

## MÖHUK REFORMU HAKKINDA\*

Yard. Doç. Dr. Kerim ATAMER\*\*

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı ile aynı Fakülte'ye bağlı Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da ("MÖHUK") değişiklik yapılmasına dair bir taslak ("Taslak") hazırlanmıştır. Bu Taslak önce üniversitelere dağıtılmış, 22 ve 23 Kasım 2002 tarihlerinde de Taslak'ın tartışılması amacıyla bir Sempozyum düzenlenmiştir. Deniz ticareti ve taşıma hukuku uygulamasında, MÖHUK en sık müracaat edilen yasaların arasında yer almaktadır. Bu çerçevede, uygulamaya ilişkin gözlemlere dayanılarak<sup>1</sup> oluşturulan

---

\* Metinde kullanılan kısaltmaların açıklamaları, ilk kez kullanıldıkları yerde verilmiştir. Dipnotlarda gönderme yapılan eserlerin tam künyeleri, ilk kez anıldıkları dipnotunda verilmiş, sonraki dipnotlarda yazarın soyadı ile birlikte o eserin ilk kez anıldığı dipnotu parantez içinde verilmiştir. Sürekli yayınlar için dipnotlarda şu kısaltmalar kullanılmıştır: BT-Drucks.: Bundestags-Drucksache; DenizHD: Deniz Hukuku Dergisi; MHB: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni; OJEC: Official Journal of the European Communities; RabelsZ: Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht; TranspR: Transportrecht; YKD: Yargıtay Kararları Dergisi.

\*\* İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> MÖHUK'ta düzenlenen konulara ilişkin, tümüyle uygulamaya dayanan tespitlerimizin bir kısmını daha önce şu yazılarda derlemiştik: ATAMER Kerim, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6 Mayıs 1998 tarihli kararı hakkında düşünceler*, DenizHD yıl: 3, sayı: 1-2 (1998), s. 89; ATAMER Kerim, / KARAMAN Mahmut/ ERÇİN Feyzi / ÇELİKÇAPA Burcu, *Aktuelle Probleme*

düşünceler, Sempozyum'dan önce bir rapor halinde sunulmuştur<sup>2</sup>. Raporunda yer verilen düşünceler aşağıda sıralanmıştır.

### 1. Milletlerarası Sözleşmelerin Önceliği (m. 1 f. 2)

a) MÖHUK m. 1 f. 2, Anayasa m. 90 f. 5 ile birlikte, deniz ticareti hukukunda en sık tartışma konusu edilen hükümlerden biri haline gelmiştir. Bu sahada Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin ("MS") sayısı çok fazladır<sup>3</sup>. Bu nedenle, içinde yabancılık unsuru bulunan ve bulunmayan<sup>4</sup> uyuşmazlıkların büyük bir kısmı, doğrudan bir MS'nin uygulama alanına girmektedir. Ne var ki, deniz hukuku alanında MS'lerin doğrudan uygulama alanı bulup bulmayacağı, bulacaksa kapsamının ne olacağı hususlarında hararetli tartışmalar sürmektedir<sup>5</sup>. Üstelik, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yargıçları tara-

*aus der türkischen Praxis zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, in: Deutsch-Türkische Juristenvereinigung (Hrsg.), *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin 2003, s. 57.

<sup>2</sup> Sempozyum Başkanı Sayın Prof. Dr. Gülören Tekinalp'in, birinci oturumun başında yaptığı açıklamalar sırasında anılan rapor.

<sup>3</sup> Türkiye'nin taraf olduğu deniz ticareti hukukuna ilişkin MS'ler için bkz. örn. TEKİL Fahiman, *Uluslararası Konvansiyonlar*, İstanbul 1987; genelde bu MS'lerin dökümü için bkz. örn. ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, *Deniz Ticareti Hukuku I*, 12. baskı, İstanbul 2002, § 1.4.2.3, s. 19 vdm.

<sup>4</sup> Nitekim 1976 Sınırlı Sorumluluk, 1992 Petrol Kirliliği ve 1992 Fon Sözleşmelerinin uygulama alanı bulabilmesi için, MÖHUK m. 1 f. 2 anlamında yabancılık unsuru gerekmez. Şartları oluşmuşsa, bu MS'ler, tümüyle ulusal nitelikte uyuşmazlıklarda da uygulama alanı bulabilir; bu konuda bkz. örn. ATAMER Kerim, "1976 Sınırlı Sorumluluk ve 1992 Petrol Kirliliği Sözleşmelerinin Tatbikati"na dair yasal düzenleme taslağı ve gerekçesi, *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2003, s. 870, 885.

<sup>5</sup> Bu konuda (kronolojik sırayla) bkz. ÇAĞA / KENDER (dn. 3), s. 19 vdm. (önceki baskılardan bu yana); ÇETİNGİL Ergon / KANER İnci / ÜNAN Samim / ÜLGİNER Fehmi, *Turkey - Conflict of Maritime Laws*, in: William Tetley, *International Conflict of Laws*, Montreal 1994, s. 994 (1926 Rehin MS), s. 995 (1926 Muafiyet MS); ATAMER Kerim, *Introduction to the Turkish Law of Ship Arrest*, [1998] *The International Journal of Shipping Law* 144; ATAMER Kerim, *National Summary: Turkey*, in: William Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2<sup>nd</sup> edition, Montreal 1988, s. 1392; ÇETİNGİL Ergon, *Deniz*

findan yapılan açıklamalar, meselenin yargı düzeyinde de tereddüt uyandırdığını göstermektedir<sup>6</sup>.

Oysa, deniz hukukuna ilişkin MS'ler, uygulama alanı buldukları halde, ulusal hukukun önüne geçerler. Sözgelimi 1926 Rehin ve İpotek Sözleşmesine Türkiye taraftır<sup>7</sup>. Bu Sözleşme, âkid devlet gemilerine uygulanır (m. 14). O halde, örn. İtalyan bayraklı bir geminin rehinler nedeniyle Türkiye'de takibe uğraması halinde<sup>8</sup>, 1926 Sözleşmesi doğrudan uygulanır; Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") bu hususa ilişkin hükümleri dikkate alınmaz.

Nitekim, MÖHUK m. 1 f. 2'nin gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, bu hüküm de zaten, MS'lerin öncelikle uygulama alanı bulacağını

---

*alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanmasına dair 1976 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin uygulama alanı*, DenizHD yıl: 3, sayı: 1-2 (1998), s. 3; ÜNAN Samim, *Üç güncel deniz hukuku sorunu*, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 639; CAN Mertol, *Donatanın sorumluluğu bakımından 19 Kasım 1976 tarihli deniz alacaklarından doğan sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin Londra Konvansiyonu'nun yürürlüğe girip girmediği meselesi*, XVII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (9-10 Haziran 2000), Ankara 2000, s. 191; AYBAY Gündüz / Oral Nilüfer / BİÇEN Esra, *Taşıyanın Sınırlı Sorumluluğu Üstüne*, İstanbul 2000; KARAN Hakan, *Yargıtay'ın konişmentolu taşımalar hakkındaki 1924 tarihli La Haye Kaideleri'ni uygulaması gereği* (9-10 Haziran 2000), XVII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2000, s. 223; YAZICIOĞLU Emine, *Lahey Kuralları ile Türk Ticaret Kanunu arasında uygulanacak kurallar sorunu*, DenizHD yıl: 4, sayı: 3-4 (1999), s. 39; YAZICIOĞLU Emine, *Uluslararası deniz taşımalarında uygulanacak kural sorunu*, DenizHD yıl: 5, sayı: 1-4 (2000: Gündüz Aybay'ın Anısına Armağan), s. 45; ATAMER Kerim, *Parça başı sınırlı sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi*, DenizHD yıl: 5, sayı: 1-4 (2000: Gündüz Aybay'ın Anısına Armağan), s. 57.

<sup>6</sup> XVII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2000, s. 252 (IŞIL ULAŞ), 254 (DEMİRKIRAN İhsan).

<sup>7</sup> Bkz. Gemi sahiplerinin mesuliyetlerinin tahdidi ve konişmentoya mütaallik bazı kaidelerin tevhidini hakkındaki 25 Ağustos 1924 tarihli ve deniz ticaret vasıtalarının rehni ve imtiyazı ve Devlet gemilerinin muafiyetleri ile alâkalı bazı kaidelerin tevhidini hakkındaki 1926 tarihli Milletlerarası 4 sözleşmeye katılmamız hakkında Kanun, t: 14.2.1955, no: 6469, RG sayı: 8937, t: 22.2.1955, Düstur c. 36, s. 247.

<sup>8</sup> İtalya'nın da bu Sözleşmeye taraf olması nedeniyle.

açıklamak üzere sevk edilmiştir. MÖHUK'a ilişkin İstanbul tasarısında<sup>9</sup> yer almayan bu hüküm, Ankara'da Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir<sup>10</sup>. Gerekçede aynen şu husus saptanmıştır<sup>11</sup>:

“Türkiye Cumhuriyeti son zamanlarda gerek ikili ve gerekse çok taraflı olmak üzere bir çok sözleşmeye taraf olmuş veya olmak üzeredir. Bu bakımdan uygulama açısından konuyu açıklığa kavuşturmak için ikinci fıkra hükmü sevk edilmiştir”.

Ne var ki yasa gerekçeleri, uygulamada kolayca ulaşılabilen metinlerden değildir. Bu sebeple de, tereddütler sürüp gitmektedir. MÖHUK m. 1 f. 2'nin yeniden kaleme alınması ve hiç olmazsa özel hukuka ilişkin MS'lerin öncelikle uygulama alanı bulacağı hususunun açıkça vurgulanması, yaşanan yoğun tereddütlerin ve MS'ler ile bağdaştırılması mümkün olmayan uygulamaların önünü alacaktır.

b) Deniz ticaretinde tarafların, MÖHUK m. 24 f. 1 anlamında uygulanacak hukukun yerine veya yanına, doğrudan bir MS'nin uygulanmasını kararlaştırmaları, çok yaygındır<sup>12</sup>. Bu çerçevede en sık karşılaşılan sözleşme hükümlerinin arasında, koniementolara ve çarter partilere dercedilen “*General Paramount Clause*” (Genel Öncelik Şartı) belirtilebilir<sup>13</sup>. Böyle şartlar ile, (Koniementolu Taşımalara ilişkin

<sup>9</sup> MÖHUK Öntasarısı, İ.Ü. Milletlerarası Hukuk Enstitüsü Sempozyumu 22-24.11.1976, İstanbul 1978, s. 8, 285.

<sup>10</sup> Ankara'daki yasama süreci için bkz. MÖHUK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/5), 22.10.1981, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, (B: 72, 25.3.1982 tarihli oturum tutanağının ekinde, S. Sayısı 100), c. 4, birleşim 50-78 (8.2.1982-8.4.1982), s. 1-33; müzakereler için bkz. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, (B: 72, 24/25.3.1982), c. 4, birleşim 50-78 (8.2.1982-8.4.1982), s. 542-609.

<sup>11</sup> Adalet Komisyonu Raporu (dn. 10), s. 2 (m. 1 hakkında).

<sup>12</sup> Genelde bu konu hakkında bkz. örn. EKŞİ Nuray, *Kanunlar ihtilâfi alanında “incorporation”*, MHB yıl: 19-20, sayı: 1-2 (1999-2000: Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), s. 263.

<sup>13</sup> Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. örn. ÜLGNER Fehmi, *Çarter mukavelelerinde tarafların uygulanacak hukuku belirlemeleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1-2/XVIII (1995), 93; ATAMER (dn. 5), DenizHD 1-4/2000, s. 90 ve orada anılan kaynaklar. Karayolu taşımalarında, CMR m. 6 I k uyarınca yapılan seçim hakkında bkz. örn. ATAMER Kerim, *Darstellung*

1924 Brüksel Sözleşmesi gibi) bir MS'nin, uygulanma şartlarına bakılmaksızın, taraf iradeleri doğrultusunda uygulanması sağlanır. Bu tür sözleşme şartlarının etkisi de duraksamalara sebep olmaktadır. MÖHUK m. 1 f. 2'ye yapılacak bir ekleme ile bu konuda da açıklık sağlanabilir.

c) Nihayet, bir hususun daha açıklığa kavuşturulması önerilmelidir. MS'ler, belli hususları tanzim etmekte, ancak birçok başka konuyu açık bırakmaktadır. Sözgelimi temerrüt faizi veya ihtarı, MS'lerin çoğunda düzenlenmiş değildir. MS'lerin açık bıraktığı hususlarda, yine MÖHUK hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir. Ancak bu hususa da tatbikatta dikkat edilmediği görülmektedir. MS'nin açık bıraktığı hususlarda doğrudan Türk hukukunun esas alındığı olaylarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle, yasada açık bir hüküm sevk edilerek, MS'nin uygulama alanı dışında kalan hallerde yine de MÖHUK'a göre uygulanacak hukukun tespitinin gerektiği belirtilebilir.

d) Önceki bentlerde özetlenen düşünceler doğrultusunda, MÖHUK m. 1 f. 2'nin şöyle yeniden kaleme alınması önerilebilir:

“(f.2) (c.1) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu veya bu kanunun yirmidördüncü maddesine uygun olarak taraflarca seçilmiş olan milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanına giren hallerde, doğrudan milletlerarası sözleşmenin hükümleri uygulanır. (c.2) Milletlerarası sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde, bu kanuna göre uygulanacak hukuk tespit edilir.”

## 2. Tüzel Kişilerin Fiil Ehliyeti (m. 8 f. 4)

Yürürlükteki kurala göre tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 8 f. 4). Kısa süre önce sonuçlanan bir yargılama, bu hükmün uygulama alanı konusunda, önemli bir sakıncayı göstermiştir<sup>14</sup>.

*des innerstaatlichen Rechts des Straßentransports und der Spedition in der Türkei*, in: Rolf Herber / Henning Piper, CMR - Internationales Straßentransportrecht, München 1996, s. 736.

<sup>14</sup> Bu konuda bkz. ATAMER / KARAMAN / ERÇİN / ÇELİKÇAPA (dn. 1), s. 65 (III b).

Bir Alman şirketi (A) ile bir Türk şirketi (T) arasında bir acentalık sözleşmesi kurulmuştu. Sözleşme Alman hukukuna tâbi kılınmıştı (MÖHUK m. 24 f. 1), uyuşmazlıkların halli için de “Bremen’de tahkim” öngörülmüştü. Taraflar arasında uyuşmazlıklar doğunca, A, Bremen’de tahkim için hazırlıklara başlamıştır. Bunun üzerine T, TTK m. 321 f. 3 hükmüne göre, tahkim şartının şirketi ilzam edebilmesi için iki imza gerektiğini, oysa sözleşmenin tek imza ile yapıldığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine A, T’nin yerleşim yeri mahkemesi olan Beyoğlu Asliye Ticaret Mahkemesi’nde, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (“HUMK”) m. 519 uyarınca bir tespit davası açmıştır. Bu davanın sebebi şu idi: Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi (“NYS”)<sup>15</sup> m. V(1)(a) uyarınca, tahkim sözleşmesinin geçerliği için, “tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetli” olmaları gerekmektedir. Tüzel kişilerin fiil ehliyetine MÖHUK m. 8 f. 4 uyarınca statü hukuku uygulanacağından, T’nin fiil ehliyeti de Türk hukukuna tâbi idi. Dolayısıyla, hakem şartının geçerli olup olmadığı hususunda TTK m. 321 f. 3 hükmünün uygulanması ihtimali gerçekten de gündeme gelmekteydi. Açılan tespit davası ile bu soru yargıya tevcih edilmiştir. Beyoğlu Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, 1 Ekim 1998 tarihli kararıyla, MÖHUK m. 8 f. 4 ve TTK m. 321 f. 3 hükümleri uyarınca tahkim şartının T bakımından geçerli olmadığı sonucuna varmıştır; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 26 Mayıs 1999 tarihinde bu kararı onamıştır<sup>16</sup>.

Böylece, hakem şartları bakımından NYS’nin uygulandığı hallerde bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Tahkim şartının geçerliği hususunda çok sayıda hukuk düzeni (şekle, esasa, şirkete ve usule uygulanan hukuklar) devreye girmektedir. Üstelik taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku dikkate alarak işlem yaparken, tenfiz aşamasında “fiil ehliyetine uygulanan statü hukuku” kuralı nedeniyle büyük sürprizlerle karşılaşabilmektedir. Bu düzenlemenin, ticaret hayatının akışıyla bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir. Yargıtay’ın başka kararlarında saptadığı gibi, eğer taraflar bir sözleşme uyarınca karşılıklı edimleri ifa ve kabul etmişlerse, sonradan tahkim şartı bakımından o

<sup>15</sup> RG, t: 25.9.1991, sayı: 21002.

<sup>16</sup> Kararlar, ÇELİKÇAPA Burcu’nun değerlendirmesi ile birlikte şurada yayınlanmıştır: DenizHD yıl: 4, sayı: 1-2 (1999), s. 182, 187, 190.

sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmeleri caiz değildir<sup>17</sup>. Bu içtihat gözönünde tutularak, MÖHUK m. 8 f. 4'e bir ekleme yapılması düşünülebilir. Böyle bir ilave hüküm ile, tüzel kişi tarafından bir sözleşme ifa edilmişse veya bir sözleşme uyarınca edim kabul edilmişse, artık fiil ehliyetinin bulunmadığı itirazının caiz olmadığı belirtilmelidir.

### 3. Milletlerarası Sözleşmeye Atıf (m. 21)

Taslak'ta yeralan en önemli hükümlerin arasında m. 21 yeralmaktadır. Bu madde uyarınca nafaka taleplerine uygulanacak hukuk, bu hususa ilişkin MS'ye doğrudan atıf yapılmak suretiyle tayin edilmiştir. Bu yöntem, görebildiğimiz kadarıyla ilk kez Türk Sivil Havacılık Kanunu<sup>18</sup> ("SHK") ile hukukumuzda girmişti. Ardından, birçok başka sahada da aynı yöntem benimsenmiştir<sup>19</sup>. Deniz ticareti hukukunda, çok sayıda devlet, MS'leri bu şekilde yürürlüğe koymuştur<sup>20</sup>. Yukarıda, m. 2 altında sunulan gerekçeler çerçevesinde, m. 21'in düzenlemesi hem bu yasa bakımından hem de genel yasama tekniği açısından yol gösterici nitelikte örnek bir hükümdür.

<sup>17</sup> Yargıtay 19. HD, YKD 1997, 1122; "Oytaş ./ Carbotrade", İstanbul Asliye 2. Ticaret Mahkemesi, 28.9.1993, E/K. 1993/280-1218, Yargıtay 11. HD, 2.5.1994, E. 1993/7332, K. 1994/3748; "Eurochem ./ Tever", Kadıköy Asliye 2. Ticaret Mahkemesi, 5.11.1999, E. 1998/1575, K. 1999/862.

<sup>18</sup> R.G., t: 19. 10. 1983, sayı: 18196; bu konuda bkz. ÜLGEN Hüseyin, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, Ankara 1987, s. 193; KANER İnci, *Hava Hukuku Dersleri*, İstanbul 1994, s. 78.

<sup>19</sup> Bu konuda bkz. örn. Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG t: 27.7.1995, sayı: 22326) m. 2 f. 1, m. 3 f. 2; Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG t: 27.7.1995, sayı: 22326) m. 2(b), m. 3 f. 1; Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG t: 27.7.1995, sayı: 22326) m. 2 f. 1, m. 3(e)(f)(g), m. 75(d)(e).

<sup>20</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. örn. ATAMER, Tekinalp Armağanı (dn. 4), s. 870 (m. 3 f. 1).

#### 4. Taşıma Araçları (m. 23a)

Deniz ticareti ve taşıma hukuku bakımından Taslak'ta yer alan en önemli iki hükümden biri, m. 23a'da yerverilen düzenlemedir. Bu hükmün, bağlama kurallarını ihtiva eden "Alman Medeni Kanunu'na ilişkin Tatbikat Kanunu" ("EGBGB")<sup>21</sup> m. 45'ten<sup>22</sup> alındığı anlaşılmaktadır; yalnız mehaz hükmün ikinci fıkrasının ikinci cümlesi<sup>23</sup> alınmamıştır. Bu madde hakkında şu hususlar belirtilmelidir:

a) MÖHUK m. 23 f. 1 "mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar" ibaresini kullanmıştır; buna karşılık Taslak m. 23a f. 1, sadece "üzerindeki haklar" demektedir. EGBGB m. 45 f. 1'te gerçekten de yalnızca "*Rechte an*" ifadesi geçmektedir ama, aynı yasa m. 43 f. 1'in genel hükmü de "aynî haklar" üst başlığı altında, "*Rechte an einer Sache*" ibaresini kullanmaktadır. Oysa, MÖHUK m. 23, görüldüğü gibi, hangi hakların sözkonusu olduğunu tasrih etmektedir. Bir "taşıma aracı üzerindeki hak" ifadesi, uygulamada kolayca şahsî talep haklarını<sup>24</sup> da içine alacak şekilde yorumlanabilir. Bu nedenle, birinci fıkraya MÖHUK m. 23 f. 1 doğrultusunda bir ekleme yapılması ve "taşıma araçları üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar" ibaresinin kullanılması önerilmelidir.

b) Taslak hüküm, (mehaz hükme koşut biçimde) karayolu taşıma araçlarını hariç tutmuştur. Bu araçlara ilişkin (Türkiye'nin taraf olduğu) bir MS varsa, sorun olmayacaktır. Aksi halde, bu araçların hariç tutulması sakınca yaratacaktır. Alman yasakoyucusu, bu araçların

21 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

22 Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen (Bundesgesetzblatt 1999 I 1026) m. 1 uyarınca EGBGB'ye eklenen madde; yasanın gerekçesi için bkz. BT-Drucks. 14/343, s. 6.

23 "Für die Rangfolge mehrerer Sicherungsrechte gilt Artikel 43 Abs. 1"; bu kural uyarınca, bir eşya üzerindeki aynî haklar, eşyanın bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Bu kuralın yarattığı belirsizlik için bkz. KERİM ATAMER, *Ursprung und historischer Normzweck des Schiffsgläubigerrechts*, (Vortrag gehalten am 29. Oktober 2002 in Hamburg vor dem Deutschen Verein für Internationales Seerecht), Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A-97, Hamburg 2003, s. 1.

24 Sözelimi aracın bir kira sözleşmesi uyarınca tahsis edilmesi (deniz ticaretindeki *bareboat charter*) gibi.



istisna edildiğini belirtmiş, gerekçesinde de, bu araçlar bakımından EGBGB m. 43'ün genel kuralının yeterli görüldüğünü açıklamıştır<sup>25</sup>. Bu açıklama, EGBGB m. 43'ün metni çerçevesinde Alman hukuku bakımından bile tartışma götürür. Her ihtimalde, MÖHUK m. 23 bu hususta doyurucu bir çözüm değildir. Nitekim, sözgelimi Fransa'da trafik siciline kayıtlı olan bir kamyonun Türkiye'de bulunduğu sırada, üzerindeki mülkiyet hakkının, MÖHUK m. 23 f. 1 uyarınca Medeni Kanun ("MK")<sup>26</sup> hükümlerine göre temlik edileceği sonucu, uygulamanın ihtiyaçları ile çelişecektir. Uçaklar, gemiler ve trenler bakımından uygulanan kuralın, örn. kamyonlar açısından değiştirilmesi için bir sebep görmek mümkün değildir. Bu nedenle, karayolu taşıma araçlarının da Taslak m. 23a kapsamına alınması önerilmelidir<sup>27</sup>.

c) Taslak maddenin ikinci fıkrasında, "hava araçları" ve "raylı taşıma araçları" ibareleri kullanılmışken "deniz taşıtları" denmiştir. Madde'nin birinci fıkrasında ortak kavram olarak "araç" kullanıldığına göre, "deniz araçları" denmesi, bütünlük sağlayacaktır.

ç) Hava araçları bakımından, "tâbiyet" yeri kıstası mehzaz hükümden aynen alınmıştır. Ancak, Alman yasakoyucunun gerekçesinde de belirtildiği gibi<sup>28</sup>, başka bir MS nedeniyle bu yer, fiilen hiç istisnasız "sivil yeri"dir. Almanya'nın ve Türkiye'nin tarafı oldukları "Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması"<sup>29</sup> m. 17 uyarınca, "hava nakil vasıtaları tescil edildiği Devletin tâbiyetini haizdir". Üstelik m. 19 uyarınca tescil ve nakil işlemleri, sicilin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbi kılınmıştır. Bu kural, "Hava Araçları üzerindeki Hakların Tanınması Söz-

<sup>25</sup> BT-Drucks. 14/343 (dn. 22), s. 17 sol sütun.

<sup>26</sup> 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli yeni Medeni Kanun (RG, t: 8.12.2001, sayı: 24607).

<sup>27</sup> Alman hukukunda aynı yönde DROBNIG Ulrich, *Vorschlag einer besonderen sachenrechtlichen Kollisionsnorm für Transportmittel*, in: Dieter Henrich (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts*, Tübingen 1991, s. 19 ve orada anılan kaynaklar.

<sup>28</sup> BT-Drucks. 14/343 (dn. 22), s. 17 sağ sütun.

<sup>29</sup> "Convention on International Civil Aviation" (Chicago, 7.12.1944), RG, t: 12.6.1945, sayı: 6029. Bkz. ÇAĞA Tahir, *Hava Hukuku I (Genel Kısım)*, İstanbul 1963, s. 109 dn. 10, s. 375.

leşmesi” m. 1 ve 2 hükümleri ile de pekiştirilmiştir<sup>30</sup>. Ulusal hukukta da, SHK m. 50 uyarınca uçaklara tescil mecburiyeti getirilmiştir. Dolayısıyla milletlerarası hava hukuku ve ulusal hukuk bakımından bir uçağın tâbîyetini, daima, kayıtlı olduğu sicilin ülkesi belirler. Bu nedenle, Taslak m. 23a f. 2’ye uçaklar bakımından da, (mehazdaki dolambaçlı anlatımın yerine) doğrudan “sicil yeri” kıstası konmalıdır.

d) Gemilerde çift sicil uygulaması yaygındır. Gemiler, çeşitli ekonomik sebeplerle, “elverişli bayrak sicilleri”nde (örn. Panama, Liberya vs.) tescil edildikten sonra<sup>31</sup>, başka bir ülkenin “geçici sicili”ne kayıt yaptırabilmektedir<sup>32</sup>. Böyle hallerde “geminin sicil yeri” bağlama kuralı bakımından, hangi sicilin esas alınacağı tartışma konusu olabilmektedir. Alman yasakoyucusu “aslî (kök, asıl) sicil”in esas alınacağını, yasanın gerekçesinde belirtmiştir<sup>33</sup>. Bu çözüm, hiç şüphesiz doğrudur; ancak Türkiye’deki uygulayıcı bakımından Alman yasakoyucusunun gerekçesine ulaşmak olanaksızdır; dolayısıyla MÖHUK’ta da açık bir hüküm sevk edilmesi önerilmelidir. Bu amaçla, “deniz araçlarında, aynî hakların tescil edildiği aslî sicil yeri” ibaresi kullanılabilir.

e) Mehaz metindeki “Heimathafen oder Heimatort” karşılığı “bağlama limanı veya bağlama yeri” kullanılmıştır (Taslak m. 23a f. 2). Bağlama limanı, TTK m. 819’da tarif edilmiştir; bu hüküm, Alman Ticaret Kanunu (“HGB”)<sup>34</sup> m. 480 f. 1’den alınmıştır. Buna karşılık “Heimatort”, Alman İçsu Taşımaları Kanunu<sup>35</sup> m. 6 f. 1 hükmünden gelmektedir. Deniz taşımalarında “Heimathafen” yani bağlama limanı

30 “Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft” (Ceneva, 19.6.1948); yaklaşık 90 ülkenin taraf olduğu bu MS’ye Türkiye henüz katılmamıştır.

31 Türk hukukunda TTK m. 824 f. 2 hükmünün sağladığı olanak doğrultusunda.

32 Bu konuda bkz. örn. ÇAĞA / KENDER (dn. 3), § 2.5.1, s. 83; EKŞİ Nuray, *Türk uluslararası gemi sicili kanununun hazırlanmasına etki eden faktörler ve kanunun genel esaslarının değerlendirilmesi*, Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 201.

33 BT-Drucks. 14/343 (dn. 22), s. 17 sol sütun.

34 Handelsgesetzbuch (10.5.1897), Reichsgesetzblatt 1897, 219.

35 Binnenschiffahrtsgesetz, metin için bkz. örn. Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 7, 1997, s. 1665.

olan yer, içsu taşımalarında “Heimatort” olarak nitelendirilmiştir. Bu iki kavram Almanya’da yan yana yürürlükte olduğundan, EGBGB’de de her ikisi belirtilmiştir. Oysa Türkiye’de, içsu taşımalarına ilişkin ayrı bir kanun veya terminoloji yoktur; kaldı ki, içsu taşıma araçları da son derece sınırlıdır. Almanya’da içsu taşıma araçları için ayrı hüküm kabul edilmesi bir mecburiyettir; Avrupa nehirler ağı, içsu gemilerinin çok sayıda ülkeyi kat ederek seyir yapmasına olanak sağlamaktadır. Oysa Türkiye’de bu olanak<sup>36</sup> yoktur. Dolayısıyla, “bağlama yeri” kıstasını Türk hukuku bakımından kabul etmek gerekli gözüküyor.

f) Buna karşılık, bir sicile kayıtlı olmayan ve bağlama limanı da bulunmayan gemiler ve deniz araçları bakımından bir kıstas getirilmesi gerekebilir. Bu kıstas, “malikin yerleşim yeri” olabilir; ancak, bu kuralın işletilmesi, fiilen, son derece sınırlı bir alanda gündeme geleceğinden<sup>37</sup>, doğrudan MÖHUK m. 23’ün genel kuralı da (bu kuralın sebep olabileceği adaletsizlikler ihmal edilerek) uygulanabilir.

g) Taslak maddenin üçüncü fıkrası, Alman yasakoyucusunun açıkça belirttiği gibi<sup>38</sup>, esas olarak gemiler üzerindeki kanuni rehin haklarını, yani gemi alacaklılarına tanınan rehin haklarını (TTK m. 1235 vdm.) hedef tutmaktadır. Gemi alacaklılarının kanuni rehin hakkına hangi hukukun uygulanacağı, milletlerarası alanda da en tartışmalı sorunların arasında yer almaktadır; bu konuda Türk<sup>39</sup>, Alman<sup>40</sup> ve İn-

<sup>36</sup> Fırat ve Dicle üzerinden Suriye’ye ve Irak’a teorik olarak yapılabilecek seyir dışında.

<sup>37</sup> örn. Türkiye’ye yakın Yunan adalarından gelebilecek deniz motosikleti veya sörf gibi araçlar.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 14/343 (dn. 22), s. 18 sol sütun.

<sup>39</sup> MÖHUK’tan önce yazılmış temel eser şudur: TEKİNALP Gülören, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı*, İstanbul 1967. Türk hukukundaki görüş ve eğilimlerin dökümü için bkz. ATEMER Kerim, *Gemi ve yük alacaklısı haklarının kullanılmasında yargılama usulü ve icra*, XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (4-5 Nisan 1997), Ankara 1997, s. 228.

<sup>40</sup> EGBGB m. 45’ten önceki yakın dönem için temel eserler: MANKOWSKI, *Das Statut der Schiffsgläubigerrechte*, TranspR 1990, 213; PRÜßMANN/RABE, *Seehandelsrecht*, 3. Aufl. 1992, Vor § 754 II; STAUDINGER/STOLL,

giliz<sup>41</sup> hukukunda çok sayıda yayın yapılmıştır. Önerilen çözümler, milletlerarası özel hukukta gündeme gelen neredeyse bütün bağlama kurallarını içermektedir. Özellikle, borç ilişkisinin esasına uygulanan hukuk, geminin bulunduğu yer hukuku, geminin sicilinin bulunduğu yer hukuku ve bu rehin haklarının dermeyan edildiği mahkemenin hukuku kıstasları neredeyse eşit sayıda taraftar toplamıştır.

Almanya'da, bu mesele hararetle tartışılmıştır. *Zweigert / Drobnig* tarafından hazırlanan bir yazıda<sup>42</sup>, borç ilişkisine uygulanan hukuk (*lex causae*) lehinde gerekçeler ileri sürülmüştür. Mevzu EGBGB m. 45 f. 3'ü hazırlayan komisyonlar, *Drobnig*'in derin etkisi altında kalmıştır<sup>43</sup>. Bu nedenle, Alman doktrinindeki ciddi muhalefete rağmen<sup>44</sup>, *Drobnig*'in çözümü yasaya alınmıştır. Ne var ki, bu çözüm beraberinde çok sayıda sorun da getirmektedir<sup>45</sup>.

Türk hukukunda Yargıtay, MÖHUK m. 23'e açıkça atıf yaparak, "gemi Türkiye'de ise Türk hukuku uygulanır" ilkesinden hareket etmek-

---

*BGB*, 13. Aufl. 1996, IntSachenR Rn. 386 ff.; SOERGEL/LÜDERITZ, *BGB*, 12. Aufl. 1996, Anh II Art 38 EGBGB Rn. 84; STAUDINGER/NÖLL, *BGB*, 13. Aufl. 1997, § 8 SchiffsRG Rn. 71 ff.; PUTTFARKEN, *Neues vom Schiffsgläubigerrecht*, *RabelsZ* 62 (1998), 787; MÜNCHKOMM/ KREUZER, *BGB*, 3. Aufl. 1998, Nach Art. 38 EGBGB Anh. I Rn. 147 ff.; HERBER Rolf, *Seehandelsrecht*, Berlin 1999, § 39 IV; SCHAPS/ABRAHAM, *Seehandelsrecht II*, 4. Aufl. 1978, Vor § 754 Rn. 35; REGEL Michael, *Schiffsgläubigerrechte im deutschen, englischen und kanadischen internationalen Privatrecht*, Diss. Bonn 1983; KOUKAKIS Evelyn, *Schiffsgläubigerrechte im deutschen und griechischen internationalen Privatrecht*, Diss. Bonn 1988.

41 THOMAS, *Maritime Liens*, London 1980, para. 590; TETLEY, *International Conflict of Laws*, Montreal 1994, s. 551.

42 ZWEIFERT Konrad / DROBNIG Ulrich, *Das Statut der Schiffsgläubigerrechte*, *Versicherungsrecht* 1971, 581. Bu konuda bkz. TEKİNALP (dn. 39), s. 29 sonu.

43 Hazırlık çalışmaları ve değerlendirmeler için bkz. örn. HENRICH (dn. 27), s. 3, 13, 37.

44 özellikle bkz. MANKOWSKI (dn. 40), *TranspR* 1990, 213; PUTTFARKEN (dn. 40), *RabelsZ* 62, 787.

45 PUTTFARKEN (dn. 40), *RabelsZ* 62, 795; HERBER, *Die wundersame Wiederauferstehung der Schiffsgläubigerrechte für Ladungsschäden und Kapitänsgeschäfte*, *TranspR* 1999, 294.

tedir<sup>46</sup>. Ancak, m. 23 ile getirilen kuralın, “aynî hakkın doğduğu anda geminin bulunduğu yer” anlamına geldiği hiç dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay, her ne kadar MÖHUK m. 23’e dayanmaktaysa da, aslında (örn. İngiltere’de olduğu gibi) *lex fori*’yi uygulamaktadır, çünkü “yargılama/icra aşamasında geminin Türkiye’de bulunması” kıstası esas alınmaktadır.

EGBGB m. 45 f. 3 ile getirilen çözümün, Türk hukuku açısından da geçerli olması gerektiğini vaktiyle ileri sürmüştüm<sup>47</sup>. Nitekim, bu kanuni rehin hakkı, bütün rehin hakları gibi, alacağa da sıkı sıkıya bağlıdır; dolayısıyla borç ilişkisinin esasına uygulanan hukukun gözardı edilmesi de sakıncalı olabilir. Ancak, gemi alacaklısı hakkının tarihi kökleri ve hukuksal niteliği dikkate alındığında, “sicil yeri hukuku”nun ihmal edilmesinin yanlış olduğu da anlaşılmaktadır<sup>48</sup>. Sonuçta, şöyle bir çözüm düşünülebilir. Bir ülke, gemi alacaklılarının sayısını ne kadar geniş tutarsa, sözleşmenin esasına uygulanan hukukun dikkate alınması o ölçüde kolaylaşır. Çünkü, yabancı bir hukukun bahsetmiş olabileceği bir kanuni rehin hakkı, ulusal hukukta muhtemelen zaten mevcut olacaktır. TTK m. 1235, emsalleri arasında en geniş kataloglardan birini içermektedir. Bu nedenle, TTK m. 1235’in bugünkü içeriği korunduğu sürece, Taslak m. 23a f. 3’ün kabulü de sorun yaratmayacaktır. Ne var ki, Almanya’da olduğu gibi, örn. kaptan işlemleri için rehin hakkı kaldırılırsa, bağlama kuralının da değiştirilmesi gerekecektir; aksi halde, maddi hukukta kaldırılan bu rehin hakkı, yabancı bir *lex causae* üzerinden yine de uygulama alanı bulabilecektir. Dolayısıyla, yabancı alacaklılar korunmuşken, ulusal alacaklılar aynı himayeden mahrum bırakılmış olacaktır.

Ancak, rehin haklarının ipotek ile aralarındaki sıra bakımından, ipotekli alacaklıların haklarını da gözetilen bir çözüm bulunması zorunlu-

46 bkz. örn. “*Babtai No.1*”, Yargıtay 11. HD, 28.11.1996, E/K 1996/5617-8332, ATAMER (dn. 39)’da belirtilen tebliğin ekinde no. 32, XIV. Sempozyum, s. 296; “*Lovissa Gorthon ./ Eridan*”, Karadeniz Ereğlisi Asliye 1. Hukuk Mahkemesi, 18.4.2000, E. 1999/51, K. 2000/188, Yargıtay 11. HD, 2.2.2001, E. 2000/8775, K. 2001/727.

47 ATAMER (dn. 39), XIV. Sempozyum, s. 229; aynı yazar (dn. 5), in: *Tetley*, s. 1392.

48 Bu konuda ayrıntılar için bkz. ATAMER (dn. 23), s. 1.

dur. Bu açıdan, tamamen tesadüfi bir bağlama kuralı olan *lex fori* yerine, sicile kayıtlı gemilerde, sicil yeri hukukunun esas alınması gerekir. Alman hukukunda, Taslak m. 23a'ya alınmayan EGBGB m. 45 f. 2 c. 2 hükmü bu açıdan belirsizdir; bu hüküm *lex fori* anlamına gelebileceği gibi, *lex rei sitae* olarak da anlaşılabilir. Uygulamada büyük tereddüt yaşanan bu sahada bir açıklık sağlanması gereklidir. Çatışan zıt menfaatleri telif eden bir çözüm olarak şu önerilebilir: kanuni rehinlerin kendi aralarındaki sıra ve müseccel gemi ipoteklerine karşı önceliği haiz olup olmadıkları, bütün rehinli alacaklılar açısından müşterek payda olan sicil yeri hukukuna tâbi olmalıdır. Nitekim hem ipotek hem de mülkiyet (dolayısıyla mülkiyetin devrinde takyidatın sona ermesi hususu) sicil yeri hukukuna göre değerlendirilir. O halde, müseccel aynî hakları sınırlandıran teminat haklarının sırasını da sicil yeri hukuku belirlemelidir. Buna karşılık, geminin satışı üzerine hazırlanacak sıra cetveline kaydedilecek bütün diğer alacakların sırası ve rehinlere göre öncelikli olan alacaklar<sup>49</sup>, satışın yapıldığı ülkenin hukukuna (yani *lex fori*'ye) tâbidir.

**h)** Gemi alacaklısı haklarıyla ilgili olarak, uygulamada yakın zamanlarda gündeme gelen diğer bir sorun şudur: “yurtdışında yapılan cebri icra satışı halinde, kanuni rehinler sona erer mi?” TTK m. 1245 f. 1, rehin hakkının Türkiye’de cebri icra satışı halinde sona ereceğini öngörmektedir. Maddenin bu düzenlemesini esas alan Yargıtay, “Türkiye dışında cebri icra satışı halinde rehinler sona ermez” doğrultusunda yorum yapmaktadır<sup>50</sup>. Bu yorum, maddenin sözüne ve ruhuna temelden aykırıdır. Bu hüküm HGB m. 764 f. 1’den aynen alınmıştır; bu hükmün mehası da eski “Alman Genel Ticaret Kanunu” (“ADHGB”)<sup>51</sup> m. 767’dir. Anılan hükmün müzakerelerinde apaçık bir biçimde şu açıklamalar yapılmıştır<sup>52</sup>: “Alman hukuku, yalnızca Almanya’da yapı-

49 Türk hukukunda İcra ve İflas Kanunu m. 206 ve diğer ilgili hükümler.

50 “Amir Shipping ./. K.E.G.K.”, Yargıtay 11.HD, 10.5.2002, E/K. 2002/11370-4600; “Allied Sales ./. Ege Dnz., Agios Nectaros”, Yargıtay 12.HD, 12.7.2002, E/K. 2002/13000-15480; genelde bu konuda bkz. TEKİNALP (dn. 39), s. 97 ve ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, *Deniz Ticareti Hukuku III*, 3. baskı, İstanbul 1997.

51 Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861); metin için bkz. örn. Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen, Band I: Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch (1861) mit Wechselordnung (1848), Aalen 1973.

52 Protokolle der Commission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Han-

lan cebri icra satışlarında rehinlerin sona erip ermeyeceğine karar verebilir. Almanya dışında yapılan satışlarda, satışın yapıldığı ülkenin hukuku yetkilidir; dolayısıyla satışın yapıldığı ülkenin hukuku, rehinlerin devam edip etmeyeceğine karar verir”; yani bu hüküm tek taraflı bir bağlama kuralıdır. Alman yasakoyucusu 1859 yılında böyle bir tespitte bulunup yasal düzenleme yapmışken, 140 yıl sonra ülkemizde bu mesele, ne yazık ki, henüz doğru temeller üzerine oturmuş değildir. Oysa bu hususa ilişkin temel eserinde *Çağa*, tam bir açıklıkla, kuralı şöyle nakletmiştir:

“Yabancı memlekette yapılan cebrî müzayede sonundaki ihalelerin gemi alacaklısı hakkına son verip vermeyeceği, ihalenin vukubulduğu memleket kanunlarına tâbidir.”<sup>53</sup>

Öyle anlaşılıyor ki, doktriner kaynakların incelenmesini ümit etmek yerine, yasaya açık hükümler yazılması daha doğru olacaktır. Bu nedenle, Taslak hükme bir cümle daha ekleyerek, cebri icra satışının etkisi hususunda, satışın yapıldığı ülke hukukunun yetkili olduğu belirtilmelidir.

i) Bütün bu öneriler doğrultusunda, Taslak m. 23a hükmünün şöyle kaleme alınması önerilebilir:

“(f.1) Taşıma araçları üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, menşe ülke hukukuna tâbidir.

(f.2) Menşe ülke:

a) hava araçlarında sicil yeri,

b) kara araçlarında sicil yeri,

c) raylı araçlarda ruhsat yeri,

---

delsgesetz-Buches (1857 ff.), eingeleitet und neu herausgegeben von Schubert, 11 Bände, 1984, Band 6 (1. Lesung: Seehandelsrecht), s. 2856 vdm., 2863 vdm. (Mayıs 1859 müzakereleri).

<sup>53</sup> ÇAĞA / KENDER (dn. 50), § 6.1.11/I.1, s. 52'nin ilk paragrafı. Aynı kitapta § 6.3'teki açıklamalar Yargıtay 11. HD'nin 29 Mart 2002 tarihli kararında (YKD 2002, 1199) alıntı yapılarak nakledilmiştir. 10 Mayıs 2002 tarihli (yani sadece altı hafta sonra verilen) kararda (dn. 50) bu kitaptaki bilginin neden dikkate alınmadığını anlamak mümkün değildir.

d) sicile kayıtlı deniz araçlarında, aynî hakların tescil edildiği aslî sicil yeri,

e) sicile kayıtlı olmayan deniz araçlarında bağlama limanı yeri, yoksa m. 23 uyarınca belirlenen yerdir.

(f.3) (c.1) Bu araçlar üzerindeki kanuni teminat haklarının kuruluşuna, temin edilen alacağın tâbi olduğu hukuk uygulanır. (c.2) Aynı araç üzerinde doğmuş kanuni teminat haklarının kendi aralarındaki ve araç üzerindeki diğer aynî haklar ile aralarındaki sıra, ikinci fıkra uyarınca belirlenen ülke hukukuna tâbidir. (c.3) Cebri icra satışının kanuni teminat hakları üzerindeki etkisi, cebri icra satışının yapıldığı ülkenin hukukuna tâbidir.”

j) Taslak m. 23a hükmüyle bağlantılı olduğu için, TTK'da yapılması gerekecek bir değişikliği de burada belirtmek gerekir. Bu hüküm kabul edilirse, TTK m. 866 f. 2'de yeralan bağlama kuralı gereksiz kalacaktır<sup>54</sup>. Nitekim bu hüküm, tek taraflı bir bağlama kuralı içermektedir, ama çok taraflı bir kural olarak uygulanmaktadır<sup>55</sup>. Taslak m. 23a yasalaşır, TTK m. 866 f. 2'nin hükmü, artık çok taraflı bir kural olarak yürürlük kazanmış olacaktır. Dolayısıyla hükmün muhafaza edilmesine gerek kalmayacaktır.

## 5. Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk ve Roma Sözleşmesi

### (m. 24-24h)

MÖHUK m. 24'ün yerine geçmek üzere teklif edilen Taslak m. 24-24h hükümleri, “Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuk hakkında Roma Sözleşmesi”nden (“BHRS”)<sup>56</sup> alınmış gözükmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla

<sup>54</sup> bu husus Alman yasakoyucusu tarafından da saptanmıştır, bkz. BT-Drucks. 14/343 (dn. 22), s. 17 sol sütun.

<sup>55</sup> TEKİNALP (dn. 39), s. 32 vdm.; ÇAĞA / KENDER (dn. 3), § 2.7.1., s. 84.

<sup>56</sup> Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Roma, 19.6.1980), OJEC, 9.10.1980, no: L 266/1-7; metin için ayrıca bkz. örn. TETLEY, *Conflict* (dn. 5), s. 1032. 29 Kasım 1996'da üç ülkenin daha katılması ve diğer bazı gelişmeler nedeniyle, BHRS'nin konsolide bir metnini hazırlama gereksinmesi ortaya çıkmıştır; bu amaçla hazırlanan metin 11 Mart 1999 tarihinde ilan edilmiştir (Consolidated version, 11. 3.1999).



la, maddeleri doğrudan iktibas etmek yerine, Sözleşme hükümlerini iktibas eden Almanya ve İsviçre kanunlarındaki düzenlemeler esas alınmıştır.

Türkiye'nin taraf olduğu MS'lerin öncelikle uygulanması gerektiğini yukarıda açıklamıştık (m. 1 ve 21 hakkındaki gerekçeler). Bu nedenle, eğer Türkiye BHRS'ye taraf olacaksa, Sözleşme'nin hükümlerinin doğrudan iktibas edilmesi yöntemi tercih edilmelidir. Nitekim Alman hukukuna ilişkin bu yazıdaki incelemeler göstermektedir ki, EGBGB'nin birçok düzenlemesi aslında tartışma götürür. Özellikle de, Alman yasakoyucusunun BHRS'yi iktibas etme yöntemi kanımızca sorgulanmalıdır. Bu nedenle, "ikinci elden" iktibas yerine, doğrudan BHRS m. 3-14 hükümlerinin Taslak m. 24 ve sonrasına alınması tercih edilmelidir.

Böyle bir yöntem üzerinde düşünülünce, Sözleşme hükümlerini MÖHUK'a yazmak yerine, m. 24'e yalnızca BHRS'ye atıf yapan bir hüküm yazılması (m. 21'de Nafaka Sözleşmesi için yapıldığı gibi) yeterli olur. Böylece, Sözleşme'nin MÖHUK'a uydurulması yerine, bir MS olarak bağımsız uygulanması sağlanır. Nitekim bu Sözleşme, Avrupa Topluluğu tarafından bir tüzük haline getirildiğinde<sup>57</sup>, Türkiye bakımından bu yöntem zaten benimsenecektir. O halde, bugünden önlem alınması ve uygulamanın BHRS ile çalışmaya alıştırılması yerinde olacaktır.

## 6. Eşya Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk (m. 24d)

Deniz ticareti ve taşıma hukukuna ilişkin ikinci temel hüküm, Taslak m. 24d'dir. Bu maddenin getirdiği düzenlemenin BHRS m. 4 f. 4'ten alındığı anlaşılmaktadır. Madde hakkında şu hususlar belirtilebilir:

a) Sözleşmenin gerekçesinden anlaşıldığına göre, BHRS'ye eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin bir kural konup konmayacağı sorunu, çetin müzakerelere yolaçmıştır<sup>58</sup>. Raportörlerden biri İtalyan, diğeri Fran-

<sup>57</sup> Böyle bir çalışmanın sürdüğü, 22-23.11.2002 tarihli Sempozyum sırasında Sayın Prof. Dr. Gülören Tekinalp tarafından bildirilmiştir.

<sup>58</sup> GIULIANO Mario / LAGARDE Paul, *Report on the Convention*, OJEC C 282, 31.10.1980, p. 1-50, Art. 4 § 4.

sız'dır. Burada hemen temel bir soruna işaret edilmelidir. İtalyan ve onu izleyen Fransız hukuku, deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmelerinin tasnifi hususunda, milletlerarası sistematikten ayrılmaktadır; azınlıkta kalan bu ülkelerin hukukunda, TTK m. 1016 f. 1 b. 1'de tarif edilen sözleşmenin, eşya taşıma sözleşmesi değil, gemi tahsis sözleşmesi olduğu iddia edilmektedir<sup>59</sup>. Buna karşılık, İngiliz, İskandinav, Alman, Amerikan, Güney Afrika, Hollanda, Belçika hukuk sistemlerinde, Türk hukukunda olduğu gibi, anılan sözleşmenin "eşya taşıma sözleşmesi" niteliğinde bulunduğu tereddütsüzdür<sup>60</sup>. Ne var ki, İtalyan-Fransız anlayışı m. 4 f. 4 c. 3'e yansımıştır. Oysa, "single voyage charter-parties"i eşya taşıma sözleşmelerine tâbi kılan hüküm aslında isabetsizdir; bu tür belgelerle ispat edilen sözleşmeler zaten eşya taşımaya ilişkindir, dolayısıyla ikinci cümleye doğrudan girmektedir. O halde ilk iki tespit şöyledir: eşya taşıma sözleşmelerinin BRHS'ye alınması başlı başına ihtilaflı bir konudur; üstelik de kabul edilen bağlama kuralı, maddi hukuk açısından isabetsiz bir tasnife dayanmaktadır.

<sup>59</sup> Bu bilgiler için bkz. örn. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, Tübingen 1987, s. 112 vdm.; TRAPPE, *Entwicklungen im Charterrecht*, Hamburg 1985, s. 14; SÖZER Bülent, *Kitap tahlili: Fahiman Tekil, Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul 1970, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 9 (1972), s. 279 vdm.; KANER İnci, *Çarter ve kırkambar sözleşmeleri ayırımı*, *Hukuk Araştırmaları* (Marmara Hukuk Fakültesi yayını) cilt: 10, sayı: 1-3 (1996), s. 425.

<sup>60</sup> SCRUTTON *on Charterparties and Bills of Lading*, 20<sup>th</sup> edition by Boyd/Burrows/Foxton, London 1996, Art. 1-3, 30, 32-34; COOKE/YOUNG/TAYLOR, *Voyage Charters*, 2<sup>nd</sup> edition London 2001, § 1.1; GILMORE Grant / BLACK Charles, *The Law of Admiralty*, 2<sup>nd</sup> edition, New York 1975, chaps. III & IV; SCHOENBAUM Thomas, *Admiralty and Maritime Law*, 2<sup>nd</sup> edition, St. Paul, Minnesota 1994, §§ 8, 9; 2A BENEDICT *on Admiralty, Carriage of Goods by Sea*, by Michael Sturley, New Jersey 2001, § 41; DIETER RABE, *Seehandelsrecht*, 4. Auflage des von Prüßmann begründeten Kommentars, München 2000, Vor § 566 Rn. 1 ff., § 557 Rn. 1 ff., Vor § 642 Rn. 1 ff.; HERBER Rolf, *Seehandelsrecht*, Berlin 1999, §§ 26, 28, 30 II; HARE John, *Shipping Law & Admiralty Jurisdiction in South Africa*, Cape Town/Kenwyn 1999, §§ 14, 15, s. 540 vdm.; *International Encyclopaedia of Laws / Transport Law*, volume 1: Norway, by BULL JACOB Hans / ET AL., The Hague 2000, §§ 104, 121; *International Encyclopaedia of Laws / Transport Law*, volume 1: Belgium, by HUYBRECHTS Marc / ET AL., The Hague 2000, §§ 151, 155.

b) Maddenin getirdiği düzenleme, yürürlükteki Türk hukuku açısından incelendiğinde, şu hususlar belirtilebilir:

“*Carrier*” kavramının tanımlanması, özellikle deniz hukukunda, sıklıkla tereddüt yaratmaktadır. Deniz taşımalarında çok sayıda alt taşıma ilişkisinin gündeme gelmesi, koniementoların da “taşıyan”ın kim olduğunu açıkça belirtmemeleri nedenleriyle, bu konuda duraksamalar yaşanmaktadır. TTK m. 1099’ın bu haller için hazır tuttuğu çözüm, tarafları yine beklenmedik bir çözüm ile karşı karşıya bırakabilir. Nihayet *liner* koniementolarda yaygın kullanılan *Identity of Carrier* klozu da aynı belirsizliklere sebep olmaktadır. Bütün bu sebeplerle, *carrier* kavramı iktibas edilecekse, mutlaka ulusal hukuk bakımından bir açıklama verilmelidir. BHRS’nin gerekçesine bakıldığında, esas alınacak tanımın, “eşya taşıma borcunu navlun karşılığında üstlenen kimse” olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu yönde bir açıklama yasaya yazılmalıdır.

“*Consignor*” kavramının nasıl tanımlanacağı, BHRS’nin gerekçesinde bile tam olarak tayin edilemiyor. Türk-Alman deniz ticareti hukukunda, taşıyana eşyayı teslim eden kimse, “yükleten” (*Ablader*) sıfatını alır, buna karşılık eşya taşıma sözleşmesinin âkidi “taşıtan”dır (*Befrachter*).

“*Charter party*”, TTK m. 1017 uyarınca bir ispat vasıtasıdır; yoksa bir sözleşme türü değil! Dolayısıyla “single voyage charter-parties” ibaresi, Türk hukukuna uygun değildir.

Nihayet, Türk taşıma hukuku terminolojisi bakımından ortaya çıkan bir sorun da şudur: eşya taşıma borcunu üstlenen kimse, deniz hukukunda “taşıyan” (TTK m. 1016) diğer taşıma hukuku kurallarında “taşıyıcı” (TTK m. 762) olarak anılmaktadır.

“Asli amacı eşya taşıma olan diğer sözleşmelerin de eşya taşıma sözleşmesi sayılması” kuralı ise, deniz hukukunda mutlaka çok sayıda yorum sorununa sebep olacaktır.

c) BRHS m. 4 f. 1, taraf seçimi olmayan hallerde “en sıkı irtibat” hukukunun uygulanacağını öngörmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrası da, “en sıkı irtibat” ile ilgili olarak çeşitli karineler koymuştur. Bu hükümler, Taslak m. 24 f. 4 ve 5’e alınmıştır. Ne var ki bu karineler, eşya taşıma sözleşmelerinde uygulanmaz. Nitekim bu sözleşmelere uy-

gulanacak hukuku tespit eden BRHS m. 4 f. 4, tarafların seçim yapmadığı hallerde, aynı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen karinenin uygulanmayacağını açıkça belirtmiştir. Bu hüküm, Taslak'ta yoktur. Oysa bu kuralın yasaya alınması gerekir. Aksi halde, Taslak m. 24d f. 1 c. 2 uyarınca hukuk tespiti mümkün olmayan hallerde, mecburen, Taslak m. 24 f. 4 hükmü uygulanacaktır, yani BRHS m. 4 f. 2 karinesi devreye girecektir. Bu çözüm, BRHS'ye aykırıdır. Dolayısıyla, Taslak m. 24d'ye bu hususu tasrih eden bir hükmün de eklenmesi gerekir.

ç) Ancak, eğer Türkiye bu Sözleşmeye taraf olacaksa, maddenin içeriğini değiştirme olanağının bulunmadığını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, uygulamada doğabilecek tereddütleri karşılamak üzere, maddenin BHRS m. 4 f. 4 hükmüne sadık kalınarak, Türk hukukunun yerleşik kavram ve kuralları doğrultusunda kaleme alınması önerilmelidir. Bu ilke çerçevesinde, şu öneri yapılabilir:

“(f.1) Eşya taşıma sözleşmelerine, tarafların seçtikleri hukuk uygulanır.

(f.2) (c.1) Tarafların hukuk seçimi yapmadıkları hallerde, m. 24 f. 4 c. 2'de belirtilen karine uygulanmaz. (c.2) Eğer taşıyıcının, sözleşmenin kurulduğu andaki esas işyeri ile, yükleme yeri veya boşaltma yeri veya gönderenin esas işyeri aynı ülkede bulunuyorsa, sözleşmeye o ülkenin hukuku uygulanır. (c.3) Bu fıkranın uygulamasında, tek yolculuğa ilişkin çarter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de eşya taşıma sözleşmesi sayılır. [Seçenek metin: Bu fıkra, tek yolculuğa ilişkin çarter sözleşmelerine ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmelere de uygulanır.] (c.4) Bu fıkranın uygulamasında “taşıyıcı”, bir ücret karşılığında, eşyanın bir yerden diğer yere taşınmasını taahhüt eden kimsedir, “gönderen” de kendisine karşı bu taahhüt yapılan kimsedir; taşımanın hangi tür taşıma araçlarıyla yapıldığına bakılmaz.

(f.3) Hâlin bütün şartlarına göre, sözleşmenin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisi varsa, ikinci fıkra uygulanmaz.”

d) BHRS m. 23 uyarınca âkid devletler, belli bir usulü izleyerek, ulusal hukuklarında farklı bağlama kuralları kabul edebilir. Üstelik Danimarka, İsveç ve Finlandiya, daha Sözleşmeyi kabul ederken 10 sayılı Protokol ile, eşya taşıma sözleşmeleri için ulusal hukukta ayrı düzenleme yapma hakkını saklı tutmuştur. O halde Türkiye de, bu ola-

naktan yararlanıp, hiç olmazsa deniz ticareti sözleşmeleri bakımından ayrı düzenlemeler yapma hakkını saklı tutabilecektir<sup>61</sup>.

### 7. İfa ve Tedbirler (m. 24h)

Bu maddenin, BHRS m. 10 f. 2'den alındığı anlaşılmaktadır<sup>62</sup>. Bu madde ile getirilen çözüm, uygulamada MÖHUK m. 6 üzerinden sağlanmaktadır. Mahkemelerin uygulamasında, sözgelimi yük zararının tespiti için TTK m. 1065 ve m. 1066 hükümlerine göre yapılacak işlemlerin şekli hususunda, MÖHUK m. 6 uyarınca boşaltma limanı ülkesinin hukuku esas alınmaktadır<sup>63</sup>. Uygulamada tereddüt doğmaması için, MÖHUK m. 6 ile Taslak m. 24h arasındaki ilişkiyi bu açıdan tasrih eden ek bir hükmün konması düşünülebilir.

### 8. Yetki Anlaşması (m. 31) ve Geçici Hukuki Himaye

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1998 tarihli kararıyla, yetki sözleşmelerinin geçerli olduğunu, ancak bir yetki sözleşmesinin yapıldığı halde bile, geçici hukuki tedbirler ve cebri icra açısından Türk mahkemelerinin yetkili kalacağına hükmetmiştir<sup>64</sup>. Bu kararın isabeti tartışma konusu değildir<sup>65</sup>. Ne var ki, HGK'nın kararı, daha önce yine

<sup>61</sup> Deniz ticareti sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile ilgili olarak özellikle bkz. MANKOWSKI Peter, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, Tübingen 1995. Yazar, bağlama kurallarının tespiti ile ilgili güçlükleri ve çözüm yollarını tüm ayrıntıları ile ortaya koymuştur. Kitabın 581 sayfalık metin kısmını, BHRS m. 4 f. 4 içine sıkıştırmaya çalışmak mümkün değildir.

<sup>62</sup> Dolayısıyla metnin, mehzadaki kavramlarla uyumlaştırılması gerekli olabilir.

<sup>63</sup> Bkz. ATAMER Kerim, *Beyoğlu Asliye 1. Ticaret Mahkemesi'nin 12.9.1996 tarihli ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 30.1.1997 tarihli kararları hakkında değerlendirme*, DenizHD yıl: 5, sayı: 1-4 (2000: Gündüz Aybay'ın Anısına Armağan), s. 320; kararlar aynı dergide s. 309 vdm. yayınlanmıştır.

<sup>64</sup> YHGK, 6.5.1998, E. 1998/12-287, K. 1998/325, YKD 1998, 1269 = DenizHD yıl: 3, sayı: 1-2 (1998), s. 81.

<sup>65</sup> Bkz. NOMER Ergin, *Yetki anlaşmaları ve Türk uygulaması*, Yargıtay Dergisi 1998, 258. Bu kararın uygulama alanı hakkında bkz. ATAMER / KARAMAN / ERÇİN / ÇELİKÇAPA (dn. 1), s. 61 (II 3 b).

MÖHUK döneminde verilmiş olan kararlar ile çelişmektedir<sup>66</sup>. Bu nedenle, (içtihatların birleştirilmesini beklemeden) m. 31'e bu doğrultuda bir ekleme yapılması önerilmelidir. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu ("MTK")<sup>67</sup> m. 6 ile de aynı husus tahkim usulleri için açıkça hükme bağlanmıştır.

### 9. Teminat (m. 32)

Bu hükmün uygulamasında, önemli bir sorunla karşılaşılmaktadır. Mahkemeler, "yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanı"nı temin etmek üzere, maktu %10-%40 oranında teminatlara hükmetmektedir. Oysa, yargılama ve takip giderleri dikkate alınmadan, her miktarda müddeabih üzerinden maktu %10 teminata hükmedilmesi, adaletsiz sonuçlara götürmektedir. Yargılama gideri olarak Harçlar Kanunu ve diğer ilgili mevzuat uyarınca mahkum olunabilecek en yüksek sınır kolayca hesaplanabilmektedir. Bu sınırın, sözelimi, beş veya on katı bile, birçok davada müddeabih üzerinden %10 esasıyla hesaplanan teminatın altında kalmaktadır. Bu nedenle mahkemelere başvurular yapılmış ve teminatın götürü usulde değil de, yabancı davacının davayı tümüyle kaybetmesi halinde mahkum edilebileceği en yüksek yargılama masraflarının birkaç katı olarak hesaplanması talebinde bulunulmuştur. Ancak, bu talepler geri çevrilmiş ve yine maktu uygulama sürmüştür. Bu sakıncayı gidermek üzere, maddeye açıklık kazandıracak eklemeler yapılması önerilmelidir. Maddenin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki iki cümlenin eklenmesi yeterli olacaktır:

"(f.1) (c.1) [yürürlükteki metin]. (c.2) Mahkeme teminatı belirlerken, davanın tümüyle reddi halinde davacıya yüklenebilecek toplam yargılama giderlerini ve avukatlık ücretini esas alır. (c.3) Davalının muhtemel zararı hususunda, davalının inandırıcı deliller göstermesi şarttır."

Ayrıca, birinci fıkrada "zarar" kavramı kullanıldıktan sonra, gerek kalmayan "ziyan" sözcüğünün çizilmesi de önerilebilir.

<sup>66</sup> ATAMER (dn. 1), DenizHD 1-2/1998, s. 92.

<sup>67</sup> t: 21.6.2001, no: 4686, RG t: 5.7.2001, sayı: 24453

### 10. Tenfiz Davalarında Görev (m. 35, 43) ve Harç

a) MÖHUK m. 35 f. 1 ve m. 43 f. 2 uyarınca tenfiz davaları için “Asliye Mahkemeleri” görevlidir. Uygulamada tereddüt yaşanan bir sorun, tenfiz davalarında TTK m. 5 f. 3 uyarınca “iş bölümü itirazı”nın geçerli olup olmayacağıdır. Doktrinde, bu hususa ilişkin olarak (hem mülga HUMK m. 538 hem de MÖHUK m. 35 bakımından) farklı çözümler gösterilmiştir<sup>68</sup>. Meselenin açıkça tartışıldığı bir davada, mahkemeler bu soruya olumlu cevap vermiştir<sup>69</sup>. Ancak, tenfiz davalarında “muhteva denetimi” yapılmayacağına göre, yani sadece MÖHUK’ta ve NYS’de sıralanan usuli şartların yerine gelip gelmediği araştırılacağına göre, bu davaların neden “ticari iş” sayılacağını anlamak mümkün değildir. Nitekim, TTK m. 5 f. 2, hangi davaların “ticari” sayılacağını açıkça tarif etmiştir; bu tarife MÖHUK m. 34 ve m. 43 uyarınca açılacak davalar girmez. Kaldı ki, “ticari iş” vasıflandırması hangi hukuka göre yapılacaktır? Bu sorunun cevabında, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk, kararı veren yabancı mahkemenin kendi hukuku veya

<sup>68</sup> Mülga HUMK m. 538 ve MÖHUK m. 35 hakkında bkz. örn. BELGESAY Reşit Mustafa, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, cilt IV: Devletler Hususi Hukukunda Adliye*, 2. kısım, İstanbul 1938, s. 231; ANSAY Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. bası Ankara 1960, s. 423; TUĞRUL ARAT, *Yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası XXI (1964), s. 421, 512; BERKİ, *Türk Hukukunda Kanun İhtilafları*, 2. bası 1971, s. 226; TEKİNALP Gülören, *Türk “MÖHUK Tasarısı”*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası XLIV (1978), s. 91, 118; SAKMAR Ata, *Yabancı İlamların Türkiye’de Sonuçları*, İstanbul 1982, s. 127; TULUAY Metin, “MÖHUK” üzerine düşünceler, MHB 1/1982, 22, 27; ALTUĞ Yılmaz, *Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi*, 3. bası İstanbul 1983, s. 130-131; ÖZBAKAN Işıl, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 1987, s. 191; ÇELİKEL Aysel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. bası İstanbul 2000, s. 383; KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, cilt IV, 6. baskı İstanbul 2001, § 83A III 1, s. 5793; ERGİN NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 11. bası İstanbul 2002, § 24 II 1, s. 392.

<sup>69</sup> “Max Gayen ./ Okan”, Şişli Asliye 4. Hukuk Mahkemesi, 10.10.1991, E/K. 1991/506-674, İstanbul Asliye 6. Ticaret Mahkemesi, 10.4.1992, E. 1991/1089, K. 1992/378, Yargıtay 11. HD, 21.6.1993, E. 1992/5039, K. 1993/4539; bkz. ATAMER / KARAMAN / ERÇİN / ÇELİKÇAPA (dn. 1), s. 72 (V c).

Türk hukuku esas alınabilecektir. Bu konuda tereddütleri gidermek üzere, MÖHUK m. 35 f. 1 ve m. 43 f. 2'ye ilâve yapılarak "Asliye Hukuk Mahkemesi"nin görevli olduğu belirtilebilir.

b) Tenfiz davalarında, Harçlar Kanunu uyarınca nisbi harç tahakkuk ettirilmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türkiye, bu harç uygulamasıyla Avrupa ülkeleri arasında azınlıktadır. Almanya ve İngiltere'de, (mahkeme veya hakem kararına ilişkin) tenfiz davaları maktu harç ile ele alınmaktadır. Yasaya göre, mahkemenin yapacağı iş, usuli bir denetim ve şerh vermeden ibaret olduğuna göre, esasen maktu harç alınması doğru olur. Yasada bu hususa ilişkin bir açıklığa yerverilebilir.

### 11. Kesinleşme Şerhi (m. 37)

MÖHUK m. 37(b)'nin aradığı "kesinleşme şerhi" uygulamada çok katı yorumlanmaktadır. Yabancı ülkede, ilk derece mahkemesinde tamamlanan ve temyizi beklenen kararlar bakımından, tenfiz istenemeyeceği şüphe götürmez. Ancak böyle kararlara istinaden ihtiyati tedbir veya haciz istenmesi mümkün olmalıdır. Ne var ki, uygulamada, yabancı karar kesinleşmeden, Türkiye'de hiçbir adli işlem yapılamayacağı görüşü ile karşılaşılmaktadır<sup>70</sup>. MTK m. 6 uyarınca sürmekte olan bir tahkim için Türkiye'de ihtiyati tedbir veya haciz istenmesi mümkün olduğuna göre, yabancı ülkelere süren davalar bakımından da bu yolun açılması önerilmelidir.

### 12. Tenfiz Şartları (m. 38)

Tenfiz şartlarının ispatı hususunda, hakem kararları bakımından MÖHUK m. 45 f. 2 ile açık bir hüküm getirilmiştir. Uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek üzere, mahkeme kararlarının tenfizi-ne ilişkin MÖHUK m. 38'e de benzer bir hükmün eklenmesi önerilebilir. Nitekim MÖHUK m. 39 f. 2, davalının "itiraz edebileceğini" belirtmiş, ama ispat külfeti ile ilgili bir kurala yervermemiştir.

<sup>70</sup> "Röhlig ./ Transtekno", Ankara Asliye 3. Ticaret Mahkemesi, 6.7.1995, E/K. 1995/515-539.



### 13. Hakem Kararı Tenfizinde Karar Düzeltme (m. 44)

Hakem kararlarının tenfizi davalarında, Yargıtay'ın temyiz üzerine verdiği kararlara karşı, HUMK m. 440 uyarınca karar düzeltme yolunun açık olup olmadığı duraksama yaratmıştır. Tenfiz davalarında bu soruya ilişkin özel hüküm yoktur; ancak hakem kararlarına karşı HUMK m. 440 f. III b. 4 uyarınca karar düzeltme yolu kapalıdır. Yargıtay, bu yasak hükmünün, tenfiz davalarında da geçerli olacağı sonucuna varmıştır<sup>71</sup>. Ne var ki, mahkeme kararlarının tenfizinde karar düzeltme yolu açık tutulurken, hakem kararlarının tenfizinde bu hakkı kaldırmak, pek tutarlı değildir. Bu nedenle, MÖHUK m. 44'e yeni bir (son) fıkra eklenerek, karar düzeltme başvurusunun caiz olup olmadığı tasrih edilebilir.

### 14. Hakem Kararı Tenfizinin Reddi Sebepleri (m. 45)

Her ne kadar bu hüküm hazırlanırken, NY ve Avrupa Sözleşmesinin ilgili hükümleri esas alınmışsa da, sonuçta hükümler tümüyle örtüşmemektedir<sup>72</sup>. Bu nedenle, hakem kararı tenfizlerinde aranan şartlar hakkında, iki ayrı düzen yan yana yürürlüktedir. Bu ikili düzeni haklı gösterecek özel sebeplerin yokluğu halinde, bir uyumlaştırma yapılması düşünülebilir. Uygulamada NYS'nin gittikçe baskın hâle geldiği esas alınarak, NYS hükümlerinin aynen MÖHUK'a yansıtılması belki bir çözüm olarak dikkate alınabilecektir.

### 15. Sigorta Hukuku

Taslakta, sigorta hukukuna ilişkin özel hükümler yoktur. Dolayısıyla, yerine göre Taslak m. 24 veya m. 24a hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak, Avrupa Topluluğunun, "sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk" ile ilgili son derece önemli yasal düzenlemeleri bulunmaktadır<sup>73</sup>. Bu doğrultuda bir düzenleme yapılması önerilebilir.

<sup>71</sup> Yargıtay 13. HD, 26.4.2001, E/K. 2001/3262-4365, DenizHD yıl: 5, sayı: 1-4 (2000: Gündüz Aybay'ın Anısına Armağan), s. 338 (aynı yerde, önceki kararlar ve ÇELİKÇAPA Burcu/BİLGİN'in değerlendirmesi de yayınlanmıştır).

<sup>72</sup> Sözelimi NYS m. V(1)(a) MÖHUK'ta yoktur; MÖHUK m. 45(d) ve (f) NYS'de yoktur.

<sup>73</sup> Bu konuda bkz. örn. PRÖLSS / MARTIN, *Versicherungsvertragsgesetz*, 26. Aufl. München 1998, Vor Art. 7 EGVVG, s. 921.