

KARAR İNCELEMELERİ

Türk Mahkeme Kararları

TAŞIMA SÖZLEŞMESİNE UYGULANAN HUKUK*

KARAR

Y. HGK.
E. 1979/1775
K. 1981/563
T. 3.7.1981

Taraflar arasındaki rücuun alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda (İstanbul Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesi)nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 8.5.1978 gün ve 417 - 151 sayılı kararın incelenmesi davacı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi'nin 23.1.1979 gün ve 5536 - 220 sayılı ilâmiyle; "...TTK.nun 766. maddesi gereğince; taşıma akdine, kanunen taşıyıcıya yüklenen sorumlulukların önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların umumi şartnamelere veya buna benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de hüküm böyledir.... Olayda ifa yerinin Türkiye olması ve uyuşmazlığın bir Türk Mahkemesinde çözümlenmesi nedenleri ile Devletin hükümlerlik hakkı icabı amir hükümlere ilişkin Türk Kanunlarının uygulanması gerekir ve mahkeme kararında yer aldığı üzere sigortalının taşıma ilmuhaberini bilâ itiraz alması, davacının hakına etkili olmaz. Bu bakımdan da Alman Genel Nakliyecisi Şartnamesinin, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan hükümlerinin olayda uygulama yeri bulunmadığı halde mahkemece bu şartnameye dayanılarak hüküm tesisi isabetsizdir..." gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda dırenilmiştir.

Duruşmalı temyiz eden : Davacı vekili
Duruşma yapılması için tayin edilen 6.5.1981 Çarşamba günü belli zamanda, temyiz edilen ve duruşma isteyen davacı Aksigorta A.Ş. vekili Av. Murat ile karşı taraf davalı Transhan Ltd. Şti. vekili Av. Sait geldiler. Temyiz dilekçesinin süresinde verilip kaydedildiği incelenerek anlaşıldı.

Hukuk Genel Kurulu'nca gelen taraflar avukatlarının sözlü açıklamaları dinlendikten sonra vaktin yetersizliğinden dolayı işin incelenerek karara bağlanmasının başka güne bırakılması uygun görüldü. Bugün, dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı sigorta şirketi, sigortalısı olan ve gönderilen durumundaki satış sözleşmesinin alıcısı "Rotaş Rot Ticaret ve Sanayi A.Ş."nin, TTK. nun 1301. maddesi gereğince halefi olarak davalı taşıyıcı Alman firması aleyhine işbu rücuun tazminat davasını açmıştır. Taşıma sözleşmesi davalı taşıyıcı ile malların satıcısı olan diğer bir Alman Firması arasında yapılmışsa da satıcı Alman Firması bu sözleşmeyi alıcısı Türk Firması adına (onu temsilen) akdetmiştir. Bu husus dosyadaki taşıma senedinde bulunan "Taşıma ücretinin teslim mahallinde Türk Lirası ile ödeneceği" ve 7.7.1976 günlü satıcı firmanın teklif mektubundaki "Nef'i ve hasarı size ait olmak üzere gönderiyoruz" kayıt ve şartlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda, BK. nun 32. ve 33. maddelerinin hükümleri gereğince, alıcı Türk firmasını temsilen yapılmış işbu taşıma sözleşmesinin ta-

* Karar metni için bkz. YKD 7 (1981) S. 11, 1389 vd.

rafları, iki Alman Firması olmayıp, taşıyıcı Alman Firması ile gönderilen ve taşıtan durumdaki Türk Firmasıdır. Kaldıki, sözleşmenin tarafı olmasa dahi gönderilen olarak ve TTK. nun 791. maddesi hükmü gereğince de, Türk Firmasının ve onun halefi olarak davacı sigorta şirketinin taşıyana karşı yasaca tanınmış dava hakkı mevcuttur. Aktin ifa yeri (Eşyanın teslim yeri) Türkiye olduğuna göre, Devletler Hususi Hukuku kuralları gereğince, olaya ifa yeri (Lex Fori) yasalarının, yani Türk Yasalarının uygulanması gerekmektedir. Esasen bu konularda, taraflar arasında da bir uyuşmazlık yoktur.

Uyuşmazlık, taşıma senedine taşıyıcı davalı firmanın koymuş olduğu "Biz münhasıran, Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesi hükümlerine (ADSP) göre çalışmaktayız" kayıt ve şartından doğmaktadır. Davalı taşıyıcı, bu Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesinin 52/2. maddesi hükmü gereğince, eksik çıkan eşyalardan dolayı, azami 1500 Alman Markı değerini aşmamak üzere kilo başına 1,5 Alman Markı ile ve 52/2. maddesi hükmü gereğince, eksik çıkan eşyalardan dolayı, azami 1500 Alman Markı değerini aşmamak üzere kilo başına 1,5 Alman Markı ile ve sınırlı olarak sorumlu olduğunu savunmaktadır. Oysa yukarıda belirtildiği gibi, ifa yeri (Lex Fori) kanunu olan TTK. nun 766. maddesi hükmüne göre "Taşıma aktinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri Devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mes'uliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumi şartnamelere, tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de hüküm aynıdır." Her ne kadar taşıma demiryolu ile yapılmış ve TTK. nun 764. maddesinde, "Denizde taşıma işleriyle demir ve hava yolları ile taşıma işlerine ve posta idaresine müteallik hususi hükümler saklıdır" hükmü mevcut ise de aynı Yasanın 765. maddesi hükmü gereğince "Taşıyıcı veya taşıma işleri komisyoncusu, üzerine aldığı taşıma işini yukarıki maddede yazılı hususi hükümlere tabi olan bir müesseseye göndermiş olduğu takdirde dahi kanunun kendisine yüklediği mesuliyetin hafifletilmesini veya kaldırılmasını isteyemez."

O halde, olaya ifa yeri (Lex Fori) yasaları uygulanacağına ve ifa yeri kanunu olan TTK. nun 766. maddesi, taşıma sözleşmelerindeki sorumluluğu hafifleten veya kaldırın hükümlerin geçersiz olduğunu belirtmiş bulunmasına ve bu hükmün yorumlayıcı değil uyulması gereken emredici bir hüküm niteliğinde olmasına göre, TTK. nun bu hükmü karşısında, davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesindeki sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersiz ve olayda uygulanma olanağı yoktur.

Bu durumda, davalı taşıyıcı tarafından TTK. nun 781. maddesindeki mesuliyetten kurtaran ve 783. maddesindeki sorumluluğun sınırlandırılmasına imkân veren hususlara dayanılmadığı cihetle, aynı Yasanın 785. maddesi hükmü gereğince noksan çıkan eşyanın tüm bedelinden sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

Davalı Alman Taşıyıcının, Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesindeki sorumluluğu sınırlandırıcı bu hükümlerin geçersiz olduğunu bilse idi bu sözleşmeyi yaparmıydı sorusunu da cevaplandırmak gerekir. BK. nun 20/2. maddesine göre, "Aktin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının, butlanı, akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın aktin yapılamıyacağı maczum bulunduğu takdirde akitler tamamiyle batıl addolunur. "Esasen davalı taşıyıcının böyle bir savunması olmakla birlikte, çünkü davalı hem taşıma sözleşmesinin hem de sorumluluğu sınırlandıran şartname hükümlerinin geçerliliğini ileri sürmektedir. Davalı taşıyıcının Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesinin sorumluluğu sınırlayan hükümlerinin geçersiz sayılabileceğini bile bile bu taşıma sözleşmesini aktettiği anlaşılmaktadır. Zira davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesinin 2/c maddesi aynen şu hükmü taşımaktadır: "Yerel ya da bölgesel özel ticarî adetlerin veya emredici kanun hükmü niteliğini taşımadıkça kanunî hükümlerin Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesinden farklılık göstermesi halinde şartname hükümlerinin önceliği vardır." Bu maddeden anlaşılmaktadır ki (Kaldı ki şartnamede olmasa dahi yerel emredici yasal hükümlerin uygulanması gerekir) yerel emredici hükümler karşısında Alman Taşıyıcı Ge-

nel Şartnamesindeki kayıt ve şartlar geçersiz kalmaktadır. Davalı taşıyıcı bu şartnameye dayandığına ve bu şartnamenin yukarıda anılan maddesi yerel emredici hükümlerin uygulanacağı kaydını taşıdığına göre, davalı Alman Taşıyıcısının şartnamesindeki sorumluluğu sınırlandırıcı hükümlerin, eşyanın gönderildiği herhangi bir memleket hukuku tarafından geçersiz sayılabileceğini bile bile taşıma sözleşmesini aktettiğinin ve bunun sonucu olarak taşıma sözleşmesinin tümünün değil, ancak sorumluluğu sınırlandırıcı hükmün geçersiz sayılması gerektiğinin kabulü gerekmektedir.

Yukarıda yazılı nedenlerle Hukuk Genel Kurulun'ca benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç : Davacı vekili Av. Murat'ın temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve özel daire bozma kararında gösterilen sebeplerden dolayı HUMK. nun 429. maddesi gereğince (BOZULMASINA), davacı sigorta lehine takdir olunan 1.400 lira avukatlık ücretinin davalı şirketten alınarak davacıya verilmesine, 27.5.1981 gününde yapılan ilk görüşmede, çoğunluk sağlanamadığından 3.7.1981 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, TTK.nun 1301. maddesi hükmüne dayanan rüçûan tahsil istemine ilişkin bulunmaktadır.

Davacı sigorta şirketi, dava dışı (Rotaş Rot A. Şirketi)nin, yine dava dışı Almanya'daki (Techno Export Und'Handels) Firması'ndan satın aldığı otomobil yedek parçalarının Türkiye'ye taşınması sırasında uğrayacağı ziyan ve hasarlara karşı sigorta etmiş bulunmaktadır. Davalı taşıyıcı (Militzen Und' Münch-Gmbh) İşletmesi, söz konusu yedek parçaları eksik teslim ettiği için, davacı sigorta şirketi, kendi sigortalısı ve malların gönderileni (alıcı) Rotaş Rot Ticaret ve Sanayii A. Şirketi'ne, eksik çıkan sigortalı yedek parçaların bedellerini tazmin etmiştir. Davacı sigorta şirketi alıcı Rotaş A. Şirketinin (hâlefi) olarak davalı taşıyıcıya rüçû etmektedir.

Uyuşmazlığın esasının anlaşılabilmesi için taraflar ile dava dışı alıcı ve satıcı arasındaki hukuki ilişkinin iyice tesbiti zorunludur. Şöyleki:

"Alım - Satım" anlaşmasının tarafları dava dışı alıcı Türk (Rotaş Ticaret ve Sanayii A.) Şirketi ile yine dava dışı satıcı Alman (Techno Export Und' Handels Gmbh) Firmasıdır. Alım satım akdi vesikalı ve gayri-kabil rüçû akreditif esaslarına göre vücut bulmuştur.

Dava dışı satıcı Alman Firması (T. Export Und'Handels), kendi âkidi ve alıcısı Türk Firması (Rotaş A.Ş.)nin emir ve talimatı üzerine ve tam anlamı ile onun ticari bir mümessili sıfatıyla satış konusu malları Türkiye'ye taşımak üzere davalı ile bir "taşıma sözleşmesi" düzenlemiştir. Davalı taşıyıcı bu taşıma sözleşmesini düzenlerken, taşıma sırasında meydana gelen ziya ve hasarlardan doğan sorumluluğuna esas olarak, (Alman Nakliyeciler Birliği Genel Şartnamesi) hükümlerinin, beher koli için öngördüğü (1.500) DÇ. Markı azâmî sınır olarak kabul etmiş ve ondan fazla bir sorumluluğu üstlenmemiş bulunmaktadır. Ekseriyet kararında da, özel daire kararının benimsendiği belirtildiğine ve dava dosyası muhtevassından da anlaşıldığı üzere, bu şekil ve şartlar içerisinde düzenlenmiş olan (taşıma sözleşmesi) henüz taşıma işi başlamadan çok önce "Ticari mümessil" durumuna giren (Techno - Export Und' Handels) Firması tarafından kendi müvekkili durumunda olan dava dışı) Rotaş Rot Ticaret ve Sanayii A. Şirketi)ne gönderilmiş ve adı geçen bu şirket sınırlı taşıma sorumluluğunu ihtiva eden sözleşme şartlarını gördüğü ve diğer bir deyişle taşıma sözleşmesi'nin bütün unsur ve şartlarına ıttılâ kesbettiği halde, taşıma ilmühaberini bilâ itiraz ve aynen kabul ederek akte icâzet vermiş bulunmaktadır. Dava dışı ve satıcı durumundaki Alman (T. Export Und' Handels) Firması ile dava dışı alıcı Türk (Rotaş Rot Ticaret ve Sanayii A. Şirketi) arasında, BK. nun 32. maddesine uygun bir şekilde "doğrudan doğruya temsil" ilişkisi vücut bulmuş bulunmaktadır. Bu durumda, dava dışı, alıcı ve sigortalı malın sahibi olan (Rotaş Rot Ticaret ve Sanayii A. Şirketi)nin kendi ticari mümessili durumundaki satıcı Alman (T. Ex-

port Und' Handels) Firması'na derhal, (... Ben bu şekilde sorumluluğu kısıtlayan taşıma sözleşmesini kabul etmem, gerçek zararı tazmin etme esasına göre yeni bir sözleşme yap...) demesi ve bu yolda talimat vermesi, TTK.nun 20. maddesinde öngörülen "bâsiretli tacir olmanın" bir icabı idi, alıcı kendisinden beklenen bu bâsireti göstermemiştir ve bu nedenle meydana gelen zararın sonucuna katlanması icap eder. TTK. nun 1. maddesi hükmünün atfı nedeniyle BK. nun 32/f. 1'de yer alan; (Salâhiyettar mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan akdin alacak ve borçları o kimseye intikal eder.) hükmü gereğince söz konusu taşıma sözleşmesinden doğan bli'umûm hak ve borçlar dava dışı müvekkil (alıcı) Roşat Rot Ticaret ve Sanayii A. Şirketi'ne aittir. Çünkü, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana geçer. Bu dava ile ilgili olarak Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan iki müzakere esnasında yaptığım konuşmalarda da etraflıca belirttiğim veçhile, doktrin de aynı doğrultudadır. (Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku, 4. Bası İst. 1979 Sh. 152-153, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku C. I. Genel Hükmümler, İst. 1972, Sh. 251-253, Prof. Dr. Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Ticari Mümessiller ve Ticari Vekiller, Halil Arslanlıya Armağan, İst. 1978, Sh. 407-443.)

Dava konusu olayda davacı sigorat şirketinin davalı taşıyıcıya (hâlefiyet) yoluyla (TTK. m. 1301 göre) rücu edebilmesi için, kendi âkidi ve sigortalısı bulunan ve olayda hem (alıcı) ve hem de (gönderilen) sıfatını taşıyan (Rotaş Rot Ticaret ve Sanayii A. Şirketi)'nin, davalı taşıyıcıdan meydana gelen zarardan doğan dava ve diğer bir deyişle, (tazminat talep edebilme) hakkının bulunması şarttır. Davacı sigorta şirketinin, kendi sigortalısının yerine (kâim olabilmesi), ancak bu şartın varlığı halinde mümkündür. Başka bir deyişle, sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı (dava hakkı) varsa, bu hak, tazmin ettiği bedel nisbetinde sigortacıya intikâl eder. Hâlefiyetin anlamı budur. Olayda ise, dava dışı sigortalı (Rotaş Rot Ticaret ve Sanayii A. Şirketi)'nin davalı taşıyıcıdan talep edebileceği tazminat miktarı ancak, (Alman Nak-

liyeciler Birliği Genel Şartnamesi)nin 51/b. 2'de öngörülen beher koli başına (1.500) Alman Markı ile sınırlıdır ve bu sınırın dışında hiç bir tazminat talep hakkı yoktur. Mahalli mahkeme de, tamamen bu görüşe uygun olarak hüküm tesis etmiş bulunmaktadır.

Olayda, BK. nun 32/f. 1 hükmüne tevfi-kan (doğrudan doğruya temsil) ilişkisinin varlığının ve bu nedenle de davalı taşıyıcının, mümessilin yaptığı taşıma sözleşmesinden dolayı sınırlı bir sorumluluk altına girmiş bulunduğu, kabul edilmemesi hali, hak ve adalete de aykırı bir sonucu ortaya çıkarır. Taşıyıcı, şayet, kendisi ile taşıma sözleşmesi yapan ticari mümessilin (T. Export Und' Handels), yaptığı bu sözleşmenin müvekkili (Rotaş Rot Ticaret ve Sanayii A. Şirketi)'ni ilzâm etmiyeceğini, diğer bir deyişle, kendisinin sorumluluğunun (Alman Nakliyeciler Birliği Genel Şartnamesi) sınırları dışına çıkacağını ve tam tazminatla sorumlu olacağını bilse idi, hiç şüphesizki, ya hiç taşıma sözleşmesini yapmayacak veya taşıma işini daha çok bir para (ücret) karşılığında yapacaktı. O, bu taşıma işine başladığı zaman, (gönderilen ve malın alıcısı olan) Rotaş Rot Ticaret Sanayi A. Şirketi'nin anlaşmanın eki olan (Alman Nakliyeciler Birliği Genel Şartnamesi)ni görüp münderecatına ittila kesbettiğini ve buna rağmen kendi mümessilinin yaptığı böyle bir taşıma sözleşmesini hemen fesh etmiyerek onu aynen kabul ettiğini nazarı itibara alarak bu taşıma işine girişmiş bulunmaktadır. Aksini düşünmek, hak ve adalet duygularını zedeler ve ayrıca Medeni Kanunun ikinci maddesinde yer alan ve her zaman re'sen nazarı itibare alınması mümkün bulunan "objektif iyiniyet" kurallarına aykırı düşer. Kaldı ki yapılan taşıma akdi kanunun amir hükümlerine de aykırı değildir. Her iki tarafın serbest iradesiyle vücut bulmuştur. Taşıma işleminin % 99'luk bölümü, yurt dışında oluşmuştur. Akdin ifa yerinin tamamen Türkiye olduğu kabul edilemez. Diğer bir deyişle, olayda TTK. nun —ekseriyet kararında dayanılan— hükümleri uygulanamaz, taşıma akdine dayanarak yapılan (Alman Nakliyeciler Birliği Genel Şartnamesi) hükümleri uygulanır.

Dava Dışı alıcı ve gönderilen (Rotaş Rot

Ticaret ve Sanayi A. Şirketi), mümessili durumunda olan Alman Techno Export Und' Handels) Firmasının kendisine gönderdiği (Alman Nakliyeciler Birliği Genel Şartnamesi)'nde yer alan sınırlı sorumluluk şartını görüp —münderecatına vakıf olmasına rağmen, bu belgeleri de ibraz etmek suretiyle— Akbank nezdinde (Vesikalı akreditif) açtırmış ve mal bedelini de diğer bütün belgelerle birlikte muhabir bankaya göndererek ithalatı gerçekleştirmiş bulunmaktadır. Aksine davranış, MK. m. 2'ye aykırıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı sigorta şirketinin temyiz isteğinin reddiyle mahalli mahkeme kararının onanması oyundadır.

NOT :

Türk hukukunda taşıma sözleşmesine uygulanan hukuk konusunda açık bir kural bulunmamaktadır. 1982 tarihinden önce bir milletlerarası özel hukuk kodu ve olaya ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, 22.11.1982 de yürürlüğe giren Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da¹ (MÖHUK) da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda taşıma sözleşmesi de, diğer sözleşmelerle birlikte, borç sözleşmelerine ilişkin genel bağlama kuralının kapsamı içindedir. Türk hukukunda sözleşmeler alanında bağlama kuralı, taraflar başka bir hukukun uygulanması konusunda anlaşmamış iseler "karakteristik edimin ifa yeri" olarak kabul edilir. Doktrinde² ileri sürülen bu bağlama kuralı MÖHUK'la kanunlaşmıştır (m. 24).

YHGK 3.7.1981 tarihli kararında davacı Aksigorta ile taşıyıcı Alman firması arasındaki rücu tazminat davasında, taşıma sözleşmesine karakteristik edimin "ifa yeri" hukuku olan Türk hukukunu uygulamıştır. İfa yeri hukuku olarak uygulanan TK 766'da yer alan ve taşıma akdinde sorumluluğun hafifletilmesi ve kaldırılmasına ait şartların hükümsüzlüğünü öngören maddenin emredici niteliğine dayanan YHGK, taşıma senedinde, taşıyıcı Alman firmasının koymuş bulunduğu ADSp. hükümlerinin uygulanacağı hakkındaki şartı ve özellikle sorumluluğu tahdit eden ADSp Art. 52/II yi uygulamamıştır.

Olay hakkında muhakeme safhalarında verilen kararlar ve gerekçelerini tek tek ele alırsak kuralın uygulanmasındaki farklı bakış açısı ve eksiklikler daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, aşağıda ilk önce Asliye Ticaret Mahkemesinin, Y11. HD.'nin ve YHGK'nun kararlarına ilişkin gerekçeler tesbit edilecek, sonra genel bir değerlendirme yapılacaktır. Son olarak da, eğer karar safhasında 1982 tarihli MÖHUK meri bulunmuş ve m. 24 uygulanmış olsaydı nasıl bir sonuç alınabilirdi sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

1. Asliye Ticaret Mahkemesinin rücu tazminat davasını kısmen kabulünün gerekçesi Rotaş Rot A.Ş.'nin ADSp'yi havi taşıma senedini **itirazsız** kabul etmiş bulunmasıdır.

2. Y11.HD ise TK m. 766'ya dayanarak taşıyıcı Alman firmanın sorumluluğunu önceden hafifletmeyeceğine ve sigortalının taşıma senedini itirazsız kabulünün davacının hakkını etkilemeyeceğine karar vermiştir. Özel Daire, kararında, haklı olarak Türkiyenin "ifa yeri" olduğunu belirlemiş, fakat, uyuşmazlığın bir Türk mahkemesinde çözümlendiğini ve hakim bu sebeple kendi maddi hukukunun emredici hükümlerini uygulaması gerektiğini ve bunun devletin hükümlerlik hakkı gereği olduğunu söyleyerek hiç bir şekilde paylaşılacak bir gerekçe vermiştir. Çünkü, ikinci gerekçenin kabulü, içinde yabancı unsur bulursa bile her davada milletlerarası özel hukuk hükümleri nazara alınmadan Türk maddi hukukunun emredici hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurur.

3. Genel Kurul kararında, bir yandan TK m. 766 ncı emredici bir kural olduğu ve uygulanmasının zorunlu bulunduğu hakkındaki Y11.HD'nin gerekçesini benimsemiş; diğer yandan, ADSp Art. 2/c'ye dayanarak "mahalli" emredici kanun hükmü niteliğinde gördüğü TK m. 766'yı uygulamıştır. Şurası hemen belirtmelidir ki ADSp Art. 2/c.'de mahalli ticari adetlere ve emredici kanun hükümlerine atıf yapılmaktadır. Şu halde "mahalli" kelimesi kanun hükümleri için sevk

1) 20.5.1982 tarihli ve 2675 SK. hakkında bkz. RG. 22.5.1982-17701.

2) Bkz. TEKİNALP, G. Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul 1981, 247.

edilmemiştir. ADSp Art. 2c'deki "emredici kanun hükümleri" ifadesinin yorumu, diğer bir deyişle hangi emredici kuralların kastedildiğinin tespiti bizi doğru sonuca götürecektir.

4. Karşı oy yazısında ise Rotaş Rot A.Ş. ile satıcı firma arasındaki temsili ilişkisi vurgulanmıştır. Taşıma Sözleşmesi Rotaş Rot A.Ş. adına ve onu temsilen satıcı firma ile taşıyıcı firma arasında yapılmıştır. Temsilcinin yaptığı taşıma sözleşmesinde mevcut bulunan ADSp'nin uygulanacağı şartı, temsil ilişkisi gereği alıcı firmayı ve onun haklarına sahip bulunan sigorta firmasını bağlar ve Aksigorta, Rotaş Rot A.Ş.'den (alıcı firma) fazla hakka sahip olamaz. Karşı oy yazısında yer alan bu görüş yerindedir. Fakat ifa yerinin tamamen Türkiye olmadığı şeklindeki iddia ise dayanaklı mahrumdur.

5. Mahkeme safhalarında verilen gerekçeler değerlendirilince şu noktalar tesbit edilebilir:

a — Gerek Y11. HD. ve YHGK. nun ve gerek karşı oy yazısının doğru yanları bulunmakla beraber hatalı yanları da bulunmaktadır. İlk olarak YHGK vardığı sonucu ele alarak şunları söyleyebiliriz: YHGK, karşı oy yazısında ortaya konan temsil ilişkisinin varlığını kabul etmiştir. Fakat, temsilcinin yaptığı sözleşme hükümleri hakkında milletlerarası özel hukuk yönetimine göre değerlendirme yapmamıştır. Buna bağlı olarak da uygulanacak hukuk yanlış tesbit edilmiştir.

Milletlerarası özel hukukta, borç ilişkilerinde (olaydaki gibi) uygulanacak hukuk tesbit edilirken tarafların hukuki ilişkilerinin tabii olacağı hukuku seçip seçmedikleri gözönünde tutulur. Eğer böyle bir seçim söz konusu ise ilişkiye o hukuk uygulanır. Olayda Rotaş A.Ş.'nin temsilcisi ve aynı zamanda satıcı durumunda olan Techno Export GmbH ile taşıyıcı firma (Militzen und Münch GmbH) arasında bir taşıma sözleşmesi yapılmıştır. Bu sözleşmedeki maddelerden biri de ADSp'nin uygulanacağıdır. Bu şartı havi taşıma sözleşmesi temsil olunan tarafından itirazsız kabul edilmiştir. Milletlerarası özel hukukta seçilen hukuk emredici ve tamamlayıcı bütün hükümler ile ilişkiye hakim olur. Tamamlayıcı hü-

kümler konusunda taraflar aynen iç hukukta olduğu gibi farklı düzenlemeler yapabilirler.

Olayda, taşıma sözleşmesi ile ilgili açık bir hukuk seçiminin varlığından bahsedilemez. Ama ADSp'nin uygulanacağı konusundaki şart, alman hukukunun zımnî³ olarak seçildiğini göstermektedir. Çünkü, ADSp Art. 65/c bu konuda açık bir kural getirmektedir ki bu kural taraflarca ileri sürülmemiş ve kararda da anılmamıştır. Taşıma ücretinin teslim yerinde Türk lirası ile ödeneceği şeklindeki şart ise tek başına Türk hukukunun seçildiği hakkında bir yoruma imkân vermez. Sadece tarafların hangi para ile ödeme yapılacağı konusunda anlaşmalarını gösterir.

Gerek bidayet mahkemesinde, gerek yüksek mahkeme safhalarında uygulanacak hukuk tesbit edilirken, hukuk seçimine ilişkin araştırma yapılmamıştır. Karşı taraf iddiasında ve karşı oy yazısında da buna ilişkin hiç bir iddiaya rastlanmamaktadır. Yargıtay bu çeşit bir değerlendirme yapmadan, doğrudan doğruya Türk hukukunda, taşıma sözleşmelerine uygulanan hukuku tespit eden bağlama kuralına göre; taşıma sözleşmesindeki karakteristik edimin ifa yeri olan Türk hukukunu uygulamıştır.

Yargıtay Özel Dairesi ve Genel Kurulu ifa yeri konusundaki görüşünü açıklıkla ortaya koymuştur. Oysa karşı oy yazısında ifa yerinin tesbitinde farklı bir görüş ortaya atılmıştır, ki doğru değildir. Akdın meydana geldiği yer ve ifa yerleri farklı olabilir. Bir hukuk sisteminde meydana geliş yeri veya ifa yerine bağlama noktası olarak ağırlık verilebilir. Türk hukukunda ifa yerine ağırlık verilmekte ve akdın hem meydana geliş ve hem de hükümlerine "ifa yeri hukuku" bağlama kuralı olarak uygulanmaktadır. Karşı oy yazısında bu nokta gözden kaçırılmıştır.

Bütün bunlara rağmen taşıma sözleşmesinde mevcut ADSp şartı ve onun 65. maddesinin ifa yerini de başka biçimde tanımladığını ve seçilen hukuk hükmü olması sebebi ile bu tanıma da uymak zorunluluğu bulunduğu da ayrıca ifade edilmelidir. Karşı oy yazısında,

3) *Hukuk seçimi hakkında bkz; TEKİNALP, G. (dn. 2) 246; Y. 11, HD. 5.4.1979 1512/1978 (YKD. 1981, 59 vd.)*

bu husustan da bahsedilmeyerek akdin %99' luk kısmı yabancı memlekete olmuştur. Bu sebeple de ifa yeri olan Türk hukuku uygulanmamalı ADSp'nin hükümleri uygulanmalı denilmiştir.

Oysa ki bütün bu gerekçeler yerine ADSp ve Alman hukukunun seçilen hukuk olduğu taşıma senedinde uygulanması şart koşulan ADSp Art. 65/c'ye dayanılarak göylenebilirdi. Diğer yandan ADSp. Art. 65/a'ya göre, ifa yerinin taşıyıcının işyeri olduğu da ileri sürülebilirdi.

b. Yukarıdaki açıklamalar uygulanacak hukukun Alman hukuku olduğunu ortaya koymaktadır. Yargıtay hukuk seçimi hususunu araştırmadan sorumluluk konusunda ADSp Art. 2'nin yaptığı atfa dayanarak TK m. 766 hükümünü uygulamış ve sorumluluğun sınırlanamıyacağına karar vermiştir. Oysaki zımnî hukuk seçimi gereğince taşıma sözleşmesinin tabi olduğu hukuk ADSp Art. 65 uyarınca Alman hukukudur. ADSp Art. 2/c ise zaten olsa olsa Alman hukukundaki emredici kurallara atıf yapmaktadır. Çünkü hukuk seçiminde yukarıda da belirtildiği gibi seçilen hukuk, bütün hükümleri ile ilişkiye uygulanır. Alman Ticaret Kanununda ise TK m. 766'ya eş bir kural bulunmamaktadır. Bu durumda TK m. 766'nun emredici niteliği onun uygulanmasına gerekçe olamaz.

6. 1982 tarihli "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun"un 24. maddesi hükmü karşısında kararın değerlendirilmesi yapılırsa şu sonuca varılır. MÖHUK m. 24'de taraflara borç ilişkileri alanında uygulanacak hukuku "açık" olarak seçmek imkanı verilmiştir. Eğer sözkonusu ihtilaf hakkında kanun yürürlüğe girdikten sonra karar vermek gerekseydi, MÖHUK m. 24'te düzenlenen hukuk seçiminin "açık" şekilde yapılmasının öngörülmesi sebebi ile, Türk hakimince hukuk seçiminin gözönünde tutulmasına gerek kalmıyacaktı. Çünkü olayda açık değil, zımnî (kapalı) bir hukuk seçiminden bahsedilebilir.

MÖHUK m. 24 karşısında YHGK. nun zımnî seçimi nazara almayarak, Türk hukukunu, karakteristik edimin ifa yeri hukuku olarak uygulanması doğru olurdu. Fakat bu durumda da artık ADSp. Art 2/c'nin, TK m. 766'nın uygulanma gerekçesi olarak verilmesine zaten ihtiyaç kalmadı. Çünkü milletlerarası özel hukukta, borç ilişkileri alanında, hukuk seçimi yok ise, objektif bağlama kuralına göre uygulanması gereken hukuk, tamamlayıcı ve emredici hükümleri ile sözleşmeye uygulanır. Taraflar, tamamlayıcı kuralları değiştirseler bile TK m. 766 emredici bir hukuk kuralı olduğuna göre uygulanması kendi niteliğine dayanırdı.

Prof. Dr. Gülören TEKİNALP