

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK'UNDA "ATIF" PRENSİBİ'NİN UYGULANMASI

Prof Dr. Aysel ÇELİKEL*

22 Kasım 1982'de yürürlüğe giren Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖH-UK) m.2/III'de yabancı unsur taşıyan her çeşit hukuki ihtilafta uygulanmak üzere yeni bir hüküm getirmiştir¹. Hükme göre.

"Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır".

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun uygulama alanına giren davalarda bu hükmün kapsamı ve doğuracağı sonuçları tespit etmek hukukçularımız ve uygulayıcılarımız için büyük önem taşımaktadır. Söz konusu hüküm, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun, yalnız iç maddi hükümler olarak değil, aynı zamanda Milletlerarası özel Hukuk kuralları da dahil olarak bir bütün halinde nazara alınmasını ve uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Hakim önüne gelen meselede yetkili hukuku tespit ettikten sonra bu hukukun iç maddi hukuk kurallarını olduğu kadar (MÖH-UK m. 2/1) Milletlerarası Özel Hukuk kurallarını da resen tespit ve uygulama durumundadır. Yetkili yabancı hukukun Milletlerarası Özel Hukuk kuralları derdest olan konuda başka bir bağlama noktasına dayalı bir Milletlerarası Özel Hukuk kuralı getirdiği takdirde, mesele bu yeni bağlama kuralının gösterdiği kanuna göre çözülecek demektir. Bir örnekle açıklamak gerekirse Türkiye'de ikametgah sahibi olan İngiliz karının kocası aleyhine Türk mahkemesinde açtığı boşan-

ma davasında, hakim MÖH-UK m. 13/1 gereğince müşterek milli hukuk olan İngiliz hukukunu uygulayacaktır. İkinci maddenin üçüncü fıkrası gereğince hakim İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarını da nazara almak durumundadır. İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları boşanma konusunda ikametgah hukuku esasını kabul ettiği için Türk hakimi ikametgah hukukunu uygulayarak davayı sonuçlandıracaktır. Örnekte ikametgah Türkiye'de olduğundan Türk Medeni Kanunu uygulanacaktır. İkametgah üçüncü bir devlet ülkesinde olduğu takdirde bu devletin iç maddi hukuku yetkili olacaktır.

Yetkili yabancı hukukun yaptığı atfın kabul edilmesi demek olan bu sistem Türk hukukuna 2675 sayılı MÖH-UK ile genel bir kural olarak girmiş bulunmaktadır. Bu incelemede, prensibin uygulanmasının leh ve aleyhinde söylenebilecek olan hususlar, üzerinde durmayacağız. Atıf prensibinin kanunda kabul edilmiş olan şekli açısından kapsamı ve ne gibi sonuçlar doğuracağı üzerinde duracağız.

Yetkili yabancı kanunlar ihtilafı sistemi derdest olan ihtilaf konusunda Türk hukukunu yetkili gördüğü takdirde, Türk huku-

* İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Hukusu Hukuku Öğretim Üyesi.

1) MÖH-UK m 2/III de kabul edilmiş olan bu hükümden evvel Türk Ticaret Kanunu atıf prensibini 678 inci maddesinde polıce taahhüdüne ehliyet konusunda kabul etmiş, aynı esasın çek ve bonolar hakkında uygulanmasını bildirmiştir (m 690, 730)

kuna geriye atıf sözkonusudur. Davada yabancı hukuku uygulamak durumunda olan hakim, atıf sayesinde bu defa Türk iç maddi hukukunu uygulayacaktır. Bunun ihtilafın çözümünde basitlik ve hakime kolaylık sağlayacağından şüphe yoktur. Atıf prensibine karşı doktrinde yapılan eleştirilere rağmen, bütün atfın hakime sağladığı basitlik ve kolaylık prensibin bu şekli ile Mukayeseli Milletlerarası Özel Hukukta genellikle kabulüne sebep olmuştur.

MÖH-UK m. 2/III de kabul eden prensip yalnız geriye atıf türünü değil, fakat devam eden atıf veya üçüncü bir devletin hukukuna atıf denilebilen atıf türünü de içine almaktadır. Fıkra "..... başka bir hukuku yetkili kılması" esasını kabul ettiğine göre, başka bir hukuk, hakimin hukuku olabildiği gibi üçüncü bir devlet hukuku da olabilecek demektir. Yukarıdaki örneğe tekrar dönersek İngiliz karı kocanın ikametgahları Fransa'da olduğu takdirde Türk hakimi bu defa Fransız boşanma hukukunu tespit ederek olaya uygulayacaktır. Bu ikinci atıf türünde hakim Türk hukukunun dışında iki yabancı hukuku incelemek zorunda bulunmaktadır. Evvela İngiliz hukukunu, kanunlar ihtilafı sistemi de dahil olmak üzere inceleyecek, İngiliz kanunları ihtilafı sistemi üçüncü bir devlet hukukuna (örnekte Fransız hukuku) atıf yaptığı takdirde bu hukuku da tayin ve tespit edecektir. Bunun hakim için oldukça güç bir iş olduğu açıktır. Ayrıca hak aramanın uzaması ve gecikmesinin de ayrı bir nedeni olacaktır. Yabancı hukukun tayininde hakimin tarafların yardımını isteyebilmesi, bu mahzurun kısmen ortadan kaldırılmasını sağlayacağı unutulmamalıdır.

Açıklamalar, Türk hakiminin önüne gelen yabancılık unsuru taşıyan ihtilafın kanun seçiminin, Türk kanunlar ihtilafı kuralları ve bu kuralların ana kaynağı olan MÖH-UK'u uygulamakla bitmeyeceğini göstermektedir. Sistemimizde kabul edilmiş bulunan "atıf" prensibi nedeniyle, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının aynı konuda lex fori'ye veya başka bir devletin hukukuna atıf yapmış olup olmadığının tetkik edilmesi gerekmektedir. Genellikle iç hukuk ilişkilerinden doğan ihtilafları

çözmek, durumunda olan hakimlerimiz, yabancı unsurlu ihtilaflarda işin özelliği nedeniyle değişik bir metod izleyecek ve ilaveten, atıf prensibi gereğince de yepyeni ve oldukça zor bir kuralı uygulamak durumunda bulunacaktır.

MÖH-UK m. 2/III'ün getirdiği kural, yapılan atıfların uzamasını önlemek ve atıf yapılan hukukların konuyu karşılıklı olarak birbirlerine veya ilgili diğer hukuklara göndermelerini önlemek için bir tedbir getirmiştir. Bu tedbir atıf yapılan hukukun iç maddi hukukunun uygulanmasının kabul edilmesi ile getirilmiştir. Bu esas atıfların devam eder şekilde uzamasını önlemiş ve atıf prensibine bu konuda yapılmış olan önemli bir tenkidi de ortadan kaldırmıştır.

Atıf prensibi çeşitli hukuk sistemlerinde belirli amaçlarla ve genellikle kabul edilmiştir. En yaygın uygulama alanı bulan Amerikan, İngiliz ve Alman hukukunda genel bir prensip olarak değil, belirli konulara hasredilmiş şekilde kabul edilmiştir. Alman hukukunda (EGBGB m. 27)nde medeni hakları kullanma ehliyeti, evlenmenin maddi şartları, mal rejimleri, boşanma ve miras hukukuna ait konularda yalnız hakimin hukukun yapılan atıf kabul edilmiştir. İngiliz ve Amerikan hukuklarında şahsi statüye bağlı ilişkiler için genellikle bu işlemin geçerliğini veya gerekli olan menfaatleri korumak için başvurulmuştur. Amerikan, İngiliz ve Kanada hukukçuları uygulamada ve doktrinde atfın bu hukuklarda genel bir uygulama biçimi olmadığını bildirmektedirler². Belirli bir kanuna bağlanmış yazılı kanunlar ihtilafı kuralı olmayan ve çoğunlukla Case Law esasına dayalı bu hukuklarda, atfın mahkemelerce her olayın özelliğine ve amaçlanan çıkarlar doğrultusunda kabul edilmesi, atfın Milletlerarası Özel Hukukta kabul nedenine uygundur. Ancak, bu şekilde atfın her olaya göre belirli prensipler içerisinde kabul edilip red edilmesi Anglo-Amerikan hukuk sisteminin gereğidir. Sistem buna imkan vermektedir.

2) DICEY-MORRIS, *The Conflict of Laws*, 1980, 74. CASTEL *Canadian Conflict of Laws*, Toronto, 1975, 53.

Kontinental hukuk sistemlerinde yazılı kanunlar ihtilafı kurallarının bulunması, son yıllarda kabul edilen Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında atfın özel hükümlerle düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Aşağıda inceleneceği gibi, yeni Milletlerarası Özel Hukuk Kanunları ve bu konudaki en son tasarılar atfı esas olarak kabul etmişlerdir. 1979 tarihinde yürürlüğe giren Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu³ hem hakim hukukuna hemde üçüncü bir devlet hukukuna yapılan atfı kabul etmiştir (m. 5). Alman Milletlerarası Özel Hukuk tasarısı⁴, yalnız Alman hukukuna geriye atıfta bulunma halini kabul etmiş (m. 4) ve buna da iki istisna getirmiştir. Bunlar; 1) tarafların bir hukuk seçme imkanı olan konularda atfı prensibinin uygulanmayacağı 2) yabancı hukukun maddi hükümlerine atıfa bulunulduğu takdirde uygulanacak hukukun Milletlerarası Özel Hukuk hükümlerinin nazara alınmayacağıdır. Netice olarak Federal Meclise kanunlaşmak üzere sevk edilmiş olan Alman tasarısı yalnız Alman kanunlarına atfı halini ve bazı sınırlara tabi tutarak kabul etmiştir.

İsviçre 1982 Milletlerarası Özel Hukuk tasarısında⁵, şahsın hukuku ve aile hukuku ilişkilerinde İsviçre hukukuna yapılan atfın kabul edileceği hükme bağlanmıştır. (m. 13/I). Ancak tasarının açıkça öngördüğü birkaç konuda her iki atfı türünü kabul etmiştir. Bu uygulamaya bir kaç konuya münhasırdır. Esas olarak geriye atfı, o da ancak şahsın hukuku ve aile hukuku ilişkileri için kabul edilmiştir.

1983 tarihinde Yugoslav hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk ilişkileri hakkında kabul edilmiş olan Kanun⁶ m. 6'da yalnız Yugoslav hukukuna yapılan atıfların kabul edileceğini bildirmektedir. Aynı prensip 1979 tarihli Macaristan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu⁷ § 4'de yer almıştır.

Görülüyor ki atfı prensibi İngiliz, Amerikan ve Kanada hukuklarında belirli hukuki ilişkiler için ve belirli menfaatleri korumak amacı ile hakim takdirine göre uygulanırken, Alman Hukukunda ve son Alman Milletlerarası Özel Hukuk Tasarısında ve sosyalist hukuk sistemini kabul etmiş olan

yeni iki Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda lex fori'ye atfı hali kabul edilmiştir. Hatta Tasarıda geriye atfı hali yalnız belirli ilişkiler için ve belirli sınırlar içinde benimsenmiştir. 1982 İsviçre tasarısı da geriye atfı kaideten aile hukuku ve şahsın hukuku alanına giren ilişkiler için kabul etmiştir. Son kodifikasyonlardan yalnız Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda atfı her iki şekli ile de kabul edilmiştir.

Türk Milletlerarası Özel Hukuk sisteminde atfı prensibinin kabulü esas olarak mukayeseli hukuktaki temayüle uygunluk arz etmektedir. Ancak hangi tür atfın kabul edileceği veya atfın hangi hukuki ilişkiler için nazara alınacağı konusunda fark vardır. Türk sisteminde MÖH-UK m. 2/III'e göre atfı uygulayıp uygulamamak hakim takdirine bırakılmamıştır. Hem hakim hukukuna, hem de üçüncü devletin hukukuna yapılan atfı kabul edilmiştir. Ayrıca atfı yalnız şahsın hukuku ve aile hukuku ilişkileri için değil, her çeşit ilişki için uygulanmak durumundadır. Yalnız taraflara kanun seçimi hakkı verilmiş olan konularda (sözleşmeler) ve taşınmaz mallar üzerinde aynı haklarla ilgili ihtilaflarda uygulama alanı bulmaması ilişkilerin niteliği gereğidir. Tarafların yaptıkları sözleşmenin belirli bir kanuna tabi olmasını kararlaştırmış olmaları halinde atfın uygulanmaması esasen doktrinde kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak tarafların açık bir kanun seçimi yapmadıkları durumlarda yetkili kanunun yaptığı atıfların kabul edilip edilmeyeceği üzerinde düşünülmelidir. Taraflar sözleşme yaparken hangi hukuki statü içinde bulduklarını bilmek isterler. Bu özellikle ticari ilişkilerde güvenlik sağlar. Tarafların sözleşmeye girerken düşünmedikleri bir kanuna tabi olmayı arzu etmedikleri açıktır. Atfı prensibinin uygulanması nedeniyle yeni bazı hukukların

3) *RobelsZ.* 43 (1979), 375.

4) *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, (IRRAX) 5/83, 254.

5) *BOTSCHAFT, Zum Bundesgesetz Über das Internationale Privatrechts (IPR-Gesetz) on 10.11.1982.*

6) *Rev Crit.* 1983, 554.

7) *Rev Crit.* 1981, 161.

devreye girmesi tarafların beklentilerine uymaz. Atfın genellikle kabul edildiği aile hukuku ve şahsın hukuku alanına giren ilişkilerin niteliği, taraf çıkarlarının çarpıştığı milletlerarası unsurlu akitlerin niteliğine uymaz. Atfı yalnız hakimin hukukuna yapılan şekli ile ve yukarıda belirtilen konularda sınırlı olarak kabul etmenin Türk Milletlerarası Özel Hukuku açısından daha yerinde olduğu düşünülmelidir.

Atfı uygulaması bazı hallerde tarafların amaçlarına ve o muameleden beklediklerine uygun sonuçlar verebilir. Örneğin şekil açısından geçersiz olduğu iddia edilen bir ev-

lenmenin geçerliğini sağlamak için atfı esasına başvurulabilir. Ayrıca yetkili yabancı hukukun iç maddi hükümleri yalnız o ülkede ikamet edenler veya oturanlar veya o ülke vatandaşları için uygulamak amacı ile konulmuşsa, bu özellikleri taşımayan ilişkiler için atfı yoluna başvurmak daha doğru ve adil sonuç verebilir. Ancak atfı bütün dereceleri ile her çeşit hukuki ilişki için kabul etmenin getirdiği maddi güçlüklerle karşın ne gibi yararlar sağlayacağı düşündürücüdür. Ancak, MÖH-UK m. 2/III'deki kesin ifadenin daha esnek bir yoruma imkan vermediği kanısındayız.

LASH TAŞIMACILIĞI VE BAZI HUKUKİ MESELELERİ

Dr. İnci DENİZ*

I- GENEL OLARAK.

Ekonomik şartların ve ulaşımın gelişmesi sonucunda, deniz taşımacılığında da, klâsik taşımacılığın (konvansiyonel taşımacılık) yanı sıra daha modern taşıma şekilleri ortaya çıkmıştır.

Bunlardan biri konteyner taşımacılığı denilen ve oldukça yaygın bir taşıma şekli olan kapalı kaplarla yapılan taşımacılık şeklindedir. Konteyner taşımacılığı kombine taşımalarla hemen hemen iç içedir¹.

Klâsik taşımacılığa nazaran daha modern, konteyner taşımacılığına göre daha basit kalan² bir diğer taşıma şekli ise "barge" yahut "layter" denilen mavnalarla yapılan taşımacılıktır.

Ancak burada, mavna denilince, tek bir mavna akla gelmemelidir. Bu tür ulaşımında mavna topluluğu söz konusudur³. Mavnalarla limanlar arasında toplu halde yolculuk etmektedirler.

İşte Lash taşımacılığı, mavnalarla yapılan taşımacılık şekilleri arasında ortaya çıkan bir çeşit layter taşımacılığıdır.

Bu nedenle, Lash taşımacılığından bahsetmeden önce mavna taşımacılığının mahiyet ve çeşitlerine kısaca göz atmak gerekir.

II- MAVNA TAŞIMACILIĞI (BARGE SİSTEMİ)

1 — Taşımacılığın doğuşu

Mavnalarla yapılan taşımacılık ancak ondokuzuncu yüzyılın son senelerinde ortaya çıkmıştır. Bunlar, deniz, nehir ve diğer iç sularda yük taşımaya tahsis edilmiş gemilerdir⁴.

* İstanbul Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1) Konteyner taşımacılığı hak. bak. DENİZ, Konteyner Taşımacılığı ve Hukukî Sorunları İSTANBUL 1982.

2) Mavna taşımacılığı genellikle iç sularda ve trafiği yoğun olmayan az gelişmiş limanlar arasında yapılmaktadır.

3) Bak. PONTAVICE: Le droit et les navires porte-barges, DMF 1970, s. 710.

4) PONTAVICE, 709.

Mavnalar müstakil hareket kabiliyetine sahip olmayıp, denizde hareketleri römorkörler yardımıyla mümkün olmaktadır. Yani, deniz veya iç sularda çekilmek suretiyle hareket etmektedirler. Römorkör, mavnaları limana götürüp bırakmakta ve başka mavnaları yüklü olarak alıp geri dönmektedir.

Römorklu mavnalar ikinci dünya savaşından sonra Alaska ve Kolombiya da ortaya çıkmıştır⁵.

Bu tür mavnalar devamlı olarak gemi adamı bulundurmamaktadır⁶.

Pontavice'in bildirdiğine göre, 1964'den sonra, çekilen mavnaların yerine itilerek hareket eden mavnalar ortaya çıkmıştır⁷.

Bugün, Layterler bir ana gemi üzerinde taşınmaktadırlar. Bunlar geminin üzerine konabildiği gibi geminin yan kısımlarında da taşınabilmektedir.

Mavna taşımacılığının faydaları sayılırsa taşımacılığın doğma nedeni de açıklanmış olur.

Bu taşımacılığın, kalasik taşımacılık ve konteyner taşımacılığının bir arada toplanmasından başka kendine has avantajlara da sahip olduğu söylenmektedir⁸.

Layter taşımacılığında konvansiyonel taşımacılığın aksine geminin limana yanaşması söz konusu değildir. Bu nedenle, çok sayıda yüklü mavnayı taşımakta olan ana gemi limana varmadan mavnaları bırakmakta ve yüklü olarak bekleyen diğer mavnaları almak suretiyle limandan ayrılmaktadır.

Böylece limanlarda birikme önlenmiş, bekleme süresi⁹ ve taşıma masraflarından önemli ölçüde tasarruf sağlanmış olmaktadır.

Mavnaların diğer bir faydası da, kapalı olmaları dolayısı ile hırsızlık, yükün denize düşmesi veya kırılması gibi olaylarda azalma sağlamalarıdır¹⁰. Bu bakımdan, mavnaların konteynerlere nazaran avantajlı olduğu kabul edilmektedir. Konteynerler denize uçma ve hırsızlık tehlikelerine açık oldukları halde¹¹ mavnalar bu tehlikelere konteynerler kadar maruz değildir.

Bu gibi faydaların dışında, mavna taşımacılığı, deniz ticareti yönünden zayıf kalan limanlar ve konteyner gemileri ya da klâsik gemilerin yanaşmasına tesis ve su derinliği bakımından yetersizlik gösteren liman-

ların da deniz ulaşımından istifade etmesini sağlar¹².

İşte, Layter taşımacılığı, her iki taşımacılığın bazı avantajlarını kendinde toplamak ve dezavantajlarını kaldırmak suretiyle bunlardan birinin yerine geçmeksizin modern ve konvansiyonel taşımacılığın arasında ortalama bir yere sahip olmak üzere varlığını devam ettirmektedir.

2 — Layter taşımacılığında taşıma sistemleri

A) Lash sistemi (lighter Aboard Ship)¹³

Bu sistemde diğer sistemlerde olduğu gibi, mavnalar¹⁴ bir ana gemi ile taşınmaktadırlar. Layterler gemiye vinç sistemi ile yüklenmektedir. Bu sistem ana gemi ve layter topluluğundan meydana gelir¹⁵.

Lash sistemi ilk defa Jerome Goldman adında bir Amerikalı gemi inşaatçısı tarafından bulunmuş ve geliştirilmiştir.

İlk lash taşıyıcısı da Acadis Forest ismiyle 1969 da hizmete girmiştir.

5) Bak. PONTAVICE, 709. Bu mavnaların taşıma kapasiteleri 3500 tona ulaşmaktaydı. Daha sonraki yıllarda 10.000 tona ulaşmıştır. (Bak. aynı yer)

6) Bak. PONTAVICE, 709. Süratleri 8 ilâ 9 knot arasındadır. Sistemin en yaygın olduğu yerler Alaska, Los Angeles, Meksika kıyıları ve Hawai adalarıdır. (Bak aynı yer)

7) Bu tür mavnaların ortaya çıktığı yer Birleşik Amerika'nın doğu kıyılarıdır. (PONTAVICE, 709), Ayrıca, itilerek hareket eden mavnalar hak. bak. PONTAVICE 710).

8) PONTAVICE, 713.

9) Bu hususta bak aynı yer.

10) PONTAVICE, 713.

11) Bu hususta bak. DENİZ 24 vd.

11) PONTAVICE, 714.

13) Taşımacılığın pratikte nasıl yapıldığı hakkında bak. Möncke: Das Lash-System in der Praxis, Hansa 1973. S. 1617-1622 Sistem hak. bilgi için ayrıca bak. Horst 1927. Das Transport Konzept des Barge-Carriers Hansa 1973 S. 1925-1933.

14) Mavnaların özellikleri hak. bak. PONTAVICE, 710.

15) Bak. MÖNCKE 1618.

Sistemin faydalarını göstermek üzere şu hususlar belirtilebilir:

Bir tek Lash gemisi ile beş-altı konvansiyonel geminin taşıyabilecek olduğu yük miktarı taşınabilmektedir.

Limana yanaşma mecburiyeti olmadığı için, liman masrafları ve bekleme müddetleri asgariye inmiş olmaktadır. Boşaltma süresi bir kaç saat içinde cereyan etmektedir¹⁶. Ana gemi böylece, yükünü çok az bir süre içinde boşaltıp yükliyelebilmektedir.

B- Seabee sistemi

Bu sistemde de layterler ve bunların taşındığı bir ana gemi söz konusudur.

Lash sisteminden farklı olarak, mavnalar gemiye vinç vasıtası ile değil asansör yardımı ile yüklenirler¹⁷.

Bu sistem Lykes Brothers von J. J. Henry Co. New York firması tarafından hazırlanan plâna göre meydana getirilmiştir¹⁸.

İşte, layter taşımacılığında adı geçen en önemli iki sistem yukarıda anılan Lash sistemi ve Seabee sistemidir¹⁹.

III- TAŞIMACILIĞIN DOĞURDUĞU BAZI HUKUKİ MESELELER

1 — Mavna gemi midir?

Mavnaların taşımacılık sırasında ne gibi bir göreve sahip olduğu yukarıda anlatılanlardan anlaşılabilir.

Görüldüğü gibi layterler deniz yolculuğunun bir kısmını gemide diğer bir kısmını da limana kadar bizzat denizde veya başka bir iç suda geçirmektedir.

Yine, yukarıda belirtildiği gibi, layterlerin kendi başlarına hareket kabiliyetleri bulunmamakta, gemiden indirildikten sonra denizde hareketleri römorklarla sağlanmaktadır.

İşte, mavnanın, bir süre gemide yükleri içinde bulunduran bir muhafaza, bir süre, limana kadar yükleri taşıyan bir araç durumunda olması karşısında layterin hukukî bakımından gemi sayılıp sayılmıyacağı sorusu akla gelebilir.

Buna karar verebilmek için, layterin ana gemi ile yaptığı yolculuk da gözönünde bulundurularak, mavnanın taşımacılıkta sa-

hip olduğu asıl fonksiyonun araştırılması gerekir.

Taşımacılığın bir bölümünde mavna yükleri bulunduran bir muhafaza, bir bölümünde aynı zamanda limana taşıyan bir tekne durumundadır. Gemi ile liman arasında kalan yolculuk bakımından, ilk bakışta mavnada gemi özelliklerini görmek mümkündür. Bilindiği gibi, hareket kabiliyetinin römorkla sağlanması, mavnanın gemi vasfını taşıması açısından her hangi bir olumsuz etkiye sahip değildir²⁰. Ne var ki, tek başına bu hususa bakılarak mavnanın gemi vasfına sahip olduğu söylenemez. Mavnaların bir ana gemi ile taşındığı ve bu arada yükleri muhafaza etmek, yükleri birimleştirmek²¹ fonksiyonunu gördüğü, yükleme ve boşaltmada kolaylık sağladığı göz önünde bulundurulursa mavnanın gemi vasfını taşıdığı kolaylıkla söylenemez.

Dikkat edilecek olursa, mavnalar lash veya saabee taşımacılığında aslında, yüzen konteynerden başka bir şey değildir²². Yüzen konteynerler ise gemi vasfına sahip değildir²³. Bunlar, su üzerinde hareket kabiliyetine sahip olmakla birlikte bu hareket kabiliyeti nisbî olup, tek başlarına limanlar arasında yük taşımaya tahsis edilmeleri ve bu şekilde kullanılabilmesi söz konusu değildir. Aynı düşünce layterler hakkında da geçerlidir.

Pontavice²⁴ ise bu meselenin üzerinde durmayı gereksiz buluyor.

Ancak, İngiliz sigorta Birliği'nin mavnaları gemi saydığı ve ayrı sigortaya tabi tuttuğu bildirilmektedir²⁵.

Belirtmek gerekir ki, layterlerin ticaret hukukunun gemi ile ilgili hükümleri uyarınca gemi sayılıp sayılmaması başka şey,

16) Bak. MÖNCKE 1618.

17) Bak. PONTAVICE, 710.

18) Bak. MÖNCKE, 622.

19) Bu sistemler hak bak. HORST agm.

20) Hareket kabiliyeti dışardan da sağlanabilir. Bak. ÇAĞA I, 39

21) Yük birimleştirilmesi hakkında bk. DENİZ, 14-15.

22) PONTAVICE, 710.

23) Bak. DENİZ.

24) Bak. PONTAVICE, 716.

25) Bak. PONTAVICE aynı yer

muayyen hususlar bakımından gemi hükmünde addedilmesi başka şeydir.

Ana gemi söz konusu olmaksızın yapılan mavna taşımacılığında yani römorkor ve mavna topluluğunda ise mavnaların gemi vasfına sahip olmadığı söylenemez²⁶.

2 — Mavna ile gemi arasındaki ilişkinin mahiyeti

Layterler ana gemi ve layter topluluğu ile yapılan taşımacılıkta yani lash taşımacılığında gemi vasfına sahip olmadıklarına göre, mavnanın ana gemi ile ne gibi bir bağlantı içinde bulunduğunu tesbit etmememiz gerekir.

Şu halde mavna bir eşya olarak, eşya hukukuna göre ana gemi yanında ne gibi bir duruma sahiptir? Mavnalar mütemmin cüz müdür yoksa teferruat mıdır?

Meseleyi teferruat kavramı altında inceleyen Pontavic²⁷, bu konuda, mavnanın ana gemi donatanına ait olması ve olmamasına göre bir ayırım yapmakta ve ikinci halde mavnayı donatana ait olmaması sebebiyle teferruat saymamaktadır.

Biz de bu ayırımı takip ederek şunları söyleyebiliriz:

A- Mavnanın gemi donatanına ait olması

Meseleyi önce mütemmin cüz açısından incelersek²⁸:

Mavnaların geminin mütemmin cüzü olmadıkları kolaylıkla söylenebilir. M.K.M. 619 mütemmin cüzü şöyle tanımlamaktadır. "Mahallî örfe göre bir şeyin esaslı unsurunu teşkil eden, o şey telef yahut tahrip yahut taşıyıcı edilmedikçe ondan ayrılması kabil olmayan cüzüleri o şeyin mütemmin cüzüleri dir".

Görüldüğü gibi, mütemmin cüzün unsurlarından biri²⁹ eşya ile mütemmin cüz teşkil eden parça arasında bu hükmünde tarif edilen bir bağlantının bulunmasıdır. Oysa mavnalarla gemi arasında böyle bir bağlantı yoktur. Her iki eşya taşımacılıkta aynı gaye etrafında kullanılmasına rağmen ekonomik bağımsızlıklarını muhafaza etmektedirler³⁰.

Mavnanın teferruat teşkil edip etmediğine gelince:

Meseleye, bu konudaki kanun hükmünü aktarmakla başlayabiliriz. M.K.M. 621'e göre "Mahallî örfe veya malikin salih arzuna göre bir şeyin işletilmesi veya muhafazası veya ondan istifade olunması için daimi bir tarzda tahsis olunan ve kullanmakta o şeye tabi kılınan veya takılan veya onunla birleştirilen menkul eşya asıl şeyin teferruatıdır. Asıl şeyden muvakkat bir zaman için ayrılmakla teferruatı olmak sıfatı zail olmaz".

İşte, teferruatla asıl eşya arasında bulunması gereken tahsis ve maddî bağlantı unsurları mavna ve ana gemi arasında da mevcut olduğundan bunların gemi teferruatı olduğunu söylemek mümkündür. Mavnalar da lash gemisinin işletilmesi daha doğrusu ondan istifade olunması amacı ile gemiye tahsis edilmişlerdir. Kısacası bu konuda, konteyner ve konteyner gemileri hakkında ileri sürülen ve konteyneri geminin teferruatı sayan düşünce aynen geçerlidir³¹.

Pontavic de³² mavnaları, ana gemi donatanına ait olmaları halinde teferruat saymaktadır³³.

— Mavna ana geminin teferruatı oldu-

26) RİPERT ORDIT MARITIME I PARIS 1922 S. 326-327

27) PONTAVICA, 715.

28) Fransız hukukunda mütemmin cüz ve teferruat ayırımı yapılmaksızın meseledilmektedir. Bazan da "partie integrale "accessoire" kavramı altında tetkik rante" terimi kullanılmaktadır. Bak. Pontavice, 715 vd.

29) Maddedeki virgülün "ve" şeklinde anlaşılması gerektiği hak. bak. TEKİNAY, 344, (Eşya Hukuku Dersleri İstanbul, 1978).

30) "Taşyir" kavramına ekonomik değerdeki kötüleşme de dahildir. BAUR 7 (SCERGEL-SIEBERT, 10 Aufl Bd. 1) BGB § 93, Anm. 3.

31) Bak. DENİZ 11 vd.

32) PONTAVICE, 715.

33) Fransız hukuk tatbikatında da mavna geminin teferruatı sayılmaktadır. Fransız temyiz mahkemesi'nin mavnayı teferruat sayan kararı hk. bak. PONTAVICE, 715.

ğundan onun hukukî akıbetine tabidir. Çünkü M.K. 621'e göre "Bir şeye ait yapılacak temlikî tasarruflarda o şeyin istisna olunmayan teferruatı dahil olur....."

— Mavna ana geminin bir kısmını teşkil ettiğinden bağımsız bir tabiyete sahip olmayıp ana geminin tebiyetini taşımaktadır. Tanınma işaretleri ana gemide bulunmak durumundadır. vs.³⁴.

— Mavnalar ana geminin tabiyetine bağlı olmalarına göre kabotaj tekelinden istifade eder veya etmezler. Ana geminin faydalanacağı kabotaj tekelinden aynen veya aynı ölçüde faydalanırlar. O halde, Hambur-İstanbul seferini yapan yabancı bir gemiye ait mavnaların Türkiye'nin bir limanından başka bir limanına yapacakları seyrüsefer (pratikte söz konusu olmamakla birlikte böyle farzedilirse) kabotaj yasağı ile karşılaşmıyacaktır³⁵.

—Mavnalar geminin bir bölümünü teşkil ettiklerinden deniz kazaları ile ilgili hükümler bunlar hakkında da uygulanır. Çatma, müşterek avarya ve kurtarma yardımı konu teşkil ederler.

Ancak çatmada, mavnalar gemi sayılmadıkları için sorumluluk ana gemi donatanına ait olacaktır. Mavnanın gemi donatanına ait olmaması halinde, mavna devamlı tahsis'in bulunmaması ihtimalinde geminin teferruatı sayılmıyorsa sorumluluk ana gemi donatanına ait olmayacağı gibi mavna malikinin de çatma hükümlerinden doğan sorumluluğu söz konusu olamaz. Çünkü mavna Ticaret Hukuku hükümleri karşısında gemi olmayıp şartların bulunması halinde geminin teferruatıdır.

Mavna geminin teferruatı olması nedeniyle bunun müşterek avaryaya da bağımsız bir değer olarak katılması mümkün olmayacaktır³⁶.

Ancak mavna gemiden ayrı bulunduğu sırada bazı durumlarda teferruat hükmüne tabi tutulmamaktadır. Bu hallerde mavna bağımsız bir gemi muamelesi görmektedir³⁷.

Bunlardan biri, Fransa'da 1967 tarihli Deniz Kazaları hakkında Kanun'un 30. maddesinde düzenlenen bir durumdur. Müşterek avaryada söz konusu olan bu duruma göre mavna gemiden ayrı bulunduğu sırada bir

müşterek avarya hareketine maruz kaldığı takdirde bizzat kendi değeri üzerinden garrameye katılacaktır³⁸.

Menfaatler açısından, aynı çözümün Türk Hukuk'unda da kabul edilmesine bir engel yoktur.

Mavnanın tek başına gemi gibi muamele gördüğü diğer bir hâl de, mavnanın yine, gemiden ayrı bulunduğu sırada donatanın sınırlı sorumluluğunu gerektirecek bir olaya dahil olmasıdır. Bu takdirde, mesuliyet sınırının tayininde mavnanın kendi değeri nazara alınır³⁹. Demek ki, son halde, sınırlı aynı sorumlulukta sorumluluğun konusunu mavna gemi ve diğer unsurlar oluşturacaktır (gemi navlun, surrogatlar).

Mavnalar tek bir donatana ait değil de donatanlar topluluğuna ait olup gemilerde münavebe yoluyla kullanılıyorsa durum ne olacaktır?

Burada, mavnaların tek bir gemiye değil, birden fazla gemiye tahsis edilmiş olduğu ileri sürülebilir. Teferruatın birden fazla asıl eşyaya tahsis edilmiş olmasına bir engel yoktur⁴⁰. Bu durumda, asıl eşya ve teferruat arasındaki ilişkide bulunması gereken unsurlardan biri (devamlı tahsis gibi) veya bazıları ortadan kalkmadıkça mavna teferruat sayılabilecektir⁴¹.

B — Mavnanın ana gemi donatanına ait olmaması.

Pontavice⁴² bu durumda mavnanın teferruat sayılmıyacağını kabul etmektedir. Müellif, bu halde, mavnanın yükün taşındığı bir vagon veya kamyon ile aynı statüde olduğunu kabul ediyor.

Oysa hukukumuz açısından, durum böyle olmayabilir. Bilindiği gibi teferruatın asıl

34) PONTAVICE, 716.

35) Fransa'da da durum aynıdır. Bak. PONTAVICE, 717.

36) PONTAVICE, 725.

37) PONTAVICE, 725.

38) Bak. PONTAVICE, 725.

39) PONTAVICE, 726.

40) Anm. 9. STAUDİNGER-DİLCHER BaB Berlin 1979.

41) Bu konuda konteynerler bakımından bak. DENİZ, 12.

42) 727.

eşyanın malikine ait olması şart değildir. Yeter ki devamlı tahsis keyfiyeti ortadan kalkmasın.

3 — Taşıyanın sorumluluğunun devamı

Mavnalarla ilgili diğer bir hukukî problem de taşıyanın sorumluluk süresiyle ilgili olarak ortaya çıkar.

Mavnanın ana geminin teferruatın teşkil etmesi ve yüklerin daha önce mavnalara yerleştirilmiş olarak gemiye yüklenmesi karşısında yükleme ve boşaltma işlemlerinin ne zaman başlamış ve tamamlanmış sayılacağı meselesi ortaya çıkar. Bu işlemlerin başlama ve sona erme anı taşıyanın mesuliyetinin devamı bakımından önemlidir.

Deniz taşımacılığında taşıyanın sorumluluğu yüklerin teslim alınmasından gönderilene teslim edilmesine kadar devam eder. Ancak, taşıyan bu mesuliyeti belli bir süre ile bağlı olmak şartıyla hafifletebilir veya bertaraf edebilir. Taşıyanın sorumluluğunu hafifletmeyeceği süreyi yüklemenin başlaması ve boşaltmanın sona ermesi arasında kalan zaman parçası tayin eder. Bu bakımdan yüklemenin başlangıcı ve boşaltmanın sona erme anının tesbit edilmesi gereklidir.

İşte, layter taşımacılığında yükleme ne zaman başlamış sayılacaktır?

Burada akla iki ihtimal gelebilir⁴³. Yükleme ya yüküm mavnalara yerleştirilmiye başladığı sırada başlamış sayılır ya da mavnanın bu yükle birlikte gemiye yüklendiği sırada başlamış sayılır.

Burada yüklemenin tarifinin de verilmesi gerekir. Yükleme yükün taşıyan veya yükleten tarafından gemiye getirilmesi ve gemi tarafından teslim alınması işlemlerinden ibarettir⁴⁴. Diğer bir tarife göre de yükleme, yükün geminin yanından alınarak gemiye bindirilmesidir⁴⁵.

Yüklemenin başlangıcının tayninde çeşitli hususların biri veya diğeri nazara alınmak suretiyle bu konuda farklı sonuçlara varılması mümkündür.

Mavnanın geminin bir kısmı özellikle teferruatı olduğu hususu ön plana alınırsa yüklemenin, yükün mavnalara yerleştirildiği sırada başlamış sayılacağı öne sürülebilir.

Yükün layterlerden teslim alınması ve layterlere boşaltılması gereken taşımalarda bir ayırım yapılarak⁴⁶ ancak layterin taşıyana ait olması halinde yüklemenin yükün laytere yerleştirilmesi ile başladığı kabul edilmektedir. Layter taşıyana ait değilse yüklemenin, layterden yükün boşaltıldıktan sonra gemiye yüklenmesi ile başladığı kabul edilmektedir.

Layter taşımacılığındaki duruma gelince: Doktrinde, layterin geminin bir bölümü fonksiyonuna sahip olduğu prensibinden hareketle yüklemenin, laytere yapılan yükleme ile başladığı ileri sürülmektedir⁴⁷.

Figert de⁴⁸ aynı noktadan hareketle, yükün laytere yerleştirilmesi sırasında istif faaliyetinin başlamış olduğundan⁴⁹ bahsederek yükleme faaliyetinin başlamış olduğunu ve taşıyanın bu andan itibaren emredici hükümlerle bağlı olduğunu kabul ediyor.

İşte bu düşünce, layterin geminin bir bölümü olduğu esasına dayanmaktadır.

Yüklemenin başlangıcı hakkında nazara alınabilecek ikinci husus ise taşıyanın emredici hükümlerle bağlı olduğu süreyi yükleme ve boşaltma faaliyetleri ile sınırlayan hükmün (T.T.K.M. 117) amacıdır.

Bilindiği gibi, kanun koyucu taşıyanın sorumluluğunu emredici hükümlerle düzenlerken, bu düzenlemede temel aldığı süreyi taşıyanın yük üzerinde sahip olduğu hâkimiyet derecesine göre tayin etmiştir. Taşıyanın yük üzerindeki hâkimiyetin tam olduğu süre yükün bizzat taşınacağı deniz gemisi

43) FIGER, *Seefrachtrechtliche fragen des LASH-Yerkehhrs, Versicherungs Recht I Juli 1972, s. 611-613, S. 611.*

44) ÇAĞA, II, 26.

45) SCHAPS-ABRAHAM, *Das de utsche Seerecht 3. Auf I. 1962 § 663 Anm. 10-11 (Figert 611'den naklen)*

46) *Reichstgericht tarafından yapılan bu ayırım hak. bak. HansRZ 1925, 475 FIGERT 611'den naklen).*

47) *Bu görüşü ileri süren müellifler hak. bak. FIGERT 611.*

48) FIGERT 611

49) *İstifi taraf menfaatleri açısından yükleme dahil eden İsv. Fed. Mah. Kararı hak. bak. ÇAĞA II 26. not 1.*

üzerinde bulunduğu dönemi kapsar⁵⁰. Kanun koyucu işte, ancak bu derecede bir hâkimiyetin (doğrudan tasarruf) söz konusu olduğu hallerde taşıyanın mesuliyetini emredici hükümlerle düzenlemiştir. Kanun koyucu bu hususta her türlü hâkimiyeti yeterli görmemiş bunun için, süreyi teslimden başlatmıyarak yüklemeyi başlatmıştır.

Kanımızca emredici hükümlerin işleme- si bakımından yüklemenin başlangıcının tesbitinde kanun koyucunun emredici hükümlerin geçerli olduğu süreyi tayin ederken esas aldığı düşünceyi ön plânda tutmamız gerekir.

Bu nedenlerle yükleme ve boşaltmanın başlama ve bitmesinin layterdeki yükün bizzat gemiye yüklenip gemiden indirilmesi ile gerçekleştiğinin kabul edilmesi daha doğru olur. Doktrinde de bu çözümün benimsendiği görülmektedir⁵¹.

Layterin geminin bölümü fonksiyonunu görmesi taşımadaki rolünden kaynaklanan bir husustur. Layterin geminin bölümü, teferruatı sayılması ise bu bakımdan bir etki yapmaz. Taşıyanın layterdeki yük (gemiye yüklenmeden önce) üzerinde sahip olduğu hâkimiyet derecesi konvansiyonel taşımalar- da teslim almış olduğu yük üzerindeki hâkimiyet derecesi ile yanıdır⁵².

Ancak, yükleme süresinin daha önce başlaması sözleşme ile kararlaştırılabilir. Nitekim layter taşımacılığı yapan bazı işletmelerin düzenlemekte oldukları konişmentolarda yüklemenin yüklerin laytere koyulması ile başlayacağına dair kayıtlar vardır⁵³.

4 — Güverteye yükleme

Bilindiği gibi, taşıyan yükletenin muvafakatını almaksızın yükü güverteye yükleyemez (T.T.K.M. 1029, BGB 566).

İşte, layterlerin gemi güvertesinde taşınmakta olması karşısında, bu hükmün layter taşımacılığında da uygulanıp uygulanmıyacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Layterlerin geminin bir bölümü oldukları⁵⁴ ve gemi ambarlarının fonksiyonunu gör-

düklerinden bahisle⁵⁵ muvafakat bildirimine hacet olmaksızın güvertede taşınabilecekleri kabul edilmektedir. Bizimde taraftar olduğumuz bu düşünceye başka bir dayanak da göstermek mümkündür. Buna göre: Layterlerin mutad olarak güvertede taşınmaları gerçeği karşısında bu hususta aksine bir talep olmadıkça taşıyan veya yükletenin zımnî muvafakatı bulunduğu söylenebilir⁵⁶.

5 — Mavna yükünün T.T.K.M. 114 (HGB 660) karşısındaki durumu

T.T.K.nun 114. maddesi uyarınca taşıyıcının sorumluluğu koli veya parça başına 100.000 TL ile sınırlıdır⁵⁷.

Konteynerin bu hüküm uyarınca koli teşkil edip etmediği problemine⁵⁸ paralel bir meselenin mavna yükü bakımından da ortaya çıkması düşünülebilirse de, mavnanın boyutlarının konteynere nazaran çok daha büyük olması⁵⁹, gemi gibi tescil edilmesi⁶⁰ ve geminin bir bölümü gibi addedilmeleri⁶¹ dolayısıyla mavna yükü bu hüküm uyarınca koli sayılamaz.

50) Bu hususta bak. DENİZ, 72-73.

51) MIRCADAL, *Marin d'Aujourd'hui* 71-47 (FİGERT 611'den naklen), SCHAYS-ABRAHAM Ank. 1 § 663 b. Anm. 2.

52) Konteynerler hak. bu düşünce için bak. DENİZ 72-73.

53) Central Gulf Contramar Line ve Pacific Far East Line konişanatolarındaki kayıtlar hak. bak. FİGERT 612 not. 25-28.

54) FİGERT, 612.

55) MERCADAL 147 (FİGERT'den naklen)

56) Konteynerler bakımından ileri sürülen bu düşünce hak. bak. DENİZ 102.

57) Eskiden 1500 TL. olan tazminat tutarı 100.000 TL.'na yükseltilmiştir.

58) Bak. DENİZ 112 vd.

59) Bak. FİGERT 611.

60) FİGERT 612.

61) Aksi fikir için bak. RİCHTER-HANNES ve TROTZ (FİGERT 612 den naklen).