

## ULUSLARARASI DENİZ HUKUKUNDA KİRLENME ZARARLARINDAN DOĞAN SORUMLULUK İÇİN MECBURI SİGORTA

Prof. Dr. Rayegan KENDER\*

Ham petrol, fuel oil ve sair yağları taşıyan tankerlerin denizde kazaya sebep olmaları halinde ortaya çıkan deniz kirlenmesi zararlarının tazmini meselesi büyük önem taşımaktadır. Hukuk alanında oldukça yeni bir kavram olan kirlenme zararı ve bundan doğan sorumluluk, deniz hukukunda özellikler arz etmektedir. Şöyle ki: evvelâ deniz kirlenmesi zararının anlamının tayini gerekmektedir. İkinci olarak deniz kirlenmesi zararlarından sorumluluğun mahiyetinin ve bu sorumluluğa bağlanacak garantilerin düzenlenmesi icab etmektedir. Deniz hukukunun enternasyonal özelliği bu konuda uluslararası birliğe varılmasını zaruri kılmıştır.

Hükûmetlerarası İstişarî Denizcilik Teşkilâtı (IMCO) nin daveti üzerine Brükselde 10-29 Kasım 1969 tarihinde toplanan enternasyonal hukuk konferansında iki Konvansiyon imzalanmıştır<sup>1</sup>.

Birinci Konvansiyon kamu hukuku alanına ait olup, akaryakıt (HYDROCARBURE) la deniz kirlenmesi meydana getiren veya getirebilecek olan kaza halinde devletin açık denizde müdahalesini düzenlemektedir<sup>2</sup>.

İkinci Konvansiyon, deniz hususi hukukuna ait olup, akaryakıtla deniz kirlenmesi zararlarından doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Konvansiyonun adı şöyledir: "Akaryakıtlar (Hydrocarbure) ile kirlenmeden doğan zararlar için hukukî sorumluluğa dair enternasyonal konvansiyon"<sup>3</sup>. Bu konvansiyonun projesi IMCO ile CMI nin müştereken yürüttüğü ciddi çalışmalar sonucunda hazırlanmıştır. Konvansiyonun 7. maddesi, kirlenme zararlarından doğan sorumluluk için sigorta mecburiyeti koymuştur.

Aşağıda önce kısaca konvansiyonun hazırlık çalışmaları ve bu arada sigortaya dair maddenin kabulündeki tartışmalar açıklana-

cak, sonra da konvansiyonda bu meseleyi düzenleyen 7. maddenin tam metni verilerek getirilen hükmün izahı ve değerlendirilmesi yapılacaktır.

### I — KONVANSİYONUN HAZIRLIK ÇALIŞMALARI

18 Mart 1967 tarihinde 119000 ton ham petrol yüklü Torrey - Canyon tankeri kazasının İngiliz ve Fransız sahillerinde büyük ölçüde deniz kirlenmesine sebep olmasını takiben Hükûmetlerarası İstişarî Denizcilik Teşkilâtı (IMCO) ndan bu konuyu ele alması istendi<sup>4</sup>. Bu teşkilât, deniz kirlenmesine sebep olabi-

\* İst. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Uyesi.

- 1) Konferansda delegasyon bulunduran Devletler için bakınız. D.M.F. 1970 s. 515 Türkiye sadece gözlemci bulundurmuştu.
- 2) *Convention internationale sur l'Intervention en haute mer en cas d'Accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les Hydrocarbures. Bu konvansiyon hakkında açıklama için bakınız. D.M.F. 1970 s. 517.*  
Bu Konvansiyon'un yerini bugün daha geniş kapsamlı bir düzen getiren 2. Kasım 1973 tarihli "Gemilerin neden olduğu Kirlenmenin Önlenmesine dair Milletlerarası Konvansiyon" almıştır. (Bu konuda bilgi için bakınız: TOLUNER, S. Milletlerarası Hukuk Dersleri, 2. Bası, 1979 İstanbul, sah. 288 Not 127).
- 3) *Convention Internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus, à la pollution par les Hydrocarbures. Konvansiyonun Fransızca ve İngilizce metni için bakınız D.M.F. 1970 s. 729 v.d. Almanca metni için bakınız. Schaps - Abraham, Das Seerecht 4. Auflage, 1978 Berlin, Erster Teil, s. 147 v.d.*
- 4) *Claire Legendre, Projet de convention internationale sur la responsabilité civile en matière de pollution par les hydrocarbures, D.M.F. 1969 s. 131 v.d.*

lecek kazaların önlenmesi, sonuçlarının sınırlanması ve zarar görenlerin tazminat alacaklarının teminat altına alınması ve Devletler tarafından kirlenme zararları için alınacak tedbirlerin gerektireceği masrafların karşılanması konularının tetkiki görevini ifa etmek üzere derhal çalışmalara başladı.

IMCO tarafından kurulan Hukuk Komitesi 2 çalışma grubu teşkil etti. Birinci grup kamu hukukuna ilişkin problemlerin tetkikini üzerine aldı. Bunlar kirlenmeyi önleyici tedbirlerin düzenlenmesi idi. Bu grubun çalışmalarına öncelik tanındı. İkinci çalışma grubu ise hususi hukuka dair olan problemlerin tetkikini üstlendi. Bunlar ,zarar meydana geldikten sonra ortaya çıkan sorumluluk ve sigorta konularını kapsıyordu. IMCO bu çalışmaların yürütülmesinde CMI (Comité Maritime International) nin yardımını talep etti. CMI, hemen Lord Devlin başkanlığında enternasyonal bir komisyon teşkil ederek, geleneksel metodu gereğince, bütün millî deniz hukuku derneklerine bir anket gönderdi. Anketlere gelen cevaplar esas alınmak suretiyle Lord Devlin'in görevlendirdiği bir çalışma grubu tarafından 10 maddelik bir ön proje hazırlandı ve CMI nin 24-25 Eylül 1968 de Brükselde toplanan Komisyon toplantısının tasvibine sunuldu. Komisyon ön proje üzerinde bazı değişiklikler yaparak IMCO ya gönderdi.

IMCO nun sorumluluk ve sigorta konularını inceleyen çalışma grubu 1 - 4 Ekim 1968 tarihli Londra toplantısında, bir yandan yukarıda mezkûr ön proje, diğer yandan IMCO tarafından aşağıda gösterilen 4 konu üzerinde hazırlanıp gönderilen soru formlarına hükümet temsilcilerince verilen cevaplar incelendi. Konular şunlardır:

- Sorumlu taraflar,
- Sorumluluğun mahiyeti,
- Sorumluluğun sınırlanması,
- Mecburi sigorta.

Toplantıda ön projede yer alan birçok hükümler üzerinde tartışıldı. Kirlenme zararının sınırı tesbit edildi. Geminin hamulesini teşkil eden hydrocarbure'ün dışarıya akması veya sızması sonucunda ortaya çıkan hertürlü zararlar ile koruma tedbirleri masrafları kirlenme zararı olarak kabul edildi.

Sorumluluğun gemiye mi yoksa yüke mi ait olacağı hususunda bu toplantıda ve Kasım 1968 de Hukuk Komitesi nezdinde çok tartışma oldu. İrlanda delegesi, sorumluluğun yüke ait olması üzerinde ısrarla durdu. Bu külfetin petrol sanayiine yüklenmesi gerektiğini ileri sürdü. Ancak hukuki ve pratik düzen'e dair sebeplerle bu teklif kabul edilmedi.

Sorumluluğun geminin malikine mi yoksa charterle tutan veya gemiyi kiralayana mı ait olacağı tartışıldı. Sonuçta alacaklıya karşı tesbiti kolay bir muhatap sağlanması amacıyla sorumluluğun gemi sahibine düşeceği kabul edildi.

Sorumluluğun mahiyeti üzerinde görüşler ikiye ayrıldı. Bir kısmı objektif sorumluluğu benimserken diğer kısmı kusursuzluğun isbati suretiyle sorumluluktan kurtulunabilmesi esasının kabulünü savundu. CMI kusur sorumluluğunu benimsemişti. Kesin sonucun tesbiti sonraki toplantıya bırakıldı.

Sorumluluğun sınırlandırılması hususunda ön projede yer alan ve 1957 tarihli Brüksel Konvansiyonundaki sistem kabul edildi. Ancak geminin tonilâtosu başına hangi miktarın esas alınacağı tesbit edilmedi.

#### **Mecburi sigorta veya başka mali garanti**

Çalışmaların başlangıcından itibaren —Devlin komisyonu tarafından hazırlanarak milli teşekküllere gönderilen raporlar— mecburi sigorta tesisinin faydası kabul edilmiştir. Ancak bazı milli teşekküller bu sisteme karşı olduklarını CMI ye bildirmişlerdir. Bu sisteme prensip olarak değil fakat uygulamada karşılaşılabilecek zorluklar nedeniyle karşı çıkmıştır. Devlin komisyonda sonuç olarak mecburi sigorta kabul edilmiştir. IMCO nun 1 - 4 Ekim 1968 de Londra'da yapılan çalışma gurubu toplantısında bu konuda bir metin hazırlanması gereği sonucuna varılmıştır. IMCO nun hukuk komitesinin 1968 Kasım'ındaki toplantısında aynı görüş benimsenerek bu konuda, geminin bayrak devleti tarafından gemi sahibinin sorumluluğunun bir sigorta veya başka bir mali garanti ile temin edilmiş olduğunu teyid eden bir belge verilmesi hususunun tetkiki istenmiştir. Bu belgeleri IMCO'nun kontrol etmesi görüşü de teklif edilmiştir.

IMCO'nun 7 - 10 Ocak 1968 da Londra'da yapılan çalışma grubu toplantısında bu konu görüşülerek ön projede yer alacak bu konuya dair madde metninin hazırlanması için bir radaksiyon komitesi kurulmuştur. Metnin hazırlanmasında özellikle Fransa, Polonya ve Amerika Birleşik Devletleri delegeleri tarafından verilen tekliflerin esas alınması istenmiştir.

Hazırlanan metinde şu hususlar yer alıyordu: Gemi maliki, Konvansiyon hükümleri gereğince kendisine düşecek sorumluluğu için bir sigorta veya başka bir mali garanti tesis etmeye mecburdur. Bayrak devleti, vereceği bir sertifika ile gemi malikinin bu mükellefiyeti yerine getirmiş olduğunu teyid edecektir. Bir sertifika modeli hazırlanmış ve bunda nükleer gemilere dair olan örnek alınmıştır. IMCO ya bu garanti veya sigortayı kontrol yetkisi verilmesi hususu, gerçekleştirilmesi çok zor veya imkânsız görülmüştür.

Toplantıda milli kanunlarda mesuliyet sigortasına dair hükümler arasındaki farklara temas edilmiş, ancak şu sırada bunların birleştirilmesi çalışmalarına girişilmesinin imkânsız olduğu ifade edilmiştir.

Çalışma grubu, sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava hakkı tesis eden bir maddeyi de kabul etmiştir.

Hazırlanan metne göre bir âkit devlet limanına giriş, âkit devlet bayrağı taşıyan bir gemiye yukarıda mezkûr sertifikası yoksa, menedilebilecektir. Âkit olmayan bir devlet bayrağı çeken ve yeterli teminatı olmayan bir gemiye de âkit devlet limanına girmesi menedilebilecektir. Devlet gemileri için bu şart aranmayacaktır.

### Tokyo Konferansı

Comité Maritime International (CMI) nin 28. Konferansı 30 Mart - 5 Nisan 1969 tarihinde Tokyo'da toplanmıştır.

Konferansın gündeminde 3 Konvansiyon projesinin görüşülmesi yer alıyordu. Bunlar<sup>5</sup>:

- 1 — Kirlenme zararları için hukuki sorumluluk,
- 2 — Kombine taşımalar,
- 3 — Denizde yolcu ve bagaj taşınması-dair dair bazı kaidelerin birleştirilmesi.

Kirlenme zararları için sorumluluk konusunda Konferansa iki belge sunulmuştu. Bunlardan birincisi, CMI'nin lord Devlin Başkanlığındaki komisyonunda hazırlanmış olan proje, ikincisi de IMCO'nun hukuk komitesi tarafından bu proje hakkında hazırlanmış bulunan raporu muhtevi basılı broşür idi. Konferansta, denizcilik tekniğine dair meselelerde uzmanlık müessesesi olan IMCO ile daha çok denizciliğin ticari ve hukuki alanlarına hakim olan CMI arasındaki sıkı iş birliği takdirle karşılandı.

Konferansta bazı delegeler, bu iki teşekkül tarafından kabul edilmiş olan bazı maddelere karşı sert tenkitler ileri sürdüler. Bunlar bilhassa Norveç, İsveç ve İrlanda idi.

Bu tenkitlerden bizim incelediğimiz konuya ilişkin olanı İrlanda delegesi tarafından ileri sürüldü: Devletlerin mecburi sigorta tesisini istediklerine işarette, eğer ödenecek meblâğlar çok yüksek olursa enternasyonal sigorta piyasasının bunu kaldıramayacağı ifade edildi.

Müzakere ve tartışmalarda, doğrudan doğruya dava hakkının tanındığı bir mesuliyet sigortası mecburiyeti tesis zarureti ileri sürüldü.

Mecburi mesuliyet sigortası sistemine karşı ileri sürülen tenkitlerden başlıcaları şunlardı:

a) Bütün dünya tatbikatı gözönünde tutulursa, bu sistem tatbiki mümkün olmayan bir sistemdir. Zira sigorta piyasası bunu kaldıramaz. Prim hesabında ölçü teşkil edecek esaslar belli değildir.

b) Sigorta hukukunun memleketler arasındaki farklılıkları nedeniyle bir yeknesaklık söz konusu olamayacaktır.

c) Hükûmetler tanker sahiplerine sertifika verirken hangi kriterlere göre sigortalının veya garanti verenlerin ödeme güçlerini ve garantilerin geçerliliklerini tetkikle mükellef olacaklardır.

Bu tenkitlere rağmen konferansta meselelerin tetkikine devamla karar verilerek doğrudan doğruya dava hakkı dışında, sistem ka-

0 5) *Clair Legendre, La Conférence de Tokyo du Comité maritime international, D.M.F. 1969, s. 451 v.d.*

bul edildi. Bunun üzerine hemen mesuliyetin sınırlanması konusundaki çalışmalara girişildi. Mecburî sigorta ile sınırlı sorumluluk arasında sıkı ilişki görüldü.

### Brüksel Konferansı

Konvansiyonun son şeklini alarak imzalanmış olduğu Brüksel Konferansında IMCO ve CMI tarafından hazırlanmış bulunan projenin esas alınmasına uzun görüşmelerden sonra karar verildi. Ancak yine proje maddeleri hakkında bazı tenkitler yapıldı ve yeni teklifler ileri sürüldü<sup>6</sup>.

Konferansta mecburi sigorta meselesi üzerinde yine tartışmalar çıktı, tenkitler yapıldı. Mecburi sigorta tesisine karşı çıkan delegelerin dayandıkları başlıca sebepler şunlardı: sigortanın yeterli olduğuna dair sertifikaya verecek olan hükümetler bu görevlerini nasıl yerine getirebilecekler, sigortanın gerçek değerini nasıl tayin ve tesbit edebilecekler? İkinci olarak, eğer sigorta piyasası böyle bir riski karşılayabilecek durumda değilse durum ne olacak? Nihayet âkit olmayan bir devlet gemisi sahibine sigorta mecburiyeti nasıl yüklenebilecek?

Mecburi sigortadan elde edilecek faydanın ancak bunun mümkün olduğu kadar geniş alana yayılmasını temin ile tam olarak gerçekleşebileceği kabul edilmiştir.

İleri sürülen mahzurlara rağmen kirlenme zararlarının tazmininde, zarar görenlerin korunması bakımından mecburi mesuliyet sigortasının faydalı, isabetli ve zarurî olacağı görüşü tartışmalar sonunda hâkim oldu ve yapılan oylamada mecburi sigorta veya başka bir mali garanti getiren hüküm üç karşı oy, üç çekimser oya karşı 30 müsbet oyla kabul edildi.

Bundan sonra, sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava hakkı konusu tartışıldı. İngiliz delegesi, böyle bir dava hakkının sorumlu gemi sahibinin zarar gören şahsın açacağı tazminat davalarında kendisini savunmadaki menfaatini zayıflatacağı düşüncesiyle buna şiddetle karşı çıktı. Diğer delegeler ve özellikle İtalyan delegesi gemi sahibinin ödeme gücünden yoksun olması halinde doğrudan doğruya dava hakkının zaruri olduğu görüşünü ileri sürdüler.

Konvansiyona sigorta mecburiyeti konması gereği kabul edilince, gemi sahibinin sorumluluğunun sınırlanması zarureti tekrar ifade edildi. İngiliz delegesi, gemi sahibinin sorumluluğunun kaza başına 210 Milyon Poincaré Fransı veya 14 Milyon doların karşılığı ile sınırlı olmasını teklif etti. İngiliz delegasyonunun başkanı Lord Devlin teklif ettikleri sınırlı sorumluluğun kabulü halinde, İngiliz sigorta piyasasında yaptıkları araştırmaya göre bu sınırlı sorumluluk için tesis edilecek mecburi sigortanın realize edilebileceğini ifade etti.

Sonuç olarak gemi sahibinin esas itibarıyla sınırlı sorumluluğa tabi olduğu ve sınırlı sorumluluk için sigorta veya başka bir mali garanti mecburiyeti tesisini kabul edildi.

Konferansta sorumluluk konusunda yeni bir teklif yapıldı. Belçika tarafından ortaya atılan bu teklif, zarar görenlerin tazminat alacaklarının tahsili için enternasyonal bir fon teşkili idi. Bu konuda hemen bir çalışma grubu teşkil edilerek konu müzakere edildi ve genel kurula getirildi. Genel Kurulda şu temayül belirdi: böyle bir fon tesisinin ortaya çıkaracağı hukuki problemleri çözmeye kısa süre içinde imkân yoktur. Bu konunun incelenerek 1971 de toplanacak bir konferansta ele alınması kabul edildi. 18 Aralık 1971 de Brükselde, hidrokarbonla kirlenme zararları için enternasyonal bir fon tesisine dair Konvansiyon imzalandı<sup>7</sup>.

## II — KONVANSİYONDA DÜZENLENEN MECBURİ SİGORTA

1969 tarihli Brüksel Konvansiyonunun 7. maddesi, aynen şöyledir<sup>8</sup>:

6) *Claire Legendre, Convention Internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, D.M.F. 1970 s. 729 v.d.*

7) *Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. (Bu Konvansiyonun metni için: Fransızca ve İngilizce: Convention Internationales de Droit Maritime Textes, comité Maritime International, sah. 135 v.d. Almanca: Schaps - Abraham, Das Seerecht, 4. Auflage 1978 Berlin, Erster Teil, sah. 157 v.d.)*

8) *Madde metni Prof. Dr. T. Çağa'nın ter-*

"1. Âkit bir Devlette müseccel olup da dökme olarak 2000 tondan fazla hidrokarbon taşıyan geminin maliki, işbu sözleşmeye müsteniden kirlenme zararlarından mesuliyetini karşılamak üzere bir sigorta yaptırmak yahut bir banka garantisi veya enternasyonal bir tazminat fonunca 5 inci maddenin 1 inci paragrafında tesbit olunan mesuliyet sınırlarına uygun olarak tanzim olunmuş bir sertifika gibi başkaca bir malî güvence vermekle mükelleftir.

2. Her gemi için bu sözleşmeye göre geçerli bir sigorta veya başkaca bir malî güvencenin mevcut ve mer'î olduğuna dair bir sertifika düzenlenir. Sertifika, sicil Devletin yetkili makamı tarafından tanzim veya 1 inci paragraftaki şartların yerine getirilmiş olduğuna kanaat getirildikten sonra tasdik olunur. Sertifikanın ekli nümuneye uygun olması ve aşağıdaki hususları ihtiva etmesi gerekir:

- Geminin adı ve bağlama limanı,
- Malikin adı ve ticaret merkezinin bulunduğu yer,
- Teminatın nev'i,
- Sigortacı veya başkaca malî güvence vermiş olan şahsın adı ve ticaret merkezinin bulunduğu yer ve icabında sigortayı akteden veya teminatı veren müessesenin bulunduğu mahal,
- Sertifikanın sigorta veya teminatın meriyet müddetini aşamayacak olan geçerlilik süresi.

3. Sertifika onu tanzim eden devletin resmî dil veya dilleriyle yazılır. Kullanılan dil İngilizce ve Fransızca değilse, bu dillerden birinden tercümesi eklenir.

4. Sertifika gemide bulundurulur ve bir sureti geminin sicilini tutan makama tevdi olunur.

5. Sigorta veya sair malî güvence, sertifikada bu maddenin 2 nci paragrafı uyarınca beyan olunan meriyet süresinin hitamından başka bir sebeple sona erip de keyfiyetin bu maddenin 4 üncü paragrafında zikredilen makama ihbarından itibaren üç ay dolmadan hükümden düşebiliyorsa, mezkûr süre zarfında sertifika bu makama teslim edilmediği veya geçerli yeni bir sertifika düzenlenme-

diği takdirde, bu madde şartlarına uygun sayılmaz. Bu hükümler sigorta veya sair mali güvencede, işbu madde hükümlerinden inhiraf eden tadiller hakkında da tatbik olunur.

6. Sicil Devleti, bu madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, sertifikanın tanzim ve meriyet şartlarını tayin eder.

7. Âkit bir Devlet adına tanzim veya tasdik olunan sertifikalar işbu sözleşmenin tatbikatında diğer Âkit Devletlerce tanınır ve bizzat kendileri tarafından tanzim veya tasdik edilmiş olan sertifikalarla eşit değerde sayılırlar. Sertifikada zikredilen sigortacı veya teminat verenin işbu sözleşmeden doğan vecibeleri yerine getirecek malî güçte olmadığı kanısında bulunan bir âkit Devlet her zaman Sicil Devletinden görüş teatisinde bulunmağı isteyebilir.

8. Kirlenme zararlarından dolayı her türlü tazminat talebi doğrudan doğruya sigortacıya veya malikin kirlenme zararlarından mesuliyetine güvence vermiş olan şahsa karşı dermeyeran olunabilir. Böyle bir halde davalı, malikin şahsi kusurunun bulunup bulunmamasına bakılmaksızın 5 inci maddenin 1 inci paragrafında öngörülen mesuliyet sınırlamasına istinat edebileceği gibi iflâs veya tasfiye hariç olmak üzere bizzat malik tarafından ileri sürülebilecek olan defilerde de bulunabilir. Bundan başka kirlenme zararlarının bizzat malikin kasdî bir hareketi neticesi olduğu defini de dermeyeran edebilir; bununla beraber davalı, malik tarafından açılmış olan davada ileri sürebileceği defilerden başkasını dermeyeran edemez. Davalı her halûkârda davanın malike ihbar edilmesini istemek hakkını haizdir.

9. Birinci paragraf uyarınca her sigorta akdi veya başkaca teminat gösterilmesi suretiyle tesis olunan fon münhasıran işbu sözleşmeden doğan tazminat alacaklarının tesviyesine tahsis olunur.

10. Âkit Devletler kendi bayraklarını taşıyan ve bu madde hükümlerine tabi olan gemilere, işbu maddenin 2 veya 12 inci paragrafı uyarınca düzenlenmiş bir sertifikaya

sahip bulunmadıkça ticari faaliyette bulunma izni vermezler.

11. İşbu madde hükümleri saklı kalmak üzere, her Âkit Devlet dökme halinde 2000 tondan fazla hidrokarbon yükü taşıyan ve ülkesi dahilinde bir limana gelen veya onu terkeden yahut açıkta karasuları dahilinde bir yükleme boşaltma yerine gelen veya onu terk eden gemilerin, hangi memleket sicilinde kayıtlı bulunurlarsa bulunsunlar, 1 inci paragraf hükümlerine uygun bir sigorta yapmalarını veya sair malî güvence göstermelerini millî mevzuatıyla sağlar.

12. Âkit bir Devletin mülkiyetinde olup da sigorta veya sair mali güvencesi bulunmayan gemilere bu maddenin ilgili hükümleri uygulanmaz. Ancak böyle bir gemi Sicil Devletinin yetkili makamlarınca düzenlenmiş ve geminin söz konusu Devlete ait ve mesuliyetinin de 5 inci maddenin 1 inci paragrafında tesbit olunan sınırlar dahilinde karşılanmış olduğunu gösteren bir sertifikayı hâmil olmak zorundadır. Sertifika imkân nisbetinde 2 inci paragraftaki örneğe uygun olacaktır."

Madde metninden anlaşıldığına göre, kirlenme zararlarından doğan sorumluluk hakkında zarar görenleri himaye için mecburi sigorta veya başka bir teminat tesisi kabul edilmiştir. Uygulamada, kanımca hem en daima sigorta yoluna gidilecektir. Zira bilindiği gibi denizcilik alanında, gemi sahipleri, her türlü sorumluluklarını sigorta ettirmek istemekte ve bunu da yapmaktadırlar. Bunlar uluslararası sigortacılık piyasasında Klub sigortaları adı verilen ve mahiyeti karşılıklı (Mütüel) sigorta olan müesseseler tarafından karşılanmaktadır. Nitekim Konvansiyonun hazırlık çalışmaları sırasında da yukarıda görüldüğü üzere, esas itibarıyla sigorta konusu ele alınarak tartışmaları yapılmış bulunmaktadır.

Maddenin 1 inci paragrafında, sigorta mecburiyeti, 2000 tondan fazla hidrokarbon yükü taşıyabilen gemiler için konmuştur. Geminin yakıtı nazara alınmayacaktır. Diplomatik Konferansta ilave edilen bu husus duruma açıklık<sup>9</sup> getirmiştir. Belirli ton tesbit edilmek suretiyle de oldukça önemli kazalar gözönünde tutulmuş ve daha önemsiz olan-

ları zorunlu sigorta kapsamı dışında bırakılmak istenmiştir.

Maddenin ikinci paragrafına göre, kirlenme zararları için zorunlu mesuliyet sigortasına tabi bulunan geminin maliki, madde hükmüne uygun bir sigorta —veya başka mali güvence—ya sahip olduğunu gösteren ve tescil Devletinin yetkili makamınca düzenlenen bir sertifika'yı gemide bulundurmak mecburiyetindedir. Burada Devletçe düzenlenen sertifikanın hukukî mahiyeti nedir? Bununla Devlet bir garanti altına girer mi? Devletin yetkili makamı, sertifikayı verirken, bu madde hükmüne uygun bir sigortanın mevcudiyetini tesbit ve tasdik etmiş olacaktır. Sigorta ile temin edilen sorumluluklar hakkında herhangi bir garanti taahhüdü altına kesinlikle girmemektedir. Uluslararası uygulamada da kabul edilen budur<sup>10</sup>. Âkit bir Devlette tescil edilmiş bulunan ve yukarıda belirtilen şartı haiz gemiler için bu Devletin yetkili makamı, sertifikayı ya kendi düzenler veya düzenlenmiş bir sertifikayı, birinci paragraftaki şartların yerine getirilmiş olduğuna kanaat getirdikten sonra tasdik eder. Maddedeki bu hüküm, sertifikayı sigorta müessesesinin düzenlemesine imkân verecektir. Devletin yetkili makamı dışında sertifika düzenleme işinin kimin tarafından yapılabileceği konusunda ilk akla gelen sigorta müessesesidir. Ancak, sigorta müessesesi tarafından düzenlenmiş bulunan sertifikanın yetkili makamca tasdik edilebilmesi için, bu sigortanın şart ve özelliklerini gösteren belgelerin de bu makama tevdi gerekecektir. Zira konvansiyona ekli sertifika modelinde sigortanın şartları hakkında herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Sigorta şartları özellikle, maddenin 5 inci paragrafında öngörülen hususun tesbiti bakımından incelenmelidir.

Bu konvansiyona katılan her devlet, sertifikanın hangi makam tarafından verileceğini bir kanun veya Kararname ile tesbit edecektir. Burada sertifika talebine eklenmesi gereken belgeler ile gemi malikinin sertifika aldıktan

9) *CLAIRE Legendre, D.M.F. 1970 sah. 583.*  
10) *Bakınız: Colloque à Marseille sur la responsabilité en matière d'assistance à des pétrolier, D.M.F. 1976 sah. 11.*

sonraki mükellefiyetlerinin de gösterilmesi gerekir<sup>11</sup>.

Maddenin 5 inci paragrafında yer alan hüküm, sigortanın, sertifikada gösterilen meriyet süresinden önce herhangi bir sebeple sona ermesi halinde bunun zarar görenlere karşı ileri sürülememesini sağlar. Böylece zarar görenlere karşı sertifikada gösterilen meriyet süresi esas teşkil edecektir. Sertifikası olmayan gemi de sefere çıkamayacağından (paragraf 10) zarar görenler her zaman sigorta himayesine sahip olabileceklerdir.

Maddenin 7 inci paragrafında yer alan hükümde, bir Âkit Devletin, kendi sularına giren gemiye ait sertifikada zikredilen sigortacının işbu sözleşmeden doğan vecibeleri yerine getirecek malî güçte olmadığı kanısına vardığı takdirde her zaman sertifikayı veren veya tasdik eden Devletten görüş teatisinde bulunmayı isteyebileceği kabul edilmiştir. Burada, her zaman dendiğine göre, zararın meydana gelmesinden önce veya sonra bu talepte bulunabilecektir. Böyle bir talebin kabulü zarar görenler için ikinci bir himaye olduğu gibi, sertifika veren Devletin garanti taahhüdü altına girmediğini bir kere daha göstermektedir.

Maddenin 8 inci paragrafında sigorta hukuku açısından çok önemli olan zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava hakkı ve defiler meselesi yer almaktadır.

Kirlenme zararlarından dolayı tazminat davasının doğrudan doğruya sigortacıya karşı açılabilmesi kabul edilmiştir. Doğrudan doğruya dava hakkı, mesuliyet sigortasında zarar görenin, zarar failinin ödeme gücünün bulunmaması halinde korunması veya sigorta tazminatının mutlaka zarar görenin eline geçmesini sağlayan bir tedbir teşkil etmektedir. Ancak, sigortacının sigorta ettiren yani sorumlu olan şahsa karşı sigorta mukavelesi hükümlerine göre doğan defileri zarar görene karşı ileri sürebilmesi bu himayeyi zayıflatabilir. Bu nedenle doğrudan doğruya dava hakkı tanınan mesuliyet sigortalarında defiler ve itirazların da ileri sürülememesi konusu üzerinde durulmaktadır<sup>13</sup>. Kirlenme zararları için durum şöyle düzenlenmiştir: Sigortacı zarar görene karşı, sorumlu gemi malikinin iflâs ve

ya tasfiye hali hariç olmak üzere bizzat malik tarafından ileri sürülebilecek olan defileri ileri sürebilecektir. Bu defiler, görüldüğü üzere, sigorta ilişkisinden değil fakat zarara sebep olan gemi malikinin zarar görene karşı sorumluluğuna ait olan hususlardır. Gemi Malikinin sorumlu olmayacağı haller Konvansiyonun 3. maddesinde gösterilmiştir. Sigortacının bunları ileri sürmesi mesuliyet sigortasının tabii bir sonucudur. Mesuliyet sigortasında, sigortacı, sigorta ettirenin sorumluluğu ne kadar ise onu üzerine almakta ve onu sigorta etmektedir. İflâs ve tasfiyenin ileri sürülememesi zarar gören için oldukça önemli bir himaye sağlamaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sigortacının, sorumlu gemi malikinin sınırlı sorumluluğunu ileri sürebileceğidir. Yani sigorta sadece sınırlı sorumluluğu karşılayacaktır. Gemi malikinin zararın doğumunda şahsî kusurunun bulunması nedeniyle sınırsız surette sorumlu olacağı hallerde de durum değişmeyecek, sigortacı sadece sınırlı sorumluluğu karşılayacaktır. Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında da yukarıda görüldüğü üzere zorunlu sigortanın ancak sınırlı bir sorumluluk için kabul edileceği üzerinde ısrarla durulmuştur.

Doğrudan doğruya dava hakkı içinde, sigortacı tarafından, sigorta ilişkisinden doğan ve sigorta ettirene karşı olan ve sigorta himayesini azaltan veya büsbütün kaldıran defilerin zarar görene karşı ileri sürülüp sürülememesine gelince, 8 inci paragrafta aynen şu ifade mevcuttur: "bununla beraber davalı, malik tarafından açılmış olan davada ileri sürülebilecek defilerden başkasını dermeyer edemez". Şu halde sigortacı, sigorta ettiren gemi malikine karşı ileri sürebileceği defileri zarar görene karşı da dermeyer edebilecektir. Bu hüküm, zarar görenin menfaatleri

11) *Almanyada 10 Haziran 1975 tarihli "Verordnung über die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Gesetz zu den Internationalen Übereinkommen von 29 November 1969" da sertifikayı verecek makam, tanzim şartları, şekli ve malikin mükellefiyetleri isabetli şekilde düzenlenmiştir. (Schaps - Abraham, Das Seerecht, 4. Auflage, 1978, Berlin, sah. 140-141).*

13) *Misal: Trafik Sigortası.*

bakımından son derece önemlidir. İşte, yukarıda zikredilen sertifika verilirken, sigorta ilişkisini tesis eden anlaşma ve belgelerin incelenmesinde en çok dikkat edilmesi gereken husus budur.

Aynı paragrafta, sigortacının sigorta ettirene karşı ileri sürebileceği defilerden olan, zararın malikin kasdî hareketi sonucu meydana geldiğini zarar görene karşı da dermeyan edebileceği kabul edilmiştir. Rizikoyu sigorta ettirenin kasten gerçekleştirmesi sigorta hukukunda genel bir istisna teşkil etmektedir. Bu paragrafta son olarak, davalı sigorta müessesesinin davanın malike ihbar edilmesini istemek hakkına sahip bulunduğu kabul edilmektedir.

Yukarıda görüldüğü üzere, Konvansiyon çerçevesi içinde zarar görenler doğrudan doğruya sigortacıya karşı tazminat davası açabileceklerdir. Ancak buna mecbur değildirler, isterlerse mesul gemi sahibine karşı da tazminat davasını açabilirler. Ancak sigortacıya karşı açmalarında, iflâs ve tasfiye hallerinin ileri sürülememesi bakımından avantaj vardır. Sigortacının, zarar görenlere karşı olan durumunun yukarıda açıklandığı şekilde tanziminin sebebi, Konvansiyon hazırlanırken incelenen uluslararası denizcilik sigortası piyasasının bu rizikoyu karşılama gücü olmalıdır. Bu maddeler sevk edilirken evvelâ sigorta piyasasının durumu üzerinde durulmuştur. Bu şarttır. Zira denizcilik alanında bütün rizikolar uluslararası plâformda ve aynı ilkelere bağlı olarak sigorta himayesi altına alınabilmektedir. Gemi sahipleri sigorta edebileceği kadar sorumlu tutulmaktadırlar. Aksi halde denizciliğin bütün ilgilileri büyük ekonomik güçlükler karşısında kalabilirler ve bundan milli ekonomi etkilenir.

Konvansiyonun 5. maddesinin 11. paragrafına göre, sigortacı bu madde hükümleri dairesinde malikle eşit şartlar ve aynı hukuki neticelerle fon tesis etmek hakkını haizdir. Böyle bir fon malikin şahsan kusurlu olması halinde de tesis olunabilir, ancak zarar görenlerin malike karşı olan haklarına hâle getirmez. Şu hale göre, zarar gören tazminat davasını sigortacıya karşı açtığı takdirde, sigortacı eğer isterse sorumluluğunu 5. madde hükümlerine göre bir fon tesis et-

mek suretiyle karşılayabilecektir. Aslında fon tesis edilmese dahi, açılan davada sınırlı sorumluluk miktarı tesbit olunarak bundan her bir zarar görene ne kadar tazminat ödeneceği, fonun paylaşılmasına dair esasa göre tayin edilecektir. Fon tesis edilmesi halinde Konvansiyonun 6. maddesinin öngördüğü hukukî sonuçlar doğacaktır.

Zorunlu mesuliyet sigortasını düzenleyen 7. maddenin 10. paragrafına göre Âkit Devletler, yukarıda açıklanan sertifikaya sahip olmayan gemilerine ticari faaliyette bulunma izni veremezler. Eğer geminin mülkiyeti Devlete ait ise, 12. paragrafa göre, sicil Devletin yetkili makamlarınca düzenlenmiş ve geminin 5 inci maddenin 1 inci paragrafında tesbit olunan sınırlar içindeki mesuliyetin karşılanmış olduğunu gösteren bir sertifikanın verilmiş olması gerekmektedir. Bu gemilere yukarıda açıklanan sigorta veya başkaca mali güvence sağlanmış olduğuna dair sertifika da verilebilir, ancak bu şart değildir, yani Devlet bu gemiler için isterse bir sigorta veya sair mali güvence sağlar, isterse doğrudan doğruya kendisi mesuliyeti karşılar. 10. paragrafın ifadesinden başka bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Devletin kamu hizmetinde kullanılan gemileri ise tamamen Konvansiyonun uygulama alanı dışındadır (madde 11).

Maddenin 11. paragrafında enteresan bir hüküm yer almıştır: Her Âkit Devlet millî mevzuatıyla limanlarına gelen bütün gemilere hangi memleket sicilinde kayıtlı olursa olsunlar, bu madde hükümlerine uygun bir sigorta veya sair mali güvence göstermelerini sağlayacaktır. Bu hükmün amacı, sigorta bakımından, söz konusu mesuliyet sigortasının en geniş alana yayılmasını temindir. Gerçekten denizcilik alanında bir sigortanın bütün dünyaya memleketlerinde uygulanmaması halinde Âkit Devlet bayrağı çeken gemi sahipleri için malî bir handikap olacağı Konvansiyonun hazırlık çalışmalarının açıklandığı etüdüde açıkça ifade edilmiştir<sup>14</sup>.

Konvansiyonun sonunda, 7. madde gereğince düzenlenecek olan sertifikanın şekli ve ihtiva edeceği hususları gösteren bir model

14) Claire Legendre, D.M.F. 1970 sah. 583.



tesbit edilmiştir. Böylece muhtelif Âkit Devletlerde düzenlenecek olan sertifikalar için bir yeknesaklık sağlanmış olacak ve bu sertifikayı kontrol edecek makamlara kolaylık teşkil edecektir.

Konvansiyonda sigorta mecburiyetine tabi tutulan sınırlı sorumluluk yetersiz görülmemelidir. Zira bu Konvansiyon imza edilirken yukarıda açıklandığı üzere, kirlenme olayından zarar görenlerin tam olarak himaye edilebilmelerini teminen bir uluslararası fon tesisi hakkında da ayrı bir Konvansiyon yapılmasına karar verilmiş ve bu gerçekleştirilmiştir<sup>15</sup>. Bu Konvansiyon 1969 tarihli olanın tamamlayıcısı mahiyetinde olup önemli hükümleri ileriki bir yazımızda açıklanacaktır.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken husus, sigortaya dair hükmünü ana hatlarıyla açıkladığımız bu Konvansiyona pek

çok Devletin katılmış olduğu ve katılan veya tasdik eden Devletler tarafından yukarıda belirtilen 11. paragraf hükmüne uyularak iç hukukta da aynı şartlara tabi sigorta mecburiyeti getirilmek suretiyle uluslararası alanda aşağı yukarı tam olarak birlik sağlanmış bulunduğu<sup>16</sup>. Türkiye henüz konvansiyona katılmamıştır.

15) Bakınız: yukarıda dn. 7.

16) 1979 yılı sonunda: 42 Devlet ile İngilterenin 19 adet tam veya yarı bağımlı ve ekseriyetini ada teşkil eden ülkeleri Konvansiyonun Âkidi durumuna gelmişlerdir (Bakınız: Comité Maritime International, Yearbook 1980-1981 Annuaire s. 109).

İç hukuka alan ülkelere misal: Batı Almanya (18.3.1975 tarihli Kanun), Doğu Almanya (1978 tarihli Deniz Ticareti Kanunu), İngiltere (1971 tarihli Kanun).

## HUKUKİ VE TİCARİ KONULARDA YABANCI ÜLKELERE TEBLİGAT

Doç. Dr. Ata SAKMAR\*

Türk mahkemelerinde açılan hukuk ve ticaret davalarında, davalının yabancı bir ülkede bulunması tebligat açısından bazı güçlüklerle yol açmakta ve uygulamada tereddüt yaratmaktadır. Bu tereddütlerin sebebi, Türkiye'nin konuyla ilgili birden çok milletlerarası antlaşmaya taraf olması ve tebligat esaslarını düzenleyen çeşitli hükümlerin uygulama alanının yeterince bilinmemesidir.

Gerçi Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ile temas ederek tebligatla ilgili antlaşmamız bulunan ülkelerin listesini ve izlenmesi gereken esasları her yıl başında Resmi Gazete ile yayınlamaktadır. Ancak uygulamada bunların meseleyi tam olarak açıklığa kavuşturmadığı, özellikle tebligat yapılacak ülke Türkiye arasında birden çok antlaşma bulunması halinde bunlardan hangisine öncelik ta-

nınacağı konusunda tereddüt duyulduğu görülmektedir.

Türk hukukunda yabancı ülkelere yapılacak tebligat usulünü düzenleyen başlıca hükümler, Tebligat Kanununun 25. ve 27. maddelerinde, akdetmiş olduğumuz iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarında ve son yıllarda katıldığımız çok taraflı iki La Haye sözleşmesinde yer almaktadır<sup>1</sup>.

Bu hükümlerin uygulanma alanı, Türkiye'nin tebligatın yapılacağı ülke ile antlaşması olup olmamasına, tek bir antlaşmanın tarafları

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1) Hukuk Usulüne Dair Sözleşme, Resmi Gazete, 20.2.1973 Hukukî veya Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgele-riin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme, Resmi Gazete, 17.6.1972.

bağlamasına ve aynı zamanda birden çok antlaşmanın taraflar arasında yürürlükte olmasına göre değişmektedir. Şu halde belirli bir ülkeye yapılacak tebligatın tâbi olacağı esasları bu ihtimalleri ayrı ayrı ele alarak tesbit etmek gereklidir.

### 1) Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasında hiçbir antlaşmanın bulunmaması

Bu durumda tebligatın diplomatik yollardan yapılması gerekmekte ve devletler milletlerarası mücemele kuralları dairesinde genellikle birbirlerine yardımcı olarak ülkelerinde tebligat yapılmasını sağlamaktadırlar. Tebligat Kanunumuzun 25. maddesindeki genel hüküm konuyu bu açıdan düzenlemekte, tebligatı çıkaran merciin tebliğ edilecek evrakı bağlı bulunduğu Bakanlık vasıtasıyla Dışişleri Bakanlığına göndereceğini, evrakın görev bölgesi gözönünde tutularak ilgili Türkiye Elçiliğine veya Konsolosluğuna intikal ettireceğini ve bunların buldukları yer kanunlarına göre yetkili makamlardan tebligat yapılmasını isteyeceklerini göstermektedir.

Adalet Bakanlığının, Tebligat Tüzüğü'nün 7. maddesinin 3. fıkrası gereğince her yıl Resmî Gazetede yayınladığı tebliğlerde, şekil ve süreleri bakımından uyulması gereken esaslar belirtilmekte ve zaman kaybına yol açacak yanlış veya eksik işlemlerin önlenmesine çalışılmaktadır. Genellikle uzun zaman alan ve güçlükler gösteren bu usulün uygulanmasında, ilgililerin mahkemelere yardımcı olmaları ve yayınlanan tebliğleri inceleyerek tebliğ evrakının düzenlenmesine azami itinayı göstermeleri gerekmektedir<sup>2</sup>.

Yabancı ülkelerde bulunan Türk memurlarına ve askerî şahıslarına yapılacak tebligat esaslarını gösteren Tebligat Kanununun 27. maddesinin uygulanmasında ise, memurlar bakımından Dışişleri Bakanlığı, askerî şahıslar açısından da bağlı buldukları Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanlıkları veya Jandarma Genel Komutanlığı işi üstlendiklerinden ortaya önemli bir sorun çıkmamaktadır.

### 2) Tebligat konusunda Türkiyenin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar

Türkiyenin hukuki konularda adli yardımlaşma antlaşması akdettiği devletler ve bu

antlaşmaların yayınlandığı Resmi Gazetelerin tarihleri aşağıda gösterilmiştir.

Batı Almanya, R.G. .36.1930; Avustralya (İngiltere ile Türkiye arasında akdedilen 28.11.1931 tarihli antlaşmaya katılmıştır); R.G. 5.7.1932; Avusturya, R.G. 4.8.1931; Bulgaristan, R.G. 24.5.1978; Çekoslovakya, R.G. 9.7.1932; Fiji (İngiltere ile Türkiye arasında akdedilen 28.11.1931 tarihli antlaşmaya katılmıştır), R.G. 5.7.1932; Haşimi Ürdün, R.G. 5.9.1975; Irak, R.G. 12.9.1947; İngiltere dominyonları ve deniz aşırı ülkeleri, R.G. 5.7.1932; İran, R.G. 21.6.1937; İsviçre, R.G. 4.7.1934; İtalya, R.G. 3.3.1929; Lesotho Krallığı (İngiltere ile Türkiye arasında akdedilen 28.11.1931 tarihli antlaşmaya katılmıştır), R.G. 5.7.1932; Macaristan, R.G. 27.12.1939; Romanya R.G. 17.5.1972; Swaziland (İngiltere ile Türkiye arasında akdedilen 28.11.1931 tarihli antlaşmaya katılmıştır) R.G. 5.7.1932; Yugoslavya, R.G. 4.1.1936.

Adalet Bakanlığı, Tebligat tüzüğü'nün 37. maddesinin 3. fıkrası gereğince iki taraflı adli yardımlaşma antlaşması akdettiğimiz devletlerin listesini ve bu devletlere gönderilecek tebliğ evrakının kaç nüsha tanzim edileceğini, hangi dile çevirileceğini ve çevirinin kaç nüsha olacağını her yıl yayınladığı çetvellerle ilan etmektedir. Bu antlaşmalar gereğince yapılan tebligatlar diplomatik usullere tâbi bulunmakta ve oldukça uzun zamana ihtiyaç göstermektedir.

Türkiyenin 14.3.1972 tarihinde kabul ettiği 1975 sayılı kanunla katıldığı, 1.3.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi ise, Batı Almanya, Avusturya, Belçika, Çekoslovakya, Danimarka, Fas, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İsrail, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Soyyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği, Surinam, Vatikan, Venezüela ve Yugoslavya ile Türkiye arasında yürürlüktedir.

Çok taraflı olan bu milletlerarası antlaşma tebligatın talebeden devletin konsolosu tarafından talebe muhatap olan devletin ta-

2) Adalet Bakanlığının konuyla ilgili son ayrıntılı tebliği için. Bk. Resmi Gazete 17.3.1980. Bundan sonraki değişiklikler için, Bk. Resmi Gazete, 23.4.1982.

yin edeceği makama yapılacak talep üzerine yapılacağını kabul etmekte, tebligat usulünü ve esaslarını ayrıntılı olarak düzenlemekte, fakat süratli bir tebligat imkanını sağlamamaktadır.

Konuyla ilgili en önemli milletlerarası antlaşma olan Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair 15.11.1955 tarihli La Haye Sözleşmesi ise 9.9.1971 tarih ve 1483 sayılı kanunla onaylanmış ve Türkiye ile, Amerika Birleşik Devletleri, Batı Almanya, Barbados, Belçika, Mısır, İngiltere, Botswana, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Cebelitarık, Hollanda, İsrail, İsveç, Japonya, Lüksemburg, Norveç, Malavi ve Portekiz arasında yürürlüğe girmiştir.

Yabancı ülkelere yapılacak tebligatı diplomatik usulün getirdiği güçlüklerden kurtaran ve tebliği çıkaracak makamın resmi tasdik veya benzeri bir formaliteye lüzum kalmaksızın doğrudan doğruya talep edilen devletin merkezi makamına başvurmasını sağlayan bu antlaşma büyük kolaylıklar getirmekte ve tebligatın çok daha süratli olarak yapılmasına imkan vermektedir.

### 3) Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasında tek bir antlaşmanın bulunması

Tebliğatın yapılacağı ülke ile Türkiye arasında yalnız iki taraflı bir adli yardım antlaşmasının bulunması veya bu ülkenin konuyla ilgili iki milletlerarası sözleşmeden sadece birine taraf olması halinde, tebligatın tarafları bağlayan bu tek antlaşma hükümlerine göre yapılacağı açıktır.

Türkiye ile aralarında yalnız iki taraflı adli yardımlaşma antlaşması olan ülkeler: Bulgaristan, Haşimi Ürdün, Irak, İran, Fiji, Avustralya, Lesotho Krallığı ve Swaziland'dır.

Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesinin tebligat konusundaki münasebetlerimizi düzenleyen tek antlaşma durumunda olduğu ülkeler ise: Fas, İspanya, Lübnan, Macaristan, Polonya, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği, Surinam, Vatikan ve Venezüeladır.

Türkiye'nin sadece Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yaban-

cı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi ile Bağlı olduğu ülkeler ise, Amerika Birleşik Devletleri, Barbados, Mısır, Botswana, Cebelitarık ve Malavidir.

### 4) Türkiye'nin tebligatın yapılacağı ülke ile birden çok antlaşması olması

İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmaları yanında çok taraflı La Haye antlaşmalarından birine veya her ikisine katılmış ülkeler veya ikili antlaşmamız olmadığı halde, La Haye sözleşmelerinden her ikisine de katılmış olan ülkelerle olan ilişkilerimizde hangi antlaşma hükümlerine öncelik tanınacağı konusunun iki ayrı açıdan incelenmesi gerekmektedir.

#### A — İki taraflı adli yardımlaşma antlaşması olmayan durumlarda La Haye Sözleşmeleri arasındaki ilişki

Hukuk Usulüne Dair Sözleşme, Hukuki veya Ticareri Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşmeden daha geniş kapsamlı olup, tebligattan başka, istinabe, adli müzaheret, teminat akçesi ve tazyik hepsi gibi konuları da düzenlemektedir. Diğer taraftan tebligatla ilgili hükümler bakımından her iki sözleşme arasında önemli farklar mevcuttur.

Tebliğat konusu dışında kalan hususlarda Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin uygulanması bir sorun yaratmamaktadır. Farklı şekilde düzenlenmiş olan tebligat esasları açısından ise, Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşmenin 22. maddesi her hangi bir tereddüte yol açmamak için, konuyu açıklığa kavuşturan özel bir hüküm getirmiştir. Şöyle ki, "İşbu sözleşme tasdik eden devletler arasındaki ilişkilerde, Hukuk Muhakemeleri Usulü ile ilgili olarak La Haye'de sırası ile 17 Temmuz 1905 ve 1 Mart 1954'de imzalanan sözleşmelerin bir veya diğerine taraf oldukları nisbette bunların 1 ila, 7'nci maddelerinin yerine kaim olacaktır".

Şu halde her iki sözleşmeye de taraf olan, Batı Almanya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İsrail, İsveç, Japonya, Lüksemburg, Norveç ve Portekiz açısından tebligat, Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleket-

lerde Tebliğine Dair Sözleşmenin getirdiği esaslara uygun olarak yapılacak, Hukuk Usulüne Dair Sözleşme ise diğer konulardaki ilişkilerde uygulanacaktır.

### B — İkili antlaşmalarla La Haye Sözleşmeleri arasındaki ilişki

İki taraflı adli yardım antlaşmamız olan ülkelerle, aynı zamanda Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeye ve Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşmeye taraf olmamız halinde, Hukuk Usulüne Dair Sözleşme tebligat konusunda uygulanmayacak ve çözümlenmesi gereken husus ikili antlaşma ile diğer La Haye Sözleşmesi hükümlerinden hangisine öncelik tanınacağı olacaktır.

Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülkenin hem Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşmeye katılmış olmaları, hem de aralarında ikili bir adli yardım antlaşması olması halinde ortaya çıkabilecek mesele, işbu La Haye Sözleşmesinin 25. maddesi ile halledilmiştir. Şöyle ki, "İşbu sözleşme 22 ve 24'ncü maddelerin uygulanmasına hâlel gelmemek kaydı ile, işbu sözleşme ile düzenlenen hususlara ilişkin hükümler ihtiva edip te akit devletlerin taraf oldukları veya olacakları sözleşmeleri ihlal etmez".

Şu hade meselâ İngiltere ve Batı Almanya ile Türkiye arasındaki ikili adli yardım antlaşmalarının tebligata ilişkin hükümlerinin uygulanması La Haye Sözleşmesi ile engellenmiş değildir. Mahkeme bu iki antlaşmanın getirdiği hükümlerden hangisi tebligatın daha kolay ve süratli yapılmasına imkan veriyorsa onu uygulamakta serbesttir.

Bu itibarla Adalet Bakanlığının 23.4.1982 tarihli tebliğinin 3. bölümünün 1. fıkrasında gösterilen esasın yerindeliği tartışılabilir. Şöyle ki, bu fıkraya göre: "Tebliğ evrakının gönderileceği devletlerle memleketimiz arasında adli yardım konusunda iki taraflı ve çok taraflı sözleşme varsa çok taraflı sözleşme hükümleri uygulanacak, ancak iki taraflı sözleşmede ayrı ve özel bir hüküm varsa o hususta ikili sözleşme uygulanacaktır. Tereddüt halinde ikili sözleşme uygulanacaktır".

Kanaatimizce ikili sözleşmede ayrı ve özel bir hüküm olması veya tereddüt halinde, ikili sözleşmenin uygulanmasına öncelik tanınması ve bu konuda tebliği çıkaracak mahkemenin bu şekilde bağlanması yerinde değildir. İkili sözleşmelerde bulunabilecek "ayrı ve özel" hükümden anlaşılması gereken nedir? Bu hususta her farklı esas "ayrı ve özel" bir hüküm olarak görülür veya en azından bir tereddüt duyulursa, ikili antlaşmaya öncelik tanınacaktır. Oysa Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme halen yürürlükte olan ikili antlaşmalarımıza nazaran çok daha kolay ve süratli tebligat esasları getirmektedir.

Bu sözleşme çok sayıda vatandaşımızın yaşadığı ve uygulamada en çok tebligatın gönderildiği Batı Almanya, Belçika, Fransa, Hollanda ve İsveç gibi ülkeleri kapsamaktadır. Eğer bu ülkelerle olan eski tarihli adli yardımlaşma antlaşmalarına öncelik tanınırsa, tebligat konusunda uluslararası ilişkilere büyük kolaylık ve sürat getiren çok taraflı La Haye Sözleşmesine katılmış olmamızın hiç bir faydası kalmayacaktır. Nitekim bu sözleşmenin aramızdaki tek antlaşma durumunda olduğu ülkeler ilişkilerimizin çok daha az olduğu ülkelerdir. Bu bakımdan uygulamada tereddüt yaratmamak ve tebligatın en uygun şekilde yapılmasını sağlamak için, katılmamızdaki amaca uygun olarak Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşmeye öncelik tanınacağını açık olarak gösteren bir Adalet Bakanlığı tebliğinin yayınlanması gereklidir.

İkili antlaşma akdettiğimiz ülkelere birinin aynı zamanda Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeye de taraf olması halinde de, sorunun aynı açıdan ele alınması gerekir.

Hukuk Usulüne Dair Sözleşmede, âkit devletlerin taraf oldukları veya olacakları antlaşmaları saklı tutan açık bir hüküm olmakla beraber, bu sözleşmenin iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının tebligatla ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırmadığı kuşkusuzdur. Milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde uygulanacak Devletler Hukuku

kuralları bu sonucu engellemekte ve esasen ortada bir çatışma bulunmamaktadır. İlgili devletlerin amacı hukuki ve ticari konulardaki tebligatın yapılmasını sağlamaktır. Nitekim Adalet Bakanlığının tebliğlerinde de aynı esas kabul edilmekte, ancak "ayrı ve özel" bir hükmün bulunması veya bu konuda te-

reddüt duyulması halinde ikili antlaşmalara öncelik tanınmaktadır.

Kanaatimizce burada da mahkemeleri kesin olarak bağlamamak ve tebligatın en kolay ve çabuk şekilde yapılmasını hangi antlaşma sağlıyorsa, onun hükümlerini uygulamakta serbest bırakmak daha doğrudur.

## FRANSA'DA DEVLETİN TAHKİM YOLUNA GİTME OLANAĞI

Doç. Dr. Yücel SAYMAN\*

Bu yazımızda Fransız Mahkemelerinin, devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağına ilişkin kararlarını inceleyeceğiz. Kararlar özellikle iki açıdan önem taşıyor. Birincisi, iç hukukta engelleyici olabilecek hükümlere karşın, Yargıtayın milletlerarası ticaret ve milletlerarası tahkimin günümüz ihtiyaçlarına uygun bir çözüm getirme çabası. İkincisi, Yargıtayın bu çözüme ulaşırken, kesin ve önceden belli bir sonucu ortaya çıkarabilmek amacıyla, devletler hususi hukukunun klasik çözüm tipi olan "yasalar çatışması kuralını" bir yana bırakarak, "maddi devletler hususi hukuku kuralı" çözüm tipini kullanması. Bu iki özelliğin yanı sıra, kararlara konu olan üç olayda da, bir devletler hususi hukuku sisteminin çözüm tipleri olan "doğrudan doğruya uygulanan yasalar", "yasalar çatışması kuralı" ve "maddi devletler hususi hukuku kuralı"nın uygulanabilirliği metodolojik açıdan ilginç gözlemlere yol açmaktadır.

### I. OLAYLAR

#### OLAY 1. (Myrtoon Steamship / Agent Judiciaire du Tresor, davası).

Devlet Deniz Ulaşım İdaresi, 1940 yılında, bir yıllık süre için Yunan bandralı bir gemiyi kiralar. Yunanlı armatörle yapılan sözleşmede, ihtilaf halinde Londra'da hakeme gidileceği kararlaştırılmıştır. Süre dolmadan Fransız dev-

leti sözleşmeyi tek taraflı olarak fesheder ve armatörün alacağına tamamını ödemez. Armatör lehine sonuçlanan hakem kararının tenfizi için Fransa'da exequatur kararı alır. Bu karara karşı yapılan itiraz üzerine, Tribunal de la Seine 7 Temmuz 1955 tarihinde, tahkim şartını imzalayan kişinin böyle bir yetkisinin olup olmadığının incelenmesi gerektiği, bu incelemenin ise idari mahkemenin görevi içinde bulunduğu sonucuna varır. Bu kez Yunanlı armatör söz konusu karara karşı Paris İstinaf Mahkemesine başvurur. Cour de Paris 10 Nisan 1957 tarihli kararında<sup>1</sup>, armatörün iddiası doğrultusunda, hakem kararının tenfizine hükmeder. Mahkeme bu sonuca ulaşmak için karşı tarafın ileri sürdüğü şu iddiaları çürütmüştür:

1. Fransa gemiyi savaş araçları taşımak amacıyla kiralamıştır. Ancak sözleşmenin akdinden kısa bir süre sonra Fransa, Almanya ile barış antlaşması imzalamıştır. Sözleşmenin feshi bu nedendir. Böyle olunca, ortada bir hükümet tasarrufu vardır. Hükümet tasarrufları ise tahkime konu olamaz.

Mahkeme, hükümet tasarrufunun sözleşmeden sonra olduğunu, bu nedenle tahkim şartının geçerliliğini etkilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, her ne kadar bir hü-

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1) R. 1958, 120, not Loussouarn.

kümet tasarrufunun doğrudan sonucu olan zararların giderilmesi konusunda bir karar verilemezse de, özel hukuka ilişkin bir ihtilafta hükümet tasarrufunun taraflar için önceden bilinemez olup olmadığı, bu tasarrufun sorumluluğu kaldırıp kaldırmağı konusunda karar vermenin adli mahkemelerin görevinden bulunduğu; çünkü, burada incelenen sorunun, tasarrufun bizzat kendisi değil, bu tasarrufun ortaya çıkan sonuca etkisi olduğu kararına varmıştır.

2. Tahkim şartını imzalayan kişinin böyle bir yetkisi yoktur. Bu sorunun incelenmesi ise idari mahkemenin görevi içindedir.

Mahkeme bu iddiayı, adli mahkemenin böyle bir iddiayı somut olayda ciddi görmezse bekletici mesele olarak ele almak zorunda bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

3. Davalı taraf kamu kuruluşudur. Bu nedenle, kamu hukukunu ilgilendiren bir dava söz konusudur ve kamu kuruluşu kendi hukukuna tabidir. Üstelik yargı muafiyeti de vardır.

Mahkeme bu iddiayı da, şu gerekçelerle reddetmiştir: Dava konusu olayda kamu hukuku alanına giren bir sözleşme değil, özel hukuk sözleşmesi vardır. Bu nedenle, taraflardan birinin Fransız kamu kuruluşu olması mutlaka Fransız hukukunun uygulanmasını gerektirmez. Uygulanacak hukuk bakımından, kamu kuruluşu ile kişi arasında yapılmış özel hukuk sözleşmesi, kişiler arasındaki sözleşmeler gibi ele alınacaktır. Yargı muafiyetinden feragat edilebilir. Tahkim şartı imzalanmakla yargı muafiyetinden feragat edilmiş olmaktadır.

4. Fransız Medeni Usul Kanununun 83 ve 1004. maddeleri, devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gitmelerini yasaklamaktadır. Bu nedenle tahkim şartı geçersizdir.

Mahkeme bu iddiayı, konumuz bakımından önem taşıyan şu gerekçelerle reddetmiştir: 83 ve 1004. maddelerin amacı, Fransız devletini ve kamu kuruluşlarını, **Fransız Mahkemeleri önünde**, özel bir korunmadan yararlandırmaktır. Ancak, bu düzenleme iç hukuk akitleri söz konusu olduğunda mutlak, milletlerarası akitlerde ise, devlet tahkim şartını kabul ederek bu özel korunmadan

vazgeçebilir. 83 ve 1004. maddeler milletlerarası kamu düzeni niteliğinde değildir ve milletlerarası özel hukuk akitlerinde uygulanmaz. Dava konusu olayda, akit İngiliz hukukuna tabidir ve İngiliz hukuku devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gitmesini yasaklamamaktadır. Bu nedenle tahkim şartı geçerlidir.

Paris İstinaf Mahkemesinin bu kararına karşı, davalı taraf, tahkim şartının geçerliliği konusunda karar vermenin idari mahkemenin görevi içinde bulunduğu iddiasıyla Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmuştur' Tribunal des Conflits 19 Mayıs 1958 tarihli kararında<sup>2</sup> kamu hizmetinin yerine getirilmesinde armatör açısından herhangi bir yükümlülük öngörmeyen sözleşmenin bir özel hukuk akdi olması nedeniyle, tahkim şartının geçerliliğinin adli mahkemeler tarafından incelenmesi gerekeceği; ancak, bu konuda karara varmadan önce, sözleşmeyi imzalayan kişinin böyle bir yetkisinin bulunup bulunmadığının bekletici mesele olarak idari mahkemece incelenmesi gerektiği sonucuna vararak, Paris Mahkemesinin kararını iptal etmiştir.

#### **OLAY 2. (Office National Interprofessionnel des Cereales/San Carlo davası).**

Bir Fransız kamu kuruluşu olan Office Interprofessionnel des Cereales (ONIC) Etyopya'dan Marsilya'ya mısır taşımak üzere, yabancı bandıralı San Carlo gemisini kiralamıştır. Mal yolda hasara uğrar.. ONIC uğradığı zararın giderilmesi için Fransız Mahkemesinde dava açar. San Carlo gemisinin kaptanı, konişmentonun 20. maddesinde yer alan tahkim şartına dayanarak Fransız Mahkemesinin yetkisizliğini ileri sürer. Davayı gören Tribunal Civil de Marseille 19 Nisan 1955 tarihli kararında, Fransız Medeni Usul Kanununun 83 ve 1004. maddelerinde bir kamu kuruluşunun tahkim yoluna gitmesinin yasaklandığı gerekçesiyle yetki itirazını reddeder. San Carlo'nun kaptanı bu karara karşı Aix-En-Provence İstinaf Mahkemesine başvurur. Cour d'Appel d'Aix-En-Provence 5 Mayıs 1959 tarihli kararında<sup>3</sup> yetki itirazını yerinde bulur. Mahkemenin gerekçeleri şunlardır \*: 83 ve

2) D. 1958, 699, note Robert.

3) Clunet 1960, 1076.

1004. maddeler yalnız iç hukuk bakımından kamu düzeni niteliğindedir. Bu hükümlerin milletlerarası nitelikteki akitlere uygulanması yerinde değildir. Milletlerarası ticaretin adetlerine uygun olan bir ihtilafı çözüm yolunu eddetmek devletin çıkarlarına da aykırıdır; çünkü bu tutum devletin ve kamu kuruluşlarının önemli pazarlara girebilmesini engelleyecek önyargıların yaratılmasına yol açabilecektir.

Görülüyor ki, Mahkeme bu kararında, tahkim şartını hiç bir hukuka tabi tutmaksızın, kendiliğinden geçerli saymıştır.

ONİC'in temyiz ettiği bu kararı, Yargıtay 14 Nisan 1964 tarihinde onaylamıştır<sup>4</sup>. Yargıtay'ın gerekçeleri şunlardır: 83 ve 1004. maddeler iç hukukta kamu düzeni kurallarıdır. Ancak bu maddelerin milletlerarası kamu düzeni niteliği yoktur. 83 ve 1004. maddeler, milletlerarası özel hukuk akdi söz konusu olduğunda, bir kamu kuruluşunun bu akdi tahkim şartını geçerli sayan yabancı hukuka tabi tutmasını engellemez. 83 ve 1004. maddeler, Medeni Kanununun 3/3 maddesi anlamında bir ehliyet sorunu da değildir. İstinaf Mahkemesinin incelemesi gereken sorun, iç hukuk akitleri için konulmuş bu yasağın milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve adetlerine uygun olarak yapılmış milletlerarası akitlerde de geçerli olup olmadığıdır. İstinaf Mahkemesi yerinde bir kararla, bu sorunun tarafların milli hukuklarına değil akit kanununa tabi olduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay, kararında tahkim şartının geçerliliğinin akit kanununa tabi olduğu belirtmektedir. Ancak ilginç olan, Yargıtay'ın, sanki İstinaf Mahkemesi de aynı tutumdaymış gibi davranmasıdır. Oysa, yukarıda belirttiğimiz gibi, İstinaf Mahkemesi tahkim şartının geçerliliğini hiç bir hukuka tabi tutmamış, tahkim şartını kendiliğinden geçerli saymıştır.

### **OLAY 3. (Agent Judiciaire du Tresor Public / Galakis davası).**

Bir Fransız kamu kuruluşu, Yunan Bandıralı bir geminin Yunanlı armatörü ile, Batı Afrika'nın bir limanından Fransa'ya mal taşımak üzere sözleşme akteder. Sözleşmeye göre, ihtilaf halinde Londra'da hakeme gidile-

cektir. İhtilaf çıkar ve armatör elde ettiği hakem kararının Fransa'da tenfizi için exequatur kararı alır. Tenfiz kararına karşı yapılan itirazları, Tribunal de Grande Instance de la Seine 25 Temmuz 1959 tarihli kararında kabul eder<sup>5</sup>. Söz konusu kararın gerekçeleri şunlardır: Medeni Usul Kanununun 83 ve 1004. maddeleri, Fransız devletinin ya da kamu kuruluşlarının, Fransa'da ya da yabancı ülkede tahkim yoluna gitmesini ilke olarak yasaklamıştır. Bu bir kamu düzeni kuralıdır. Tahkim şartını kabul eden kişinin, böyle bir şartı kabul edebilme ehliyetinin bulunması gerekir ki, bu ehliyet milletlerarası düzeydeki ihtilaflarda ilgilinin milli hukukuna tabidir. 83 ve 1004. maddelerin uygulanmasını engelleyen bir istisna da yoktur.

Bu karara karşı, Galakis, İstinaf mahkemesine başvurur. Cour de Paris 21 Şubat 1961 tarihli kararında<sup>6</sup> tahkim şartının geçerli olduğu sonucuna varır. Mahkeme şu gerekçelerden hareket etmiştir: 83 ve 1004. maddelerin amacı, Fransız devletini ve kamu kuruluşlarını Fransız Mahkemeleri önünde özel bir korunmadan yararlandırmaktır. Devlet, yabancı ülkede özel kişilerle yaptığı bir özel hukuk akdinde bu özel korunmadan vazgeçebilir. Bu nedenle, 83 ve 1004. maddeler milletlerarası kamu düzeni niteliğinde değildir. Ayrıca, milletlerarası ticaretin gerektirdiği bir ihtilafı çözüm yoluna başvurma yasağını mutlak olarak görmek devletin çıkarına da aykırıdır. Dava konusu sözleşme bir özel hukuk akdidir. Bu akit milletlerarası ticaretin ihtiyaçları çerçevesinde yapılmıştır ve İngiliz hukukuna tabidir. Çünkü, akit Londra'da yapılmıştır ve borç bu ülkede İngiliz parası ile ödenecektir. İhtilaf halinde de Londra'da bulunan ve İngiliz usul hukukuna göre karar verecek olan hakeme gidileceği kararlaştırılmıştır. Taraflardan birinin Fransız devleti olması mutlaka Fransız hukukunun uygulanmasını gerektirmez. Taraflar uygulanan hukuku seçebilirler. Olayda bu hukuk İngiliz hukukudur. Milletlerarası akitlerde, akde uygulanacak hukukun tahkim şartını geçerli sayması durumunda, bu şart geçerli olacaktır.

4) D. 1964, 637, note Robert.

5) Rev. de l'Arbitrage, 1960, 30.

6) Rev. de l'Arbitrage, 1961, 18.

Olayda İngiliz hukuku tahkim şartını geçerli saymaktadır.

Bu karar temyiz edilmiş, ancak Yargıtay 2 Mayıs 1966 tarihinde<sup>7</sup> kararı onaylamıştır. Yargıtayın gerekçesi şöyledir: 83 ve 1004. maddeler Medeni Kanunun 3/3 maddesi anlamında bir ehliyet sorunu yaratmaz. Mahkemenin (Cour de Paris) araştırması gereken husus, iç hukuk akitleri için öngörülmüş 83 ve 1004. maddelerin, deniz ticaretinin ihtiyaçlarına ve adetlerine uygun olarak yapılmış milletlerarası akitlerde de uygulanıp uygulanmayacağıdır. Mahkeme (Cour de Paris) kararındaki gereksiz (surabondant) gerekçeler bir yana bırakılırsa, 83 ve 1004. maddelerin bu tür akitlere uygulanamayacağına ve tahkim şartının geçerli olduğuna isabetle karar vermiştir.

Yargıtay kararının ilginç yönü, tahkim şartını hiç bir hukuka tabi tutmaksızın, kendiliğinden geçerli sayması ve İstinaf Mahkemesinin tahkim şartını İngiliz hukukuna tabi tutarak geçerli sayan gerekçelerini gereksiz (surabondant) bulmasıdır.

\* \* \*

Fransız Medeni Usul Kanununun 83. maddesi, Devleti ve kamu kuruluşlarını ilgilendiren davaların Savcılığa iletilmesini zorunlu kılar. Aynı Kanunun 1004. maddesi ise, Savcılığa iletilmesi zorunlu olan ihtilaflarda tahkim yoluna gidilemeyeceğini öngörür<sup>8</sup>. Bu iki maddenin birlikte ele alınmasıyla, kamu kuruluşlarının ve devletin tahkim yoluna gidebilmeleri olanağı ortadan kalkmaktadır. Bu bir iç hukuk düzenlemesidir. Milletlerarası özel hukuk alanında, devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağının hangi hukuka göre saptanacağı sorusu, Fransız Mahkemelerinin yukarıda özetlemeye çalıştığımız kararlarına konu olmuştur. Mahkeme kararlarının incelemesine geçmeden önce, Fransız devletler hususi hukuku açısından devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağının tabi olacağı hukuk konusundaki değişik olasılıklar üzerinde duracağız.

## II. ÖNERİLEBİLECEK ÇÖZÜMLER

1. Birinci olasılık, Medeni Usul Kanununun 83 ve 1004. maddelerinin "doğru-

dan doğruya uygulanan kurallar" olduğu görüşünden hareketle, yabancılık unsuru içeren ilişkilerde de Fransız devletinin ve kamu kuruluşlarının söz konusu maddelere tabi olduğu sonucuna varmaktır. Bu görüş, ikinci olayda Tribunal Civil de Marseille'in 19 Nisan 1955 tarihli kararında benimsenmiştir: "83 ve 1004. maddeler devlete ve kamu kuruluşlarına tahkim yoluna gitme yasağı koymuştur. Bu düzenleme kamu düzenini ilgilendirmektedir. Her olayda mutlaka uygulanması gerekir". Aynı sonuca Fransız Danıştayının 13 Aralık 1957 tarihli kararında da rastlanmaktadır<sup>9</sup>. Karara göre, "Devletin taraf olduğu ihtilaflarının çözümü hakemlere bırakılamaz. Temel ilke budur. 83 ve 1004. maddeler bu ilkeyi yansıtmaktadır. Bu nedenle, söz konusu maddelerin uygulanması temel ilkeyi zedelemeyecek biçimde olmalıdır".

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, yukarıda değindiğimiz 19 Mayıs 1958 tarihli kararında, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde karşı tarafa yükümlülük getirmeyen özel hukuk akitlerinden doğan ihtilafların adli mahkemelerin görevi içinde olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, Fransız devleti ya da kamu kuruluşlarının milletlerarası özel hukuk akitlerine koyduğu tahkim şartının geçerli olup olmadığı sorununu adli mahkeme inceleyebilmektedir. Bu nedenle, Danıştay'ın yukarıdaki kararı, aynı konuya adli mahkemelerin değişik çözüm getirmeleri sonucu, uygulamada önemini bu noktada yitirmiştir.

Tribunal de Marseille'in 19 Nisan 1955 tarihli kararı diğer Mahkemeler tarafından izlenmemiştir. Nitekim, Cour de Paris'nin 10 Nisan 1957 tarihli kararı (1. Olay), Cour de Paris'nin 21 Şubat 1961 tarihli kararı (3. Olay), Cour d'Aix-En-Provence'nin 5 Mayıs 1959 tarihli kararı (2. Olay), Cour de Cassation'un 14 Nisan 1964 tarihli kararı (2. Olay) açıkça, "83 ve 1004. maddelerin milletlerarası kamu düzeni niteliğinde olmadığını" belirtmektedir. Bu kararlara göre, 83 ve 1004.

7 ) Clunet 1966-648, note Level.

8) 5 Temmuz 1972 tarihli kanunla Medeni Usul Kanununda değişiklik yapılmış, ancak devlet ve kamu kuruluşları için tahkim yoluna gitme yasağı kalkmamıştır.

9) D. 1958. 517.



maddeler iç hukukta, özel hukuk akitleri için kamu düzeni niteliğindedir. Bu maddelerdeki düzenlemenin amacı, devleti ve kamu kuruluşlarını sırf devlet ya da kamu kuruluşu oldukları için korumak değil, bunları **Fransız Mahkemeleri önünde** özel bir korunmadan yararlandırmaktır (Cour de Paris 10 Nisan 1957, Cour de Paris 21 Şubat 1961, Cour d'Aix-En-Provence 5 Mayıs 1959 kararları). Kaldı ki, devletin kişilerle yaptığı milletlerarası özel hukuk akitlerinde, milletlerarası ticaret alanında kabul edilen ihtilafı çözüm yollarına başvuramaması kendi çıkarına aykırıdır (Cours de Paris 10 Nisan 1957 ve 21 Şubat 1961, Cour d'Aix-En-Provence 5 Mayıs 1959 kararları). Çünkü aksi uygulama, devleti ve kamu kuruluşlarını önemli pazarların dışına itebilecek olumsuz önyargıların yaratılmasına yol açabilecektir (Cour d'Aix-En-Provence).

Görülüyor ki, 83 ve 1004. maddelerin "doğrudan doğruya uygulanan kurallar" olması görüşü, Fransız Danıştay'ının 13 Aralık 1957 tarihli kararı bir yana bırakılacak olursa, Fransız Mahkeme kararlarında uygulama alanı bulamamıştır.

2. İkinci olasılık, Devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını, klasik "yasalar çatışması kuralı" çözüm tipinden hareketle, somut olayda uygulanacak hukuka göre saptamaktır. Uygulanacak hukuk hangisidir? Bu konuda da değişik görüşler ileri sürülebilir.

a. Devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını "yetki" sorunu olarak ele alan görüşler:

aa. Sorun, bir devlet organının tahkim şartını ya da tahkim sözleşmesini imzalama yetkisi var mıdır, yok mudur, onun saptanmasıdır. Yani kamu hukukunu ilgilendiren bir sorun söz konusudur. Kamu hukuku açısından "yetki" sorunu **lex fori'**ye tabidir. Bu nedenle Fransız hukukunun uygulanması gerekir<sup>10</sup>.

Bu görüş Cour de Paris'nin 10 Nisan 1957 (1. Olay) ve 21 Şubat 1961 (2. Olay) tarihli kararlarında açıkça reddedilmiştir: "Taraflardan birinin Fransız devleti olması mutlaka Fransız hukukunun uygulanması sonucunu doğurmaz. Fransız Devleti ile yabancı kişiler arasında akdedilen sözleşmeler, eğer bunlar

özel hukuk sözleşmeleri iseler, uygulanacak hukuk bakımından tıpkı kişiler arasındaki akitler gibi ele alınırlar." Diğer kararlarda da, açıkça belirtilmemekle birlikte, **lex fori'**nin uygulanması görüşü benimsenmemiştir.

bb. Sorun kamu tüzel kişinin ya da organlarının "yetki"lerinin saptanmasıdır. Yetki sorununu, kamu gücünden ayrı olarak ele almak olanaksızdır. Bu nedenle, eğer yasalar çatışması kuralı çözüm tipi içinde kalınmak isteniyorsa, Fransız Medeni Kanununun 3/1 maddesi uyarınca (emniyet ve asayiş kararları Fransa'da herkese uygulanır) Fransız hukukunu uygulamak gerekecektir<sup>11</sup>.

Bu görüş, "doğrudan doğruya uygulanan yasalar" çözüm tipinin kullanılması için ileri sürülebilir. Ancak bu görüşün mahkeme kararlarında uygulama alanı bulmadığını yukarıda belirttik.

cc. Sorun "yetki" olduğuna göre, bu yetkinin sınırlarını ve yetkisizlik durumunu ortadan kaldıran halleri de **lex fori**, yani Fransız hukuku gösterecektir. 83 ve 1004. maddeler devlete ve kamu kuruluşlarına, Fransız Mahkemeleri önünde özel bir koruma getirmiştir. Ancak bu düzenleme yalnız iç hukuk açısından kamu düzeni niteliğindedir. Milletlerarası akitler söz konusu olduğunda, **lex fori**, yani Fransız hukuku, devlete ve kamu kuruluşlarına bu özel korunmadan vazgeçebilme olanağı tanımaktadır. İşte, Fransız Devleti ya da kamu kuruluşu, —milletlerarası akitte— yabancı hukukun uygulanmasını ya da yabancı bir mahkemenin yetkisini kabul etmekle bu korunmadan vazgeçmektedir. Böylece, Fransız Devletinin ya da kamu kuruluşunun tahkim yoluna gidebilme konusundaki yetkisizliği, milletlerarası akitler söz konusu olduğunda, **lex fori** açısından, olaya uygulanacak hukukun olumlu hükmüyle kalkmaktadır<sup>12</sup>.

10) VEDEL, G; *Le Problème de l'Arbitrage Entre Gouvernements ou Personnes de Droit Public et Personnes de Droit Privé*, Rev. de l'Arbitrage, 1961. 124-125.

11) LAGARDE, P.; note sous Cass. Civ. 14 Mayıs 1965. J.C.P. II, 1965. 14406.

12) BATIFFOL, H.; note sous Cass. Civ. 14 Avril 1964, R. 1966, 70; ROBERT, J., D. 1964, 637.

Bu görüş, devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını akit kanununa tabi tutan kararlarda (Cour de Paris 10 Nisan 1957 ve 21 Şubat 1961 tarihli kararları) benimsenmiştir: "83 ve 1004. maddelerin amacı, Fransız Devletini ya da kamu kuruluşlarını, Fransız Mahkemeleri önünde, özel bir korunmadan yararlandırmaktır. Ancak bu düzenleme iç hukuk akitleri söz konusu olduğunda mutlaktır. Milletlerarası akitlerde ise, devlet tahkim şartını kabul ederek bu özel korunmadan vazgeçebilir."

b. Devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını "ehliyet" sorunu olarak ele alan görüşler :

aa. Söz konusu olan, Devletin tahkim yoluna gitme taahhüdünde bulunabilmesi, yani "ehliyet" sorunudur<sup>13</sup>. Ehliyet ise, Medeni Kanunun 3/3 maddesi gereği ilgilinin milli hukukuna tabidir. Yani Fransız hukukunun uygulanması gerekir. Ancak, Lizardi kararı ile bu uygulamaya bir istisna getirilmiş ve Fransa'da bir Fransızla milli hukukuna göre ehliyetsiz olan 23 yaşındaki bir yabancı arasındaki akit, iyi niyetli olan Fransız vatandaşının yabancı hukuku bilmemesi makul sayılarak geçerli kabul edilmiştir. Aynı sonuç burada da uygulanabilir ve Fransız Devleti ile sözleşme yapan iyi niyetli yabancıya, Fransız devletin 83 ve 1004. maddeleri ileri sürmesi engellenebilir<sup>14</sup>.

Ancak hemen belirtelim ki, Lizardi kararında iyi niyetli bir Fransız vatandaşının, Fransa'da yaptığı bir akitte yabancı hukuku bilmemesi söz konusuydu. Burada ise iyi niyetli bir yabancıların Fransız hukukunu bilmemesi söz konusudur. Bu bakımdan olay ile Lizardi kararı arasında bir bağ kurmak pek olanaklı değildir.

Devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını bir ehliyet sorunu gibi ele alarak, bu konuda Medeni Kanunun 3/3 maddesi gereği milli hukuk olan Fransız hukukunu uygulayan kararı, Tribunal de Grande Instance de la Seine'in 27 Temmuz 1957 (1. Olay) ve 25 Haziran 1959 (3. Olay) tarihli kararlarıdır. Ancak Fransız Yargıtayı'nın 14 Nisan 1964 (2. Olay) ve 2 Mayıs 1966 (3. Olay) kararları ise, "83 ve 1004. maddelerden doğan yasak Medeni Kanunun 3/3.

maddesi anlamında bir ehliyet sorunu doğurmaz" diyerek bu uygulamayı açıkça reddetmiştir.

bb. Soruna ehliyet açısından yaklaşılsa bile, bu konuda Medeni Kanunun 3/3 maddesi gereği millî hukukun uygulanabilirliği kuşkuludur. Çünkü, Medeni Kanunun 3/3. maddesi gereği milli hukuk "genel ehliyetsizlik" halleri için uygulanır. Oysa, devletin tahkim yoluna gitme olanağının bulunmaması bir "yetki" sorunu değil de "ehliyet" sorunu olarak ele alınsa bile, bu bir "özel ehliyetsizlik" durumudur. Patino kararı (Cour de Cassation, 15 Mayıs 1963) bu ayırımı açıkça getirmiştir. Ve özel ehliyetsizlik durumunda milli hukuk değil, akitin esasına uygulanan hukuk yetkilidir<sup>15</sup>. Nitekim Fransız vatandaşları açısından da tahkim yoluna gitme yasağının bulunduğu dönemde, Fransız Yargıtayı, milletlerarası özel hukuk akitleri söz konusu olduğunda bu ehliyetsizlik durumunu akit kanunu çerçevesinde değerlendirmişti (Cour de Cassation 19 Şubat 1930 ve 27 Şubat 1931 tarihli kararları, S. 19331, 41)<sup>16</sup>.

c. Devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını "esasa" ilişkin olarak ele alan görüş.

Cour de Paris 10 Nisan 1957 (1. Olay) ve 21 Şubat 1961 (3. Olay) tarihli kararlarında, Yargıtay da 14 Nisan 1964 tarihli kararında (2. Olay), Devlet ya da kamu kuruluşu tarafından kabul edilen tahkim şartının geçerliliğini akit kanununa tabi tutmuştur. Bu üç kararda benimsenen tutum nasıl açıklanabilir?

Her üç kararın gerekçeleri dikkatle ve sıra ile ele alındığında ortaya çıkan durum şudur: Kararlarda önce, 83 ve 1004. maddelerin milletlerarası özel hukuk akitlerinde uygulanmayacağı, çünkü bu maddelerin amacı:

13) MOTULSKY, H.; note sous Cour de Paris 10 Nisan 1957, J.C.P. II. 1957, 10078.

14) Bkz., MOTULSKY, H. (d.n. 13); LOUS-SOUARN, Y., note sous Cour de Paris 10 Nisan 1957, R. 1958, 227.

15) Bkz. BATIFFOL, H., (d.n. 12), 69; GOLDMAN, B.; Rec. des Cours. 1963. II. 347; 422. Yazar, karşı görüşte olmakla birlikte, sorunun ehliyet olarak ele alınması durumunda, hiç olmazsa akit kanunun uygulanmasını diliyor.

16) Bkz. BATIFFOL, H., (d.n. 12).

nın Fransız Devletine ya da kamu kuruluşlarına Fransız Mahkemeleri önünde özel bir korunma sağladığı; milletlerarası kamu düzeni niteliğinde olmayan bu düzenlemeden, devletin ya da kamu kuruluşunun vazgeçebileceği belirtiliyor. Böylece, tahkim şartının geçerliliği " taraflar açısından" incelenmiş olmakta ve söz konusu maddelerin " taraflar açısından" bir yasak getirmediği ortaya çıkmaktadır. Artık devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme sorunu taraf'arı değil, akdin " esasını" ilgilendiren bir konu haline gelmiştir. Kararlar bu noktada olaya akit kanunun uygulanacağını belirtmektedir<sup>17</sup>.

Kararlarda açık olmayan nokta, tahkim şartının başlıbaşına bir akit olarak ele alınıp, buna uygulanacak hukukun mu, yoksa tahkim şartının yer aldığı ana sözleşmeye uygulanacak hukukun mu araştırıldığıdır. Ancak, aşağıda değineceğimiz diğer mahkeme kararlarında tahkim şartının bağımsızlığının benimsendiği gözönünde tutulursa, birinci şık ağır basmaktadır.

3. Üçüncü olasılık, devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını bir " maddi devletler hususi hukuku kuralı" ile düzenlemektir.

Yukarıda belirttiğimiz mahkeme kararları devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını, akit kanunu çerçevesinde dahi olsa, şu nedenle tanımaktadır: Milletlerarası ticaretin kendine özgü kuralları ve ihtilafı çözüm yolları vardır. Devlet, milletlerarası ticaret alanında faaliyetlere giriştiği zaman bu kurallara ve çözüm yollarına uymak zorundadır. Kendi iç hukuk düzenlemesini ileri sürerek milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve adetlerine aykırı davranması, sonuç olarak onun önemli pazarların dışında kalmasına yol açabilecektir. Bir başka deyişle, devletin kabul ettiği tahkim şartına uyması kendi çıkarları doğrultusundadır.

Ancak, sorun yalnız devletin çıkarlarının korunması da değildir. Temel sorun, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarının gerektirdiği düzenlemenin her durumda önceden bilinebilir ve uygulanabilir olmasıdır. Bir başka deyişle, korunması gereken milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarıdır. Bu nedenle, milletlerarası ticaretin getirdiği kuralların ve çözüm yollarının

her zaman uygulanabilirliğini sağlamak gerekmektedir. Oysa, devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağı; akit kanununa tabi tutulursa, bu amaç tam olarak sağlanamamaktadır. Akit kanunu Fransız hukuku olabileceği gibi, devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilme olanağını tanımayan bir yabancı hukuk da olabilir. Bu nedenle, bir maddi devletler hususi hukuku kuralı ile iç hukuktaki uygulamadan ayrılarak, milletlerarası akitler söz konusu olduğunda, devletin ya da kamu kuruluşlarının, herhangi bir hukuka tabi olmaksızın, tahkim yoluna gidebilecekleri yolunda bir düzenleme getirilebilir<sup>18</sup>.

Cour d'Aix-En-Provence 5 Mayıs 1959 tarihli (2. Olay) ve Yargıtay 2 Mayıs 1966 tarihli (3. Olay) kararlarında, 83 ve 1004. maddelerin milletlerarası akitlerde uygulanmayacağını belirttikten sonra, herhangi bir ülke hukukunu uygulamaksızın, bu tür akitlerde devletin ya da kamu kuruluşlarının imzaladığı tahkim şartının geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Bir başka deyişle her iki kararda da, milletlerarası akitlerde devletin ya da kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebileceği yolunda bir maddi devletler hususi hukuku kuralı yaratılmıştır, denilebilir.

### III. ÇÖZÜMLERİN KARARLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Görülüyor ki, Fransız Yargıtayı son kararında (2 Mayıs 1966), Devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gitmesini vaksaklayan Medeni Usul Kanununun 83 ve 1004. maddelerinin milletlerarası akitlerde uygulan-

17) Kararların bu açıklaması için bkz. ROBERT, J.; note sous Cass. Civ. J.C.P. II. 1965. 14406; GOLMAN, B.; note sous Cour de Paris 10 Nisan 1957, Clunet, 1958. 1010. Akit kanununun uygulanmasına karşı görüşler için bkz., BATIFFOL, H., (d.n. 12) 70-71; VEDEL, G. (d.n. 10) 126, MOTULSKY, H. (d.n. 12), LAGARDE, P. (d.n. 11).

18) GOLDMAN, B., note sous Cass. Civ. 14 Nisan 1964. Clunet 1965. 647; ROBERT, J., note sous Cass. Civ. 2 Mayıs 1966, D. 1966. 575; LEVEL, P.; note sous Cass. Civ. 2 Mayıs 1966, Clunet 1966. 649; LAGARDE, P.; (d.n. 11).

mayacağına ve tahkim şartının geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bu kararda tahkim şartının geçerli olup olmadığının herhangi bir hukuka tabi olacağı konusunda açıklık yoktur. Cour d'Aix-En-Provence'in 5 Mayıs 1959 tarihli kararı da aynı yöndedir. Oysa Yargıtay daha önceki 14 Nisan 1964 tarihli kararında tahkim şartının geçerliliğine akit kanunu uygulayarak hükmetmişti. Cour de Paris de 10 Nisan 1957 ve 27 Şubat 1961 tarihli kararlarında akit kanununu uygulayarak tahkim şartının geçerli olduğu sonucuna varmıştı. Yukarıdan beri değindiğimiz bu kararlardaki gerekçeler gözönünde tutulursa, Yargıtayın son kararında vardığı çözüm değişik üç biçimde açıklanabilir.

1. Birinci açıklama şu olabilir : Devletin ya da kamu kuruluşunun tahkim yoluna gitmesini engelleyen 83 ve 1004. maddeler Medeni Kanunun 3/3. maddesi anlamında bir ehliyetsizlik getirmemektedir. 83 ve 1004. maddeler bir "yetki" (ya da yetkisizlik) sorunu doğurmaktadır. Konuyu yetki olarak ele alınca ortaya iki soru çıkmaktadır. Devlet ya da kamu kuruluşu tahkim yoluna gidebilir mi? Gidemiyorsa, bunun istisnaları var mıdır? Bu iki sorunun yanıtını **lex fori** verecektir. **Lex Fori**, yani Fransız hukuku açısından bu iki sorunun yanıtı şöyledir: 83 ve 1004. maddeler, devleti ya da kamu kuruluşunu Fransız Mahkemeleri önünde özel bir korunmadan yararlandırabilmek amacıyla tahkim yoluna gitme yetkisi vermemiştir. Ancak bu yetkisizlik iç hukuk akitleri bakımından mutlaktır. Milletlerarası akitler söz konusu olduğunda, devlet ya da kamu kuruluşu 83 ve 1004. maddelerin sağladığı özel korunmadan vazgeçebilir. Devletin ya da kamu kuruluşunun hangi durumlarda bu özel korunmadan vazgeçebileceğini de yine **lex fori** gösterecektir. Vazgeçme, ya yabancı bir mahkemenin yetkisini kabul etmekle, ya devlete tahkim yoluna gitme olanağı tanıyan yabancı bir hukukun uygulanmasını kabul etmekle, ya da kararlarda belirtildiği gibi, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve usulüne uygun olarak milletlerarası nitelikte bir akit yapmakla gerçekleşebilir. İşte Yargıtay son kararında, devletin milletlerarası nitelikte bir akit yapmakla 83 ve 1004. maddelerde öngörülen

özel korunmadan vazgeçtiğini, bu nedenle taraflar açısından bir engel kalmadığından tahkim şartının geçerli olduğu sonucuna varmıştır.

Bu açıklama kabul edilirse, sorun yasalar çatışması kuralı metoduyla çözümlenmiş olmaktadır.

Ne var ki, bu açıklama iki açıdan tatminkâr değildir. Birincisi, Cour de Paris her iki kararında da tahkim şartının geçerliliğini taraflar bakımından değil, bizzat tahkim şartının konusu bakımından ele almıştır. Yargıtayın ilk kararı da bu yöndedir. Bu kararlarda tahkim şartının geçerliliği akit kanununa tabi tutulmaktadır. İkincisi, her üç olaya konu olan kararlar incelenirse görülür ki, varılmak istenen sonuç, devletin, hatta yabancı bir devletin ya da kamu kuruluşunun önce kabul ettiği tahkim şartını, sonradan bu konuda yetkisiz olduğunu ileri sürerek geçersiz saymamasıdır. Konuya akit kanunun uygulanması bu amacı tam olarak gerçekleştirmemektedir, çünkü akit kanunu devletin tahkim yoluna gitmesini yasaklayabilir. İşte Yargıtay son kararında bu gediği tıkmak amacıyla, bir maddi devletler hususi hukuku geliştirmiş ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve usulüne uygun olarak yapılmış milletlerarası akitlerde devletin ya da kamu kuruluşunun koyduğu tahkim şartının, herhangi bir ülke hukukundan bağımsız olarak geçerli olacağına hükmetmiştir.

2. Yargıtayın son kararı şöyle de açıklanabilir: Devletin ya da kamu kuruluşunun tahkim yoluna gitmesini engelleyen 83 ve 1004, maddeler yalnız iç hukuk akitleri için bir yetkisizlik getirmiştir. **Lex fori** açısından milletlerarası akitler için böyle bir yetkisizlik durumu yoktur.

Bu açıklama da sorunu yasalar çatışması kuralı çerçevesinde çözüme kavuşturmaktadır.

Ancak yukarıda, birinci açıklama için ileri sürdüğümüz eleştiriler bu görüşün kabulünü de olanaksız kılmaktadır.

3. Üçüncü açıklama da şöyledir: Ortada Medeni Kanunun 3/3. maddesi anlamında bir ehliyet sorunu yoktur. 83 ve 1004. maddeler ise yalnız iç hukuk akitleri için yetkisizlik getirmiştir ve bu maddeler, milletlerarası kamu düzeni nitelikleri bulunmadığından, milletlerarası akitler söz konusu olduğunda doğru-

dan doğruya uygulanmazlar. Bu durumda devletin ya da kamu kuruluşunun tahkim yoluna gidip gidemeyeceği hangi hukuka göre saptanacaktır? Yargıtay bu noktada uygulanacak bir hukuk araştırmamakta, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve usulüne uygun olarak yapılmış bir milletlerarası akit söz konusu olduğunda devletin ya da kamu kuruluşunun koyduğu tahkim şartının kendiliğinden geçerli olduğuna hükmetmektedir. Bir başka deyişle, yargıtay bu konuda "yasalar çatışması kuralı" metodundan ayrılarak bir "maddi devletler hususi hukuku kuralı" yaratmaktadır. Nitekim yargıtay, onayladığı Cour de Paris'in 21 Şubat 1961 tarihli kararındaki, tahkim şartını akit kanununa tabi tutan bölümünü gerekçeleriyle birlikte gereksiz (surabondant) olarak nitelmiştir. Yargıtayın bu kararındaki tutumu, 14 Nisan 1964 tarihli ilk kararındaki tutumunun tam tersidir. İlk karara konu olan olayda, Cour d'Aix-En-Provence (5 Mayıs 1959) tahkim şartını hiç bir hukuka tabi tutmaksızın geçerli saymış, yargıtay ise bu sonucu, tahkim şartına akit kanununu uygulayarak onaylamıştı.

Devletin ve kamu kuruluşlarının tahkim yoluna gidebilmesine ilişkin olarak yarattığı maddi devletler hususi hukuku kuralıyla Yargıtay, "Tahkim şartının bağımsızlığı" ve "tahkim şartının geçerliliği" konularındaki tutumunu birleştirmiş olmaktadır. Yargıtay, 7 Mayıs 1963 tarihli Gosset kararında, "Milletlerarası tahkimde, ister ana sözleşme içinde yer alsın, ister başlıbaşına bir sözleşme olsun, tahkim şartı istisnai durumlar dışında tam bir hukuki bağımsızlığa sahiptir. Bu nedenle ana sözleşmenin muhtemel geçersizliğinden etkilenmez"<sup>19</sup> diyerek, tahkim şartının ana sözleşmeden bağımsızlığına, bu konuda herhangi bir hukukun uygulanmasına gerek görmeksizin, hükmetmişti. Aynı sonuç Yargıtayın 13 Mayıs 1971 tarihli Impex kararında da vardır: "Milletlerarası ticaretin çıkarları açısından söz konusu olan ve bu nedenle milletlerarası niteliği bulunan bu tahkim şartı Fransız devletler hususi hukuku bakımından bağımsızdır"<sup>20</sup>. Yargıtay, 4 Temmuz 1972 tarihli Hecht kararın-

da da, Paris İstinaf Mahkemesinin "Taraflar Fransız hukukunun uygulanmasından vazgeçerek, Fransız hukukunun izin vermediği durumlarda da tahkim yolunu seçebilirler. Nitekim, milletlerarası tahkimde, ister ana sözleşme içinde yer alsın, ister başlıbaşına bir sözleşme olsun, tahkim şartı istisnai durumlar dışında hukuken bağımsızdır "şeklindeki kararını, "Ana sözleşmenin milletlerarası niteliğini ortaya koyan ve milletlerarası tahkimde tahkim şartının bağımsızlığını belirten karar yerindedir" diyerek onaylamıştır<sup>21</sup>. Böylece, Yargıtay Milletlerarası tahkimde tahkim şartının ana sözleşmeden bağımsız olduğu ve ana sözleşmenin muhtemel geçersizliğinden etkilenmeyeceği yolunda bir maddi devletler hususi hukuku kuralı yaratmış olmaktadır. Tahkim şartının geçerli olup olmadığı hangi hukuka göre saptanacaktır? Yargıtay bu konuda da yetkili bir hukuk araştırmaktadır. 4 Temmuz 1972 tarihli Hecht kararında<sup>22</sup> tahkim şartını ana sözleşmeden bağımsız olarak ele almış ve uygulanacak hukuk belirtmeden tahkim şartını geçerli saymıştır. Cour de Paris'in 13 Kasım 1975 tarihli aynı yöndeki kararı ise çok açıktır:

"...Yetki itirazını kabul etmek için, akdin esasına.... uygulanacak hukuku araştırmaksızın, milletlerarası nitelikteki akitte bulunan tahkim şartının bağımsız olduğu gözönünde tutularak, **herhangi bir devlet hukukuna atıf yapılmaksızın** bu şartın geçerli olduğunu saptamak yeterlidir"<sup>23</sup>.

Görülüyor ki, Yargıtay milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun çözüm getirebilmek için, Devletin tahkim yoluna gidebilme olanağı, tahkim şartının bağımsızlığı ve tahkim şartının geçerliliği konularında "yaaslar çatışması kuralı" tipinden ayrılmış ve her üç konu da birbirini tamamlayan "maddî devletler hususi hukuku kuralı" yaratmıştır.

19) D. 1963, 545, note J. Robert.

20) R. 1972, 124, note Mezger.

21) Clunet, 1972, 834, note Oppetit.

22) Bkz. (d.n. 21).

23) R. 1976, 507, note Oppetit.