



MÜŞTEREK AVARYA UYUŞMAZLIKLARINDA KANUNLAR İHTİLAFI MESELELERİ*

CONFLICT OF LAWS ISSUES IN GENERAL AVERAGE DISPUTES

Arş. Gör. Dr. Sinan Can KONYALI**

ÖZ

Müşterek avarya deniz ticareti hukukunun en eski kurumlarından biri olmasına karşın milletlerarası alanda ve Türk Hukuku'nda yabancılik unsuru barındıran müşterek avarya uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk konusunda bağlama kuralı ihtiva eden herhangi bir milli/milletlerarası düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu boşluk sebebiyle müşterek avarya uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk, genel olarak mahkeme kararları ve doktrin görüşleri ışığında tartışılmalıdır. Türk doktrininde geçmişten günümüze müşterek avaryaya ilişkin kanunlar ihtilafı meseleleri konusunda birtakım değerlendirmeler yer alsa da yapılan incelemelerin çok sınırlı olduğu ve kanunlar ihtilafı perspektifinden değerlendirildiğinde eksik ve/veya hatalı noktalar barındırdığı görülmüştür. Çalışmada söz konusu eksikliklerin giderilmesi ve hatalı bulduğumuz noktalara dikkat çekilerek yeni önerilerde bulunulması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda deniz ticareti hukukuna özgü bir sorumluluk olarak nitelendirdiğimiz müşterek avarya uyuşmazlıklarında uygulanabileceği düşünülen özel bir bağlama kuralı önerilmeye çalışılmıştır. Bağlama kuralını oluştururken ise müşterek avaryanın mahiyetini göz önünde bulundurarak ve kanunlar ihtilafı hukukunun temel kriterlerinden de hareketle birtakım incelemeler yapılmış; uygulamada York-Anvers Kuralları'na ve dispeç yerine yapılan göndermelerin kanunlar ihtilafı hukuku açısından durumu değerlendirilmiştir. Çalışmada yabancılik unsuru barındıran müşterek avarya uyuşmazlıkları ele

* Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 10.05.2024 / Kabul Tarihi: 03.09.2024.

Beyanlar

Telif Hakkı: Makalenin her türlü yayın, basım, çoğaltma ve dağıtım hakkı, DEHUKAMDER'e (Ankara Üniversitesi Deniz Hukuku Ulusal Araştırma Merkezi Deniz Hukuku Dergisi) aittir. Makalenin bilimsel, etik ve hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

Etik Beyanı: Yazar/yazarlar, bu çalışmanın/makalenin hazırlanması aşamasında etik kurallara uygun olduğunu beyan ederler.

Çatışma Beyanı: Yazar/yazarlar işbu çalışma hazırlanırken, herhangi bir çıkar çatışmasının bulunmadığını beyan eder.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Bulunmamaktadır.

** Dr. Araştırma Görevlisi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Bilim Dalı (sinancank@uludag.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-5992-8415).



alındığından müşterek avarya statüsünün yanı sıra dispeç ve zamaşımı statüsü ile garame payının gemi alacaklısı hakkı tanıyıp tanımadığının hangi hukuka göre belirleneceği sorularına da cevaplar aranmıştır. Bunun dışında milletlerarası usul hukukuna ilişkin meseleler ise kapsam dışı bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: •Müşterek Avarya •Uygulanacak Hukuk •Dispeç •York-Anvers Kuralları •Bağlama Kuralı

ABSTRACT

Although general average is one of the oldest institutions of maritime law, there is no national/international regulation containing a binding rule on the law applicable to general average disputes that have a foreign element in international and Turkish Law. Due to the aforementioned gap, the applicable law in general has been discussed in the light of court decisions and doctrinal thoughts. Although there have been some evaluations in the Turkish doctrine on the conflict of laws issues from past to present, it has been observed that these evaluations are very limited and/or contain incomplete and/or erroneous points when evaluated from a conflict of laws perspective. In this study, it is aimed to eliminate these deficiencies and to make new suggestions by drawing attention to the points that seem erroneous. In this respect, it's proposed a special binding rule that we think can be applied to the disputes over general average, which it's characterized as a form of liability specific to maritime law. Since the study deals with general average disputes with a foreign element, answers have been sought to the questions of the status of general average, as well as the status of dispatch and of limitations. Apart from these, issues related to international procedural law are left out of the scope.

Keywords: •General Average •Applicable Law •Adjustment •York-Antwerp Rules •Binding Rule

GİRİŞ

Çok büyük bir bölümü yabancılık unsuru barındıran deniz ticareti uyuşmazlıklarında tarafların hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ihtiyaçları azımsanmayacak derecede yüksektir. Bu suretle deniz ticareti hukuku, milli hukukların yanı sıra milletlerarası sözleşmelerle düzenlenmiş bir disiplin olarak karşımıza çıkmaktadır. Deniz ticareti hukukunun arzuladığı hukuki öngörülebilirliğin tam ve eksiksiz bir biçimde sağlanması için yalnızca maddi hukuk kurallarının değil, aynı zamanda kanunlar ihtilafı hukuku disiplininin konusunu oluşturan bağlama kurallarının da aynı ölçüde yeknesaklaştırılması oldukça önemlidir.

Bununla birlikte günümüzde müşterek avarya uyuşmazlıkları konusunda bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması bir yana, maddi hükümler içeren bağlayıcı bir düzenleme dahi bulunmamaktadır. Hâlbuki yabancılık unsuru



barındıran müşterek avarya uyuşmazlıklarında kanunlar ihtilafı meselelerinin çözümü konusunda sağlanacak belirlilik, aynı zamanda, deniz ticareti hukukunda ihtiyaç duyulan hukuki güvenliğe ve öngörülebilirliğe hizmet etmektedir.

Hukuki öngörülebilirliğin sağlanması adına bu çalışmada genel itibarıyla müşterek avarya uyuşmazlıklarının kanunlar ihtilafı boyutu ele alınmıştır. Zira Türk Hukuku'nda yabancılik unsuru barındıran müşterek avaryaya uyuşmazlıklarına uygulanabilecek nitelikte bir bağlama kuralı mevcut değildir. Bu itibarla iki bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde müşterek avarya kurumu hakkında genel bilgiler verilerek niteliğine ilişkin doktrin görüşleri ortaya konulmuş; ikinci bölümde ise vasıflandırma ile birlikte müşterek avaryaya, dispeçe, zamanaşımına ve garame payının gemi alacağı teşkil edip etmediğine yönelik uygulanacak hukuka ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Sonuç bölümünde ise yeni bir bağlama kuralı önerisinde bulunulmuştur. Milletlerarası usul hukukunun konusunu oluşturan dispeç raporuna itiraz, yargılama usulü, dispeç raporunun bağlayıcılığı ve özellikle milletlerarası tahkimle ilgili meseleler çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. DENİZ TİCARETİ HUKUKU MÜESSESESİ OLARAK MÜŞTEREK AVARYA

1. Tanımı, Ortaya Çıkışı, Unsurları ve Dispeç

Müşterek avarya deniz ticareti hukukuna özgü en eski kurumlardan biridir. Genel olarak deniz taşımacılığının başladığı andan itibaren tarihi bir gelişim içinde olduğu kabul edilmektedir¹.

¹ Bu doğrultuda müşterek avaryanın deniz hukukunun en eski, en orijinal ve en az değişen kurumu olduğu belirtilmekte, ortaya çıkışı ise Antik Çağ'da Rodos Devleti'nin denizcilik teamüllerine ve ardından yazılı olarak Roma Hukuku'na kadar dayandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Haydar Arseven, *Müşterek Avaryalar I Umumî Prensipler ve Münferit Müşterek Avarya Halleri* (Menteş Kitabevi 1961) 3 vd.; Sami Okay, 'Müşterek Avarya Hukukunun Kısa Bir Tarihiçesi' (1959) 24(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 289 vd.; Fahiman Tekil, *Türk Hukukunda Müşterek Avarya* (Kutulmuş Matbaası 1965) 21 vd. (*Müşterek Avarya*); Richard Lowndes ve George Rupert Rudolf, *General Average and York-Antwerp Rules* (B. 13, Sweet & Maxwell 2008) 1 vd.; N. Geoffrey Hudson ve Michael D. Harvey, *The York-Antwerp Rules* (B. 4, Informa Law 2018), 3 vd.; Adil İzveren, Nisim Franko ve Ahmet Çalık, *Deniz Ticareti Hukuku* (Adalet Matbaacılık 1994), 346; Bent Nielsen, 'Law of General Average', David Joseph Attard vdi. (eds), *The Imli Manual on International Maritime Law* (B. 1, Oxford University Press 2016) 514; William Tetley, *International Maritime and Admiralty Law* (International Shipping Publications 2002) 365 vd.; Patrick Jr.



Bilindiği üzere deniz taşımacılığının doğası gereği gemi, yük ve navlun; seferin başlamasından sona ermesine kadarki süreçte beklenmedik tehlikelerle karşı karşıyadır. Bu tip bir tehlike vuku bulduğu takdirde tehlikenin bertaraf edilmesi amacıyla gemiden ve/veya yükten (veya yükün bir kısmından) fedakârlık yapılması gerekebilir. Müşterek avarya söz konusu tehlikelerden kurtulmak maksadıyla yapılan hareketler sonucunda ortaya çıkan masrafların ve feda edilen değerler neticesinde meydana gelen zararların ilgililer arasında paylaşılmasını konu edinen bir sorumluluk türüdür². Gemi, yük ve navlun arasındaki kader birliğinin bir sonucu olarak her ilgilinin kendi zararına kendisinin katlanması hakkaniyet ve eşitlik ilkelerine aykırı görülmüş; bunun bir sonucu olarak müşterek avarya sorumluluğu ortaya çıkmıştır³.

Müşterek avarya hareketinden bahsedebilmek için birtakım unsurların bir arada bulunması gereklidir. İlk olarak gemi, yük ve navlun ortak bir deniz sergüzeştine atılmalıdır. İkinci olarak gemiyi, yükü ve navlunu tehdit eden ortak bir tehlike bulunmalıdır. Üçüncü olarak geminin ve yükün kurtarılması amacıyla olağanüstü bir fedakârlık yapılmalıdır. Dördüncü olarak yapılan fedakârlık makul olmalıdır. Son olarak (tartışmalı olmakla birlikte) yapılan fedakârlık

Johnson, 'A Comparison of General Average Law and the Status of Average Adjusters in Sweden and United States' (1981) 12(3) Journal of Maritime Law and Commerce 363 vd.; Didem Algantürk Light, *York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya* (B. 2, Arıkan Basım Yayın 2006) 3 vd.; Ergon Çetingil, Rayegân Kender ve Samim Ünan, *Müşterek Avarya Hukuku* (B. 1, On İki Levha Yayıncılık, 2011) 7 vd.; Emine Yazıcıoğlu, Rayegân Kender ve Ergon Çetingil, *Deniz Ticareti Hukuku* (B. 15, Filiz Kitabevi 2020), 447; Cemaleddin Yavaşca, *Deniz Ticareti Hukuku Deniz Kazaları ve Deniz Sigortaları* (B. 1, Beta Basım 1993), 62 vd.; Jolien Kruit, *General Average, Legal Basis and Applicable Law the Overrated Significance of York-Antwerp Rules* (B. 1, Paris Legal Publishers 2017) s. 21 vd.; Elif Vildan Keskinliç, '1864 Ticaret-i Bahariye Kanunnamesi'nden Günümüze Müşterek Avarya' (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2020) 3 vd. Rodos Hukuku'na yönelik değerlendirmeler ve Roma Hukuku üzerindeki etkisi hakkında bkz. İpek Sevda Söğüt, 'A Synoptic Overview of the Rhodia De lactu' (2017) 23(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 209 vd.

² Tekil, *Müşterek Avarya*, 20; Fahiman Tekil, *Deniz Hukuku* (B. 6, Alkım Yayınevi 2001), 380; Çetingil, Kender ve Ünan, 1. Nitekim Tekil, müşterek avarya garamesine iştirakın bir borç; borcun ise bir sorumluluk doğurduğunu ve müşterek avarya kurumu özelinde yapılacak tespitin aslen sorumluluğun kaynağını bulmak olduğunu belirtmektedir. Tekil, *Müşterek Avarya*, 16.

³ Mehtap Civir Engin, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya' (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 508.



faydalı bir sonuç vermeli, diğer bir deyişle gemiyle birlikte yükün en azından bir kısmının kurtarılması gereklidir⁴.

Müşterek avarya olayının tespiti ve müşterek avarya teşkil eden zarar ve masrafların gemi, yük ve navlun arasında paylaşılması işlemine dispeç; söz konusu paylaşımın yer aldığı belgeye ise dispeç raporu adı verilmektedir⁵. Dispeç raporunun kesinleşmesinin ardından her ilgili, kendi zararına kendisi katlanmak yerine raporda gösterilen garame payı tutarında müşterek avaryadan alacaklı ya da müşterek avaryaya borçlu olmaktadır⁶. Dispeç tasdikine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte rapor ilam niteliğinde belge halini almakta ve alacakların tahsili bu yolla sağlanmaktadır.

2. Hukuki Niteliği

Müşterek avarya sorumluluğunun hukuki niteliği, bağlama konusunun tespiti ve uygulanacak bağlama kuralının belirlenmesi bakımından büyük bir öneme sahiptir. Örneğin müşterek avaryanın sebepsiz zenginleşme niteliğinde olduğu kabul edilirse tatbik edilecek bağlama kuralı 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un⁷ (MÖHUK) 39. maddesiyken;

⁴ Müşterek avaryanın unsurları hakkında ayrıca bkz. Arseven, 30 vd.; Tekil, *Müşterek Avarya*, 33 vd.; Fehmi M. Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri I- Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmesi* (B. 1, Der Yayınları 2000) 532 vd.; Nielsen, 516 vd.; Tetley, 365 vd.; Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku – II* (B. 1, Vedat Kitapçılık 2016) 11 vd.; Aleka Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law*, C. 2 (B. 3, Informa Law 2013) 660 vd.; Yazıcıoğlu, Kender ve Çetingil, 450 vd.; İzveren, Franko ve Çalık, 348 vd.; Yavaşca, 66 vd.; Hacı Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, (B. 1, On İki Levha Yayıncılık 2020) 316 vd.; Civir Engin, 508, 509; Keskinkılıç, 27 vd.

⁵ Dispeç ve dispeç raporu hakkında bkz. Ülgener, 531-532; Lowndes ve Rudolf, 581 vd.; Çetingil, Kender ve Ünan, 273 vd.; Sözer, 337 vd.; İzveren, Çalık ve Franko, 366 vd.; Nielsen, 526 vd.; Yazıcıoğlu, Kender ve Çetingil, 453 vd.; Yavaşca, 112 vd.; Kara, 318 vd.; Nil Kula, 'Türk Ticaret Kanunu ile York Anvers 2016 Kuralları Uyarınca Müşterek Avaryaya Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Özellikle Zamanaşımı Hususu' (2019) 27(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 734 vd.

⁶ Dispeççinin düzenlediği dispeç raporu belli kısımlardan oluşur. İlk olarak raporun düzenlenmesine sebep teşkil eden olay özetlenerek ilgililerin iddia ve savunmalarına kısaca yer verilir. İkinci olarak olayın müşterek avarya teşkil edip etmediği belirlenir. Olayın müşterek avarya teşkil ettiğine kanaat getirildiği takdirde üçüncü olarak alacaklı masa oluşturulur. Alacaklı masada yapılan giderler ve feda edilen değerler yer alır. Dördüncü olarak ise borçlu masa tespit edilir. Borçlu masada geminin, yükün ve navlunun sefer sonrasındaki değerleri belirlenir. Son bölümde ise alacaklı masanın borçlu masaya bölünmesiyle garame oranı hesaplanarak garame paylarının tespitiyle birlikte rapor sonuçlandırılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekil, *Müşterek Avarya*, 287 vd.; Lowndes ve Rudolf, 596 vd.; Çetingil, Kender ve Ünan, 276 vd.

⁷ RG 12.12.2007/26728.



haksız fiil olarak kabul edilmesi durumunda ise 34. maddenin tatbiki gündeme gelecektir.

Müşterek avaryadan doğan sorumluluğun niteliğine yönelik geçmişten günümüze çeşitli görüşler ortaya atılmıştır⁸. Bu görüşlerden ilki garameye iştirakin navlun sözleşmesinden doğduğunu, buna karşın yük sahipleri arasındaki alacak-borç ilişkisinin nispi nitelikli sözleşme sorumluluğuyla tek başına açıklanamayacağını⁹ belirtmektedir. İlgililer arasındaki sorumluluğu tehlike sorumluluğu niteliğinde gören bu görüş, navlun sözleşmesinin tehlike sorumluluğunu da içerisinde barındırdığını öne sürmektedir. Son olarak müşterek avaryada idaresi kaptana ait olan bir otaklığın mevcut olduğu da ifade edilmektedir¹⁰.

Müşterek avaryanın niteliğine ilişkin diğer bir görüş hukuki ilişkiyi taşıyanlarla donatan arasındaki sözleşmeden kaynağını alan ve tehlike anında kaptanın yetkili olduğu konusunda uzlaşsı sağladıkları bir vekâlet ilişkisine dayandırmaktadır. Söz konusu görüş doktrinde müşterek avarya ilişkisinin bir objektif sorumluluk hali olduğu, hâlbuki vekâlet ilişkisinde kaptanın yalnızca tedbirli davranmaması halinde sorumlu tutulabileceği yönüyle eleştirilmektedir¹¹.

Doktrindeki bir diğer görüş, müşterek avaryada kurtulan değerlerin fedakârlık yapılan değerler karşısında haksız bir biçimde zenginleştiğini ve bu sebeple sorumluluğun kaynağının sebepsiz zenginleşme olduğunu öne sürmektedir¹². Sebepsiz zenginleşme teorisi, her kurtarılan veya feda edilen değer garameye her daim katılmadığı¹³, müşterek avarya ilişkisinde zenginleşme ve fakirleşme arasındaki illiyet bağının sebepsiz zenginleşmenin aksine her somut olayda net

⁸ Bu konudaki çeşitli görüşlerin tarihsel süreç içerisinde aktarılması hakkında bkz. Lowndes ve Rudolf, 9 vd.

⁹ Francis D. Rose, *General Average Law and Practice*, (B. 3, Informa Law 2018) 10; Kruit, 70.

¹⁰ Arseven, 21; Çetingil, Kender ve Ünan, 4-5. Fransız Hukukçu Ripert'in görüşü ve bu görüşe yönelik eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekil, *Müşterek Avarya*, 35 vd. İngiliz doktrinde sözleşmesel sorumluluğu benimseyen görüşler hakkında bkz. Lowndes ve Rudolf, 12-13.

¹¹ İngiliz Hukuku'nda benimsendiği belirtilen görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekil, *Müşterek Avarya*, 44-45; Lowndes ve Rudolf, 10 vd.; Sözer, 34-35.

¹² Fransız Hukuku'nda benimsendiği belirtilen görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arseven, 21; Tekil, *Müşterek Avarya*, 45-46; Çetingil, Kender ve Ünan, 4-5; Sözer, 33. Ayrıca bkz. Rose, 7.

¹³ Arseven, 22; Çetingil, Kender ve Ünan, 4.



bir biçimde ortaya konamayacağı¹⁴, müşterek avarya sorumluluğunun kendisinden çok daha sonra ortaya çıkan sebepsiz zenginleşme kuramıyla açıklanmasının doğru olmadığı sebepleriyle eleştirilmektedir¹⁵.

Yukarıdaki görüşlere ek olarak doktrinde fedakârlığın denkleştirilmesi teorisine de başvurulmaktadır. Bu görüşe göre müşterek avarya olayında ortak bir tehlike hali mevcut olup zorunluluk halinin bir görünümü olarak kaptan, üstün değerlerin korunması adına bir kısım değerlerden fedakârlık etmektedir¹⁶. Ancak söz konusu benzerliğe rağmen belli sakıncalara da işaret edilmektedir. Nitekim fedakârlığın denkleştirilmesinde çatışan iki çıkardan üstün olan tercih edilmekte, diğer çıkar ise bu uğurda feda edilmektedir. Ancak müşterek avaryada gemi ve yük arasında çıkar çatışmasının tam aksine bir çıkar birliği mevcuttur¹⁷.

Günümüzde müşterek avaryanın niteliğinin diğer hukuk dallarındaki kurumlarla açıklanmasının yerinde ve gerekli olmadığı¹⁸, müşterek avarya sorumluluğunun son derece ayrıntılı ve uygulamanın ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte kurallarla belirlendiği haklı bir biçimde belirtilmektedir. Bu doğrultuda müşterek avarya deniz ticareti hukukuna özgü ve gemi ile yük arasındaki kader birliğine dayanan özel bir sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹.

¹⁴ Tekil, *Müşterek Avarya*, 46-47; Sözer, 33.

¹⁵ Çetingil, Kender ve Ünan, 4.

¹⁶ İhsan Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (Ek Bölüm ile Güncelleştirilmiş 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 117; Çetingil, Kender ve Ünan, 6.

¹⁷ Ulsan, 118; Çetingil, Kender ve Ünan, 6. Benzer yönde birtakım eleştiriler için bkz. Sözer, 33-34.

¹⁸ Arseven, 23; Erdoğan Göğer, *Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (B. 1, Şenyuva Matbaası 1969) 135; Kruit, 53; Sözer, 37.

¹⁹ Arseven, 23; Tekil, *Müşterek Avarya*, 49; Göğer, 135 vd.; Lowndes ve Rudolf, 16-17; Çetingil, Kender ve Ünan, 7; Yavaşca, 142; Kara, 315. Aynı görüşte olmakla birlikte Sözer, müşterek avaryanın söz konusu mahiyetini 'menfaat işbirlik teorisi' olarak adlandırmaktadır. Sözer, 36-37. İngiliz doktrininde müşterek avarya sorumluluğunun genel denizcilik hukukundan doğduğuna yönelik benzer görüşler için bkz. Lowndes ve Rudolf, 13-15. İngiliz mahkemelerinin sözleşmesel sorumluluğu reddeden kararları için ayrıca bkz. Kruit, 69 vd. Müşterek avaryanın, Türk Hukuku'ndaki iyi niyet ve dürüstlük kuralına benzeyen 'doğal adalet' anlayışından ortaya çıktığına; kurumun vekâlet ya da sebepsiz zenginleşme gibi teorilerle açıklanamayacağına ilişkin görüşler hakkında bkz. Mandaraka-Sheppard, 654; Kruit, 52 vd.



3. TTK'nın Müşterek Avaryaya İlişkin Hükümleri

Türk Hukuku'nda müşterek avarya konusundaki başlıca düzenleme 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun²⁰ (TTK) Beşinci Kitabı'nın “Deniz Kazaları” isimli Beşinci Kısımının Birinci Bölümü'ndeki 1272 vd. maddeleridir.

TTK'nın 1272/3. maddesinde müşterek avarya garamesine giren zararın ve giderlerin gemi, yük, navlun ve diğer eşya arasında Birinci Bölümdeki maddelere göre paylaşılacağı hükme bağlanmıştır. TTK'nın “Uygulanacak Kurallar” başlıklı 1273/1. maddesinde ise taraflarca başka bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde müşterek avarya garamesinin, Milletlerarası Denizcilik Komitesi²¹ (Comite Maritime International – CMI) tarafından hazırlanarak Türkçe'ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York-Anvers Kuralları'na (YAK) tabi olduğu düzenlenmiştir.

Genel olarak YAK müşterek avarya konusunda eskilerden beri süregelen yeknesaklaştırma çalışmalarının en önemli ürünüdür²². Deniz taşımacılığı uygulamasında genellikle konişmentolarda veya çarter partilerde “Müşterek avarya halinde dispeç Londra'da ... tarihli York-Anvers Kuralları uyarınca yapılacaktır” tarzı ifadeler yer almaktadır. YAK bağlayıcı bir metin olmamasına karşın, müşterek avaryaya ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde bugün neredeyse tüm taşıma sözleşmelerinde veya konişmentolarda kendisine göndermede bulunmaktadır²³. 2016 YAK, hali hazırda en son tarihli YAK metnidir ve Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilerek 19.02.2019 tarihli ve 30691 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

TTK'nın 1273/1. maddesi gereği Türk Hukuku bakımından taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa müşterek avaryaya ilişkin uyuşmazlıklarda 2016 YAK

²⁰ RG 14.02.2011/27846.

²¹ Milletlerarası Denizcilik Komitesi'nin kuruluşu ve tarihçesi hakkında bkz. <<https://comitemaritime.org/about-us/history/>> s.e.t. 19 Ağustos 2024.

²² Müşterek avaryayı düzenleyen milli hukuklar arasındaki farklılıkların önlenmesi amacıyla yapılan çalışmaların bir ürünü olan York-Anvers Kuralları, ismini 1864 yılında Birleşik Krallık'ın York şehrinde ve 1877 yılında Belçika'nın Anvers şehrinde düzenlenen konferanslar sonrasında almıştır. York-Anvers Kuralları özellikle 1994 yılından itibaren Uluslararası Denizcilik Örgütü (Comite Maritime International-CMI) tarafından çeşitli dönemlerde revize edilmektedir. Son güncel metin 2016 yılında düzenlenmiş olmakla birlikte 2022 yılında çeşitli değişikliklere uğramıştır. YAK'ın İngilizce metinleri için bkz. <<https://comitemaritime.org/work/york-antwerp-rules-yar/>> s.e.t. 11 Aralık 2023. YAK'ın tarihsel süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Algantürk Light, 6 vd.; Lowndes ve Rudolf, 43 vd.; Kruit, 32 vd.; Keskinkılıç, 9 vd.

²³ Nielsen, 515.



uygulanmaktadır. YAK'ta boşluk bulunması halinde ise TTK'nın müşterek avaryaya ilişkin diğer hükümleri geçerli olacaktır²⁴. Dolayısıyla söz konusu maddenin göndermesi neticesinde 2016 YAK, Türk Hukuku bakımından bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır²⁵.

TTK'nın müşterek avaryayla ilgili düzenlemesine bakıldığında kanun koyucunun, genel itibariyle, YAK ile uyum gözetme amacını taşıdığı kolaylıkla söylenebilir. YAK düzenlemelerinin büyük bir kısmı müşterek avarya garamesine hangi zararların ve masrafların girdiğini belirlemektedir. Kaldı ki TTK'nın 1273/1. maddesi de garamenin YAK'a göre tespit edileceğini açık bir biçimde belirtmektedir. Bunun dışında TTK'daki müşterek avarya hükümleri genel itibariyle müşterek avarya ilişkisinin taraflarını, garama alacakları üzerindeki rehin ve hapis haklarını, teminatı ve dispeç konusundaki birtakım maddi ve usuli düzenlemeleri içermektedir²⁶.

II. MÜŞTEREK AVARYAYANIN KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Deniz Ticareti ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Arasındaki İlişki

Deniz taşımacılığının uluslararası bir faaliyet olması, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çok büyük bir bölümünün yabancılık unsuru içermesine yol

²⁴ Söz konusu hükümlere yönelik eleştiriler için bkz. Çetingil, Kender ve Ünan, 291 vd.

²⁵ Aynı yönde bkz. Kula, 732. Türkiye ile birlikte Danimarka, İspanya, Arjantin, Hollanda, İsviçre, Lüksemburg, İsveç, Finlandiya ve Norveç devletlerinin de YAK metinlerini iç hukuklarına aktardıkları belirtilmektedir. Marcos Aurelio De Arruda, 'General Average is a Necessity' (2022) 13(2) Beijing Law Review 347; Kruit, 107. 2016 YAK'ın 2016 metinleri hakkında bkz. Diden Algantürk Light, 'York Anvers Kuralları 2016', (2016) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 205 vd.; Didem Algantürk Light, 'York Anvers Kuralları 2016, Revizyon Çalışmalarına İlişkin Değerlendirmeler', (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 191 vd. 2004 YAK metni için ayrıca bkz. Didem Algantürk Light, 'York-Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme' (2004) VII(3-4) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 419 vd.

²⁶ TTK öncesi dönem ve TTK'daki hükümler hakkında ayrıca bkz. Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku, Cilt 1* (B. 1, On İki Levha Yayıncılık 2017) 489, 490. YAK'ta ve TTK'da yer alan müşterek avarya tanımı da benzer olup aradaki tek fark YAK Kural A'nın birinci fıkrasında 'malvarlığı değerleri' olarak ifade edilen unsurun TTK'da 'gemi, yük, diğer eşya ve navlun' şeklinde YAK'a kıyasla daha sınırlayıcı bir biçimde düzenlenmiş olmasıdır. Müşterek avarya hareketi tanımı bakımından da YAK'a atıf yapılması sistematik bakımdan daha uygun olabilir. Buna karşın TTK'da tehlikenin etki ettiği malvarlığı değerleri de geniş bir biçimde yorumlanmaya müsaittir ve bu yönden tanım YAK düzenlemesine paraleldir. Benzer yönde bkz. Kula, 734. 2004 YAK ile TTK tasarısındaki tanımın benzer olduğu yönünde ayrıca bkz. Algantürk Light, 95, 96.



açmaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan tüm deniz ticareti hukuku uyuşmazlıkları da kanunlar ihtilafı hukukuyla ilişki içerisinde. İki disiplin arasındaki ilişki, deniz ticareti hukukunda çok eskiden beri süregelen yeknesaklaştırma çalışmalarına karşın artarak devam etmektedir²⁷. İki disiplin arasındaki ilişkinin artmasının sebepleri arasında -teknolojide gelişime de paralel bir biçimde-gemilerin eskisine nazaran deniz tehlikelerine karşı daha dirençli ve taşınacak yük miktarı bakımından oldukça hacimli olması sayılabilir. Bunun bir sonucu olarak çok daha uzak limanlara yolculuk eden gemilerle tek bir seferde pek çok ülkeyle bağlantılı hukuki ilişkiler yapısı ortaya çıkmaktadır.

Geçmişten beri süregelen yeknesaklaştırma çalışmalarına rağmen günümüzde tüm dünyada geçerli olan teknil bir maddi deniz ticareti hukuku düzeninden bahsetmek mümkün değildir. Bu tip bir düzen kurulmadığı müddetçe yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından deniz ticareti hukuku, kanunlar ihtilafı hukukuna ihtiyaç duyacaktır. Öte yandan hali hazırda deniz taşımacılığına özel bağlama kuralları ihtiva eden kaynak bakımından milletlerarası nitelikli bağlayıcı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda, MÖHUK'un 1/2. maddesi uyarınca milletlerarası sözleşmelerin düzenlemediği konularda ilk bakılması gereken kaynak mahkemenin veya hakemlerin uygulayacağı bağlama kuralları olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta taraflar arasındaki hukuk seçiminin var olup olmadığı ve geçerliliği dahi uyuşmazlığa tatbik edilecek bağlama kurallarındaki özel hükümlere ya da hukuk seçimi sözleşmesine uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir.

Bu somut durum karşısında deniz ticareti hukukunda hedeflenen hukuki belirliliğin ve öngörülebilirliğin tam ve eksiksiz bir biçimde sağlanması için yalnızca maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması yeterli olmayıp aynı zamanda kanunlar ihtilafı hukukunda yer alan bağlama kurallarının da aynı şekilde yeknesaklaşması gerekir²⁸. Hatta iki disiplin, yeknesaklaştırma amacı özelinde bir madalyonun iki yüzünü temsil etmektedir.

Müşterek avaryanın tarihsel gelişimi, kanunlar ihtilafı hukukuyla olan ilişkisine de ışık tutmaktadır. Yeknesaklaştırma çabalarının henüz istenilen seviyede olmadığı on dokuzuncu yüzyılda müşterek avaryaya ilişkin her bir devletin hukuk düzenindeki farklı uygulamalar çok büyük bir sorun olarak ortaya

²⁷ Hâlbuki deniz ticaretine ilişkin maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştığı ölçüde kanunlar ihtilafı hukukuna olan ihtiyacın azalması beklenir.

²⁸ Aynı yönde bkz. Kruit, 191.



çıkmıştır. Bu sebeple müşterek avarya konusunda tektip bir düzenlemenin yapılmasının kaçınılmaz olduğu kabul edilmiştir²⁹. Ne var ki bu konuda bağlama kuralları ihtiva eden birtakım taslak sözleşme metinleri hazırlansa da söz konusu düzenlemeler ya hiç imzaya açılmamış; ya da imzaya açılrsa dahi çok az devlet tarafından kabul görmüştür³⁰.

Yirminci yüzyılın başlarında YAK çalışmalarının hız kazanmasının ardından bu kurallar milletlerarası deniz taşımacılığında o denli benimsenmiştir ki müşterek avarya konusunda bağlama kuralı ihdas etmeye gerek kalmadığı, zira her halükârda uyuşmazlığın tek bir maddi hukuk düzenlemesine tabi olacağı düşüncesinin hâkim olmaya başladığı ifade edilmiştir³¹. Ancak YAK, başta dispeç ve dispeçinin durumu olmak üzere garame payı alacaklısının kimler olabileceği ve müşterek avarya alacağının gemi alacaklısı hakkı bahşedip bahşetmeyeceği gibi konularda boşluklar içermektedir³². Bu gibi birtakım sebeplerle yirminci yüzyılın başlarında hâkim olan düşüncenin, ikinci yarısından itibaren değişmeye başladığı ve günümüzde müşterek avaryanın mahiyetinin belirlenmesi ve bağlayıcı olmayan düzenlemelere yapılan göndermelerin yasal temellerinin atılması konularındaki görüşlerin ağırlık kazandığı belirtilmektedir³³.

2. MÖHUK'ta Yer Alan Bağlama Konularının Müşterek Avarya Uyuşmazlıklarına Tatbikinün Mümkün ve Makul Olmaması

Geçmiş dönemlerde müşterek avarya sorumluluğunun niteliğine ilişkin tartışmalar yaşansa da günümüzde müşterek avaryanın en nihayetinde deniz hukukuna özgü bir kurum olduğu görüşü oldukça ağırlıktadır³⁴. Zira müşterek avaryanın niteliğini diğer hukuk disiplinlerinden devşirerek açıklamaya çalışan hiçbir görüş, ilişkinin mahiyetini tam olarak ortaya koyamamaktadır. Örneğin sorumluluğun temelini navlun sözleşmesine dayandıran görüş yük sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkiyi açıklayabilmiş değildir. Sebepsiz zenginleşme teorisi ise nedensellik ve garameye iştirak edecek değerler bakımından eksiklikler barındırmaktadır. Benzer bir biçimde fedakârlığın denkleştirilmesi teorisi de müşterek avaryadaki ortak selamet adına ilgililerin zarara eşit bir biçimde

²⁹ Johnson, 366; Kruit, 192.

³⁰ Kruit, 191.

³¹ Kruit, 192.

³² Benzer yönde bkz. Johnson, 367; Sözer, 38-39, 66; Kruit, 64 vd.

³³ Kruit, 200.

³⁴ Lowndes ve Rudolf, 16-17.



katlanma anlayışına ters bir biçimde ilgililerden birinin ya da birkaçının menfaatini üstün tutarak bu uğurda diğer değerlerin feda edilmesi esasına dayanmaktadır.

Deniz ticareti uygulaması ve müşterek avarya ilişkisinin doğası gereği uyumsuzluğun tek bir hukuk düzeni tarafından idare edilmesi oldukça önemli bir gerekliliktir³⁵. Nitekim müşterek avarya uyumsuzluğunda donatanla yük sahipleri arasındaki ilişki navlun sözleşmelerine, yük ilgilileri ve navlun alacaklıları arasındaki ilişkiler ise haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeye dayandırıldığında tek bir uyumsuzluğa farklı bağlama kuralları tatbik edilerek birden fazla milli hukuk düzeni söz sahibi olmaktadır. Ancak bu durum maddi hukuk bakımından garameye girecek değerler, garame payları ve zamanaşımı süresi gibi konularda farklılıklar yaratarak uyumsuzluğun çözümünü imkânsız hale getirmektedir. Bununla birlikte bir bölümü usul hukuku karakterli olsa da maddi hukuk bakımından dispeç konusunda da tek bir hukuk düzenine bağlanmak oldukça gereklidir. Özellikle müşterek avarya hareketi sonrasında dispeçi yaptırmaktan imtina eden kaptan ve/veya donatanın sorumluluğu konusunda farklı hukuk sistemlerinin farklı kişileri sorumlu tutması ya da dispeçin yaptırılması için farklı süreler öngörülmesi gibi durumlarda çözümü imkânsız hukuki problemler ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra zamanaşımı süresi bakımından da müşterek avarya ilişkisinin tek bir hukuka bağlanması gerekmektedir. Zira her bir alacaklı bakımından farklı zamanaşımı süreleri öngörülmesi alacaklılar arasındaki eşitliği bozan bir durum yaratmaktadır. Hâlbuki müşterek avarya ilgililer arasında kurulan bir kader birliğinin sonucudur. Dolayısıyla ister alacaklı, ister borçlu olsun tüm ilgililerin hak ve sorumluluklar bakımından eşit birtakım hukuki prensiplere tabi tutulması hukuki ilişkinin niteliğinin bir gereğidir.

Her bir ilgili bakımından farklı bağlama kuralının uygulanması fikri yukarıda görüldüğü üzere müşterek avaryadan kaynaklanan uyumsuzluğun mahiyetine ters düşmektedir. Bunun dışında tüm müşterek avarya ilişkisinin MÖHUK'ta yer alan tek bir bağlama kuralına tabi tutulup tutulamayacağı sorusunun da yanıtlanması gerekmektedir. Müşterek avaryanın tek başına sözleşmesel bir sorumluluk türü olduğu düşünülürse zarar gören bir yük sahibinin diğer bir yük sahibinden olan alacağına MÖHUK'taki temel kriter olan karakteristik edimin ne şekilde belirleneceği sorusu cevapsız kalmaktadır³⁶.

³⁵ Aynı yönde bkz. Ülgener, 529; Çetingil, Kender ve Ünan, 18.

³⁶ Türk Kanunlar İhtilafı Hukuku'nda sözleşmeye dayalı uyumsuzluklarda karakteristik edim ve karakteristik edimin belirlenmesi hakkında bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*



Müşterek avarya haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirildiği takdirde ise MÖHUK'ta kabul edilen sınırlı hukuk seçimi ilkesi taraf iradelerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira MÖHUK'ta sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil konusunda taraflar yalnızca haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme teşkil eden olay gerçekleşikten sonra bir hukuk seçimi yapabilmekteyken günümüzde neredeyse tüm müşterek avarya ilişkilerinde YAK'a yapılan bir gönderme niteliğinde dahi olsa sefer öncesinde bir irade ortaya konmaktadır. Dolayısıyla müşterek avaryayı başlı başına haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırmak taraf iradelerine aykırı ve uygulamayla bağdaşmayan sorunlar gündeme getirmektedir.

Ayrıca müşterek avarya hareketinin açık denizde meydana geldiği durumlarda MÖHUK'un 34/1. ve 34/2. maddelerinde yer alan ika yeri ve zarar yeri bağlama noktaları uygulanabilirliğini yitirebilmektedir. Sebepsiz zenginleşme bakımından ise MÖHUK'un 39/1. maddesinde zenginleşmeye temel teşkil eden sözleşmesel sorumluluğa gidilecek olursa yine yukarıda bahsedildiği gibi birden fazla hukuk düzeninin tatbiki söz konusu olabilmektedir. Maddenin ikinci cümlesindeki zenginleşmenin gerçekleştiği ülke hukuku da açık denizde meydana gelen müşterek avaryalarda uygulanabilir değildir. Bununla birlikte ika yeri, zarar yeri ve zenginleşmenin gerçekleştiği ülke bağlama noktalarının her üçü de, müşterek avarya uyuşmazlığının çözümünde oldukça tesadüfi bir niteliğe sahiptir.

Sonuç olarak, müşterek avaryanın bağımsız bir sorumluluk türü olarak kabul edilmesi, uyuşmazlığın tek bir hukuk düzenince idare edilmesi gerekliliği, YAK'ın müşterek avarya ilişkisini tümüyle düzenleyen bir metin niteliğinde olmaması ve MÖHUK'taki bağlama kurallarının elverişsizliği karşısında yabancılık unsuru barındıran müşterek avarya uyuşmazlıklarına ilişkin bağımsız bir bağlama kuralı ihdas edilmesi gereklidir. Bu doğrultuda çalışmanın devamında ilk olarak müşterek avaryanın vasıflandırılması üzerinde durulacaktır. Nitekim hâkim ya da dispeççi, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku ve kuralları tespit etmeden önce müşterek avarya hareketinin mevcut olup

(Yenilenmiş 23. Bası, Beta Basım 2021) 333 vd.; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 289 vd.; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (B. 17, Beta Basım 2021) 389 vd.; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Güncellenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi 2023) 411 vd.; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (B. 10, Beta Basım 2023) 347 vd.; Sibel Özel vdi., *Milletlerarası Özel Hukuk* (B. 1, On İki Levha Yayıncılık 2022) 424 vd.



olmadığını karara bağlamalıdır. Sonrasında ise müşterek avaryada kanunlar ihtilafı hukukuna yönelik birtakım kriterler ortaya konularak sonuç bölümünde bağımsız bir bağlama kuralı oluşturulmaya çalışılacaktır.

3. Müşterek Avarya Hareketinin Vasıflandırılması

Taraflarca veya mahkemece belirlenen dispeççiler, ilk olarak uyuşmazlıkta müşterek avarya hareketinin var olup olmadığını değerlendirmelidir. Dispeç raporuna itiraz edilmesi durumunda ise söz konusu değerlendirme TTK'nın 1278/3. maddesi uyarınca mahkeme tarafından yerine getirilmelidir.

Kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında müşterek avarya hareketinin mevcut olup olmadığı bir vasıflandırma meselesidir³⁷. Mahkemeler gibi dispeççiler de ilk olarak müşterek avarya hareketinin mevcut olup olmadığını vasıflandırmalıdır. Hatta hakem-dispeççi olarak atanan kişinin düzenlediği dispeç raporunun bağlayıcı nitelik taşıdığı düşünülüğünde, dispeççilerin vasıflandırma metoduna başvurmasının sorumluluklarının bir gereği olduğu dahi söylenebilir.

Bu noktada çalışmamızın ilk kısmında belirttiğimiz yeknesaklaştırma amacı doğrultusunda hareket edilerek *lex fori* ya da *lex causae* vasıflandırmadan ziyade bağımsız (otonom) vasıflandırma metoduna başvurulması, deniz ticareti hukukunda aranan hukuki öngörülebilirliğin sağlanması bakımından en uygun çözümdür³⁸. Nitekim YAK özü itibariyle her ne kadar bağlayıcı olmasa da günümüzde neredeyse tüm deniz taşımacılığında kendisine gönderme yapılan bir metin halini almıştır. Dolayısıyla dispeççiler ve mahkeme tarafından yapılacak vasıflandırmada YAK Kural A'nın birinci fıkrasındaki tanımda yer alan unsurlar değerlendirilmelidir. Dolayısıyla Türk hâkimi veya Türkiye'de bulunan hakem-

³⁷ Müşterek avarya hareketinin mevcut olup olmadığını vasıflandırma değil, uygulanacak hukuk meselesi olarak gören görüş için bkz. Sözer, 39. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma konusunda bkz. Nomer, 96 vd.; Tekinalp, 36 vd.; Çelikel ve Erdem, 74 vd.; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, 223 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, s. 55 vd.; Özel vdi, 85 vd.

³⁸ Bağımsız vasıflandırmada *lex fori* veya *lex causae* gibi iç hukuk kurallarına bağlanmaktan ziyade bağımsız kavramlardan ve mukayeseli hukuktan hareket edilmektedir. Doktrinde tatbik kabiliyetinin olmadığı, içeriğinin muğlak olduğu ve mahkemelerin iş yükünü ağırlaştırdığı eleştirileri mevcutsa da YAK ile neredeyse tüm dünyada uygulama birliğine sahip olan müşterek avarya özelinde bağımsız vasıflandırmanın içeriği kolayca belirlenebilir niteliktedir. Kaldı ki YAK'ın 2016 metninin hali hazırda Türkçe'ye çevrilmiş olması karşısında Türk hâkiminin iş yükünün ağırlaştığından da bahsedilememektedir. Doktrinindeki bağımsız vasıflandırma metoduna yönelik eleştiriler için bkz. Çelikel ve Erdem, 83; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, 222. Bunun yanı sıra YAK her ne kadar bağlayıcı bir düzenleme olmasa da doktrinde milletlerarası sözleşmeler bağlamında yapılan vasıflandırmanın farklı yorumlamaların önüne geçerek milletlerarası karar ahengine hizmet ettiği de belirtilmektedir. Hacı Can, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi 2023), 215.



dispeççi, müşterek avarya hareketinin vasıflandırılmasında TTK'nın 1272/1. maddesindeki unsurlar yerine³⁹ Kanun'un gönderme yaptığı YAK'ın ilgili maddesini esas almalıdır. Esasında Türk Hukuku bakımından TTK'nın göndermesiyle YAK'ın da *lex fori*'nin bir parçası halini aldığı, YAK ile TTK'nın müşterek avarya tanımlarının benzer olduğu ve genel kural olan *lex fori* vasıflandırmadan ayrılmaya gerek olmadığı öne sürülebilse de bağımsız vasıflandırma metodunu tercih sebebi temelde deniz ticareti ilişkilerinde yukarıda bahsedilen kanunlar ihtilafı yeknesaklığının sağlanması fikrinin bir ürünüdür. Bu doğrultuda -Türk Hukuku'ndaki pozitif düzenlemeler göz önüne alındığında uygulamada çok farklı sonuçlara yol açmadığı öne sürülebilse dahil olması gereken hukuk bakımından genel bir prensip ortaya koyabilmek adına müşterek avaryanın vasıflandırılmasında bağımsız metodun uygulanması yerindedir.

Sonuç olarak YAK Kural A'nın birinci fıkrası⁴⁰ gereğince ortak deniz macerasına atılmış malvarlığı unsurlarının tümünü tehdit eden ortak bir tehlikeden korunmak amacıyla seferin müşterek selameti için bilerek ve makul bir biçimde olağanüstü bir fedakârlık veya harcama yapılması halinde müşterek avarya hareketi oluşmuş sayılacaktır.

4. Subjektif Bağlama Kuralı

MÖHUK'taki bağlama kurallarının elverişsizliği karşısında müşterek avaryaya uygulanacak hukuk konusunda bağımsız bir bağlama kuralı ihdas edilirken özellikle günümüz deniz ticareti uygulamasını da gözeterek irade serbestisi prensibi ekseninde hareket edilmelidir. Nitekim müşterek avarya ilgilileri hukuki öngörülebilirliğin sağlanması bakımından uygulamada YAK'a ve dispeç yerine bir göndermede bulunmaktadır. Dolayısıyla bağlama kuralında irade serbestisi prensibinin kanunlar ihtilafı hukukundaki yansıması olan hukuk seçimi serbestisinin kabul edilmesi ve subjektif bağlama noktasında öncelikle hukuk seçimine yer verilmesi gereklidir.

³⁹ *Lex fori* vasıflandırma metodunu tercih ederek müşterek avarya hareketinin tespitinde TTK'nın 1272. maddesindeki tanımın esas alınması gerektiğine dair bkz. Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku-Deniz İcra Hukuku*, Cilt 4 (B. 2, On İki Levha Yayıncılık 2019) 92-93.

⁴⁰ "There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure."



A. Hukuk Seçimine İlişkin Temel Kriterlerin Müşterek Avarya Bakımından İncelenmesi

Deniz ticareti uygulaması ve sözleşme serbestisinin kanunlar ihtilafı hukukundaki görünümü olan hukuk seçimi serbestisi ilkesi temelinde, hukuk seçimine yönelik zaman bakımından bir kısıt getirilmemelidir. Nitekim günümüz uygulamasında ilgililer pek çok durumda sözleşmede veya konişmentoda müşterek avarya klozlarına yer vermektedir. Bunun bir sonucu olarak taraflara deniz ticareti uygulamasına aykırı bir biçimde zaman bakımından sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmamalıdır. Diğer bir deyişle taraflar müşterek avarya hareketi ortaya çıktıktan sonra bir hukuk seçimi yapabileceği gibi öncesinde de bir hukuk seçiminde bulunabilmelidir.

Sözleşmesel sorumluluktan farklı ve ayrı bir sorumluluk türü olduğundan müşterek avarya klozlarının, konişmentodan veya navlun sözleşmesinden bağımsız nitelikte olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple tarafların konişmentoya veya navlun sözleşmesine uygulanacak hukuku kararlaştırmalarına karşın müşterek avarya konusunda sessiz kalmaları; müşterek avarya konusunda da navlun sözleşmesi veya konişmento statüsünün uygulanacağı anlamına gelmemelidir⁴¹. Diğer bir ifadeyle bu tip bir durum tek başına örtülü hukuk seçimi olarak kabul edilmemelidir⁴². Zira kanunlar ihtilafı hukukunda örtülü hukuk seçimi, taraf iradelerinin tereddüde yer vermeyecek bir biçimde ortaya konulması durumunda geçerlilik kazanmaktadır. Bu sebeple müşterek avaryaya uygulanacak hukuk konusunda örtülü hukuk seçiminin mevcudiyeti somut olayın özelliğine göre, navlun sözleşmesine uygulanacak hukuk seçimine ek olarak diğer birçok unsurun da aynı ülke hukukunu işaret etmesi halinde kabul olunmalıdır⁴³.

Sıklıkla vurgulandığı üzere müşterek avaryanın tek bir hukuka bağlanması hukuki ilişkinin mahiyetinin bir gereğidir. Dolayısıyla birden fazla hukuk düzenini içerecek şekilde yapılan seçimlere cevaz verilmemelidir.

Uygulamada “*Müşterek avarya halinde dispeç Londra’da ... tarihli York-Anvers Kuralları uyarınca yapılacaktır*” biçiminde tektipleşen müşterek avarya klozları bulunmaktadır. Navlun sözleşmelerinde ve konişmentolarda yer alan müşterek

⁴¹ Benzer yönde bkz. Lowndes ve Rudolf, 594.

⁴² Aksi yönde bkz. Sözer, 68.

⁴³ Örtülü hukuk seçimi konusundaki kriterler hakkında bkz. Nomer, 326 vd.; Tekinalp, 283-284; Çelikel ve Erdem, 385 vd.; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, 401 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 327 vd.; Özel vdi., 413 vd.; Can, 515, 516.



avaryaya ve dispeçe yönelik bu tip göndermelerin hukuk seçimi sayılıp sayılmayacağı da tartışılmalıdır.

Roma I Tüzüğü'nün⁴⁴ giriş bölümünün on üçüncü paragrafında taraflarca milletlerarası konvansiyonlara veya milli hukuk düzeni dışındaki birtakım kurallara da göndermede bulunulabileceği ifade edilmektedir. Buna karşın bu nitelikteki milletlerarası model kanunlara ve kurallara veya *lex mercatoria* ya da *lex maritima* olarak adlandırılan yapılageliş kurallarına yapılan göndermelerin hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁴⁵.

Türk Hukuku'nda bu konuda açık bir hukuki düzenleme mevcut olmayıp doktrinde genel olarak bu tip seçimlerin hukuk seçimi değil sözleşme metni haline getirme/içkinleştirme (*incorporation*) olduğu kabul edilmektedir⁴⁶. Söz konusu niteliği nedeniyle navlun sözleşmelerinde ve konişmentolarda YAK'a yapılan göndermeler hukuk seçimi teşkil etmemektedir⁴⁷. Bu görüşten hareket edildiğinde YAK'ta yer alan düzenlemeler, *lex causae*'nin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla geçerli olmaktadır. Türk doktrinindeki görüşler, bir yanıyla sözleşmesel sorumluluk nezdinde Roma I Tüzüğü'ndeki düzenlemelerin Türk Hukuku bakımından bir uzantısıdır. Öte yandan her ne kadar navlun sözleşmelerinde veya konişmentolarda yer verilse de müşterek avarya sözleşme, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden bağımsız (*sui generis*) bir sorumluluk türüdür. Buna rağmen MÖHUK, sistemsal olarak bir kanun ya da kural değil, bizatihi bir 'hukuk' seçiminden söz etmektedir⁴⁸. Dolayısıyla YAK'a yapılan göndermeler, söz konusu bilgiler ve doktrinindeki görüşlere paralel bir biçimde

⁴⁴ Regulation (EC) No: 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations. Tüzük'ün İngilizce metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:en:PDF>> s.e.t. 02.Mart 2024.

⁴⁵ Roma I Tüzüğü kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' (2010) 30(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 38 vd.

⁴⁶ Nomer, 324; Tekinalp, 282; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, s. 405; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, s. 332; Özel vdi., 408 vd.; Rose, 11.

⁴⁷ Benzer yönde bkz. Kruit, 57-58.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Nomer, 324; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, 405.



hukuk olarak kabul edilmemelidir. Zira YAK, kapsam bakımından müşterek avarya uyuşmazlığını bütünüyle düzenleme altına almış değildir⁴⁹.

YAK, kaynak bakımından milletlerarası ve bağlayıcı nitelikte olmasa dahi yeknesaklığın, hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması adına hemen hemen tüm deniz taşımacılığında söz sahibidir. Bu özellikleri sebebiyle müşterek avarya sorumluluğunun uygulama bakımından milli hukuk düzenlerinden ziyade milletlerarası kuralların himayesi altında olduğu söylenebilir⁵⁰. Nitekim TTK’da dahi müşterek avarya konusunda YAK’a göndermede bulunmaktadır. Taraflarca kendisine duyulan güven ve kuralların kapsamı birlikte değerlendirildiğinde taraflarca YAK’ın seçilmesi kanunlar ihtilafı hukuku tekniği bakımından hukuk seçimi kabul edilmese dahi, uygulama bakımından günümüzde neredeyse bir hukuk seçimiyle eşdeğerdir. Bu somut durum sebebiyle subjektif bağlama kuralına ilişkin düzenlemede YAK’a yapılan göndermelerin güvence altına alınmasını teminen bir hükmün yer alması gereklidir.

1994 YAK’tan bu yana tüm YAK metinlerinde ilk olarak “...aşağıdaki Kurallar, kendileriyle bağdaşmayan mevzuat ve uygulama dikkate alınmaksızın uygulanacaktır” şeklinde kaleme alınan bir Yorum Kuralı bulunmaktadır. İhdas edilecek bağlama kuralında YAK seçimlerine Yorum Kuralı uyarınca geçerlilik tanınacağına dair bir düzenlemenin yer alması yeknesaklaştırma amacına uygun⁵¹ ve hukuki öngörülebilirlik bakımından yerinde olacaktır. Söz konusu düzenleme devletlerin emredici hukuk kurallarını bertaraf edici nitelikte olmasa dahi⁵², milli hukuklarda yer alan YAK ile uyumsuz ve emredici olmayan düzenlemeleri bertaraf etmesi bakımından asgari bir standart ortaya koymaktadır.

Hukuk seçiminin türü konusunda Türk Kanunlar İhtilafı Hukuku’nda genel olarak açık, örtülü ve kısmi hukuk seçimine geçerlilik tanınmaktayken farazi

⁴⁹ 1924 ve 1950 YAK metinlerinin milletlerarası kanun olma niteliği hakkında tartışmalar için bkz. Göğer, 137.

⁵⁰ Benzer yönde bkz. Tetley, 395-396.

⁵¹ Aynı yönde bkz. Fahiman Tekil, ‘York-Anvers Kurallarındaki Yorum Kuralının İlk Fıkrası’ (1996) 1(2) Deniz Hukuku Dergisi 19 (Yorum).

⁵² Aynı yönde bkz. Tekil, Yorum, 16; Çetingil, Kender ve Ünan, 22; Algantürk Light, 86-87; Sözer, 67. Ayrıca bkz. Rose, 10.



hukuk seçimi kabul edilmemektedir⁵³. Müşterek avaryada hukuk seçiminin türü konusunda da benzer bir yaklaşım esas alınabilir.

Hukuki ilişkinin tek bir hukuk tarafından idare edilmesi gerekliliği karşısında kısmi hukuk seçimi sakıncalı olup yalnızca bölünebilir nitelikteki müşterek avarya ve dispeç kurumları olarak iki kısma ayrılmalıdır. Bu doğrultuda sözleşmede veya konişmentoda yer alan şartın “...dispeç Londra’da...” kısmı dispeçe uygulanacak hukuka ilişkin örtülü bir irade beyanı şeklinde yorumlanabilir⁵⁴. Ancak dispeçin Londra’da yapılmasına yönelik irade unsuru tek başına müşterek avaryaya uygulanacak hukukun da İngiliz Hukuku olduğu şeklinde örtülü bir hukuk seçimi olarak anlaşılmalıdır.

B. Hukuk Seçiminin/Göndermenin Yük İlgilileri Arasındaki Geçerliliği

Sözleşmenin nispiliği ilkesi uyarınca sözleşmede veya konişmentoda YAK’a yapılan göndermeler, kural olarak donatanla yük ilgilisi arasında hüküm ifade eder. Söz konusu göndermelerin iki yük sahibi arasındaki borç ilişkisine nasıl teşmil edilebileceği sorusu akla gelebilir. Müşterek avarya ilişkisinin doğası gereği her bir yük sahibi, esasında donatanla yapmış olduğu navlun sözleşmesinde veya konişmentoda YAK’ın uygulanmasına cevaz vermiş durumdadır. Dolayısıyla her bir yük sahibinin birbirinden olan alacağının akıbetinin de YAK hükümleri uyarınca çözüme kavuşturulması esasen özel bir sorumluluk türü olan müşterek avaryadaki kader birliği temeline dayanır ve uyuşmazlık taraflarının sözleşmede veya konişmentoda ortaya koydukları iradenin bir devamı niteliğindedir⁵⁵. Başka bir deyişle müşterek avarya sorumluluğunda ilgililerin iradesi sözleşmede ya da konişmentoda yer alsada dahi; sorumluluğun kaynağı sözleşme değil, bizatihi seyrüseferdeki beklenmedik tehlikeler karşısında kaptanın davranışlarıdır. Belirtmekte fayda vardır ki YAK’ yapılan göndermeler kaptanın da işini bir hayli kolaylaştırmaktadır. Nitekim kaptan, müşterek avarya teşkil eden hareketleri ve garameye giren değerleri önceden bilirse tehlike anındaki davranışlarını da buna göre ayarlayabilir ve tehlikeyi en az zararla atlatmak noktasında büyük bir avantaja sahip olabilir. Dolayısıyla hukuki öngörülebilirlik en az taraflar kadar kaptanın da ihtiyaç duyduğu bir korumadır. Bu suretle ilgililer, kaptanın hareketinin sonuçlarının neler olacağını en başından kararlaştırmaktadır. Nitekim doktrinde de taşıtanın

⁵³ Nomer, 327; Tekinalp, 284; Çelikel ve Erdem, 385, dpn. 310; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, 402-403; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 328; Can, 517.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Lowndes ve Rudolf, 592.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Lowndes ve Rudolf, 596.



müşterek avarya klozunu donatanla akdetmiş olması sebebine dayanarak diğer taşıtanların garameye iştirak taleplerinden sıyrılamayacağı belirtilmektedir⁵⁶.

Sonuç olarak YAK'ın iki taşıtan arasındaki ilişki bakımından da uygulanması, taraf iradesinin bir uzantısı ve müşterek avarya sorumluluğundaki kader birliğinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Uygulanacak Hukuk Bakımından Teklik İlkesi ve Çoğunluk İradesinin Teşmili

Müşterek avarya ilişkisi niteliği gereği çok taraflıdır. Tek bir seyrüseferde taşıyanla birlikte birden çok yük ilgilisi bulunmaktadır. Müşterek avarya hareketi vuku bulduğu takdirde her bir taşıtanın farklı tarihli YAK metinlerine göndermede bulunması ihtimali mevcuttur. Öte yandan bir kısım ilgili farklı YAK metinlerine gönderme yaparken diğer bir kısım ilgililer müşterek avaryaya ilişkin herhangi bir hukuk seçiminde ya da göndermede bulunmamış da olabilir. Tüm bu somut durumların teorik kanunlar ihtilafı hukuku perspektifinden değerlendirilmesi oldukça önemlidir.

Garameye girecek değerler, feda edilen ve masraf yapılan tutarlar ve en nihayetinde garame paylarının belirlenebilmesi için müşterek avarya ilişkisinin tümüyle tek bir ülke hukukuna ve belirli tarihli bir YAK'a tabi olması gereklidir. Aksi takdirde paylaşım yapılarak garame alacaklılarının zararının giderilmesi olanaksız bir hal alır⁵⁷. Ayrıca günümüzde hemen hemen tüm charter partilerde veya konişmentolarda yukarıda belirtildiği üzere bir müşterek avarya klozu yer almaktadır.

Uygulanacak hukukun tek bir hukuk sisteminin idaresinde olması gerekliliğinin yanı sıra müşterek avarya ilişkisinde taraf iradesine öncelik verilmelidir. Nitekim TTK'nın 1273/1. maddesinde de "*Taraflarca başka bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde...*" denilmek suretiyle taraf iradesi ön planda tutulmuştur. Uyuşmazlık taraflarının tek bir donatan ve taşıtan olduğu durumlarda sorun yoktur. Donatanla birden fazla taşıtan (ilgili) arasında meydana gelmesine karşın ilgililerin hepsinin aynı hukuk seçimini yapması/aynı YAK metnine göndermede

⁵⁶ Tekil, *Müşterek Avarya*, 301-302; Kruit, 70. Tekil, katılmasa dahi Fransız Hukukçu Ripert'in benzer bir görüşüne yer vermektedir. Ripert'e göre konişmentonun tanzimiyle birlikte bütün taşıtanlar kaptanın idaresindeki bir şirkete girmektedir ve taşıtanlar arasındaki müşterek avarya talepleri kurulan bu şirket esas sözleşmesine dayanmaktadır. Tekil, *Müşterek Avarya*, 302.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. Göger, 140.



bulunması halinde de durum aynıdır⁵⁸. Ancak ikiden fazla ilgilinin bulunduğu ve yapılan seçimlerin farklı hukuk düzenlerini ya da YAK'ın farklı metinlerini işaret etmesi durumunda ya da ilgililerin bir kısmının hukuk seçimi yapmadığı durumlarda taraflarca kararlaştırılan hukukun ya da YAK metninin ne şekilde uygulanabileceği konusunda sorunlar meydana gelmektedir.

Doktrinde birden fazla müşterek avarya ilgisinin bulunduğu ve YAK/müşterek avarya konusunda yapılan göndermelerin/hukuk seçimlerinin farklı YAK metinlerini/ülke hukuklarını işaret ettiği durumlarda bayrak ülkesi hukuku, varma yeri hukuku ya da dispeç yeri hukuku gibi objektif bağlama noktaları önerilmektedir⁵⁹. Ancak bu ihtimalde milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ve hukuk seçimi serbestisi ilkeleri özelinde özel bir subjektif bağlama noktası işletilmesi en uygun çözümdür⁶⁰.

İlgililerin farklı hukuk sistemlerini/YAK metinlerini seçmeleri durumunda seçim yapan ilgililerin, seçimde bulunmayan kalan ilgililerin sayısından daha fazla olması ve yapılan seçimlerin tek bir ülke hukukunu ya da YAK'ın belli bir versiyonunu işaret etmesi durumunda müşterek avarya uyumsuzluğunun çoğunluk irade tarafından belirlenen hukuka/YAK düzenlemelerine tabi olması düşünülebilir. Nitekim doktrinde de benzer bir biçimde birden fazla YAK düzenlemesine bir göndermede bulunulmuşsa dispeççi tarafından kolay ve ekonomik olması sebebiyle en uygun YAK metninin uygulanabileceği; en uygun YAK metninin tespitinde ise konişmentolardaki çoğunluğun tercihinin göz önünde bulundurulabileceği belirtilmektedir⁶¹. Çoğunluk iradesinin tek bir hukuki düzenlemeye yönelmediği durumlarda ise objektif bağlama kuralı uygulama alanı bulmalıdır.

⁵⁸ Lowndes ve Rudolf, 595. Benzer yönde bkz. Sözer, 43.

⁵⁹ Göğer, 140; Johnson, 367; Çetingil, Kender ve Ünán, 18-19; Sözer, 39.

⁶⁰ Doktrinde Göğer, kanunlar ihtilafı bakımından irade serbestisinden hareket edilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Ancak yazar, tarafların seçtikleri hukukun ya da YAK metinlerinin farklı olduğu ve uyumsuzluğa tatbikinün mümkün olmadığı durumlarda dispeç yeri hukukunu objektif bağlama noktası olarak önermektedir. Göğer, 142,143. Yazarın irade serbestisine öncelik tanınması gerektiği fikri yerindedir. Ancak irade serbestisini temel bir ilke olarak kabul ettikten sonra taraflarca seçilen hukukun/YAK hükümlerinin farklı olması nedeniyle uygulanmadığı durumlarda çözüm, yeni bir objektif bağlama noktası önermek olmamalıdır. Bu tip bir durumda irade serbestisine etki tanınmak isteniyorsa çözümün öncelikle subjektif bağlama kuralının etkililiğini devam ettirmek yönünde aranması gerekir.

⁶¹ "... in the interests of simplicity and economy, to adopt the most appropriate version of the York-Antwerp Rules, which will usually be the version shown in the majority of the bills of lading." Lowndes ve Rudolf, 599.



Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, donatanın beş adet taşıtanla navlun sözleşmesi akdettiği ve bunların üçünde 2004 tarihli YAK'a göndermede bulunulduğu, diğer iki taşıtanın ise herhangi bir seçim yapmadığı veya 2016 YAK'ı seçtikleri durumda müşterek avarya 2004 YAK'a tabi olmalıdır. 2004 YAK'ta boşluk olan durumlarda ise objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenecek hukuk söz sahibi olmalıdır. Hukuk seçimi bakımından da benzer bir biçimde üç taşıtanın İngiliz Hukuku'nu, diğer iki taşıtanın ise Alman Hukuku'nu seçtiği durumlarda müşterek avarya, çoğunluk ilgili tarafından belirlenen İngiliz Hukuku'na tabi olmalıdır. Tarafların YAK'a, dispeçe ve müşterek avaryaya uygulanacak hukuka yönelen iradeleri her bir somut olayda hâkim tarafından ayrı ayrı tespit edilmelidir.

Bu görüş, müşterek avarya uyuşmazlığında belli bir ülke hukukuna ya da milletlerarası nitelikli kurallara yönelmiş çoğunluk iradesinin, azınlık iradeye tercihini ve teşmilini yansıtmaktadır. Bu tercih, her şeyden önce yukarıda da açıklandığı gibi kaptan ve taraflar bakımından hukuki öngörülebilirliğe hizmet etmektedir. Zira kaptanın öngörüsü sonucunda tehlikenin en az zararlar ve masrafla atlatılması, seçim yapmamış ya da farklı seçimlerde bulunmuş azınlıkta kalan ilgililerin de menfaatindedir. Nitekim müşterek avaryanın doğasında garame alacaklılarıyla borçluları arasındaki çıkar çatışmasının değil, yolculuğa katılanlar arasındaki kader birliğinin olduğu unutulmamalıdır. Bu noktada donatanın müşterek avarya klozlarını tek bir hukuka ya da düzenlemeye bağlı olacak şekilde akdetmesi kendisinin oldukça yararınadır⁶².

Çoğunluk iradenin müşterek avarya ilişkisinin bütünüdür idaresi, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine de hizmet etmektedir. Nitekim kanunlar ihtilafı hukukunun en temel gayelerinden birisi hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili ülke hukukuna bağlanmaktır. Bu durum karşısında kanun koyucu, objektif bağlama noktalarının yetersiz kalabileceğini düşündüğü bazı durumlarda istisna hükümleri getirerek somut olayın özelliğine göre en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi görevini hâkime yükleyebilmektedir. Tek bir hukuka bağlanması gereken müşterek avarya uyuşmazlıkları bakımından da benzer bir gerekçeden hareket edilebilir. Buradaki tek fark, hukuk seçiminin olmaması değil, birden fazla hukuk seçimi arasında birinin tercih edilmesi gerekliliğidir. Bu suretle ikiden fazla ilgilinin farklı ülke hukuklarını seçmesi durumunda somut olayın özelliğinden hareket edilerek tek bir hukuka/düzenlemeye yönelen çoğunluk iradenin tespit edilmesi durumunda

⁶² Aynı yönde bkz. Kruit, 63.

uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuk da belirlenmiş olacak; aksi takdirde uyuşmazlığa objektif bağlama noktası tatbik edilecektir.

Sonuç olarak kanunlar ihtilafı hukuku bakımından müşterek avaryaya klozlarında YAK'a yapılan göndermeler her ne kadar milli bir hukuk sistemine yönelme de pratik yönden hukuk seçimiyle benzer sonuçlara sahiptir. Bunun dışında YAK'ta düzenlenmeyen hususlara müşterek avaryaya statüsü hâkimdir. Ayrıca müşterek avaryaya uygulanacak hukuk ile dispeçe uygulanacak hukuk ayırımına dikkat edilmelidir. Bu suretle 'dispeçin Londra'da yapılacağına' yönelik beyan dispeçe uygulanacak hukuk konusunda İngiliz Hukuku'nun söz sahibi olacağına ilişkin örtülü bir irade beyanı olarak değerlendirilebilir. Yukarıda belirtilen teklik ilkesi ve çoğunluk iradesinin teşmiline ilişkin hususlar müşterek avaryaya statüsü ve YAK'ın yanı sıra dispeç bakımından da geçerlidir. Son olarak dispeçe ilişkin maddi hukuk dışında kalan usuli meselelerde *lex fori*'nin uygulanması gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır⁶³.

5. Objektif Bağlama Kuralı

Subjektif bağlama kuralının kapsamına girmeyen veya kuralın uygulanmadığı durumlarda müşterek avaryaya ve dispeçe uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralına göre belirlenecektir. Bu doğrultuda subjektif bağlama kuralının şartlarını taşımayan, diğer bir deyişle YAK, müşterek avaryaya ve dispeç konusunda yapılan seçimlerin çoğunluğu sağlayamaması ya da hiçbir ilgilinin seçimde bulunmamış olması gibi durumlarda objektif bağlama kuralına göre hareket edilmelidir. Ancak objektif bağlama kuralını belirlemeden önce TTK'da yer alan bir kısım hükümlerin değerlendirilmesinde fayda vardır.

A. TTK'daki İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere TTK'nın 1272/3. maddesinde "Müşterek avaryaya garamesine giren zarar ve giderler gemi, yük, navlun ve diğer eşya arasında bu Bölüm hükümlerine göre paylaşılır" hükmüne yer verilmiştir. Yine TTK'nın 1273/1. maddesinde taraflarca başka bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde müşterek avaryaya garamesinin, CMI tarafından hazırlanarak, bu madde hükmüne göre Türkçe'ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York-Anvers Kurallarına tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

⁶³ Göger, 141.



TTK'nın 1272/3. maddesindeki "...bu Bölüm hükümlerine göre paylaşılır" ifadesi, ilk bakışta tek taraflı bir bağlama kuralı şeklinde yorumlanmaya müsait olsa da, irade serbestisi ilkesi gereği tek taraflı bir bağlama kuralı olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim kanun koyucu, bir sonraki maddede taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise garamenin YAK'a tabi olacağını emretmektedir. Aslında söz konusu ifadeyle kanun koyucu, YAK'ta düzenlenmeyen konularda TTK hükümlerinin, YAK'ın tamamlayıcısı olduğunu vurgulamak istemektedir⁶⁴. Zira Kanun koyucunun amacı tek taraflı bir bağlama kuralı ihdas etmek olsaydı, bir sonraki maddede YAK'a göndermede bulunma yolunu seçmezdi. Ayrıca müşterek avarya ilişkisinde hukuki öngörülebilirlik adına taraf iradesine etki tanınmalıdır. Hâlbuki maddede taraf iradesine öncelik veren bu tip bir hüküm de bulunmamaktadır.

TTK'nın 1273/1. maddesinde ise taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde müşterek avarya uyuşmazlıklarına kısaca 2016 YAK'ın uygulanacağından bahsetmektedir. Maddede bir önceki paragraftan farklı olarak taraf iradesine öncelik tanındığı görülmektedir. Buna rağmen TTK'daki söz konusu madde teknik anlamda bir bağlama kuralı değildir. Zira bağlama kuralları, genel itibariyle yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıkları bir hukuk düzeniyle ilişkilendirir. Ancak burada sistematik bir bütünlük arz eden bir hukuk düzeninden bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla yabancılık unsuru barındıran müşterek avarya uyuşmazlıklarına yönelik TTK'da herhangi bir objektif bağlama kuralı mevcut değildir. Bunun sonucu olarak TTK, hali hazırda yabancılık unsuru barındırmayan veya yabancılık unsuru barındırmakla birlikte taraflarca Türk Hukuku'nun uygulanmasını emrettikleri müşterek avarya ilişkileri bakımından söz sahibidir.

B. Müşterek Avaryaya ve Dispeçe Uygulanacak Hukuk

YAK metinlerinin müşterek avarya ilişkisini bütünüyle düzenlemediği göz önünde bulundurulduğunda, ilgililerin çoğunluğunun YAK'ı seçmesine karşın müşterek avarya konusunda herhangi bir hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda, YAK dışında kalan hususların hangi hukuka göre çözüme bağlanacağı meselesi gündeme gelmektedir.

Müşterek avaryaya uygulanacak hukuk konusunda doktrinde çeşitli objektif bağlama noktaları ileri sürülmektedir. Geminin bayrağını taşıdığı devletin

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Kula, 740.



hukukunun (bayrak ülkesi hukuku) uygulanması bu görüşlerden ilkidir⁶⁵. Bayrak ülkesi hukuku bağlama noktası, elverişli bayrak ülkesi devletlerinin kriterlerinin kötüye kullanılması ihtimali karşısında, doktrinde de belirtildiği gibi oldukça sembolik kalabilmekte ve uyumsuzlukla bağlantısı olmayan hukuk sistemlerinin tatbikine neden olabilmektedir⁶⁶. Ayrıca bayrak ülkesi hukukunun müşterek avarya ilişkisini tek bir hukuk sistemine bağladığı ifade edilse de donatan ile taşıtanlar arasındaki menfaat dengesini donatan lehine bozduğu ve milletlerarası adaleti gerçekleştirmekte yetersiz olduğu öne sürülmektedir⁶⁷.

Doktrinde öne sürülen bir diğer bağlama noktası varma yeri hukukudur⁶⁸. Varma yeri bağlama noktası temelde hukuki öngörülebilirliği sağlasa da tek bir yolculukta her bir taşıtan açısından farklı varma ülkeleri bulunduğu ve farklı ülke hukuklarının ne şekilde tatbik edileceği meselesinin uygulanacak hukuk bakımından sorunlara yol açacağı gerekçesiyle haklı bir biçimde eleştirilmektedir. Ayrıca varma limanına ulaşılsın ya da ulaşılmasın her durumda bağlama noktasının oldukça tesadüfi olduğu da dile getirilmektedir⁶⁹.

Doktrinde müşterek avaryaya uygulanması önerilen diğer bir bağlama noktası dispeç yeri hukuku⁷⁰, dispeççinin işini kolaylaştırdığı gibi dispeç raporuna itiraz halinde mahkemenin *lex fori* bağlama noktasını uygulaması suretiyle hâkimlere de yardımcı olmaktadır⁷¹. Dispeç yeri belirlenmediği hallerde, TTK'nın 1279. maddesini⁷² gözeterek şekilde dispeçin varma yeri ülkesi hukukuna, varma limanına ulaşamaması halinde ise yolculuğun bittiği ülke hukukuna göre yapılması TTK ile MÖHUK arasındaki paralellliği tesis etmesi bakımından yerindedir. Ancak tarafların dispeç yerini çoğunlukla müşterek avarya klozunda kararlaştırdığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte dispeç yerinin

⁶⁵ Bu görüşteki Fransız ve Alman yazarlar için bkz. Göğer, 134, dpn. 261. Ayrıca bkz. Arseven, 26.

⁶⁶ Sözer, 40.

⁶⁷ Göğer, 134. Bayrak ülkesi hukukunun taşıtanları tek taraflı olarak geminin milliyetine bağladığına dair bkz. Arseven, 26.

⁶⁸ Bu görüşteki Fransız ve Alman yazarlar için bkz. Göğer, 134, dpn. 263. Varma yerinin dispeç yeri şeklinde anlaşılması gerektiğine yönelik bkz. Arseven, 22.

⁶⁹ Lowndes ve Rudolf, 585; Göğer, 135; Sözer, 40-41. Benzer yönde bkz. Arseven, 23; Hudson ve Harvey, 7. Birden fazla varma yeri bulunması durumunda uygulanacak hukuka dair çözümler için bkz. Lowndes ve Rudolf, 587 vd.

⁷⁰ Arseven, 29; Göğer, 139; Sözer, 41; Çetingil, Kender ve Ünan, 19.

⁷¹ Benzer yönde bkz. Arseven, 29.

⁷² TTK md. 1279: “Zararın tespiti ve paylaşılması varma yerinde, eğer buraya varılmazsa yolculuğun bittiği limanda yapılır.”



tespitinde (örneğin charter sözleşmelerinde farklı dispeç yerlerinin yer alması durumunda) daha önce açıkladığımız üzere çoğunluk iradesine etki tanınmalıdır. Çoğunluk iradesinin tek bir dispeç yerine yönelmediği durumlarda sırasıyla varma yeri hukuku ve varma limanına ulaşamamışsa son çare olarak yolculuğun sona erdiği ülke hukuku tatbik edilmelidir.

Dispeçe uygulanacak hukuk bakımından da yukarıda açıklanan dispeç yeri hukuku bağlama noktası tatbik edilebilir. Nitekim dispeççilerin ve dispeç raporuna itiraz halinde mahkemelerin, YAK dışında kalan konularda kendi ülke hukukunun uygulaması kendileri için oldukça avantajlıdır. Dispeçle müşterek avaryanın aynı hukuka tabi olması aynı zamanda bütünlük de arz etmektedir. Örneğin sigortacının dispeççiye başvuru hakkı olup olmadığı hususu dispeçe uygulanacak hukuka tabidir. Buna karşın sigortacının müşterek avarya ilişkisinin doğrudan tarafı olup olmadığı ise müşterek avaryaya uygulanacak hukuka göre belirlenir. Bu iki düzenlemenin paralellik arz etmesi önemlidir. Zira dispeçe uygulanacak hukukun sigortacıya dispeççiye başvuru imkânı tanımamasına karşın, müşterek avaryaya uygulanacak hukuk sigortacıyı doğrudan garame borçlusu kabul edebilir. Bu tip bir somut olay karşısında kaptanın dispeççiye başvuru ihmal etmesi halinde sigortacının, doğrudan tarafı olduğu bir uyuşmazlıkta dispeççiye başvuru hakkı bulunmayacak ve mağduriyeti ortaya çıkabilecektir. Kaldı ki uygulamada taraflar çoğu zaman dispeç yerini belirlediklerinden dispeç yeri hukuku, diğer objektif bağlama noktalarına nazaran taraf iradesini daha ön planda tutar niteliktedir.

Kısaca ifade etmek gerekirse müşterek avaryaya ve dispeçe uygulanacak hukukun paralellik arz etmesi yerinde bir uygulamadır. Dispeç yeri hukuku ayrıca, dispeçe ilişkin maddi ve usuli konularda *lex fori*'nin bir uzantısı olarak bütünlük de sağlamaktadır.

6. Bağlama Kuralının Uygulama Bakımından Değerlendirilmesi

Müşterek avarya uyuşmazlıklarında uygulamaya yönelik birtakım ihtimallerin incelenmesi, konuya açıklık getirmesi bakımından oldukça önemlidir. Bu doğrultuda taraflar navlun sözleşmesinde veya konişmentoda:

- Müşterek avarya konusunda yalnızca uygulanacak hukuku kararlaştırmış olabilir.
- Müşterek avaryaya ilişkin herhangi bir seçimde bulunmamış olabilir (ya da ilgililerin çoğunluğu tarafından yapılan seçimler belli bir ülke hukukuna ya da YAK metnine yönelmemektedir).

- Müşterek avaryanın hangi YAK metnine tabi olacağına yanı sıra müşterek avaryaya uygulanacak hukuku da kararlaştırmış olabilir.
- Müşterek avaryanın yalnızca hangi YAK metnine tabi olacağını kararlaştırmış olabilir (Bu ihtimalin pratikte en sık karşılaşılan ihtimal olduğu belirtilmektedir.)⁷³.

Kanunlar ihtilafı bakımından değerlendirildiğinde ilk ihtimalde subjektif bağlama kuralı uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre teklik ilkesi ve çoğunluk iradesi kuralları temelinde çoğunluk irade, belli bir ülkenin hukukuna yönelmiş ise müşterek avaryaya bu hukuka; aksi takdirde objektif bağlama kuralı uyarınca dispeçin yapıldığı yer hukukuna tabi olmaktadır. Dispeç yerinin belirlenemediği durumlarda sırasıyla varma yeri ülkesi hukuku, varma yerine ulaşılamaması halinde ise yolculuğun sona erdiği ülke hukuku tatbik edilmelidir.

İkinci ihtimalde objektif bağlama kuralı uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim bu durumda müşterek avaryaya ilgililerinin hiçbirini herhangi bir hukuk seçiminde bulunmuş ya da çoğunluk irade tarafından belli bir hukuk sistemine bağlanılabilmiş değildir. Dolayısıyla müşterek avaryaya uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenmelidir. Doktrinde bu gibi bir durumda müşterek avaryaya uygulanacak hukukun milletlerarası kural ve ilkelere göre belirlenebileceği ifade edilmektedir⁷⁴. Tarafların müşterek avaryaya konusunda herhangi bir seçim yapmadıkları durumlarda müşterek avaryaya uygulanacak hukuk konusunda özel bir bağlama kuralına olan ihtiyaç ortadadır. Ancak bu tip bir boşluğun bayrak ülkesi hukuku, varma yeri hukuku ya da dispeç yeri hukuku gibi objektif bağlama noktaları uygulanmak suretiyle doldurulması yerine hukuki öngörülebilirliğe ters düşecek şekilde içeriği oldukça belirsiz milletlerarası hukukta geçerli olan kural ve ilkelere göndermede bulunulması yerinde bir yaklaşım değildir.

Üçüncü ihtimalde taraflar müşterek avaryaya uygulanacak hukuk ile birlikte hangi YAK metninin uygulanacağını da kararlaştırmıştır. Bu durumda subjektif bağlama kuralından yola çıkılarak bir değerlendirmede bulunulmalıdır. Bu doğrultuda müşterek avaryaya uygulanacak hukuk bakımından ilk ihtimale yönelik yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak YAK'a yapılan

⁷³ Ülgener, 540; Çetingil, Kender ve Ünan, 18; Sözer, 42-43; Kruit, 18. Benzer yönde bkz. Lowndes ve Rudolf, 17, 591.

⁷⁴ Çetingil, Kender ve Ünan, 19.



göndermelerle müşterek avaryaya uygulanacak hukuk konusunda yapılan seçimler subjektif bağlama kuralı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Dördüncü ve son ihtimalde ise YAK'a yapılan göndermede subjektif bağlama kuralı uyarınca çoğunluk iradeye bakılırken müşterek avaryaya uygulanacak hukuk ise objektif bağlama kuralına göre tespit edilmelidir. YAK'a yönelik çoğunluk irade sağlanamamışsa müşterek avarya ilişkisi tamamen objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenen hukuk sistemine göre çözüme kavuşturulmalıdır. İlgililerin çoğunluğunun belirli bir YAK metni üzerinde uzlaşa sağladığı görüldüğü takdirde ise müşterek avarya öncelikle göndermede bulunan YAK metni uyarınca çözülmeli; YAK'ta boşluk bulunan durumlarda ise objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenen hukuk sistemine bakılmalıdır.

Doktrinde navlun sözleşmesinde müşterek avaryaya uygulanacak hukukun seçilmesi halinde uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin değil, kanunlar ihtilafı hükümlerinin esas alınacağı hatalı bir biçimde belirtilmektedir⁷⁵. Türk Kanunlar İhtilafı Hukuku'nda atıf (renvoi), hukuk seçimi yapılan hallerde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça kural olarak MÖHUK'un 2/4. maddesi uyarınca uygulanmadığı gibi hukuk seçimi yapılmayan hallerde ise MÖHUK'un 2/3. maddesi uyarınca yalnızca kişiler hukuku ve aile hukuku alanlarında kabul edilmektedir⁷⁶. Dolayısıyla doktrinde belirtilenin aksine müşterek avarya konusunda hukuk seçimi yapılsın ya da yapılsın, her durumda atıf reddedilmeli ve bağlama kuralı uyarınca tespit edilen hukukun doğrudan maddi hukuk kuralları uygulama alanı bulmalıdır.

7. Zamanaşımına Uygulanacak Hukuk

2004 ve 2016 YAK'ın XXIII. Kural'ı, uygulanacak hukukun öngördüğü zamanaşımına ilişkin emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla müşterek avarya paylaşımından doğan her türlü talebin dispeçin yayımlanması tarihinden itibaren bir yıl içerisinde sona ereceğini düzenler. Maddenin devamında müşterek avaryadan doğan taleplerin her halükârda müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden altı yıl sonra dava edilemeyeceği hükmü de yer almaktadır. Bu süreler, seferin sona ermesinin ardından taraflarca üzerinde anlaşarak uzatılabilmektedir.

⁷⁵ Sözer, 43, 46.

⁷⁶ Atıf konusunda bkz. Nomer, 145 vd.; Tekinalp, 39-40; Çelikel ve Erdem, 106 vd.; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli, 229 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 59 vd.; Özel vdi., 107 vd.; Can, 218 vd.

XXIII. Kural'da uygulanacak hukukun emredici hükümleri saklı tutulmuştur. Uygulanacak hukukta zamanaşımına ilişkin emredici bir hükmün bulunup bulunmadığı MÖHUK'un 8. maddesine göre belirlenmelidir. Madde uyarınca zamanaşımı, müşterek avaryanın esasına uygulanacak hukuka tabi tutulmaktadır⁷⁷. Dolayısıyla müşterek avarya konusunda subjektif veya objektif bağlama kuralınca belirlenen hukuk, zamanaşımı konusunda da söz sahibi olacaktır. Müşterek avaryaya uygulanacak hukukta zamanaşımına ilişkin emredici bir hükmün bulunup bulunmadığı hâkim tarafından göz önüne alınmalıdır. Uygulanacak hukukta zamanaşımı konusunda emredici bir hüküm bulunması halinde zamanaşımına bu ülke hukukuna tabi olacak; aksi takdirde YAK'ta yer alan bir ve altı yıllık süreler uygulama alanı bulacaktır.

Taraflarca müşterek avaryaya uygulanacak hukuk olarak Türk Hukuku'nun seçtiği ya da objektif bağlama kuralının Türk Hukuku'nu işaret ettiği durumlarda TTK'nın 1285. maddesinde yer alan zamanaşımı hükmünün niteliği incelenmelidir. TTK'nın 1285. maddesinde müşterek avarya garame payı alacaklarının, geminin 1279 uncu maddede belirtilen yere vardığı tarihten itibaren bir yılda zamanaşımına uğrayacağı hükmü yer almaktadır.

Madde hükmü lafzen değerlendirildiğinde “...zamanaşımına uğrar” ifadesinden hareketle maddenin emredici nitelikte olduğu görülmektedir. Dolayısıyla müşterek avaryaya uygulanacak hukukun Türk Hukuku olduğu bir durumda, YAK'ın hali hazırda uygulanacak hukuktaki emredici hükmü saklı tutan XXIII. Kural'ı nedeniyle TTK'nın emredici nitelikteki 1285. maddesindeki bir yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmalıdır⁷⁸.

Doktrinde 2016 YAK metninin milletlerarası antlaşma niteliğinde olmadığı, dolayısıyla Resmî Gazete'deki çevirinin yürürlüğe girme tarihi şeklinde yorumlanamayacağı, kaldı ki 2016 YAK'ın TTK'nın cevaz vermesiyle uygulama alanı bulduğu ve bu sebeplerle *lex posterior* ilkesi uyarınca TTK ile YAK arasında bir öncelik -sonralık ilişkisi kurulamayacağı ileri sürülmüştür. Buna karşın YAK'ın *lex specialis* ilkesi uyarınca TTK'ya kıyasla müşterek avarya konusunda özel bir düzenleme niteliğinde olduğu, bu sebeple zamanaşımı

⁷⁷ Müşterek avaryada zamanaşımı süresinin usule değil esasa ilişkin olduğuna yönelik bkz. Lowndes ve Rudolf, 579.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. Çetingil, Kender ve Ünan, 272; Algantürk Light, 286; Sözer, 334. İngiliz Hukuku'nda zamanaşımına ilişkin emredici bir hükmün olmadığı belirtilmektedir. Lowndes ve Rudolf, 579. TTK'daki zamanaşımı süresine yönelik eleştiriler için bkz. Kula, 742.



konusunda YAK hükmünün esas alınması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁹. Yazarın görüşü tek başına değerlendirildiğinde yasama tekniği bakımından tartışılabilir niteliktedir. Ancak yazar, 2016 YAK'ın XXIII. Kuralı'nın 'uygulanacak hukukun öngördüğü zamanaşımına ilişkin emredici hükümlerini saklı tutan' ilk fıkrası hakkında herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Ancak YAK'ın zamanaşımı konusunda emredici hükümleri saklı tutan açık hükmü nedeniyle XXIII. Kural, TTK'daki emredici düzenleme karşısında uygulanabilirliğini yitirmektedir. Pozitif hukuk bakımından bu şekilde düşünsek de olması gereken hukuk bakımından yazarın da belirttiği gibi yeknesaklık, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik adına zamanaşımı konusunda YAK'ın uygulanması daha isabetlidir⁸⁰.

Yukarıdaki bilgiler ışığında zamanaşımına uygulanacak hukukun Türk Hukuku olduğu bir uyuşmazlıkta TTK'daki bir yıllık zamanaşımı süresi, TTK'nın 1279. maddesi uyarınca varma yerine ulaşıldığı tarihten, varma yerine ulaşlamaması halinde ise yolculuğun sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

8. Garame Payı Alacağıın Gemi Alacaklısı Hakkı Tanıyıp Tanımadığına Uygulanacak Hukuk

Gemi alacaklısı hakkı, deniz ticareti hukukuna özgü kanuni bir rehin hakkıdır. Hak sahibi, alacağını sıra bakımından diğer alacaklılardan önce tahsil etme imkânına sahiptir. Hak borçlu yerine bizzat gemiyi takip ettiğinden geminin mülkiyetinin veya zilyetliğinin el değiştirmesi durumunda dahi alacaklı, yeni malik ya da zilyetten talepte bulunabilmektedir.

TTK'nın 1320/3. maddesi uyarınca Türkiye'de yargı yoluyla ileri sürülen bir alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediği Türk Hukuku uyarınca belirlenir. Söz konusu hüküm, gemi alacaklısı hakkının doğumu bakımından ihdas edilmiş özel ve tek taraflı bir bağlama kuralı niteliğindedir⁸¹. Dolayısıyla müşterek avarya uyuşmazlığında dispeççi tarafından belirlenen garame payı alacaklarının sahibine gemi alacaklısı hakkı tanıyıp tanımadığı meselesi müşterek avaryaya veya dispeçe uygulanacak hukuka göre değil, TTK'nın 1320/3. maddesindeki özel bağlama kuralına göre çözümlenmelidir. Aynı maddenin birinci fıkrasının f bendinde müşterek avarya garame payı alacakları, gemi alacaklısı hakkı veren alacak türleri arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla garame payı alacaklısı,

⁷⁹ Kula, 743, 744.

⁸⁰ Kula, 745.

⁸¹ Nomer, 315; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, 299-300; Özel vdi., 378.

alacağını, (i) dispeç raporuna itiraz edilmesi halinde Türk mahkemeleri veya (ii) dispeç raporuna itiraz edilmemesi halinde ise Türk icra daireleri nezdinde talep etmesi şartıyla gemi alacaklısı hakkına sahip olacaktır.

SONUÇ

Deniz ticareti hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çok büyük bir bölümü yabancılık unsuru barındırmaktadır. Buna karşın Türk Hukuku'nda yabancılık unsuru barındıran müşterek avarya uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuku gösteren özel bir bağlama kuralı mevcut değildir. Bunun dışında MÖHUK'ta yer alan sözleşmeye, haksız fiile veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel bağlama kuralları müşterek avarya sorumluluğuna uygulanabilir nitelikte değildir. Bu sebeple deniz ticareti hukukuna özgü bir kurum olan müşterek avarya sorumluluğuna yönelik özel bir bağlama kuralına ihtiyaç vardır. Zira uygulamada taraflarca YAK'a yapılan göndermeler hali hazırda bir hukuk seçimi mahiyetinde kabul edilmemektedir.

Çalışmada ortaya konulan görüşler ve değerlendirmeler ışığında yabancılık unsuru barındıran müşterek avarya uyuşmazlıklarına yönelik bağlama kuralı önerisi şu şekildedir:

Müşterek avaryadan kaynaklanan uyuşmazlıklar tarafların seçtiği hukuka tabidir. Taraflar uygulanacak hukuku müşterek avarya hareketinin meydana gelmesinden sonra da kararlaştırabilir. Ancak birden fazla hukuk düzenine tabi olacak şekilde yapılan seçimler geçersizdir. Müşterek avarya konusunda York-Anvers Kuralları'na yapılan göndermeler, Yorum Kuralı'nın ilk fıkrasına uygun bir biçimde uygulanır.

İkiden fazla müşterek avarya ilgisinin bulunduğu durumlarda müşterek avarya;

Birinci fıkrada öngörülen şekle uygun olmak kaydıyla ilgililerin çoğunluğu tarafından kararlaştırılan hukuka ve/veya kurallara tabi olur. İlgililerin çoğunluk iradesinin belli bir hukuka ya da kurallara yönelmediği durumlarda müşterek avaryaya uygulanacak hukuk, altıncı fıkradaki objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenir.

Donatanla birden fazla taşıtanın birinci fıkraya uygun bir biçimde yaptıkları hukuk seçimleri ve/veya göndermeler, aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmayan ilgililer arasındaki haklar ve sorumluluklar bakımından da söz sahibidir.



Taraflar, dispeçe uygulanacak hukuku da yukarıdaki hükümlere uygun bir biçimde serbestçe kararlaştırabilir.

Yukarıda belirtildiği şekliyle bir hukuk seçimi ve/veya gönderme mevcut değilse müşterek avaryaya ve dispeçe ilişkin meseleler, dispeçin yapıldığı ülke hukukuna tabidir. Dispeç yerinin belirlenemediği durumlarda varma yeri ülkesi hukuku, varma yeri ülkesine ulaşılamaması halinde ise yolculuğun sona erdiği ülke hukuku uygulanır.

Müşterek avaryanın kendine özgü niteliği, uygulamadaki durum ve YAK'ın müşterek avaryayı bütünüyle düzenleyen bir metin olmaması yönleriyle değerlendirildiğinde, müşterek avarya uyuşmazlıklarında kanunlar ihtilafı meselelerinin oldukça önemli yer tuttuğunun altı çizilmelidir. Ancak söz konusu önemine rağmen müşterek avaryanın kanunlar ihtilafı boyutunun milletlerarası alanda tartışıldığı tek yer genellikle mahkemelerin somut olaya göre verdikleri farklı kararlar ve doktrin in açıklamaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâlbuki kanunlar ihtilafı perspektifinden bakıldığında meselenin çözümüne yönelik bağlayıcı nitelikte milletlerarası bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu aşikârdır. Deniz ticareti uyuşmazlıklarında aranılan hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması için yalnızca maddi hukuk kurallarının birleştirilmesi yeterli değildir. Tam ve eksiksiz bir hukuki öngörülebilirlikten bahsedebilmek için bağlama kurallarının da aynı şekilde yeknesaklaştırılması gereklidir.

KAYNAKÇA

Algantürk Light D, 'York-Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme' (2004) VII(3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

—, *York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya* (B. 2, Arıkan Basım Yayım 2006)

—, 'York Anvers Kuralları 2016', (2016) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

—, 'York Anvers Kuralları 2016, Revizyon Çalışmalarına İlişkin Değerlendirmeler', (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

Arseven Haydar, *Müşterek Avaryalar I Umumî Prensipler ve Münferit Müşterek Avarya Halleri* (Menteş Kitabevi 1961)

Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku, Cilt 1* (B. 1, On İki Levha Yayıncılık 2017)

- , *Deniz Ticareti Hukuku-Deniz İcra Hukuku, Cilt 4* (B. 2, On İki Levha Yayıncılık 2019)
- Can Hacı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi 2023)
- Civir Engin M, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya’ (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (B. 17, Beta Basım 2021)
- Çetingil E, Kender R ve Ünan S, *Müşterek Avarya Hukuku* (B. 1, On İki Levha Yayıncılık, 2011)
- De Arruda M. A, ‘General Average is a Necessity’ (2022) 13(2) Beijing Law Review
- Doğan V, Çağrı Yılmaz A ve Ayhan İzmirli L, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Güncellenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi 2023)
- Göğər E, *Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (B. 1, Şenyuva Matbaası 1969)
- Hudson N. G ve Harvey M. D, *The York-Antwerp Rules* (B. 4, Informa Law 2018)
- İzveren A, Franko N ve Çalık A, *Deniz Ticareti Hukuku* (Adalet Matbaacılık 1994)
- Johnson P, ‘A Comparison of General Average Law and the Status of Average Adjusters in Sweden and United States’ (1981) 12(3) Journal of Maritime Law and Commerce
- Kara H, *Deniz Ticareti Hukuku*, (B. 1, On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Kruit J, *General Average, Legal Basis and Applicable Law the Overrated Significance of York-Antwerp Rules* (B. 1, Paris Legal Publishers 2017)
- Kula N, ‘Türk Ticaret Kanunu ile York Anvers 2016 Kuralları Uyarınca Müşterek Avaryaya Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Özellikle Zamanaşımı Hususu’ (2019) 27(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Lowndes R ve Rudolf G. R, *General Average and York-Antwerp Rules* (B. 13, Sweet & Maxwell 2008)
- Mandaraka-Sheppard A, *Modern Maritime Law*, C. 2 (B. 3, Informa Law 2013)



- Nielsen B, 'Law of General Average', David Joseph Attard vdi. (eds), The Imli Manual on International Maritime Law (B. 1, Oxford University Press 2016)
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (Yenilenmiş 23. Bası, Beta Basım 2021)
- Okay S, 'Müşterek Avarya Hukukunun Kısa Bir Tarihçesi' (1959) 24(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- Özdemir Kocasakal H, 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' (2010) 30(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
- Özel S vdi., *Milletlerarası Özel Hukuk* (B. 1, On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Rose Francis D, *General Average Law and Practice*, (B. 3, Informa Law 2018)
- Sevda Söğüt İ, 'A Synoptic Overview of the Rhodia De lactu' (2017) 23(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
- Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku – II* (B. 1, Vedat Kitapçılık 2016)
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (B. 10, Beta Basım 2023)
- Tekil F, *Türk Hukukunda Müşterek Avarya* (Kutulmuş Matbaası 1965) (*Müşterek Avarya*)
- , 'York-Anvers Kurallarındaki Yorum Kuralının İlk Fıkrası' (1996) 1(2) Deniz Hukuku Dergisi (*Yorum*)
- , *Deniz Hukuku* (B. 6, Alkım Yayınevi 2001)
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık 2020)
- Tetley W, *International Maritime and Admiralty Law* (International Shipping Publications 2002)
- Ulusan İ, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (Ek Bölüm ile Güncelleştirilmiş 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2012)
- Ülgener F. M, *Çarter Sözleşmeleri I- Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmesi* (B. 1, Der Yayınları 2000)
- Vildan Keskinç E, '1864 Ticaret-i Bahariye Kanunnamesi'nden Günümüze Müşterek Avarya' (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2020)



Yavaşca C, *Deniz Ticareti Hukuku Deniz Kazaları ve Deniz Sigortaları* (B. 1, Beta Basım 1993)

Yazıcıoğlu E, Kender R ve etingil E, *Deniz Ticareti Hukuku* (B. 15, Filiz Kitabevi 2020)



DEHUKAMDER

DEHUKAM DENİZ HUKUKU DERGİSİ
DEHUKAM JOURNAL OF THE SEA AND MARITIME LAW

DEHUKAMDER - Volume: 7 / Issue: 1 / Year: 2024, pp. 85-154

-Çeviri / Translation-

CONFLICT OF LAWS ISSUES IN GENERAL AVERAGE DISPUTES*

MÜŞTEREK AVARYA UYUŞMAZLIKLARINDA KANUNLAR İHTİLAFI MESELELERİ

Res. Asst. Dr. Sinan Can KONYALI**

ABSTRACT

Although general average is one of the oldest institutions of maritime law, there is no national/international regulation containing a binding rule on the law applicable to general average disputes that have a foreign element in international and Turkish Law. Due to the aforementioned gap, the applicable law in general has been discussed in the light of court decisions and doctrinal thoughts. Although there have been some evaluations in the Turkish doctrine on the conflict of laws issues from past to present, it has been observed that these evaluations are very limited and/or contain incomplete and/or erroneous points when evaluated from a conflict of laws perspective. In this study, it is aimed to eliminate these deficiencies and to make new suggestions by drawing attention to the points that seem erroneous. In this respect, it's proposed a special binding rule that we think can be applied to the disputes over general average, which it's characterized as a form of liability specific to maritime law. Since the study deals with general average disputes with a foreign element, answers have been sought to the questions of the status of general average, as well as the status of dispatch and of limitations. Apart from these, issues related to international procedural law are left out of the scope.

* Research Article, Received: 10.05.2024 / Accepted: 03.09.2024.

Copyright: All kinds of publication, printing, reproduction and distribution rights of the article belong to DEHUKAMDER (Ankara University National Center for the Sea and Maritime Law Journal of the Sea and Maritime Law). The scientific, ethical and legal responsibility of the article belongs to the authors.

Ethical Statement: The author(s) declare that the preparation of this article is in accordance with ethical rules.

Conflict of Interest Declaration: The author(s) have no conflict of interest to declare.

Declaration of Support and Acknowledgement: None.

** Research Assistant, Faculty of Law, Uludağ University (sinancank@uludag.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-5992-8415).



Keywords: •General Average •Applicable Law •Adjustment •York-Antwerp Rules
•Binding Rule

ÖZ

Müşterek avarya deniz ticareti hukukunun en eski kurumlarından biri olmasına karşın milletlerarası alanda ve Türk Hukuku'nda yabancılik unsuru barındıran müşterek avarya uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk konusunda bağlama kuralı ihtiva eden herhangi bir milli/milletlerarası düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu boşluk sebebiyle müşterek avarya uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk, genel olarak mahkeme kararları ve doktrin görüşleri ışığında tartışılmalıdır. Türk doktrininde geçmişten günümüze müşterek avaryaya ilişkin kanunlar ihtilafı meseleleri konusunda birtakım değerlendirmeler yer alsa da yapılan incelemelerin çok sınırlı olduğu ve kanunlar ihtilafı perspektifinden değerlendirildiğinde eksik ve/veya hatalı noktalar barındırdığı görülmüştür. Çalışmada söz konusu eksikliklerin giderilmesi ve hatalı bulduğumuz noktalara dikkat çekilerek yeni önerilerde bulunulması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda deniz ticareti hukukuna özgü bir sorumluluk olarak nitelendirdiğimiz müşterek avarya uyuşmazlıklarında uygulanabileceği düşünülen özel bir bağlama kuralı önerilmeye çalışılmıştır. Bağlama kuralını oluştururken ise müşterek avaryanın mahiyetini göz önünde bulundurarak ve kanunlar ihtilafı hukukunun temel kriterlerinden de hareketle birtakım incelemeler yapılmış; uygulamada York-Anvers Kuralları'na ve dispeç yerine yapılan göndermelerin kanunlar ihtilafı hukuku açısından durumu değerlendirilmiştir. Çalışmada yabancılik unsuru barındıran müşterek avarya uyuşmazlıkları ele alındığından müşterek avarya statüsünün yanı sıra dispeç ve zamanaşımı statüsü ile garame payının gemi alacaklısı hakkı tanıyıp tanımadığının hangi hukuka göre belirleneceği sorularına da cevaplar aranmıştır. Bunun dışında milletlerarası usul hukukuna ilişkin meseleler ise kapsam dışı bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: •Müşterek Avarya •Uygulanacak Hukuk •Dispeç •York-Anvers Kuralları •Bağlama Kuralı

INTRODUCTION

In maritime disputes, which largely contain elements of foreign, the parties' needs for legal security and predictability are considerably high. In this way, maritime law emerges as a discipline regulated by international conventions as well as national laws. To fully and completely ensure the legal predictability desired by maritime law, it is very important to harmonize not only the substantive law rules but also the connecting rules that are the subject of the conflict of laws discipline to the same extent.

Today, not only is there no uniformity in the connecting rules regarding general average disputes, but there is not even a binding regulation containing substantive provisions. However, the certainty to be achieved in resolving



conflicts of laws in general average disputes containing foreign elements also serves the legal security and predictability needed in maritime law.

In order to ensure legal predictability, this study generally addresses the conflict of laws aspect of general average disputes. There is no connecting rule in Turkish Law that can be applied to disputes involving foreign elements in general average. In this respect, in the first part of the study, which consists of two parts, general information about the institution of general average is given and doctrinal views on its nature are put forward; and in the second part, evaluations are made regarding the law applicable to general average, adjustment, statute of limitation and whether the contribution constitutes a maritime lien or not, together with the classification. In the conclusion section, a new connecting rule proposal has been made. Objection to the adjustment report, which constitutes the subject of international procedural law, the procedure of trial, the binding nature of the adjustment report, and especially issues related to international arbitration are excluded from the scope of the study.

I. GENERAL AVERAGE AS AN INSTITUTION OF MARITIME LAW

1. Definition, Emergence, Elements and Adjustment

General average is one of the oldest institutions unique to maritime law. In general, it is accepted that general average has been in historical development since the maritime transportation began¹.

¹ In this regard, it is stated that general average is the oldest, most original, and least changed institution of maritime law, and its emergence is attributed to the maritime customs of the Rhodian State in Ancient Times and subsequently to Roman Law in written form. For detailed information, see: Haydar Arseven, *Müşterek Avaryalar I Umumi Prensipler ve Münferit Müşterek Avarya Halleri* (Menteş Bookstore 1961) 3 et seq.; Sami Okay, 'Müşterek Avarya Hukukunun Kısa Bir Tarihiçesi' (1959) 24(1-4) Istanbul University Faculty of Law Journal 289 et seq.; Fahiman Tekil, *Türk Hukukunda Müşterek Avarya* (Kutulmuş Printing House 1965) 21 et seq. (*Müşterek Avarya*); Richard Lowndes and George Rupert Rudolf, *General Average and York-Antwerp Rules* (13th edn, Sweet & Maxwell 2008) 1 et seq.; N. Geoffrey Hudson and Michael D. Harvey, *The York-Antwerp Rules* (4th edn, Informa Law 2018), 3 et seq.; Adil İzveren, Nisim Franko and Ahmet Çalık, *Deniz Ticareti Hukuku* (Adalet Printing 1994), 346; Bent Nielsen, 'Law of General Average', David Joseph Attard et al. (eds), *The IMLI Manual on International Maritime Law* (1st edn, Oxford University Press 2016) 514; William Tetley, *International Maritime and Admiralty Law* (International Shipping Publications 2002) 365 et seq.; Patrick Jr. Johnson, 'A Comparison of General Average Law and the Status of Average Adjusters in Sweden and United States' (1981) 12(3) *Journal of Maritime Law and Commerce* 363 et seq.; Didem Algantürk Light, *York Antwerp Rules 2004 General Average* (2nd edn, Arıkan Basım Yayım 2006) 3 et al.; Ergon Çetingil, Rayegân Kender and Samim Ünán, *Müşterek Avarya Hukuku* (1st edn, On İki Levha Publishing, 2011) 7 et seq.; Emine



As it is known, due to the nature of maritime transportation, the ship, cargo and freight are exposed to perils from the beginning to the end of the navigation. In the event of such a peril, it may be necessary to make sacrifices from the ship and/or the cargo (or part of the cargo) in order to eliminate the danger. General average is a type of liability that deals with the apportionment among the interested parties of the expenses incurred and the losses resulting from the sacrifices made as a result of actions taken to escape from the perils in question². As a result of the common destiny between the ship, cargo, and freight, it was deemed contrary to the principles of fairness and equality for each party to bear their own loss; as a result, the responsibility for general average has emerged³.

To be able to talk about the general average action, it is necessary for certain elements to be present together. First, the ship, cargo, and freight must embark on a common maritime adventure. Secondly, there must be a common danger threatening the ship, cargo, and freight. Thirdly, an extraordinary sacrifice must be made to save the ship and the cargo. Fourthly, the sacrifice that is made should be reasonable. Finally (although it is controversial), the sacrifice must yield a beneficial result, in other words, at least part of the cargo must be salvaged along with the ship⁴.

Yazıcıoğlu, Rayegân Kender and Ergon Çetingil, *Deniz Ticareti Hukuku* (15th edn, Filiz Bookstore 2020), 447; Cemaletdin Yavaşca, *Deniz Ticareti Hukuku Deniz Kazaları ve Deniz Sigortaları* (1st edn, Beta Basım 1993), 62 et seq.; Jolien Kruit, *General Average, Legal Basis and Applicable Law the Overrated Significance of York-Antwerp Rules* (1st edn, Paris Legal Publishers 2017) s. 21 et seq.; Elif Vildan Keskinçilic, '1864 Ticaret-i Bahariye Kanunnamesi'nden Günümüze Müşterek Avarya' (Master's Thesis, Akdeniz University 2020) 3 et seq. See the evaluations on Rhodian Law and its impact on Roman Law, İpek Sevda Söğüt, 'A Synoptic Overview of the Rhodia De lactu' (2017) 23(3) Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies 209 et seq.

² Tekil, *Müşterek Avarya*, 20; Fahiman Tekil, *Deniz Hukuku* (6th edn, Alkım Publishing House 2001), 380; Çetingil, Kender and Ünan, 1. As a matter of fact, Tekil states that the contribution creates a debt, the debt creates a liability, and the determination to be made in general average dispute is essentially to find the source of the liability: Tekil, *Müşterek Avarya*, 16.

³ Mehtap Civir Engin, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya' (2012) 18(2) Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies 508.

⁴ See also about the elements of general average: Arseven, 30 et seq.; Tekil, *Müşterek Avarya*, 33 et seq.; Fehmi M. Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri I- Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmesi* (1st edn, Der Publications 2000) 532 et seq.; Nielsen, 516 et seq.; Tetley, 365 et seq.; Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku – II* (1st edn, Vedat Publishing 2016) 11 et seq.; Aleka Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law*, Vol. 2 (3rd edn, Informa Law 2013) 660 et seq.; Yazıcıoğlu, Kender and Çetingil, 450 et seq.; İzveren, Franko and Çalık, 348 et seq.; Yavaşca, 66 et seq.; Hacı Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, (Vol.1, On İki Levha Publishing 2020) 316 et seq.; Civir Engin, 508, 509; Keskinçilic, 27 et seq.



The determination of the general average event and the apportionment of the damages and expenses constituting the general average among the ship, cargo, and freight is called adjustment; the document containing the said apportionment is called the adjustment report⁵. Following the finalization of the adjustment report, each related person, instead of bearing its own losses, becomes a creditor from or a debtor to the general average in the amount of contribution shown in the report⁶. With the finalization of the court decision regarding the adjustment approval, the report becomes a document in the nature of a judgment, and the collection of receivables is ensured in this way.

2. Legal Nature

The legal nature of the general average liability is of great importance in terms of determining the connecting subject and the applicable connecting rule. For example, if the general average is accepted as unjust enrichment, the connecting rule to be applied is Article 39 of the Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law⁷ (IPPL), while if it is accepted as a tort, Article 34 is applied.

Various opinions have been put forward from past to present regarding the nature of the liability arising from general average⁸. The first of these views states that the participation in contribution arises from the freight contract, whereas the receivable-debt relationship between the cargo owners cannot be explained by

⁵ See adjustment and adjustment report: Ülgener, 531-532; Lowndes and Rudolf, 581 et seq.; Çetingil, Kender and Ünan, 273 et seq.; Sözer, 337 et seq.; İzveren, Çalık and Franko, 366 et seq.; Nielsen, 526 et seq.; Yazıcıoğlu, Kender and Çetingil, 453 et seq.; Yavaşca, 112 et seq.; Kara, 318 et seq.; Nil Kula, 'Türk Ticaret Kanunu ile York Anvers 2016 Kuralları Uyarınca Müşterek Avaryaya Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Özellikle Zamanaşımı Hususu' (2019) 27(3) Selçuk University Faculty of Law Journal 734 et seq.

⁶ The adjustment report prepared by the adjuster consists of certain sections. First, the event that led to the preparation of the report is summarized, and the claims and defenses of the parties involved are briefly included. Secondly, it is determined whether the event constitutes a general average. If it is determined that the event constitutes a general average, a third receivables are formed. The expenses incurred and the values sacrificed are included. Fourthly, the debts are identified. The values of the ship, cargo, and freight after the voyage are determined at the table of the debts. In the final section, the report is concluded by calculating the ratio through the division of the credits by the debts and determining the contributions. For detailed information, see: Tekil, *Müşterek Avarya*, 287 et seq.; Lowndes and Rudolf, 596 et seq.; Çetingil, Kender and Ünan, 276 et seq.

⁷ RG 12.12.2007/26728.

⁸ See about the transmission of various opinions on this subject throughout the historical process: Lowndes and Rudolf, 9 et seq.



the relative contractual liability alone⁹. This view, which considers the liability between the parties to be in the nature of danger liability, argues that the freight contract also includes danger liability. Finally, it is also stated that there is a partnership in general average, which is managed by the captain¹⁰.

Another view on the nature of the general average bases the legal relationship on a mandate representation that originates from the contract between the cargo owners and the shipowner, where they agree that the master (captain) is authorized in case of perils. The opinion is criticized in the doctrine on the grounds that the general average relationship is a state of objective liability, whereas in a mandate relationship, the captain can only be held liable if he fails to act prudently¹¹.

Another view in the doctrine argues that the values saved in general average are unjustly enriched compared to the values sacrificed, and therefore the source of liability is unjust enrichment¹². The theory of unjust enrichment has been criticized on the grounds that not every saved or sacrificed value is always included in the contribution,¹³ that the causal link between enrichment and impoverishment in the general average relationship cannot be clearly demonstrated in every situation, unlike unjust enrichment¹⁴, and that it is not correct to explain the general average liability with the theory of unjust enrichment, which emerged much later than itself¹⁵.

In addition to the views, the doctrine also refers to the theory of balancing sacrifices. According to this view, in the event of a general average, there is a state of common danger, and as a manifestation of necessity, the captain

⁹ Francis D. Rose, *General Average Law and Practice*, (3rd edn, Informa Law 2018) 10; Kruit, 70.

¹⁰ Arseven, 21; Çetingil, Kender and Ünan, 4-5. For detailed information about the opinion of the French jurist Ripert and the criticisms of this opinion, see: Tekil, *Müşterek Avarya*, 35 et seq. See the views adopting contractual liability in English doctrine: Lowndes and Rudolf, 12-13.

¹¹ For detailed information about the view adopted in English Law, see: Tekil, *Müşterek Avarya*, 44-45; Lowndes and Rudolf, 10 et seq.; Sözer, 34-35.

¹² For detailed information about the view adopted in French Law, see: Arseven, 21; Tekil, *Müşterek Avarya*, 45-46; Çetingil, Kender and Ünan, 4-5; Sözer, 33. See also Rose, 7.

¹³ Arseven, 22; Çetingil, Kender and Ünan, 4.

¹⁴ Tekil, *Müşterek Avarya*, 46-47; Sözer, 33.

¹⁵ Çetingil, Kender and Ünan, 4.



sacrifices some values in the name of protecting superior values¹⁶. However, despite the similarity in question, certain drawbacks are also pointed out. Indeed, in the balancing of sacrifices, the superior of the two conflicting interests is preferred, while the other interest is sacrificed for this cause. However, in general average, there is a unity of interest between the ship and the cargo, in complete contrast to a conflict of interests¹⁷.

Today, it is rightly stated that it is neither appropriate nor necessary to explain the nature of general average with institutions in other branches of law¹⁸, and that the responsibility for general average is determined by rules that are extremely detailed and meet the needs of practice. In this respect, general average emerges as a special type of liability unique to maritime law, based on the common destiny between the ship and the cargo¹⁹.

3. Provisions of the TCC Regarding General Average

The main regulation about general average in Turkish Law is the articles 1272 et seq. in the First Section of the Fifth Part titled “*Marine Accidents*” of the Fifth Book of the Turkish Commercial Code No. 6102²⁰ (TCC).

Article 1272/3 of the TCC stipulates that the damages and expenses falling under the general average contribution shall be shared among the ship, cargo, freight and other goods in accordance with the provisions of the First Section. Article 1273/1 of the TCC titled “Rules to be Applied” stipulates that, unless otherwise agreed by the parties, the general average is governed by the latest York-Antwerp

¹⁶ İhsan Ulsan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (Updated with Additional Section 2. Press Just Like the Original, Vedat Publishing 2012) 117; Çetingil, Kender and Ünan, 6.

¹⁷ Ulsan, 118; Çetingil, Kender and Ünan, 6. For some similar criticisms, see: Sözer, 33-34.

¹⁸ Arseven, 23; Erdoğan Göğer, *Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (1st edn, Şenyuva Printing House 1969) 135; Kruit, 53; Sözer, 37.

¹⁹ Arseven, 23; Tekil, *Müşterek Avarya*, 49; Göğer, 135 et seq.; Lowndes and Rudolf, 16-17; Çetingil, Kender and Ünan, 7; Yavaşca, 142; Kara, 315. Although in agreement, Sözer refers to the nature of general average as the 'theory of interest participation.' Sözer, 36-37. For similar views on the English doctrine that general average responsibility arises from general maritime law, see: Lowndes and Rudolf, 13-15. See also the decisions of the English courts rejecting contractual liability: Kruit, 69 vd. Regarding the views that general average arises from the concept of 'natural justice' similar to the principle of good faith in Turkish Law; and that the general average cannot be explained by theories such as mandate or unjust enrichment, see: Mandaraka-Sheppard, 654; Kruit, 52 et seq.

²⁰ RG 14.02.2011/27846.



Rules (YAR) prepared by the Committee Maritime International (CMI)²¹ and translated and published in Turkish.

In general, YAR is the most important outcome of the unification efforts regarding general average that have been ongoing for a long time²². In maritime transportation practice, expressions such as "In the event of a general average, the adjustment will be made in London in accordance with the York-Antwerp Rules dated ..." are generally found in bills of lading or charter parties. Although the YAR is not a binding text, it is referred to in almost all contracts or bills of lading today for the resolution of disputes related to general average²³. 2016 YAR is currently the most recent YAR text and was translated into Turkish by the Ministry of Treasury and Finance and published in the Official Gazette dated 19.02.2019 and numbered 30691.

According to Article 1273/1 of the TCC, unless otherwise agreed by the parties under Turkish Law, the 2016 YAR is applied in disputes related to general average. In case of a gap in YAR, other provisions of the TCC regarding general average will be valid²⁴. Therefore, as a result of the reference made by the said article, the 2016 YAR has gained a binding nature in terms of Turkish Law²⁵.

²¹ For the establishment and history of the International Maritime Committee, see: <<https://comitemaritime.org/about-us/history/>> p.t.o. August 19, 2024.

²² The York-Antwerp Rules, an outcome of efforts to prevent differences between national laws regulating general average, were named after conferences held in the city of York in the United Kingdom in 1864 and in the city of Antwerp in Belgium in 1877. The York-Antwerp Rules have been revised at various times by the International Maritime Organization (*Committee Maritime International-CMI*) especially since 1994. The latest text was edited in 2016, but underwent various changes in 2022. For English texts of YAR, see: <<https://comitemaritime.org/work/york-antwerp-rules-yar/>> accessed December 11, 2023. For detailed information about the historical process of YAR, see: Algantürk Light, 6 vd.; Lowndes and Rudolf, 43 vd.; Kruit, 32 vd.; Keskinliç, 9 vd.

²³ Nielsen, 515.

²⁴ For criticisms of the provisions in question, see: Çetingil, Kender and Ünán, 291 vd.

²⁵ See also: Kula, 732. It is stated that Denmark, Spain, Argentina, the Netherlands, Switzerland, Luxembourg, Sweden, Finland, and Norway, along with Türkiye, have also incorporated the YAR texts into their domestic laws. Marcos Aurelio De Arruda, 'General Average is a Necessity' (2022) 13(2) Beijing Law Review 347; Kruit, 107. See the texts of YAR 2016: Diden Algantürk Light, 'York Anvers Kuralları 2016', (2016) 22(2) Marmara University Faculty of Law Legal Research Journal 205 et seq.; Didem Algantürk Light, 'York Anvers Kuralları 2016, Revizyon Çalışmalarına İlişkin Değerlendirmeler', (2016) 22(3) Marmara University Faculty of Law Legal Research Journal 191 et seq. See also the 2004 YAR text: Diden Algantürk Light, 'York-Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme' (2004) VII (3-4) Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law Journal, 419 et seq.

It can easily be said that the legislator, in the regulation of the Turkish Commercial Code regarding general average, generally aims to align with the YAR. Most of the YAR regulations specify which damages and expenses are included in the general average contribution. Moreover, Article 1273/1 of the TCC clearly states that the general average shall be determined in accordance with the YAR. Apart from this, the provisions on general average in the TCC generally include the parties to the general average, pledge and imprisonment rights on the general average claims, security and certain substantive and procedural regulations on adjustment²⁶.

II. EVALUATION OF GENERAL AVERAGE IN TERMS OF CONFLICT OF LAWS

1. The Relationship Between Maritime Law and Conflict of Laws

The fact that maritime transportation is an international activity leads to a large portion of the disputes that arise containing foreign elements. All maritime disputes involving a foreign element are also related to conflict of laws. The relationship between the two disciplines continues to increase despite the long-standing unification efforts in maritime law²⁷. Among the reasons for the increase in the relationship between the two disciplines - in parallel with the development in technology - is that ships are more resistant to sea perils compared to the past and are quite massive in terms of the amount of cargo to be transported. As a result, a legal relationship structure connected with many countries emerges in a single voyage with ships traveling to much more distant ports.

Despite the ongoing efforts of harmonization from the past, it is not possible to talk about a comprehensive maritime law order that is valid all over the world

²⁶ For more information on the pre-TCC period and the provisions in the TCC, see also: Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku, Cilt 1* (1st edn, On İki Levha Publishing 2017) 489, 490. The definition of general average in YAR and TCC is similar, with the only difference being that the element expressed as 'assets' in the first paragraph of YAR Rule A is more restrictively regulated in TCC as 'ship, cargo, other goods, and freight' compared to YAR. In terms of the definition of general average action, it may be more appropriate to refer to YAR from a systematic perspective. In contrast, the assets affected by the danger in the TCC are also open to broad interpretation, and in this respect, the definition is coherent to the YAR regulation. See in a similar direction: Kula, 734. 2004 See also regarding the similarity of the definition in the YAR and TCC draft: Algantürk Light, 95, 96.

²⁷ However, it is expected that the need for conflict of laws will decrease to the extent that the substantive law rules related to maritime are unified.



today. As long as such a system is not established, maritime law will need conflict of laws in terms of disputes involving foreign elements. On the other hand, there is no internationally binding regulation in terms of resources containing specific connecting rules for maritime transport. In disputes containing foreign elements, the first source to be considered in matters not regulated by international conventions, in accordance with Article 1/2 of the IPPL, is the connecting rules to be applied by the court or arbitrators. Even the existence and validity of the choice of law between the parties is determined according to the special provisions in the connecting rules to be applied to the dispute or the law to be applied to the choice of law agreement.

In the face of this situation, in order to fully and completely ensure the legal certainty and predictability aimed for in maritime law, it is not sufficient to only harmonize substantive law rules; at the same time, the conflict of laws rules in private international law must also be harmonized in the same way²⁸. In fact, the two disciplines represent two sides of a coin in the context of the aim of unification.

The historical development of general average also sheds light on its relationship with conflict of laws. In the nineteenth century, when efforts to harmonize were not yet at the desired level, the different practices in the legal systems of each state regarding general average emerged as a very significant problem. For this reason, it has been accepted that it is inevitable to make a uniform regulation on general average²⁹. However, although some drafts containing connecting rules have been prepared on this subject, these regulations have either never been opened for signature; or even if they were opened for signature, they were accepted by very few states³⁰.

It has been stated that after the acceleration of YAR studies at the beginning of the twentieth century, these rules were so adopted in international maritime transport that there was no need to establish a connecting rule on general average, as the idea that the dispute would be subject to a single substantive regulation in any case began to prevail³¹. However, the YAR contains gaps on issues such as the status of the adjuster and the adjustment, who may be the creditors of the general average and whether the general average contribution shall confer the

²⁸ See also in the same direction: Kruit, 191.

²⁹ Johnson, 366; Kruit, 192.

³⁰ Kruit, 191.

³¹ Kruit, 192.

maritime lien³². For such reasons, it is stated that the prevailing opinion at the beginning of the twentieth century started to change as of the second half of the twentieth century, and today, the views on the determination of the nature of general average and laying the legal foundations for references to non-binding regulations have gained weight³³.

2. The Impossibility and Unreasonableness of Applying the Connection Subjects in IPPL to General Average Disputes

Although there have been debates about the nature of general average responsibility in the past, today the view that general average is ultimately an institution unique to maritime law is quite prevalent³⁴. For no view that tries to explain the nature of general average by borrowing from other legal disciplines can fully reveal the nature of the relationship. For example, the view that bases the foundation of responsibility on the freight contract has not been able to explain the relationship between the cargo owners themselves. The theory of unjust enrichment, on the other hand, has shortcomings in terms of causality and the values that will participate in the contributions. In a similar manner, the theory of the balancing of sacrifice is also based on the principle of prioritizing the interests of one or several parties over others, contrary to the understanding of equal sharing of losses for the common good in general average, by sacrificing other values for this purpose.

Due to the nature of maritime law practice and the relationship of general average, it is a very important requirement for the dispute to be governed by a single legal system³⁵. Indeed, in the case of a general average dispute, the relationship between the shipowner and the cargo owners is based on freight contracts, while the relationships between the cargo interests and the freight creditors are based on tort or unjust enrichment, resulting in multiple national legal systems having a say by applying different conflict of law rules to a single dispute. However, this situation creates differences in terms of substantive law on issues such as the values to be the contribution and the statute of limitations, making it impossible to resolve the dispute. However, although a part of it has a procedural law character, it is quite necessary to be bound to a single legal system regarding adjustment in terms of substantive law. Especially in cases where the

³² See in a similar direction: Johnson, 367; Sözer, 38-39, 66; Kruit, 64 vd.

³³ Kruit, 200.

³⁴ Lowndes and Rudolf, 16-17.

³⁵ See also in the same direction: Ülgener, 529; Çetingil, Kender and Ünan, 18.



captain and/or shipowner refrains from having an adjustment carried out after a general average act, legal problems that are impossible to solve arise, such as different legal systems holding different persons responsible or different timeframes being foreseen for the adjustment to be carried out. In addition, in terms of the statute of limitations, the general average relationship must be linked to a single law. Because prescribing different statutes of limitations for each creditor creates a situation that disrupts equality among creditors. However, the general average is the result of a common destiny established among the interested parties. Therefore, whether they are creditors or debtors, it is a requirement of the nature of the legal relationship that all parties involved are subject to equal legal principles in terms of rights and responsibilities.

The idea of applying a different connecting rule for each relevant aspect, as seen above, contradicts the nature of the dispute arising from general average. Apart from this, the question of whether the entire general average relationship can be subject to a single connecting rule in the IPPL also needs to be answered. If the general average is considered as a type of contractual liability on its own, the question of how the characteristic performance, which is the basic criterion in the IPPL, will be determined in the claim of a cargo owner who has suffered damage from another cargo owner remains unanswered³⁶.

If the general average is classified as a tort or unjust enrichment, the principle of limited choice of law accepted in the IPPL constitutes a violation of the parties' intentions. Because in IPPL, parties can only make a choice of law after an event constituting unjust enrichment or tort has occurred, whereas today, in almost all general average relationships, a will is expressed before the voyage, even if it is in the nature of a reference to YAR. Therefore, classifying general average as a tort or unjust enrichment in itself brings up issues that are contrary to the parties' intentions and incompatible with practice.

³⁶ In Turkish Conflict of Laws, see regarding the characteristic performance and the determination of characteristic performance in contractual disputes: Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (Revised 23rd edn, Beta Publishing 2021) 333 et seq.; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (Updated and Expanded 13th Edition) Bası, Vedat Bookstore 2020) 289 et seq.; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta Publishing 2021) 389 et seq.; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Updated 9th edn, Savaş Publishing House 2023) 411 et seq.; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figamneşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta Publishing 2023) 347 et seq.; Sibel Özel et al., *Milletlerarası Özel Hukuk* (1st edn, On İki Levha Publishing 2022) 424 et seq.

Additionally, in cases where the general average act occurs on the high seas, the connecting factors of the place of occurrence and the place of damage, as stated in Articles 34/1 and 34/2 of the IPPL, may lose their applicability. In terms of unjust enrichment, if contractual liability, which forms the basis of enrichment, is pursued under Article 39/1 of IPPL, the application of more than one legal system may again be in question, as mentioned above. The law of the country where the enrichment occurred in the second sentence of the article is also not applicable in general average incidents occurring on the high seas. However, all three connecting factors of the place of occurrence, the place of damage, and the country where enrichment takes place have a rather coincidental nature in resolving the general average dispute.

As a result, it is necessary to establish an independent connecting rule for general average disputes containing foreign elements, given the acceptance of general average as an independent type of liability, the necessity for the dispute to be governed by a single legal system, the fact that the YAR is not a text that fully regulates the general average relationship, and the inadequacy of the connecting rules in the IPPL. In this context, the continuation of the study will first focus on the classification of general average. Indeed, the judge or the adjuster must decide whether there is a general average act before determining the law and rules to be applied to the dispute. Subsequently, in the general average, some criteria will be put forward regarding the conflict of laws, and an independent connecting rule will be tried to be established in the conclusion section.

3. Classification of General Average

The adjusters determined by the parties or the court must first assess whether there is a general average act in the dispute. In case of an objection to the adjustment report, the said evaluation must be carried out by the court in accordance with Article 1278/3 of the TCC.

The existence of a general average act in the context of conflict of laws is a matter of classification³⁷. Like courts, adjusters must first qualify whether there is a general average act. In fact, considering that the adjustment report prepared by the person appointed as the referee-adjuster is binding, it can even be said that it

³⁷ For the view that sees the existence of a general average act not as a matter of classification, but as a matter of applicable law, see. Sözer, 39. See regarding the classification in conflict of laws: Nomer, 96 et seq.; Tekinalp, 36 et seq.; Çelikel and Erdem, 74 et seq.; Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirli, 223 et seq.; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, p. 55 et seq.; Özel et seq., 85 et seq.



is a requirement of their responsibility for adjusters to resort to the classification method.

At this point, in line with the aim of unification mentioned in the first part of our study, resorting to an independent (autonomous) method of classification rather than classification as *lex fori* or *lex causae* is the most appropriate solution in terms of ensuring the legal predictability sought in maritime law³⁸. Indeed, although the YAR is not binding in essence, it has become a text that is referred to in almost all maritime transportation today. Therefore, the elements in the definition in the first paragraph of YAR Rule A should be evaluated in the classification to be made by adjusters and the court. Therefore, the Turkish judge or the arbitrator-adjuster in Türkiye should base the classification of the general average act on the relevant article of the YAR referred to by the Law, instead of the elements in Article 1272/1 of the TCC³⁹. In fact, in terms of Turkish Law, it can be argued that with the reference of the TCC, the YAR has also become a part of the *lex fori*, that the general average definitions of the YAR and the TCC are similar, and that there is no need to deviate from the general rule of *lex fori* classification. However, the reason for preferring the independent classification method is fundamentally an outcome of the idea of ensuring the uniformity of the conflict of laws mentioned above in maritime law relations. In this regard, even though it can be argued that it does not lead to very different results in practice considering the positive regulations in Turkish Law, it is appropriate to apply an independent method in the classification of general average in order to establish a general principle in terms of the law that should be.

³⁸ In independent classification, independent concepts and comparative law are used rather than being bound by domestic laws such as *lex fori* or *lex causae*. Although there are criticisms in the doctrine that it is not applicable, its content is ambiguous, and it increases the workload of the courts, the content of independent classification in the context of general average, which has a uniform application almost worldwide with YAR, can be easily determined. Moreover, it cannot be said that the workload of the Turkish judge has increased, given that the 2016 text of YAR has already been translated into Turkish. For criticisms of the independent classification method in the doctrine, see: Çelikel and Erdem, 83; Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirli, 222. In addition, although the YAR is not a binding regulation, it is also stated in the doctrine that the classification made in the context of international agreements serves the harmony of international decisions by preventing different interpretations: Hacı Can, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Updated 6th edn, Justice Publishing House 2023), 215.

³⁹ By choosing the *lex fori* classification method, it should be based on the definition in Article 1272 of the TCC for determining the general average act, see: Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku-Deniz İcra Hukuku*, Volume 4 (2nd edn, On İki Levha Publishing 2019) 92-93.

As a result, in accordance with the first paragraph of YAR Rule A40, a general average act will be deemed to have occurred if an extraordinary sacrifice or expenditure is knowingly and reasonably made for the common safety of the voyage to protect all the assets involved in the sea adventure from a common danger threatening them.

4. Subjective Connecting Rule

In the face of the inadequacy of the connecting rules in IPPL, while establishing an independent connecting rule regarding the law to be applied to general average, it is necessary to act on the axis of the principle of freedom of will, especially considering today's maritime law practice. Indeed, in practice, those involved in general average refer to YAR and location of adjustment, in order to ensure legal predictability. Therefore, it is necessary to accept the freedom of choice of law, which is the reflection of the principle of freedom of will in the conflict of laws, in the connecting rule, and to give priority to the choice of law at the subjective connection factor.

A. Examination of the Basic Criteria for the Choice of Law in terms of General Average

On the basis the principle of freedom of choice of law, no time restriction should be imposed on the choice of law. Indeed, in today's practice, the parties often include general average clauses in the contract or bill of lading in many situations. As a result, parties should not be granted the opportunity to choose a law that is limited in time in a manner contrary to the practice of maritime law. In other words, the parties should be able to make a choice of law either before or after the occurrence of a general average act.

Since it is a type of liability that is different and separate from contractual liability, it should also be considered that the general average clauses are independent of the bill of lading or the freight contract. Therefore, despite the parties agreeing on the law to be applied to the bill of lading or the freight contract, their silence on the issue of general average should not mean that the status of the freight contract or bill of lading will also apply to the issue of general average⁴¹. In other words, such a situation should not be considered as an implicit

⁴⁰ *“There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.”*

⁴¹ See in a similar direction: Lowndes and Rudolf, 594.



choice of law on its own⁴². Because in the conflict of laws, an implicit choice of law becomes valid when the intentions of the parties are clearly expressed without leaving room for doubt. For this reason, the existence of an implied choice of law to be applied to general average should be accepted if, according to the characteristics of the concrete case, in addition to the choice of law to be applied to the freight contract, many other elements also indicate the law of the same country⁴³.

As frequently emphasized, the attachment of general average to a single law is a necessity of the nature of the legal relationship. Therefore, choices that include more than one legal system should not be allowed.

In practice, there are general average clauses standardized in the form of “*In the event of a general average, the adjustment will be made in London in accordance with the York-Antwerp Rules dated ...*”. It should also be discussed whether such references to general average and adjustment in charter parties and bills of lading will be considered as a choice of law.

In the thirteenth paragraph of the preamble of the Rome I Regulation⁴⁴, it is stated that parties may also refer to international conventions or certain rules outside the national legal system. However, it is stated that references to international model laws and rules of this nature, or to the customary rules referred to as *lex mercatoria* or *lex maritima*, cannot be considered as a choice of law⁴⁵.

In Turkish Law, there is no explicit legal regulation on this matter, and it is generally accepted in the doctrine that such choices are not a choice of law but rather the incorporation⁴⁶. Due to its nature, references to YAR in freight

⁴² See in the opposite direction: Sözer, 68.

⁴³ See the criteria on the implicit choice of law: Nomer, 326 et seq.; Tekinalp, 283-284; Çelikel and Erdem, 385 et seq.; Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirli, 401 et seq.; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe, 327 et seq.; Özel et al., 413 et seq.; Can, 515, 516.

⁴⁴ Regulation (EC) No: 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations. For the English text of the Statute, see: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:en:PDF>> I.a.d. March 2, 2024.

⁴⁵ For detailed information within the scope of the Rome I Regulation, see: Hatice Özdemir Kocasakal, ‘Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları’ (2010) 30(1-2) International Law and International Private Law Bulletin 38 et seq.

⁴⁶ Nomer, 324; Tekinalp, 282; Doğan, Yılmaz and Ayhan-İzmirli, p. 405; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe, p. 332; Özel vdi., 408 et seq.; Rose, 11.

contracts and bills of lading do not constitute a choice of law⁴⁷. When this view is taken into account, the regulations in the YAR are valid as long as they do not contradict the mandatory provisions of the *lex causae*. The views in Turkish doctrine, on the one hand, are an extension of the regulations in the Rome I Regulation in terms of contractual liability in Turkish Law. On the other hand, although it is included in freight contracts or bills of lading, the general average agreement is a type of *sui generis* liability independent of tort or unjust enrichment. Nevertheless, IPPL, systemically, does not speak of a code or a rule, but rather speaks of a 'law' choice⁴⁸. Therefore, references made to YAR should not be considered as a choice of law in parallel with the aforementioned information and views in the doctrine. Because YAR does not fully regulate the general average dispute in terms of scope⁴⁹.

Although YAR is not binding in terms of resources, it has a say in almost all maritime transport in order to ensure uniformity, legal security, and predictability. Due to these characteristics, it can be said that the responsibility for general average is under the protection of non-binding international rules rather than national legal systems⁵⁰. Indeed, even in the TCC, reference is made to the YAR regarding general average. When the trust placed in it by the parties and the scope of the rules are evaluated together, the selection of YAR by the parties is almost equivalent to a choice of law in practice today, even if it is not considered a choice of law in terms of the conflict of laws technique. Due to this situation, it is necessary to include a provision to ensure that references made to YAR in the regulation regarding the subjective connecting rule are secured.

Since 1994, all YAR texts have included a Rule of Interpretation initially written as *"In the adjustment of general average the following Rules shall apply to the exclusion of any law and practice inconsistent therewith"*. In the connecting rule to be established, including a provision that the YAR selections will be recognized as valid in accordance with the Interpretation Rule will be appropriate for the purpose of unification⁵¹ and in terms of legal predictability. Even if the regulation in question is not of a nature to override the mandatory legal rules of

⁴⁷ See in a similar direction: Kruit, 57-58.

⁴⁸ See also in the same direction: Nomer, 324; Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirli, 405.

⁴⁹ For discussions on the international law status of the 1924 and 1950 YAR texts, see: Göğür, 137.

⁵⁰ See in a similar direction: Tetley, 395-396.

⁵¹ See also in the same direction: Fahiman Tekil, 'York-Anvers Kurallarındaki Yorum Kuralının İlk Fikrası' (1996) 1(2) Maritime Law Journal 19 (*Interpretation*).



states⁵², it sets a minimum standard in terms of eliminating non-mandatory regulations that are incompatible with the YAR in national laws.

While explicit, implicit, and partial choice of law are generally recognized in Turkish Conflict of Laws, hypothetical choice of law is not accepted⁵³. A similar approach can be taken regarding the type of law selection in general average.

In the face of the necessity for the legal relationship to be governed by a single law, partial choice of law is problematic and should be divided into two parts only as divisible general average and adjustment institutions. In this regard, the clause in the contract or bill of lading “...*adjustment in London*...” can be interpreted as an implicit declaration of intent regarding the law to be applied to the adjustment⁵⁴. However, the intention to have the adjustment made in London should not be understood as an implicit choice of law that the law applicable to general average is also English Law.

B. Validity of the Choice of Law/Incorporation Between the Cargo Owners

Under the principle of relativity of contracts, references made to the YAR in the contract or bill of lading, as a rule, have effect between only the shipowner and the cargo interest. The question may arise as to how these references can be extended to the relationship between two or more cargo owners. Due to the nature of the general average relationship, each cargo owner has, in essence, consented to the application of YAR in the freight contract or bill of lading with the shipowner. Therefore, the settlement of each cargo owner's claims against each other in accordance with the provisions of the YAR is essentially based on the common destiny in general average, which is a special type of liability, and is a continuation of the will of the parties to the dispute in the contract or bill of lading⁵⁵. In other words, even if the will of the parties involved in the general average responsibility is included in the contract or bill of lading; the source of the responsibility is not the contract itself, but the captain's actions in the face of unexpected dangers during the navigation. It is worth noting that the references made by YAR also make the captain's work much easier. As a matter of fact, if the master knows in advance the acts constituting general average and the values

⁵² See also in the same direction: Tekil, *Yorum*, 16; Çetingil, Kender and Ünan, 22; Algantürk Light, 86-87; Sözer, 67. See also. Rose, 10.

⁵³ Nomer, 327; Tekinalp, 284; Çelikel and Erdem, 385, dñn. 310; Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirli, 402-403; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 328; Can, 517.

⁵⁴ See also in the same direction: Lowndes and Rudolf, 592.

⁵⁵ See also in the same direction: Lowndes and Rudolf, 596.

included in contribution, he/she can adjust his/her behavior at the time of danger accordingly and have a great advantage in surviving the danger with the least loss. Therefore, legal predictability is a protection needed by the captain as much as the parties. In this way, the parties involved determine from the outset what the consequences of the captain's actions will be. As a matter of fact, it is also stated in the doctrine that the cargo owners cannot be relieved from the claims of other owners for participation in the general average on the basis of the fact that the he/she has concluded the general average clause with only the shipowner⁵⁶.

In conclusion, the application of YAR, in terms of the relationship between the cargo owners, appears as an extension of the will of the parties and as a necessity of the common destiny in the responsibility of general average.

C. The Principle of Unity in Terms of Applicable Law and the Extension of the Majority Will

The nature of the general average relationship is inherently multilateral. There are multiple cargo owners along with the shipowner in a single navigation. In the event of a general average act, there is a possibility that each charterer may refer to YAR texts of different dates. On the other hand, while some of the relevant parties refer to different YAR texts, other relevant parties may not have made any legal choice or reference regarding general average. It is quite important to evaluate all these situations from the theoretical conflict of laws perspective.

In order to determine the values to be shared, the amounts sacrificed, expenses and, ultimately, the shares of contribution, it is necessary that the general average relationship be governed entirely by the single legal system and by the specific YAR. Otherwise, it will be impossible to compensate the damages of the creditors by sharing⁵⁷. Additionally, nowadays, almost all charter parties or bills of lading include a general average clause as mentioned above.

In addition to the necessity of the applicable law being under the administration of a single legal system, priority should be given to the will of the parties in the

⁵⁶ Tekil, *Müşterek Avarya*, 301-302; Kruit, 70. Tekil cites a similar opinion of the French jurist Ripert, even if he does not agree with it. According to Ripert, with the issuance of the bill of lading, all shippers enter into a company under the captain's management, and the claims for general average among the shippers are based on the articles of association of this established company. Tekil, *Müşterek Avarya*, 302.

⁵⁷ See also in the same direction: Göğer, 140.



relationship of general average. Indeed, in Article 1273/1 of the TCC, it is stated that “*Unless otherwise agreed by the parties...*” thereby prioritizing the will of the parties. There is no problem when the parties to the dispute a single shipowner and a charterer are. Even though it occurs between more than one cargo owners (relevant) with the shipowner, the situation is the same if all the relevant parties make the same choice of law/reference the same YAR text⁵⁸. However, in cases where there are more than two interested parties and the choices made point to different legal systems or different texts of the YAR, or where some of the interested parties have not made a choice of law, problems arise regarding how the law or the YAR text agreed upon by the parties can be applied.

In doctrine, in cases where there are multiple parties involved in general average and the references/ choices made regarding YAR/general average point to different YAR texts/national laws, objective connecting factors such as the law of the flag state, the law of the place of destination, or the law of the place of adjustment are recommended⁵⁹. However, in this case, the most appropriate solution is to operate a special subjective connecting factor specifically within the principles of private international law equity and freedom of choice of law⁶⁰.

If the interested parties choose different legal systems/YAR texts, and the number of interested parties making the choice is greater than the number of remaining interested parties who do not make a choice, and if the choices made indicate the law of a single country or a certain version of YAR, it can be considered that the general average dispute is subject to the law/YAR regulations determined by the majority will. Indeed, it is stated in the doctrine that if reference is made to more than one YAR regulation in a similar manner, the most appropriate YAR text can be applied by the adjuster due to its ease and economy; and in determining the most appropriate YAR text, the preference of the majority

⁵⁸ Lowndes and Rudolf, 595. See in a similar direction: Sözer, 43.

⁵⁹ Göğ̈er, 140; Johnson, 367; Çetingil, Kender ve Ün̈an, 18-19; Sözer, 39.

⁶⁰ In doctrine, Göğ̈er argues that freedom of will should be taken as a starting point in terms of conflict of laws. However, the author suggests the law of the place of adjustment as an objective factor of connection in cases where the law chosen by the parties or the YAR texts are different and cannot be applied to the dispute. Göğ̈er, 142,143. The idea that the author's freedom of will should be prioritized is appropriate. However, after accepting the freedom of will as a fundamental principle, the solution should not be to propose a new objective factor in cases where the law/YAR provisions chosen by the parties cannot be applied due to differences. In such a situation, if it is desired to recognize the effect of free will, the solution should primarily be sought in the direction of maintaining the effectiveness of the subjective connection rule.

in the bills of lading can be taken into consideration⁶¹. In cases where the will of the majority does not direct towards a single legal regulation, the objective connecting rule should find its area of application.

To explain the subject with an example, if the shipowner has concluded a freight contract with five charterers and in three of these, reference is made to the 2004 YAR, while the other two charterers have not made any choice or have chosen the 2016 YAR, the general average should be subject to the 2004 YAR. In cases where there is a gap in the 2004 YAR, the law to be applied should be determined according to the objective connection rule. In terms of the choice of law, similarly, in cases where three of the cargo owners choose English Law and the other two choose German Law, the general average should be subject to English Law, which is determined by the majority. The intention of the parties as to the law applicable to the YAR, adjustment and general average must be determined by the judge separately.

This view reflects the preference and extension of the majority will, which is directed towards the law of a particular country or international rules, over the minority will in the general average dispute. This preference primarily serves legal predictability for the captain and the parties, as explained above. Because as a result of the captain's foresight, overcoming the danger with minimal damage is also in the interest of minor groups who have not made a choice or have made different choices. As a matter of fact, it should be kept in mind that the nature of general average is not the conflict of interest between the parties, but the common destiny between the participants in the navigation. At this point, it is quite beneficial for the shipowner to conclude the general average clauses in such a way that they are subject to a single law or regulation⁶².

The application of the law/YAR of the majority also serves the equity of private international law. Indeed, one of the most fundamental purposes of conflict of laws is to connect the dispute to the law of the country most closely related to it, in the absence of a choice of law. In this situation, the legislator can impose the duty on the judge to determine the most closely related law system according to the characteristics of the case by introducing exception provisions in some cases where they think that objective connecting factors may be insufficient. In terms

⁶¹ "... in the interests of simplicity and economy, to adopt the most appropriate version of the York-Antwerp Rules, which will usually be the version shown in the majority of the bills of lading." Lowndes and Rudolf, 599.

⁶² See also in the same direction: Kruit, 63.



of general average disputes that need to be bound by a single law, a similar reasoning can be put forward. The only difference here is not the absence of a choice of law, but the necessity of choosing one among multiple choices of law. In this way, if more than two interested parties choose the laws of different states, the law most closely related to the dispute will be determined if the majority will, directed towards a single law/regulation, is identified based on the specifics of the case; otherwise, an objective connecting rule will be applied to the dispute.

In conclusion, although references to YAR in the general average clauses do not direct towards a national legal system in terms of conflict of laws, they have similar results to the choice of law in practical terms. Apart from this, the status of general average applies to matters not regulated in YAR. Attention should also be paid to the distinction between the law applicable to general average and the law applicable to the adjustment. In this way, the statement that 'the adjustment will be made in London' can be considered as an implicit declaration of intent that English Law will have a say in the law to be applied to the adjustment. The principle of unity mentioned above and the issues related to the extension of the majority will are also valid in terms of general average and adjustment status, in addition to YAR. Finally, it should also be considered that *lex fori* should be applied in procedural matters outside the substantive law related to the adjustment⁶³.

5. Objective Connecting Rule

In cases where the subjective connecting rule does not apply or cannot be applied, the law to be applied to general average and adjustment will be determined according to the objective connecting rule. In this regard, in cases where the subjective connecting rule does not meet the conditions, in other words, where the majority of the choices made regarding general average and adjustment cannot be achieved or no party has made a choice, the objective connecting rule should be followed. However, it is useful to evaluate some provisions in the TCC before determining the objective connecting rule.

A. Evaluation of Relevant Provisions in TCC

As explained above, Article 1272/3 of the TCC stipulates that losses and expenses incurred in respect of general average contribution shall be shared among the ship, cargo, freight and other goods in accordance with the provisions

⁶³ Göger, 141.

of Chapter. Again, Article 1273/1 of the TCC stipulates that, unless otherwise agreed by the parties, the general average contribution is subject to the latest YAR prepared by the CMI and translated and published in accordance with the provisions of this article.

The phrase ‘...be shared according to the provisions of this Chapter’ in Article 1272/3 of the TCC, although at first glance it may seem open to interpretation as a unilateral connecting rule, should not be considered as a unilateral connecting rule due to the principle of freedom of will. As a matter of fact, the legislator orders in the next article that the contribution shall be subject to YAR, unless otherwise agreed by the parties. In fact, with the expression in question, the legislator wants to emphasize that the provisions of the TCC, in matters not regulated in the YAR, are complementary to the YAR⁶⁴. If the legislator's intention was to establish a unilateral connecting rule, they would not choose to refer to the YAR in the next article. In addition, in the context of general average, the parties' intent should be given effect in the name of legal predictability. However, there is no provision in the article that prioritizes the will of the parties.

Article 1273/1 of the TCC briefly mentions that the 2016 YAR will be applied to general average disputes unless otherwise agreed by the parties. It is observed that priority is given to the will of the parties, unlike the Article 1272/3. Nevertheless, the article 1272 in the TCC is not technically a connecting rule. Because the connecting rules generally associate disputes containing foreign elements with a legal system. However, it is not possible to talk about a legal order that presents a systematic integrity here. Therefore, there is no objective connecting rule in the Turkish Commercial Code regarding general average disputes containing a foreign element. As a result, the TCC is applicable to general average relations that do not currently have a foreign element or that have a foreign element but where the parties have ordered the application of Turkish Law.

B. Law Applicable to General Average and Adjustment

Considering that the YAR texts do not fully regulate the relationship of general average, in cases where the majority of the parties choose YAR but do not make any choice of law regarding general average, the issue of which law will resolve matters outside of YAR comes to the fore.

⁶⁴ See also in the same direction: Kula, 740.



Various objective connecting factors are proposed in the doctrine regarding the law to be applied to general average. The application of the law of the state whose flag the ship carries (the law of the flag) is the first of these views⁶⁵. The law of the flag, in the face of the possibility of abuse of the criteria of convenient flag states, as stated in the doctrine, can remain quite symbolic and may lead to the application of legal systems that are not related to the dispute⁶⁶. In addition, although it is stated that the law of the flag binds the relationship of general average to a single legal system, it is argued that it distorts the balance of interests between the shipowner and the cargo owners in favor of the shipowner and is insufficient to achieve international justice⁶⁷.

Another point of reference in the doctrine is the law of destination⁶⁸. Although the destination factor essentially ensures legal predictability, it is rightly criticized on the grounds that there are different destination countries for each cargo owner in a single journey and the issue of how different national laws will be applied will lead to problems in terms of the applicable law. It is also stated that the connecting factor is quite coincidental whether the port of arrival is reached or not⁶⁹.

Another point proposed in the doctrine for the application of general average is the law of the place of adjustment⁷⁰, which not only facilitates the work of the adjuster but also assists judges by applying the *lex fori* in case of objection to the adjustment report⁷¹. In cases where the adjustment location is not determined, it is appropriate to conduct the adjustment according to the law of the country of destination, in accordance with Article 1279 of the TCC⁷², and if the destination port cannot be reached, according to the law of the country where the navigation

⁶⁵ For French and German authors with this view, see: Göğer, 134, dpn. 261. See also Arseven, 26.

⁶⁶ Sözer, 40.

⁶⁷ Göğer, 134. See that the law of the flag unilaterally binds the cargo owners to the nationality of the ship: Arseven, 26.

⁶⁸ For French and German authors with this view, see. Göğer, 134, dpn. 263. See regarding the need to understand the place of arrival as the place of adjustment: Arseven, 22.

⁶⁹ Lowndes and Rudolf, 585; Göğer, 135; Sözer, 40-41. See in a similar direction: Arseven, 23; Hudson and Harvey, 7. For solutions regarding the law to be applied in case of multiple destinations, see. Lowndes and Rudolf, 587 et seq.

⁷⁰ Arseven, 29; Göğer, 139; Sözer, 41; Çetingil, Kender and Ünan, 19.

⁷¹ See in a similar direction: Arseven, 29.

⁷² TCC Article 1279: “*The determination and allocation of the damage is made at the place of destination, if not reached here, at the port where the navigation ends.*”

ends, in order to establish parallelism between the TCC and the IPPL. However, it should also be considered that the parties often agree on the adjustment place in the general average clause. Nevertheless, in the determination of the place of adjustment (for example, in the case of different adjustment places in charterparty agreements), the will of the majority should be given effect as we have explained before. In cases where the will of the majority is not directed towards a single adjustment, the law of the place of destination should be applied in order, and if the port of arrival cannot be reached, as a last resort, the law of the country where the navigation ends should be applied.

In terms of the law to be applied to the adjustment, the place of the adjustment law explained above can also be applied. Indeed, it is quite advantageous for adjusters and courts in case of objections to the adjustment report to apply their own country's law on matters other than the YAR. It is also consistent that the adjustment and general average are subject to the same law. For example, whether the insurer has the right to apply to the adjuster is subject to the law applicable to the adjustment. On the other hand, whether the insurer is a direct party to the general average relationship is determined according to the law applicable to the general average. It is important that these two arrangements are parallel. This is because the law applicable to adjustment does not allow the insurer to apply to the adjuster, whereas the law applicable to general average may directly recognize the insurer as the contribution's debtor. In the event of such a situation, if the captain neglects to apply to the adjuster, the insurer will not have the right to apply to the adjuster in a dispute in which it is directly involved, and injustice may arise. Moreover, in practice, since the parties often determine the place of adjustment, the law of the place of adjustment tends to prioritize the will of the parties over other objective factors of connection.

In short, it is an appropriate practice for the law to be applied to general average and adjustment to have parallelism. The law of the place of adjustment also ensures integrity as an extension of *lex fori* in substantive and procedural matters related to adjustment.

6. Evaluations on Application of the Connecting Rule

Examining some possibilities for application in general average disputes is quite important in terms of clarifying the issue. In this regard, the parties in the freight contract or bill of lading:



- May have only agreed on the law to be applied regarding general average.
- May not have been any choice made regarding the general average (or the choices made by the majority of the interested parties do not choose the law of a particular country or the YAR text).
- In addition to determining which YAR text the general average will be subject to, the law to be applied to the general average may also have been agreed upon.
- May have only decided which YAR text the general average will be subject to (It is stated that this is the most common possibility encountered in practice.)⁷³.

In the first possibility, when evaluated in terms of conflict of laws, the subjective connecting rule finds its application. Accordingly, on the basis of the principle of unity and the majority will rules, if the majority will is directed towards the law of a certain country, the general average is subject to that law; otherwise, in accordance with the objective connecting rule, it is subject to the law of the place where the adjustment is made. In cases where the adjustment location cannot be determined, the law of the destination should be applied, and if the destination cannot be reached, the law of the country where the navigation ends should be applied.

In the second possibility, the objective connecting rule finds its area of application. As a matter of fact, in this case, none of the parties involved in the general average have made any choice of law, nor has it been possible to connect to a specific legal system by the will of the majority. Therefore, the law applicable to general average should be determined according to the objective connecting rule. In doctrine, it is stated that in such a case, the law applicable to general average can be determined according to international rules and principles⁷⁴. In cases where the parties have not made any choice regarding general average, the need for a special connecting rule regarding the law to be applied to general average is evident. However, instead of filling such a gap with objective connecting factors such as the flag state law, the law of the place of destination, or the law of the place of adjustment, it is not an appropriate

⁷³ Ülgener, 540; Çetingil, Kender and Ünan, 18; Sözer, 42-43; Kruit, 18. See in a similar direction: Lowndes and Rudolf, 17, 591.

⁷⁴ Çetingil, Kender and Ünan, 19.

approach to refer to the rules and principles valid in international law, which are quite vague in content and contrary to legal predictability.

In the third possibility, the parties have also agreed on which YAR text will be applied along with the law to be applied to the general average. In this case, an evaluation should be made based on the subjective connecting rule. In this respect, the explanations we made for the first possibility regarding the law to be applied to general average are also valid here. However, references made to YAR and the choices made regarding the law to be applied to general average should be evaluated separately in terms of the subjective connection rule.

In the fourth and final possibility, in the reference made to YAR, the law to be applied to the general average should be determined according to the objective connecting rule, while the majority will is considered according to the subjective connecting rule. If a majority will cannot be determined for YAR, the general average relationship should be resolved according to the law determined entirely by the objective connecting rule. If it is seen that the majority of the interested parties have reached a consensus on a specific YAR text, then the general average should primarily be resolved according to the YAR text referred to; in cases where there is a gap in the YAR, the legal system determined according to the objective connection rule should be consulted.

In doctrine, it is incorrectly stated that in the event of the choice of law to be applied to the general average in the freight contract, the conflict of laws rules will be taken as the basis first, not the substantive law provisions of the law to be applied⁷⁵. In Turkish Conflict of Laws, unless otherwise agreed by the parties, in cases where there is a choice of law, as a rule, *renvoi* is not applied pursuant to Article 2(4) of the IPPL, and in cases where there is no choice of law, it is accepted only in the fields of law of persons and family law pursuant to Article 2(3) of the IPPL⁷⁶. Therefore, contrary to what is stated in the doctrine, whether or not a choice of law is made regarding general average, the *renvoi* should be rejected in all cases, and the substantive law rules determined according to the connecting rule should be applied directly.

⁷⁵ Sözer, 43, 46.

⁷⁶ See about *renvoi*: Nomer, 145 et seq.; Tekinalp, 39-40; Çelikel and Erdem, 106 et seq.; Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirli, 229 et seq.; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 59 et seq.; Özel et al., 107 et seq.; Can, 218 et seq.



7. Law Applicable to Statute of Limitations

Rule XXIII of the 2004 and 2016 YAR provides that, without prejudice to the mandatory provisions on limitation prescribed by the applicable law, any claim arising out of the contribution of the general average shall expire within one year from the date of publication of the adjustment. The provision that claims arising from general average cannot be litigated in any case six years after the end of the common maritime adventure is also included in the continuation of the article. These periods can be extended by mutual agreement of the parties after the end of the navigation.

Rule XXIII reserves the mandatory provisions of the applicable law. It should be determined according to Article 8 of the IPPL whether there is a mandatory provision regarding the statute of limitations in the applicable law. Pursuant to the article, the statute of limitations is subject to the law applicable to the general average⁷⁷. Therefore, the law determined by the subjective or objective connecting rule regarding general average will also have a say in the statute of limitations. The judge should consider whether there is a mandatory provision regarding the statute of limitations in the law to be applied to general average. If there is a mandatory provision regarding the statute of limitations in the applicable law, the statute of limitations will be subject to the law of this country; otherwise, the one and six-year periods specified in the YAR will be applied.

In cases where Turkish Law is chosen as the law to be applied to general average by the parties, or where the objective connecting rule points to Turkish Law, the nature of the statute of limitations provision in Article 1285 of the TCC should be examined. Article 1285 of the TCC stipulates that the claims for the general average contribution shall be time-barred within one year from the date the ship arrives at the place specified in Article 1279.

When the provision of the article is literally evaluated, it is seen that the article is of a mandatory nature based on the expression “...shall be time-barred”. Therefore, in a case where the applicable law to the general average is Turkish Law, the one-year limitation period under Article 1285 of the TCC, which is of

⁷⁷ See that the statute of limitations in general average is related to substance, not procedure: Lowndes and Rudolf, 579.

a mandatory nature, should be applied instead of Rule XXIII of the YAR, which reserves the mandatory provision in the applicable law⁷⁸.

In doctrine, it has been argued that the 2016 YAR text does not have the nature of an international treaty, and therefore cannot be interpreted as the date of entry into force of the translation in the Official Gazette, moreover, that the 2016 YAR found its application with the permission of the TCC and for these reasons, a priority-subsequent relationship cannot be established between the TCC and YAR according to the *lex posterior* principle. On the other hand, it is stated that according to the *lex specialis* principle, the YAR is of a special regulation nature regarding general average compared to the TCC, and therefore the YAR provision should be taken as the basis regarding the statute of limitations⁷⁹. When the author's opinion is evaluated alone, it is debatable in terms of legislative technique. However, the author does not provide any explanation on the first paragraph of Rule XXIII of the 2016 YAR, which 'reserves the mandatory provisions on limitation prescribed by the applicable law'. However, Rule XXIII loses its applicability in the face of the mandatory provision of the TCC due to the express provision of the YAR reserving the mandatory provisions on the statute of limitations. Although we think the same way in terms of *lex lata*, as the author also points out, in terms of *lex ferenda*, it is more appropriate to apply the YAR regarding the statute of limitations for the sake of uniformity, legal security, and predictability⁸⁰.

In light of the information above, in a dispute where the law to be applied to the statute of limitations is Turkish Law, the one-year statute of limitations in the TCC will be applied from the date of arrival at the destination, or if the destination is not reached, from the date the navigation ends, pursuant to Article 1279 of the TCC.

8. The Law Applicable to Whether the Contribution Grants a Maritime Lien

The maritime lien is a statutory lien specific to maritime law. The right holder has the opportunity to collect their receivable before other creditors in terms of

⁷⁸ See also in the same direction: Çetingil, Kender and Ünan, 272; Algantürk Light, 286; Sözer, 334. It is stated that there is no mandatory provision regarding the statute of limitations in English Law. Lowndes and Rudolf, 579. For criticisms regarding the statute of limitations in the TCC, see. Kula, 742.

⁷⁹ Kula, 743, 744.

⁸⁰ Kula, 745.



order. Since the right directly pursue the ship instead of the debtor, the creditor can make a claim from the new shipowner or possessor even if the ownership or possession of the ship changes.

Pursuant to Article 1320/3 of the TCC, whether a claim asserted through legal proceedings in Türkiye grants a maritime lien is determined in accordance with Turkish Law. The provision in question is a special and unilateral connecting rule established for the birth of the maritime lien⁸¹. Therefore, the issue of whether or not the contribution determined by the adjuster in a general average dispute entitle the owner to a maritime lien should be resolved not according to the law applicable to the general average or adjustment, but according to the special connecting rule under Article 1320/3 of the TCC. In subparagraph (f) of the first paragraph, the general average contributions are listed among the types of receivables entitling the maritime lien. Accordingly, the creditor of contribution will have a maritime lien provided that it claims its receivable before (i) the Turkish courts if the adjustment report is contradicted or (ii) the Turkish enforcement authorities if the adjustment report is not contradicted.

CONCLUSION

A very large part of the disputes related to maritime law contain a foreign element. In contrast, there is no specific connecting rule in Turkish Law that indicates the law to be applied in general average disputes containing a foreign element. Apart from this, the general connecting rules related to contracts, torts, or unjust enrichment in IPPL are not applicable to the liability of general average. For this reason, there is a need for a special connecting rule regarding the responsibility of general average, which is an institution specific to maritime law. Because the references made to YAR by the parties in the application are not currently considered as a choice of law.

Considering the opinions and evaluations presented in the study, the proposed connecting rule for general average disputes containing a foreign element is as follows:

Disputes arising out of general average are governed by the law chosen by the parties. The parties may also agree on the applicable law after the occurrence of the act of general average. However, choices held under more than one legal law system are invalid. References to the York-Antwerp Rules on general

⁸¹ Nomer, 315; Şanlı, Esen and Ataman-Figamneşe, 299-300; Özel et al., 378.



average shall be applied in accordance with the first paragraph of the Interpretation Rule.

General average where there are more than two parties concerned:

Shall be subject to the law and/or rules chosen by the majority of the interested parties, provided that it complies with the first paragraph. Where the majority will of the interested parties is not directed to a particular law or rule, the law applicable to the general average shall be determined in accordance with the objective connecting rule in paragraph six.

The choice of law and/or references made by the shipowner and more than one parties in accordance with the first paragraph shall also have effect with respect to the rights and responsibilities between the parties concerned, between whom there is no contractual relationship.

The parties may freely agree on the law applicable to the adjustment in accordance with the provisions above.

If there is no choice of law and/or incorporation as set out above, matters relating to general average and adjustment shall be governed by the law of the country in which the adjustment is made. In cases where the place of adjustment cannot be determined, the law of the country of destination shall apply, and if the country of destination cannot be reached, the law of the country where the navigation ends shall apply.

The unique nature of general average, when evaluated in terms of the situation in practice and the fact that YAR is not a text that fully regulates general average, it should be emphasized that conflict of laws issues holds a very important place in general average disputes. However, despite its importance, the only place where the conflict of laws dimension of general average is discussed internationally is usually the different judgments made by courts based on specific cases and the explanations of the doctrine. However, from the perspective of conflict of laws, there is a need for an international regulation of a binding nature to resolve the issue. In maritime disputes, it is not sufficient to unify only substantive law rules to ensure the legal security and predictability. To be able to talk about complete and full legal predictability, it is necessary to harmonize the connecting rules in the same way.

**REFERENCES**

- Algantürk Light D, ‘York-Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme’ (2004) VII(3-4) Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law Journal
- , *York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya* (2nd edn, Arıkan Publishing 2006)
- , ‘York Anvers Kuralları 2016’, (2016) 22(2) Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies
- , ‘York Anvers Kuralları 2016’, Revizyon Çalışmalarına İlişkin Değerlendirmeler’, (2016) 22(3) Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies
- Arseven Haydar, *Müşterek Avaryalar I Umumî Prensipler ve Münferit Müşterek Avarya Halleri* (Menteş Bookstore 1961)
- Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku, Volume 1* (1st edn, On İki Levha Publishing 2017)
- , *Deniz Ticareti Hukuku-Deniz İcra Hukuku, Volume 4* (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)
- Can Hacı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Updated 6th edn, Adalet Publishing House 2023)
- Civir Engin M, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya’ (2012) 18(2)Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta Publishing 2021)
- Çetingil E, Kender R and Ünan S, *Müşterek Avarya Hukuku* (1st edn, On İki Levha Publishing, 2011)
- De Arruda M. A, ‘General Average is a Necessity’ (2022) 13(2) Beijing Law Review
- Doğan V, Çağrı Yılmaz A and Ayhan İzmirli L, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Updated 9th edn, Savaş Publishing House 2023)
- Göger E, *Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (1st edn, Şenyuva Printing House 1969)



Hudson N. G and Harvey M. D, *The York-Antwerp Rules* (4th edn, Informa Law 2018)

İzveren A, Franko N and Çalık A, *Deniz Ticareti Hukuku* (Adalet Printing 1994)

Johnson P, 'A Comparison of General Average Law and the Status of Average Adjusters in Sweden and United States' (1981) 12(3) *Journal of Maritime Law and Commerce*

Kara H, *Deniz Ticareti Hukuku*, (1st edn, On İki Levha Publishing 2020)

Kruit J, *General Average, Legal Basis and Applicable Law the Overrated Significance of York-Antwerp Rules* (1st edn, Paris Legal Publishers 2017)

Kula N, 'Türk Ticaret Kanunu ile York Anvers 2016 Kuralları Uyarınca Müşterek Avaryaya Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Özellikle Zamanaşımı Hususu' (2019) 27(3) *Selçuk University Faculty of Law Journal*

Lowndes R and Rudolf G. R, *General Average and York-Antwerp Rules* (13th edn, Sweet & Maxwell 2008)

Mandaraka-Sheppard A, *Modern Maritime Law*, Vol. 2 (3rd edn, Informa Law 2013)

Nielsen B, 'Law of General Average', David Joseph Attard et al. (eds), *The Imli Manual on International Maritime Law* (1st edn, Oxford University Press 2016)

Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (Revised 23rd edn, Beta Publishing 2021)

Okay S, 'Müşterek Avarya Hukukunun Kısa Bir Tarihi' (1959) 24(1-4) *Istanbul University Faculty of Law Journal*

Özdemir Kocasakal H, 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' (2010) 30(1-2) *International Law and International Private Law Bulletin*

Özel S vdi., *Milletlerarası Özel Hukuk*, (1st edn, On İki Levha Publishing 2022)

Rose Francis D, *General Average Law and Practice*, (3rd edn, Informa Law 2018)

Sevda Söğüt İ, 'A Synoptic Overview of the Rhodia De lactu' (2017) 23(3) *Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies*

Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku – II* (1st edn, Vedat Publishing 2016)



- Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (10th edn, Beta Printing 2023)
- Tekil F, *Türk Hukukunda Müşterek Avarya* (Kutulmuş Matbaası 1965) (*Müşterek Avarya*)
- , 'York-Anvers Kurallarındaki Yorum Kuralının İlk Fıkrası' (1996) 1(2) *Maritime Law Journal* (*Interpretation*)
- , *Deniz Hukuku* (6th edn, Alkım Publishing House 2001)
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (Updated and Expanded 13th Edition) Edition, Vedat Publishing 2020)
- Tetley W, *International Maritime and Admiralty Law* (International Shipping Publications 2002)
- Ulusan İ, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (Updated with Additional Section 2. Just Like the Original, Vedat Publishing 2012)
- Ülgener F. M, *Çarter Sözleşmeleri I- Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmesi* (1st edn, Der Publications 2000)
- Vildan Keskinç E, '1864 Ticaret-i Bahariye Kanunnamesi'nden Günümüze Müşterek Avarya' (Master's Thesis, Akdeniz University 2020)
- Yavaşca C, *Deniz Ticareti Hukuku Deniz Kazaları ve Deniz Sigortaları* (1st edn, Beta Publishing 1993)
- Yazıcıoğlu E, Kender R and Çetingil E, *Deniz Ticareti Hukuku* (15th edn, Filiz Bookstore 2020)