkül ettiği de gözönünde bulundurulursa, 20. maddedeki ikinci kurtuluş delilini teşkil eden olguların aslında objektif olgular olduğu anlaşılır. Diğer bir deyişle beklenmedik hâl veya mücbir sebebin sebebiyet ilişkisini kesme fonksiyonu kendisinden önce gelen kurtuluş delilinin objektifliği sebebiyle birinci plâna çıkmış olmaktadır. Söylediğimiz bu hususlarla işte incelememizin başlarında¹²⁸ sormuş olduğumuz sorunun cevabını da vermiş olmaktadır.

Yine, makalemizin yukardaki bir bölümünde¹²⁹ 20. Maddedeki kurtuluş beyyinesinin anlamı tayin edilirken taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen ve bu hükümden önce gelen 17. ve 18. maddelerin subjektif sorumluluğu düzenlemekte olduğunun da gözönünde bulundurulması gerektiğini söylemiştik. Bu durum karşısında subjektif unsurun rolünün 20. m. bakımından nerede söz konusu olabileceği sorusunun da cevaplandırılması lâzımdır.

Taşıyıcının sorumluluğunda kusurun rolü ancak şu şekilde ortaya çıkabilir: Taşıyıcı ve adamları zararın önlenmesi hususunda ge-

126) JUNOD, 48.

127) Bak. yuk. s. 438 vd.

128) Bak. yuk. s. 438-439.

129) Bak. yuk. s. 438.

rekli tedbirleri almamış olmasına ve bu konuda bir imkânsızlık halinin de bulunmamasına rağmen başka bir nedenden dolayı taşıyıcı ve adamlarına bir kusur izafe edilememesi halinde kusur prensibi gereğince taşıyıcı 20. maddedeki kurtuluş beyyinesini yerine getiremeye bile sorumlu tutulamıyacaktır. Ne var ki, bu halin gerçekleşebileceği durumlar hemen hemen akla gelmiyecek kadar azdır. Burada ilk anda düşünülebilecek tek husus, taşıyıcı ve adamlarının kusur ehliyetine sahip olmamalarıdır ki, faaliyetin niteliği nazara alınır, böyle bir ihtimalin gerçekleşmesinin pratikte mümkün olmayacağı anlaşılır¹³⁰. Akla gelebilecek ikinci ihtimâl ise, gerekli tedbirlerin alınmamış olmasının taşıyıcı için kusur teşkil edecek seviyeye ulaşmamış olmasıdır. Böyle bir ihtimal B.K. 55 bakımından ileri sürülmüşse de¹³¹ 'gerekli tedbirler hakkında ileri sürmüş olduğumuz anlayış gereği hava taşıyıcısı için böyle bir ihtimalin düşünülmesi de mümkün değildir¹³².

c) V.K.M. 20 ile B.K. 55 hükmünün karşılaştırılması¹³³

Üzerinde durulması gereken diğer bir noktada 20. maddedeki kurtuluş beyyinesi ile B.K. 55'deki kurtuluş beyyinesi arasında bir benzerlik bulunup bulunmadığıdır. Taşıyıcının mesuliyeti hakkında ihtilâflara yol açan 20. maddenin objektif sorumluluğu düzenleyen bir hüküm olan B.K. 55. madde ile de karşılaştırılmasında fayda vardır.

Şimdi, her iki maddedeki birinci kurtuluş beyyinesi arasında bir paralellik bulunduğu söylenebilir. Çünkü her iki durumda da sorumluluğu söz konusu olan kişi zararın önlenmesi hususunda gereken ihtimamı gösterdiğini isbat etmek zorundadır.

Birinci kurtuluş imkânından anlaşıldığı gibi, 20. maddede zararın önlenmesi hususunda taşıyıcıya bir mükellefiyet yüklenmiştir. Buna ihtimam borcu diyebiliriz.

130) Başka bir hüküm hakkında ileri sürülmüş olan buna benzer bir düşünce için kıyasen bak. TANDOĞAN, 149, not 5.

131) TANDOĞAN, 107.

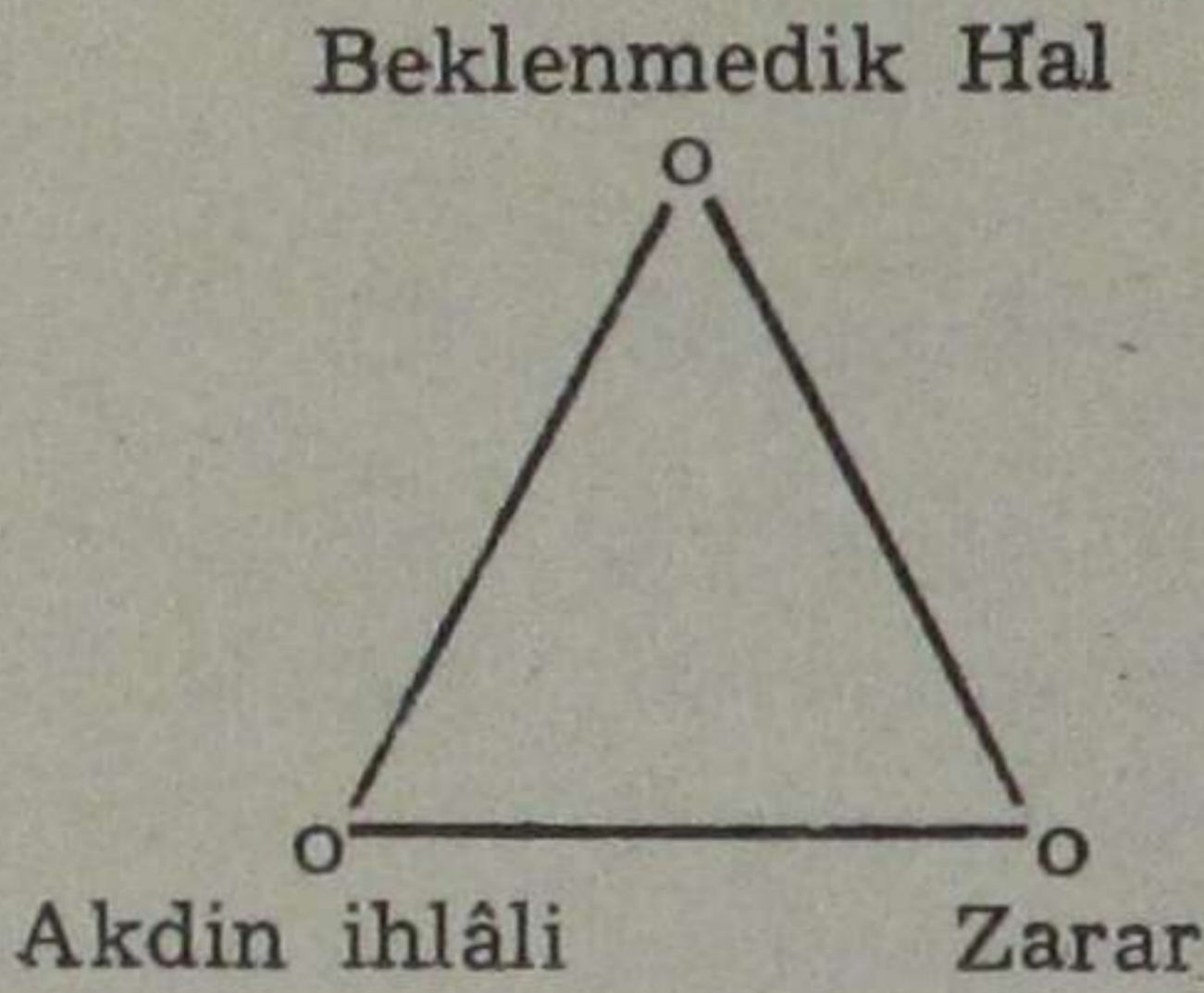
132) "Gerekli tedbirler" kavramı hakkında ileri sürdüğümüz düşünce hakkında bak. yuk. s. 438 vd.

133) BK. 55 hükmü haksız filî sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm olmakla birlikte, objektif sorumluluğu düzenleyen bir madde olarak unsurları bakımından önem kazanmaktadır.

İkinci kurtuluş imkânı ise, taşıyıcının bu borcunu yerine getirmesinde bir imkânsızlık halinin bulunmasıdır. Bu durum akdin ifasına engel olan bir sebeptir, çünkü yolcunun kaza sonucunda zarara uğraması halinde taşıyıcı akdi ya hiç ya da gereği gibi ifa etmemiş olacaktır.

Şu halde, gerekli tedbirler alınsa idi dahi zararın meydana geleceğinin isbat edilmesi ile¹³⁴ tedbirlerin alınmasına engel olan bir halin bulunduğu isbat edilmesinin aynı şey olup olmadığına bakılmalıdır.

Yukarda görüldüğü gibi¹³⁵ borcun ihlâli ile beklenmedik hal (öncelikle bir mücbir sebep de söz konusu olabilir) arasındaki illiyet bağı ile beklenmedik hal ve zarar arasındaki illiyet bağı birbiri ile özdeştir. Bunu bir şekil ile gösterirsek:



Burada her iki illiyet birbiri ile eşdeğerdedir.

İşte, görüldüğü gibi, gerekli tedbirler'in alınmasına engel olan neden (cas fortuit) aynı zamanda, akdin ihlâlinden doğan zarara yol açan nedendir. Şu halde diyebiliriz ki, gerekli ihtimamın gösterilmesine engel olan, yani olayımızda gerekli tedbirlerin alınmasını imkânsızlaştıran nedenin isbatı ile, bu tedbirlerin alınması halinde dahi zararın meydana geleceği hususunun isbatı aynı şeylerdir. Bu nedenle de her iki madde arasında ikinci kurtuluş delili bakımından da, ifadeler farklı da olsa, bir paralellik mevcuttur.

d) Kusur karinesi mi objektif sorumluluk mu?

Baştan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, hava taşıyıcısı zararın önlenmesi hususunda gerekli tedbirleri almak yani

134) Bak. BK. 55/2.

135) Bak. yuk. s. 460.

gereken bütün ihtimamı göstermek borcu altındadır. Taşıyıcı gerekli tedbirleri aldığını isbat edemediği vakit sorumluluktan kurtulabilmesi için yapabileceği tek şey, bu tedbirlerin alınmasına beklenmedik hal veya benzerlerinin engel olduğunu göstermek diğer bir deyişle zararın beklenmedik hal veya force majeure'dan ileri geldiğini isbat etmektir. (V.K.M. 20) Buna göre, taşıyıcının ihtimam borcu, yolculuk sırasında yolculara veya eşyaya bir zarar gelmemesi hususunda genel olarak bir takım tedbirlerin alınmasıyla yerine getirilmiş olmamaktadır. Taşıyıcı bu konudaki özen borcunu yerine getirebilmiş olmak için, muayyen bir olayın (kazanın) önlenmesine yönelik tedbirleri almış olmalıdır. Taşıyıcının sorumluluğunu doğuran diğer zararlar bakımından ise, akdin ifası veya gereği gibi ifasını temin için göstermekle mükellef olduğu ihtimam borcunu herhangi bir borçlu gibi yerine getirilebilir.

İşte, Fransız jürüsprüdansı, borçlunun akdî sorumlulukta, ancak cas fortuit'ye dayanarak mesuliyetten kurtulabildiği hallerde kusur karinesinin ağırlaştırılmış olduğundan bahsederek 'ağırlaştırılmış kusur karinesine dayanan' bir sorumluluk tipi geliştirmiştir.¹³⁶ Ancak, söylemeye gerek gerek yoktur ki bu mesuliyet yine subjektif sorumluluk sistemi içinde kalmaktadır.

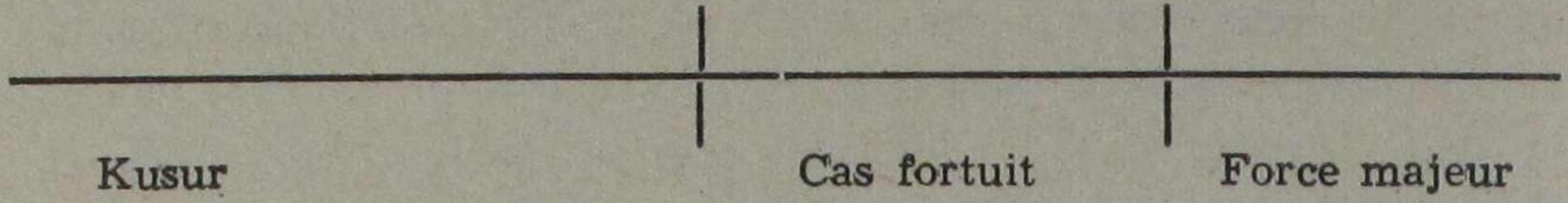
Kusur karinesi mi objektif sorumluluk mu sorusunun cevabını ararken, beklenmedik hal ile subjektif ve objektif sorumluluk arasındaki ilişkinin de gösterilmesinde yarar vardır. Bu konuda JUNOD'dan¹³⁷ aldığımız şemayı ana hatlarıyla göstermek uygun olur.

		Objektif sorumluluk sınırı		
		Cas fortuit	Force majeure	
Kusur	Cas	Fortuit	Force	majeur

136) Bak. SESSELI, 97-98.

137) JUNOD, 45.

Bu şemada kendi açıklamalarımıza dayanarak bazı değişiklikler yapmak mümkündür:



(diligencia ac bonus pater fam.)

Her iki şemada da cas fortuit olarak gösterilen olgular bütünü yukarda da açıkladığımız gibi kusursuzluğu ifade ettiği kadar, akdin ihlâli ile zarar arasındaki sebebiyet bağıını da kesen sebeplerdir. Bunlar objektif olgulardır.

Olayımızda, birinci şemayı ele alırsak, kusur sahasında kalan kısımda borçlu gerekli tedbirleri aldığını isbat ederek sorumluluktan kurtulamamaktadır. Diğer bir deyişle borçlu subjektif sahaya dayanmak suretiyle mesuliyetin doğmasını önleyememektedir. Sorumluluktan kurtulabilmesi için borçlunun objektif alana dayanması gerekmektedir.

Bu bakımdan akla iki husus gelebilir:

— Subjektif alanda bir kusur karinesi mevcuttur. Borçlu kendi fiilinin söz konusu olduğu alanda, bir zarar meydana geldiği vakit, gerekli ihtimamı göstermemiş farzedilmektedir. Diğer bir deyişle subjektif saha bakımından borçlu hakkında, ihtimam sınırına ulaşılmamış¹³⁸ olduğuna-ki bu sınır cas fortuit de sona ermektedir-dair bir karine mevcuttur. Şu halde borçlunun yapacağı şey, bu sınırın sona ermiş olduğunu yani beklenmedik halin varlığını göstermekten ibarettir.

Ancak burda bir hususa dikkat edilmelidir: İhtimam borcunun devam alan yani subjektif alan ile cas fortuit noktasının ya da objektif alanın kesişmesi yukarda da söylendiği gibi¹³⁹ her zaman söz

138) Bu ihtimam çizgisi, sübjektif akdî sorumluluk söz konusu olmasından dolayı, ihtimamın ölçüsü olan diligencia ac bonus pater familias'tan oluşmaktadır.

139) Bak. yuk. s. 461.

konusu olmamaktadır. Bu nedenle yukardaki birinci şema mutlak durumu yansıtmamaktadır.

İhtimam sınırı ile cas fortuit arasında kalan bir saha daha vardır ki bu da borçlunun kusursuz addedilebildiği bazı halleri gösteren fakat cas fortuit alanına geçememiş olduğundan objektif nitelik kazanamıyan bir sahadır. Şu halde diligencia ac bonus pater familias çizgisinin bittiği yer ile cas fortuit arasında kalan kısım yine subjektif bir mahiyet taşımakta, böyle bir niteliğe sahip olduğundan dolayı da yukarda sözü edilen ihtimam derecesinin üstünü gösteren bir bölge olarak meydana çıkmaktadır. Şu halde borçlu ancak cas fortuit'ye dayanmak imkânına sahip olduğuna göre böyle bir ihtimam seviyesini de aşmak zorunda kalmaktadır.

İşte, kuvvetlendirilmiş kusur karinesinden söz edilen hallerde, borçlu basit bir ihtimam borcunun da üstünde bir özen borcuna dayanan kusur karinesini çürütmek durumunda kalmakta¹⁴⁰ ve ancak cas fortuityi göstererek bu son subjektif sınırın da tamamlanmış olduğunu isbat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir.

Ancak burada 'kuvvetlendirilmiş kusur karinesi'nden söz etmek daha doğrusu böyle bir terim kullanmak kanımızca yerinde değildir. Bu hallerin, subjektif sorumluluk sahasından çıkılmamak isteniyorsa, kusur karinesine dayanan bir sorumluluk olarak nitelendirilmesi daha doğru olur. Aslında, kuvvetlendirilmiş kusur karinesi teriminin kullanılmasının nedeni, subjektif akdî sorumluluk rejiminin 'basit kusur karinesine dayanan bir mesuliyet tipi olarak görülmesidir. Oysa akdî sorumlulukta (B.K. 97) borçlu aleyhinde kusur karinesi bulunduğu kolaylıkla söylenemez. İsbat külfetinin borçluya ait olması doğrudan doğruya kusur karinesinin varlığına delâlet etmez¹⁴¹.

140) Nitekim bu husus, doktrinde, "borçlunun kendisine hiç bir kusurun isabet etmediğinin isbat etmesi gerekir" tarzında ifade edilmiştir. Bak. ESSELI, 70.

141) Bu konudaki isbat külfetinin borçluda bırakılmasının nedenleri şunlardır. 1 — Borç bir kere doğdu mu kusursuz imkânsızlık hâli söz konusu olmadıkça sona ermez. 2 — Borçlu akdin ifasını imkânsız hale getiren sebepleri borçludan daha iyi bilebilecek durumdadır. Alacaklı, borçlunun faaliyet sahasını takip edemez (TANDOĞAN, 422).

Kavram olarak kusur karinesinden ne anlaşılması lâzım geldiğini de yukarda açıklamış bulunuyoruz¹⁴².

Kusur karinesi mi objektif sorumluluk mu meselesi hakkında ileri sürülebilecek ikinci düşünceye gelince: İncelenen meselede mademki borçlu ancak objektif bir olguya dayanmak suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir ve madem ki bu olgu akdin ihlâli ile zarar arasındaki illiyet bağına kesen bir vakiadır borçlu burada kusursuzluğunu isbat etmek suretiyle değil, akdin ihlâli ile zarar arasındaki sebebiyet bağının yokluğunu göstermek suretiyle mesuliyetini bertaraf etmektedir. O halde denilebilir ki, bir sorumluluk tipinde borçlu ancak objektif bir olguya dayanmak meselâ illiyet bağının bulunmadığını isbat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabiliyorsa, böyle durumlarda, sırf subjektif sorumluluk sisteminden ayrılmamak endişesiyle kusur karinesine dayanan mesuliyetin kabulü yerine objektif mesuliyetin bulunduğu ileri sürülebilir¹⁴³.

Subjektif sorumlulukta borçlunun beklenmedik halden sorumlu olmadığı halde objektif sorumlulukta bu hallerde de mesuliyetin devam ettiği gerçeği bu son düşüncenin ileri sürülmesine engel olmasa gerekir. Çünkü cas fortuit'in objektif sorumlulukta mesuliyeti ortadan kaldırmasının anlamı tehlike sorumluluğunda meydana çıkar. Akdî sorumlulukta cas fortuit, borçlunun fiilinden bağımsız objektif bir vaka olarak force majeure'nin tehlike sorumluluğunda yüklenmiş olduğu fonksiyona sahiptir.

Subjektif sorumluluktan objektif mesuliyet sistemine geçiş dönemindeki gelişmelerden anlaşılacağı üzere¹⁴⁴ borçlunun cas fortuit den de sorumlu olacağına kabul edilmesi risk düşüncesine dayanmaktadır. Oysa objektif sorumluluk hallerinin tehlike sorumluluğundan ibaret olmadığı bilinmektedir.

e) Sonuç

aa) Doktrin

Kıta Avrupası Hukukunda¹⁴⁵ Varşova Konvansiyon'undaki me-

142) Bak. yuk. s. 428-429.

143) Zaten bu mesuliyetin objektif mesuliyetle identik olduğu söylenmiştir. SESSELI, 98.

144) Bak. JUNOD, 11 vd.

145) V.K. 20. maddenin yorumundan doğan bu farklılık için bak. SESSELI, 62 vd.

suliyetle ilgili görüşler ikiye ayrılmış vaziyettedir. Ancak bu görüş ayrılığı subjektif sorumluluk sınırları içinde kalmaktadır. Her iki düşüncenin farkı bir tarafa bırakılırsa, hava taşıyıcısının mesuliyetinin subjektif akdî sorumluluk olduğunun ittifakla kabul¹⁴⁶ edildiği söylenmelidir.

Bununla birlikte, 20. maddenin düzenlemiş olduğu sorumluluktan kurtulma şartlarının ne tarzda yerine getirileceği ve maddenin mahiyeti hakkında görüş ayrılığı belirmiş ve bahsetmiş olduğumuz gibi¹⁴⁷ hükümdeki kurtuluş beyyinesi hakkında çeşitli yorum tarzları ortaya çıkmıştır. Bu yorumlar sadece isbat külfetinin yerine getirilme tarzına ilişkin olup sorumluluğun temelinde farklı bir düşünceye varılmasına yol açmamıştır.

Bu yorumların uygulamaya yaptıkları etkiye gelince:

Özellikle Kıta Avrupası Hukukunda mahkemeler daraltıcı yorumu benimsemişlerdir¹⁴⁸.

Bu tatbikata göre, kaza sebebinin açıklanmaması halinde taşıyıcının sorumluluğuna hükmedilmektedir. Çünkü, mahkemelerin benimsemiş olduğu düşünceye göre, böyle bir durumda taşıyıcı zararın önlenmesi hususunda gerekli tedbirleri almış olduğunu isbat edemeyecektir. Yine, kaza sebebi belli olmadıkça taşıyıcı gerekli tedbirlerin alınmasına engel olan imkânsızlığı da isbat edememiş olacaktır. Zaten söz konusu tedbirlerin alınmasına engel olan imkânsızlık zararın da sebebini teşkil eden olayı meydana getirecektir¹⁴⁹.

Taşıyıcının sorumluluğunda daartıcı yorumun tatbikat tarafından da benimsenmiş olması yerindedir.

Başlangıçta genişletici yorumu benimsemiş olan Anglo-Sakson tatbikatının¹⁵⁰ son kararlarında daraltıcı yorumu kabul etmiş olduğuna işaret edilmektedir.

Sonuç olarak, doktrinde bu sorumluluk tatbikata paralel olarak, bir kısım müellifler tarafından¹⁵¹ akdî sorumluluğa hâkim olan nor-

146) Bu konuda bak. SESSELI, anılan eser.

147) Bak. yuk. s. 431 vd.

148) Bak. SESSELI, 77 vd.

149) Bak. yuk. s. 464.

150) Bu hususta bak. SESSELI, 84 vd.

151) ZOGHBI, 17.

mal rejime dayanan bir kusur sorumluluğu, diğer bazı müellifler tarafından ise 'kuvvetlendirilmiş kusur karinesi'ne dayanan yani ağırlaştırılmış bir subjektif sorumluluk olarak ele alınmıştır¹⁵². Son görüşü kabul eden yazarlar daraltıcı yorumu benimsemiş olanlardır.

SESSELI ise¹⁵³ sorumluluğun 'yapısını' tesbit ederken mesuliyetin temeli ve isbat külfeti arasında bir ayırım yaparak şöyle söylemektedir:

"Şu halde teyid ederiz ki, ve bu bizim vardığımız ilk genel sonuçtur, Varşova Konvansiyon'u çerçevesinde hava taşıyıcısının sorumluluğu, odak noktası sistemin anahtar hükmü bulunan 20. maddesi olmak üzere şu gelişmeyi göstermiştir: Akdî sorumluluk rejimindeki gibi basit kusur karinesine dayanan subjektif sorumluluk esası öngören bir metinden hareketle, Kıta Avrupası jurisprudans ve doktrini kuvvetlendirilmiş bir subjektif sorumluluk sistemini geliştirmiştir. Sorumluluğun yapısı değişmiş fakat onun temel ilkesi olan kusur belirgin olarak varlığını sürdürmüştür."

bb) Görüşümüz

Düşüncemize gelince: Taşıyıcının sorumluluğunda mesuliyetin temelini bir taraftan kusura dayandırmak diğer taraftan isbat külfeti bakımından mesuliyete risk teorisinin dahil edildiğini söylemek suretiyle bu şekilde bir ayırma gitmek bize biraz sunî gelmektedir.

Ancak, bu konuda, hiç değilse isbat külfeti bakımından objektif mesuliyet halinin bulunduğu kabul edilmesi¹⁵⁴ düşüncemizi destekliyen ve bu bakımdan bize de uygun gelen bir fikirdir.

Yukarda¹⁵⁵ ileri sürdüğümüz düşünceleri tekrar gözden geçirmek suretiyle konu hakkında şöyle bir sonuca ulaşabiliriz:

V.K.M. 17 ve 20'nin birlikte yorumlanması neticesinde taşıyıcının sorumluluğunda yapısı hakkında¹⁵⁶ iki düşünce ileri sürülebilir:

152) SESSELI, 102-103.

153) SESSELI, 103.

154) Bak. SESSELI, 103.

155) Bak. yuk. s. 464 vd.

156) SESSELI, sorumluluğun mahiyeti konusunda mesuliyetin yapısı ve temelini birbirinden ayırıyor. Oysa biz böyle bir ayırma

Birinci düşünceye göre, denilebilir ki, taşıyıcının sorumluluğunda kusur unsuru sorumluluğun temelini teşkil etmiye devam etmektedir. Ancak burada normal akdî mesuliyet rejimine göre bir farklılık vardır¹⁵⁷. O da borçlu hakkında bir kusur karinesinin mevcut olmasıdır¹⁵⁸. Diğer bir deyişle kusur karinesine dayanan bir sorumluluk söz konusudur. Bir başka ifadeye göre "sorumluluk karinesi" söz konusudur¹⁵⁹.

İşte taşıyıcı 20. Maddedeki kurtuluş beyyinesini yerine getirmekle bu karineyi çürütmüş olmaktadır.

Bu düşüncenin avantajı Varşova Konvansiyon'unu hazırlayanların taşıyıcıya bir kusur mesuliyeti bahsetme düşüncelerine ve böylece Konvansiyon'un ruhuna sadık kalınmış olmasıdır.

Bu konuda ileri sürülebilecek ve bizim daha yatkın olduğumuz diğer düşünceye gelince: Yukarda açıkladığımız¹⁶⁰ nedenlerden ve bu arada 20. maddede isbatı istenen olguların objektif unsurlardan¹⁶¹ ibaret olmasından dolayı bu maddeye objektif bir mahiyet tanımak mümkündür. Kurtuluş delillerinin getirilmesi bakımından B.K. 55 ile¹⁶² 20, madde arasındaki benzerlik de böyle bir sonuca varmamıza yardımcı edecektir. Birinci maddedeki kurtuluş beyyinesine başlangıçta subjektif bir anlam verildiği¹⁶³ yani hükümde düzenlenen sorumluluk kusur karinesine dayandırıldığı halde Federal Mahkeme¹⁶⁴ daha sonra bu beyyineye objektif bir mahiyet tanıyarak hükmün düzenlediği sorumluluğu ihtimam borcuna dayanan objektif mesuliyet olarak kabul etmiştir.

Ancak burada cevaplandırılması gereken bir soru vardır:

tarafıtar değiliz. Bir sorumluluk sistemi ya objektif ya da subjektif bir mahiyet taşır.

157) SESSELI de bunu kabul etmektedir. Bak. s. 102-103.

158) Kusur karinesini "kuvvetlendirilmiş kusur karinesi" denilen anlamda ele alıyoruz.

159) Bak. SESSELI, 101.

160) Bak. yuk. s. 462 vd.

161) Gerekli tedbirlerin alınması, cas fortuit, force majeure.

162) BK. 55'in akit dışı sorumluluğu düzenlemekte olması bu konuda varacağımız sonuca etkili olmaz.

163) Bak. DESCHENAU - TERCIER, 95.

164) Bu karar hakkında bak. DESCHENAU - TERCIER, 95. Bu konuda verilen diğer kararlar hakkında bak. aynı yer.

B.K. 55 (İ.B.K. 55)e objektif bir anlam verilmesi kanunun ruhuna uygundur. Yani maddenin amacı da buna elverişlidir. İşte acaba, aynı düşünceyi V.K. nun 20. maddesi hakkında da ileri sürebilir miyiz?

Bilindiği gibi kanun koyucunun yani Konvansiyon'u hazırlayanların amacı hava taşıyıcısını subjektif bir mesuliyete tabi tutmaktır. Taşıyıcıyı kusur sorumluluğuna tabi tutmaktaki neden, hava taşıyıcısının korunması ve teşvik edilmesi gerektiği düşüncesinin o gün, Konvansiyon'u hazırlayanlara hâkim olan bir düşünce olmasındandır¹⁶⁵. Varşova Konvansiyon'u ile taşıyıcıya tanınmış olan avantajlardan biri taşıyıcının kusur mesuliyetinden daha ağır bir sorumluluğa tabi tutulmamış olmasıdır¹⁶⁶.

Şüphesiz, Konvansiyon'u hazırlayanların bu amaç ve düşüncesi artık objektifleşerek Konvansiyon'a mal olmuştur. Bu nedenle 1929 tarihli Varşova Konvansiyon'unun gerektirdiği yorum tarzına göre subjektif mesuliyetin söz konusu olduğu sonucuna varılması gerektiği söylenebilir. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki bu düşünce de, sonuçta sorumluluğun temelini kusur prensibi olduğu fakat isbat külfeti bakımından objektif sorumluluk esasının kabul edilmiş olduğu fikrine götürmüştür.¹⁶⁷ Oysa böyle bir ayırımın kabul edilmesi isabetli değildir.

Ancak, bütün bunları söylemekle yukardaki soruya yani Konvansiyon'un 20. Maddesine objektif bir anlam verilmesinin Konvansiyon'un ruhuyla bağdaşıp bağdaşamıyacağı sorusuna olumsuz tarzda cevap verdiğimiz anlaşılmalıdır. Şöyle ki: Varşova Konvansiyon'unu hazırlayanların düşüncesi bugün için artık geçerli olmasa gerekir. La Haye Protokolü (1955) hakkında yaptığı açıklamalar sırasında ZOGHBI'nın¹⁶⁸ söylediği gibi "artık çocuk büyüdü, eskisi kadar korunmayı ve ihtimamı gerektirmiyor" düşüncesini burada da yürütmek mümkündür. Şu halde biz de diyebiliriz ki 'Varşova Konvansiyon'unun ruhu artık değişmiştir. Konvansiyon bugün, hava taşıyıcısını eskisi kadar korumak istemiyor'. Bu düşünceden dolayı,

165) Bak. ZOGHBI, 12 vd.

166) ZOGHBI, 13.

167) Bak. SESSELI, 102-103.

168) ZOGHBI, 117.

metinde uygun olmıyan bir ifade kullanılmış olması bir yana, Konvansiyonda aslında subjektif sorumluluk olarak düzenlenmiş olan taşıyıcının sorumluluğu konusunda yorum suretiyle objektif mesuliyete ulaşmak Konvansiyon'un bugünkü ruhuna aykırı düşmiyecektir. Hava taşıyıcısının mesuliyeti düzenlenirken 17. ve 18. maddelerde subjektif unsurdan bahsedilmemiş olması ve söylenildiği gibi¹⁶⁹ 20. maddenin hatalı bir tarzda kaleme alınmış olması objektif sorumluluk sonucuna ulaşabilmemize yardım eden birer tesadüflerdir.

Son olarak, diyebiliriz ki, hava taşıyıcısının sorumluluğu (m. 17 ve 18) ihtimam borcuna dayanan¹⁷⁰ fakat mahiyeti itibariyle objektif sorumluluk olarak nitelendirilebilecek bir mesuliyet tipidir. Ancak, burada bir tehlike sorumluluğu söz konusu değildir.

Yine, subjektif sorumluluk alanından çıkmamak düşüncesiyle mesuliyetin temelini başka bir sisteme isbat külfetini başka bir sisteme dayandırmaya ve bu arada sorumluluğun temeli ve yapısı gibi bir ayırma gitmeye gerek yoktur. Burada ileri sürebileceğimiz diğer bir husus da bazı Fransız müelliflerinin yaptığı gibi¹⁷¹ borçlunun cas fortuit ve force majeure hallerine dayanarak sorumluluktan kurtulabildiği düzenlemelerde 'kuvvetlendirilmiş kusur karinesi' mesuliyetinden bahsedilmesinin yerinde olmadığıdır.

Tesbit etmek istediğimiz diğer bir konu da şudur: Borçlunun kusur sorumluluğunda cas fortuit'den sorumlu olmadığı, tehlike sorumluluğunda ise borçlunun cas fortuit'den de mesul olduğu esası akdî sorumluluk alanında mutlak bir prensibi ifade edecek tarzda ele alınmamalıdır. Kısacası beklenmedik halden borçlunun sorumlu olması ya da olmaması subjektif ve objektif sorumluluk ayrımında kesin bir kriter olmaktan çıkarılmalıdır. Beklenmedik hâl'den dolayı borçlunun akdî sorumlulukta mesuliyetten kurtulması kusur mesuliyetinin bulunduğu her zaman işaret etmiyebilir¹⁷².

169) Bak. SESSELI, 64.

170) Hava taşıyıcısının gerekli tedbirleri almamış olmasının onun kusurunu ortaya koyması ve ihtimam borcunu doğurması başka şey, sorumluluğun objektif mesuliyet olup olmadığı başka şeydir. Nitekim BK. 55 de böyle bir durumla karşı karşıyayız.

171) Bak. SESSELI, 97-98.

172) Beklenmedik halin illiyet bağını kesme fonksiyonunu yüklenmiş olduğu hallerde borçlu illiyet bağının bulunmayışına yeni cas fortuit'ye dayanarak sorumluluktan kurtulabilir.

Borçlunun cas fortuit'den sorumlu olmasının önemi kendini tehlike mesuliyetinde gösterir. Tehlike sorumluluğu bakımından borçlunun beklenmedik hallerden sorumlu olmasının nedenini ise yukarıda¹⁷³ açıklamıştık.

B. Sorumluluğun 1971 Guatemala Protokolünden sonra kazandığı mahiyet

1971 yılında Guatemala City'de yapılan ancak yürürlüğe girmemiş olan protokol ile hava taşıyıcısının sorumluluğunda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Günümüzde hâla 1929 T. Varşova Konvansiyonu (1955 La Haye değişikliğiyle birlikte) hükümleri yürürlükte olmasına rağmen sorumluluk alanındaki gelişmeleri göstermek bakımından bu belgeden de bahsedilmesi yerinde olur.

Protokol herşeyden önce, Vk. K. M. 20'deki kurtuluş beyyinesini kaldırarak bunu gecikme zararlarını düzenlemiş olduğu yeni 20. maddeye dahil etmiştir.

Protokol, taşıyıcının, yolculara ve eşyaya gelen zararlardan doğan sorumluluğunu sorumluluktan kurtulma şartı açısından iki ayrı madde halinde düzenlemiştir.

Yolculara gelen zararlar bakımından mesuliyet yeni bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu maddeye göre: "Kazanın uçakta veya uçağa biniş ya da iniş işlemleri sırasında meydana gelmiş olması halinde taşıyıcı yolcuların ölümü, yaralanması veya uğradıkları kişisel zararlardan dolayı sorumludur. Taşıyıcı zararın yolcunun sağlık durumundan ileri geldiğini isbat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur."¹⁷⁴

Protokol, Varşova Konvansiyonunda kabul edilmiş olan kusur prensibini terkederek objektif mesuliyet sistemini getirmiştir¹⁷⁵.

Görüldüğü gibi, hükümde, taşıyıcının yolculara gelen zararlar bakımından sorumluluktan kurtulabileceği bir tek hâl öngörülmüştür. O da zararın yolcunun sağlık durumu ile ilgili bir nedenden ileri gelmiş olmasıdır. Yani zararın tek nedenini yolcunun sağlık duru-

173) Bak. yuk. s. 459'daki dipnotu.

174) Bak. SÖZER, 803.

175) Bu hususta bak. ÖNEN, Hava Hukuku Dersleri, İstanbul 1983.

munun teşkil etmesi gerekir. Gerçekten, ancak bu halde zarar ile kaza arasındaki illiyet bağının kesildiği söylenebilir.

Şu halde taşıyıcı kazayı önlemek hususunda isterse gerekli tedbirleri almış olsun veya isterse bu tedbirlerin alınması konusunda bir imkânsızlık bulunsun taşıyıcı doğan zarardan behemehal sorumlu olacaktır. Hattâ bu nedenle, yeni düzenleme uyarınca taşıyıcının force majeure'den de sorumlu olacağı ileri sürülmüştür¹⁷⁶).

Gerçekten, ilk bakışta denilebilir ki, mücbir sebebi de kapsamakta olan¹⁷⁷ imkânsızlık halini sorumluluktan kurtulma sebebi olarak gösteren kurtuluş beyyinesini de kaldırmakla Protokol force majeure hallerini de sorumluluğa dahil etmiştir. Yani taşıyıcı beklenmedik hâlin yanı sıra force majeure'den de sorumlu tutulacaktır. Taşıyıcı 17. maddede öngörülen bir kazanın meydana gelmesi halinde hükümde açıkça belirtilmiş olan sebebin dışında mutlak surette mesuliyet altına girecektir.

Ne var ki hüküm, getirmiş olduğu yeni kurtuluş sebebi ile zarar ile kaza arasında illiyet bağı bulunması gerektiği esastan vazgeçmemiş olduğunu göstermektedir. İşte bu husus gözönünde tutulursa yeni hükmün 20. maddenin eski halinde bulunan ikinci beyyineyi kaldırmasıyla taşıyıcının force majeure halinden de sorumlu olacağı esasını gerçekten getirmiş olup olmadığı hakkında tereddüt uyanır.

Bir kere, V.K.M. 20'de sözü edilen imkânsızlık, zararın önlenmesine ilişkin tedbirlerin alınmasına dair olup¹⁷⁸ aynı zamanda kurtuluş beyyinelerinden birini teşkil etmektedir. Bu nedenle denilebilir ki yeni düzenlemeyle force majeure'un kurtuluş sebebi olmaktan çıkarılması, her iki kurtuluş beyyinesinin bir bütün addedilmesi dolayısıyla V.K.M. 20'deki kurtuluş beyyinesinin kaldırılması sonucunda ister istemez kendiliğinden gerçekleşmiştir. Ancak bu husus, yeni düzenlemenin taşıyıcıyı force majeure'den de sorumlu tutma amacını taşıdığını göstremese gerekir. Force majeure'ün kaza ile zarar arasındaki illiyet bağını kestiği gözönünde tutulursa hava taşıyıcısının mücbir sebepten de sorumlu olacağı neticesini çıkarmak güç-

176) SCHWENK, 150.

177) SESSELI, 69.

178) Bak. V.K. m. 20.

leşir. Çünkü 17. M. nin yeni şekli ile de illiyet prensibinden vazgeçilmediği görülmektedir.

Maddenin force majeure'u kurtuluş sebebi olarak saymaması JUNOD'un bir başka kanun hakkında söylediği gibi¹⁷⁹ hava taşımacılığında force majeure halinin isbat edilmesinin oldukça güç olması nedenine dayanabilir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki 1971 T. Guatemala protokolü ile taşıyıcı objektif mesuliyete tabi tutulmuştur. Bu mesuliyet bir tehlike mesuliyetidir ve diğer tehlike mesuliyeti hallerine hâkim olan prensiplerden ayrıldığını (force majeure'dan sorumlu olma gibi) gösteren bir işarete rastlamak mümkün değildir.

V.K. nun yük zararları ile ilgili hükmüne Guatemala Protokolü herhangi bir değişiklik getirmemiştir. Ancak, bizce, V.K.M. 20'deki kurtuluş beyyinesi Konvansiyon'un 17. ve 18. maddeleri hakkında yani her iki madde için de geçerli olduğundan kısacası 20. M. yukardaki hükümleri tamamlamakta olduğundan 20. M. deki beyyinenin kaldırılmasının eşya zararlarını da kapsadığı ve bu bakımdan söz konusu zararların da objektif mesuliyete tabi tutulmuş olduğu söylenebilir. Fakat, Protokolün V.K.M. 18'e dokunmamış olması nedeniyle olsa gerek bu maddede düzenlenen zararların objektif mesuliyete dahil edilmemiş olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁰.

1971 Guatemala Protokolü ile yolculara karşı doğan sorumlulukta kabul edilmiş bulunan objektif mesuliyetin eşya zararlarına da teşmil edilip edilmemesi konusunda 1975 Montreal Protokolü'nün¹⁸¹ görüşmeleri sırasında tartışmalar çıkmış ancak sonuçta bu zararlar da daha değişik bir şekilde de olsa¹⁸² objektif sorumluluk sistemine tabi tutulmuştur¹⁸³. 1975 Protokolünün (Protokol no. 4) IV. madde-

179) JUNOD, force majeure konusunu incelerken İsviçre Hava taşımacılığı Kanunu (1948) hakkında buna paralel bir düşünce ileri sürmüştür. Bu kanun da objektif mesuliyet prensibini kabul etmektedir (Bak. JUNOD, 31).

180) ÖNEN, Hava Hukuku Dersleri, İstanbul 1978, s. 39.

181) RÖBBERT, Die Internationale Luftrechtskonferenz in Montreal vom 3. bis 25. September 1975 : ZLW 1976, Nr. 1, s. 6.

182) Aynı yer.

183) Aynı yer.

si ile V.K. nun eşya zararlarını düzenleyen 18. maddesi değiştirilmiş ve taşıyıcının sorumluluktan kurtulma sebepleri hükümde tek tek gösterilmiştir. Bu sebepler incelenecek olursa illiyet bağıını kesen sebeplerdir.

V.K. nun gerek 1971 Guatemala gerekse 1975 Montreal değişikliklerinden önce getirmiş olduğu düzenleme karşısında aslında sorumluluk bakımından yeni düzenlemelere gidilmesinde zaruret bulunmadığı söylenebilir. 1971 Protokolü ile kusur mesuliyetinden objektif mesuliyete geçildiği doğrudur. Ancak, eski düzenlemenin yorum suretiyle objektif mesuliyet olarak kabul edilebileceği göz-önüne alınırca maddi bakımdan sorumluluk konusunda bir yenilik getirilmiş olduğu pek fazla söylenemez. Nitekim 1975 T. Montreal Protokolünün tartışmaları sırasında eşya zararları konusunda çoğunluğun ileri sürdüğü fikre göre belirli kurtuluş sebepleriyle düzenlenmiş olan bir objektif sorumluluk isbat külfetinin borçluda olduğu bir subjektif sorumluluğa göre ancak ender hallerde farklı sonuçlara yol açabilecektir¹⁸⁴.

Bununla birlikte 1971 Protokolünde sorumluluk konusunda açıkça objektif mesuliyetin kabul edilmiş olması süre gelen tartışmalara ve farklı uygulamalara son verebilmek açısından isabetli olacaktır. Bugün sözkonusu belgelerin henüz yürürlüğe girmemiş olduğunu da son olarak belirtmek gerekir.

184) RÖBBERT, a.g.m., s. 6.

BİBLİYOGRAFYA

- ABRAHAM, Hans Jürgen : Das Recht der Luftfahrt, Berlin 1960.
- DESCHENAUX - TERCIER : La Responsabilite Civile, Berne 1975.
- GULDIMANN Werner : Internationales Lufttransportrecht (Kommentar zu den Abkommen von Warschow 1929/55 und Gmadalajara 1961), Zürich 1965.
- JUNOD Charles - André : Force Majeure et Cas Fortait, Genève 1956.
- RIESE Otto : Luftrecht, Stuttgart 1949.
- SAYMEN - ELBİR : Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1968.
- SESSELI, Jacques : La notion de faute dans la Convention de Varsovie, Lausanne 1961.
- SCHONER Deiter : Die internationale Rechtsprechung zum Warschauer Abkommen in den Jahren 1977 bis 1980 : ZLW 1980, s. 301-451, s. 327-366.
- SCHONER Deiter : Die internationale Rechtsprechung zum Warschauer Abkommen in den Jahren 1974 bis 1976 : ZLW 1978, s. 149-228, s. 151-170.
- SCHWENK Walter : Neue Haftungsregelungen Für Schöden bei der Luftbeförderung : Int. Verkehrswesen, 3. Heft - Mai/Juni 1976.
- SÖZER Bülent : Hava Yolu ile yapılan Milletlerarası taşımalarda yolcunun ölümü veya yararlanması sonucunda doğan zararlardan taşıyıcının sorumluluğu : BATİDER, 1978, c. IX, s. 3.
- TANDOĞAN Halûk : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- TUHR von/Escher : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II. Zürich 1974.