

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**KARAYOLUYLA EŞYA TAŞIMACILIĞINDA SİGORTA
SÖZLEŞMELERİ VE İSPAT SORUNLARI**

İdil TUNCER

Danışman
Prof. Dr. Oğuz ATALAY

2009

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Karayoluyla Eşya Taşımacılığında Sigorta Sözleşmeleri ve İspat Sorunları**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

02.09/09

İdil TUNCER



YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : İdil TUNCER
Anabilim Dalı : Özel Hukuk Anabilim Dalı
Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Tez Konusu : Karayoluyla Eşya Taşımacılığında Sigorta
Sözleşmeleri ve İspat Sorunları
Sınav Tarihi ve Saati :...../...../.....

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA O OY BİRLİĞİ O
DÜZELTİLMESİNE O* OY ÇOKLUĞU O
REDDİNE O**

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***

Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.

** Bu halde adayın kaydı silinir.

*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Evet

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir. O

Tez mevcut hali ile basılabilir. O

Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir. O

Tezin basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

..... ☐ Başarılı ☐ Düzeltme ☐ Red
..... ☐ Başarılı ☐ Düzeltme ☐ Red
..... ☐ Başarılı ☐ Düzeltme ☐ Red

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Karayoluyla Eşya Taşımacılığında Sigorta Sözleşmeleri ve İspat Sorunları

İdil TUNCER

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Karayolu ile eşya taşımacılığı, günümüzde gelişme ve uluslar arası nitelik gösteren bir faaliyettir. Bu tip eşya taşımacılığının uluslar arası niteliği, eşyaların bir ülkeden diğerine taşınmasında kendisini gösterir. Bu gibi taşımalarda, taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk, uyumsuzluk anında uygulanacak yargılama hukuku değişkenlik gösterir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da da taşıma sözleşmelerinin bu özelliği dikkate alınarak uygulanacak hukuk belirlenmiştir.

Karayolu ile eşya taşımacılığında taşıma sözleşmelerinin ve bunlardan kaynaklanabilecek zararların teminat altına alındığı sigorta sözleşmelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Taşıyıcı ile taşıma sözleşmesini akdeden gönderen/alıcı, aynı şekilde taşıma sırasında meydana gelebilecek zararları teminat altına alabilmek için, taşınan eşyayı sigortalattırır. Benzer şekilde taşıyıcı da, Türk Ticaret Kanunu veya CMR'den kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle ödemek zorunda kalabileceği tazminat için de sorumluluk sigortası yaptırabilir.

Eşya taşımacılığından kaynaklanan sigorta sözleşmeleri açısından, sigorta poliçeleri önemli bir delildir. Yabancı hukuk sistemlerinde sigorta poliçesinin sadece bir ispat aracı olmasına karşın, Türk Ticaret Kanunu kapsamında sigorta poliçelerinin hukuki niteliğine ilişkin açık bir hüküm yer almasa da, 1265. Madde hükmünden sigorta poliçelerinin kıymetli evrak

niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da, sigorta poliçesine ilişkin bazı ispat yükü düzenlemelerine yer verilmiştir.

Taşıma ve buna bağı olarak akdedilen sigorta sözleşmelerinde farklı usuli kayıtlar da yer alabilir. Anılan sözleşmelerde, delile ilişkin kayıtlar (delil sözleşmeleri) yer alabileceğı gibi, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceğı de kararlaştırılabilir. Sigorta sözleşmeleri bakımından, Sigorta Tahkim Komisyonu, uyuşmazlıkların çözümünde yetkilendirilebilir.

Sigortacı sigortalısına sigorta tazminatını ödedikten sonra, sigortalının taraf olduğı taşıma sözleşmesine halef olur. Böylece sigortacı sigortalısının taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tüm hak ve yükümlölüklerine sahip olur. Bu anlamda, taşıma sözleşmelerinin de sigortacı açısından değeriendirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: İspat yükü, sigorta sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, delil, halefiyet.

ABSTRACT
Graduate Thesis of Graduate study
Insurance Contract and Burden of Proof in Transportation of Goods By Road
İdil TUNCER

Dokuz Eylül Faculty
Institute of Social Sciences
Discipline of Private Law
Program of Private Law Graduate Study with Thesis

Today, road transport of goods is an activity that is further developing and carrying an international character. The international character of this type of goods transportation emanates from crossing borders; carrying the goods from one country to another. The laws applicable to the transportation contract, to jurisdiction of dispute cases of this type of transportation show variation. Considering this characteristic of transportation contract the legislation regarding the International Private Law and Procedural Law specifies the law applicable in these cases.

In road transportation, the transportation contract and insurance contract which provides coverage for the damages that may result from the transportation contract should be evaluated together. The carrier and the sender/receiver who sign the transportation contract, also insure the goods against damages that may result during the transportation. Similarly the carrier can also have liability insurance coverage for any indemnity it may have to pay for its responsibility emanating from CMR or Turkish Commerce Law.

From the viewpoint of insurance contracts for goods transportation, the insurance policy is an important evidence. Foreign law systems consider the insurance policies merely evidentiary whereas, although there is no open decree in Turkish Commerce Law with regards to its legal character, one can deduct from decree no. 1265 that insurance policies are regarded as valuable, negotiable instrument. Also there are some arrangements regarding the burden of proof in insurance policies in the Turkish Commerce Law bill in the parliament.

Different procedural clause can take place in the transportation and consequent insurance policies contracts. The said contracts can contain proof related clauses (proof contracts) as well as clauses deciding to solve the disputes

arising between parties by arbitration. With regards to insurance contracts, the Insurance Arbitration Commission can be authorized in order to solve the disputes.

After paying the insurance indemnity to the insured the insurer becomes the successor of the insurance contract of which the insured is a party. Thereby the insurer acquires all the rights and liabilities of the insured emanating from the transportation contract. In this respect the road transportation contracts must also be evaluated with regards to the insurer.

Key words: burden of proof, insurance contract, transportation contract, proof-evidence, successorship-subrogation.

KARAYOLUYLA EŞYA TAŞIMACILIĞINDA SİGORTA SÖZLEŞMELERİ VE İSPAT SORUNLARI

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	VI
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR	XII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞTEMEL BAZI İSPAT HUKUKU KAVRAMLARI

I. İSPAT YÜKÜ	2
II. DELİL İKAME YÜKÜ	11
III. KARİNE	13
IV. İSPAT ÖLÇÜSÜ	16
V. BİR İSPAT TÜRÜ OLARAK İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI	18
VI. İSPAT ARAÇLARINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR	20
A. Genel Olarak	20
B. Senetle İspat Kuralı ve İstisnaları	21

İKİNCİ BÖLÜM

ŞYABANCILIK UNSURU İÇEREN DAVALARDA İSPAT VE YETKİ KURALLARI

I. GENEL OLARAK	24
II. YABANCI UNSURLU DAVALARDA İSPAT YÜKÜ, DELİLLER VE SENET DELİLİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	28
A. Senet Kavramı	29
B. Senet Türleri	30
1. Adi Senet	30
2. Resmi Senet	31
3. Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Senetlerin Hukuki Durumu	32
4. Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Senetlerin Hukuki Durumuna İlişkin Yapılmış Uluslararası Anlaşmalar ve İspat Sorunu	33
III. Yabancı Unsurlu Davalarda Yetki.	35

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞSİGORTA SÖZLEŞMESİ

I. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ	40
A. Sigorta Sözleşmesi	41
B. Sigorta Sözleşmesinin İspatı	43
1. TTK Kapsamında Sigorta Poliçesinin İspat Gücü	43
2. TTK Tasarısı Kapsamında Sigorta Poliçesinin İspat Gücü	47
C. Sigorta Sözleşmesinin Tarafları ve İspat Sorunu	48
1. Sigortacı	48
2. Sigortalı/sigorta Ettiren Kavramları	49
D. Karada Taşıma Rizikolarına Karşı Sigorta	53

E. Bir Sorumluluk Sigortası Türü Olarak CMR Sorumluluk Sigortasının Değerlendirilmesi	55
1. Hukuki Niteliği	55
2. CMR Sorumluluk Sigortasının Kapsamı	58
II. RİZİKO	60
A. Genel Olarak	60
B. Rizikonun (Teminat Süresi İçerisinde) Gerçekleştiğinin İspatı	60
C. Rizikonun Teminat Kapsamında Kaldığının İspatı	62
III. SİGORTA DEĞERİNİN İSPATI	63
IV. SİGORTA ZARARININ İSPATI	66
V. SİGORTACILIKTA TAHKİM	69

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

§SİGORTA TAZMİNATINI ÖDEYEN SİGORTACININ TAŞIMA SÖZLEŞMESİNE HALEF OLMASI

I. HALEFİYET KAVRAMI	72
II. TAŞIMA SÖZLEŞMESİ	74
A. Genel Olarak	74
B. Taşıma Sözleşmesinin Unsurları	77
1. Taşıma İşinin Üstlenilmesi	77
2. Ücret	80
C. Taşıma Senedi ve İspat Fonksiyonu	82
1. Genel Olarak-Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Taşıma Senedinin İspat Fonksiyonu	82

2. TTK Tasarısı Kapsamında Taşıma	
Senedinin İspat Fonksiyonu	86
3. CMR Kapsamında Taşıma Senedinin İspat Fonksiyonu	89
D. Taşıma Sözleşmesinde Delil Sözleşmesi ve Tahkim Kaydı	95
1. Genel Olarak Tahkim Kaydı	95
2. Taşıma Sözleşmesinde Tahkim Kaydı	98
3. Delil Sözleşmesi Kaydı	100
a. Türk Ticaret Kanunu'na Tabi Taşımalarda	
Delil Sözleşmesi Kaydı	102
b. CMR'ye Tabi Taşımalarda Delil Sözleşmesi Kaydı	104
III. TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANABİLECEK	
UYUŞMAZLIKLAR	105
A. Taşıyıcının Eşyayı Koruma Borcundan	
(Hasar/Ziyaa) Kaynaklanan Sorumluluğu	105
B. Taşıyıcının Gecikmeden Kaynaklanan Sorumluluğu	109
C. İspat Sorunu	110
D. CMR Kapsamında Taşıyıcının Sorumluluğu ve İspat Sorunu	112
1. Taşıyıcının Hasar/Ziyaa ve Gecikmeden Kaynaklanan	
Sorumluluğunun Hukuki Niteliği	112
2. Taşıyıcının Hasar/Ziyaa ve Gecikmeden Kaynaklanan	
Sorumluluğunda İspat Sorunu	115
SONUÇ	119
KAYNAKÇA	122

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
CMR	: Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route (Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Anlaşma)
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
MK	: Medeni Kanun
m.	: Madde
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
S.	: Sayı
s.	: sayfa
sa.	: Sayılı
Sig. Mur. Ka.	: Sigorta Murakebe Kanunu
Sig. Ka.	: Sigortacılık Kanunu
T.	: Tarih
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Karayolu ile eşya taşımacılığı, gösterdiği gelişmeye paralel olarak, bir çok uyumsuzluğu da beraberinde getirmektedir. Taşıma sözleşmesinin tarafları, taşıma sırasında gerçekleşebilecek zararlara karşı sigorta sözleşmeleri akdetmekte, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacı, sigorta tazminatını sigortalısına ödemektedir. Sigortacı, tazminatı ödedikten sonra, sigortalının yerine taşıma sözleşmesine halef olarak, sözleşmenin tarafı haline gelmektedir. Bu nedenle, karayoluyla eşya taşımacılığından kaynaklanan uyumsuzluklar, sigortacının da katılımıyla, farklı ispat sorunlarını da beraberinde getirmektedir.

Karayolu ile Eşya Taşımacılığında Sigorta Sözleşmeleri ve İspat Sorunları konulu tezimiz kapsamında, öncelikle, temel bazı ispat hukuku kavramlarına değinilecektir. Genel olarak ispat yükü kavramına değinilecek, ardından, delil ikame yükü, karine ve ispat ölçüsü kavramları açıklanmaya çalışılacaktır. Özel bir ispat türü olarak ilk görünüş ispatı, CMR taşıma senedinin ispat gücü açısından önem taşıdığından genel hatlarıyla incelenecektir.

İlk bölümde açıklanan ispat hukuku kavramları ışığında, yabancılık unsuru taşıyan davalarda ispat sorunları ele alınacaktır. Devamında, sigorta sözleşmelerine ilişkin genel açıklamalar yapılacak, sigorta sözleşmelerinden kaynaklanabilecek ispat sorunlarına değinilecektir.

Sigortacının halefiyeti çerçevesinde, taraf olacağı taşıma sözleşmesinin genel özellikleri ve kaynaklanabilecek ispat sorunlarına değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL BAZI İSPAT HUKUKU KAVRAMLARI

I. İSPAT YÜKÜ

İspat yükü kavramının doğru açıklanabilmesi için öncelikle ispat kavramı üzerinde durmak gerekir. İspat en geniş tanımıyla, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadığı yönünde hakimde kanaat oluşturma işlemidir¹. Buna bağlı olarak, kanunun kendisine bir sonuç bağladığı unsurların varlığının ispatı gerekir² ki bu unsurlara koşul vakıa denir. Bir hukuk kuralının soyut olarak düzenlendiği ve kendilerine hukuksal bir sonuç bağladığı olaylar, somut olayda gerçekleşmiş bulunmadıkça o hukuk kuralı uygulanamaz³. Bir maddi hukuk kuralının uygulanmasını sağlayabilecek şekilde bir araya gelen vakıalar, o hukuk kuralının koşul vakıalarıdır. Örneğin, akıl hastalığı nedeniyle boşanma davasında, taraflar arasında bir evlilik ilişkisinin bulunması veya eşlerden birinin akıl hastası olması maddi hukuk kuralları açısından koşul vakıaları teşkil etmektedir⁴. Öyleyse ispat faaliyetinin konusunu somut vakıaların oluşturduğu sonucuna varmak mümkündür⁵.

¹ KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usûl-Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 18. Baskı, Ankara 2007, s. 374; POSTACIOĞLU İlhan, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 527, BERKİN, Necmettin, Medeni Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 169, KONURALP, Haluk, Medeni Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 9, ÇETİNTÜRK, Mustafa, Hukuk Davalarında İspat Yükü, Bursa Barosu Dergisi, S. 13, s. 9, VİNCENT, Jean, Précis de Procédure Civile, 16ème Edition, Paris, 1973, s. 809, ATALAY, Oğuz, Medeni usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 5.

² ANSAY, S. Şakir, Hukuk Yargılama Usûlleri, Yedinci Baskı, Ankara 1960, s. 252.

³ UMAR Bilge/YILMAZ Ejder, İspat Yükü, İkinci Baskı, İstanbul 1980, s. 1.

⁴ PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2008, s. 379.

⁵ KARAFAKİH İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara 1952, s. 165, PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 381 vd., ispatın konusunu vakıalar yanında yabancı kanun hükümleri ile örf ve adet kuralları da oluşturur. Kuru, bu hususu delilin konusu başlığı altında incelemiştir. Kanaatimizce, ispatın konusunu oluşturan vakıalar, yabancı hukuk kuralları ve örf ve adetin ayrı bir biçimde incelenmesi sistematik açısından daha uygundur zira delil, ispat faaliyetinde kullanılan araçlara verilen isimdir. Vakıayı ise bu aracın kullanılacağı alan olarak tanımlamak mümkündür, KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. II, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, s. 1966, KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 375.

İspat edilecek vakıa koşul vakıalar, daha geniş bir ifade ile maddi vakıalardır. Bu maddi olaylar davanın çözümüne yönelik olmalıdır⁶. Daha farklı bir ifade ile, tarafların sunduğu her vakıanın ispatına gerek yoktur. Çekişmeli olmayan, davanın çözümüne katkısı olmayan bir vakıanın ispatına da gerek yoktur⁷.

Bununla birlikte hukuk kurallarının ispatına gerek yoktur (HUMK m.76). Kanunda belirlenen kural bu olmakla birlikte tarafların yabancı kanun hükümlerine dayanmaları durumunda, yabancı kanun hükmüne dayanan taraf bunu ispatla yükümlüdür⁸. Ancak o somut olayda yabancı hukukun uygulanacağını ispatı gerekmez, hakim lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarını kendiliğinden uygular⁹. Hakim, uygulanacak yabancı hukukun ilgili normunu biliyorsa, bunu kendiliğinden uygular; bilmiyorsa işte o zaman yabancı hukuk kuralının ispatlanmasına gerek vardır¹⁰.

Örf ve adet kuralının ise ispatın konusu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, örf ve adetin hakim tarafından re'sen göz önüne alınması gerektiğini, dolayısıyla da ispata ihtiyaç duymadığı yönündedir¹¹. Diğer bir görüş ise aksine, örf ve adet kurallarının da ispat edilmesi gerektiğini, hakim bunları kendiliğinden göz önüne alamayacağını savunmaktadır¹². Kanaatimizce de, örf ve adetlerin çokluğu ve çeşitliliği karşısında hakim bunları re'sen göz önünde bulundurması beklenemez. Bu nedenle, örf ve adete dayanan taraf bunu ispatla mükellef tutulmalıdır.

⁶ POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975, s. 528, KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 375-376, KARAFAKİH, s. 166. Maddi vakıa ile koşul vakıa farklı anlamlar taşımaktadır. Maddi vakıalar, genel olarak uyumsuzluk konusu vakıayı meydana getiren sübjektif, alt vakıalardır. Koşul vakıalar ise, kanunun objektif ve soyut olarak düzenlediği ve kendisine hukuksal bir sonuç bağladığı vakıalardır. Maddi vakıalar soyut ve objektif hukuk normunun sonucunu harekete geçirmeye uygun düştüğü ölçüde ispatın konusunu oluşturur. Uyumsuzluğun çözümüne ilişkin olan ve önem taşıyan vakıalar da işte bu vakıalardır.

⁷ BİLGE, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, İkinci Basım, Ankara 1967, s. 435, AÇAN, İbrahim, Delil, Ankara Barosu Dergisi, 1975, S. 7-8, s. 478.

⁸ KARAFAKİH, s. 166, ANSAY, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usûlleri, Yedinci Baskı, Ankara 1960, s. 252, KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 374, AÇAN, s. 478.

⁹ UMAR/YILMAZ, s. 20.

¹⁰ UMAR/YILMAZ, s. 21.

¹¹ KARAFAKİH, S. 75-76.

¹² UMAR/YILMAZ, s. 22, BİLGE, s. 435, KURU, Usûl, s. 1967.

Doktrinde ispat yükü, objektif ispat yükü ve sübjektif ispat yükü olarak iki başlık altında incelenmektedir^{13,14}. Ancak bu iki kavramın birbirine karıştırılmaması amacıyla objektif ispat yükü yerine sadece *ispat yükü*, sübjektif ispat yükü yerine ise *delil ikame yükü* kavramlarının kullanılmasının yerinde olacağı kanısındayız¹⁵.

Bu açıklamaların ışığında, ispat yükü kısaca “*belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesidir*” şeklinde tanımlanabilir¹⁶. Diğer bir deyişe ispat yükü, ispatsızlığın riski ve buna bağlı olarak doğan sonuçlardır. Uyuşmazlık konusu olayın belirlenememesi durumunda, bu belirsizliğin kimin aleyhine sonuç doğuracağı sorunun yanıtı ispat yükü ile tespit edilir¹⁷. İspat yükü kuralları, maddi hukuka ilişkin olup¹⁸, hakime önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili bir

¹³ KİPER, Osman, Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara 1995, s. 13; yazar Blomeyer’e yaptığı dolaylı atıfla objektif ispat yükünün taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olduğunu, sübjektif ispat yükünün ise re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Sübjektif ispat yükünün delil ikame yükü olduğu düşünüldüğünde, bu tespitin ispat kurallarının usûl hukukuna göre belirlendiği görüşü ile paralel olduğu, re’sen araştırma ilkesinin uygulanacağı davalarda hakim vakıaları kendiliğinden belirleyeceği ve inceleyeceği gerçeği karşısında artık bir ispat sorununun da kalmayacağı sonucuna ulaşılabilir. Ancak kanaatimizce bu tespit hatalıdır. Zira sonuç bağlanan vakıalar maddi hukuka göre belirlenir, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da durum aynıdır. Dolayısıyla objektif veya sübjektif ispat yükü, yargılamada ister taraflarca getirilme ilkesi, ister re’sen inceleme ilkesi geçerli olsun, mevcuttur.

¹⁴ ATALAY, s. 8; “İspat yükü bir çok yazar tarafından bir üst kavram olarak algılanmakta ve bunun altında objektif ispat yükü-sübjektif ispat yükü (delil ikame yükü) soyut-somut ispat yükü ve maddi-şekli (usûli) ispat yükü kavramları şeklinde ayrımlar yapılmaktadır.”

¹⁵ ATALAY, s. 9.

¹⁶ ATALAY, s. 9, UMAR/YILMAZ, s. 3, KARAFAKİH, s. 169, BONNIER, Edouard; Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel, 5ème Edition, Paris, 1888, s. 23, 13. HD. E. 1990/6807, K. 1991/860, T. 31.01.1991; “Kanun aksini emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını ispatla yükümlüdür (MK. m. 6). Buna göre ispat yükü kural olarak davacıya düşer. Davacı, davasını dayandırdığı vakıaları ispat etmekle yükümlüdür. Davacı bunu ispat edince bu defa davalı, savunmasını dayandırdığı vakıaları ispat edecektir.”, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

¹⁷ ATALAY, s. 9, UMAR/YILMAZ, s. 4, POSTACIOĞLU, s. 534, VİNCENT, Jean, GUİNCARD, Serge; Procédure Civile, 20ème Edition, Paris, 1981, s. 977.

¹⁸ ANSAY, s. 253., ispat kurallarının maddi hukuka ilişkin olmasının yanında, ispat araçları ve ispat yolları elbette ki usûl hukukuna ilişkin bir konudur.: “...fakat taraflardan birinin iddia ettiği hukuki neticeyi varid ve haklı kılmak, bu iddiaya uyan hukuku uygulamak için hangi vakıaların ispatı lazım geldiğini maddi hukuk tayin eder.”. Bu görüşe katılmakla beraber, bu hususta doktrinde tartışma olduğunu da belirtmek gerekir. İspat yükü kurallarının maddi hukuka ilişkin olduğunu savunan görüş, savını şu temele dayandırmaktadır: Uyuşmazlık konusu olayın koşul vakıasının ispatlanması gerektiğinden, bu koşul vakıayı belirleyen maddi hukuk olduğundan ve bu koşul vakıa ispatlanamadığında karşılaşılabilecek sonucu da maddi hukuk düzenlediğinden, ispat yükü kuralları maddi hukuka ilişkindir. İspat yükü kurallarını usûl hukuku kurallarının belirlediğini savunanlar ise, ispat yükü kurallarının ancak bir yargılama sırasında söz konusu olabileceğini, ispat faaliyetinin belli bir yargılama çeşidine bağlı olarak gerçekleşebileceğini, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı

karar verme yükümlülüğü yükleyen kurallardır¹⁹. Bu ispat etme zorunluluğu, özel hukuktaki anlamıyla bir yükümlülük değil, bir yükür. “Taraf kendisi tarafından ispatı gereken bir vakıayı ispat edemezse, karşı taraf (ve mahkeme) onu mutlaka ispat etmesini isteyemez (yükümlülük)”²⁰. Bu ispatsızlık durumunda karşılaşılabacak sonuç, iddianın ispatsız kalması, dolayısıyla davanın kaybedilmesi riskidir²¹. Atalay, objektif ispat yükünün gerçek anlamda bir yük olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, ispat yükü delillerin ikamesinden sonra ortaya çıkacak belirsizliğe ilişkindir. Dolayısıyla davanın başında girişilen ispat faaliyeti ve delil ikamesi kavramlarından ayrılır. Usûli anlamda yük, tarafların davranışlarına ilişkin olup, bunu gerçekleştirilmemesi sonucunda doğacak olumsuz sonuçlara katlanma anlamına gelir. İspat yükü kendisine yüklenen taraf iddiasını ispatlamak için hiçbir faaliyette bulunmayabileceği gibi, tüm çabasına rağmen hakimde bir kanaat tesis edememiş de olabilir. Dolayısıyla ispat yükü gerçek (usûli) anlamda bir yük değildir²².

İspat yüküne belirsizliğin doğduğu anlarda ihtiyaç duyulur. Daha açık bir ifade ile, ileri sürülen somut vakıaların iddia edildiği biçimde gerçekleştiğinin ortaya koyulamadığı, maddi gerçeğin tam olarak açıklığa kavuşmadığı ve hakimde karar vermeye yetecek ölçüde kanaat oluşmadığı belirsizlik anında ispat yükü fonksiyonel bir anlam taşır. İspat yükü kurallarına başvurulabilmesi için, bu belirsizliğin somut vakıa ve delillerin sunulmasından sonra gerçekleşen belirsizlik olması gerekir. Bu belirsizlik hali neticesinde, maddi olayın iddia edildiği şekilde gerçekleştiği yönünde kanaat edinemeyen hakim, ispat yükü kurallarına başvurarak bu belirsizliğin kimin aleyhine sonuç doğuracağını tespit edecektir. Hakim eğer karşı ispat faaliyeti neticesinde iddia edilen vakıanın doğru olmadığı yönünde bir kanaat edindiyse artık

davalarda ispat sorununun da çıkmayacağını, bu nedenlerle ispat yükü kurallarının usûl hukukuna ilişkin olduğunu savunmaktadır, UMAR/YILMAZ, s. 8-9. BİLGE ise neyin ispat edilmesi gerektiği meselesinin maddi hukuka fakat kimin ispat etmesi gerektiğinin ise yargılama hukukuna ait olduğunu kanısındadır, BİLGE, s. 442, VİNCENT/GUİNCARD, s. 974.

¹⁹ ATALAY, s. 9, POSTACIOĞLU, s. 534-535, ÜSTÜNDAĞ, s. 613,

²⁰ KURU, Usûl, s. 1972, BİLGE, s. 441, BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 1711 sayılı Kanuna göre Yeniden Yaızlmış 3. Baskı, Ankara 1978, s. 499.

²¹ 18.HD, E. 2006/7144, K. 2006/7165, T. 02.10.2006, “Kendisine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, diğer tarafın onun iddiasının aksini ispat etmesine gerek yoktur. O iddia (vakıa) ispat edilememiş sayılır.” www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

²² ATALAY, s. 14.

burada ispat yüküne dayanan bir karar vermeye gerek yoktur. Zira ispat yükü kurallarına ancak hakimde kanaat oluşmadığı durumlarda başvurulur²³.

Umar/Yılmaz, yargıcın öncelikle ispat yükünü belirledikten sonra, karşı tarafın ispat yükünü yüklenen tarafın öncelikle ispat etmesini beklemesi gerektiğini savunmaktadır²⁴. Ancak bu durumda belirsizlik durumu mevcut olmadığından ispat yüküne başvurulması gerekmediği kanaatindeyiz. Zira ispat yükü kendisine düşen taraf iddiasını ispatlayamazsa, hakimde olumsuz da olsa bir kanaat oluşur. Karşı tarafın da bu durumda delil sunması mümkün olmakla beraber, bu faaliyet ispat yükünün karşı tarafa geçtiği, yani karşı delil ileri sürenin ispat yükünü üzerine aldığı anlamına gelmez (HUMK m. 239)²⁵. Dolayısıyla denilebilir ki; ispat yükü kurallarının uygulanması için delillerin ikamesi aşamasının sona ermesinin beklenmesi daha uygun olur.

İspat yükünün hakim tarafından yanlış dağıtılması, hakimde net kanaat olduğu durumlarda bozma nedeni sayılmamalıdır. Zira bu tarz bir bozma, sonucu etkilemeyeceğinden yararı ve gereği bulunmamaktadır²⁶.

Doktrinde ispat yükünün yer değiştirip değiştirmediği konusunda değişik görüşler mevcuttur. Güncel olarak kabul edilen görüş ispat yükünün yer değiştirmeyeceğidir²⁷. Bu tartışmanın temel nedeninin, objektif ispat yükü-sübjektif ispat yükü kavramlarının karıştırılması olduğu söylenebilir. Bu tartışmanın özellikle yoğunlaştığı konu menfi vakıaların ispatıdır. Üstündağ'a göre, menfi vakıaların

²³ ATALAY, s. 10-11, UMAR/YILMAZ, s. 2,4, KARAFAKİH, s. 169; "Hukuki münasebet sarih ise beyine külfeti de yoktur", KURU, Usûl, s. 1972, yazar her iki tarafın da ispat yükünün kime düştüğünü gözetmeden delil ikame ettikleri ve vakıaların aydınlanmış olduğu durumlarda ispat yükünün kime düştüğünün belirlenmesinde bir fayda bulunmadığını belirtmiştir. Buna karşılık, gösterilen delillerin hakimde tam bir kanaat oluşturmaması durumunda ispat yükünün belirlenmesi önem taşır. Zira hakim önüne gelen uyumsuzluğun esası hakkında bir karar vermekle yükümlüdür.

²⁴ UMAR/YILMAZ, s. 6-7. Yazarlar kanaatimizce bu durumu bir olasılık olarak değerlendirmektedirler.

²⁵ ATALAY, s. 13. Yazar, bu tespitin objektif ispat yükü açısından değerlendirildiğinde tartışmaya açık olduğunu savunmaktadır: "... objektif ispat yükünün davanın başında belirlenmesi, ispat yüküne dayanan bir karar verilmesi anlamına gelmez. Olsa olsa bu aşamadaki bir belirleme, delil ikame yükünün kime düştüğüne ilişkin olabilir ki, bu kavramın objektif ispat yükü yerine kullanılması bazı karışıklıklara yol açabilir."

²⁶ UMAR/YILMAZ, s. 4, Ancak ÜSTÜNDAĞ, 11. HD nin 22.06.1984 tarihli kararına dayanarak ispat yükünün uygun dağıtılmasının bir bozma nedeni olacağını savunmaktadır, ÜSTÜNDAĞ, s. 616.

²⁷ ATALAY, s. 15, UMAR/YILMAZ, s. 34-35, PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, S. 406.

ispatındaki zorluk nedeniyle ispat yükünün yer değiştirmesi öngörölmüş olup, ispat yükünün yer değiştirmesi için üç şart aranmalıdır: 1. Menfi vakıayı ispat imkansız veya güç olmalıdır, 2. İspat yükü yeniden dağıtılması adalete aykırı olmamalıdır, 3. Kanunun lafzı ve ruhu bu yer değiştirmeye cevaz vermelidir. Yazara göre, her menfi vakıa ile karşılaşıldığında ispat yükünün yer değiştirmesinden bahsedilemez, örneğin hakkın doğumu bir menfi vakıanın ispatına bağlı ise bu menfi vakıayı mutlaka davacı ispat etmelidir. Ancak yazar “Menfi vakıanın aksi olan müspet vakıanın ispatı diğer tarafa tahmil edilebilmelidir. Bu takdirde ispat yükü yer değiştirmiş olmaz. Zira diğer taraf bunu ispatta başarıya ulaşamazsa, prensip itibariyle ispat yükü kendisine düşenin izahlarının doğruluğu lehine bir fiili karinenin varlığı kabul edilir ve böylece menfi vakıa ispat edilmiş sayılır”²⁸ ifadesiyle aslında dlil ikame yükünün karşı tarafa yüklenebileceğini kastedtiği kanaatindeyiz. Bir an yazarın objektif ispat yükünün yer değiştireceğini savunduğu, yani menfi vakıaya karşılık gelen müspet vakıanın karşı tarafça ispat edileceği düşünölürse şöyle bir sonuca ulaşılır: İleri sürölen menfi vakıadan kendi lehine hak çıkaran taraf açısından menfi vakıa ispat edilememiş sayılır. Bu durum MK m. 6 daki genel ilke gereğince iddia ettiği vakıayı ispat edemeyen (menfi vakıayı ileri süren) taraf aleyhine bir karar verilmesi riskini doğuracaktır. Dolayısıyla burada ispat yükünü taşıyan taraf yine menfi vakıayı ileri süren taraftır. Karşı tarafın giriştiği ise, karşı ispat faaliyetinden ibaret olup, sadece kendi ileri sürdüğü müspet vakıanın ispatsızlığı riskini taşımakta, yoksa menfi vakıayı ileri süren tarafın riskini taşımamaktadır. Atalay’a göre de, “... bir vakıanın ispatsız veya belirsiz kalması ancak o vakıanın geręekleřtięi iddiası ile kendi lehine sonuç çıkarmaya çalışan tarafın aleyhine olabilir; bu taraf önceden somut olaylara bağlı olmaksızın, soyut hukuk kuralının niteliği gereği bellidir ve değişmez”²⁹.

Doktrinde ispat yükünün dağıtılmasına ilişkin kurallarda iyiniyetin göz önüne alınacağı ve delillere daha kolay ulaşacak tarafa ispat yükünün yüklenmesi gerektiği de savunulmaktadır³⁰. Bu duruma örnek olarak da, yukarıda değinilen menfi vakıanın aksi olan müspet vakıanın ispatı konusu örnek verilmektedir.

²⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 619-620.

²⁹ ATALAY, s. 15-16, aynı yönde görüş için bkz. KİPER, s. 15.

³⁰ BİLGE, s. 444, BERKİN, s. 173.

Berkin ise, belirsizliğin doğma anını davacının iddiasını sunduğu an olarak belirleyerek şu sonuca varmıştır: “Davacı iddiasını ispat ettikten sonra ispat külfeti davalıya geçerek yer değiştirir. Bu halde davalının müdafaasını ispat etmesi gerekir; ispat edemezse, aleyhine hüküm verilir.”³¹. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ispat yüküne dayalı karar verilebileceği an, delillerin ikamesi aşaması da sona erdikten sonra hakimde herhangi bir kanaatin oluşmadığı andır. Dolayısıyla, davacının iddiasını sunduktan ve ispat ettikten sonra ispat yükünün davalıya geçmesi tespiti kanaatimizce doğru kabul edilemez. Zira, ispat yükü, davada ileri sürülen vakıaların tamamına için değil, her bir vakıa için ayrı ayrı tespit edilir.

Kanaatimizce, yukarıda değinilen karşı görüşlerin delil ikame yükü açısından değerlendirilmesi gerekli olup, bu görüşler (objektif) ispat yükü ile bağdaşmamaktadır. Delil ikame yükü (Sübjektif ispat yükü) ile (objektif) ispat yükü birbirinden farklı kavramlardır. Zira ispat yükü kuralları maddi hukuka ilişkin kurallardan olup, somut olaydan bağımsız bir biçimde belirlenir, ispat yükü kuralları sabittir. Ancak delil ikame yükü³², somut olayda bir ispat imkansızlığının doğması halinde karşı tarafa geçirilebilir³³.

Delil ikame yükü konusuna aşağıda değineceğimizden burada bu kadar açıklama ile yetiniyoruz.

M.K. m.6 da ispat yüküne ilişkin genel kural belirlenmiştir: “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlamakla yükümlüdür.*” Bu hükmün ispat yükü kavramını yeterince açıkladığını söylemek güçtür. Anılan bu hüküm, yukarıda açıklanmaya çalışılan ispat yükünün paylaştırılması sorununu çözememektedir. Örneğin her iki tarafında aynı

³¹ BERKİN, s. 171.

³² Delil İkame Yükü’ne ilişkin açıklamalar için bkz. s. 10. Yargıtay bir kararında, aksi ispat faaliyeti olarak gerçekleştirilen faaliyette, hatalı olarak ispat yükünün yer değiştirdiğini ifade etmiştir. Ancak karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, davalı farklı bir vakıa ileri sürmektedir. Bu nedenle, ispat yükünün artık bu yeni vakıa için yeniden dağıtılması gerekir.: “*Davacı, üç adet senedin bedelsiz olduğunu iddia ederek, bu senetlerin iptalini istemiştir. Kural olarak isbat yükü senedin bedelsiz olduğunu iddia eden davacıya düşer (Medeni Kanunun m. 6). Ancak davalı; senetlerin düzenlenme sebebi (malen) olduğu halde, bunların borç para karşılığında verildiğini savunmakla, senedi talil etmiş olduğundan ispat yükü yer değiştirerek davalıya düşer.*”, Yargıtay HGK, E. 1985/11-17, K. 1986/388, T. 09.04.1986, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

³³ ATALAY, s. 16, UMAR/YILMAZ, s. 34-35.

vakıa ve ilişkiye dayanarak iddiada bulunduğu durumlarda sorunun M.K. m. 6 ya göre çözümlenmesi güçtür. Zira her iki taraf da iddiada bulunmaktadır³⁴. Ancak elbette bu hükmün ışığı altında, ispat yüküne getirilen bazı sınırlamaları belirlemek mümkündür. Şöyle ki³⁵;

- Ancak davanın çözümüne etki edecek olayların ispatlanması gerekir (HUMK m. 238/1). Daha açık bir ifade ile, kanunun hukuki bir sonuç bağlamadığı vakıaların ispatına gerek yoktur³⁶.
- Tarafların üzerinde mutabık olduğu vakıaların ispatına gerek yoktur. Çekişmeli olmayan vakıalarla ilgili ispat yükü her iki tarafa da yüklenemez. Taraflardan birinin iddia karşısında susması, o hususu ikrar ettiği anlamına gelmediğinden, ispat yükü varolacaktır. Ancak re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkeme tarafların ikrarı ile bağlı olmadığından, çekişmeli olmayan unsurların da ispatını isteyebilir³⁷.
- Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 238. Maddesinin ikinci bendinde maruf ve meşhur vakıaların çekişmeli sayılmayacağı, devam eden 239. Maddesinde de herkesçe bilinen durumların aksinin ispat edilebileceği düzenlenmiştir³⁸.
- MK m. 6 daki "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça*" ifadesinden hareketle, kanunun ispat yükü ile ilgili özel düzenleme yaptığı durumlarda bu düzenlemelere göre ispat yükü dağıtılması gerektiği söylenebilir³⁹.
- Menfi vakılarda ispat yükü ile ilgili açıklama yukarıda yapılmıştı⁴⁰. Bu açıklamaların yanında, bir hakkı dava eden kimsenin, o hakkın halen var olduğunu

³⁴ BELGESAY, İspat Teorisi, s. 20.

³⁵ Bu hususa s. 2 de kısaca değinilmişti. Ancak elbette, buradaki ispat yükünün sınırı adı altında incelenen durumlar, (objektif) ispat yükünün karşı tarafa geçtiği durumlar değil, delil ikame yükünün yer değiştirdiği durumlardır.

³⁶ UMAR/YILMAZ, s. 25. Ancak elbette hakimde, sunulan delilin güvenilirliğine ilişkin bir kanaat oluşturmak için, bazı yan vakıaların ispatı mümkündür.

³⁷ UMAR/YILMAZ, s. 26, UMAR, Bilge; Hak Düşüren Süreye Uyulup uyulmadığı Konusunda İspat Yükünü Taşıyan Taraf, İÜHFM, C. XXX, S. 1-2, s. 898. (Hak Düşürücü Süre)

³⁸ UMAR/YILMAZ, s. 27. POSTACIOĞLU ise, herkesçe bilinen ve ünlü vakıalara dayanma kriterini genel formül olarak benimsemiş, bunun dışındaki durumları ise yan kurallar (tali kaideler) olarak nitelemiştir, POSTACIOĞLU, s. 537-538.

³⁹ KİPER, s. 18, UMAR/YILMAZ, s. 45.

⁴⁰ Bkz. s. 6-7.

da ispatlaması gerekmez⁴¹. Zira, bir hakkın halen var olup olmadığının ispatı demek, bu hakkı hükümden düşüren bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı demek olur ki, bu da bu hakkı ileri süren kimseye, böyle bir olayın gerçekleşmediğinin ispatını yüklemek anlamına gelir. Bu durum, karşı taraf açısından bir itiraz nedeni olup, bu olaydan lehine hak çıkaran da yine aynı karşı taraftır. Bu nedenle, hakkın halen var olduğunu iddia eden kimsenin, böyle bir itirazın yokluğunu ispat etmesinde bir hukuki menfaati (lehine çıkardığı bir hak) bulunmamaktadır⁴².

- Kimi yazarlar ispat yükünün, delilleri daha kolay sağlayabilecek tarafa yükleneceğini, delillere ulaşamayacak tarafa ispat yükü düşmeyeceğini savunmakta, bunu da iyiniyet kuralı ile açıklamaktadırlar⁴³. Kanaatimizce bu görüş, sübjektif ispat yükü (delil ikame yükü) açısından söz konusu olabilir. Yukarıda ispat yükünün yer değiştirmeyeceğine ilişkin açıklamalarımızı tekrarla, bu kritere katılmadığımızı belirtiriz.

- İspat yükü, bir aracı sağlaması uygunken, bunu yapmamış veya böyle bir araç sağlamışken sonradan yitirmiş, yok etmiş olana yüklenir⁴⁴.

- Kanuni bir karineye dayanan tarafa ispat yükü yüklenmez. Bu ölçütten ayrı olarak, resmi sicil ve senetlere dayanan tarafın da ispat yükü yüklenmeyeceği belirtilmişse de, kanuni sicil veya senetlere dayanma durumunun karinelerin içerisinde zaten var olduğunu söylemek mümkündür⁴⁵.

Postacıoğlu, belirlenen bu kriterlerin çok “kaypak” olduğunu savunmaktadır⁴⁶. Aynı yönde görüş sahibi Umar/Yılmaz da ispat yükünün dağıtılmasında “norm kuramı”nın daha yol gösterici olduğu görüşündedir⁴⁷.

⁴¹ UMAR/YILMAZ, s. 28.

⁴² UMAR/YILMAZ, s. 28. Ancak yazarlar bir hukuksal durumun belli bir anda varolduğunun ispatının bazen gerekebileceğini, bu durumda da ispat yükünün ona dayanan tarafta olduğunu belirtmişlerdir: “Örneğin vekilin bağittığı sözleşmeden dolayı vekillik verene (müvekkile) karşı bir isten öne sürüldüğünde, vekillik veren, vekili görevden uzaklaştırmış olduğunu ve sözleşmenin, temsil yetkisi geri alındıktan sonra yapıldığını iddia ederse, belirsizliğin riski, yani ispat yükü istemi öne süren kimseye düşer.”

⁴³ POSTACIOĞLU, s. 539, ÜSTÜNDAĞ, s. 619-620, BERKİN, s. 173.

⁴⁴ UMAR/YILMAZ, s. 47. KİPER, s. 18.

⁴⁵ UMAR/YILMAZ, s. 47. KİPER, s. 18, karineler için bkz. s. 13 vd.

⁴⁶ POSTACIOĞLU, s. 539.

⁴⁷ UMAR/YILMAZ, s. 48. Yazarlara göre norm kuramı, çok kısaca; iki taraftan her birinin, kendi istemine veya savunmasına dayanak olan, yani kendi lehine bulunan normun öge olayları için ispat

II. DELİL İKAME YÜKÜ

Delilin ispat faaliyeti sırasında kullanılan araç olduğuna yukarıda değinmiştik⁴⁸. Kanunda delil göstermeye ilişkin düzenlenmiş kuralların bir kısmı delil ikame yükünün düzenlenmesine ilişkindir⁴⁹. Delil ikame yükü “*aleyhte bir karar verme tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla taraflara düşen, kendi delil gösterme işiyle belli bir olay hakkında kendi iddiasının doğruluğu veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığı hakkında yargıcın kanaat edinmesini sağlamak ödevi*” olarak tanımlanabilir⁵⁰. Delil ikame yükü, bu yönüyle ispat yükünden ayrılır. Zira ispat yükü, iddia edilen olayın gerçekleşmiş olup olmaması neticesinde, hakimin aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesi olarak tanımlanırken, delil ikame yükü, bu ispat işlemi sırasında yapılacak delil gösterme faaliyetinin sonucu olarak hakimde kanaat yaratma ödevidir.

Delil ikame yükü, gerçek anlamda usûli bir yüküdür. Zira delil ikame etmeye ilişkin kurallar usûle ilişkin olup, delil ikame etmeme veya delil ikame faaliyetinin başarısız sadece istenen usûli hedefe ulaşamamak sonucunu doğurur⁵¹.

İspat yükü ve delil ikame yükü sıklıkla birbirine karıştırılan kavramlardır. İspat yükünün ikili bir ayrıma tabi tutularak, objektif ispat yükü-sübjektif ispat yükü olarak nitelendirilmesi, sübjektif ispat yüküne delil ikame yükü denmesi doğru olacaktır⁵². Bu ayrım ispat yükünün yer değiştirmemesi açısından da ifade hatalarının önüne geçecektir. Bu ayrımın bir diğer nedeni ise, ispat yükünün düzenleyen kuralların maddi hukuka, delil ikame yükünü düzenleyen kuralların ise usûl hukukuna ilişkin olmasıdır. İspat yükü kurallarına yargılama sonunda doğabilecek

yükünü taşımasıdır. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM ise norm kuramını şu şekilde tanımlamaktadır: “Bir hukuk normuna dayanarak hak iddia eden kişi o hukuk normunun soyut unsur vakıalarının ispat yükünü taşıyacak (bunların içinde menfi vakıalar da olabilir), buna karşılık bu hakkın doğumuna engel olan, bu hakkı düşüren veya bu hakkın kullanılmasına engel olan normlara dayanan taraf bu normların unsur vakıasının ispat yükünü taşıyacaktır.”. ALANGOYA H. Yavuz/YILDIRIM Kamil/DEREN YILDIRIM Nevhis, Medeni Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2007, s. 336.

⁴⁸ Bkz. s. 2.

⁴⁹ UMAR/YILMAZ, s. 34.

⁵⁰ UMAR/YILMAZ, s. 34, ATALAY, s. 16.

⁵¹ ATALAY, s. 17.

⁵² ATALAY, s. 9.

bir belirsizlik durumunda başvurulabilecekken, delil ikame yükü kurallarına yargılama sırasında, ispat sonucuna ulaşmak için başvurulur⁵³.

Delil ikame yükünün de ikiye ayrılarak incelenmesi mümkündür: Soyut delil ikame yükü-somut delil ikame yükü. *Soyut delil ikame yükü*, somut uyuşmazlıkla bağlı olmaksızın, taraflardan birinin, kanunda belirtilen koşul vakıaya ulaşmak için bu vakıa hakkında giriştiği delil ikame faaliyetidir. Bu yük kural olarak objektif ispat yükü kurallarına göre dağıtılır⁵⁴. *Somut delil ikame yükü* ise, somut uyuşmazlıkta, hakimin vakıalar hakkında belli bir derece bilgi sahibi olmasından sonra taraflardan hangisini delil ikame etmeye davet edeceğine ilişkindir. Bu yönüyle somut delil ikame yükü ispat yükü kurallarından ayrılarak delillerin değerlendirilmesi faaliyetine yaklaşır. Bu nedenle somut delil ikame yükünün sabit olmayıp taraflar arasında yer değiştirdiğini söylemek mümkündür⁵⁵.

Bu bilgiler ışığında denilebilir ki; soyut delil ikame yükü, davanın başında, somut uyuşmazlıktan bağımsız bir şekilde belirlenmekteyken, somut delil ikame yükü davanın ilerleyen aşamalarında, somut uyuşmazlığın çözümündeki ilerlemeye bağlı olarak belirlenir. Kural olarak soyut delil ikame yükü, objektif ispat yükünü taşıyan tarafa yüklenir⁵⁶. Yani ispat yükünü taşıyan taraf, somut uyuşmazlıktan bağımsız olarak, iddia ettiği vakıaları ispatlama yükünü de üstlenir⁵⁷. Ancak bu durum elbette somut delil ikame yükü-soyut delil ikame yükünün gereksiz bir ayrım olduğu anlamına gelmez, zira somut delil ikame yükü davanın ilerleyen aşamasında belirlenen ve taraf değiştirebilen bir olgudur⁵⁸.

Somut delil ikame yükünün karşı tarafa geçebileceği durumlara örnek olarak, normal ve olağan durumun aksinin iddia edildiği durumlar ile ispat güclüğü veya imkansızlığının bulunduğu durumlar örnek olarak verilebilir. Bu iki örnek yukarıda ispat yükünün sınırı olarak incelenmişti. Örneklerin aynı zamanda sınır teşkil etmesi

⁵³ ATALAY, s.17.

⁵⁴ PRÜTTİNG, s. 8, 23 (ATALAY, s. 18.den naklen).

⁵⁵ PRÜTTİNG, s. 24, 28 (ATALAY, s. 18.den naklen).

⁵⁶ UMAR/YILMAZ, s. 34.

⁵⁷ ATALAY, s. 19.

⁵⁸ UMAR/YILMAZ, s. 34.

yukarıda da değindiğimiz dava başında ispat yükü ile soyut delil ikame yükünün aynı tarafta toplanması durumuyla açıklanır. Zira yargılama başında ortada sadece bir iddia ve buna bağlı objektif ispat yükü vardır. Medeni Kanunun 6. Maddesinin doğal sonucu olarak ispat yükünü taşıyan soyut delil ikame yükünü de taşır. Ancak yargılamanın ilerleyen aşamalarında, uyuşmazlık konusu vakıa, koşul vakıaların dışında somutlaşır ve kimi zaman bu somut vakıanın ispatı, onu iddia eden tarafından gerçekleştirilemez veya gerçekleştirilmesi iyiniyete aykırı bir durum teşkil eder. İşte bu nedenle somutlaşan delil ikame yükü karşı tarafa yüklenerek, uyuşmazlık konusunun aydınlanmasına çalışılır.

III. KARİNE

Karine, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuçtur⁵⁹. İspat hukukunda karine, vasıtalı delillerle ispat edilen bir olayın, ispat edilemeyen sonucu olarak tanımlanmaktadır⁶⁰.

Karineleri iki ana parça şeklinde incelemek gerekir: Karine temeli ve karine sonucu. Örneğin zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesinde, zilyetlik karine temeli, mülkiyet ise karine sonucudur. Dolayısıyla, karine temelinin ispatı, karine sonucuna ulaşılabilmesi için gereklidir. Karine temeli ispat edilince, karine sonucuna ulaşılmış kabul edilir⁶¹.

Kanunda veya doktrinde karine olarak nitelenen tüm kurallar, teknik anlamıyla karine teşkil etmez⁶². Örneğin MK m. 3'te "*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.*"

Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz." Denmektedir. Bu düzenleme bir karineden ziyade,

⁵⁹ KURU, Usûl, s. 2006, KARAFAKİH, s. 170, KİPER, s. 18, BİLGE, s. 446, UMAR/YILMAZ, s. 165. Bu tanım Fransız Medeni Kanunun 1349. Maddesinden esinlenerek yapılmış olup, kanun metninin çevirisi de "*Karine olumlu veya olumsuz bir olaydan kanunun veya kanun koyucunun çıkardığı sonuçlardır*" şeklindedir.

⁶⁰ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 391, UMAR, Bilge, Hususi Hukukta Karineler, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, s. 181(Karine), TAŞPINAR, Sema, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, C.45, S. 1-4, 1996, s. 534.

⁶¹ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 391.

⁶² UMAR, Karine, s. 184.

kanunun bir kabulünden bahsetmek doğru olur⁶³. Bu tip kabullere, *sözde karine* adı verilmektedir⁶⁴. Doktrinde, bu kabulün ispatı kolaylaştırmak amacıyla düzenlendiği, kötü niyeti ispata yarayan vakıalar nedeniyle, kötüniyeti ispat yükünü taşıyan taraf açısından bir ispat güçlüğüne mevcut olduğu görüşü de savunulmaktadır⁶⁵.

Karineler yasal (kanuni) karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Kanuni karineler de olay karineleri ve hak karineleri olmak üzere iki başlık altında incelenir⁶⁶.

Fiili karineler, hakim tarafından somut vakıadan çıkarılan sonuçlar olup, bunlar aslen kanunda yer almaz⁶⁷. Bu yönleriyle fiili karineler, yaşam deneyi kurallarıdır ve her vakıaya göre farklılık gösterebilir⁶⁸. Hakim belli olmayan bir olaydan, kanaate ulaşmak amacıyla bu fiili karinelere başvurur. Fiili karineler ispat yükü açısından bir sınır veya istisna⁶⁹ teşkil etmezler.

Kanuni karine ise, kanun tarafından belli bir olaydan belli olmayan bir olay için çıkartılan sonuçtur⁷⁰. Kanuni (kesin) karineler ispat yüküne gerçek bir istisna teşkil eder. Zira kanuni bir karineye dayanan taraf artık onu ispatla yükümlü tutulamaz⁷¹. Kanuni karineler karine sonucu açısından da, olay (vakıa) karinesi ve

⁶³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 394, iyiniyet kabulünün, karine niteliğinde olduğu görüşü için bkz. ALANGOYA, H. Yavuz; İspat Yükü Yönünden MK 3, İÜHFİM, C. XXVII, S. 1-4, 1962, s. 358. (MK m. 3)

⁶⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 394, TAŞPINAR, s. 535.

⁶⁵ ALANGOYA, MK m. 3, s. 358.

⁶⁶ UMAR/YILMAZ, s. 165, ANSAY, s. 264-265, BİLGE, s. 446-447, KİPER, s. 18-19.

⁶⁷ UMAR/YILMAZ, s. 166.

⁶⁸ UMAR/YILMAZ, s. 166, KİPER, s. 19, KARAFAKİH, s. 170.

⁶⁹ BİLGE, s. 446, Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararında, fiili karinelerin de ispat yükü açısından istisna teşkil edeceği sonucuna varmıştır: “Örneğin, yaşayan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumlar ile fiili karineler, diğer bir anlatımla MK. 6 da anlamını bulan genel kuralın istinaları şeklinde ispat yükümünü ortadan kaldıran olgular, ispat hukuku açısından alacaklı yararına değerlendirilmeli, bunların aksini iddia eden borçluya ispat yükünün düştüğü kabul edilmeli en önemlisi hükmedilecek zarar miktarı ve kapsamının tesbitinde BK. 43/1 hükmünden yararlanılmalıdır.” Yargıtay HGK, E. 1998/13-353, K. 1999/929, T. 10.11.1999, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

⁷⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 392, KURU, Usûl, s. 2012, UMAR, Karine, 184 vd., TAŞPINAR, s. 534,

⁷¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 392, KURU, Usûl, s. 2012, TAŞPINAR, s. 563, yazara göre karine lehine olan taraf uygulanma şartlarını gösterdikten sonra ispat gerçekleşmiş olur. Artık karşı tarafın girişeceği ispat faaliyeti asıl ispat faaliyeti olur.

hak karinesi olmak üzere ikiye ayrılır⁷². Yine kanuni karineler *kesin kanuni karine* ve *kesin olmayan kanuni karine* şeklinde iki başlık altında incelenir. Kesin kanuni karinelerin aksi iddia ve ispat edilemez⁷³. Bu tip karinelerin en belirgin örneği tapu sicillerine ilişkin olanıdır. Hiç kimse tapu sicilinde kayıtlı olan bir durumu kendisinin bilmediğini ileri süremez (MK m. 1020/3).

Kesin olmayan (adi) kanuni karinelerin ise aksi ispat edilebilir. Ancak aksi ispat edilinceye kadar bu karinelere itibar edilir⁷⁴. Şöyle ki, ispat yükü üzerinde düşen taraf belirsiz olan vakıayı ispat edecek, hakim de buradan bir sonuç çıkaracak ve belirsiz vakıa ispat edilmiş sayılacaktır⁷⁵. Adi kanuni karineye dayanan taraf karine temelini teşkil eden (x) olayını yine ispat eder, bu karineye dayandığı için bu karine temelini ispat yükü kendisine düşer⁷⁶. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus (x) olayının meydana getirdiği sonucu (y) artık buna dayanan tarafın ispat etmesi gerekmediğidir. Başka bir deyişle, ispat yükü karinenin sonucunu oluşturan ve koşul vakıaya karşılık gelen somut vakıaya ilişkin olmayıp, bu vakıanın varlığı veya yokluğunun belirleneceği karine temeli olan vakıaya ilişkindir⁷⁷. Karşı taraf (x) olayının gerçekleşmediği konusunda ise ispat yükünü değil, delil ikame yükünü⁷⁸ üstlenir. Zira, delillerin ikamesi aşamasında karineye dayanan tarafça, hakimde bir kanaat oluşturmaya çalışılır. İspat yükü kendisine düşen taraf, yani karineye dayanan taraf, karine temelini ispat için herhangi bir delil ileri süremese bile hakim, ileri

⁷² ATALAY, s. 46, PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 393, yazarlar bu ayrımı şöyle tanımlamaktadır: “*Olay karinelerinde, belli bir hukuksal sonucun doğumu için gerekli müspet veya menfi vakıanın gerçekleşmiş olduğunun, varlığı anlaşılan ancak bu hukuksal sonuçla ilgisi olmayan başka bir olaydan çıkarılması söz konusudur. Ölüm karinesi (TMK m. 31), babalık karinesi (TMK m. 285) kanuni olay karinesine örnek gösterilebilir. Hak karinelerinde ise, bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığı hakkında hakim bir sonuca varmasını sağlamaktır. Kanuni hak karineleri daima bilinen veya saptanmış bir olaydan hareket etmektedir*”. UMAR, Karine, s. 182.

⁷³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 393, KURU, Usûl, s. 2012.

⁷⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 393, KURU, Usûl, s. 2013.

⁷⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 392.

⁷⁶ UMAR, Karine, s. 189.

⁷⁷ ATALAY, s. 47. “*İspatın konusu artık karinenin temelini oluşturan vakıadır ki, bu da karine dediğimiz normun koşul vakıasını teşkil eder. Zira yasal karineler birer ispat yükü kuralı olarak maddi hukuk kurallarından sayılır ve her maddi hukuk kuralı gibi koşul vakıa ve hukuki sonuç olmak üzere iki bölümden oluşur.*”

⁷⁸ Karşı tarafın, ileri sürülen karine temeli ile ilgili delil ikame yüküyle birlikte, hakimde oluşan kanaati sarsmak amacıyla karşı ispat faaliyetine girişmesi ve karşı delil sunması da mümkündür, ATALAY, s. 48, 50.

sürülen vakıanın doğruluğunu benimseyebilir⁷⁹. Karşı tarafın artık ileri sürülen bu karinenin (vakıa) aksini ispatlaması gerekir. Örneğin, ödeme koşuluyla gönderilen bir malın, alıcıya teslimi, bedelin de ödendiği konusunda bir fiili karine teşkil eder. Bu durumda karşı tarafın bedelin ödenmediğini, yani beklenen sonucun ((y) sonucunun) doğmadığını ispat etmesi gerekir⁸⁰.

Adi kanuni karineye dayanan tarafça gerçekleştirilen faaliyet asıl ispat faaliyetidir. Bu aşamada karşı taraf, delillerin değerlendirilmesi aşamasında hakimde yerleşen kanaati sarsmak amacıyla karşı ispat faaliyetine girişebilir⁸¹. Adi kanuni karinelerin ispatında, ispat yükü, uygulanacak asıl normun koşul vakıasından, karine temeline (karinenin koşul vakıasına) kaydırılmaktadır. Bunun sonucu olarak da karineye dayanan taraf açısından bir “delil ikame muafiyeti” doğmaktadır. Delil ikame muafiyetinin doğal sonucu da karşı tarafa karinenin aksini ispat etme yükünün yüklenmesidir. Bu ispat faaliyeti, “karine şeklindeki normda düzenlenen hukuki sonucun engellenmesi bakımından, kendi lehine olan ve hakkı engelleyici bir vakıa teşkil eden karine temelinin aksini iddia etmek ve onu ispat etmek anlamında bir asıl ispat faaliyetidir.”⁸².

IV. İSPAT ÖLÇÜSÜ

İspat ölçüsü, bir vakıa iddiasının hakim tarafından ispatlanmış kabul edilerek, o vakıanın karşıladığı koşul vakıanın gerçekleşmiş sayılacağı ve normdaki hukuki sonucun doğmuş kabul edileceği anı belirler⁸³. İddia edilen vakıanın ispatlanmış sayılabilmesi için hakim bu vakıa hakkında bir kanaate ulaşmış olması gerekir. İşte bu kanaatin derecesini de ispat ölçüsü belirler⁸⁴. Hakimin normdaki hukuki sonuca karar vermesi için, iddia edilen vakıanın ne ölçüde ispatlanmış sayılabileceği önemli bir sorundur. Kimi zaman vakıanın tam olarak ispatlanmasının gerekmesi, kimi

⁷⁹ UMAR/YILMAZ, s. 166, KİPER, s.19.

⁸⁰ Örnek için bkz. UMAR/YILMAZ, s. 166.

⁸¹ ATALAY, s. 48.

⁸² ATALAY, s. 48-49.

⁸³ ATALAY, s. 37.

⁸⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 408, “ ispat ölçüsü, iddia edilen bir vakıanın hakim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilip bu vakıaya dayanılarak karar verilebileceğini; yani, hakim dayanan vakıayı ispatlanmış kabul edebilmesi için gereken kanaatin derecesini ifade eder.”

zaman ise iddia edilen vakıanın gerçekleştiği yönünde hakimde gerçeğe yakın bir ihtimal bulunması, vakıanın ispatlanmış sayılması için yeterli sayılabilir⁸⁵.

Normlar, sadece kendilerine sonuç bağlanan koşul vakıaları değil, aynı zamanda bu vakıaların hangi ispat ölçüsünde açıklığa kavuşmuş, iddia edildiği biçimde gerçekleşmiş olduğunun kabul edileceğini de düzenlemelidir⁸⁶.

İspat ölçüsü, hem usûl hukuku hem de maddi hukuk kaynaklıdır. Zira, ispat ölçüsünün belirlendiği yer maddi hukuk yani koşul vakıaların düzenlendiği normlar olmakla birlikte, iddianın ne zaman hangi ölçüde ispatlanmış sayılacağı hususu da bir usûl hukuku konusudur⁸⁷.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 288. Maddesinde kesin deliller ispat zorunluluğu getirilerek, hakimde kesin delille ispatın yapıldığı hallerde, herhangi bir tereddüt oluşmaması amaçlanmıştır⁸⁸.

Hukukumuzda kural tam ispat, istisna ise yaklaşık ispattır⁸⁹. *Tam ispat*, hakimde iddia olunan vakıanın gerçekleştiği yönünde tam bir kanaat oluşturma faaliyetidir⁹⁰. Yukarıda da belirtildiği üzere kanunda özel olarak belirtilen durumlarda, örneğin kesin delille ispatta hakim bu kanaate ulaşması daha kolayken, bunun dışındaki durumlarda hakim *“mutlak ve kesin bir kanaate ulaşması değil, vicdani kanaatin tam olması ve bunun da somut ve kabul edilebilir gerekçelerinin olması gerekir”*⁹¹. Hakim tam ispatın arandığı durumlarda, tam araştırma ve değerlendirme yapmalı, beyanlar, deliller arasındaki çelişkileri

⁸⁵ ATALAY, s. 37.

⁸⁶ ATALAY, s.38.

⁸⁷ ATALAY, s.38, Bu yönüyle ispat ölçüsü *karma* nitelikli bir kavramdır.

⁸⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 409.

⁸⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 412, ATALAY, s. 44.

⁹⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 411, ATALAY, s. 43-44, ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 320.

⁹¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 411.

gidermeli, bunlar arasında bağlantı kurmalı ve vicdanen tam bir kanaate ulaşmalıdır⁹².

Yaklaşık ispat ise, kanunda (kesin delille ispat zorunluluğu gibi) açıkça bir düzenlemenin bulunmadığı ve hakimde tam kanaat oluşturacak delillerin objektif olarak ispat yükünü taşıyan taraftan beklenmesinin imkansız olduğu veya dürüstlük kuralı gereği beklenmesinin de mümkün olmadığı durumlarda başvurulabilecek bir kavramdır⁹³. Bu durumda gerçekleşme ihtimalinin mevcut olması yeterlidir⁹⁴. Burada hakim açısından değerlendirme yapılırsa, iddia edilen ve ispatına çalışılan durumun gerçekleşmiş olma ihtimali, gerçekleşmiş olmama ihtimalinden daha fazla olmalıdır⁹⁵. İspat ölçüsünün bu şekilde düşürülmesi ancak takdiri delillerle ispatın caiz olduğu durumlarda mümkündür, yoksa kesin delille ispatın kanun tarafından öngörüldüğü durumlarda yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır⁹⁶.

V. BİR İSPAT TÜRÜ OLARAK İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI

İlk görünüş ispatını tam olarak açıklayabilmek için öncelikle, dolaylı ispat kavramını açıklamak gerekir. Dolaylı ispat, *“iddia edilen vakıayı doğrudan yansıtan ve kendisinden vakıanın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek delillerle değil, emare teşkil eden diğer komşu vakıaların varlığına dayanarak çekişmeli vakıa hakkında hakim tarafından (delillerin değerlendirilmesi yoluyla) bir sonuca varılması yoluyla ispata çalışmaktır.”*⁹⁷. Başka bir ifade ile, ispat doğrudan koşul vakıaya değil de, onun gerçekleşmiş olduğunu delalet edebilecek başka komşu vakıalara dayanıyor ve hakimde tecrübe kuralları ve hayatın olağan akışına göre, bu komşu vakıadan, temeldeki koşul vakıanın ispatlandığı sonucuna ulaşabiliyorsa,

⁹² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, bunu kesinlik sınırındaki ihtimal olarak tanımlamış, bunun nedenini de, daha önce gerçekleşmiş bir olayın, oluş anından çok sonra mahkeme önünde ispat edilmeye çalışıldığını, bu nedenle de her zaman bir yanlış payının bulunduğu olarak açıklamışlardır, s. 409-412.

⁹³ ATALAY, s. 44.

⁹⁴ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 320.

⁹⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 412.

⁹⁶ ATALAY, s. 45.

⁹⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 415, BELGESAY, Şerh, s. 10, *“(Tarafların) İddiayı doğrudan değil de, dolayısıyla ispat edecek vakıaları ispat hakları mutlak değildir.”* Demekle, dolaylı ispat ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi arasındaki ilişkiyi ortaya koymuştur. Kanunun belli bir biçimde ispatını (örneğin kesin delille) öngördüğü hususların artık dolaylı biçimde ispat edilmesi mümkün değildir.

burada dolaylı ispatın olduğundan bahsedilebilir⁹⁸. Dolaylı ispat, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinden⁹⁹ doğar¹⁰⁰. Yine dolaylı ispatın bir türü olan emare ispatı, ilk görünüş ispatı ile karıştırılan bir kavramdır. Atalay'a göre emare, *tecrübe kuralları aracılığıyla, kendilerinden uyuşmazlığa uygulanacak hukuk normunun koşul vakıası hakkında sonuç çıkarılabilen diğer vakılardır*. Bu yönüyle emare ispatın konusunu oluşturur¹⁰¹. Bu yönüyle emare ispatı kanunun vakıanın belli bir biçimde ispat edilmesi şartını aramadığı durumlarda mümkün olur. Emare ispatında, tek başına anlam ifade etmeyen komşu vakıaların, hayat tecrübesi kurallarına göre, hakimde uyuşmazlık konusu vakıaya ilişkin bir kanaat oluşturabilecek biçimde bir araya gelmesi söz konusudur¹⁰². Emare ispatında emare vakıa ve emare sonucu olmak üzere iki temel unsur söz konusudur. Emare vakıa ispat edildikten sonra, hukuki sonuç için önemli olan vakıa ispatlanmalıdır. Bu ispat eyleminin sonucu olarak da, sonuç için önemli vakıanın ispatı için emare sonucuna ulaşılması gerekir¹⁰³. Emare vakıa ve bu vakıanın dayanağı tecrübe kuralı güçlü ise "kuvvetli emare ispatı" ortaya çıkar ki, kuvvetli emare ispatının aslen fiili karineye karşılık geldiği söylenebilir¹⁰⁴.

Emare ispatı gibi yine bir dolaylı ispat türü olan **ilk görünüş ispatı** (prima facie beweis), emare ispatı ile benzer ancak aynı olmayan bir kavramdır. İlk görünüş ispatının, ispat edilen emarelerle, hayatın olağan akışı kurallarına dayanılarak sonuca varılmasının bir şekli olduğu söylenebilir¹⁰⁵. Farklı bir ifade ile, hayatın olağan akışı ve genel tecrübe kurallarına göre, ileri sürülen vakıanın ancak öyle gerçekleşmiş

⁹⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 321, ÜSTÜNDAĞ, s. 621.

⁹⁹ Bu ilkeye HUMK. m. 240'ta yer verilmiştir: "Bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hakim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder".

¹⁰⁰ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 321

¹⁰¹ ATALAY, Oğuz, Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi, Yıl 18, Sayı 70i Temmuz-Ekim 1999, s. 8-9 (Emare İspatı).

¹⁰² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 416, ATALAY, Emare İspatı, s. 9, ÜSTÜNDAĞ, s. 621, YILDIRIM, Kamil; Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990. (Delillerin Değerlendirilmesi) s. 121, yazar, burada bizim dolaylı ispat başlığı altında incelediğimiz emare ispatı ve ilk görünüş ispatını farklı bir biçimde kategorize ederek, ilk görünüş ispatını emare ispatı içerisinde değerlendirmiştir: "Bir iddia tecrübe kurallarının muhtemel kıldığı olaylara binaen emare vakıalar ile de ispatlanabilir. Emare yolu ile ispatın içerisinde ilk görünüş ispatı da girer."

¹⁰³ ATALAY, Emare İspatı, s. 10.

¹⁰⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 417.

¹⁰⁵ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 326.

olacağı kabul edilebiliyorsa, ilk görünüş ispatından bahsedilebilir¹⁰⁶. Emare ispatında olduğu gibi, tam ispatın mümkün olmadığı davalarda uygulanabilen ilk görünüş ispatı yüksek tecrübe kurallarının varlığını gerektirmektedir. İlk görünüş ispatı, daha çok kusurun ve nedensellik bağının tespitinde başvurulacak bir dolaylı ispat türüdür¹⁰⁷. Burada ilk görünüş ispatına başvurulabilmesi için emare vakıa ile kanunda öngörülen koşul vakıa arasında sıkı bir neden-sonuç ilişkisinin kurulabilmesi gerekir ki, buna kuvvetli emare ispatı denir¹⁰⁸.

Pekcanitez/Atalay/Özekes, emare ispatı ile ilk görünüş ispatı arasında nitelik anlamında bir fark bulunmadığını savunmaktadırlar. Zira her ikisi de tecrübe kurallarına dayanmaktadır ve her ikisinde de bilinen bir vakıadan, bir tecrübe kuralı ile, hukuken önem arzeden ispat konusu vakıa hakkında sonuç çıkarılmaktadır. Bununla birlikte karene, emare ve ilk görünüş ispatının ortak noktasını, belli olmayan bir vakıa hakkında görüş sahibi olma halini oluşturur. Emarelerde bir değil, birden çok komşu vakıadan hareketle belirsiz vakıa ispat olmuş sayılırken, fiili karinede ise, belirli bir vakıadan (karene temeli) belirsiz bir vakıa (karene sonucu) ispat edilmiş sayılır¹⁰⁹. Bu açıdan bakılırsa, ilk görünüş ispatının fiili karineye yaklaştığı söylenebilir¹¹⁰.

VI. İSPAT ARAÇLARINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

A. Genel Olarak

Türk Usûl Hukukunda hukuki işlemlerin senetle ispat edileceği hükme bağlanmıştır (HUMK m. 288). Buna göre değeri 540,00-TL¹¹¹ yi aşan hukuki

¹⁰⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 417.

¹⁰⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 327.

¹⁰⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 418, “Örneğin ameliyat olan bir kişinin, kendisini ameliyat eden doktora karşı açtığı tazminat davasında, hastanın karnından çıkarılan ameliyat makası, doktorun bu makası kusurlu olarak hastanın karnında unuttuğunu gösterir.”.

¹⁰⁹ ATALAY, Emare İspatı, s. 14.

¹¹⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 418-419, ATALAY, Emare İspatı, s. 12.

¹¹¹ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’na 26.09.2004 tarih ve 5236 sa. Kanunun 19. maddesi ile eklenen Ek Madde 4 uyarınca, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için Vergi Usûl Kanunu nun mükerrer 298. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığı’nca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirilme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Ayrıca bkz. 20.11.2008 tarih ve 27060 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 387 sıra numaralı Vergi Usûl Kanunu Genel Tebliği.

işlemler senetle ispatlanmalıdır. İsviçre-Türk hukuk doktrinde kabul gören anlamı ile hukuki işlem, kişinin bir hakkın veya bir hukuki ilişkinin kurulması, kaldırılması, değiştirilmesi gibi hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanıdır. Yargıtay’a göre de bir hakkın doğuşu, düşürülmesi, yenilenmesi, devri, ertelenmesi veya kabulü ile ilgili hukuki işlemlerin ispatı senetle yapılmalıdır¹¹².

Özellikle Kuru’nun üzerinde durduğu şekli ile uygulamada hukuki işlem ve hukuki fiil kavramları sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır. Hukuki fiiller maddi vakıaları oluştururlar ve çoğunlukla bir irade beyanı içermezler, içerseler bile bu belli bir hukuki sonuç doğurma amacıyla yapılmaz¹¹³. Bununla birlikte hukuki işlemler hukuki fiillerden oluşmuş olsa da, bir hukuki işlemin temelini oluşturan hukuki fiil (maddi vakıa) üzerinde durulabileceği ve bunun tanıkla ispat edilebileceği görüşüne katılmak mümkün değildir¹¹⁴. Bu durum hukuki işlemin temelindeki hukuki fiilin tanıkla ispat edilmesi ve bu sayede hukuki işlemin de tanıkla ispat edilmiş olması sonucuna yol açar. Bu nedenle ispat faaliyetine girilirken özellikle dikkat edilmesi gereken husus, hukuki işlemin temelini oluşturan maddi vakılardan çok bu maddi vakıaların (hukuki fiillerin) oluşturduğu hukuki işlemdir.

B. Senetle İspat Kuralı ve İstisnaları

Senetle ispat kuralı, doktrinde “takdiri delille ispat yasağı” olarak da tanımlanmaktadır¹¹⁵. HUMK’nun 288. maddesi uyarınca belli bir miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispatı gerekir. Bunun yanında değeri veya miktarına bakılmaksızın, senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen iddialar da senetle ispat olunmalıdır (HUMK m. 290)¹¹⁶. Burada hukuki işlemin niteliği önem taşımamaktadır. Hukuki işlem kazandırıcı ya da tasarrufi olabilir¹¹⁷.

¹¹² YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 210; Ayrıca bir hukuki işlemin senetle ispat edilmesi gerektiği yönünde bkz. İBBGK 24.03.1989 gün, E. 1988/1-K.1989/2 (Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 211).

¹¹³ KURU, s. 449.

¹¹⁴ YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 210.

¹¹⁵ KURU, s. 449.

¹¹⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 447, BELGESAY, Şerh, s. 156.

¹¹⁷ BİLGE, s. 493.

Doktrinde tartışmalı olarak senetle ispat kuralının Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁸. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir zira Alangoya'nın belirttiği üzere senetle ispat kuralını "iradenin geçerli olduğu bir alanda, yasanın, emredici de olmayan sınırlar getirmiş olmasını "meşru vasıta ve yollardan.....iddia ve savunma" da bulunma hakkına aykırı görmek isabetli değildir"¹¹⁹.

Senetle ispata ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkin olmadığından, taraflar uyuşmazlık hakkında tanık dinletmek isterlerse, hakim senetle ispat zorunluluğu hakkındaki kuralı hatırlattıktan sonra, karşı tarafın açık onayını alarak tanık dinleyebilir (m. 289)¹²⁰.

Bu açıklamalar ışığında ispat hukuku sistemimizin senetle ispata ilişkin iki ana kural belirlediğini tespit edebiliriz:

- **Belli bir miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin ispatı senetle yapılır (HUMK 288)**

HUMK m. 288/1 e göre; "bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri 540,00 TL yi geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir." Madde metnine göre belirlenen sınırın üzerindeki tüm hukuki işlemlerin senetle ispatı gerekmektedir. Her ne kadar m. 293'te istisnalar belirlenmiş olsa da ana kural, daha sonra hukuki işlemin değerinin belirlenen sınırdan aşağı düşmüş olsa da, senetle ispattır (m. 289/2).

- **Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen iddialar senetle ispat olunmalıdır. (HUMK 290)**

HUMK m. 290'a göre; "Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak

¹¹⁸ YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 209.

¹¹⁹ ALANGOYA, "Senede Karşı Senetle İspat" Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı" Kavramı, s. 522.

¹²⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 447; YILDIRIM, Kamil, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, s. 126.

nitelikte bulunan hukuki işlemler 540,00 TL den az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz”. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, miktarı kanunda belirlenen sınırdan aşağıda veya yukarıda olmasına bakılmaksızın, senede bağlı ileri sürülen iddiaların aksi yine ancak senetle ispat olunabilir¹²¹. Benzer biçimde bir senette yazılı ikrarların hilafına ileri sürülen iddialarda da durum böyledir¹²².

Bu noktada, karşı iddianın dayandığı senedin mutlaka asıl iddianın dayandığı senet gücünde bir belge olması şartı aranmaz. Ayrıca bu kural ancak hukuki işlemin tarafları arasında geçerli olur, diğer taraf veya onun mirasçısı değil de bir 3. kişiye, iddiasını kanıtlaması için senet göstermesi gerekmez¹²³.

¹²¹ ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978, s. 252; KARAFAKİH, s. 196; BİLGE, s. 494.

¹²² ANSAY, s. 290.

¹²³ ÖNEN, s. 253, Yürürlükteki kanunumuz bakımından muvazaa iddiaları da senede karşı senetle ispat kuralı kapsamı içindedir. Bu kural muvazaanın konu olduğu sözleşmenin tarafları açısından geçerli iken, sözleşme dışı 3. kişiler muvazaa iddiasını her türlü delille ispatlayabilirler, KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 10. Bası, Ankara 2008, s. 120-121. HMK Tasarısı’nda bu hususla ilgili düzenleme 207/4 de yapılmış “Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları” nda tanık dinlenebileceğini hükme bağlamıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCILIK UNSURU İÇEREN DAVALARDA İSPAT VE YETKİ KURALLARI

I. GENEL OLARAK

Kara yoluyla eşya taşımacılığı sözleşmeleri ile buna bağlı yapılan sigorta sözleşmeleri, nitelikleri itibariyle yabancılık unsuru taşımaya müsaittirler¹²⁴. Günümüzde kara yoluyla uluslararası taşımacılık her geçen gün gelişmekte olup, bundan doğan uyuşmazlıklarla ilgili dava süreci, taraf ve dava ehliyetinin belirlenmesi, mahkemelerin yetkisi, ispat yükü ve delillerin değerlendirilmesi hususlarında değişik uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Ancak öncelikle *yabancılık unsuru* kavramının açıklanması gerekmektedir. Zira 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun 1. maddesinde bu kanunun yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulabileceği düzenlenmiştir. Yabancılık unsuru; bir olay veya ilişkinin birden fazla hukuk kuralı ile ilişkisi olduğu durumlarda söz konusudur¹²⁵. Ancak bu oldukça genel bir tanımdır ve bu anlamda Milletlerarası Tahkim Kanunun “Yabancılık Unsuru” başlığını taşıyan ikinci maddesi yol gösterici olabilir: “*Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.*”

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;
a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği

¹²⁴ GENÇTÜRK, Muharrem, Taşıma Sözleşmelerinin Uluslar arası Niteliği ve MÖHUK’a göre yabancılık Unsuru Bulunan Taşıma Sözleşmelerine Uygulanması Gereken Hukuk, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s.637.

¹²⁵ NOMER Ergin/ŞANLI Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2003, s. 5.

yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.”

Atıf yapılan kanunun niteliği gereği, tüm maddenin yabancılık unsurunun belirlenmesi konusunda bire bir kabul edilmeyeceği açıktır. Ancak bu maddeden hareketle, özel hukuk ilişkilerinde, özellikle ticari uyuşmazlıklarda yabancılık unsurunun aşağıdaki durumlarda bulunduğu söylenebilir;

1. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerlerinin ayrı devletlerde bulunması veya sözleşmenin yapıldığı yerin veya ifa yerinin tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerlerinden farklı bir yerde bulunması,
2. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir yerde bulunması,
3. Şirketler açısından, sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması,
4. Sözleşmenin bir devletten başka bir devlete sermaye veya mal geçişini sağlaması.

CMR anlamında da, yabancılık unsurunu belirleyici kriterin, MTK m. 2/IV'e uygun olarak coğrafi unsur olduğunu söylemek mümkündür¹²⁶.

¹²⁶ GENÇTÜRK, s. 641. Karş. CMR m. 1.

İşte bu noktada Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun hükümleri önem taşımaktadır. Yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunumuz 27.11.2007 tarihinde kabul edilmiş ve 12.12.2007 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹²⁷.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun 29. Maddesi eşya taşımasına ilişkin sözleşmeler ile ilgili yeni bir düzenlemedir. Buna göre: *“Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.*

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise bu ülkenin sözleşmeyle en sıkı ilişkili olduğu kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır. Tek seferlik charter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de bu madde hükümlerine tâbidir. Hâlin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır.” Maddenin değerlendirilmesinden, eşya taşıma sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukukun üç şekilde belirlenebileceği söylenebilir;

1. Taraflar sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku kendileri seçebilirler.
2. Eğer böyle bir seçim yapılmadıysa, sözleşmenin kurulduğu anda, taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yükleme veya boşaltmanın yapıldığı ülke **veya** gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise, bu ülke hukuku sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk kabul edilerek sözleşmenin esasına uygulanır. Burada sabit kriter taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu yer hukukudur. Ancak bu kriterle beraber iki seçimlik kriter daha belirlenmiştir. Buna göre, hukuku uygulanacak ülkenin taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu yer ile birlikte yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı yer **ya da** gönderenin işyerinin bulunduğu yer olması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu ikinci seçeneğin uygulanabilmesi için iki kriterin bir arada bulunması gerektiği söylenebilir.

¹²⁷ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 27.11.2007, Resmi Gazete Tarihi: 12.12.2007, Resmi Gazete Sayısı: 26728.

3. Durumun tüm şartları birlikte değerlendirildiğinde, sözleşme ile daha yakından ilişkili olan bir hukuk tespit edilebilirse, sözleşmenin esasına bu hukuk uygulanır.

Yabancılik unsuru taşıyan davalarda, dava şartlarından olan dava ve taraf ehliyeti kavramları da önem taşımaktadır. Çalışmamızın kapsamı açısından burada, dava ve taraf ehliyetinin hangi hukuka göre belirleneceğini açıklamakla yetineceğiz. Zira dava ve taraf ehliyeti, uyuşmazlığın taraflarının şirket olması halinde önem kazanacaktır.

Bu iki kavramın usûl hukukuna ilişkin ve dava şartı olan kavramlar olması gerçeği karşısında, dava ve taraf ehliyetinin belirlenmesinde lex fori ilkesinin uygulanacağı kabul edilebilir. Ancak, her ne kadar yargılama aşamasında önem kazansa da dava ve taraf ehliyeti aslen maddi hukukun sınırlarını çizdiği iki kavramdır. Medeni hukukta dava ehliyeti hak ehliyetine, taraf ehliyeti ise fiil ehliyetine denk gelmekte olup, içerikleri maddi hukuka göre belirlenmektedir. Dolayısıyla, bu iki kavramı ile ilgili sorunu lex fori ye göre çözmek mümkün değildir. Tersî düşünöldüğünde, maddi hukuka göre belirlenmesi gereken bir hususun lex fori ye göre belirlendiğı sonucu ile karşılaşılr ki, bu da kavramların hukuki niteliğine ters düşecektir¹²⁸. Bu tespit gerçek kişiler için olduğı kadar, tüzel kişiler içinde geçerli olup, Türk hukukuna göre tüzel kişiliğı, dava ve taraf ehliyeti bulunmayan topluluklar kendi hukuklarına göre, tüzel kişiliğı, dava ve taraf ehliyetine sahip iseler Türkiye’de bu haklarını kullanabilirler¹²⁹.

¹²⁸ ÇELİKEL, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, 2004, s. 284-285.

¹²⁹ ÇELİKEL, S. 286, 289, NÖMER/ŞANLI, s. 337; “...yabancı tüzel kişilerin (veya kişi veya mal topluluklarının) davada taraf olma ehliyetleri, kendi milli hukuklarına göre, yani “statülerindeki idare merkezinin bulunduğı devletin hukukuna” göre tespit edilir.” Yazarlar, bir Yargıtay kararına yaptıkları atıf ve (2675 sayılı) eski MÖHUK m. 8/II den hareketle, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin kendi milli hukuklarına göre davada taraf olma ehliyetleri prensibinden işlem güvenliğı gereğince vazgeçilebileceğini savunmaktadırlar. “Milli hukukuna göre, davada taraf olma ehliyetine sahip bulunmayan yabancı, eğer Türk hukukuna göre bu ehliyeteye sahip ise, Türkiye’de taraf olma ehliyetine sahip kabul edilir. En azından “işlem güvenliğı” bakımından böyle bir yabancının pasif taraf (davalı) olabilme ehliyetine sahip olduğından hareket edilmesi zaruridir.”

II. YABANCI UNSURLU DAVALARDA İSPAT YÜKÜ, DELİLLER VE SENET DELİLİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kimi hukuk sistemlerinde ispat yükü kurallarının tamamen usûl hukukuna ait kurallar olmalarına karşın, kimi sistemlerde ispat yükü kuralları karma nitelik (hem maddi hukuk-hem usûl hukuku) taşır¹³⁰. Türk Hukukunda ispat yükü kurallarının maddi hukuk kaynaklı olmaları nedeniyle, yabancı unsurlu davalarda ispat kurallarının tek bir hukuk sistemine bağlı olarak belirlenmesi beklenemez¹³¹. Dolayısıyla denilebilir ki, ispat yükü, tarafların dayandığı veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak kanun hükmüne göre tespit edilir. Bu durum, ispat yükü kurallarının maddi hukuk kaynaklı olmasının doğal bir sonucudur¹³². Çelikel, ispat yükünün kime ait olduğu ve ispatın sırası sorunlarının usûl hukukuna ait meseleler olduğunu belirttikten sonra, uyuşmazlığın tabi olduğu maddi hukukun ispat yükü konusunda bir düzenleme getirdiği hallerde, ispat yükünün bu hükmüne göre dağıtılması gerektiğini savunmuştur¹³³. Kanaatimizce yazar, ispat yükü ve delil ikame yükü kavramlarını birlikte yorumlayarak bu sonuca varmıştır. Zira, delil ikame yükü kavramının usûl hukukuna ilişkin olduğu doğrudur. Yargılama sırasında uygulanacak ispatın sırası, ispat ölçüsü, delillerin değerlendirilmesine ilişkin kurallarının usûl hukukuna göre tespit edilmesi gerekir. Ancak ispat yükünün kime ait olduğu, dayanılan koşul vakıya, daha farklı bir ifade ile maddi hukuk kurallarına göre tespit edilir. Aynı durum, maddi hukuktan kaynaklanan karineler için de geçerlidir. Karineden yararlanmayı sağlayan vakıalar da maddi hukuka göre belirlenir¹³⁴.

Delillerin değerlendirilmesine ilişkin hususlar, yabancı unsurlu davalarda lex fori prensibine göre belirlenir. İncelememiz açısından önem taşıyan senet deliline ilişkin bir tespit yapmak gerekirse;

¹³⁰ ÇELİKEL, s. 291.

¹³¹ ÇELİKEL, s. 291.

¹³² Bkz. yukarıda s. 4 vd.

¹³³ ÇELİKEL, s. 291.

¹³⁴ ÇELİKEL, S. 291.

- Adi senet-resmi senet ayrımı ve bunların ispat güçlerinin tespiti,
- Kesin ve takdiri delil ayrımı, adi bir senedin ne zaman kesin delil teşkil edip etmeyeceği sorunu, Lex fori ye göre belirlenir. Senet delilinin gösterdiği önem karşısında senet kavramının, çeşitlerinin ve yabancı ülkelerde düzenlenen senetlerin ispat güçlerinin açıklanması gerekmektedir.

A. Senet Kavramı

Doktrinde senet tanımı değişik şekillerde yapılmıştır. Üstündağ 'a göre senet geniş anlamda, bir düşüncenin somutlaşmış, tecessüm etmiş halidir. Ancak Usûl kanunumuz açısından senet bir düşünceyi yazı ile tecessüm ettiren belgedir¹³⁵. Alangoya'ya göre senet bir beyanın ispatını sağlayacak şekilde, yazı ile dışa vurumudur¹³⁶. Bu açıklamalar sonucunda senedin tanımı yapılacak olursa *senet bir kişinin beyanının ispata elverişli biçimde belge halinde vücut bulmuş şeklidir*, denilebilir¹³⁷. Bu noktada önem kazanan husus, senedin kişiye ait irade beyanını barındırmasıdır. Bu irade beyanının nereye ve ne şekilde yazıldığı önemli değildir¹³⁸. Kural olarak kişinin kendisinden sadır olan belge aleyhine delil olarak kullanılır, istisna olarak ticari defterler koşulları oluştuğunda tacirin elinden sadır olmalarına rağmen tacir lehine de delil olarak kullanılabilir. Senedin düzenlenirken ileride delil teşkil edeceği iradesiyle düzenlenmesi gerekmez¹³⁹. Her ne kadar bu husus doktrinde tartışmalı da olsa baskın görüş yazılı bir düşünce irade beyanının da senet olarak kabul edilebileceği yönündedir ve bu tip senetlere tesadüfi senetler denmektedir¹⁴⁰. Kanaatimizce senedin aleyhine delil olarak kullanılacak kişiden sadır olması yeterli

¹³⁵ ÜSTÜNDAĞ, s. 636.

¹³⁶ ALANGOYA, Medeni Usûl Hukuku Esasları, C. I-II, İstanbul, 2003, s. 343.

¹³⁷ BERKİN, Necmettin M., İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, İÜHFM, 1946, C.XII, S. 4, s. 1177. (Yazılı Şekil) İsviçre usûl hukukunda (benzer olarak Fransız usûl hukukunda da) "*la preuve*" kelimesi 3 anlama gelmektedir: İlk olarak "*la preuve*" ispat eylemini, ikinci olarak ispat eyleminde kullanılan aracı ve üçüncü olarak ispat eyleminin neticesini ifade etmektedir. İncelememiz açısından bizim kullanacağımız anlamı ikincisidir, HABSCHEID, Droit Judiciaire Privé Suisse, 2eme Edition (Entièrement Revue et Corrigé), Genève, 1981, s. 419.

¹³⁸ ALANGOYA, s. 343, KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 433, TİFTİK, Mustafa; Yazılı Delil Başlangıcı, AD, Mart-Nisan, S. 2, 1984, s. s. 242. Aksi görüş için bkz. UMAR, Medeni Usûl Hukuku Ders Notları s. 59; ÜSTÜNDAĞ, s. 637, AYGÜN, Mustafa Y., Senet, Yargıtay Dergisi, C.3, Ocak 1997, S.1, s. 247.

¹⁴⁰ BİLGE, s. 488; KURU, s. 433.

kabul edilmelidir, ayrıca delil oluşturması gayesinin aranmasına gerek yoktur¹⁴¹. Bir kişinin ileride kendi aleyhine delil olarak kullanılmak üzere bilinçli bir biçimde senet düzenlemesi sıklıkla rastlanılan bir durum değildir.

Senetler genellikle uyuşmazlık öncesi delillerdir. Yani senetler genellikle uyuşmazlığın doğumundan önce düzenlenir. Bu nedenle senetler, irade beyanlarını, tanık ifadelerini, emareleri ayrıntılarıyla birlikte belge olarak maddeleştirebilir ve vakıayı bütünüyle karakterize edebilir¹⁴².

B. Senet Türleri

1. Adi Senet

En genel ifadeyle senedin bir özel şahıs tarafından düzenlendiği durumlarda adi senedin varlığından bahsedilir¹⁴³. Doğru olan bir adi senet kesin delildir¹⁴⁴. Adi senetlerin düzenlenmesine resmi bir makamın dahil olmaz. (HUMK m. 299, m. 314) Taraflar bu senedin düzenlenmesi hususunda geniş bir serbestiye sahiptirler (şekil serbestisi); senedi dilerlerse kendileri yazarlar, dilerlerse bir başkasına yazdırabilirler. Ayrıca senedin ne şekilde (daktilo, elyazısı vs.) yazıldığı da önem tařımamaktadır¹⁴⁵. Senedin geçerliliği de, doğal olarak senet metninin doğrudan senet borçlusunun elinden yazılmış olması şartına bağlı değildir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: senedin adi senet vasfını taşıması için senedin senetle yükümlölük altına giren kişi tarafından imzalanması gerekir¹⁴⁶. Senet metni senet aleyhine olan kişi (Borçlu) tarafından yazılmış olsa bile, senet altındaki borçlunun imzası yoksa veya *imza sahte ise* böyle bir belge senet sayılamaz¹⁴⁷.

¹⁴¹ Aynı Yönde görüş için bkz. ALANGOYA, s. 343; DELİDUMAN, Seyithan, Medeni Usûl Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. IV, s. 1-2, 2000, s. 421.

¹⁴² KONURALP, s. 31

¹⁴³ DELİDUMAN, Yazılı Şekil, s. 420.

¹⁴⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 395.

¹⁴⁵ KARAFAKİH, s. 181, BİLGE, s. 490.

¹⁴⁶ ÖNEN, s. 241; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 435; TUĞSAVUL, İspat Kûlfeti Kanuni Deliller ve İkamesi, AD, S: 7 1951, s. 1085 vd., BERKİN, Yazılı Şekil, s. 1179.

¹⁴⁷ KURU; Usûl, s. 1432, yazar altında imza olmayan bu nitelikte bir belgenin *yazılı delil başlangıcı* (HUMK m. 292) olarak değerlendirilebileceği görüşündedir.

HUMK m. 299/1 e göre, bir adi senet iki şekilde resmi senet etkisi gösterebilir: ya senet altındaki imza senet kendisinden sadır olmuş kişi tarafından (bir başka deyişle senedin kendisinden sadır olduğunu) açıkça ikrar edilmelidir¹⁴⁸, ya da senet altındaki imzanın senet aleyhine delil olarak kullanılan kişiden sadır olduğu mahkemece tespit edilmiş olmalıdır. Bu iki şekilde adi senet resmi senet gibi değer görür¹⁴⁹ (HUMK m. 296/2). Adi senetteki imza veya yazı inkar edilirse artık o senetteki imza veya yazının o kişiye ait olduğu saptanıncaya kadar adi senet delil olarak kullanılamaz¹⁵⁰ (HUMK m. 308-313).

2. Resmi Senet

Doktrinde resmi senedin tanımı genel olarak şu şekilde yapılmaktadır: Resmi senet düzenlenmesine resmi bir makam veya organın katıldığı senettir¹⁵¹. Ancak buradan şu sonuca ulaşmamak gerekir; bir senedin resmi sayılabilmesi için mutlaka resmi bir makam tarafından düzenlenmesine gerek yoktur, taraflar arasında düzenlenmiş bir senet de resmi bir makam tarafından onaylanmakla, ispat açısından resmi senet niteliğini kazanabilir¹⁵². Doktrinde onaylama şeklinde resmi senetlerin adi senet niteliğini koruduklarını savunan yazarlar da mevcuttur¹⁵³.

Onaylama şeklinde yapılan senetler içeriğinin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil teşkil eder¹⁵⁴. Düzenleme şeklinde yapılan noter senetleri ise, sahtelikleri sabit oluncaya kadar kesin delil olarak değerlendirilir. (HUMK m. 295/1, Noterlik Kanunu m. 82/2,3) Bununla birlikte hakim, eğer söz konusu resmi senette şüpheye

¹⁴⁸ “Davalı tarafın savunmasında da belirtildiği üzere, ibranamede havale edilecek hesap ile ilgili bölümlerin çizilmesi karşısında son cümlelerin sonuç doğurmayacağı ve paranın davacıya elden ödendiği karinesi oluştuğunun, bunu aksinin davacı tarafından kesin deliller ile kanıtlanması gerektiğinin kabulü icabeder. Nitekim, bu belgedeki imzanın davacı tarafça baştan beri kabulü karşısında, bu belge HUMK m. 296/son fıkra hükmü uyarınca resmi senet hükmünde olup, aynı kanunun 295/1 fıkra hükmü uyarınca kesin delil teşkil eder...” 11. HD E. 2004/1562, K. 2004/10621, T. 01.11.2004, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

¹⁴⁹ ÜSTÜNDAĞ, s. 647, POSTACIOĞLU, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, s. 490, KURU, Usûl, s. 1434.

¹⁵⁰ KİPER, s. 110, KURU, Usûl, s. 1435.

¹⁵¹ ALANGOYA, s. 352; KURU, s. 440; KİPER, s. 110, 111, HABSCHEİD, s. 447, resmi senetlerde sahtelik iddiası senet içeriğinin doğru olmadığına ilişkin olabilir.

¹⁵² Aynı yönde görüş için bkz. KİPER, s. 110-111; Doktrinde aksi görüşü savunanlar onaylama şeklinde resmi senetleri yarı resmi senet olarak tanımlamaktadır, bkz. BERKİN, Senetlerin Tanzimi ve Takip Hukuku Bakımından Ehemmiyeti, İÜHFİM, C. XIII, S. 2, 1947, (Senetlerin Tanzimi), s. 622.

¹⁵³ BELGESAY/ONAY, Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1944, s. 107.

¹⁵⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 441.

neden olabilecek bir durum tespit ederse, senedi düzenleyen veya onaylayan daireden açıklama isteyebilir (HUMK m. 295/2).

3. Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Senetlerin Hukuki Durumu

Noterlik Kanunun 195. maddesi hükmüne göre “Yabancı memleketlerde usûlü uyarınca yapılan noterlik işlemlerinin altındaki o memleketin yetkili merciinin imza ve mühürü, konsolos tarafından onanır. Özel kanun hükümleri saklıdır.”

Aynı yönde HUMK nun 296. maddesine göre “Ecnebi memlekette usûlüne tevfikân salâhiyettar memurları tarafından tanzim veya tasdik kılınmış olan senetlerin mahallinde mer’i kanunlara mutabık olduğu mahalli Türkiye şebbenderi veya Türk siyasi memurları tarafından tasdik kılınmış ise resmi senet hüküm ve kuvvetinde addolunur. Bu suretle tasdik kılınmamış senetlerin delil teşkil edip etmeyeceği mahkemece takdir olunur.”

Anılan hükümlere göre, yabancı ülkede düzenlenen veya onaylanan resmi senetlerin o ülke Türk konsolosu tarafından onaylanması ile artık bu senetler de Türkiye’de resmi senet hükmündedir¹⁵⁵. Burada noter bu senet üzerindeki işlemi iki husus açısından şerh altına alır:

1. Senedin o ülke yetkili memurlarınca düzenlendiği veya onaylandığı
2. Senedin o ülke kanunlarına uygun olduğu (HUMK m.296)

Ancak bu senetlerin ispat gücü açısından, Türk Konsoloslarının böyle bir senet üzerinde onayı bulunmasa dahi bu senetlere dayanan tarafın bu senetlerin yasaya uygun olduğunu, yetkili makamlarca usûlüne uygun düzenlendiğini ispatlayabileceği unutulmamalıdır. Yani konsolosluk onayı taşımayan bir senet belki resmi senet olarak değil ama adi senet olarak ispat fonksiyonunu yerine

¹⁵⁵ KURU, s. 432; ANSAY, s. 296, HABSCHEID, s. 446, yabancı bir resmi senedin İsviçre’de de aynı delil gücüne sahip olabilmesi, kendi ülkesindeki yetkili resmi makamdan (resmi senet gücünde olduğuna ilişkin olarak) onaylanmış olmasına bağlıdır. İsviçre’de Alman, Avusturya ve İtalyan resmi senetleri için bu onay aranmamaktadır.

getirebilir¹⁵⁶. HUMK 296. maddesindeki şartları taşımayan senedin resmi senet olarak kabul edilip edilemeyeceği hakimın takdirine bırakılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 227. maddesi hakimın bu takdir yetkisini kaldırmıştır, yani bu tasarı kanunlaştığı takdirde artık hakimler onay şerhi taşımayan yabancı ülke senetlerini resmi senet olarak dikkate alamayacaklardır. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrası bu hususla ilgili Türkiye'nin taraf olduğu anlaşma hükümlerinin saklı olduğunu da düzenlemiştir. Burada yaptığımız açıklamalar, yabancı ülke noterlerinin düzenlediği senetler için de geçerlidir.

Ancak bu kurallara Türkiye'nin de taraf olduğu 01.05.1961 tarihli Lahey “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdik Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi” ile bir istisna getirilmiştir. Bu konu aşağıda incelenecektir.

4. Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Senetlerin Hukuki Durumuna İlişkin Yapılmış Uluslararası Anlaşmalar ve İspat Sorunu

Yukarıda bahsi geçen sözleşme dışında Türkiye'nin bazı ülkelerle yaptığı özel konsolosluk sözleşmeleri de bulunmaktadır: Türk-Alman Konsolosluk Sözleşmesi¹⁵⁷, Türk-İtalyan Konsolosluk Sözleşmesi¹⁵⁸, Türk-Yugoslav Konsolosluk Sözleşmesi¹⁵⁹. Bu sözleşmelerde, konsolosun noterlik kapsamını konu ve kişi bakımından sınırlı tutulmuştur¹⁶⁰

01.05.1961 tarihli Lahey “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdik Mecburiyetinin Kaldırılması” Sözleşmesi (Bundan böyle Sözleşme diye anılacaktır.) 01.05.1962 tarihinde imzalanmış ve 29.09.1985 tarihinde de Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmenin 1/c maddesine göre noter senetleri de sözleşme kapsamı içindedir. Yukarıda da kısaca değinildiği gibi bu sözleşme yabancı belgelerin tasdiki

¹⁵⁶ KİPER, s. 116.

¹⁵⁷ RG 08.06.1930, S. 1514/8100.

¹⁵⁸ RG 07.04.1931, S. 1768; Düstur, III, 12, 264 (135).

¹⁵⁹ RG 14.08.1971, S. 13926; Düstur, V, 10/3, 2879.

¹⁶⁰ DELİDUMAN, Seyithan, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 73.

şartını arayan kanun hükümlerine bir istisna getirmiştir¹⁶¹. Buna göre “*Âkit Devletlerden her biri, bu Sözleşmenin uygulama alanına giren ve kendi ülkesinde kullanılacak olan belgeleri tasdik işleminden bağışık tutacaktır. Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, tasdik işleminden, yalnız, belgenin kullanıldığı ülkenin diplomasi veya konsolosluk memurları tarafından belgedeki imzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin hangi sıfatla imzaladığının veya gerekirse üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi işlemi anlaşılır.*” Buradan da anlaşılacağı gibi Türk Konsolosunun yaptığı tasdik işleminin içeriği, belgenin yetkili makamca, yerel kanunlara uygun düzenlendiği hususu artık tasdik işleminden bağışıktır. Ayrıca Sözleşmenin 3. maddesi gereğince yabancı noter senedinin resmi senet olarak kullanılacağı ülkede, belgenin düzenlendiği devletin yetkili makamı tarafından, belge üzerine bir onay şerhi verilmesi öngörülmüştür. Ancak belgenin kullanılacağı devlet bu onay işlemini de tek taraflı olarak kaldırma yetkisine sahiptir^{162, 163}.

Açıklanan bu hususların, sadece sözleşmeye taraf olan ülkeleri bağlayacağını belirtmek gerekir¹⁶⁴. Bu sözleşmeye taraf olmayan ülkelerde düzenlenen noter senetleri için HUMK m. 296 geçerliliğini korumaktadır. Yani bu belgelerin Türkiye’de resmi senet gücünü gösterebilmeleri için söz konusu konsolosluk şerhini taşımaları gerekir.

¹⁶¹ BOZKURT Hülya, Yabancı Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesinin Uygulanması, TNBHD, S. 79, 1993, s. 16.

¹⁶² DELİDUMAN, s. 78-79; Sözleşmenin ilgili maddesi şöyledir: “İmzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin sıfatının ve gerektiğinde, bu belge üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi için zorunlu görülebilecek tek işlem 4 üncü maddede tanımlanan tasdik şerhinin belgenin verildiği Devlet yetkili makamınca bu belgeye konulmasından ibarettir. Ancak, yukarıdaki fıkra da belirtilen işleme uyulması, gerek belgenin kullanıldığı ülkede yürürlükte bulunan yasa, yönetmelik veya uygulamalarla, gerekse iki veya daha çok Âkit Devlet arasındaki bir anlaşma ile böyle bir işlemin kaldırılmış, basitleştirilmiş veya tasdikten tüm bağışık tutulmuş olması hallerinde istenemez.”

¹⁶³ Bu onay şerhine *apostil* denmektedir. Apostil, bir belgenin gerçekliğinin tasdik edilerek başka bir ülkede yasal olarak kullanılmasını sağlayan bir belge onay sistemidir. Bu belge onay sistemiyle ilgili üye veya taraf devlet tarafından saptanan yerel bir merci, bakanlık ve benzeri kuruluş, belgenin gerçek olduğunu onaylayarak, başka bir üye veya taraf ülkede Sözleşmede belirtilen kurallar çerçevesinde kullanılması için yasal hale getirirler. Türkiye’deki Apostil mercileri: 1. İdari belgeler: a. İllerde: Vali, Vali Yardımcısı, Hukuk İşleri Müdürü, b. İlçelerde: Kaymakam, 2. Adli belgeler: Ağır ceza mahkemeleri bulunan Adli Kurul Başkanlıklarıdır.

¹⁶⁴ Sözleşmeye taraf olan devletler için bkz. http://www.gizemtercume.com/html/uye_devletler.html.

Yabancı ülkelerde Türk Konsolosu tarafından düzenlenmiş senetler de ispat gücü bakımından Türkiye’de bir noterin düzenlediği senetlerin ispat gücünü haizdir¹⁶⁵. Yani HUMK m. 295 ve Noterlik Kanunu 82. madde uyarınca değer görür. Aynı kural onaylama şeklinde yapılan senetler için de geçerlidir.

Yabancı ülke noterince düzenlenen senetlerin Türkiye’deki ispat gücünü Lahey Sözleşmesi kapsamında değerlendirmek gerekir. Buna göre sözleşmeye taraf ülkelerin noterliklerinde düzenlenen belgelerin artık ayrıca tasdik edilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır.

Lahey Sözleşmesi’nin 1. maddesinde hangi belgelerin resmi belge sayılacağı düzenlenmiştir. *“İşbu Sözleşme’nin amaçları bakımından, aşağıdaki belgeler resmi belge sayılır:*

a) Savcı, zabıt kâtibi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeler de dahil olmak üzere, Devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler,

b) İdari belgeler,

c) Noter senetleri,

d) Kişilerce özel sıfatla imzalanmış belgeler üzerine konulmuş olup belgenin kaydının veya belirli bir tarihte mevcut olduğunun ve imzaların doğruluğunun resmi makam ve noterlerce tasdiki gibi resmi beyanlar.”.

Bu anlamda, uluslar arası kara taşımacılığına ilişkin olarak yabancı resmi makamlar tarafından düzenlenmiş belgeler (örneğin yabancı gümrük kayıtları) de, anılan madde uyarınca resmi belge sayılacak ve onaydan muaf tutulacaktır.

III. YABANCI UNSURLU DAVALARDA YETKİ

Yabancı unsurlu davalarda belli bir devlet mahkemesinin yetkili olup olmadığı milletlerarası yetki kurallarına göre belirlenir. Milletlerarası yetki kuralları

¹⁶⁵ DELİDUMAN, s. 73.

iki yönden incelenebilir: Yetki kurallarının konusunu yabancı unsurlu bir davada, devletin kendi mahkemesinin ne ölçüde ve hangi şartlarda yetkili olacağı oluşturabildiği gibi, yabancı bir devletin yargı faaliyetinin iç hukuk açısından nasıl bir etki göstereceği ve bu etkiyi hangi şartlarda göstereceği oluşturabilir¹⁶⁶. Anılan ilk durum, yani yabancı unsurlu davalarda yerel devlet mahkemelerin yetkisi ülke içi yetki kurallarına göre düzenlenirken, ikinci durum “milletlerarası yetki kurallarına” ilişkindir¹⁶⁷. Milletlerarası yetki kaynağını yine, milletlerarası bir sözleşme söz konusu değilse, ulusal yetki kurallarından alır¹⁶⁸. Dolayısıyla denilebilir ki; Türk mahkemeleri önünde görülecek yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yetki kurallarının sınırını yine iç hukuka ilişkin yetki kuralları çizer.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Kanunun 40. maddesi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirleneceğini düzenlemektedir. MÖHUK m. 41’de “*Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda*”, MÖHUK m. 42’de “*Yabancıların kişi hallerine ilişkin davalarda*”, MÖHUK m. 43’de “*Miras davalarında*”, MÖHUK m. 44’te “*İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında*”, MÖHUK m.45’te “*Tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda*” ve MÖHUK m. 46’da “*Sigorta sözleşmesine ilişkin davalarda*” milletlerarası usûl kuralları düzenlenmiştir¹⁶⁹. Biz incelememizin kapsamı açısından, eşya taşıma sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri bakımından yetki kurallarını incelemekle yetineceğiz.

Kanunun 40. Maddesi hükmü elbette, yetki kurallarının tüm uyuşmazlıklar açısından düzenlenmesi konusunda yetersiz kalmaktadır. Taraflar bu durum karşısında aralarında Türk mahkemelerinin yetkili olacağını kararlaştırabilir. Ancak bu halde dahi, iç hukuk kuralları yetkili bir mahkeme göstermediği sürece, bu yetki anlaşmasından hareketle uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde görülmesi mümkün

¹⁶⁶ NOMER/ŞANLI; s. 365.

¹⁶⁷ NOMER/ŞANLI; s. 365.

¹⁶⁸ NOMER/ŞANLI; s. 368.

¹⁶⁹ Eski Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Kanununda *İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında*, “*Tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda*” ve “*Sigorta sözleşmesine ilişkin davalarda*” yetki kuralları ayrıca düzenlenmemiştir.

olamaz¹⁷⁰. 44/2001 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 22.12.2000 Tarihli Avrupa Konseyi Tüzüğü¹⁷¹ mahkemelerin yetkisi ve yetki anlaşmaları açısından düzenlemeler getirmektedir. Anılan tüzüğün uygulama alanı bulabilmesi için yapılan yetki anlaşmasının taraflarından birinin Avrupa Topluluğu ülkelerinden birinde ikamet ediyor olması ve Topluluk üyesi belli bir devlet mahkemesinin veya mahkemelerinin yetki sözleşmesi ile yetkili kılınmış olması gerekmektedir. Bu iki koşulun, bir arada olmak üzere, davanın açıldığı anda mevcut olması gerekmektedir¹⁷². İnceleme konumuzla bağlantılı olarak örnek vermek gerekirse, Almanya'dan Türkiye'ye yapılacak bir eşya taşımasında, taşıma sözleşmesine, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların Alman mahkemelerinde çözümleneceğine dair koyulan kayıtlara Tüzük uygulanır. Zira yetki sözleşmesinin taraflarından birinin Avrupa Birliği üyesi olması ve yetkili kılınan mahkemenin de Birlik üyesi bir devletin mahkemesi olması şartı bir arada aranmaktadır.

Genel kural, iç hukuk yetki kurallarının milletlerarası uyumsuzluklarda da belirleyici olacağı yönünde olmakla birlikte, sigorta sözleşmeleri ve eşya taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak yetki kuralları farklılık arz etmektedir. Sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak yetki kuralları, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Kanunun 46. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: *“Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir.”* Bu düzenlemeye göre, sigorta

¹⁷⁰ NOMER/ŞANLI, s. 390.

¹⁷¹ Buradan itibaren Tüzük olarak adlandırılacaktır.

¹⁷² KARAARSLAN, Varol; Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü’ne Göre Yetki Sözleşmeleri, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/1, s. 217., Yazar yetki anlaşmasının taraflarından birinin Avrupa Birliği’ne üye olmasının, anlaşmanın geçerliliği için yeterli olduğunu savunmaktadır: *“Sözleşmenin taraflarından birisinin Topluluk ülkelerinden birinde ikamet ediyor olması Tüzüğün uygulanması için yeterlidir....Avrupa Adalet Divanı da 2000 yılında verdiği bir kararla, davanın taraflarından birisinin Avrupa Topluluğu ülkelerinden birinde ikametgah sahibi olmasının, Tüzüğün yetkiye ilişkin kurallarının uygulanması için yeterli olduğuna hükmetmiştir.”* Bu kabulle yola çıkılırsa, Türk mahkemelerinin yetkili kılındığı durumlarda da Tüzüğün uygulanma olanağının bulunduğunu söylemek mümkündür, s. 219.

sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, sözleşmenin taraflarına göre iki başlık altında incelendiği söylenebilir. Şöyle ki; sigorta şirketlerine karşı açılacak davalarda, yetkili mahkeme, şirketin merkezinin bulunduğu veya sözleşmeyi yapan acenta veya şubesinin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak dava sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacaksa, yetkili mahkeme, bunların Türkiye'deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir.

Eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Kanununda özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, 19.05.1956 tarihli Eşyaların Karayolundan Uluslar arası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi¹⁷³ (Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route - Convention on The Contract for the International Carriage of Goods by Road) nin 31. Maddesi, bu konvansiyona bağlı olarak doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi şu şekilde belirlemiştir: *"Bu Sözleşmeye göre yapılan taşımalarından ortaya çıkan davalarda davacı taraflar arasında anlaşma ile belirlenmiş, Akit Taraf mahkemelerinde dava açılabilir. Ayrıca şu ülke mahkemelerinde de dava açılabilir.*

a) *Davalının mutaden ikamet ettiği veya taşıma mukavelesinin akdedildiği esas iş yerinin veya şubesinin veyahut da acentasının bulunduğu yerlerde,*

b) *Taşımacının yükü aldığı veya teslim yeri olarak gösterilen yerlerde "*¹⁷⁴.

Anılan Konvansiyon hükmünden de anlaşılacağı üzere, taşıma sözleşmesinin tarafları aralarında yetkili bir mahkeme belirleyebilecekleri gibi, taraflar, davalının

¹⁷³ Türkiye'nin "Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi" Konvansiyonuna katılması, 07.12.1993 tarihli ve 3939 sayılı Kanunla uygun bulunmuş olup; Türkiye, CMR Konvansiyonu ile birlikte, bu Sözleşmenin eki olan 05.07.1978 tarihli Protokole, Sözleşme'nin 47 nci maddesine ihtirazi kayıt konulmak suretiyle taraf olmuştur. (94/6322 sayılı 0.212.1994 tarihli Bakanlar Kurulu kararı; 04.01.1995 tarihinde 22161 sayısı ile Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir). Bundan sonra kısaca CMR olarak adlandırılacaktır.

¹⁷⁴ Bu Konvansiyona Türkiye dahil 47 ülke taraftır: Almanya, Avusturya, Belçika, Lüksemburg, Fransa, Hollanda, İtalya, İspanya, Portekiz, Danimarka, Finlandiya, Birleşik Krallık, Yunanistan, İsveç, İrlanda, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Ermenistan, Gürcistan, Macaristan, Makedonya, Norveç, Litvanya, Letonya, Moldova, Polonya, Romanya, Rusya, Ukrayna, Slovakya, Slovenya, İsviçre, Türkiye, Bosna-Hersek, Sırbistan-Karadağ, Kazakistan, Kırgızistan, Fas, Tunus, Beyaz Rusya, Türkmenistan, Özbekistan, Tacikistan, İran, Azerbaycan. Dolayısıyla bu ülkeler arasında veya malların alındığı veya teslim edildiği yerlerden en az birinin bu ülkelerden biri olduğu hallerde, doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme CMR nin 31. Maddesine göre tespit edilecektir.

ikametgahı, taşıma sözleşmesinin yapıldığı esas işyeri, acenta veya şubenin bulunduğu yer veya taşıyıcının yükü teslim aldığı veya teslim yeri olarak gösterilen yerde de dava açabilir. Bu hükmün gösterdiği benzerlikler nedeniyle Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun eşya taşımalarına uygulanacak hukuka ilişkin 29. Maddesi ile uyumlu olduğu söylenebilir.

CMR’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları, 31. Maddedeki hükümden ibaret değildir. CMR’de yer alan diğer bazı kanunlar ihtilafı kurallarına örnek olarak;

- CMR m. 5/1 de yer alan, taşıma senedinde matbu imzaların bulunmasının geçerliliği veya bu imzalar yerine gönderen ve taşıyıcının mühür kullanıp kullanamayacağı hususuna ilişkin kural,
- CMR m. 16/5 te yer alan, taşıyıcı tarafından gerekli durumlarda yükün satımı için takip edilecek usûlün, satışın yapıldığı yerin hukukuna göre yapılacağına ilişkin kural,
- CMR m. 20/4 te yer alan, kaybolan malların gerekli süre içerisinde bulunmadığı veya tazminatı alan gönderen/gönderilenin malın teslimini istemediği durumlarda artık taşıyıcının eşyaya tasarruf etmesinin eşyaların bulunduğu yer hukukuna göre gerçekleşeceğine ilişkin kural,
- CMR m. 29/1 de yer alan, kasıtlı davranışa eş değerde sayılan kusurun tespitinin ihtilafın görüldüğü mahkemenin hukukuna göre yapılacağına ilişkin kural,
- CMR m. 32 de yer alan, zamanaşımının durması veya kesilmesine ilişkin sebeplerin yargılamanın yapıldığı mahkemenin hukukuna göre tespit edileceğine ilişkin kural verilebilir¹⁷⁵.

¹⁷⁵ AYDIN, Alihan, CMR’ye Göre Taşıyıcının Ziyaa, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul, 2002, s. 25.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİGORTA SÖZLEŞMELERİ

I. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

İnsanlar günlük hayatlarında bir takım riskler ve tehlikelerle karşı karşıyadır. Sigorta, bu tip rizikolara karşı bir güvence olarak doğmuştur. Günümüz modern sigortacılığının temelinde de risk halinde yardım düşüncesi yatmaktadır. Bu nedenle, *sigorta, fertlerin hayatta bazı şartlar altında karşılaşacakları, zarar ve masrafa sebep olan olayları ekonomik sonuçlarından kendilerini korumak için önceden tedbir alma ihtiyacından doğmuştur*¹⁷⁶.

Sigorta sözleşmeleri doktrinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur.

- Tarihi ayrıma sadık kalınarak özel sigorta kara sigortası ve deniz sigortası olarak ikiye ayrılabilir¹⁷⁷.
- Her ne kadar sorumluluk sigortalarının doğumu neticesinde önemi kalmamış olsa da, sigortaları yine can ve mal sigortaları olarak ayırmak da mümkündür. Bu iki branşın yanına daha sonra sorumluluk (mesuliyet) sigortaları da eklenmiştir. Bizde bu üçlü ayrıma göre çalışmamızda açıklamalar yapacağız.
- Bir diğer ayrım ise, sabit primli sigorta-değişir primli sigorta ayrımıdır.
- Sigortacılık Kanunu'nun 5. Maddesinde sigortalar hayat sigortaları ve hayat dışı sigortalar olmak üzere ikiye ayrılmıştır¹⁷⁸.
- Sigorta ilişkinin kurulmasının iradeye bağlı olup olmamasına göre, sigortalar ihtiyari ve mecburi sigorta olarak da ikiye ayrılabilir¹⁷⁹.

¹⁷⁶ KENDER, Rayegan; Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku , Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2008, s. 1. (Hususi Sigorta Hukuku), CAN, Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Ankara, 2007, s. 15, "*Sigorta, iktisadi sonuçlar doğuran tesadüfi risklerin olumsuz sonuçlarının sigortacı tabir olunan kişinin yaptığı organizasyon dahilinde bir araya gelen risk taşıyıcıları arasında paylaşılması esasına dayanan bir müessesedir.*"

¹⁷⁷ Benzer tasnif için bkz. CAN, s. 24-25.

¹⁷⁸ BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, s. 23. vd.

¹⁷⁹ OMAĞ, Merih Kemal; Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış, Zorunlu Sigortalar Paneli, İstanbul, 1993, s. 9-10, kanun koyucunun iradesi gereği, farklı bir ifade ile, kanunen yapılması zorunlu tutulmuş sigortalara, mecburi sigortalar adı verilir.

- Özel Sigorta türleri, rizikonun konusuna göre 2 ana başlık altında incelenebilir¹⁸⁰; Zarar Sigortaları, Can ve Hayat Sigortaları.

Modern sigorta hukukunda sigorta sözleşmelerinin tasnifinde iki kriter öne çıkmaktadır: İhtiyacın karşılanması kriteri ve Rizikonun konusu kriteri¹⁸¹.

Burada aktif ve pasif sigortası kavramlarını da açıklığa kavuşturmak gerekir. *Aktif sigortasında* sigortanın konusu menfaattir. Farklı bir ifade ile bir değer ile belirli bir şahıs arasında kurulan ilişki neticesinde sigortalanan menfaat, sigortanın konusunu oluşturur. Bu menfaatin, para ile ölçülebilir ekonomik değerinin olması gerekir. İşte bu değere de sigorta değeri denir¹⁸². *Pasif sigortasında* sigortacı, sigorta ettirenin malvarlığında bazı pasiflerin ortaya çıkması veya mevcut pasifin artması sebebiyle uğrayacağı zararları öder¹⁸³. Bu tip sigortalarda rizikonun gerçekleşmesi halinde belirli bir değer ile olan ilişkinin ihlali söz konusu olmadığından teknik anlamda bir menfaat yoktur, buna bağlı olarak bir sigorta değeri de yoktur¹⁸⁴.

A. Sigorta Sözleşmesi

Özel Hukukta sigorta koruması ancak bir sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla mümkündür¹⁸⁵. Sigorta sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki sigortacı belli bir bedel karşılığında sigortalının patrimonasını medeni hukuktan doğan sorumluluklarına bağlı olarak doğan finansal sonuçlara karşı garanti altına almayı taahhüt eder¹⁸⁶.

Her ne kadar Türk Ticaret Kanunun da sigorta sözleşmesi 1263/1 de tarif edilmişse de bu tanım, sigorta sözleşmesinin değişkenliği ve arzettiği diğer özellikleri açısından yeterli değildir. Türk Ticaret Kanunun 1263/1 maddesi şu şekildedir: “*Sigorta öyle bir akittir ki, bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer*

¹⁸⁰ ULAŞ, Işıl; Uygulamalı Sigorta Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1998, s. 6-7.

¹⁸¹ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 170.

¹⁸² KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 267.

¹⁸³ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 144-145; KARAHAN Sami, Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, Prof. Dr. Halil Cin’e Armağan, Konya 1995, s. 369

¹⁸⁴ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 144-145

¹⁸⁵ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 142.

¹⁸⁶ BREHM, Roland; Le Contrat D’Assurance De Responsabilité Civile, Lausanne, 1983, s. 9.

bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli bir takım hadiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır.” Kender, sigorta sözleşmesinin tanımının kanunda yer almasının doğru olmadığı, kanunda yer alması gereken hususların sigorta sözleşmesinin özellikleri ve hükümlerinin olduğunu belirtmektedir¹⁸⁷. Kanaatimizce de sigorta sözleşmelerinin günümüzde arzettiği değişkenlik ve çeşitlilik nedeni ile, tüm tipleri kapsayan bir tanım yapmak zordur.

09.11.2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısının¹⁸⁸ 1401. Maddesinde ise şu şekilde bir tanım yapılmıştır: *“Sigorta öyle bir sözleşmedir ki, bununla sigortacı bir prim karşılığında, bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin (rizikonun) meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya bir kaç kimsenin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlenir.”*. Doktrinde bu tanım da eleştirilmiştir. En önemli eleştiri ise, tanımın sorumluluk sigortasını kapsamadığı yönündedir. Tasarı metninde sadece *menfaat* kavramından bahsedilmesi, tanımın sadece aktif zarar sigortalarını kapsadığı görüşünü doğurmuştur.¹⁸⁹

Kanun metninden yola çıkarak, sigorta sözleşmelerinin karşılıklı taahhütleri havi bir sözleşme olduğu söylenebilir. Sigorta ettirenin prim ödeme borcunun¹⁹⁰

¹⁸⁷ KENDER, Rayegan, Sigorta Sözleşmesinin Tanımı ve Kurulması (TTK Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi ile), Doç Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 522. (TTK Tasarısı), “...Yürürlükteki TTK’nda zarar sigortası kısmı için olan tanım hiç olmazsa aktif zarar sigortaları bakımından doğrudur. Tasarı hükmünde ise pek çok hata olduğu görülmektedir. Tasarının 1401. Maddesinde yer alan “menfaatin zarara uğratılması” ifadesi doğru değildir; zarar, menfaat gibi temel kavramlar yanlış kullanılmıştır. Menfaat kelimesi, sigorta hukukunda bir aktif ile bir şahıs arasındaki değer ilişkisini ifade etmektedir. Bir aktif üzerinde birden çok menfaat olabilir; sigortanın konusu aktif değil, aktife ilişkin menfaattir. Zarar ise, Borçlar hukuku kavramıdır ve malvarlığında iradi olmayan azalmayı-eksilmeyi ifade eder. Şu hale göre, “menfaatin zarara uğratılması” ifadesi açıklanan bu temel kavramlara aykırıdır...”

¹⁸⁸ Bundan sonra “Tasarı” olarak anılacaktır.

¹⁸⁹ KENDER, TTK Tasarısı, s. 522.

¹⁹⁰ Sigorta ettirenin prim ödeme borcunda temerrüde düşmesine ilişkin karar incelemesi ve ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEKER, Zehra, Sigorta Ettirenin Taksitlendirilmiş Prim Ödeme Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları, Kemal Oğuzman’a Armağan, 1/2002, s. 652-659.

karşılığını sigorta tazminatı ya da bedelini isteme hakkı teşkil eder¹⁹¹. Bu bağlamda sigorta sözleşmeleri her iki tarafa da borç yükler¹⁹². Rızai nitelikte bir sözleşme olan sigorta sözleşmesinde, tarafların birbirlerine uygun irade beyanında bulunmalarıyla sözleşme vücut bulur¹⁹³, yani sigorta sözleşmesi kanuna uygun biçimde yapılan icabın karşı âkit tarafından kabulü ile doğar¹⁹⁴.

Sigorta sözleşmesinin taraflarının sözleşmenin tüm esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Öncelikle, sigorta edilen rizikonun niteliği ve içeriği taraflarca belirlenmiş olmalıdır. Sigorta bedelinin belli olması durumunda primin belli olup olmaması, sözleşmenin tamamlanması açısından önem taşımaz. Bunun yanında sigortacının tehlike taşıma taahhüdünün şartları da sigorta sözleşmesinin esaslı koşullarındandır¹⁹⁵.

B. Sigorta Sözleşmesinin İspatı

Sigorta sözleşmelerinin varlığı, içeriği, tarafları ve koşullarına ilişkin olarak başvurulabilecek en kuvvetli delil sigorta sözleşmesi ve sigorta poliçesidir. Bu bağlamda, sigorta poliçesinin ispat gücüne değinmekte fayda vardır.

1. TTK Kapsamında Sigorta Poliçesinin İspat Gücü

Sigorta sözleşmesi akdedildikten sonra, sigorta poliçesinin, eğer sigorta sözleşmesi doğrudan doğruya sigorta ettiren veya onun temsilcisi ile yapıldıysa sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren yirmidört saat, sözleşme tellal aracılığı ile yapılmışsa, yine sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren on gün¹⁹⁶ içinde sigortacı tarafından sigortalıya verilmesi gerekir (TTK m. 1267). Bu sigortacının sigorta poliçesi verme mükellefiyetidir. Sigorta sözleşmesi ve sigorta poliçesi birbirinden

¹⁹¹ BOZER, , s. 37, KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 145, KUBİLAY, Huriye, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2003.

¹⁹² KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 113, BOZER, s. 37, KENDER, TTK Tasarısı, s. 521.

¹⁹³ BOZER, s. 41, KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 146 vd.

¹⁹⁴ KENDER, Rayegan; Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 41, Ankara 1984 (Sigorta Mukavelesi), KENDER, TTK Tasarısı, s. 525.

¹⁹⁵ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 149.

¹⁹⁶ Tasarının 1424. Maddesinin birinci fıkrasında bu süre onbeş gün olarak değiştirilmiştir.

farklı kavramlar ve belgelerdir¹⁹⁷. Kanun sigorta sözleşmesinin akdedilmesini herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır¹⁹⁸.

Sigorta sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlanmış değildir. Ancak sigorta sözleşmesinin ispatının sigorta poliçesi ile mümkün olduğunu söylemek mümkündür. Elbette sigorta sözleşmesinin tek ispat aracı sigorta poliçesi değildir. Sigorta poliçesinin ibraz edilmediği hallerde, defterlerin ibrazı, veya yemin delillerine de başvurulabilir. Farklı bir ifade ile, bu delillere başvurularak da sigorta sözleşmesinin varlığı ispat edilebilir. Bununla beraber, sigorta sözleşmesinin varlığı, primlerin veya sigorta bedelinin ispatı konusunda, tanık dinlenmesi mümkün değildir¹⁹⁹.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1265. Maddesinden sigorta poliçesinin tanımı yapılmaktadır. Buna göre: *"Sigortacı sigorta ettirene sigorta mukavelesi gereğince her iki tarafın haiz olduğu hak ve borçları gösteren ve kendi tarafından imza edilen bir sigorta poliçesi veya onun yerine geçmek üzere bir muvakkat sigorta ilmuhaberini ekleriyle beraber vermeye mecburdur. Sigortacı istediği takdirde, sigortalı dahi poliçe veya ilmuhaberini ve eklerinin bir örneğini imzalayarak sigortacıya vermekle mükelleftir.*

Poliçe ve ilmuhaberi sigorta ettirenin talebi üzerine nama, emre yahut hâmile yazılı olarak tanzim olunabilir."

Anılan hüküm dışında, Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta poliçesinin hukuki niteliğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, 1265. Maddenin ikinci fıkrasında poliçe veya ilmuhaberini nama, emre veya hamiline düzenlenebileceği hükme bağlanarak, sigorta poliçesinin kıymetli evrak niteliğine vurgu yapılmıştır²⁰⁰. Sigorta poliçesinin sırf TTK m. 1265/2 hükmünden hareketle, kıymetli evrak niteliğini haiz olması sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Zira bu konuda doktrinde

¹⁹⁷ BOZER, s. 41.

¹⁹⁸ BOZER, s. 41, KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 146.

¹⁹⁹ BOZER, s. 41, AYLI, Ali, Sigorta Poliçesinin Kıymetli Evrak Niteliğine Sahip Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 333-334.

²⁰⁰ BOZER, s. 42.

farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kender' e göre²⁰¹, öncelikle, sigorta poliçesi Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrakı düzenleyen üçüncü kitabında yer almamaktadır. Ayrıca, kıymetli evrakın tanımında yer alan, hakkın senede mündemiç olması haline sigorta poliçesinde rastlanmaz. Sigorta poliçesini devralan herhangi bir şahıs sigorta ettirenin sigortacıya karşı sahip olduğu haklara sahip olamaz. Farklı bir ifade ile, rizikonun gerçekleşmesi ile ilişkisi olmayan kişi, sigorta himayesinden faydalanamaz. Bununla beraber, sigorta poliçesine eklenecek kayıtlar ile, poliçeye kıymetli evrak vasfı kazandırmak da mümkündür.

Bozer ise, yabancı hukuklarda sigorta poliçesinin genellikle bir ispat aracı olarak değerlendirildiğinin altını çizdikten sonra, Hükümet gerekçesinde, sigorta poliçesine hem kıymetli evrak vasfı yüklendiği hem de ispat aracı olarak değerlendirildiğine değinmiştir²⁰².

Ayli, sigorta poliçesinin sadece nama yazılı kıymetli evrak niteliğine sahip olabileceğini, emre veya hamiline yazılı sigorta poliçelerinin kıymetli evrak niteliğinde olmadığını görüşünü savunmaktadır. Zira, nama yazılı kıymetli evrakın devri, senet zilyetliğinin nakli ve devir beyanı ile gerçekleşir. Böylece, borçlu senet metninden anlaşılmasa da, temel ilişkiden doğan şahsi defileri senedin sonraki hamillerine karşı ileri sürebilir²⁰³.

Kanaatimizce, sigorta ilişkisinde ana kriterin rizikonun gerçekleşmesinden kimin menfaati olduğundan hareketle, sigorta poliçesinin bir ispat vasıtası olduğunun kabulü daha doğrudur.

Sigorta poliçesi, yukarıda da değinildiği üzere, temel olarak, sigorta sözleşmesinin tamlığı ve doğruluğuna ilişkin ispat fonksiyonuna sahiptir. Sigorta poliçesi, bu yönde bir delil teşkil eder²⁰⁴. Dolayısıyla, poliçede yer alan hususların

²⁰¹ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 157-158.

²⁰² BOZER, s. 43.

²⁰³ AYLI, s. 347-348, nama, emre ve hamiline yazılı sigorta poliçeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. s. 340 vd.

²⁰⁴ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 158, AYLI, s. 333, yazar her ne kadar sigorta poliçesinin, sigorta sözleşmesinin tamlığı ve doğruluğu yönünde bir karine teşkil ettiğini savunsa da bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, usûlüne uygun farklı bir ifade ile TTK m. 1266'da yer alan kayıtları içeren sigorta sözleşmesi, başlı başına bir yazılı delil teşkil eder. Dolayısıyla, sigorta poliçesi,

aksini ispat mümkün olup, sigorta sözleşmesinin içeriğinin sigorta poliçesinde belirtildiği şekilde olmadığını ispat yükü, bunu iddia edene düşer. Bu durumu bir örnek ile açıklamak gerekirse: Sigortacı, poliçede sigorta priminin 500 TL olarak belirtildiğini, primin miktarının bu olduğunu iddia etmektedir. Sigortacı, delil olarak sigorta poliçesine dayanmaktadır. Buna karşın, sigorta sözleşmesinin diğer tarafı olan sigortalı, primin 300 TL olduğunu iddia etmektedir. Sigortalı, yeni bir vakıa ileri sürmüş, sigorta priminin 300 TL olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla, bu yeni vakıaya ilişkin olarak ispat yükü sigortalıya aittir. Ancak, eğer sigortalı, sadece sigortacının hakimde oluşan (primin 500 TL olduğunu yönündeki) kanaati sarsma amacıyla bir faaliyete girişirse, bu karşı ispat faaliyeti olur. Bu yolla da sigortalı ispat yükünü üzerine almış sayılmaz. Burada sadece delil ikame yükü sigortalıya aittir. Sigorta poliçesi dışında diğer delilleri hakim önüne getirerek, oluşan kanaati sarsmaya çalışır.

Prim ödeme borcuna ilişkin olarak tarafların ticari defterleri de delil olarak kullanılabilir.

Sigorta poliçesine ilişkin bir diğer ispat kuralı da, TTK m. 1281’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*Sigortacı, harb ve isyandan başka bir sebeple mallara âriz olan telef ve tagayyür gibi bütün hasarlardan mesul olur. Sigortacının, 1 inci fıkra gereğince mesul olduğu rizikolardan biri sigorta poliçesinin hükmünden istisna edilmişse vâkı hasarın istisna edilen rizikolardan doğduğunun ispatı sigortacıya aittir.*” Burada kanunla ispat yükü belirlenmiştir. Sigortacı, savaş ve isyan dışında sigorta konusu menfaate (mala) gelen hasarlardan sorumludur. Ancak, hasara neden olan olayın sigorta poliçesinde istisna edildiğini ispat yükünü taşımaktadır. Dolayısıyla, eğer sigortacı, gerçekleşen hasara ilişkin tazmin yükümlülüğü bulunmadığını, zira bu rizikonun poliçede istisna edildiğini iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür²⁰⁵.

sözleşmenin içeriği yönünde karine teşkil etmek yerine, bizatihi kendisi yazılı delildir. Burada olsa olsa, sigorta poliçesi hakkında, yazılı delille ispat kuralından bahsedilebilir. Nitekim yazar da, devamla, sigorta poliçesinin, sözleşme hakkında tek ispat aracı olmadığından bahseder, görüşünü çürütmektedir.

²⁰⁵ GÜL İbrahim/BAL Nurcan, Sigortacının İspat Yükünü Paylaşması, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006, Yıl 4, S. 46, s. 3039-3040.

2. TTK Tasarısı Kapsamında Sigorta Poliçesinin İspat Gücü

Tasarıda temel anlamda sigorta poliçesinin ispat gücü ile ilgili bir değişiklik bulunmamaktadır. Tasarı anlamında da sigorta poliçesi, sigorta sözleşmesinin içeriği hakkında güçlü bir yazılı delil niteliğindedir. Bununla beraber Tasarının 1423 ve 1424. Maddelerinde, bazı ispat yükü kuralları belirlenmiştir.

1423. madde hükmü “Aydınlatma Yükümlülüğü” başlığını taşımaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesine bağlanan sonuçlar düzenlenmiştir²⁰⁶. Buna göre, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği hallerde, sigorta ettiren on dört gün içerisinde itiraz etmezse, sigorta sözleşmesinin, poliçede belirtilen koşullarla kurulmuş olur²⁰⁷. Kanun sigortacıya, aydınlatma açıklamasının yapıldığını ispatlama yükünü yüklemiştir. Sigortacının sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğan bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, sigorta ettiren itiraz etmemiş ise, sigorta sözleşmesinin poliçede olduğu biçimiyle taraflar arasında akdedildiği sonucuna varılacaktır. Ancak sigorta ettiren sigorta sözleşmesinin kurulması aşamasında, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu nedenle, sigorta poliçesinin iradesi doğrultusunda akdedilmediğini iddia etmesi durumunda, sigorta ettiren artık aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ispatla yükümlü değildir. Tasarı burada bir ispat yükü kuralı koyarak, sigortacının aydınlatma yükünü yerine getirdiğini ispatlamasını hükme bağlamıştır. Sigortacının bu yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini ispat etmesi daha kolay olacağından, düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

²⁰⁶ Madde gerekçesinde Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm bulunmadığı, buna karşın doktrin ve Yargıtay kararlarında, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan, aydınlatma yükümlülüğüne kanunda yer verildiğinden bahsedilmiştir.

²⁰⁷ Madde 1423 – “(1) Sigortacı ve acentesi sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, yapılacak sözleşmeye ilişkin tüm önemli bilgileri, sigortalının haklarını, Borçlar Kanununun 107 nci maddesinin uygulanması öngörülmüşse bunu, sigorta ettirene yazılı olarak bildirir; ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince, sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.

(2) Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin kurulmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla kurulmuş olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.

(3) Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliği’nin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler.”

“Sigorta Poliçesi Verme Yükümlülüğü” başlığını taşıyan Tasarının 1424. Maddesi hükmü ise, esas olarak TTK m. 1265 ve m. 1267 hükümlerinin yenilenmiş halidir. 1424. Maddede poliçenin düzenlenmediği durumlarda, sigorta sözleşmesinin ispatının genel hükümlere tabi olduğu hükme bağlanmıştır²⁰⁸. Bu hüküm, sigorta poliçesinin temelde bir ispat aracı olduğu tespiti ile birlikte değerlendirildiğinde anlamını yitirmektedir. Zira, sigorta poliçesi, sözleşmenin içeriği ve tarafların yükümlülüklerine ilişkin bir ispat aracıdır. Dolayısıyla, sigorta poliçesinin delil değeri, ispat gücü, genel ispat hükümlerine göre belirlenir. Farklı bir ifade ile, sigorta poliçesi düzenlense bile, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ispat yükü yine genel hükümlere göre dağıtılacaktır. Sigorta poliçesinin düzenlendiği durumlarda, sigorta sözleşmesine dair güçlü bir delilin varlığından bahsedilir. Çünkü sigorta poliçesi aslen bir ispat aracıdır, varlığı veya yokluğu hangi ispat kurallarının uygulanacağı konusunda etki etmez. Sigorta poliçesi düzenlenmemişse, sigorta sözleşmesinin ispatı yine senede ilişkin HUMK m. 287 (özellikle m. 288) ve devamı hükümlerine göre yapılacaktır.

C. Sigorta Sözleşmesinin Tarafları

1. Sigortacı

Sigorta sözleşmesinin taraflarından biri sigortacıdır. Bir sigorta şirketinin Türkiye’de faaliyet gösterebilmesi için anonim şirket veya kooperatif şekilde kurulmuş olmaları gerekmektedir (Sig. Mur. Ka. m. 3/I). Bu hükmün bir sonucu olarak da, sigorta şirketleri tüzel kişi tacir sıfatına sahiptir²⁰⁹.

Sigorta Murakabe Kanunun 29. maddesi uyarınca “Türkiye’de yerleşik gerçek veya tüzel kişiler, Türkiye’deki sigortalarını, münhasıran Türkiye’de faaliyette bulunan ruhsatlı sigorta şirketlerine ve Türkiye’de yaptırmak zorundadırlar.” Ancak

²⁰⁸ Madde 1424 – “(1) Sigortacı, sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından kurulmuşsa, sözleşmenin kurulmasından itibaren yirmidört saat, diğer hâllerde onbeş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür. Sigortacı poliçenin geç verilmesinden doğan zarardan sorumludur.

(2) Sigorta ettiren poliçesini kaybederse, gideri kendisine ait olmak üzere, yeni bir poliçe verilmesini sigortacıdan isteyebilir.

(3) Poliçenin verilmediği hâllerde, sözleşmenin ispatı genel hükümlere tâbidir.”

²⁰⁹ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 32.

maddenin devamında bazı istisnalar sayılmıştır. Buna göre “İhracat ve ithalat konusu olan mallar için nakliyat sigortaları” yurtdışında da yapılabilir. Çalışmamız açısından da, karayolu ile yapılan eşya taşımalarında yapılan sigorta sözleşmelerinin bu kapsamda değerlendirilmesi doğru olur.

2. Sigortalı/Sigorta Ettiren Kavramları

Sigorta ettiren sigorta şirketi ile sözleşmeyi yapan kişidir. Sözleşmeden doğan bütün yükümlülükler sigorta ettirene aittir. Kural olarak sigortacının risk taşımasını isteme hakkı sigorta ettirene aittir²¹⁰. Aktif sigortalarında sigorta edilen menfaat sigorta ettirene ait olmalıdır. Bu hususa TTK m. 1269’da da yer verilmiştir. Bir mal veya aktif üzerinde menfaat sahibi olabilmek için mutlaka bu mala veya aktife gelecek hasar yüzünden bir zarara maruz kalınması gerekmektedir²¹¹.

Menfaat kavramı zarar sigortaları açısından sadece aktif sigortalarında bulunur. Pasif sigortalarında, sigorta ettirilen pasif, sigorta ettirenin malvarlığında yer almalıdır. Pasif sigortası da, aktif sigortası gibi başkası hesabına yapılabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sigortalanan pasifin de bir üçüncü kişiye ait olduğudur. Yoksa sorumluluk sigortalarında olduğu gibi, sigorta ettiren, başkasına karşı sorumluluğu dolayısıyla kendi pasifindeki azalmayı değil, tamamen başkasını hesabını ve onun pasifindeki azalmayı sigortalattırmaktadır²¹².

Çoğunlukla sigorta ettiren aynı zamanda sigortalıdır (lehdar)²¹³. Ancak sigorta edilen menfaat sigorta ettirene değil de bir başkasına aitse, burada sigorta ettirenin yanında bir de sigortalı kavramı ortaya çıkar²¹⁴. Zarar sigortasının üçüncü kişi lehine yapılması mümkündür. Bu kimi zaman sigortalının üçüncü kişi olması

²¹⁰ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 174, KORKMAZ, Sibel; Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları, İzmir 2004, s. 27

²¹¹ TTK m. 1269’un yorumu ile, bir şahıs bir malın hasarlanması veya ziyaa uğraması nedeniyle o malın sahibine karşı sorumlu olabileceğinden sadece mesuliyet sigortası yaptırabileceği gibi bir sonuca ulaşmak mümkün olamaz. KENDER bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “Bu madde kimlerin menfaat sahibi olduğunu tesbit etmiştir. Bu şahıslar isterlerse kendi menfaatlerini sigorta ettirirler, isterlerse bir mesuliyet sigortası yaptırabilirler. Bir malın hasarlanması veya ziyai yüzünden bir suretle zarar görebilecek olan her şahıs, o mal üzerinde sigortalananabilir bir menfaate sahiptir..” Hususi Sigorta Hukuku, s. 175.

²¹² KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 177.

²¹³ BOZER, s. 33.

²¹⁴ KORKMAZ, s.27

şeklinde, kimi zaman ise zarar sigortasının başkası nam ve hesabına yapılması şeklinde karşımıza çıkar²¹⁵. Bu tip sigortaların hukuki niteliği, üçüncü kişi lehine akitir²¹⁶.

Mal sigortaları üçüncü kişi lehine yapılabilir, bu tip sözleşmelerde sigorta ettiren ve sigortalı farklı kişiler olup, sigortacıya karşı tüm yükümlülük sigorta ettirene aittir^{217, 218}. Farklı bir deyişle, sigorta ettiren primleri öder, rizikonun gerçekleştiğini bildirir. Ancak sigorta menfaati sigortalıya aittir²¹⁹. Dolayısıyla sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinden doğan haklardan yararlanamaz. Sigortalı sigorta sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte sigorta edilen menfaat kendisine ait olan kişidir. Sigorta sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yine sigorta ettiren yerine getirmekle beraber sigortadan doğan haklar sigortalıya aittir. Kural olarak sigortalının sigorta sözleşmesine ilişkin bir yükümlülüğü yoksa da kanunda bazı istisnalar getirilmiştir²²⁰. Sigorta bedelini alma, zararı tazmin ettirme hakkı lehine sözleşme yapılan kişiye, yani sigortalıya ait olabilir²²¹. Sigortalının sigorta tazminatını talep hakkı kanunda düzenlenmiş olabilir. Örneğin yangın sorumluluk sigortasının düzenlendiği TTK 1310. Maddesinde sigorta tazminatını talep hakkının münhasıran *sigorta ettiren kimsenin kendisine karşı sorumlu olduğu kimseye ait olduğu* hükme bağlanmıştır²²². Ancak kimi zaman kanun sigorta tazminatını talep hakkının sigortalıda olup olmadığını bu kadar açık ve net düzenlememiştir. İşte bu gibi durumlarda Borçlar Kanunu genel ilkeleri yol gösterici olabilir. Bu hususun daha iyi anlaşılabilmesi için üçüncü kişi lehine sözleşme kavramına değinmek gerekir.

²¹⁵ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 178, BOZER, s. 55 vd.

²¹⁶ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 178

²¹⁷ Hukuki nitelikleri itibariyle üçüncü şahıs lehine sigortalar, üçüncü şahıs lehine sözleşmelerdir.

²¹⁸ Mal sigortaları aktif veya pasif nitelikte olabilir. Dolayısıyla, bir pasif malvarlığı sigortası niteliğinde olan sorumluluk sigortasında da üçüncü kişi lehine sigorta sözleşmesi akdetmek mümkündür.

²¹⁹ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 178-179.

²²⁰ KORKMAZ, s. 28-29, Ayrıca bkz. TTK m. 1363 ve 1364.

²²¹ ULAŞ, s. 28.

²²² OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 1995, s. 785. Ayrıca TTK m. 1310: “Yukarıki maddede yazılı hallerde, sigortacının sigorta ettirene karşı ödemeye mecbur olduğu tazminatı tahsil salâhiyeti münhasıran sigorta ettiren kimsenin kendisine karşı mesul olduğu şahsa ait olup sigorta ettiren kimsenin alacaklıları bu tazminattan faydalanamazlar. Sigorta ettirenin kendisine karşı mesul olduğu şahıs sigortacıdan tazminatın tamamını alamamış ise kalan kısımdan dolayı yangın sebebiyle kendisine karşı mesul olan kimseye müracaat hakkı mahfuzdur.”

Üçüncü kişi lehine sözleşme şu şekilde tanımlanabilir: Borçlunun bizzat alacaklıya değil, üçüncü bir kişiye ifada bulunma yükümlülüğü olan sözleşmelere, diğer bir deyişle, taraflarca ifanın üçüncü bir kişiye yapılmasının kararlaştırıldığı sözleşmelere²²³ üçüncü kişi lehine sözleşme denmektedir²²⁴. Bu tip sözleşmelerin, yapılacak ifayı talep edebilme hakkının varlığına göre, iki türü olduğu söylenebilir; Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme.

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede (BK.m. 111/1) yalnız vaadettiren lehine bir hak doğar²²⁵ yani borcun üçüncü şahsa ifasını sadece vaadettiren talep edebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, vaadettirenin borcun ifasının üçüncü şahsa yapılmasını istemesi gerektiğidir. Bu da üçüncü şahıs lehine sözleşmenin genel karakterinden kaynaklanmaktadır.

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde alacak hakkı sadece vaadettiren lehine doğar, yani borcu talep hakkı sadece vaadettirendedir. Lehine sözleşme yapılan kişinin, borcu talep hakkı yoktur²²⁶.

Tam üçüncü kişi lehine akitler Borçlar Kanununun 111/II-III maddesinde düzenlenmiştir. Bu tip sözleşmelerde üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte sözleşmenin kurulmasıyla alacağı doğrudan doğruya ve aslen iktisap etmektedir. Burada artık üçüncü kişi vaad edenden borcun ifasını tek başına talep etme hakkını haizdir²²⁷.

²²³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 1095, KILIÇOĞLU, s. 430.

²²⁴ TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 218.

²²⁵ KILIÇOĞLU, s. 433, EREN, s. 1099; Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeler, basit üçüncü kişi yararına sözleşme veya yetki veren üçüncü kişi yararına sözleşme olarak da adlandırılabilir.

²²⁶ EREN, s. 1095. *Tekinay'a göre tam üçüncü kişi lehine akitler, aslen eksik üçüncü kişi lehine akitlerin istisnasını teşkil eder "...Gerçekten de üçüncü şahsın -kendi lehine bir akit yapılmış olmasına rağmen- bir talep hakkına sahip olmadığı hallerde sözü edilen akit eksiktir. Üçüncü şahıs lehine tam akitlerde, borcun üçüncü şahsa ifasını şu iki şahıstan her biri talep edebilir: 1) Taahhüt ettiren, yani borçluya, üçüncü şahıs lehine bir taahhüt kabul ettiren şahıs, 2) Bizzat üçüncü şahıs veya onun hukuki halefi. Görülüyor ki, üçüncü şahıs lehine tam akitler, akitten doğan borçların ifasının yalnız taraflarca istenebileceği kuralının istisnasını teşkil eder."* TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220, OĞUZMAN/ÖZ, s. 782, REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 18. Bası, İstanbul, 2006, s. 345.

²²⁷ EREN, s. 1100, OĞUZMAN/ÖZ, s. 783, REİSOĞLU, s. 345.

Tekinay' a göre Borçlar Kanunu aslen üçüncü şahıs lehine sözleşmenin eksik olduğu fikrinden hareket etmiş, bununla birlikte iki tarafın amacına veya adete uygun olduğu takdirde üçüncü kişinin de sözleşmeden doğan alacağı talep edebileceğini düzenlemiştir²²⁸.

Bu açıklamalar ışığında, üçüncü kişi lehine sigorta sözleşmelerinde, sigortalının tazminatı talep etme hakkının, sözleşmenin tam veya eksik üçüncü kişi lehine olup olmamasıyla ilgili olduğu söylenebilir. Farklı bir ifade ile, taraflar (sigortacı ve sigorta ettiren) sigorta tazminatını talep hakkını sigortalıya verilmesi hususunda anlaşmışlarsa, artık sigortalının bu tazminatı talep ve dava hakkının bulunduğu kabul edilecektir. Aksi takdirde, yani taraflar arasında bu şekilde bir anlaşma bulunmuyorsa, artık sigorta ettiren, sigorta tazminatı talep ve dava hakkı sigorta ettirene ait olur²²⁹.

Tasarının 1454. maddesinde, yukarıda açıkladığımız üçüncü kişi lehine sözleşme kavramı ve yargı kararlarından hareketle bir düzenleme yapılmaya çalışıldığı görülmektedir: “*Sigorta ettiren, üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek veya belirtmeyerek, sigorta ettirebilir. Sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Sigortalı, aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir.*”. Nitekim Tasarı gerekçesinde de bu hususa ayrıntılı biçimde değinilmiş²³⁰, sigortalının tazminatı talep

²²⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220.

²²⁹ BOZER, eserinde bu şekilde bir ayrıma yer vermeden, sigortalının tazminatı kendisinin isteyeceğini belirtmiştir. Ancak KENDER, bu tip sigorta sözleşmelerinin üçüncü şahıs lehine sözleşme niteliğinde olduğunu belirttikten sonra, kara sigortalarında bu sözleşme tipini açıklayacak hüküm bulunmadığından bahisle, deniz sigortalarına ilişkin TTK 1342. Maddesine değinmiştir. KENDER'in tespiti ile, kanaatimizce, üçüncü şahıs lehine sigorta sözleşmelerinde, üçüncü şahsın (Sigortalının) talep ve dava hakkının bulunduğu ilişkin hüküm yer alıyorsa, işte o zaman sigortalının doğrudan sigortacıya başvurma imkanından bahsetmek gerekir. Bu kabul üçüncü kişi lehine sigorta sözleşmesinin hukuki dayanağını oluşturan BK 111. Maddesi hükmüne de uygun olacaktır.

²³⁰ Madde gerekçesi şu şekildedir: “*Borçlar Kanununun 111 ve 112 nci maddelerinde düzenlenen üçüncü şahıs lehine sözleşmenin bir uygulaması niteliğindeki başkası hesabına sigortada sigortadan doğan haklar sigortalıya aittir. Ancak, Borçlar Kanununun istisna gördüğü tam üçüncü şahıs lehine sözleşmeler 6762 sayılı Kanunda hayat sigortaları için açıkça kural hale getirilmişken diğer sigortalar için bu yönde belirleyici bir hükme yer verilmiştir. Sadece denizcilik rizikolarına karşı sigortada, 6762 sayılı Kanunun 1445 inci maddesinin ikinci fıkrasında sigorta poliçesinin sigortalının elinde olması kaydıyla sigortalının sözleşmeden doğan hakları üzerinde tasarrufta bulunabileceği ve bu hakları mahkemede iddia edebileceği hükme bağlanmıştır. Bu noktada, poliçenin sigortalıya verilip verilmemesine göre sözleşmenin tam veya eksik üçüncü şahıs olduğu tayin edilmektedir. Taslağın bu maddesi ile, sigortalar arasında herhangi ayırım yapılmaksızın, sigorta sözleşmesinin,*

etme hakkı kanunla düzenlenmiş olup, talep edememe durumuna istisnai nitelik kazandırılmıştır.

Üçüncü kişi nam ve hesabına sigorta, Türk Ticaret Kanunu'nun 1270. ve 1271. Maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, prim borçlusu müvekkildir (sigortalı). Sözleşmeden kaynaklanan mükellefiyetler kendisine düşer. Sigortalı sigorta sözleşmesini bir vekil aracılığı ile kendi nam ve hesabına yaptırmaktadır. Dolayısıyla, sigorta ettiren vekilin, sigortalıyı temsil yetkisi bulunmalıdır. TTK m. 1270/2 uyarınca da, nam ve hesabına sigorta sözleşmesi yapılan kimse rizikonun gerçekleşmesinden önce veya sonra icazet verdiği takdirde sigortadan yararlanır. Amir nitelikte olan bu hükme aykırı nitelikteki kayıtlar geçersizdir²³¹.

D. Karada Eşya Taşıma Rizikolarına Karşı Sigorta

Mal sigortalarının bir türü olan karada eşya taşıma rizikolarına karşı sigorta Türk Ticaret Kanunu'nun 1311-1315. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerin yeterli olduğu söylenemez. Bu nedenle, 1311. Maddede, hüküm bulunmayan hallerde, denizcilik rizikolarına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir²³².

Kara taşımasında rizikolar TTK m. 1312'de düzenlenmiştir: "*Karada ve iç sularda taşınan eşyanın sigortası halinde sigortacı, aksine mukavele yoksa, eşyanın taşıyıcıya teslimi tarihinden itibaren gönderilene kanunen teslim edilmiş sayıldığı zamana kadar, her ne sebeple olursa olsun, mâruz kaldığı hasarlardan mesuldür.*"

kural olarak tam üçüncü şahıs lehine sözleşme düzenlenmiştir. Diğer taraftan, Borçlar Kanununun 11 inci maddesine göre tam üçüncü şahıs lehine sözleşme, taraf iradelerine ya da örf adete uygun düştüğü takdirde mümkün olmaktadır. Sigorta sözleşmesinin teminat sağlama, kişiyi uğradığı tehlikenin zararlarından koruma amaçları göz önünde bulundurulduğunda, taraf iradelerinin de tam üçüncü şahıs lehine sözleşme yönünde olduğunun kabulü gerekir."

²³¹ BOZER, s. 57, ATABEK, Reşat, Zarar Görenin Doğrudan Doğruya Sigortacıya Başvurma Hakkı, BATİDER, Temmuz 1971, C. VI, S. 1, s. 129.

²³² CAN, s. 171. Tasarıda ise kara ve içsularda yapılan taşıma rizikolarına karşı sigortaya yer verilmemiştir. Tasarısı Genel Gerekçesinde bu durum, şu şekilde açıklanmıştır: "*Sigorta, dinamik niteliği sebebiyle değişen ihtiyaçların gerisinde kalmaması gereken bir hukuk olduğundan maddeler ele alınırken sigortanın bu özelliği üzerinde durulmaya özen gösterilmiştir. Tasarıda, her sigorta türüne uygun genel nitelikte hükümler öngörülmeğe çalışıldığından 6762 sayılı Kanundan farklı olarak yangın, tarım veya hırsızlık gibi özel sigorta türleri özel olarak düzenlenmemiştir."*

Sigortacı taşıma işlerini görmeye memur olanların kasten veya kusurlarıyla sebebiyet verdikleri hasarları da tazmin ile mükelleftir.”

Sigorta bedeli, malın taşıyıcıya teslim olunduğu zaman ve yerdeki değeri, varma yerine ulaşmasına kadar olan taşıma ücreti ve taşıma masraflarından oluşur. Ayrıca sigorta poliçesine eklenmek şartıyla malın varma yerine ulaşması halinde umulan ve makul haddi aşmayan karın da sigorta değerine eklenmesi mümkündür²³³.

Kanunda da düzenlendiği üzere, sigortacı, taşıma işlerini görmeye memur olanların kasten veya kusurlarıyla verdikleri hasarları da tazminle yükümlüdür. Bu amir hükmün aksinin kararlaştırılması TTK m. 1264/3 uyarınca mümkün değildir²³⁴.

Taşıma işinin, taşıma esnasında ortaya çıkacak zaruretlere nedeniyle duraksaması sigorta sözleşmesinin akıbetini etkilemez, bu nedenle sigorta sözleşmesi feshedilemez (TTK m. 1315)²³⁵

Bozer, eşya taşıma sözleşmelerinin aynı akit niteliğinde olduğundan bahisle, eşyanın taşıyıcıya teslim edildiği tarihi, taşıma sözleşmesinin yapıldığı tarih olarak değerlendirmenin mümkün olacağını savunmaktadır²³⁶. Taşıma sözleşmesinin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli olup, eşyanın taşıyıcıya teslimi sadece sorumluluğun başlangıç anını belirleyici niteliktedir. Zira, TTK m. 1312’de de “eşyanın taşıyıcıya teslimi ile” denmekle, sözleşmenin kurulması anı ile, eşyanın teslimi anının ayrı ayrı değerlendirildiği sonucuna ulaşılabilir.

Karada mal taşıma işlerine ait sigortalarda, prim ödeme borcu ve poliçe ilişkisinde farklılık bulunmaktadır. TTK m. 1295 uyarınca sigortacının sorumluluğu, primin veya ilk taksitin ödendiği anda başlamaktayken, karada eşya taşımalarına ilişkin sigortalarda, sigortacının sorumluluğu sözleşmenin yapıldığı anda başlayacağı gibi, sigorta primi de henüz poliçe tanzim edilmemiş olsa bile, o anda muaccel olur.

²³³ CAN, s. 171.

²³⁴ CAN, s. 170.

²³⁵ CAN, s. 171.

²³⁶ BOZER, s. 113.

Dolayısıyla, sigortacı henüz, poliçeyi düzenlememiş olsa da, sigorta sözleşmesinden doğan sorumluluğu, sözleşmenin akdedildiği anda başlayacaktır²³⁷.

E. Bir Sorumluluk Sigortası Türü Olarak CMR Sorumluluk Sigortasının Değerlendirilmesi

Uluslararası nitelikte taşımalarda, farklı bir ifade ile, CMR'ye tabi taşımalarda, taşıyıcının yaptıracağı sorumluluk sigortasına CMR Sorumluluk Sigortası adı verilir. Bu sigorta türü ile taşıyıcı, taşıma işi sırasında CMR'de öngörülen sorumluluğu nedeniyle, hasar veya ziya halinde pasifinde oluşacak eksilmeyi güvence altına almayı amaçlamaktadır.

İhtiyari sorumluluk sigortalarına ilişkin genel kurallar CMR sorumluluk sigortalarında da geçerlidir. Ancak uygulamada, CMR sorumluluk sigortası yaptırmayan taşıyıcıların TIRlarının üye ülkelere alınmadığı düşünülürse, artık bu tip sigortaların neredeyse zorunlu sorumluluk sigortası niteliği kazandığı söylenebilir. Unutulmamalıdır ki, yine de söz konusu uygulama kanuni değil, adetsel bir zorunluluk olduğundan, hukuki nitelendirmeyi buna göre yapmak ve CMR sorumluluk sigortalarını da ihtiyari sorumluluk sigortası kapsamı içinde değerlendirmek gereklidir.

1. Hukuki Niteliği

CMR Sigortasını genel olarak, taşıyıcının CMR kapsamında belirlenen sorumluluğunun sigortası olarak tanımlamak mümkündür²³⁸. CMR Sigortası mahiyeti itibarıyla bir ihtiyari sorumluluk sigortası olup, sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan riskleri kapsar. Aksi halde, taşıyıcının CMR kapsamındaki tüm

²³⁷ AYLİ, s. 335.

²³⁸ KAYA, Arslan, CMR Sigortası, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 812, "CMR Sigortası uygulamada Antlaşma'ya atıfla ve bu isimle nitelenmiş ve yerleşmiştir. CMR sigortası gerçekte taşıyıcının karayolu ile uluslararası eşya taşımasından doğan ve esasları CMR'de düzenlenen sorumluluklarından, ihtiyarilik esasına göre sigorta poliçesi kapsamına alınan sorumluluk halini/hallerini, CMR'de öngörülen kapsamda ve şartlarda teminat altına alan bir sorumluluk sigortası alt türüdür."

sorumluluklarının hafifletilmesi sonucu doğar ki, bu hem sorumluluk sigortası genel hükümlerine, CMR m. 11'e, hem de TTK m. 766'ya aykırılık teşkil eder²³⁹.

CMR sorumluluk sigortasının hukuki niteliğini incelemekten önce CMR'de taşıyıcının sorumluluğunun hukuki niteliğini incelemek gerekir. Taşıyıcının sorumluluğu ile ilgili genel prensip CMR m. 17 de belirlenmiştir²⁴⁰. Buna göre; *“Taşıyıcı, malları teslim aldığı andan, malların teslim edileceği zamana kadar malların tamamen veya kısmen kaybolmasından ve hasara uğramasından ayrıca gecikmeden sorumlu olacaktır.”*

CMR m. 17 de düzenlenen ve esasen taşıyıcının hasar/ziya ve gecikmeden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler dışında,

- CMR m. 12 de belirlenen şartlara uygun emir ve talimatlara uygun hareket etmeme veya bunların sevk mektubunun birinci nüshası talep edilmeden yerine getirilmesi,
- CMR m. 21 uyarınca, teslimde ödeme şartı bulunmasına rağmen, taşıyıcının belirtilen bedeli tahsil etmeksizin eşyayı alıcıya teslim etmesi,
- CMR m. 11/III de düzenlenen, taşıma evrakının kaybı veya yanlış kullanılması,
- CMR m. 7/III uyarınca, sevk mektubunda taşımanın CMR hükümlerine tabi olduğu yönünde bir şerhin bulunmaması nedeniyle, mallara tasarruf etme hakkına sahip kişinin zarar uğraması,
- CMR m. 16 uyarınca, taşıyıcının, yükü boşaltıp teslim edeceği üçüncü kişiyi seçmesi özensiz davranması da, taşıyıcı açısından birer sorumluluk nedeni olarak düzenlenmiştir.

²³⁹ KAYA, CMR Sigortası, s. 812.

²⁴⁰ AKINCI, Ziya, Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999, s. 87, ARKAN, Sabih, Eşyanın Karayolu ile Uluslar arası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerine Bir İnceleme, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara, 1984, s. 12 (CMR), s. 13.

CMR de düzenlenen sorumluluk şeklinin hafifletilmiş bir kusursuz sorumluluğu olduğu söylenebilir²⁴¹. Taşıyıcı, kusursuzluğunu ispat etmek yerine, sorumluluğunu doğuran olayın, CMR m. 17/2 ve 17/4 te düzenlenen durumlardan biri nedeniyle doğduğunu ispat etmelidir²⁴².

Bu açıklamalar ışığında denebilir ki, taşıyıcının sorumluluğu tam anlamıyla bir kusursuz sorumluluk değildir. Taşıyıcı söz konusu zararın CMR m. 17/2 ve 17/4 deki hallerden birinden doğduğunu kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği bir olayın varlığına dayanması halinde, en üst düzeydeki özeni göstermesine rağmen olay ve zarar doğuran sonuçların meydana geldiğini ispatlamalıdır²⁴³.

İşte taşıyıcı sorumluluğun kendisine geçtiği malların teslim alınması anından malların alıcıya teslimine kadar geçen sürede oluşabilecek muhtemel zararlar için ödeyeceği tazminatlar nedeniyle pasifinde bir azalmaya maruz kalabilir. Bu nedenle taşıyıcı CMR m. 17, CMR m. 21 ve CMR m. 19 dan doğan haklı tazminat talebi rizikosuna karşı CMR sorumluluk sigortası yaptırır²⁴⁴. CMR sorumluluk sigortası zarar sigortaları arasında değerlendirilen bir pasif sigortasıdır. Burada sigorta ettirilen menfaat taşıyıcıya aittir. Her ne kadar ilk bakışta sigortanın amacının tazminat talep edenin korunması olduğu düşünülebilirse de, asıl amaç sigorta ettirenin yani taşıyıcının pasifinin korunmasıdır.

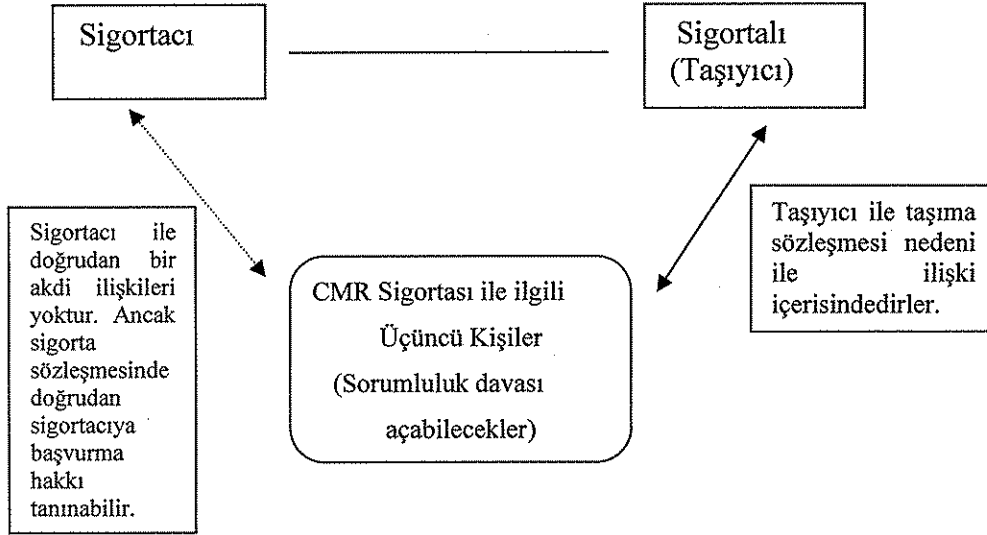
²⁴¹ KAYA Arslan, Karayolu ile Eşya Taşınmasına ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 323. (I)

²⁴² KAYA, CMR Sigortası, s. 809, AKINCI, s. 88, CLARKE, Malcolm A.; International Carriage of Goods by Road: CMR, 2nd Edition, London, 1991, s. 292.

²⁴³ KAYA, (I), s. 325

²⁴⁴ KAYA, CMR Sigortası, s. 812.

CMR Sorumluluk Sigortası sözleşmesinin tarafları şu şekilde belirlenebilir.



2. CMR Sorumluluk Sigortasının Kapsamı²⁴⁵

CMR Sorumluluk sigortasının öncelikle CMR'ye taraf ülkeler ve CMR hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırıldığı taşıma sözleşmelerinde yapılabilir. CMR Sorumluluk sigortasının şartlarını da, CMR m. 17 vd.'da düzenlenen sorumluluk esasları belirlemektedir²⁴⁶. Kanaatimizce CMR Sorumluluk sigortasında sorumluluk sınırı, CMR de öngörülen sınırı CMR deki sorumluluk sınırı ile aynı olmalıdır: Sorumluluk anında ödenecek tazminat her bir eksik veya hasarlı yükün

²⁴⁵ TTK m. 1266/2 de ifade edildiği biçimde, CMR Sigortasına ilişkin Bakanlıkça onaylanmış genel şartlar bulunmamaktadır. CMR Sorumluluk Sigortası "Özel Şartlar" başlığı altında, bazı genel kizozları düzenlemiştir. Elbette CMR hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla bu kizozlara bazı ekler yapılabileceği, ya da bu kizozlardan bazılarının çıkartılabileceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla, CMR sigortasına ilişkin bir uyumsuzlıkla karşılaşıldığında, öncelikle taraflar arasında akdedilmiş sigorta sözleşmesine, sonra CMR hükümlerine, orada hüküm bulunmuyorsa TTK Sigorta Kitabı hükümlerine, en son olarak da ticari örf-adet ve Borçlar Kanunu hükümlerine başvurmak yerinde olacaktır, KAYA, CMR Sigortası, s. 814.

²⁴⁶ KAYA, CMR Sigortası, s. 815.

beher kilogramı için, 8.33 özel hesap birimlik azami tazminatı aşamaz²⁴⁷. Zira yargı yoluyla hükmedilebilecek tazminat da bu sınıra göre belirlenir.

CMR Sorumluluk Sigortası'na ait, Bakanlıkça onaylı "Genel Şartlar" bulunmamaktadır. Bununla birlikte özel kuruluşlar veya tarafların yine CMR hükümleri ile uyumlu olarak yaptıkları genel ve özel şartlar bulunmaktadır.

Bununla birlikte CMR den kaynaklanan tüm haklı tazminat taleplerinin²⁴⁸ sorumluluk sigortası kapsamı içinde olduğu söylenebilir. Burada önemli olan haklı tazminatların ancak sorumluluk sigortası kapsamına girdiğidir, yoksa haksız tazminat taleplerini sigorta şirketi reddedecektir.

CMR Sorumluluk Sigortasında bazı muafiyetler öngörülmüştür. Bu gibi durumlar sigorta sözleşmesinin koruma alanı dışında kalır. Bunlar özellikle taşıyıcının ağır kusurlu sayılacağı durumlar²⁴⁹ ile taşınan malın doğasından kaynaklanan bazı durumlar olabilir²⁵⁰.

Genel olarak CMR sorumluluk sigortasının, taşıyıcının ağır kusurlu olduğu haller ile, CMR m. 17/4 çerçevesinde bazı özel risklerin varlığı hallerinde, bu durumlardan kaynaklanan tazminatları kapsamadığı söylenebilir.

²⁴⁷ Nitekim KAYA'nın eserinde atıf yaptığı La Suisse Umum Sigorta A.Ş. CMR Genel Şartlarında, sigortacının üstleneceği rizikonun konusu ve sınırları şu şekilde belirlenmiştir: "İşbu sigorta , sigortalının bir ülkeden diğer bir ülkeye sınır aşımı yoluyla ve bir ücret mukabilinde yaptığı emtea nakliyatlarından doğan sorumluluğunu CMR Konvansiyonun, sigorta mukavelesinin yapıldığı tarihte geçerli olan şartlarına göre teminat altına alır... Şayet talepte bulunma hakkına sahip tarafın bir nakliyat sigortası mevcutsa veya bu kişi veya şirket bir nakliyat sigortası akdedebilecek durumda idiyse, Sigortacı haklı talepleri sacede CMR Konvansiyonu'nun sorumluluk esaslarına göre ve sorumluluk sınırlarına adar tazmin edecektir.", KAYA, s. 816.

²⁴⁸ "Taşınan emteanın kısmi veya tam zıya'a uğraması veya hasar görmesi, kaybolması, teslim süresinin aşılması (CMR 17.madde) ve teslimde ödemeli olarak yapılan sevkiyatlarda tahsil şartlarına uyulmaması(CMR 21.madde)".

²⁴⁹ Yine bir sigorta şirketince düzenlenmiş, CMR Özel Şartlarında bu hususa yer verilmiştir: "Sigortalının bizzat kendisinin kanuni temsilcisinin, Sigortalı adına hareket eden yetkili kişilerin, münferit Şube yöneticilerinin veya Sigortalının yardımcı personelinin kasıtlı olarak veya ağır ihmalleri sonucunda sebep oldukları hasar ve ziyalar".

²⁵⁰ Aynı özel şartlarda, malın doğasına ilişkin teminat harici durumlar da sayılmıştır: "Bazı mal çeşitlerinin nitelikleri itibarıyla aşınma, normal fire, çürüme, kuruma, oksidasyon, paslanma, mutad dışı akma, fare, kurt veya diğer haşerelerin yapacağı tahribat, malın rengini, görünüşünü, bünyesini ve tadını etkileyen buharlaşma ve her türlü salgılar, ısı farkları gibi malın kendi özrü (aybı zati) veya tabii mahiyetine ilişkin hasar ve ziyaa uğramalarından doğacak tazminat talepleri".

II. RİZİKO

A. Genel Olarak

Riziko, ileride gerçekleşme ihtimali bulunan ve zarar veya başkaca uygun olmayan hal ve ihtiyaç doğuran olaydır²⁵¹. Riziko veya tehlikeyi taşıma edimi, sigorta sözleşmesi içerisinde, sigortacı açısından ana edimdir²⁵². Gerçekleşmiş veya kanunla yasak edilmiş veya ahlaka aykırı bir riziko için sigorta sözleşmesi yapılamaz²⁵³.

Riziko gerçekleştikten sonra sigortacı, sigorta tazminatını ödemekle mükellef olur²⁵⁴. Sigorta tazminatının hangi anda muaccel olacağı hususu ise, TTK m. 1299'da düzenlenmiştir. Buna göre, sigorta tazminatı, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini ihbar görevinin doğduğu anda muaccel olur²⁵⁵.

Sigorta sözleşmelerinde ana edimlerin sigortacı açısından rizikoyu üstlenme ve rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta tazminatını ödeme, sigorta ettiren açısından da prim ödeme olduğunu söylemek mümkündür²⁵⁶. Buna bağlı olarak sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren açısından prim ödeme borcundan kaynaklanan, sigortacı açısından ise, rizikodan ve genel olarak zarardan kaynaklanan sorumlulukları doğabilir.

Bu bölümde, rizikonun gerçekleşmesi ve rizikonun teminat kapsamı dışında kaldığını ispat yükünden bahsedeceğiz.

B. Rizikonun (Teminat Süresi İçerisinde) Gerçekleştiğinin İspatı

Sigortalının, sigorta bedelini talep edebilmesi için, rizikonun gerçekleştiğini ve zarar sigortaları bakımından zararın meydana geldiğini iddia etmesi

²⁵¹ MEMİŞ, Tekin, Yangın Sigortasında Riziko, Ankara 2001, s. 21, KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 255.

²⁵² KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 255.

²⁵³ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 257.

²⁵⁴ KENDER, Rayegan; Sigorta Tazminatının Muacceliyeti Meselesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX, Ankara, 1992, s. 79. (Sigorta Tazminatı)

²⁵⁵ KENDER, Sigorta Tazminatı, s. 91. Yangın sigortasında bu hususun tartışması için bkz. s. 83 vd.

²⁵⁶ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 255.

gerekmektedir²⁵⁷. Sigorta bedelinin talebine ilişkin uyuşmazlıklarda, iddia edilen bu vakıaların ispat edilmesi gerekmektedir. Genel ispat yükü kuralı M.K. m. 6 uyarınca, sigortalı, lehine hak çıkardığı, rizikonun gerçekleşmesi vakiasını iddia ve ispat yükünü taşımaktadır²⁵⁸.

Sigorta sözleşmesinin sağladığı koruma, teminatın başlamasından itibaren söz konusu olur. Farklı bir ifade ile, sigorta korumasından faydalanmak isteyen sigortalının, öncelikle, rizikonun sigorta teminatının devam ettiği süre içerisinde gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir. Bu iddiaya karşı sigortacı da rizikonun, teminat süresi içerisinde gerçekleşmediği yönünde yeni vakıalar ileri sürerse, bunlara ilişkin olarak asıl ispat faaliyetini de gerçekleştirmelidir.

Türk Ticaret Kanunun 1295. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sigortacının sorumluluğu, ilk primin sigorta ettiren tarafından yatırılması ile başlar. Ancak bu husus karada eşya taşımacılığına ilişkin sigorta sözleşmelerinde farklılık arzeder. Şöyle ki, bu tip sigorta sözleşmelerinde, sigortacının rizikodan kaynaklanan sorumluluğu, sözleşmenin yapıldığı anda başlar (TTK m.1295/III). Bununla beraber sigorta ettirenin prim ödeme borcu ise sigorta poliçesi akdedilmemiş olsa bile sigorta sözleşmesinin yapılması ile muaccel olur. Dolayısıyla, karada eşya taşımalarına ilişkin sigortalarda, sigortacının rizikonun sigorta teminatı süresi içerisinde gerçekleşmediğini ispat edebilmesi için öncelikle sigorta sözleşmesinin kurulma anını ispat etmesi gerekmektedir²⁵⁹. Bu ispat faaliyeti sırasında, sigortacının (aksi durumda ise sigortalının) dayanacağı en önemli delil, sigorta poliçesi veya sigorta sözleşmesidir. Sigorta sözleşmelerinde genellikle, sigorta himayesinin başlayacağı saat ve gün yazılmaktadır. Ancak, ibare sigorta sözleşmesinde yer almıyorsa, yukarıda değinilen 1295. Madde hükmü gereği, sigortalı tarafından ilk primin yatırılması gerekecektir. Karada eşya taşımalarına ilişkin sigorta sözleşmelerinde durum ne olacaktır? Sigorta sözleşmesi şekle bağlı değildir, yani taraflar sözlü olarak da sigorta sözleşmesi akdedebilirler. Karada eşya taşımacılığına ilişkin sigorta

²⁵⁷ KORKMAZ, s. 286.

²⁵⁸ KORKMAZ, s. 286.

²⁵⁹ KORKMAZ, s. 288, farklı bir ifade ile, sigortalı da rizikonun sigorta teminatı kapsamında gerçekleştiğini ispata çalışacaktır. Sigortacının ispat faaliyeti, sigorta priminin de muaccel olduğu vakiasını da içerir. Bu durumda sigortacı, rizikonun sigorta teminatı süresi dışında gerçekleştiği iddiasının yanında, ayrı bir vakıa olarak prim ödeme borcunun muaccel olduğu ispat yükünü de taşır.

sözleşmelerinde, sigorta teminatının başlama anının tespiti için tarafların ticari defterleri kuvvetli delil olabilir. Primin de sözleşmenin akdedilmesiyle muaccel hale geldiği düşünülürse, tacir olması halinde sigorta ettiren veya sigortacı, kendi veya karşı tarafın ticari defterlerini delil olarak göstererek sigorta teminatının başlangıç anını ispata çalışabilirler.

C. Rizikonun Teminat Kapsamında Kaldığının İspatı

Rizikonun teminat kapsamında kalıp kalmadığının tespitinde TTK m. 1281 önem taşımaktadır. Anılan maddede kanun tarafından bir ispat yükü kuralı belirlenmiştir. Bu ispat yükü kuralı MK m. 6'ya paralel bir düzenleme midir, yoksa kanun hükmü ile istisnai bir ispat yükü düzenlemesi mi yapılmıştır? İspat yükünün kanunla belirlendiği durumlarda, hakim artık ispat yükünün kimde olduğunu tespit etmez, iddia edilen vakıaların ispatsız kalması halinde, kanun hükmüyle kendisine ispat yükü yüklenen taraf aleyhine karar verir²⁶⁰. Anılan madde metni dikkatli biçimde incelendiğinde, temelde ispat yüküne ilişkin genel kuralın tekrarı olduğu anlaşılabacaktır. Sigorta tazminatını talep eden sigortalı, yukarıda da değindiğimiz üzere, rizikonun teminat süresi içerisinde gerçekleştiğini iddia ederek bunun ispat yükünü taşıyacaktır. Buna karşılık olarak sigortacı, iki şekilde davranabilir: Ya rizikonun teminat süresi içerisinde gerçekleşmediğini, ya da gerçekleşen rizikonun teminat kapsamında olmadığını (TTK m. 1281'e dayanarak) iddia ederek ispatlayacaktır. Sigortacı tarafından ileri sürülen "gerçekleşen rizikonun teminat kapsamında olmadığı vakıası", ayrı bir vakıa olup, genel kural (M.K. m. 6) gereğince ispat edilecektir. Dolayısıyla, eğer sigortacı, gerçekleşen hasara ilişkin tazmin yükümlülüğü bulunmadığını, zira bu rizikonun poliçede istisna edildiğini iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür²⁶¹. Farklı bir ifade ile, TTK m. 1281 genel kuralın tekrarı niteliğinde olup, bir istisna teşkil etmemektedir.

Korkmaz, eserinde, TTK m. 1281 deki düzenlemenin , genel kurala istisna teşkil ettiği görüşündedir. Yazara göre, sigortalının, rizikonun teminat süresi içerisinde gerçekleştiğini ispatlaması yeterli olup, bundan sonra rizikonun teminat

²⁶⁰ KORKMAZ, s. 11, 288.

²⁶¹ GÜL/ BAL, s. 3039-3040.

kapsamında kalan bir riziko olduğu da kabul edilecektir. Dolayısıyla sigortacı aksini iddia eder ise, ispat yükünü de taşıyacaktır²⁶². Aslında yazarın, düzenlemenin istisna teşkil ettiğini açıklamak için kullandığı bu ifade de görüşümüzü destekler niteliktedir. Zira, sigorta tazminatına ilişkin uyuşmazlıklarda, sigortalıya düşen temel ispat yükü, rizikonun teminat süresi içerisinde gerçekleştiği vakıasına ilişkindir. Bu vakıanın ispatlanmış sayılması ile, rizikonun teminat kapsamı içerisinde olduğu vakıasının da kabul edilmesi mümkün değildir. Zira ikisi birbirinden farklı vakılardır²⁶³. Dolayısıyla, sigortacının savunma amacıyla, rizikonun teminat kapsamında olmadığı vakıasını ileri sürmesi durumunda, M.K. m.6 kuralı gereğince, sigortacı iddia ettiği bu bağımsız vakıanın ispat yükünü de taşıyacaktır. Bir an için, TTK m. 1281/II düzenlemesinin olmadığını düşünürsek de ulaşacağımız sonuç aynı olacaktır. Rizikonun teminat kapsamı dışında olduğu vakıası sigortacının lehine hak çıkardığı bir vakıadır, ispat yükünün de kendisine yüklenmesi doğaldır. TTK m. 1281/II var olmasaydı da sigortacının ispat yüküne ilişkin olarak ulaşılabilecek sonuç aynı olacağından, bu hükmün bir istisna olduğundan bahsetmek, kanaatimizce mümkün değildir.

III. SİGORTA DEĞERİNİN İSPATI

Sigorta değeri, sigorta poliçesinin zorunlu unsurlarından değildir. Zira sigorta değeri zaman içinde değişikliğe uğrayabilir, düşebilir veya yükselebilir²⁶⁴. Buna bağlı olarak, TTK m. 1299 ve 1300'den hareketle, sigorta değerinin, menfaatin, rizikonun gerçekleştiği andaki değerine göre tespit edileceğini söylemek mümkündür²⁶⁵. TTK m. 1299/II'ye göre "*Tazmini lazım gelen sigorta bedeli, sigorta olunan menfaatin rizikonun gerçekleştiği zamandaki değerine göre tespit olunur.*"

²⁶² KORKMAZ, s. 289.

²⁶³ KORKMAZ, bu durumu adeta bir karine gibi değerlendirmekte, rizikonun teminat süresi içerisinde gerçekleştiğini ispatlayan sigortalının, doğal olarak rizikonun teminat kapsamı içerisinde olduğu sonucunun kabul edileceğini savunmaktadır. Nitekim kanaatimizce yazarın, sigortacının rizikonun teminat dışında kaldığını ispatlamak için girişeceği faaliyeti de aksi ispat faaliyeti olarak nitelendirmesinin nedeni de budur, KORKMAZ, s. 290.

²⁶⁴ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 267.

²⁶⁵ CAN, s. 72.

TTK m. 1300 sigorta değerinin ispatına ilişkin bir h k md r. Buna göre *“Sigorta edilen malın değeri poliçede gösterilmemiş ise sigorta ettiren kimse, bu malın rizikonun gerçekleştiği andaki değerini ispata mecburdur.*

Sigorta edilen malın değerinin poliçede gösterilenden az olduğunu iddia eden sigortacı, bunu ispata mecburdur; 1283  nc  madde hükmü mahfuzdur.

Değer hakkında taraflar her türlü delil gösterebilecekleri gibi mahkeme dahi toplanmış delillerle edindiği kanaatini kuvvetlendirmek için taraflardan birisine re’sen yemin ettirebilir.”. Kanun sigorta menfaatinin rizikonun gerçekleştiği andaki değerini ispat yükünü sigorta ettirene yüklemiştir. Sigorta tazminatını talep edecek olan sigorta ettirenin, sigorta zararını hesaplamada yarım ı olacak sigorta değerini ispat yükünü taşıması da genel ispat yükü kuralına uygun bir düzenlemedir. Ancak kanun, sigorta değerinin poliçede gösterilmemiş olması koşulunu da eklemiştir. Sigorta poliçesinde sigorta değerinin gösterilmesi, farklı bir ifade ile, sigorta değerinin çekişmesiz olması durumuna takdir edilmiş değerli sigorta ve takseli sigortada rastlanır²⁶⁶.

Kara sigortalarına ilişkin, TTK m. 1283. Maddesinde tarafların oybirliği ile seçmiş oldukları kişilerce önceden takdir ve tayin edilmiş sigorta değerine sigortacının itiraz edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Sigorta değerinin bu şekilde tayin edildiği sigortalara takdir edilmiş değerli sigortalar denir²⁶⁷. Bu tip sigortalarda, başta yapılan değer tespiti, taraflar açısından rizikonun gerçekleştiği anda da bağlayıcıdır. Bunun doğal sonucu olarak da, riziko anında gerçek zarar dikkate alınmaz, takdir edilmiş olan değer sigorta ettirene  denir²⁶⁸.

Takseli sigorta örneğinde ise, TTK m. 1350’de rastlamak mümkündür. Deniz sigortalarına ilişkin bu madde hükmünde, tarafların sigorta değerine ilişkin olarak aralarında tespit ettikleri meblağın, sigorta değeri olarak esas alınacağı hükme

²⁶⁶ KORKMAZ, s. 347, KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 269. Bu sigorta türlerinin tanımı için bkz. KUB LAY, s. 8. Can ise, takdir edilmiş değerli sigorta kavramı yerine TTK m. 1283’ teki düzenlemeyi takseli sigorta olarak nitelendirmiştir, yazar, TTK m. 1350’nin deniz sigortalarına ilişkin takseli sigorta, TTK m. 1283’teki düzenlemenin ise kara sigortalarına ilişkin takseli sigorta olduğunu savunmaktadır, CAN, s. 73.

²⁶⁷ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 268, KUB LAY, s. 8.

²⁶⁸ KORKMAZ, s. 347.

bağlanmıştır. Takseli sigortanın, takdir edilmiş değerli sigortadan farkı ise taksenin esas surette fahiş olması durumunda sigortacının bu meblağın indirilmesini isteyebilmesidir (TTK m. 1350/II). Farklı bir ifadeyle, takdir edilmiş değerli sigortada, sigorta değeri bağımsız bir üçüncü kişi tarafından tespit edilmekte ve taraflar için bağlayıcı olmaktadır, takseli sigortada, sigorta değeri bizatihi taraflarca belirlenmekte ve fahiş olduğu takdirde de sigortacı tarafından indirilmesi istenebilmektedir²⁶⁹. Bunu (sigorta değerinin fahiş olduğunu ve indirilmesini) talep eden, sigortacı bu iddiasını da ispatla yükümlüdür (M.K. m.6).

Sigorta değerinin poliçede belirtildiği durumlarda, sigorta altına alınan menfaatin tamamen ziya uğradığı durumlarda gerçek zararı teşkil edecek olup, sigortalı ayrıca gerçek zararı ve sigorta değerini ispat yükünü taşımayacaktır. Ancak sigortacı, sigorta edilen menfaatin değerinin, poliçede gösterilenden az olduğunu iddia ederse, TTK m. 1300/II gereğince bu konuda ispat yükü de kendisine düşer. TTK m. 1283. Madde hükmü saklıdır²⁷⁰.

Sigorta değerinin poliçede gösterilmediği durumlarda, gerçek zararı ispat yükü sigortalıya düştüğünden, sigorta menfaatinin rizikonun gerçekleştiği andaki gerçek değerini ispat yükü de sigorta ettirene düşer (M.K. m. 6)²⁷¹.

TTK m. 1300/III' te sigorta değerinin ispatı için tarafların her türlü delile başvurabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu hükümde, sigorta değerinin ispatına ilişkin istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Sigorta sözleşmesinin bir hukuki işlem olduğu gerçeği karşısında, sigorta sözleşmesinin ispatında kesin delille ispat kuralının geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Sigorta değeri ise, sigorta sözleşmesine ait bir husus olup, ispat faaliyeti sırasında ayrı değerlendirilmeleri mümkün olmamalıdır. Farklı bir ifadeyle, sigorta değeri, sigorta sözleşmesine ait bir alt vakiadır. Dolayısıyla, sigorta sözleşmesine ait ispat kuralları, sigorta değerinin ispatında da geçerli olmalıdır. Aksi kabul halinde, bir hukuki işlemi oluşturan alt vakıaların takdiri delille de ispatı sonucuna ulaşılır ki, bu da dolaylı olarak hukuki

²⁶⁹ KORKMAZ, s. 348.

²⁷⁰ KORKMAZ, s. 348.

²⁷¹ KORKMAZ, s. 348.

işlemin takdiri delille ispatı sonucuna bağlanır. Ancak TTK m. 1300/III, sigorta değerine ilişkin olarak, kesin deliller yanında, takdiri delillerle de ispata cevaz vermektedir. Sigorta değerinin, teminat süresi içerisinde değişkenlik gösterebilmesi, tarafların sigorta sözleşmesini akdederken sigorta değerini belirlememiş olmaları durumunda, ispat sorunlarına yol açabilir. Örneğin sigorta sözleşmesinin başında aslında 100 olan ve poliçeye işlenmeyen sigorta değeri, rizikonun gerçekleştiği anda 70 e düşmüş olabilir. Ancak baştaki değer kesin delille ispatı oldukça zor, hemen hemen imkansızdır. Kanaatimizce, TTK m. 1300/III hükmü de, bu ispat zorluğunun önüne geçilmesi amacını taşımaktadır.

IV. SİGORTA ZARARININ İSPATI

Sigorta himayesi sınırsız değildir. Sigorta himayesinin sınırlarını teşkil eden, farklı bir ifade ile, sigorta tazminatının hesaplanmasında yararlanılacak kavramlar, sigorta bedeli, sigorta zararı ve sigorta değeridir. Sigorta bedeli, sigorta poliçesinde yer alan, taraflarca kararlaştırılmış, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği azami miktarı ifade eder²⁷².

Rizikonun gerçekleşmesi ile, zarara uğrayan sigortalı, sigortacıdan, sigorta sözleşmesi kapsamında bu zararın tazminini talep eder. Sigorta zararının gerçekleştiği vakıasından lehine hak çıkaran sigortalı olduğundan, genel kural gereğince, ispat yükü de sigortalıya düşer²⁷³.

Sigorta zararında ispat yükününün anlaşılabilmesi için, öncelikle, sigorta zararı kavramının açıklanması gerekmektedir. Sigorta zararı; sigortalının sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınmış riskin gerçekleşmesi halinde uğradığı zarardır²⁷⁴. Türk Ticaret Kanunu'nun 1299. Maddesi uyarınca, sigorta bedeli daha yüksek olsa bile, sigortacı sigortalıya sadece riziko neticesinde gerçekleşen zararı ödemekle yükümlüdür.

²⁷² KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 266, CAN, s. 70.

²⁷³ KORKMAZ, s. 341.

²⁷⁴ CAN, s. 76, KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 267.

Sigorta sözleşmesine ilişkin olarak çıkan uyuşmazlıklarda, sigorta zararını talep eden sigortalının, rizikonun teminat süresi içerisinde gerçekleştiği vakıası yanında, temel olarak ispat etmesi gereken iki vakıa daha vardır. Bunlar, iddia edilen zararın varlığı ve miktarıdır. Sigorta tazminatı sigortacının edimi olup, çıkan uyuşmazlığın temelinde, sigortalının, sigortacıdan edimini yerine getirmesini talep etmesi yatmaktadır. Dolayısıyla genel ispat kuralı (M.K. m. 6) gereğince, sigorta zararının gerçekleştiğini ve bunun miktarını ispat etmesi gereken de sigortalıdır²⁷⁵.

Sigortalı ile sigortacı arasındaki uyuşmazlıkta, sigorta zararını talep eden sigortalının, zarar ile riziko arasındaki illiyet bağıını da ispat etmesi gerekir. Farklı bir ifade ile, sigortacının tazminat borcunun doğması için, rizikonu gerçekleşmesi ile zarar arasında illiyet bağıının bulunması gerekir²⁷⁶. Kara sigortaları bakımından, borçlar hukuku anlamında uygun illiyet²⁷⁷ prensibi ile, illiyet bağı tespit edilir²⁷⁸. Uygun illiyet bağıının mevcut olduğu durumlarda, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı önem kazanır. Şöyle ki, doğrudan zarar, haksız fiilin ilk sonucu olan zarardır. Dolaylı zarar ise, haksız fiilin ilk sonucu olarak doğan zarar bağı ve ondan kaynaklanan zarardır²⁷⁹. Sigorta poliçelerinde de doğrudan/dolaylı zarar ayrımı yapıldığını, dolaylı zararların teminat kapsamı dışında bırakıldığı görülebilmektedir. Örneğin Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda dolaylı zarar olan *"İşletenin veya aracı sevkedenin eşinin, usûl ve fûruunun (kendisi ile evlat edinme ilişkisi ile bağı olanların) ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin uğrayacağı zararlar"* teminat kapsamı dışında bırakılmıştır²⁸⁰. Dolaylı zararların daha çok pasif sigortalarında önem arzettiğini söylemek hatalı olmaz. Zira, sigorta teminatı ile güvence altına alınan sigortalının pasifidir. Pasif sigortalarında, riziko ile zarar aynı

²⁷⁵ KORKMAZ, s. 341.

²⁷⁶ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 285, KORKMAZ, s. 342.

²⁷⁷ KILIÇOĞLU, s. 216, Eren'e göre uygun illiyet bağı, uygun olmayan illiyet veya uygunsuzluk kavramının tersi ile açıklanabilir. Buna göre, *"bir sebep hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre, somut olayda meydana gelen türden bir sonucu doğurması niteliği itibarıyla elverişli değil ya da elverişli olmakla birlikte ortaya çıkan başka bir sebeple arka plana atılmışsa, uygun olmayan illiyet (elverişsizlik, uygunsuzluk) söz konusu olur."*, EREN, s. 516. Bu tanımın aksinden uygun illiyet bağıının, bir sebebin hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre, somut olayda meydana gelen türden bir sonuç doğurmasının nitelik itibarıyla mümkün olması olarak tanımlanabilir.

²⁷⁸ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 285.

²⁷⁹ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 285.

²⁸⁰ Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları için bkz. <http://www.tsrbsb.org.tr/tsrb/Mevzuat/Yururlukteki+Mevzuat/Genel+Sartlar/>

anda doğmayabilir. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigortalının pasifinde meydana gelen artmaların dolaylı zararlardan kaynaklanması da muhtemeldir²⁸¹.

Dolaylı zararların talep ve ispat edilebilmesi için, taraflarca, sigorta sözleşmesine bu yönde bir hüküm eklenmesi gerekir²⁸².

Sigortacı, sigortalının illiyet bağının ispatı için giriştiği faaliyetten sonra iki şekilde davranabilir: Ya rizikonun konusu olayın gerçekleşmediğini (farklı bir ifade ile zararın doğmadığını) ya da gerçekleşen zararın teminat altına alınmış rizikodan doğmadığını (farklı bir ifade ile zarar ile olay arasındaki illiyet bağının kurulmadığını) ileri sürebilir²⁸³. İlk ihtimalde, yani zararın doğmadığının sigortacı tarafında iddia edilmesi durumunda, sigortacının yürüteceği faaliyet, karşı ispat faaliyetidir. Sigortalı riziko konusu olayın gerçekleştiği yönünde asıl ispat faaliyetini yürüterek hakimde bir kanaat oluşturmaya çalışacak, sigortacı ise, karşı ispat faaliyeti ile bu kanaati sarsmaya çalışacaktır. İkinci ihtimal, yani gerçekleşen zararın teminat altına alınmış rizikodan doğmadığı iddiasında ise, sigortacı, sebep sonuç ilişkisinin, yani illiyet bağının sigortalı tarafında iddia edildiği biçimde gerçekleşmediğini, zarara neden olan olayın, iddia edildiği gibi, teminat kapsamında kalan bir rizikodan kaynaklanmadığını ileri sürmektedir. Burada sigortacı, kendi lehine olarak, sorumluluğunu kaldıran yeni bir vakıa iddia etmekte olup, genel kural gereğince bu iddiasını da ispatlamak zorundadır²⁸⁴.

Sigorta değeri de taraflar arasında uyuşmazlık konusu olabilir. Sigorta değeri, sigorta edilen menfaatin değeridir²⁸⁵. Farklı bir ifade ile, sigorta değeri, sigortalının sigortalanan menfaatin değişik kriterler dikkate alınarak objektif surette hesaplanmış gerçek değeridir²⁸⁶. Sigorta bedeli tüm sigorta türlerinde, sigorta zararı tüm zarar

²⁸¹ KORKMAZ, s. 343.

²⁸² KORKMAZ, s. 343.

²⁸³ KORKMAZ, s. 344.

²⁸⁴ TTK m. 1281'e ilişkin görüş ve eleştirilerimiz için bkz. s. 131.

²⁸⁵ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 267.

²⁸⁶ CAN, s. 71.

sigortalarında yer alırken, sigorta değeri yalnızca aktif sigortalarında söz konusu olur²⁸⁷.

V. SİGORTACILIKTA TAHKİM

Sigortacılıkta tahkime ilişkin mevzuat şu şekildedir: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu²⁸⁸, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik²⁸⁹ ve Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ²⁹⁰.

Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, sigortacılıkta tahkime ilişkin temel düzenlemedir. Oldukça uzun ve karmaşık olan maddenin ilk fıkrasında, Sigorta Tahkim Komisyonu'nun tanımı yapılmaktadır: *“Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usûlünden faydalanabilir.”* Komisyonla ilişkin maddede detaylı düzenlemeler yer almaktadır.

Sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyen sigortacı bu talebini yazılı biçimde komisyona bildirir. Bu kuruluşlarla uyuşmazlık yaşayan kişiler, sözleşmelerinde özel bir hüküm olmasa dahi tahkim yoluna başvurabilirler. Bu durum, tahkim anlaşmasının yazılı yapılması gerekliliğine istisna teşkil eden bir düzenlemedir²⁹¹.

Sigortacı ile uyuşmazlığa düşen kişinin, Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilmesi için, uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa başvurmuş olması, talebinin kısmen veya tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemesi gerekir. Sigortacının bu talebe onbeş gün içerisinde cevap vermemesi

²⁸⁷ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 267, KORKMAZ, s. 347, “Sorumluluk sigortalarında ise, sigortalının sorumlu olduğu zarar ya mahkeme kararıyla sabittir ya da sigortacının onayı ile üçüncü kişiye ödenecek tazminat miktarı ile sabittir.”

²⁸⁸ Kanun no:5684, Kabul Tarihi: 03/06/2007, Resmi Gazete Tarihi: 14/06/2007.

²⁸⁹ Resmi Gazete Tarihi: 17/08/2007.

²⁹⁰ 2009/1, Resmi Gazete Tarihi: 21.01.2009.

²⁹¹ CAN, s. 316.

de, kanunda tahkime başvurabilmek için yeterli sayılmıştır (Sig. Ka. M. 30/13) Kanunda aranan “belgeleme” şartını, ispatlamak olarak değil, başvurunun kısmen veya tamamen reddedildiğini bir senet ile ispatlama olarak anlamak gerekir²⁹².

Sigortacılık Kanunu m. 30’da detaylı düzenlemeler yapılmışsa da, kanunda hüküm bulunmayan hallerde HUMK hükümlerine başvurulacağı düzenlenmiştir (Sig. Ka. M. 30/22). Sigorta Tahkim Komisyona yapılan başvurunun reddi halinde ne olacağı Sigortacılık Kanununda düzenlenmemiştir. Kanunun 30/22 maddesi gereği, HUMK m 519’un bu duruma kıyasen uygulanacağını, başvurusu reddedilen kişinin sigortacıyı hasım göstererek mahkemede dava açması gerektiği söylenebilir²⁹³.

Sigorta Tahkim Komisyonu’na yapılan başvuru öncelikle raportörler tarafından ön incelemeye alınır. Raportörler tarafından sonuçlandırılmayan uyuşmazlıklar, sigorta hakemine²⁹⁴ tevdi edilir (Sig. Ka. M. 30/15).

Hakem incelemesi usûlü de Sig. Ka. M. 30’da düzenlenmiştir. Buna göre, hakemler, görevlendirildikleri tarihten itibaren dört ay içerisinde karar vermek zorundadırlar. Ancak bu süre, tarafların yazılı ve açık onayları ile uzatılabilir. Bu süreye uyulmadığı takdirde, uyuşmazlık yetkili mahkemece çözümlenir (Sig. Ka. M. 30/16). Hakemler kural olarak evrak üzerinde inceleme yaparlar, ancak duruşma yapmalarına da bir engel yoktur²⁹⁵.

²⁹² CAN, s. 317, yazar, sigortacının, başvuruyu kısmen veya tamamen reddeden evrakı sigortalısına vermediği takdirde, ispatın ne şekilde yapılacağını açık olmadığına değinmiştir. “Sanınız böyle bir durumda sigortacının mezkur talebi reddetmiş olduğunun belgelenmesi için bir noterin aracılığına başvurmak yegane çözümdür.” Yazar devamla, sigortacılık yapan kuruluşun onbeş gün içerisinde cevap vermemesi halinde komisyona başvurulabileceğini düzenleyen hükmün de ispat hususunda yetersiz olduğunu, bu sefer de başvuru tarihinin belirlenmesi gerekliliğinin ortaya çıkacağını haklı biçimde belirtmiştir.

²⁹³ CAN, s. 317.

²⁹⁴ Sigorta hakemlerinin nitelikleri, ve hakem olabilmek için aranan koşullar Sig. Ka. M. 30/7-8’de, hakemliğe başvuru Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik m. 13’de, sigorta hakemlerinde aranacak deneyim kriterleri de Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine ilişkin Tebliğin 3. Maddesinde düzenlenmiştir.

²⁹⁵ CAN, hakemlerin tarafları duruşmaya çağırımlarının mümkün olmadığından bahsetmiştir (s. 320). Yazarın atf yaptığımız eseri Kasım 2007 tarihli, 21.01.2009 tarihli Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine ilişkin Tebliğ’in 7. Maddesinde “Kanunun 30 uncu maddesinin yirmiikinci fıkrası uyarınca Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanacağından;

a) Hakemler sadece kendilerine tevdi olunan evrak üzerinden karar verir,

İnceleme sonrası verilen karar, komisyon müdürü tarafından en geç üç gün içerisinde HUMK m. 532 gereğince davayı görmeye yetkili mahkemeye verir (Sig. Ka. M. 30/16).

Uyuşmazlığın tarafları farklı biçimde belirlememişse, değeri kırkbin lirayı geçemeyen kararların temyizi kabil değildir (Sig. Ka. M. 30/12). Hakem kararlarının temyizine ilişkin HUMK m. 533 saklıdır. Farklı bir ifade ile, anılan maddede düzenlenen temyiz nedenleri dışında başka bir nedenle, hakem kararı temyiz edilemez.

-
- b) İlke olarak dosya üzerinde inceleme yapar ancak duruşma yapmalarına da bir engel yoktur,*
c) Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda deliller için kabul edilen hükümler tahkimde de uygulanır.” Denmektedir. Yazar duruşma yapılamayacağına ilişkin görüşünü bu tebliğden önce beyan etmiştir. Dolayısıyla, bu tebliğ ışığı altında duruşma yapılabileceğini, delillere ilişkin hususlarda da HUMK hükümlerinin uygulanacağını söylemek mümkündür.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SİGORTA TAZMİNATINI ÖDEYEN SİGORTACININ TAŞIMA SÖZLEŞMESİNE HALEF OLMASI

Çalışmamızın bu bölümünde, sigorta sözleşmesi kapsamında tazminatı ödeyen sigortacının, sigortalının taraf olduğunu taşıma sözleşmesine halef olması açıklanacak ve bu bağlamda, taşıma sözleşmesinin kapsamı açısından, taşıma sözleşmesinin özellikleri, tarafların yükümlülükleri ve çıkması muhtemel uyuşmazlıklara değinilecektir.

I. HALEFİYET KAVRAMI

TTK m. 1301 uyarınca, sigortacı ödediği tazminat oranında sigorta ettiren kimsenin yerine geçer²⁹⁶. Halefiyet adı verilen bu ilkeyi şu şekilde tanımlamak mümkündür: “Sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, sigortalının tazmin edilen zararı için üçüncü kişilere karşı sahip olduğu talep haklarına sahip olması, bu hakların kanunen kendisine intikal etmesi halefiyeti teşkil eder”²⁹⁷. Anılan madde hükmüne göre, sigortacı, sigorta ettirene sigorta bedelini ödediği andan itibaren, zarar veren üçüncü şahısa karşı sigorta ettirenin sahip olduğu dava ve talep hakkına sahip olur. Ancak sigorta ettiren üçüncü şahsa dava açarak, haksız fiilden kaynaklanan zararını tazmin ettiyse artık rizikonun gerçekleştiğinden bahisle sigortacıdan herhangi bir talepte bulunamaz²⁹⁸. Deniz sigortalarından farklı olarak, kara sigortalarında, halefiyet sadece, sigortalı şey üzerindeki dava ve talep hakkından ibarettir²⁹⁹. Halefiyet ilkesinin sorumluluk sigortalarında uygulama alanı bulması ile

²⁹⁶ DOĞANAY, İsmail, Sigorta Tazminatında Kanuni Halefiyetin Şumûlû, BATİDER, Haziran 1977, C. IX, S. 1, s. 334. (Halefiyet), TEKİL, Fahiman, Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Ankara, 1998, s. 127.

²⁹⁷ KENDER, Rayegan, Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının, Sigortalısının Yerine Geçmesi Meselesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII, Ankara, 1991, s. 180. (Tazminatı Ödeyen Sigortacı)

²⁹⁸ DOĞANAY, Halefiyet, s. 335.

²⁹⁹ KENDER, Tazminatı Ödeyen Sigortacı, s. 181.

ilgili doktrinde çeşitli görüşler mevcut olmakla birlikte, çoğunlukla kabul edilen görüş, halefîyetin sorumluluk sigortalarında da geçerli bir ilke olduğu yönündedir³⁰⁰.

TTK m. 1301 hükmünden hareketle, sigortacının sigorta ettirene halef olabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Buna göre;

1. Sigortacının, üçüncü şahsa karşı rücu davası açabilmesi için, sigorta ettirene hasar bedelini ödemiş olması gerekir.

2. Zarara uğrayan sigorta ettirenin, üçüncü şahsa karşı dava hakkının bulunması gerekir³⁰¹.

Sigortacı, geçerli bir sigorta sözleşmesine dayanarak sigorta tazminatı ödemiş olmalıdır. Geçerli olmayan bir sigorta sözleşmesine dayanarak tazminatı ödeyen sigortacı, TTK m. 1301'e dayanarak, sigortalısına halef olamaz³⁰².

Sigortacı işte bu halefîyete dayanarak, zarar veren üçüncü şahsa karşı rücu davası açar³⁰³. Bu rücu davasının sınırını da, sigortalısına ödediği tazminat miktarı belirler³⁰⁴. Farklı bir ifade ile sigortacı, tazmin etmeyi taahhüt ettiği miktar ile değil, fiilen ödediği miktar oranında sigorta ettirene halef olur³⁰⁵. Zarar sorumlusu da, sigorta ettirene ne kadar tazminat ödemek zorunda ise, sigortacıya karşı da aynı sorumluluğa muhatap olur. Sigortacının talep edebileceği faiz hesabında da aynı esas geçerlidir³⁰⁶. Bununla birlikte, sigortacının üçüncü şahsa rücu edebilmesi için, gerçekleşen rizikonun, sigorta poliçesi kapsamında olması veya zarar gören ile sigortacı arasında bir sözleşmesi bulunması veya sigorta zarar konusu olayın sigortalı tarafından kasten gerçekleştirilmemiş olması gerekir. Zira sigortacı halefîyet ile,

³⁰⁰ Doktrindeki görüşler ve ayrıntılı inceleme için bkz. ACAR, Serdar, Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Ardılığı Konusunda Bazı Sorunlar ve Yeni Gelişmeler, İstBD, C. 79, S. 2005/5, s. 1539-1551.

³⁰¹ DOĞANAY, Halefîyet, s. 337-338.

³⁰² KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 296.

³⁰³ ÇEKER, Mustafa, Sigortacının Rücu Hakkı, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2006, Yıl 4, S. 48, s. 3707. (Rücu Hakkı)

³⁰⁴ DOĞANAY, Halefîyet, s. 338-339.

³⁰⁵ DOĞANAY, Halefîyet, s. 338.

³⁰⁶ KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s. 300.

sigortalının hukuki durumuna bürünmektedir. Bu nedenle, sigortalının üçüncü şahıstan talep edemeyeceği zararları sigortacının sırf halefiyet nedeni ile talep etmesi mümkün değildir³⁰⁷.

Sigortacının ödediği sigorta tazminatı oranında sigorta ettirene halef olması, taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan tazminatlar bakımından farklı bir sonucu da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, sigortalı eşyanın tamamının ziyaa uğraması durumunda, sigortacı, poliçede belirlenen bedelin tamamını sigortalısına ödeyecektir. Ancak, sigorta ettirenin yerine geçen sigortacının, zarar veren üçüncü şahsa karşı talep edebileceği tazminat miktarı, ödediği tazminat miktarı ile aynı olamayacaktır. Zira taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan zararlarda ödenecek tazminatın üst sınırı bellidir (TTK m. 783, CMR m. 23). Dolayısıyla sigortacı, daha yüksek bir bedel ödemiş olsa bile, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan davalarında ancak belirlenen üst sınır oranında bir tazminata hak kazanabilecektir.

İşte sigortacı, kimi zaman taşıyıcının, kimi zaman gönderenin yerine taşıma sözleşmesine halef olur. Bu nedenle sigortacının taraf olacağı taşıma sözleşmesinin ve bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların incelenmesinde fayda vardır.

II. TAŞIMA SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunun Üçüncü Kitabının 6. Faslının 2. Kısımında “Taşıma işleri ve Taşıma Senedi” düzenlenmektedir. Burada öncelikle genel hükümlere yer verilmiş, daha sonra ise eşya ve yolcu taşımaları ile taşıma işleri komisyonculuğu düzenlenmiştir³⁰⁸. Elbette taşıma işi ile ilgili mevzuat bundan ibaret değildir. 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu³⁰⁹ ve Karayolu Taşıma Yönetmeliği³¹⁰ de karayolu

³⁰⁷ FRANKO, Nisim; Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, 25-26 Mart 1988, Ankara, s. 58-59, ÇEKER, Rücu Hakkı, s. 3711.

³⁰⁸ ARKAN, Sabih; Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara, 1984, s. 101-132. (Karayolu ile Yapılan Eşya Taşımaları)

³⁰⁹ Kabul Tarihi: 10.07.2003, RG Tarihi: 19.07.2003, RG Sayısı: 25173, anılan kanun yasalasmadan önce yayınlanmış ve kanunun tasarı halinin eleştirisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGEN

ile yapılan eşya taşımacılığını düzenleyen hükümler içermektedir. 09.11.2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da “Taşıma İşleri” ayrı bir kitap haline getirilmiştir³¹¹.

Karayolu ile taşıma sözleşmesine ilişkin bir tanım Türk Ticaret Kanununda yer almamakla beraber, 1926 tarihli eski Ticaret Kanunumuz taşıma sözleşmesini “bir nakliyecinin ücret mukabilinde, eşya veya eşhasın karada, sularda nakillerini taahhüt eylemek” olarak tanımlamıştı. Yürürlükteki Ticaret Kanunumuzun navlun sözleşmesine ilişkin 1016. Maddesi³¹² ışığında karayolu ile taşıma sözleşmesini; “taşıyıcının yolcu veya eşyayı ücret karşılığında bir yerden diğerine taşımayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlamak mümkündür³¹³.

Burada taşıma sözleşmesinin hukuki niteliğine değinmekte fayda vardır. Doktrinde taşıma sözleşmesinin reel akit sayılıp sayılmayacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Türk Ticaret Kanunu’nun 768. Maddesinin birinci

Hüseyin/KENDİGELEN Abuzer/KAYA Arslan, Karayolu Taşıma Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 795-804.

³¹⁰ 25.02.2004 tarih ve 25384 sayılı Resmi Gazete (Asıl)

³¹¹ Genel Gerekeçe’nin Taşıma İşleri ile ilgili kısmı şu şekildedir:

“IV. Taşıma İşleri Kitabı

Tasarıda taşıma senedi dolayısıyla kıymetli evrak hükümleri içinde yer alan taşıma ayrı bir kitap haline getirilmiştir. Taşımaya ilişkin hükümlerin büyük çoğunluğu 1926 yılında kabul edilen Türk Ticaret Kanunundan geliyordu. Bunlara da birçok ülkenin bugün yürürlükten kalkmış hükümleri kaynaklık etmişti. Söz konusu hükümler hem Türkiye’yi uluslararası piyasaların dışında tutuyor hem taşıma sektörünün gereksinimlerine cevap veremiyor hem de yorum güçlükleri doğuruyordu. Bu sebeple esas itibarıyla sınır aşan taşımalar hakkında öngörülmüş olmakla beraber hem iç hem de dış kara taşımacılığında, uluslararası uygulamada geniş kabul gören CMR kısaltmasıyla anılan Karayollarında Eşya Taşınmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşme hükümlerinin Tasarıya yansıtılması bir gereklilik olarak ortaya çıkıyordu. Çünkü CMR sınır içi taşımacılığa ilişkin maddi hukuk ve kanunlar ihtilafı kuralları da içermektedir. Bu düşünce Komisyona da hakim olmuştur. Gerçi Türkiye 1977 yılında CMR’yi kabul etmişti, ancak 6762 sayılı Kanundaki hükümlerin bu uluslararası sözleşme ile, çoğu kez, çelişmesi sorunlar çıkarıyordu. Bu nedenle, çelişkinin ortadan kaldırılabilmesi için Tasarıda taşımının CMR hükümlerine uygun bir tarzda kaleme alınması yoluna gidilmiştir. CMR yanında, taşınma eşyasının taşınması, değişik tür araçlarla taşıma, yolcu taşıma ve özellikle taşıma işleri yüklenicisi ve taşıma, özellikle Alm. TK’dan yararlanılarak düzenlenmiştir.” Gerekeçe metninden de anlaşılacağı üzere, Tasarıda özellikle CMR ile uyum sağlanmaya çalışılmış, uygulamada CMR ile TTK arasında doğan çelişkilerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Çalışmamız kapsamında, uygun düştüğü ölçüde Tasarı ile karşılaştırmalı inceleme yapılacaktır.

³¹² Madde 1016: “Madde 1016 - Navlun mukavelesiyle taşıyan, navlun karşılığında:

1. Geminin tamamını veya bir cüzünü yahut muayyen bir yerini taşıtana tahsis ederek eşyayı denizde taşımayı taahhüt eder ki buna “Çarter Mukavelesi”;

2. Parça mal olan muayyen eşyayı denizde taşımayı taahhüt eder ki buna da “Kırkambar Mukavelesi” denir.”

³¹³ ARKAN, Sabih; Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1982, s. 10.

fikrasında, “... *muvafakatleri ve eşyanın taşıyıcıya teslimi ile ...*” taşıma sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı düzenlenmiştir. Kanun metninden, tarafların muvafakatleri ve eşyanın teslimi şartlarının birlikte aranması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Arkan’a göre, taşıma sözleşmesinin kurulabilmesi için taraflarının birbirine uygun ve karşılıklı iradelerinin bulunması yeterlidir. Eşyanın taşıyıcıya teslimi ancak taşıyıcının sorumluluğunun başlangıcı anını belirler. Bununla birlikte, büyük miktarlardaki malların kısmi taşımalarında, irade beyanı ve eşyanın teslimi şartlarının birlikte aranması bazı güçlükler çıkarabilmektedir. Yazar bu duruma örnek olarak, büyük miktarlarda yapılacak eşya taşımından gönderenin eşyanın taşınması yönünde iradesinin oluşması ile birlikte, tüm eşyayı bir anda yükleyebilecek durumda olamayacağı (henüz bu eşyanın üretimini gerçekleştirmediği) durumunu göstermiştir. Bu durumda taraflar, eşyanın taşınması ile ilgili bir ön sözleşme yapmak durumunda kalacak, ancak yüklenecek her kısım için ayrıca birer taşıma sözleşmesi akdedeceklerdir. Yazar ayrıca, Türk Ticaret Kanunu’nun 768/I maddesindeki “ve” bağlacının “veya” şeklinde anlaşılmasının bu sonuca ulaşmayı kolaylaştıracağı kanaatindedir³¹⁴. Doğanay ise, taşıma sözleşmesinin sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulamayacağını, taşınacak eşyanın mutlaka taşıyıcıya teslim edilmesi gerektiğini, dolayısıyla taşıma sözleşmesinin bir reel akit olduğunu savunmaktadır³¹⁵. CMR kapsamında yapılan taşıma sözleşmelerinin ise rızai akit oldukları söylenebilir. Zira CMR m. 9/I’ de “*Sevk mektubu, taşıma mukavelesinin akdine, mukavelelerin koşullarına ve yüklerin taşımacı tarafından kabulüne, karine teşkil eder.*” denmiş, taşıma sözleşmesinin kurulması anı ile taşınacak eşyanın taşıyıcıya teslimi anı ayrı ayrı belirtilmiştir³¹⁶. Dolayısıyla taşıma sözleşmesinin kurulması için eşyanın taşıyıcıya teslimi gerekmez, taraflar arasında eşyanın taşınması yönünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması yeterlidir. Tasarıda da taşıma sözleşmesinin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade

³¹⁴ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 17-19.

³¹⁵ DOĞANAY, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, C. 2 Ankara, 2004, s. 2248 (İkinci Cilt), aynı yönde görüş için bkz. AYDIN, s. 5-6.

³¹⁶ AYDIN, s. 8-9.

beyanlarının yeterli olduğu, eşyanın taşıyıcıya teslimin sözleşmenin kurulduğuna karine teşkil edeceği düzenlenmiştir³¹⁷.

Taşıma sözleşmesinde taşıyıcının asli edimi yükün bir yerden başka bir yere taşınması iken, gönderenin asli edimi ise taşıma ücretinin ödenmesidir³¹⁸.

B. Taşıma Sözleşmesinin Unsurları

1. Taşıma İşinin Üstlenilmesi

Taşıma, yolcu veya eşyanın bir yerden bir başka yere götürülmesini ifade eder. Eşyanın veya yolcunun götürüleceği yerin belirlenmesine gerek yoktur, zira bu husus taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından değildir. Bu yer, gönderen veya bir üçüncü kişi tarafından daha sonra belirlenebilir. Taşıma işinin başladığı yer ile sona erdiği yer arasındaki mesafenin, işin niteliğini etkilememesine karşılık, uygulanacak hukuk normlarını değiştirmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle, taşıma işinin yapılacağı yerler arasında belli bir uzaklık bulunması gerekmez. Ancak bir ülkeden diğerine yapılacak taşımalara uygulanacak hukuk (veya uluslar arası anlaşma maddeleri) normları ile aynı apartman içinde bir kattan diğerine yapılan taşıma işine uygulanacak hukuk normları kuşkusuz ki farklıdır³¹⁹.

Taşıma işinin konusu yolcu veya eşyanın bir yerden başka bir yere götürülmesidir. Yolcu taşımacılığına ilişkin kurallar, eşya taşımacılığına uygulanacak olanlardan farklı olup, çalışma kapsamımız açısından sadece eşya taşımacılığına ilişkin kuralları incelemekle yetineceğiz. Eşya, tüm maddi malları içeren bir ifadedir. Buna göre, madden var olan tüm nesneler eşya olarak değerlendirilir. Taşınan eşyanın herhangi bir ekonomik değerinin bulunması da gerekli değildir. Ancak posta taşımaları, Türk Ticaret Kanunu kapsamında eşya taşıması olarak değerlendirilmez. Taşınan eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğu hususu da taşıma işi açısından bir

³¹⁷ Tasarı m. 856/II: “*Taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulur. Eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karinedir.*”

³¹⁸ SEVEN, Vural, Karayoluyla Yapılan Uluslar arası Eşya Taşımalarında Taşıyıcının “Ödeme Karşılığında Teslim Şartı”ndan Doğan Sorumluluğu (CMR m. 21), Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2006, Yıl 4, S. 47, s. 3366. (Ödeme Karşılığı)

³¹⁹ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 10-11.

önem arz etmez; eşyanın mülkiyeti gönderene ait olabileceği gibi, taşıyıcıya ya da taşıma işinden tamamen bağımsız bir üçüncü kişiye de ait olabilir³²⁰.

Türk Ticaret Kanunu'nun 768. Maddesinden hareketle, taşıma sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadığı sonucuna varılabilir. Madde metninde “....*Taşıma senedi tanzim edilmemiş olsa bile muvafakatleri ve eşyanın taşıyıcıya teslimi ile sözleşme taraflar arasında tamam olur.*” denmekle bu hususa işaret edilmektedir³²¹. Taşıma senedi ile ilgili ayrıntılı açıklama aşağıda yapılacaktır.

19.05.1956 tarihli Eşyaların Karayolundan Uluslar arası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi (Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route - Convention on The Contract for the International Carriage of Goods by Road) 1. Maddesinde, Konvansiyon'un uygulama alanı ve uygulanacağı eşya taşımaları belirlenmiştir. Buna göre;

“1. Bu Sözleşme, Sözleşmede belirtildiği gibi yükleme yeri ve teslim için belirlenen yerin en az biri akit ülke olan iki ayrı ülkede olması halinde, tarafların ikametgahı ve milliyetine bakılmaksızın ücret karşılığında yüklerin taşıt ile karadan taşınmasına ait her mukaveleye uygulanacaktır.

2. Bu Sözleşmenin uygulanması bakımından "taşıt" sözcüğü 19 Eylül 1949 tarihli Karayolu Trafik Anlaşmasının 4 üncü maddesinde tanımlandığı gibi motorlu taşıtlar, dizi halinde taşıtlar, römorklar ve yarı römorklar anlamına gelir.

3. Bu Sözleşme taşımanın Devletler veya kamu kurum veya kuruluşları tarafından yapıldığı hallerde de uygulanacaktır.

4. Bu Sözleşme aşağıdaki durumlarda uygulanmayacaktır.

a) Uluslararası posta anlaşmaları gereğince yapılan taşımalarda,

b) Cenaze taşımalarında,

³²⁰ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s.11-12.

³²¹ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2247.

c) Ev eşyası taşımalarında,

5. Akit taraflar, iki veya birkaçı arasında yapacakları özel anlaşmalarla bu sözleşme hükümlerini değiştirmemeyi kabul ederler. Ancak, sözleşmeyi sınır trafiğine uygulamamak veya tamamen kendi ülkeleri içindeki taşıma etkinliklerinde yükler üzerinde hak iddia etmeye yarayan sevk mektubunun kullanılmasına izin vermek gibi durumlar bunun dışındadır.”

Maddenin birinci fıkrasında CMR’ nin coğrafi olarak uygulama alanı saptanmıştır. Madde metnine göre bir taşıma işine CMR’ nin uygulanabilmesi için yükün teslim alındığı yer ile gönderilene teslim edileceği yerin iki ayrı devlet sınırları içerisinde bulunması ve bu devletlerden en az bir tanesinin de CMR’ ye taraf olması gerekir. Bunun yanında, taşıma sözleşmesinin taraflarının tabiiyetleri veya ikametgahlarının CMR’ nin uygulanabilirliği açısından bir önemi yoktur³²².

Bu koşul yanında CMR’nin uygulanabilme şartları şunlardır:

- *Ücret karşılığında yapılan bir taşıma sözleşmesi bulunmalıdır:* Gönderen ile taşıyıcı arasında ücret karşılığında yapılan bir taşıma sözleşmesi bulunmalıdır. Gönderenin komisyoncu olması mümkündür. Bu durumda komisyoncu/gönderen ile taşıyıcı arasındaki ilişki CMR hükümlerine tabi olmakla birlikte, müvekkili ile komisyoncu arasındaki ilişki CMR’ ye tabi olmaz³²³.
- *Taşımanın konusu eşya olmalıdır:* Uluslar arası Posta Anlaşmaları çerçevesinde yapılan taşımalarda, cenaze ve ev taşımalarında CMR hükümleri uygulama alanı bulmaz.

³²² AKINCI, s. 26, AYDIN, s. 21, ARKAN, Sabih, Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme), BATİDER, C. X, S.2, Aralık, 1979, s. 405. (TTK ile karşılaştırmalı), ARKAN, CMR, s. 12. “Ayrıca, Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı için Mukavele (CMR. Konvansiyonu)’ne buna ek 5.7.1998 tarihli protokolü onaylayarak, 4.1.1995 tarihli Resmi Gazete’nin 22161 sayılı nüshasında yayınlanması ile Türkiye sözleşmeye taraf olmuştur. Somut olayda taşımaya ilişkin hamule senedinde CMR kaydı bulunduğu gibi, taşımanın varış yeri ülkesi olan Türkiye’nin Konvansiyona dahil bir ülke olması nedeniyle dava konusu taşımada CMR hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.”, 11. HD., E. 2003/14394, K. 2004/8998, T. 28.09.2004, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

³²³ ARKAN, TTK ile karşılaştırmalı, s. 402, AYDIN, s. 7.

• *Taşıma, taşıt aracılığıyla karayolunda gerçekleştirilmelidir*: Taşıt kavramının tanımı, 1949 tarihli Karayolu Trafik Sözleşmesi'nin 4. Maddesine göre belirlenecektir. Buna göre, taşıt, *"demiryolu üzerinde hareket edenlerle, elektrikle işleyenler haricinde kalıp, bir yol üzerinde normal olarak insan veya eşya naklinde kullanılan kendi kendine müteharrik herhangi bir nakil vasıtasıdır"*³²⁴. CMR m. 1' de de motorlu taşıtlar, dizi halinde taşıtlar, römorklar ve yarı römorklar ile yapılan taşımalarda CMR hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Taşımanın karayolu ile yapılması gerekliliği kuralına da CMR m. 2' de bir istisna getirilerek, eşya yüklü taşıtın yolculuğun bir kısmında deniz yolu, demir yolu, iç su yolu veya hava yolu ile taşınırsa ve eşya taşıttan boşaltılmazsa bu taşımaya da CMR hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir³²⁵.

2. Ücret

Taşıma sözleşmesinin taşıma işinin üstlenilmesi yanında diğer bir unsuru da ücrettir. Bir taşıma işinin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olabilmesi için ücret karşılığı yapılması gerekir. Aksi takdirde, yani ücret karşılığı yapılmayan taşımalar hatır taşıması olarak kabul edilir, farklı kanun (Borçlar Kanunu'nun vekaletle ilişkin) hükümlerine tabi olur³²⁶. Kural olarak taşıma ücretinin bir miktar paradan oluşması gerekir. Ancak, para dışında, parayla ölçülebilir bir menfaatin sağlanması da ücret kavramı içerisinde değerlendirilebilir³²⁷. Arkan, taşıyıcının tacir olduğu durumlarda, sözleşmede ücret ödenmesinin açıkça kararlaştırılmadığı hallerde dahi sözleşmenin taşıma sözleşmesi olarak değerlendirileceğini savunmaktadır³²⁸. Yazar buna gerekçe olarak da, Türk Ticaret Kanunu'nun 22. Maddesinde yer alan, *tacirin kararlaştırılmamış dahi olsa, ticari işletmesi ile ilgili olarak gördüğü iş veya hizmetler için ücret isteyebileceği* hükmünü göstermektedir. Aydın ise, CMR uygulaması ile ilgili olarak, aynı kanun maddesinden yola çıkarak, ücretin kararlaştırılmamış olmasının taşıma sözleşmesinin CMR' ye tabi olmasına engel

³²⁴ ARKAN, TTK ile karşılaştırmalı, s. 403, ARKAN, CMR, s. 10.

³²⁵ Bu şekilde yapılan taşımaya, karma (multimodel) taşıma denir, AKINCI, s. 39.

³²⁶ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 15, AYDIN, s. 9.

³²⁷ ARKAN, Sabih, Taşıyıcının Ücret Hakkı, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara, 1983, s. 339. (Ücret Hakkı)

³²⁸ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 15.

teşkil etmediğini, ancak taşıma ücretsiz yapılacaksa bunun mutlaka açıkça belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür³²⁹. Taşıyıcı, taşıma işinin ücretsiz yapıldığını, bir taşıma sözleşmesi bulunmadığını ispatla yükümlüdür. Arkan, taşıma işinin ücretsiz yapıldığı ve dolayısıyla taşıma sözleşmesinin var olmadığını tacir/taşıyıcının ispatlaması gerektiğini tespit etmiştir³³⁰.

Taşıma ücretinin taşıma senedine yazılmamış olması, emre yazılı ve taşıyıcı tarafından imzalanmış taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğini kaybetmesi sonucunu doğurur³³¹.

Taşıma sözleşmesinden kaynaklanan borçlar kural olarak, sözleşmenin taraflarını ilgilendirir. Her ne kadar taşıma sözleşmesi üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğini taşıyabilirse de, kural olarak gönderilene borç yüklenmesi mümkün değildir. Ancak TTK m. 792' de belirli koşullar altında gönderilenin taşıma ücretini ödeyebileceğini hükme bağlamıştır. Taşıma senedinde gönderenin taşıma ücretini ödeyeceğine ilişkin bir kayıt mevcutsa, HUMK m. 290 gereğince, bunun aksini iddia eden gönderenin yazılı delil ile ispat faaliyetine girişmesi gerekir³³².

Taşıma senedinde ücretin gönderilen tarafından ödeneceğine ilişkin bir kayıt yer almıyorsa, TTK m. 792 uygulama alanı bulur. Ancak bu madde hükmünün uygulanabilmesi de belirli koşullara bağlıdır. Eşyanın kabulü, eşyayı teslim almaya yetkili kişi tarafından yapılan ve taşımanın sözleşmeye uygun gerçekleştiğini gösteren bir irade beyanıdır. TTK m. 792'de de eşyanın gönderilen tarafından kabulünden sonra, taşıma ücreti, ardiye ve sair masrafların gönderilen tarafından ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır³³³. Taşıma senedi, bu noktada, taşıma ücreti ve gönderilenin diğer yükümlülükleri açısından yol gösterici olacaktır. Şöyle ki, gönderilen, taşıma senedini inceledikten sonra eşyayı kabul edecek ve dolayısıyla taşıma senedinde yer alan ücret kaydına göre taşıyıcıya ödeme yapacaktır. Arkan, taşıma senedinin talep edilmediği için düzenlenmediği durumlarda, deniz yoluyla

³²⁹ AYDIN, s. 9.

³³⁰ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 15.

³³¹ ARKAN, Ücret Hakkı, s. 340.

³³² ARKAN, Ücret Hakkı, s. 343.

³³³ ARKAN, Ücret Hakkı, s. 344.

taşamalara ilişkin TTK m. 1067/I hükmünün uygulanacağı, ancak bu hükmün amacına uygun uygulanabilmesi için, taşıma ücretinin gönderen tarafından ödeneip ödenmediğinin, eşyanın kabule arzından önce gönderilene taşıyıcı tarafından bildirilmesi gerektiği görüşündedir³³⁴.

C. Taşıma Senedi ve İspat Fonksiyonu

1. Genel Olarak-Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Taşıma Senedinin İspat Fonksiyonu

Taşıma sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu sonuca ulaşabildiğimiz Türk Ticaret Kanunu'nun 768. Maddesinden taşıma senedinin ispat gücüne ilişkin de bir sonuca varmak mümkündür: Taşıma senedinin varlığı bir geçerlilik şartı değildir, taşıma senedi tarafların sorumlulukları veya sözleşmenin şartları açısından bir ispat vesikası görevi görür³³⁵. Anılan maddenin ilk fıkrasında, taşıyıcının talebi halinde gönderenin, taşıma senedi düzenlemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Taraflar arasında düzenlenen taşıma senedi Türk Ticaret Kanunu'nun 769. Maddesinin son fıkrası gereğince kıymetli evrak niteliğinde olur³³⁶. Bu nedenle öncelikle taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğini açıklamakta fayda vardır. Türk Ticaret Kanunun 557. Maddesinde kıymetli evrakın tanımı

³³⁴ ARKAN, Ücret Hakkı, s. 347. "TTK'nin 792. maddesine göre; taşıma ücreti ile ardiye vesair giderler kural olarak, eşyanın kaulünden sonra gönderilen tarafından ödenir. Yani eşyanın kabulü ile gönderilen borçlu duruma girer. Kabul de, bir irade beyanıdır ve eşya teslim alınma ile açıklanmış olur. TTK'nin 792. maddesinin aksine sözleşme yapılması olanağı vardır. Taşıma ücretinin kimin tarafından ödenmesi gerektiği ve ödenmiş ise kimin ödediği taşıma senedi ile ilmuhaberde gösterilebilir. Taşıma senedinde veya ilmuhaberde herhangi bir açıklık yoksa, taşıma ücretinin, taşımanın sona erdiği yerde gönderilen tarafından ödenmesinin kararlaştırıldığını kabul etmek gerekir. Somut olaya uygulanmamakla birlikte deniz taşımada uygulanan TTK'nin 1067. maddesinde de benzer düzenleme getirilmiştir. Dava konusu olayda da, davacı taşıyıcı, davalı gönderen ile yaptığı taşıma sözleşmesinde taşıma ücretinin gönderen tarafından ödeneceğine dair yazılı delil sunmamıştır. Bu durumda TTK'nin 792. maddesi uyarınca, taşıma ücretinin gönderilen tarafından ödeneceğinin kabulü gerekir. Davacı tarafından anılan yasa maddesindeki düzenlemenin aksi kanıtlanmadığından, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru görülmemiş, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.", 11. HD, E. 1998/333, K. 1998/1789, T.16.03.1998, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

³³⁵ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2248, CMR ile ilgili aynı yönde tespit için bkz. AYDIN, s. 8-9.

³³⁶ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2253, Tasarının 856. Maddesinin birinci fıkrasının gerekçesinde ise, taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğinde olmadığı, sadece ispat fonksiyonunun bulunduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce tasarının bu hükmü taşıma senedinin düzenlenme amacına daha uygundur.

yapılmıştır³³⁷. Buna göre; “*Kıymetli evraklar öyle senetlerdir ki, bunlarda müdemiç olan hak senetten ayrı olarak dermeyan edilemediği gibi başkalarına da devredilemez*”. Farklı bir ifade ile, hakkın senede bağlı olduğu ve senetsiz dermeyan ve devrinin mümkün olmadığı senet kıymetli evraktır. Hakkın kullanılması ancak senedin ibrazı ile mümkündür³³⁸. Bu tanımdan kıymetli evrakın üç unsurunun bulunduğu sonucuna varılabilir: 1. Maddi unsur: Senet, 2. Gayri maddi unsur: Senedin içerdiği hak, 3. Kıymetli evraklaştırma unsuru: Hak ile senedin bağlanması³³⁹. Taşıma senedi açısından, düzenlenme zorunluluğu olmamakla birlikte 768. Maddede belirtildiği üzere talep halinde taşıma senedinin düzenlenmesi gerekmekte olup ve kanunda belirtilen hususların tamamının senede işlenmiş olması halinde, taşıma senedi kıymetli evrak niteliğine haiz olur³⁴⁰. Türk Ticaret Kanunu’ndaki tanımdan hareketle, taşıma işine ilişkin olarak hangi hakların taşıma senedinde müdemiç olduğu, taşıma senedi ile taşıma sözleşmesi arasındaki ilişkinin illi mi yoksa mücerret mi olduğu önem taşır. Kıymetli evraklardan bir kısmı illi, bir kısmı ise mücerrettir. Mücerret Farklı bir ifade ile mücerret kıymetli evraklarda (poliçe, bono ve çek gibi) müdemiç olan hak temel ilişkiden bağımsızdır, dolayısıyla temel ilişkiyi tesis eden hukuki ilişkiden (örneğin satım sözleşmesinden) ayrı olarak taraflar arasında bir de kambiyo ilişkisi kurulmuş olur. Bu mücerretlik (soyutluk) dolayısıyla temel ilişkideki bozukluklar kambiyo ilişkisini etkilemez³⁴¹. İlli kıymetli evraklarda ise bu soyutluk ilkesi yürümez. Başka bir deyişle temeldeki ilişki ile düzenlenen kıymetli evrak birbirinden ayrılamaz. Poroy/Tekinalp bu husus ile ilgili olarak konişmento örneğini vermiştir. Buna göre konişmentoda müdemiç olan alacak temel ilişkiyi oluşturan navlun sözleşmesinden bağımsızdır. Ancak konişmentoda müdemiç olan alacak yükün taşınmak üzere teslim alındığı ve yüklendiği sebebinden soyutlanmamıştır. Yazarlar konişmentonun tam olarak

³³⁷ Türk Ticaret Kanunu’nun kıymetli evraka ilişkin hükümleri 3. Kitapta yer almaktadır. Üçüncü kitabın altıncı faslının ikinci kısmında ise taşıma işleri ile beraber taşıma senedi de düzenlenmektedir.

³³⁸ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri, BATİDER, C. XXIV, S. 3, Haziran 2008, s. 503.

³³⁹ POROY Reha/TEKİNALP Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul 2001, s. 19.

³⁴⁰ Bu hususa ilişkin olarak taşıma işlerinin de Türk Ticaret Kanunun kıymetli evraka ilişkin 3. Bölümünde incelenmiş olması da dikkat çekicidir. Aynı yönde bkz. ARKAN, Sabih, Türk Ticaret Kanunu’nun Taşıma Senetlerine ve ilmuhaberlerine ilişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER, C. IX, S. 4, Aralık 1978, s. 1027. (Taşıma Senedi)

³⁴¹ POROY/TEKİNALP, s. 25.

mücerret olmadığını, yük açısından illiyet taşıdığını belirtmektedirler³⁴². Kanaatimizce ve Türk Ticaret Kanunu'nun 768 ve 769. Maddeleri ışığında, taşıma senedi illi bir kıymetli evraktır. Zira 769. maddede, taşıma senedinde, sayılan unsurlardan birinin yer almaması halinde evrakın kıymetli evrak niteliği taşımayacağı düzenlenmiştir. Kanun maddesi incelendiğinde taşıma senedinin kıymetli evrak sayılabilmesi için içermesi gereken hususların aynı zamanda taşıma sözleşmesine kurulmasına ilişkin hususlar olduğu görülecektir. Bunlardan birinin eksikliği halinde taşıma senedi kıymetli evrak kabul edilemeyeceğine göre, artık taşıma senedinin mücerret bir kıymetli evrak olduğundan bahsetmek mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla, taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından birinin taşıma senedine eklenmediği durumlarda, hem taşıma sözleşmesi sakat olacak hem de taşıma senedi kıymetli evrak sayılamayacak, dolayısıyla taşıyan ve gönderen arasında taşıma sözleşmesi ile birlikte bir kıymetli evrak ilişkisi de kurulamayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 769. maddesinde taşıma senedinde yer alması gereken kayıtlar belirtilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının ikinci bendinde taşınacak eşyanın "*cinsinin, sıklık, istiap derecesi veya adedinin, paket halinde iseler paketlenen yazılı numaraları ve işaretleri ve ambalajın şekil ve vasfının*" taşıma senedinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise, belirtilen şekil şartlarına uymayan taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğinde olmayacağı, ancak bir teslim ilmuhaberi veya başka bir ispat aracı olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla denilebilir ki, taşınacak eşyanın miktarı üzerinde tarafların mutlaka anlaşmış olmaları gerekmektedir. Bu husus taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından sayılır³⁴³. Ancak bu şekil şartlarının taşıma senedinde yer almaması, taşıma senedinin kıymetli evrak fonksiyonu dışındaki fonksiyonlarını (örneğin ispat fonksiyonu) etkilemez³⁴⁴. Örneğin taşınacak eşyanın miktarının taşıma senedine yazılmaması, taşıma sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğu, şartları ve tarafların sorumlulukları

³⁴² POROY/TEKİNALP, s. 26.

³⁴³ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2252-2253, ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 12.

³⁴⁴ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2253, ARKAN, Taşıma Senedi, s. 1030, yazar, taşıma senedinin taşıyıcı ile gönderen arasında yapılan taşıma sözleşmesinin hükümlerini ispata yaradığını belirtmektedir. Bununla birlikte yazar, taşıma senedinin eşyayı temsil fonksiyonu ile ilgili olarak, taşıma senedinin emre yazılı olduğu hallerde, taşıyıcının imzasını taşıyan nüshasının ciro ve tesliminin eşyanın mülkiyetini geçireceğine de değinmiştir. Elbette, bu iki koşul yanında, taşıma senedinin kanunda belirtilen hususların tamamını içermesi de gerekmektedir. Bu yönüyle taşıma senedi konişmento ile benzerlik göstermektedir.

konusundaki ispat fonksiyonunu etkilemez³⁴⁵. Farklı bir deyişle, taşınacak eşyanın cinsinin, sıklet, istiap derecesi veya adedinin, paket halinde iseler paketlere yazılı numaraları ve işaretleri ve ambalajın şekil ve vasfının taşıma senedine yazılmamış olması sadece taşıma senedinin taşınan eşyaların niteliği ile ilgili ispat fonksiyonunu ortadan kaldırır. Bununla birlikte, taşıyıcı tarafından imzalanmış olan taşıma senedi nüshası, taşınacak malların taşıyıcı tarafından teslim alındığına dair bir “tesellüm ilmuhaberi” niteliğinde olur. Ayrıca eğer bu nüshada taşıma ücretinin gönderen tarafından ödendiği de yer alıyorsa, taşıma senedinin makbuz

Türk Ticaret Kanunu’nun 770. Maddesi “İlmühaber” başlığını taşımaktadır: *“Taşıma senedi tanzim edilmemiş ise, gönderen talep ettiği takdirde taşıyıcı, taşıma senedine yazılacak hususları ihtiva eden bir ilmühaberi imzalayıp vermeye mecburdur.”* Hükmünü içermektedir. Bu ilmühaber, taşıma sözleşmesinin varlığı, sözleşmenin tarafları, kısaca, malın cinsi ve benzeri özelliklerini içermeyen taşıma senedi ile aynı ispat gücüne sahip olur. Ancak taşıma senedi ve ilmühaberin birbirinin aynı kavramlar olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Taşıma senedi düzenlenmediği zamanlarda, ilmuhaber düzenlenir ve taşıma senedinin fonksiyonlarını yerine getirir. İşte bu iki kavram arasındaki farkı Türk Ticaret Kanunu’nun 771. Maddesi ortaya koymaktadır: *“Taşıma senedinin bir nüshası gönderen tarafından imza edilerek taşıyıcıya verilir ve taşıma esnasında eşya ile birlikte sevk olunur. Diğer nüshası taşıyıcı tarafından imza edilerek gönderene geri verilir. Taşıma senedi emre yazılı ise taşıyıcının imzaladığı nüshanın cirosu ve teslimi eşyanın mülkiyetini nakleder. Taşıma senedinde gösterilmeyen hususlara dayanarak, adına gönderilene ve taşıyıcı tarafından imza olunan emre yazılı taşıma senedinin hâmiline karşı, hiçbir iddia dermeyan olunamaz.”*

Türk Ticaret Kanunu 771. Maddesi ise, usûlüne uygun düzenlenmiş taşıma senedinin, malları temsil fonksiyonunu düzenlemektedir. TTK m. 768’ de düzenlenen taşıma senedi ve TTK m. 770’ de düzenlenen ilmühaberin ispat fonksiyonları bulunduğunu söylemek mümkündür. Ancak TTK m. 771’ de

³⁴⁵ AYDIN, s. 8-9, yazara göre; “CMR’ ye taraf devletler arasında yapılacak anlaşmalarla ve yine sadece anlaşma yapan devler sınırları içerisinde geçerli olmak üzere kıymetli evrak niteliğini haiz taşıma senedinin düzenlenmesi de mümkündür.”.

öngörülen, iki nüsha düzenlenen ve bir nüshası taşıyıcıya verilen taşıma senedi, taşıyıcıya eşya ile birlikte sevk edilir, şayet emre veya hamiline muharrer olarak düzenlenmişse, o zaman kıymetli evrak niteliğinde olacağından, taşıma senedinin ciro ve teslimi ile taşınan eşyanın mülkiyeti de devir ve temlik edilmiş olur³⁴⁶. Dolayısıyla denilebilir ki, iki nüsha olarak, emre veya hamiline muharrer düzenlenmiş taşıma senedinin taşıma sözleşmesine ilişkin ispat fonksiyonunun yanında, malları temsil fonksiyonu da bulunmaktadır. Ancak taşıma senedinin düzenlenmediği durumlarda yine emre veya hamiline düzenlenebilen ilmuhaber de kıymetli evrak sayılan taşıma senedi nüshasının fonksiyonlarını yerine getirir³⁴⁷.

2. TTK Tasarısı Kapsamında Taşıma Senedinin İspat Fonksiyonu

Tasarının 858. Maddesinde taşıma senedinin ispat gücü ile ilgili ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir: *“(1) İki tarafça imzalanan taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına kanıt oluşturur.*

(2) İki tarafça imzalanan taşıma senedi, eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğuna ve taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karinedir; meğerki, taşıyıcı taşıma senedine haklı bir sebeple çekince koymuş olsun. Çekince, taşıyıcının, kayıtların doğruluğunu denetleyecek, uygun araçlara sahip olmadığı sebebine de dayandırılabilir.

(3) Eşyanın net olmayan ağırlığı veya başka şekilde beyan edilen miktarı ya da taşınacak paketlerin içeriği, taşıyıcı tarafından denetlenmiş ve denetlemenin sonucu her iki tarafça imzalanan taşıma senedine yazılmışsa, bu yazı, ağırlığın, miktarın ve içeriğin, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karinedir.

³⁴⁶ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2256.

³⁴⁷ ARKAN, Taşıma Senedi, s. 1044.

(4) Taşıyıcı, gönderen istemde bulunmuşsa ve buna uygun araçları varsa; eşyanın ağırlığını, miktarını veya içeriğini denetlemekle yükümlüdür. Bu hâlde, taşıyıcı denetleme ile ilgili giderleri ister.”³⁴⁸

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda CMR ile uyumlu olarak taşıma senedi kıymetli evrak değil, sadece bir ispat aracıdır. TTK Tasarısı m. 858 hükmünden, taşıma senedinin ispat gücüne sahip olabilmesi için her iki tarafça imzalanması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. İmza koşulu yanında, taşıma senedi, TTK Tasarısı m. 858’ de de yer alan kayıtları da içermelidir. Tasarı gerekçesinde, 858. Maddede yer alan kayıtların taşıma senedinde yer almaması halinde nasıl bir sonuca ulaşılacağı uygulamaya bırakılmıştır. Kanaatimizce, taşıma senedinde TTK Tasarısı m. 858’ de yer alan kayıtlardan biri eksik olursa, o kaydın taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olup olmadığı hususu önem kazanacaktır. Farklı bir deyişle, eğer taşıma senedindeki eksiklik, taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından birine ilişkin ise, burada taşıma sözleşmesi de sakat olacağından, buna bağlı olarak düzenlenen taşıma senedinin de (taşıma sözleşmesine ilişkin) ispat fonksiyonunu kaybettiği söylenebilir³⁴⁹. Örneğin, taşınacak malın miktarı hususunda tarafların mutlaka anlaşmış olmaları gerekmektedir; bu husus taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır (TTK. 769/I). Taşıma senedinde, taşınacak malın miktarı ile ilgili kayıt yer almıyorsa, o taşıma senedinin artık taşıma sözleşmesine ilişkin bir ispat fonksiyonunun bulunmadığı söylenebilir. Zira taraflar sözleşmenin esaslı unsurlarından birinde anlaşmaya varmamışlardır. Ancak taşıma senedinde,

³⁴⁸ Madde gerekçesinde taşıma senedinin, taşıma sözleşmesini kurucu bir etkisinin bulunmadığı, sadece bir ispat aracı olduğu açıkça ifade edilmiştir: “...Kamunumuzun düzenlenmesine göre taşıma senedi bir kıymetli evrak değil, fakat her iki tarafça imzalanan ispat aracıdır. Bu senedin taşıma sözleşmesinin kurulmasında herhangi bir etkisi yoktur; sözleşmeyi ne kurar ne de geçerli hâle getirir. Taşıma senedinin kamunda ifadesini bulan ispat gücünü haiz olabilmesi için şeklen kamuna uygun düzenlenmiş bulunması, herşeyden önce imzayı içermesi ve 858 inci maddedeki kayıtları içermesi gerekir. Bu kayıtlardaki eksikliklerin senedin ispat gücünü tümüyle mi ortadan kaldıracağı, yoksa eksik olan kayıtlarla ilgili olarak mı gücünü yitireceği sorununun çözümü öğretiyeye ve yargı kararlarına aittir. Taşıma senedinde yapılan tek taraflı değişiklikler kural olarak senedin ispat gücünü etkilemez. İspat gücü gönderilene karşıdır. İspat gücünün etkisi eşyanın teslimi ve kabulü ile başlar. Aksi ispat edilebilir... Şekle uygun olan senedin ispat gücü tam bir karine oluşturur. Sadece taşıyıcı imzalamışsa bir tesellüm senedir.”

³⁴⁹ Taşıma sözleşmesi ile taşıma senedi arasında illiyet ilişkisi olduğu kanaatindeyiz. Yukarıda Yürürlükteki kanunumuzdaki düzenlemeye ilişkin açıklamalarımızı tekrarlıyoruz. Tasarıda taşıma senedinin kıymetli evrak olarak kabul edilmemiş olmasının taşıma senedi ile taşıma sözleşmesi arasındaki illiyet ilişkisini ortadan kaldırmayacağı görüşündeyiz. Tasarıda yer alan, taşıma senedinin her iki tarafça imzalanmış olması halinde, taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil edeceği hususu da görüşümüzü destekler niteliktedir.

sözleşmenin yan unsurlarından biri ile ilgili eksiklik bulunuyorsa, artık taşıma senedinin sadece o unsur açısından ispat fonksiyonunu kaybettiği kabul edilmelidir.

TTK Tasarısına göre, sözleşmenin her iki tarafının da (gönderen/taşıyıcı) imzaladığı taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin varlığı, içeriği ve malların taşıyıcı tarafından teslim alındığına dair ispat gücüne sahiptir³⁵⁰. TTK 858. maddesinin ikinci fıkrasında ise, taşıma senedinin malların sayısı, ambalajları ve üzerlerindeki işaretler ile ilgili bir karine kabul edildiğini görmek mümkündür. Taşıyıcı, taşıma senedine çekince koymadığı sürece, taşınacak eşyanın, taşıma senedinde belirtilen niteliklere (eşyanın ambalajının iyi durumda olduğu, taşınan paketlerin sayısı, işaretleri ile numaraları) haiz olduğunu kabul etmiş sayılır. Farklı bir deyişle, taşıyıcı, taşıma senedine çekince koymadığı sürece taraflarca imzalanmış olan taşıma senedi, taşınacak eşyanın ambalajının iyi durumda olduğu, taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının taşıma senedinde gösterilenlerle uyduğuna karine teşkil eder.³⁵¹.

Yine 858. Maddenin üçüncü fıkrasında taşıyıcı tarafından eşyanın net olmayan ağırlığı ve taşınacak paketlerin içeriği denetlendikten sonra bu denetlemenin sonucu taraflarca imzalanan taşıma senedine yazılmışsa, bu ibare, miktarın, ağırlığın ve içeriğin taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğu yönünde karine oluşturur. Her iki fıkra da kabul edilen karineler adi kanuni karinelere dir. Dolayısıyla, ikinci fıkradaki karineye dayanan gönderenin, taşıma senedine herhangi bir çekince konulmadığı -ve senedin her iki tarafça imzalandığı- yönündeki karine temelini ispatlaması yeterli olacaktır. Benzer şekilde yine gönderen, üçüncü fıkradaki karineden faydalanmak için taşıyıcı tarafından yapılan denetleme sonucunun taşıma

³⁵⁰ Benzer şekilde Tasarı'nın 856. Maddesinin ikinci fıkrası da, taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, eşyaların taşıyıcıya tesliminin, taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil edeceği düzenlemiştir.

³⁵¹ Aynı fıkranın son cümlesinde taşıyıcının çekincesinin, kayıtların doğruluğunu denetleyecek uygun araçlara sahip olmadığına da dayandırabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu cümle geniş yorumlanabilecek, kötüye kullanılmaya açık bir düzenlemedir. Taşıyıcının uygun araçlara sahip olmadığı objektif kriterlerle tespit edilmeli, gönderen ile taşıyıcının gerekli teçhizatın bulunmadığı hususunda mutabık olmaları gerekmektedir. Buna benzer bir hüküm "İhtirazi Kayıt" başlığı ile TTK m. 772 de de yer almaktadır: "*Taşıyıcı, taşınacak eşyayı taşıma senedine veya ayrı bir kâğıda, teslim aldığı zamandaki durumu hakkında ihtirazi bir kayıt koymadan kabul edecek olursa, dış görünüşü itibarıyla hiçbir kusuru olmadığını kabul etmiş sayılır. Şu kadar ki; eşyayı kayıtsız kabul etmiş olsa bile dışından anlaşılması kabil olmayan noksanların vücudunu iddia ve ispat edebilir.*" Benzer değerlendirme için Bkz. AKINCI, s. 62.

senedine işlendiği ve senedin her iki tarafça imzalandığı yönündeki karine temelini ispatlamak zorundadır. Bu yapılan açıklamalar, taşıyıcının aynı karinelere faydalanması için de geçerlidir.

3. CMR Kapsamında Taşıma Senedinin İspat Fonksiyonu

Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki ispat ve karinelere ilişkin 858. madde hükmünün benzerleri CMR’ de de yer almaktadır. Ancak öncelikle, CMR anlamında sevk mektubunun (Taşıma senedinin)³⁵² hukuki niteliğini açıklamak gerekir. Yürürlükteki Ticaret Kanunumuzda taşıma senedinin kanunda belirtilen kayıtları içermesi halinde kıymetli evrak niteliğinde kabul edildiği, buna karşılık Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda ise kıymetli evrak olarak değerlendirilmediğinden bahsetmiştik³⁵³. CMR anlamında da taşıma senedi kıymetli evrak niteliğinde değildir. Dolayısıyla, CMR taşıma senedinin, Türk Ticaret Kanunu anlamında malları temsil fonksiyonu, başka bir deyişle, taşıma senedinin devri ile mallarında mülkiyetinin de devredilmiş sayılacağı işlevi bulunmamaktadır. Buna karşılık CMR taşıma senedinin, Tasarı’ ya benzer şekilde, taşıyıcının (veya gönderenin) sorumluluğunun sınırını çizme, sorumluluğun başlama anını belirleme fonksiyonu mevcuttur³⁵⁴.

CMR’ ye göre taşıma sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir. CMR m. 4’ te bu husus açıkça belirtilmiştir: *“Taşıma mukavelesi bir sevk mektubunun düzenlenmesi ile gerçekleştirilir. Bu mektubun yokluğu, usûle aykırı oluşu veya kaybolması bu sözleşme hükümlerine tabi olacak olan taşıma mukavelesinin varlığı ve geçerliliğini etkilemez.”* Dolayısıyla, taşıma senedinin hiç düzenlenmemesi ve CMR m. 6³⁵⁵ da sayılan kayıtları içermemesi taşıma sözleşmesinin varlığı ve

³⁵² CMR resmi çevirisinde, TTK’ndaki terminolojiden ayrılarak taşıma senedi yerine “sevk mektubu” terimi kullanılmıştır. Usûlüne uygun düzenlenmemesi halinde bağlanan sonuçlar bakımından, TTK taşıma senedi ile CMR sevk mektubu arasında fark olmakla beraber (bkz. s. 43) aslen sevk mektubu ve taşıma senedi aynı anlamda kullanılmaktadır. Zira CMR’nin serbest çevirisinde de, “sevk mektubu” yerine “taşıma senedi” terimi kullanılmıştır. Taşıma senedi ve sevk mektubuna bağlanan sonuçların farklılığı hususunda bkz. AKINCI, s. 49.

³⁵³ Bkz. s. 47 ve 53.

³⁵⁴ AYDIN, s. 9

³⁵⁵ CMR m. 6 “(1) Sevk mektubu şu bilgileri içerecektir.

1. Sevk mektubu tarihi ve düzenleme yeri,
2. Göndericinin adı ve adresi,
3. Taşımacının isim ve adresi,

geçerliliği açısından bir etki doğurmaz. Bununla birlikte CMR'nin 1. maddesinin beşinci fıkrasında da CMR'ye taraf devletler arasında yapılacak anlaşmalarla ve yine sadece anlaşma yapan devlet sınırları içerisinde geçerli olmak üzere, kıymetli evrak niteliğini haiz taşıma senetleri düzenlenmesi mümkündür³⁵⁶. CMR m. 6'nın ilk fıkrasında taşıma senedinde yer alması gereken kayıtlar sayılmış, ikinci fıkrasında gereken hallerde taşıma senedinde yer alabilecek hususlar belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, tarafların taşıma senedine faydalı gördükleri diğer hususları da ekleyebilecekleri hükme bağlanmıştır. TTK m.769/VII de taraflarça kararlaştırılmış diğer hususların da taşıma senedine eklenebileceği hükme bağlanmış olup, bu yönüyle anılan maddenin CMR 6/III ile benzeştiği söylenebilir.

CMR m. 6 da sayılan bu kayıtların taşıma senedinde yer almaması ne gibi sonuçlar doğuracaktır? Taşıma senedine ilişkin CMR m. 4'te, taşıma senedinin yokluğu veya usûlüne uygun düzenlenmemiş olmasının, taşıma sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğini etkilemeyeceğinin düzenlendiğine yukarıda değinmiştik. Ancak bu eksikliklerin gönderen açısından doğurabileceği sonuçlar, CMR m. 7 de

-
4. *Yükün yükleme yeri, tarihi ve teslim için belirlenen yer,*
 5. *Yükün gönderildiği kişinin isim ve adresi,*
 6. *Yükün özelliğinin tarif, ambalaj şekli ve tehlikeli yükler söz konusu olduğunda bunların herkesçe anlaşılacak şekilde tarif,*
 7. *Kaç para olduğu ve bunların özel marka ve sayıları,*
 8. *Yükün brüt ağırlığı veya başka bir şekilde ifade edilmiş ise miktarı,*
 9. *Taşıma ücretleri (Taşıma bedeli, ek giderler, gümrük resimleri ve mukavelenin akdinden teslimi kadar yapılan ödemeler.),*
 10. *Gümrük ve diğer formaliteler için gerekli talimatlar,*
 11. *Aksine olabilecek herhangi bir hükme bakılmaksızın taşımanın bu taşıma sözleşme hükümlerine tabi olduğunu bildirir not,*
 12. *Gerekli durumlarda sevk mektubu şu bilgileri de ayrıca içerecektir,*
 13. *Aktarmaya izin verilmediğini belirten not,*
 14. *Göndericinin ödemeyi kabul ettiği ödemeler,*
 15. *Yükün tesliminde yapılacak ödentilerin miktarı,*
 16. *Yük değerinin beyanı ve tesliminde özel faizi temsil eden miktar,*
 17. *Yükün sigorta edilmesine dair göndericinin alıcıya vereceği direktif,*
 18. *Taşımanın tamamlanması için anlaşmaya varılmış zaman süresi,*
 19. *Taşımacıya verilen belgelerin listesi,*
 20. *Taraflar, yarar gördükleri diğer hususları da sevk mektubuna yazabilirler.”.*

³⁵⁶ AYDIN, s. 9.

düzenlenmiştir: “ (1) Gönderici, aşağıdaki hususların hatalı veya yetersiz oluşundan uğrayacağı zarar, hasar ve yaptığı ödemelerden sorumludur.³⁵⁷

- a) Madde 6 paragraf 1; b), d), e), f), g), j) de belirtilen hususlar,
- b) Madde 6 paragraf 2 de belirtilen hususlar,
- c) Sevk mektubunun düzenlenmesini sağlamak veya daha başka hususların içine yazılması amacıyla göndericinin vereceği her türlü diğer hususlar ve talimatlar,

(2) Göndericinin talebi üzerine taşımacı bu maddenin 1 nci paragrafındaki hususları sevk mektubuna yazarsa, aksi kanıtlanmadıkça bunu gönderici adına yapmış sayılacaktır.

(3) Sevk mektubu madde 6 paragraf 1 k da belirtilen beyanı içermez ise taşımacı bu ihmâl yüzünden malın kullanma hakkına sahip kişinin bu ihmalden dolayı uğradığı zarar hasar ve yapıldığı ödemelerden sorumlu olacaktır.”

Birinci fıkrada anılan ve eksik veya hatalı olmasından gönderenin sorumlu tutulacağı kayıtlar; gönderenin adı ve adresi, yükü yükleme yeri ve teslimi için belirlenen yer, yükün gönderildiği kişinin isim ve adresi, yükün tarifi, ambalaj şekli ve tehlikeli yük ise bu yüke özel herkesçe anlaşılacak tarifi, yükün değeri ve bunların özel marka ve sayıları ve son olarak gümrük için verilen talimatlardır. Ayrıca maddenin devamında, tarafların gerekli gördüklerinde ekleyebilecekleri hususların da eksikliği halinde doğacak zararlardan yine gönderenin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Yine gönderen, taşıma senedinin düzenlenmesi ve içeriğine bazı kayıtlar eklenmesi için verdiği talimatlardan da sorumludur. CMR’nin bu hükmünü, TTK 769/2 ile karşılaştırılacak olunursa, malın cinsi ve ambalajına ilişkin kaydın eksik olmasının yaptırımının farklı olduğu görülecektir. Taşınacak eşyanın cinsi ve ambalajına ilişkin kayıtların taşıma senedinde eksik olması, TTK anlamında taşıma senedinin kıymetli evrak fonksiyonunu yitirmesine neden olurken, CMR anlamında bu eksiklik, gönderenin sorumluluğunu doğurmaktadır. Taşıma senedi genellikle

³⁵⁷ CMR resmi çevirisinde madde metni aynen bu şekildedir. Ancak serbest çeviride, madde daha doğru bir biçimde şu şekilde çevirilmiştir: “Gönderen aşağıda kayıtların yanlışlığından veya yetersizliğinden dolayı taşıyıcının yaptığı tüm masraflardan ve uğradığı zararlardan sorumludur.”.

gönderenin verdiği bilgiler doğrultusunda düzenlenir. Taşıyıcının bu bilgileri kontrol etmesinin³⁵⁸ uygulamada çoğunlukla mümkün olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, CMR m. 7 de anılan kayıtların eksikliği halinde, gönderen taşıyıcının uğradığı zararlardan sorumlu tutulabilecektir.

CMR m. 9 “*Taşıma Senedinin İspat Gücü*” başlığını taşımaktadır. Madde metnine göre, taşıma senedi, aksi ispatlanıncaya kadar taşıma sözleşmesinin akdedildiğine, sözleşmenin şartlarına ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim edildiğine dair delildir. Resmi çeviride³⁵⁹, madde metni “*Sevk mektubu taşıma mukavelesinin akdine mukaveledenin koşullarına ve yüklerin taşımacı tarafından kabulüne karine teşkil eder.*” Şeklindedir. Ancak serbest çeviride³⁶⁰, “*Taşıma senedi, aksi ispatlanıncaya kadar taşıma sözleşmesinin akdedildiğine sözleşmenin şartlarına ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına delil teşkil eder*” şeklindedir. Dikkat edilirse, resmi çeviride taşıma senedinin **karine fonksiyonuna** sahip olduğunun düzenlendiği, ancak serbest çeviride ise **aksi ispatlanıncaya kadar delil teşkil edeceğinin** düzenlendiği görülecektir. Bu iki kavram arasındaki fark nedeniyle, CMR’nin orijinal fransızca ve ingilizce metinlerinin incelenmesinde fayda vardır. Fransızca metinde anılan maddenin ilk fıkrasında “...*fait foi, jusqu’au preuve contraire...*” yani, “*aksi kanıtlanıncaya kadar muteber olur*” denmektedir. İkinci fıkra ise, “...*il ya une présomption que...*” denmekte, yani bir karinenin

³⁵⁸ CMR m. 8 de taşıyıcının eşyayı kontrol mükellefiyeti düzenlenmektedir. Buna göre taşıyıcı, eşyayı teslim aldığı sırada, taşınacak eşyanın sayısına ve işaret ve numaralarına ilişkin taşıma senedinde yer alan kayıtların doğruluğu ile eşyanın ve ambalajının harici durumunu kontrol eder. Ancak maddenin devamında, taşıyıcının eşyanın sayısında ve işaret numaralarına ilişkin beyanların kontrolü için gerekli araçlara sahip olmaması durumunda, ihtirazi kaydını taşıma senedine de geçireceği hükme bağlanmıştır. Bu ihtirazi kayıtlar, gönderen kayıtların kendisi için bağlayıcı olduğunu taşıma senedine açıkça geçirmedeği sürece, gönderen açısından bağlayıcı olmaz. Gönderenin bu kayıtların bağlayıcılığını taşıma senedine geçirmedeği durumlarda, taşıyıcı açısından bağlayıcı olmaya devam eder. Kanaatimizce CMR m. 18 uyarınca ispat yükü kendisine düşen taşıyıcı, uyumsuzluk anında, malların teslim alındığı anda bozuk, kırık vs. olduğu yönünde bir savunmada bulunmak yerine, farklı bir ifade ile, CMR 17/4-e ‘ye dayanmak yerine, taşınacak eşyayı kontrol etme imkanının bulunmadığına ilişkin taşıma senedine işlenen ve gönderen tarafından da bağlayıcılığı onaylanan kayda dayanarak ispat yükünü yerine getirebilmelidir. Tasarımın 858. Maddesinin 2 ve 3. Fıkralarında düzenlenen husus, CMR’de de benzer şekilde düzenlenmiştir. CMR m. 17/4 (ve hasar/ziya ve gecikme hallerinde ispat yüküne ilişkin hükümler) ile ilgili 5. Bölümde ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

³⁵⁹ CMR Konvansiyonun resmi çevirisi için bkz. RG 04.01.1995/22161.

³⁶⁰ CMR serbest çevirisi için bkz. KENDİGELEN Abuzer/AYDIN Alihan, Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR), Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi, Prof. Dr. Ömer Teoman’ a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 495-525.

bulunduğundan bahsetmektedir³⁶¹. İngilizce metinde ise, "...shall be prima facie evidence³⁶²..." yani aksi kanıtlanıncaya kadar itibar edilen delil denmekte, ikinci fıkrada ise, "...it shall be presumed..." yani, taşıma senedinin karine olarak kabul edileceğinden bahsetmektedir³⁶³. Dolayısıyla, CMR m. 9/1 de bir taşıma senedine ilişkin olarak aksi ispatlanıncaya kadar taşıma senedinin delil teşkil edeceği (muteber kalacağı), 2. Fıkrada ise, bu şekilde ihtirazi kayıt koyulmamış taşıma senedinin³⁶⁴, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı anda, harici görünüm itibariyle iyi olduğu ve taşıma senedi ile, eşyalar üzerindeki kayıtların uyduğu şeklinde bir karine teşkil edeceği şeklinde yorumlamak doğru olacaktır. Bu ayrım şu açıdan önem taşımaktadır. CMR m. 9'da taşıma senedinin delil olarak ispat gücü açıklanmış, ikinci fıkrada ise taşıma senedinin doğurduğu bir karine ortaya koyulmuştur. Bu iki kavram, yani senet delilinin ispat gücü ile karine, birbirinden çok farklı kavramlar olup, CMR resmi çevirisinde hatalı olarak ifade edildikleri görülmektedir.

³⁶¹ DAYINLARLI, Kemal; Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara, 2004.

³⁶² Prima Facie yani ilk görünüş ispatı, hakimın mevcut olan fiili olaylardan, yaşam deneylerine göre kural olarak bu olaylarla bağlantılı olan diğer bir olay için çıkarım yapmasıdır. İlk görünüş ispatı HUMK m. 240'da düzenlenen hakimın delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir. Bu anlamda ilk görünüş ispatı, hakimın uyumsuzluk konusu olay hakkında bir kanaate ulaşmasına yardımcı olacak bir vasıta, KESER, Leyla, İlk Görünüş İspatı, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir, 2001, s. 231-232. CMR'nin İngilizce metninde yer alan bu ifade, aslen resmi çeviride de gözlemlenebilir, taşıma senedinin içeriğine karine teşkil ettiği gibi hatalı bir sonuca ulaşılmasına neden olabilir. YEŞİLOVA, burada düzenlenen hususun gerçek anlamda karine olmadığını, karine olabilmesi için karine sonucunun özel bir koşul vakıya bağlanması gerektiğini savunmaktadır, YEŞİLOVA, Ecehan, CMR Taşıma Senedinin İspat Gücü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 7, Sayı. 1, 2005, s. 252. Gerçekten de, CMR'nin 9. Maddesinin birinci ve ikinci fıkraları incelendiğinde, ikinci fıkradaki CMR taşıma senedinde taşıyıcı tarafından bir çekince koyulmamış olması, özel bir koşul vakıya, bir sonuca bağlanmıştır. Oysa ki birinci fıkrada karinenin bağlandığı böyle bir sonuç öngörülmemiştir. Yazar Loewe'den yaptığı atıfta, CMR'nin yürürlüğe girmesinden önce toplanan çalışma kurulu raporunda bu dil sorununa değinildiği görülmektedir: "*Prima facie evidence kavramı, aksi ispatlanıncaya kadar kabul edilecek belli bir durumu anlatmaktadır. Öyle ki, prima facie delili ile çürütülebilir karine arasında belli bir fark bulunmamaktadır, bu nedenle bu iki terimden birinin secimi ve kullanımı aslında tamamen linguistik bir tercihtir.*" Dolayısıyla, İngilizce metinden yapılan prima facie evidence ifadesinin tercümesinin hatalı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Her ne kadar yazar bu sonuca CMR Almanca çevirisinden hareketle ulaşmışsa da, Fransızca metinde, taşıma senedinin ispat gücü ile ilgili kullanılan terim (fait foi) taşıma senedinin aksi ispatlanana kadar muteber kalacağı yönündeki meramı çok doğru yansıtmaktadır. Ayrıca, YEŞİLOVA'nın CMR m. 9/1 de tanımlanan ispat gücüne binaen taşıma senedinin sözde karine teşkil ettiği yönündeki görüşüne de Fransızca metindeki ifade nedeniyle katılamamaktayız. Kanaatimizce, burada taşıma senedinin ispat gücünü arttıran, adi senet olmasına rağmen, ispat gücünü resmi senede yaklaştıran bir düzenleme mevcuttur.

³⁶³ www.tureng.com, Erişim Tarihi: 17.02.2008

³⁶⁴ "*Anılan maddede gönderilenin malı taşıyıcı ile birlikte kontrol etmesi gerektiği, kontrol etmeden ve taşıyıcıya karşı ihtirazi kayıt ileri sürmeden eşyayı teslim aldığı takdirde aksi ispat edilinceye kadar gönderilenin eşyayı taşıma senedinde yazılı olduğu şekilde teslim aldığı varsayılacağı.*", 11. HD, E. 2005/13714, K. 2007/1161, T. 01.02.2007, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

Benzer şekilde Clarke da, “*presumption*” yani karine kelimesini kullanarak, CMR m. 9 da anılan taşıyıcının taşıma senedine ihtirazi kayıt koymadığı durumlarda, taşınacak eşyanın taşıyıcı tarafından, taşıma senedinde belirtilen miktar ve biçimde teslim alındığına dair karine teşkil edeceğini belirtmiştir³⁶⁵. Varılan bu sonuç, taşıyıcının eşyayı kontrol etme yükümlülüğüne ilişkin 8. Madde ile de uyumludur. Bu bir adi kanuni karinedir. Dolayısıyla aksini ispat mümkün olup, bu durum ispat yükü ile ilgili bir değişiklik doğurmaz. Farklı bir ifade ile, gönderen, taşıma senedinde taşıyıcı tarafından eklenmiş herhangi bir ihtirazi kayıt olmadığı şeklindeki karine temeline dayanılarak, eşyanın taşıyıcı tarafından taşıma senedine uygun biçimde teslim alındığı şeklindeki karine sonucuna ulaşabilir. Ancak, sorumluluktan kurtulmak için eşyanın taşıma senedinde belirtildiği biçimde teslim alınmadığını, eşya üzerindeki sayı ve işaretlerin hatalı olduğunu ispat yükü taşıyıcıya aittir (CMR m. 17/4, m. 18). Dolayısıyla, taşıyıcı artık taşıma senedinin bu karine fonksiyonuna dayanamayacaksa da, farklı delillerle, CMR m. 9 daki karinenin aksini ispatlama yükümlülüğü altındadır.

CMR m. 9/I kapsamında taşıma senedinin senet olarak ispat gücü üzerinde durmakta fayda vardır. Madde metninden, taşıma senedinin, aksi ispatlanıncaya kadar, taşıma sözleşmesinin akdedildiği, sözleşmenin şartları, Eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına dair delil teşkil eder.

CMR taşıma senedinin, usûl hukuku açısından **adi senet** olduğu söylenebilir. Zira taşıma senedinin düzenlenmesine, bir resmi makam veya memurun dahilî olmaz³⁶⁶. Ancak adi senetlerin kesin delil olarak değerlendirilebilmesi, senet altındaki imzanın mahkemede ikrar edilmesine ve imza sahibinin imzaya hiç itiraz etmemesine bağlıdır (HUMK m. 296/II)³⁶⁷. Buna karşılık resmi senetlerde ise, resmi senede dayanan taraf senedin doğruluğunu ayrıca ispat etmek zorunda değildir. Aleyhine delil olarak kullanılmak istenen kişi, bu senedin kendisi tarafından imzalanmadığını ileri sürse dahi mahkeme senedi kesin delil olarak değerlendirir.

³⁶⁵ CLARKE, s. 100, taşıma senedinin düzenlenmediği durumlarda, doğal olarak böyle bir karine doğmayacak olup, taşıyıcıya karşı hak iddia eden kişinin, hasar veya ziyanın, eşyanın taşıyıcının sorumluluğunda olduğu süre içerisinde gerçekleştiğini ispatlamak için başkaca delillere başvurusu gerekir.

³⁶⁶ Adi ve resmi senet tanımları ve ispat güçleri için Bkz. yukarıda s. 28 vd.

³⁶⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 442-443.

Farklı bir deyişle, resmi senet, sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delildir (MK m. 7).

Ancak CMR m. 9/I deki “aksi ispatlanıncaya kadar” ifadesi, taşıma senedinin, senet delili olarak ispat gücünün tarafların imzalarına veya bunları ikrar veya inkar etmelerine bağlı olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, CMR taşıma senedinin adi senet olmasına rağmen ispat gücünün, resmi senede yaklaştırıldığını söylemek mümkündür. Zira madde metninden de açıkça anlaşılabileceği üzere, taşıma sözleşmesinin kurulduğu, sözleşmenin şartlarının senedin içeriğindeki kayıtlarla aynı olduğu ve malların taşıyıcı tarafından teslim alındığına ilişkin olarak taşıma senedinde yer alan hususların aksi ispat edilinceye kadar, artık bu kayıtlara itibar edilecektir. Dolayısıyla taşıma senedine dayanan gönderen, artık taşıyıcının imza inkarı tehdidi ile karşı karşıya kalmaktan kurtulacak olup, taşıyıcı da imza inkarında bulunsa dahi, mahkemenin aksi ispatlanıncaya kadar taşıma senedine itibar etmesine engel olamayacaktır. Bu noktada taşıma senedinin aksini ispatın hangi tür delillerle yapılabileceği sorusu akla gelebilir. CMR’de haklı olarak bu sorunun cevabını içeren bir hükme yer verilmemiştir. CMR’den doğan uyuşmazlığın görüldüğü yer mahkemesinin tabi olduğu usûl hukuku kurallarına göre (lex fori) hangi delillerin kullanılacağı belirlenecektir. HUMK m. 290 uyarınca, senede (CMR Taşıma senedine) bağlanmış bu karinenin aksi, yine ancak kesin delillerle ispat olunabilecektir. Ancak uygulamada, CMR m. 9/II de yer alan karinenin aksini ispatlamaya yarayacak bir kesin delilin oluşturulması pek de mümkün değildir³⁶⁸.

D. Taşıma Sözleşmesinde Delil Sözleşmesi ve Tahkim Kaydı

1. Genel Olarak Tahkim

Tahkim, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda, tarafların bağımsız üçüncü kişilere (hakemlere), bu uyuşmazlıkların çözümünde yetki vermeleridir³⁶⁹ (HUMK m. 516-518). Tahkim yerel olabileceği gibi, milletlerarası da olabilir. HUMK 516-

³⁶⁸ YEŞİLOVA, s. 268, yazar bu yönüyle tesis edilen adi karinenin, etkisi bakımından kesin karineye yaklaştığını savunmaktadır.

³⁶⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 669, ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 602, AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003, s. 23. (Tahkim)

536 maddeleri arasında düzenlenen tahkim, ihtiyari iç tahkimdir³⁷⁰. Bununla beraber yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara ilişkin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuzda³⁷¹ düzenlemeler bulunmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile, HUMK Tahkiminin alanının daraldığını söylemek hatalı olmaz. Zira MTK 1. Maddesinde, kanunun yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında bu kanun hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır³⁷². Dolayısı ile denilebilir ki, HUMK anlamında tahkim, ancak yabancılık unsuru taşımayan, yani MTK 2. Maddesinde sayılan koşulları sağlamayan uyuşmazlıklar için başvurulabilecek bir yoldur.

Tahkimin konusunu, tarafların iradesine tabi uyuşmazlıklar oluşturur; iki tarafın arzusuna bağlı olmayan işlerde tahkim yoluna başvurulamaz. Kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar tahkimin konusunu oluşturamaz³⁷³.

Tarafların aralarında serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerde, mevcut veya muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu kullanacaklarına ilişkin yaptıkları sözleşmeye tahkim sözleşmesi denir³⁷⁴. Tahkimin hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber³⁷⁵ genel anlamda kabul gören görüş, tahkim sözleşmesinin öncelikle usûl hukukuna ilişkin bir sözleşme olduğudur³⁷⁶. Zira burada taraflar, uyuşmazlık konusunu inceleyecek hakemleri, delillerin ikame şeklini ve diğer yargılama işlemlerini kendi iradeleri doğrultusunda belirlemektedirler³⁷⁷. Ancak tahkim

³⁷⁰ DAYINLARLI, Kemal, HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve Yargıtay Kararları ile Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 14. (Tahkim)

³⁷¹ MTK olarak kısaltılacaktır.

³⁷² YILDIRIM, Nevhis Deren, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, ABD, S. 2002/4, Yıl 60, s. 37-38.

³⁷³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.672.

³⁷⁴ DAYINLARLI, Tahkim, s. 7 vd.

³⁷⁵ Görüşler için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 668 vd, DAYINLARLI, Tahkim, s. 18 vd.

³⁷⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 668, DAYINLARLI, Tahkim, s. 19, 20.

³⁷⁷ Yargıtay, bir kararında hatalı olarak tahkim sözleşmesinin bir delil sözleşmesi niteliğinde olduğunu sonucuna varmıştır: "*Tahkim sözleşmesi tarafların ortak iradeleri ile kurulan bir delil sözleşmesidir (HUMK. m. 287) bu niteliği ile ancak taraflarını bağlar ve hüküm ifade eder. Sözleşmenin tarafı olmayan kişi için bağlayıcı niteliği yoktur. Hakkın, yetkinin saklı tutulması sonucu değiştirmez. Ve tahkim şartının yanı olmayana karşı ileri sürülemez*". Ancak tahkim sözleşmesi sadece delillere ilişkin değil, yargılama usûlü dilekçe teatisi gibi, diğer usûli konulara ilişkin de olabilir, 15. HD, E. 1980/2676, K. 1981/57, T. 21.01.1982, , www.kazanci.com.tr. (Erişim tarihi: 20.03.2009)

sözleşmesinin kuruluş ve geçerliliğinin borçlar hukukuna ait bir konu olduğu tartışmasızdır³⁷⁸.

İç tahkim Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun 516 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Tahkim sözleşmesinde, hangi uyuşmazlık için tahkime gidileceğinin açıkça belirtilmesi gerekir. Ana sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğine ilişkin hükümler geçersizdir³⁷⁹.

Tahkim sözleşmesi bağımsız bir sözleşme biçiminde düzenlenebileceği gibi, esas sözleşmenin bir şartı da olabilir³⁸⁰. Esas sözleşme içerisinde yer alan bu şarta tahkim şartı adı verilir (HUMK m. 516).

Tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekliliği HUMK 517. Maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu şekil, adi yazılı şekil şartıdır. HUMK nun 519. Maddesinde, tahkim yoluna ilişkin uyuşmazlıkların mahkemece basit yargılama usûlüne göre çözümleneceğini hükme bağlanmıştır³⁸¹.

Uluslararası tahkim ise, Türk Hukukunda farklı düzenlemelerle ele alınmıştır. Tahkime ilişkin mevzuatın başında elbette 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu yer almaktadır. Temel düzenlemeler niteliğindeki bu kanunun kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Bunun yanında, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, tahkime uygulanacak düzenlemeler olarak sayılabilir³⁸².

Anılan kanunlar yanında bazı uluslararası sözleşmelerle de tahkime ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan en önemlileri yabancı hakem kararlarının

³⁷⁸ DAYINLARLI, Tahkim, s. 16, PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 676.

³⁷⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 676.

³⁸⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 675, DAYINLARLI, Tahkim, s. 21, bu ayrı sözleşmenin adı tahkimname olup, HUMK 516. Maddesinde düzenlenmiştir.

³⁸¹ Mahkeme incelemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/YILDIRIM, s. 616 vd.

³⁸² AKINCI, Tahkim, s. 33 vd. Tahkime ilişkin açıklamalarımızın başında da değindiğimiz üzere, HUMK ta esasen düzenlenen iç tahkimdir. MTK m. 17 uyarınca da, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, HUMK hükümlerini uygulamak mümkün değildir. Ancak, tahkim hükümleri uygulama alanı bulabilir, bkz. AKINCI, Tahkim, s. 37.

tenfizini düzenleyen 1958 tarihli New York Sözleşmesi³⁸³, New York Sözleşmesine nazaran daha az ülkenin taraf olduğu 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Anlaşması³⁸⁴ ve ICSID (Washington) Sözleşmesidir^{385, 386}.

2. Taşıma Sözleşmelerinde Tahkim Kaydı

Taşıma sözleşmeleri özel hukuka ilişkin ve tarafların iradesine bağlı sözleşmelerdir. Dolayısıyla taşıma sözleşmesine tahkim şartı koyulması veya o taşıma sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidileceğinin kararlaştırılması mümkündür.

Taşıma sözleşmeleri uluslararası nitelikte de olabileceğinden, hangi taşıma sözleşmesine hangi tahkim yolunun uygulanacağı önem taşımaktadır. Türk Ticaret Kanunu'na tabi taşımalarda, akdedilen sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğine ilişkin bir tahkim kaydının eklenmesi mümkündür. Uyuşmazlık durumunda taraflardan biri tahkim kaydına rağmen, mahkemeye başvurursa, karşı taraf esasa cevap süresi içerisinde tahkim kaydını ileri sürerek davanın reddini talep etmelidir³⁸⁷. Taraflar, HUMK'nda düzenlenen tahkim usûlünün geçerli olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, kendi iradeleri doğrultusunda da bazı düzenlemeler yapabilirler. Hakemlerin seçimi ve yargılama usûlü (dilekçe teatisi, delillerin ibrazı vb.) taraflarca kanundan farklı biçimde belirlenebilir³⁸⁸.

³⁸³ Kabul Tarihi: 08.05.1991, Kanun No: 3731, Kanunun Yayınlandığı RG: 21.05.1991-20877, Sözleşmenin Yayınlandığı RG: 25.09.1991-21002.

³⁸⁴ AKINCI, Tahkim, s. 39, “Avrupa Sözleşmesi daha ziyade tahkim anlaşmasının icra edilmesini, yani taraf devlet mahkemelerinin tahkim anlaşması bulunması durumunda, uyuşmazlığın çözümünde mahkemelerin yetkili olmadığını ve hakem kararlarının ancak sözleşmede sayılan durumlarda iptal edilebileceğini kabul ettikleri bir anlaşmadır.”.

³⁸⁵ Sözleşmenin tam adı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon'dur. Bu Konvansiyon ile, merkezi Washington'da bulunan bir merkez oluşturularak, Konvansiyon hükümleri çerçevesinde taraf devletler ve diğer taraf devletlerin vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların tahkim ve arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi amaçlanmıştır, AKINCI, Tahkim, s. 41. Kabul Tarihi: 27.05.1988, Kanun No: 3460, Kanunun Yayınlandığı RG: 02.06.1988-19830, Sözleşmenin Yayınlandığı RG: 06.12.1988-20011.

³⁸⁶ BİRSEL, Mahmut T., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl I S. 1, 1980, s. 105.

³⁸⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 677.

³⁸⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 680 vd. Ancak kanunda kamu düzenine ilişkin olarak yapılmış düzenlemelerin aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkün değildir.

Uluslararası nitelikli taşıma sözleşmelerinde yer alacak tahkim kayıtları ise farklılık arzedeabilmektedir. CMR'ye tabi taşımalar için, CMR m. 33'te bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *"Taşıma sözleşmesi hakem mahkemesine yetki veren bir şartı içerebilir; şu kadar ki, bu tahkim şartı hakem heyetince işbu anlaşmanın uygulanması zorunluluğunu da içermelidir."* Madde metninden de anlaşılacağı üzere, CMR'ye tabi taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümüne Konvansiyon cevaz vermektedir. Ancak, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin, hakem heyetinin CMR hükümlerini uygulayacağına ilişkin bir madde içermesi gerekmektedir. Taraflarca bir tahkim şartının sözleşmeye eklenmesi ve fakat uygulanacak hukukun CMR olarak tespit edilmemesi durumu karşılaşılabilmektedir. CMR m. 41³⁸⁹ ışığı altında, CMR hükümlerinin uygulanmasını öngörmeyen bir tahkim şartının geçerli olmadığını söylemek mümkündür³⁹⁰.

Tarafların, CMR'de aranan içeriğe sahip bir tahkim sözleşmesi yapmış olmalarına karşın³⁹¹, hakemlerin uyuşmazlığın esasına CMR'yi uygulamadıkları durumlarda, hakemlerce verilmiş olan kararın tenfizine ilişkin bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Şöyle ki; taraflar aslen geçerli bir tahkim şartını taşıma sözleşmelerine eklemişler (veya geçerli bir tahkim sözleşmesi akdetmişler) ve fakat hakemler tahkim şartındaki hükmü gözardı ederek, CMR hükümlerini uyuşmazlığa

³⁸⁹ CMR m. 41: *"Madde 40 hükümleri saklı kalmak koşuluyla bu Sözleşmenin hükümlerini doğrudan doğruya veya dolayısıyla ihlal eden her türlü koşul hükümsüzdür. Böyle bir koşulun hükümsüzlüğü, mukavelelerin diğer hükümlerinin hükümsüzlüğünü gerektirmez."*

³⁹⁰ AKINCI, s. 197.

³⁹¹ AKINCI, bu duruma, tarafların CMR'ye tabi bir ülke hukukunu esas uygulanacak hukuk olarak belirledikleri ihtimalini de katmıştır; *"Burada ortaya çıkan ilginç bir başka durum, tarafların uyuşmazlığa CMR'nin uygulanacağını kararlaştırmamakla birlikte, esasa uygulanacak hukuk olarak CMR'ye taraf olan bir ülkenin hukukunu seçmeleri veya tahkim yeri olarak CMR'ye taraf bir ülkeyi seçmeleridir. Bu durumda, tarafların CMR'nin 33. Maddesinde öngörülen ve sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasını gerektiren maddesine aykırı davrandığını ileri sürmek mümkün değildir. Zira bu durumda da CMR'nin hükümlerinin uygulanması gerekecektir ve bu sebeple tahkim sözleşmesinin CMR'nin 33. Maddesi uyarınca geçersiz olduğunu ileri sürmek mümkün olamaz. ...Böyle bir durumda hakemler CMR'nin hükümlerini değil de söz konusu ülke hukukunun kara taşımacılığına ilişkin milli hukukunu uygulamış olsalar dahi, CMR'nin 33. Maddesi uyarınca tahkim şartının geçersizliği ileri sürülemeyecektir."*, AKINCI, s. 198. Kanaatimizce, CMR m. 33 ün açık ifadesi karşısında bu görüşe katılmak olanaksızdır. Zira madde metninde de açıkça anlaşılacağı üzere, tahkim şartında yoruma imkan bırakmaksızın ve açıkça CMR'nin uygulanacağını yer alması gerekmektedir. Tahkim yeri, esasa uygulanacak hukuk açısından önem taşımamalı, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde açıkça esasa CMR'nin uygulanacağı yer almalıdır. Aksi tahkim şartı veya sözleşmelerinin geçersiz olacağı kanaatindeyiz.

uygulamamış olabilirler. Bu durum, tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez, zira CMR’de öngörülen usûle uygun bir tahkim şartı veya sözleşmesi bulunmaktadır. Ancak, taraf iradelerini gözardı ederek karar veren hakemlerin yetkilerini aşarak karar verdikleri söylenebilir. Bu durumun, Türkiye’de tenfiz istenen bir hakem kararı için, hem MÖHUK m. 62 hem de New York Sözleşmesinin V/1 c hükmü bakımından tenfiz talebinin reddini gerektiren bir durum olduğunu söylemek mümkündür³⁹².

3. Delil Sözleşmesi Kaydı

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nuzun 287/I maddesi uyarınca, “*Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emreylediği hususlar başka suretle ispat olunamaz.*”. Ancak maddenin devamında tarafların belli vakıaları belli delillerle ispatlamayı kararlaştırdıkları durumlarda, artık başka bir delilin kullanılamayacağı hususu da hükme bağlanmıştır. Yine benzer biçimde HUMK 289. Maddede, senetle ispatı gereken hususlarda, tarafların anlaşmaları halinde tanık dinletilebileceği de düzenlenmiştir. Bu iki hüküm, delil sözleşmelerinin temelini teşkil eden kanuni düzenlemelerdir³⁹³. Buna göre delil sözleşmesini, belli bir vakıanın belli bir delil veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki delillerle de ispat edilebileceğine ilişkin sözleşme olarak tanımlamak mümkündür³⁹⁴.

Delil sözleşmeleri, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Münhasır delil sözleşmeleri, tarafların belli bir uyumsuzluk veya işlem için sadece belli delil veya delillerle ispatlanabileceğine ilişkin delil sözleşmeleridir³⁹⁵ (HUMK m. 287). Bu tip delil sözleşmelerine göre, sözleşmede

³⁹² AKINCI, s. 198.

³⁹³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 430-431, YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 255-256, ÜSTÜNDAĞ, s. 652, yazar, ispat sözleşmelerini üçe ayırmaktadır: delil anlaşmaları, ikrar anlaşmaları ve ispat yükü anlaşmaları. Delil sözleşmesinin türlerine aşağıda değinilecektir.

³⁹⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 431, YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 255, BELGESAY, İspat Teorisi, s. 65, TÜZEL, Sadık, Beyyineye Muteallik Mukaveleler, Adliye Ceridesi, S. 10, 1938, s. 1602, BİLGE/ÖNEN, S. 495. Doktrinde yapılan tanımın, HMKT ile uyumlu olduğu gözlemlenebilir.

³⁹⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 432, KONURALP, s. 62, SONER, Lütfü Fikri; Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, ABD, S. 5, 1975, s. s. 658, YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 255-256, yazar bu tip sözleşmelerin delillerin değerlendirilmesini, yani HUMK 240. Maddesinin uygulama alanı bulmasını engellediğini ifade etmektedir.

belirlenen uyumsuzluk konusu husus, ancak yine sözleşmede caiz olduğu belirtilen delillerle ispat edilebilir, başka bir delil kullanılamaz³⁹⁶. HUMK 287. Maddesinden de anlaşılacağı üzere, hukukumuzda delil sözleşmesinin tanımı daha ziyade, münhasır delil sözleşmesinden hareketle yapılmaktadır³⁹⁷. Münhasır delil sözleşmesinde aslında senetle ispat edilmesi gereken bir hukuki işlemin, tanıkla ispat edilebileceği veya tanıkla ispat edilebilecek bir vakıanın sadece senetle ispat edilebileceği kararlaştırılabilir³⁹⁸. Münhasır delil sözleşmelerinde bir tek delil türü kararlaştırılabileceği gibi, belirli olmak kaydıyla birden fazla delil türü de belirlenebilir³⁹⁹. Münhasır delil sözleşmesinin tipik örneğinin hakem-bilirkişi sözleşmeleri olduğu söylenebilir⁴⁰⁰.

Münhasır delil sözleşmesinin ispat faaliyetinde kullanılacak delillerin daraltılması sonucunu doğurduğu yönünde görüşler mevcuttur⁴⁰¹. Yıldırım, Alman doktrininde bu tür delil sözleşmelerinin kabul görmediğinden bahisle, delil sözleşmelerinin delillerin değerlendirilmesi imkanını ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakılarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁰².

Tarafların, aralarında çıkacak uyumsuzluklarda belirli bir vakıa veya hukuki işlemin ispatında kanunun caiz kıldığı deliller yanında kendi kararlaştıracakları deliller ile de ispatın mümkün olacağına ilişkin yaptıkları sözleşmeye, münhasır olmayan delil sözleşmesi denir⁴⁰³ (HUMK m. 289). Bu anlamda, münhasır olmayan delil sözleşmesinin taraflara dayanacakları deliller konusunda seçimlik bir hak

³⁹⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 432, ŞENGEL, Berkant, Delil Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, C. 24, S. 3, Temmuz 1998, s. 279.

³⁹⁷ ŞENGEL, s. 280.

³⁹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 432, BELGESAY, İspat Teorisi, s. 65.

³⁹⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 432.

⁴⁰⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 433. Hakem-Bilirkişi sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 261.

⁴⁰¹ ŞENGEL, s. 280.

⁴⁰² YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 280.

⁴⁰³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 433, KONURALP, s. 62, YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 256, ŞENGEL, s. 279.

tanıldığı sonucuna ulaşılabilir⁴⁰⁴. Böylece münhasır olmayan delil sözleşmesi ile, ispatı gereken hukuki vakıanın veya hukuki işlemin ispat vasıtaları genişletilir⁴⁰⁵.

Taşıma sözleşmesine ilişkin en önemli ispat aracı, ulusal taşımalarda taşıma senedi, uluslararası taşımalarda ise CMR taşıma senedir. Taşıma senedi (veya CMR taşıma senedi) taşıma sözleşmesinin kurulduğu, tarafları ve tarafların sorumluluklarına ilişkin ispat gücüne sahiptir. Bu noktada, taşıma sözleşmesinin taraflarının, taşıma sözleşmesine bir ek madde olarak veya ayrıca bir sözleşme ile uyuşmazlık halinde kullanılacak delilleri belirleyebilmelerinin mümkün olup olmadığı önem taşımaktadır.

a. Türk Ticaret Kanununa Tabi Taşımalarda Delil Sözleşmesi Kaydı

Taşıma senedinin varlığı bir geçerlilik şartı değildir, taşıma senedi tarafların sorumlulukları veya sözleşmenin şartları açısından bir ispat vesikası görevi görür⁴⁰⁶. Bununla birlikte, kanunda belirtilen kayıtları içermesi halinde taşıma senedi kıymetli evrak niteliğinde olur. Taşıma senedinin anılan ispat fonksiyonu elbette düzenlenmesi halinde bulur, zira taşıma senedi düzenlenmesi bir zorunluluk değildir. Bu yönüyle, taşıma senedi, taşıma sözleşmesine geçerlilik kazandırmaz ancak, düzenlenmesi halinde taşıma senedi, sözleşmenin kurulduğuna, taraflarına ve tarafların sorumluluklarına ilişkin çok güçlü bir delil teşkil eder. Tarafların, taşıma senedi dışında veya taşıma senedi yanında bir başka delille de bu hususları ispatlama konusunda anlaşma yapmaları mümkün müdür? Bu sorunun cevabını, kanunun düzenlenmesini zorunlu kıldığı ve zorunlu kılmadığı belgeler açısından farklı farklı incelemek gerekir.

TTK m. 768 de, taşıyıcının talebi halinde gönderenin taşıma senedi düzenlemeye zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, taşıyıcı talep ettiği halde gönderenin taşıma senedini düzenlememesi, kanunun emredici hükmüne aykırılık teşkil eder. Taşıyıcının talebi üzerine, gönderenin taşıma senedi düzenlediği

⁴⁰⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 433.

⁴⁰⁵ ŞENGEL, s.279. Bu tip delil sözleşmelerine en tipik örnek, uyuşmazlığın tanıkla da ispat edilebileceğine ilişkin münhasır olmayan delil sözleşmesidir. Yazar bu tip delil sözleşmelerinin, kanuni delil sisteminin sakıncaları gidermesi açısından faydalı olduğu görüşündedir.

⁴⁰⁶ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2248, CMR ile ilgili aynı yönde tespit için bkz. AYDIN, s. 8-9.

durumlarda, taşıma senedi, uyumsuzluğa ilişkin birinci ve en önemli delildir. TTK m. 4 te bu kanundan doğan uyumsuzlukların ticari dava sayılacağı belirtildikten sonra, deliller ve ikamesine Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün yaptığı atıfla, taşıma sözleşmesinin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun senetle ispata ilişkin 287 ve devamındaki maddelere tabi olacağı şüphesizdir. Dolayısıyla, taşıma senedinin düzenlendiği durumlarda, öncelikle dikkate alınacak delil budur. Tarafların, taşıma senedi yanında başka delillerle de taşıma sözleşmesinin varlığının ispat edilebileceği yönünde delil sözleşmeleri akdetmeleri veya halihazırdaki taşıma sözleşmesine bir madde eklemeleri de mümkündür. Kanaatimizce, taşıma senedinin düzenlendiği durumlarda münhasır delil sözleşmesi akdetmek ispatı güçleştirici niteliktedir⁴⁰⁷. Zira, talep halinde taşıma senedinin düzenlenmesi gerektiği kanunun emredici hükmü olup, taşıma senedi içerdiği kayıtlar itibarıyla tarafları bağlayıcıdır. Bununla birlikte, taşıma senedi, kanunda aranan tüm kayıtları içermiyor olsa da yine de bir ispat senedi veya ilmuhaber olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla, tarafların elinde böylesine güçlü bir ispat aracı varken, bu aracı yok sayarak taşıma sözleşmesinin başka delillerle ispatlanmasına çalışılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Uygulamada taşıyıcının matbu bir taşıma sözleşmesi düzenlediği ve bunu gönderene imzalattığı görülmektedir. Gönderenin bu sözleşmeyi taşıyıcı ile müzakere etme şansı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tip sözleşmelerde bulunan delil sözleşmesi kayıtlarını genel işlem şartları⁴⁰⁸ içerisinde değerlendirmek mümkündür. Yani bu tip (taşıyıcı tarafından düzenlenen) taşıma sözleşmelerinde gönderenin savunma hakkını kısıtlayıcı delil sınırlamaları bulunuyorsa, bu kayıtların dava ve savunma hakkının kullanılmasını esaslı olarak sınırlanıp sınırlanmadığını değerlendirmek, sınırladığı

⁴⁰⁷ YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 255-256; "delil sözleşmesi, muayyen veya yalnız bir delil türü ile ispatı mümkün kılan münhasır delil sözleşmesi ki, bu delillerin değerlendirilmesini engeller...".

⁴⁰⁸ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 20. Maddesinde genel işlem şartları şu şekilde tanımlanmıştır: "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." HAVUTÇU ise Genel İşlem Şartlarını şu şekilde tanımlamaktadır: "...Genel işlem şartları vasıtasıyla müteşebbis, asli noktalar dışında kalan ifanın tarzı, unsurları, ifa etmemenin sonuçları, yetkili vb. gibi çeşitli yan noktaları, önceden kendi çıkarları doğrultusunda standart biçimde düzenleyerek, yan noktalar konusunda sözleşmede bir boşluk doğmasını, düzenleyici kuralların sözleşmeye uygulanmasını önlemektedir. Böylece, yasa koyucunun her iki tarafın çıkarlarını da objektif açıdan hakkaniyete uygun biçimde gözettiği düzenleyici kurallar tek taraflı olarak müteşebbis lehine saf dışı bırakılmaktadır...", HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerim Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 4-5.

ölçüde de delil sözleşmesini geçersiz saymak gerekir⁴⁰⁹. Taşıma senedinin varlığı durumunda, başka diğer delillerle de (tanık gibi) ispatın mümkün kılındığı münhasır olmayan delil sözleşmesi yapılması mümkün olmalıdır. Böylece taraflara bir ispat kolaylığı sağlanacaktır.

Taşıma senedinin düzenlenmediği durumlarda ise, taşıma sözleşmesinin varlığını, taraflarını ve tarafların sorumluluklarını belirlemek için, taşımaya ilişkin başkaca belgelere dayanmak gerekebilir; gümrük belgeleri, teslim ilmuhaberi, taşıyıcı tarafından tanzim edilen ve taşıma hizmeti bedelinin karşılığı fatura vb... İşte bu durumda münhasır delil sözleşmesi yapılması, yani sadece bir tür delille ispat şartının getirilmesinin, delil sözleşmesinin amacına daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira burada, taşıma sözleşmesine ilişkin taşıma senedi gibi belirli ve güçlü bir delil bulunmamaktadır. Taraflar, taşıma sözleşmesine ilişkin ispat sorunlarında teslim ilmuhaberinin, gümrük belgelerinin veya taşıma işine ilişkin diğer başka evraklarının⁴¹⁰ delil olarak kullanılabileceği veya sadece tanık deliline dayanacaklarını kararlaştırabilirler. Farklı bir deyişle tarafların münhasır veya münhasır olmayan delil sözleşmeleri yapmaları mümkündür.

b. CMR'ye Tabi Taşımalarda Delil Sözleşmesi Kaydı

CMR taşıma senedinin kıymetli evrak fonsiyonun bulunmadığından yukarıda bahsetmiştik⁴¹¹. CMR m. 4 uyarınca taşıma senedinin bulunmaması, taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliliğini etkilemez. Dolayısıyla denilebilir ki, taşıma senedi, taşıma sözleşmesi şekil şartına tabi değildir. Yani taşıma sözleşmesinin varlığı için taşıma senedinin düzenlenmesi zorunluluğu yoktur. Taşıma senedi,

⁴⁰⁹ KONURALP, s. 64-65.

⁴¹⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, verdiği bir kararda mahkeme önünde itiraz görmeyen delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak şu şekilde bir karar vermiştir: "...bugünkü modern iletişim sistemi gereği ticari hayatta teleksin çok sık kullanılan bir yol olması ve taraflarca itiraza uğramaması halinde teleks yazışmalarının da delil niteliğinde kabul edilmesi gerekir...Bu itibarla mahkemece, itiraza uğramayan teleks yazışmaları, varsa tarafların sair delilleri toplanarak evvelemirde taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin şartlarının tespit edilmesi, ondan sonra iddia ve savunma bakımından gerekli inceleme yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken davacının iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 11. HD E. 86/3605, K.86/4337, 10.07.1986, www.kazanci.com.tr. (Erişim tarihi: 20.03.2009)

⁴¹¹ Bkz. yukarıda s. 56 vd.

taşıma sözleşmesinin varlığını ispata yarayan bir araç olup⁴¹², esas olarak taşıyıcının sorumluluğunun tespitine yarar⁴¹³.

Taşıma senedinin düzenlenmiş olup olmamasına göre, delil sözleşmesi farklılık arz edebilir. Ancak, taşıma senedinin düzenlenmemiş olması nedeniyle, sözleşmenin akdedildiğini veya sözleşmedeki bir diğer hususu ileri süren taraf, başka delillere dayanarak ispat faaliyetine girişebilir⁴¹⁴. Burada sorulması gereken soru, taşıma senedi dışındaki diğer delillerin delil sözleşmesine konu olup olamayacağıdır.

CMR taşıma senedinin düzenlendiği durumlarda, tarafların dayanabilecekleri çok güçlü ve belirli bir senet delili varken, münhasıran bir başka belgeye bu gücü yüklemeleri delil sözleşmesinin amacına aykırı olacaktır. Bu durumda CMR taşıma senedi yanında, başka delilleri de kapsayan münhasır olmayan delil sözleşmeleri yapılabilir.

Ancak CMR taşıma senedinin düzenlenmediği durumlarda, tarafların taşıma işi ile ilgili başkaca senetlere ilişkin olarak münhasır delil sözleşmesi yapmaları mümkün olmalıdır.

III. TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANABİLECEK UYUŞMAZLIKLAR

Çalışmamızın bu bölümünde, Türk Ticaret Kanunu ve CMR’de düzenlenen hasar ve ziya hallerine ilişkin ispat sorunları üzerinde duracağız.

A. Taşıyıcının Eşyayı Koruma Borcundan (Hasar/ziyaa) Kaynaklanan Sorumluluğu

Taşıma sözleşmesinin ana edimlerinin gönderen açısından ücret, taşıyıcı açısından ise taşıma işinin üstlenilmesi olduğuna yukarıda değinmiştik. Taşıyıcı açısından taşıma işinin üstlenilmesi sırasında eşyayı koruma borcu, eşyayı belirli sürede taşıma borcu, gönderen veya gönderilenin talimatlarına uyma, eşyanın

⁴¹² CLARKE, s. 33, YEŞİLOVA, s. 242.

⁴¹³ YEŞİLOVA, s. 242.

⁴¹⁴ YEŞİLOVA, s.242.

taşınmasını ve gönderilene teslimini engelleyen olayları bildirme, gönderenin ve kendisinden önceki taşıyıcıların alacağını tahsil etme ile sözleşmeden ve dürüstlük kuralından doğan borçlar mevcuttur.

Türk Ticaret Kanunu'nda taşıyıcının eşyaya gelen hasar ve ziyaa kaynaklanan sorumluluğu ile, belirlenen taşıma süresinde eşyayı gönderilene teslim etmemesinden doğan sorumluluğu farklı ilkelere dayanmaktadır. Buna bağlı olarak da, taşıyıcının sorumluluktan kurtulma nedenleri, Türk Ticaret Kanunu'nda farklı maddelerde düzenlenmiştir⁴¹⁵.

Taşıyıcının eşyayı koruma borcunu yerine getirmemesi neticesinde, taşınan eşyanın hasar veya ziyaa uğraması muhtemeldir. Taşıma sırasında, eşya taşıyıcının hakimiyeti ve koruması altında bulunur. Farklı bir ifade ile, taşıyıcının asli edimi, taşıma süresi içerisinde eşyayı bir yerden başka bir yere taşımının yanında, hakimiyeti altındaki eşyayı koruma ve gözetmektir⁴¹⁶. Taşıyıcı bu edimini yerine getirmemezse, doğan zarardan da sorumlu tutulur. Türk Ticaret Kanunun 781. Maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Buna göre, *"Taşıyıcı eşyanın kendisine teslim edildiği tarihten gönderilene teslim olunduğu tarihe kadar geçen müddet içinde; uğradığı ziya ve hasardan mesuldür."* TTK m. 767/V'te ise taşıyıcının ağır kusuru ve hilesi halinde doğan zararın bir yıllık zamanaşımına tabi olmayacağı hükme bağlanmıştır⁴¹⁷.

Eşyayı koruma borcunun sonucu olarak, taşıyıcının sorumluluğuna neden olabilecek iki durum vardır. Eşya hasara uğrayabilir veya eşya ziya olabilir. Hasar, eşyada meydana gelebilecek ve eşyanın değerinin azalması sonucunu doğurabilecek her türlü maddi kötüleşmedir⁴¹⁸. Bu durumda eşya, gönderenden teslim alındığı

⁴¹⁵ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 108.

⁴¹⁶ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 47, KENDİGELEN, Abuzer, Hukuki Mütalaalar, C.I, Taşıma ve Sigorta Hukuku, İstanbul 2001, s. 37.

⁴¹⁷ SEVEN, Vural; Taşıma Hukukunda Taşıyıcının Kusur Derecesine Bağlanan Sonuçlardan Kaynaklanan İspat Sorunları, Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S.1, 2005, s. 52, taşıyıcının ağır kusuruna bağlanan sonuçların elde edilebilmesi için, herşeyden önce bunun iddia edilmesi gerekir, s. 70.

⁴¹⁸ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 51, AYDIN, s. 54, ZEYNELOĞLU, Ahmet, Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara, 1980, *"(Hasar) Eşyanın vasfı dolayısıyla değerinde aleyhte bir değişikliğin taşıma sırasında ve taşıma nedeniyle husûle gelmesidir."* Tasarının 875. Maddesi gerekçesinde hasar

biçimde gönderilene teslim edilememektedir. Eşyanın paslanması, donması, ıslanması veya kirlenmesi eşyanın hasara uğraması sonucunu doğurabilir⁴¹⁹. Bu anlamda, eşyada meydana gelebilecek geçici bir kötüleşme, sürekli bir değer kaybına neden oluyorsa, hasardan bahsetmek mümkündür⁴²⁰.

Eşyanın ziya uğraması ise, eşyanın gönderilene teslim edilemeyecek durumda olmasını ifade eder. Eşya, fiili bir imkansızlık nedeni ile olabileceği gibi, hukuki bir imkansızlık nedeni ile de gönderilene teslim edilemeyebilir⁴²¹. Eşyanın tüm değerini kaybedecek biçimde hasar uğraması da ziya olarak değerlendirilebilir. Örneğin cam yükün tamamen kırılması örneği gibi. Eşyanın tahsis amacına uygun biçimde kullanılmasının imkansızlaştığı durumlarda, ziyanın varlığından söz edilebilir⁴²². Ziya tamamen olabileceği gibi, kısmı de olabilir. Kısmı ziya halinde taşınan eşyanın sadece bir kısmı gönderilene teslim edilebilir⁴²³.

Türk Ticaret Kanunu 781. Maddesinde de belirtildiği üzere, taşıyıcının eşyayı koruma borcunu ihlali taşıma süresi içerisinde olmalıdır.

Taşıyıcının sorumluluğunun hukuki niteliğini TTK m. 781/II yi inceleyerek bulmak mümkündür. Taşıyıcı, taşıma süresi içerisinde gerçekleşen hasar ve ziyanın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur⁴²⁴. Farklı

ve ziyaanın tanımı yapılmıştır: *“Ziya eşyanın yitmiş, yok olmuş olması halini ifade eder. Hasar ise eşyanın varlığını korumakla beraber zarara uğramasıdır.”*

⁴¹⁹ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 51.

⁴²⁰ AYDIN, s. 54, eşyanın bir kısmının da hasara uğraması mümkündür. Burada artık kısmi hasardan bahsedilir. CMR’ye tabi taşımalarda kısmi hasarda hükmedilecek tazminat CMR m. 25/II’ye göre belirlenir.

⁴²¹ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 47.

⁴²² ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 50.

⁴²³ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 50. AYDIN ise, tam ziyaa halini, gönderilene eşyanın hiçbir parçasının teslim edilememiş olması haline hasretmektedir. Yazara göre, yukarıda verilen cam örneğinde, tam hasardan, farklı bir ifade ile, eşyanın tamamında vuku bulan hasardan bahsetmek mümkündür, AYDIN, s. 53, SEVEN, Vural; Dış Ticarete Vesaik Mukabili Ödemeli Satışların CMR Kapsamındaki Taşıma Sözleşmelerine Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2006, Yıl 4, S. 38, s. 453, (Vesaik Mukabili), eksik (veya eşyanın hiç teslim edilememesi) teslim alınan eşyanın hak sahibi olmayan bir üçüncü kişinin eline geçmesinden de kaynaklanabilir, s. 454.

⁴²⁴ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 60, AYDIN, s. 31, DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2276, yazar gecikmeden kaynaklanan sorumluluğun da kusur sorumluluğu olduğunu belirtmiştir. Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere, TTK ‘nda gecikmeden ve hasar/ziyaadan kaynaklanan sorumluluk farklı maddelerde düzenlenmiştir. Bu hususa aşağıda değineceğiz.

bir ifade ile, taşıyıcının sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur⁴²⁵. BK. M. 96'ya paralel olarak taşıyıcının kusurlu olduğu kabul edilir. Taşıma sözleşmesi ilişkisine aykırı hareket eden taşıyıcı, kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁴²⁶.

TTK m. 781/II de taşıyıcının sorumluluktan kurtulma imkanları sayılmıştır. Buna göre, taşıyıcı, aşağıdaki üç halden birinin varlığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur:

- Kusur sorumluluğunun bir sonucu olarak hasar/ziyanın kendi kusurundan doğmayan bir sebepten kaynaklanması,
- Taşınan eşyada zaten varolan eksik ve ayıplardan ya da eşyanın niteliği ve ambalajının kötü yapılmış olmasından kaynaklanması,
- Hasar/ziyanın, gönderen veya gönderilenin kendi fiil ve hareketlerinden veya verdikleri emir ve talimatın yerine getirilmesinden kaynaklanması⁴²⁷.

TTK 20. Maddesinde yer alan objektif kriterin ışığında, tacir sayılan taşıyıcının, basiretli bir taşıyıcıdan beklenen özeni göstermemesi de TTK m. 781 anlamında kusurlu sayılması sonucunu doğuracaktır⁴²⁸.

Tasarıda ise, taşıyıcının sorumluluğu genel olarak 875. Maddede , sorumluluktan kurtulma halleri ise, 876. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 875. Maddenin ilk iki fıkrasında hasar ve ziyaa halinden, üçüncü fıkrasında ise gecikmeden kaynaklanan sorumluluk düzenlenmiştir. 876. Maddede, ziya, hasar ve gecikmenin “taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden” meydana gelmesi durumunda, taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağı hükme bağlanmıştır.

⁴²⁵ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 60, AYDIN, s. 31, ZEYNELOĞLU, s. 192, KÜÇÜKALİ, Canan, Taşıyıcının Hasar ve Ziya Halinde Sorumluluktan Kurtulması, İBD, Cilt 81, S. 4, Yıl 2007, s. 1556, “BK 96. maddesi hükmünün aksine TTK’nın 781. maddesine göre zarara yol açan olay saptanamıyorsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulamaz. BK 96. maddesine göre borçlu yalnızca gerekli tüm tedbirleri aldığı ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.”.

⁴²⁶ İMRE, Zahir, Hukuki Mesuliyet Esası Üzerine Bazı Düşünceler, Atatürk’e Armağan, C. XLV-XLVII, S. 1-4. İstanbul, 1982, s. 404.

⁴²⁷ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2280-2281, KÜÇÜKALİ, s. 1555.

⁴²⁸ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 60, KÜÇÜKALİ, s. 1556.

B. Taşıyıcının Gecikmeden Kaynaklanan Sorumluluğu

Taşımanın hangi süre içerisinde tamamlanması gerektiği TTK m. 779 da hükme bağlanmıştır. Buna göre: “*Yükün, mukavele veya ticari teamül ile belli olan ve bunların yokluğu halinde halin icabına göre münasip görülen bir müddet içinde taşınması lâzımdır.*”. Taşıma süresinin taşıma senedine işlenmesi gerekir⁴²⁹. Taşıma senedine, taşıma süresi işlenmemiş veya hiç taşıma senedi düzenlenmemiş olsa dahi, bu süre taraflar açısından bağlayıcıdır. Bu durumlarda, belli bir sürenin kararlaştırılmış olduğunu iddia eden taraf, bunu ispat yükünü de taşır⁴³⁰. Taşıma süresinin kararlaştırılmadığı durumlarda ise, ticari teamül veya “halin icabı” dikkate alınarak taşıma süresi tespit edilir.

Arkan’a göre, TTK m. 781’de düzenlenen ve taşıyıcının eşyanın kendisi tarafında teslim alındığı tarih ile gönderilene fiilen teslim edildiği tarih arasında doğan zararlardan (hasar veya ziya) sorumluluğu özel bir düzenlemedir. Yazara göre bu düzenleme sırasında hasar veya ziyanın taşıma süresi içerisinde mi yoksa gecikmeden mi doğduğu hususunda herhangi bir ayırım yapılmamıştır. TTK m. 779 yardımıyla belirlenecek süre içerisinde taşımanın tamamlanmamasından doğan zarar, gecikme nedeniyle eşyanın uğradığı zararın dışında kalan zarardır⁴³¹.

Taşıyıcının gecikmeden doğan sorumluluğu ise TTK m. 780’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*Taşıyıcı, gecikmenin, gönderen veya gönderilenlerin fiillerinden veya mücbir sebepten doğduğunu ispat ederse, bu gecikmeden mesul olmaz.*” Maddenin incelenmesinde, TTK m.781’e nazaran daha ağır bir sorumluluk prensibinin benimsendiğini görmek mümkündür⁴³². Taşıyıcı ancak iki koşulda gecikmeden kaynaklanan sorumluluğundan kurtulur. Taşıyıcı gecikmenin ya gönderen veya gönderilenin fiillerinden ya da mücbir sebepten kaynaklandığını ispat edecektir⁴³³.

⁴²⁹ Taşıma süresinin, taşıma senedinde yer almaması, taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğini kaybetmesine neden olur.

⁴³⁰ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 62.

⁴³¹ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 68.

⁴³² ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 68, DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2273.

⁴³³ KENDİGELEN, s. 297.

Taşıyıcı bu iki halin varlığını ispat edemedikçe, kusurlu olmadığını ileri sürse dahi sorumluluktan kurtulamaz. Bu noktada “mücbir sebep” ve “umulmayan hal” kavramları arasındaki ayrım önem kazanmaktadır. Madde metninde mücbir sebep kavramına değinilmişse de, umulmayan hal kapsam dışı bırakılmıştır. Dolayısıyla, hayatın olağan akışı içerisinde ortaya çıkması beklenebilecek tesadüfi olay sınırını belirgin biçimde aşan, harici nitelikli ve borçlunun elinden gelen tüm özeni göstermesine rağmen önüne geçemeyeceği olayların mücbir sebep olarak değerlendirilmesi gerekir⁴³⁴. Mücbir sebep kavramına örnek olarak fırtına, deprem gibi doğa olayları gösterilebilir.

TTK m. 781 ve TTK m. 780 arasındaki bu belirgin sorumluluk farkı, uygulamada değişik sonuçlara yol açabilir. Örneğin, taşıyıcı, hasar ve ziyaanın kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenden doğduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecek ancak, hasar ve ziyaa yol açan bu olayın mücbir sebep olarak değerlendirilmemesi (umulmayan hal olarak değerlendirilmesi) neticesinde gecikmeden dolayı sorumlu tutulabilecektir⁴³⁵.

Tasarıda ise, taşıyıcının gecikmeden doğan sorumluluğunun hasar ve ziyaa ile birlikte değerlendirildiğini ve hafifletildiğini söylemek mümkündür.

C. İspat Sorunu

TTK m. 781 de hasar veya ziyaa uğrama riskini objektif olarak arttıran nedenler düzenlenmemiş olup, buradan kanun koyucunun kayıp ve hasara neden olan olay için ispat yükü bakımından bir ayrım yapmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür⁴³⁶.

TTK m. 781 düzenlemesinden, taşıyıcının taşıma süresi içerisinde meydana gelen hasar ve ziyada kusurunun bulunduğu karine kabul edildiği anlaşılmaktadır⁴³⁷. Şöyle ki; madde metninde, taşıyıcının mutlak kusurlu olduğu,

⁴³⁴ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2273.

⁴³⁵ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 69, yazar bu hale örnek olarak, herhangi bir arızası bulunmayan kamyonun, yolculuk sırasında freninin patlaması örneğini vermiştir.

⁴³⁶ KÜÇÜKALİ, s. 1559, Bu eksikliğin nedeni kanaatimizce TTK m. 20'deki objektif düzenlemedir.

⁴³⁷ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 60, KENDİGELEN, s. 38.

ancak maddenin devamında sıralanan üç halden birinin varlığını ispat etmesi halinde, sorumluluktan kurtulabileceği anlaşılmaktadır⁴³⁸. Burada düzenlenen kanuni karinedir⁴³⁹. Karine temeli, taşıma işi sırasında hasar veya ziyaanın meydana gelmesi, karine sonucu ise, bu hasar ve ziyaanın taşıyıcının kusurlu davranışı neticesinde meydana geldiğidir. Taşıyıcı artık, hasar ve ziyaanın kendi kusuru neticesinde meydana geldiği yönündeki bu karineyi, yine madde metninde sayılan hallerden birinden kaynaklandığını ispatlayarak kurtulmaya çalışacaktır. Bu ispat faaliyeti sırasında, ispat yükü ile birlikte iddia yükü de taşıyıcıya yüklenmiştir.

Burada genel ispat yükü kurallarına istisna teşkil eden bir durum söz konusu değildir. Zira burada taşıyıcının girişeceği ispat faaliyeti “aksini ispat”tır. Aksini ispat aslında bağımsız bir asıl ispat faaliyetidir. Taşıyıcı, karineye dayanan gönderenin ispatlanmış sayılan iddiasının aksini ispata çalışır⁴⁴⁰. Şöyle ki, TTK m. 781’e dayanan gönderenin dayandığı vakıa, karine temeli olan, eşyanın taşıma sırasında hasar veya ziyaa uğradığıdır. Buna karşın taşıyıcı, bu temelden hareketle varılan karine sonucuna karşı farklı ve bağımsız vakıalar ileri sürerek, kusursuzluğunu yani, hasarın TTK m. 781/2 de sayılan durumlardan biri nedeniyle meydana geldiğini ispatlama faaliyetine girer. Buna karşılık gönderen de karine temeli olan eşyayı tam ve ayıpsız olarak taşıyıcıya teslim ettiğini fakat varma yerine eşyanın teslim ettiği şekilde ulaşmadığı ispat yükünü taşır⁴⁴¹. Yargıtay’ın da kararlarında, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmak amacıyla, 781. Maddede sayılan üç halden birini iddia ve ispat yükünü taşıdığı kanaatine ulaştığını görmek mümkündür⁴⁴². Taşıyıcı, kusursuzluğunu ispat ettikten sonra, gönderenin nasıl

⁴³⁸ DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Nakliyatı, AD, Yıl. 51, S. 9, Eylül 1960, s. 671. (Karada Eşya), ATABEK, Reşat, Kara Nakliyatında Taşıyıcının Mesuliyeti Hakkında Bazı Mülahazalar, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 27 Nisan-03 Mayıs 1959, İstanbul, s. 146. (Kara Nakliyatı)

⁴³⁹ DOĞANAY, İkinci Cilt, s. 2282,

⁴⁴⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, S. 414.

⁴⁴¹ DOĞANAY, Karada Eşya, s. 672, KÜÇÜKALİ, s. 1556.

⁴⁴² 11. HD. E. 1982/345, K. 1982/613: “...davalı taşıyıcının TTK.nun 781/2. maddesinde gösterilen kurtuluş beyyinesinden yararlanabilmesi için ziya ve hasarın bu fıkra 3 bent halinde sayılan hususlardan doğduğunu ileri sürüp, ispatlaması gerekir. Dava konusu olayda ise davalı taşıyıcı hasar ve ziyan fren patlaması sonucu teknik kusur oluştuğunu savunduğuna nazaran, bu yöndeki savunmasının ispat külfeti kendisine yükletilerek, bu konudaki delilleri toplanıp gerekirse bilirkişi kurulu aracılığı araştırıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir...”, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

hareket edeceği sorusu akla gelebilir. Yargıtay bir diğer kararında, gaspa uğrayan davalı/taşıyıcının bunu ispat ettikten sonra, davacı/gönderenin de bu vakıanın “aksini” ispat etmesi gerektiği sonucuna varmıştır: “...Davalı SÇ, nakliyat sigortası teminatı altına alınmış emtianın taşındığı aracın sürücüsüdür. Emtianın araç ile birlikte gasp edildiğini savunmuş olup, buna ilişkin karakol tutanakları getirtilmiş, davalıyı olaydan sonra bulan polisler tanık olarak dinlenmiştir. Bilirkişinin de isabetli olarak belirttiği üzere, davalının beyanı ve zabıta memurlarının bu durumu teyit eden mahkemede verilen ifadelerinden davalının bir gasp olayına maruz kaldığı anlaşılmaktadır. **Bu hususun aksini ispat etmesi gereken davacı vekilinin, gasp olayının gerçek bulunmadığı ve davalının gasp olayına karıştığına dair hiçbir delil göstermemiş bulunmasına göre davalının TTK’nın 781/1 maddesinden yararlanarak gasp nedeniyle zayi olan maldan sorumlu tutulmaması gerekmektedir...**”⁴⁴³. Kanaatimizce burada Yüksek Mahkeme terminolojik bir hataya düşmüştür. Karara konu olayda davacı gönderendir. Gönderen 781. Maddede düzenlenen karineden faydalanmışsa da, taşıyıcı aksi ispat faaliyeti ile kusursuzluğunu ispatlamıştır. Bu noktadan sonra gönderenin girişmesi gereken ispat faaliyeti karşı ispattır. Zira, hakimde artık taşıyıcının kusursuzluğuna ilişkin bir kanaat oluşmuştur. Gönderenin hakimde oluşan bu kanaati sarsması faaliyeti artık aksini ispat değil, karşı ispattır.

D. CMR Kapsamında Taşıyıcının Sorumluluğu ve İspat Yükü

1. Taşıyıcının Hasar/Ziyaa ve Gecikmeden Kaynaklanan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Taşıyıcının hasar/ziyaa ve gecikmeden kaynaklanan sorumluluğu CMR’ nin 17-29. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. CMR m. 17/I uyarınca taşıyıcı; “yükü teslim aldığı andan, teslim edinceye kadar, bunların kısmen veya tamamen kaybından ve doğacak hasardan sorumludur.”. Bu ifade Türk Ticaret Kanunu’nda benimsenen sorumluluk prensibini andırırmaktaysa da aslen durum böyle değildir. Taşıyıcının sorumluluğunun hukuki niteliğinin tespiti için yine CMR m. 17 de bahsi geçen “taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarına engel olmayacağı olay” kavramının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu ifadenin “mücbir sebep” kavramını

⁴⁴³ Yargıtay 11. HD, E. 2004/3278 K. 2004/12563, İBD, Cilt 80, S. 1, Yıl 2006. s. 293.

karşılamadığı, doktrinde kabul edilmektedir⁴⁴⁴. Türk Ticaret Kanunu’da benimsenen taşıyıcının kusursuzluğunu ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulması da CMR bakımından uygulama alanı bulmaz.

Doktrinde Türk Ticaret Kanunu ile benzer biçimde CMR’de de kusur sorumluluğu ilkesinin benimsendiğini savunan yazarlar mevcuttur⁴⁴⁵. Bu görüşün kabulü halinde, CMR’de bahsi geçen “*taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarına engel olmayacağı olay*” ile “*mücbir sebep*” kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı sonucuna ulaşmak gerekir ki, bu da CMR m. 17/III’de düzenlenen araç kusurlarının taşıyıcı için sorumluluktan kurtulma nedeni teşkil etmemesi durumunu anlamsız kılar⁴⁴⁶. Çoğunlukla kabul edildiği üzere, “*taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarına engel olmayacağı olay*”, “*mücbir sebep*”e oranla daha geniş bir kavramdır. Dolayısıyla TTK m. 781’de düzenlenen kusur sorumluluğuna nazaran, CMR m. 17’de benimsenen sorumluluk daha ağırdır⁴⁴⁷. Zira yukarıda örnekte de belirttiğimiz üzere, aracın freninin patlaması durumu mücbir sebep değil taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarına engel olamayacağı bir olaydır. Ancak aracın kusurundan kaynaklanan bu durum CMR anlamında bir sorumluluktan kurtulma nedeni de değildir.

Taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için, en üst düzeyde özeni göstermesi gerekir. Buradan hareketle denilebilir ki, CMR anlamında taşıyıcının sorumluluğu, özen borcu ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğudur. Yukarıda değinilen CMR m. 17/III ise bu sorumluluk prensibinin istisnasını teşkil eder⁴⁴⁸.

CMR m. 17’de sorumluluktan kurtulmaya ilişkin genel (m. 17/II) ve özel sebepler (CMR m. 17/IV) belirlenmiştir. “İspat yükü/Karineler” başlığını taşıyan 18. maddede de ispat yükünü kimin taşıdığı hususu düzenlenmiştir.

⁴⁴⁴ AYDIN, s. 32.

⁴⁴⁵ AKINCI, s. 87.

⁴⁴⁶ AYDIN, s. 32, ARKAN, TTK ile Karşılaştırmalı, s. 410.

⁴⁴⁷ ARKAN, TTK ile Karşılaştırmalı, s. 411.

⁴⁴⁸ AYDIN, s. 33, sorumluluk prensibine ilişkin tartışmalar için bkz. s. 29 vd.

Sorumluluktan kurtulmaya ilişkin m. 17/II şu şekildedir: “Ancak hasar, ziya ve ya gecikme hak sahibinin kusurundan, taşıyıcının verilmesine kusuruyla sebep olduğu talimatlar dışında hak sahibinin verdiği talimatlardan, eşyanın kendi kusurundan veya taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarına engel olamayacağı olaylardan kaynaklanmışsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulur.”⁴⁴⁹.

Sorumluluktan kurtulmaya ilişkin özel sebepler ise şu şekildedir (m. 17/4): “18. Maddenin 2 ila 5. Fıkra hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ziya veya hasar aşağıda belirtilen durumların bir veya daha fazlasının doğal sonucu olan özel tehlikelerden kaynaklanıyorsa, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur.

- a) Açıkça üzerinde mutabık kalınmış ve taşıma senedine kaydedilmişse, üzeri örtülmemiş açık taşıtlar kullanılması.
- b) Hiç ambalajlanmadığı veya uygun olmayan şekilde ambalajlandığında, doğal niteliği gereği fire veren veya hasara uğrayan eşyanın yetersiz veya bozuk şekilde ambalajlanmış olması,
- c) Eşyanın gönderen, gönderilen veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi, istiflenmesi veya boşaltılması,
- d) Özellikle kırılma, paslanma, çürüme, kuruma, normal fire veya güve ya da haşarat nedeniyle kısmen veya tamamen ziya veya hasara uğrayan belirli tür eşyanın doğal özelliği,
- e) Paketler üzerindeki işaret ya da sayıların yetersiz veya hatalı oluşu,
- f) Canlı hayvanların taşınması,”

Dikkat edilecek olursa, m. 18’in iki ve beşinci fıkralarının saklı kalması kaydıyla taşıyıcının m. 17/IV’teki özel sebeplerden faydalanması mümkün olur.

⁴⁴⁹ “...ayrıca 17/2 nci maddesi gereğince ziya ve hasarın taşıyıcının önlemesine olanak bulunmayan bir sebepten meydana geldiğini kanutlayamamış olmasına, taşımının bir bölümünün trenle yapılması gereği nazara alınarak TTK.nun 20 nci maddesi uyarınca bu kesitte hırsızlığı önleyici tüm önlemlerin alınmasının gerekmesine...göre davalılar vekillerinin yerinde görünmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.”, 11. HD, E. 2005/13534, K. 2007/492, T. 22.1.2007, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

CMR m. 27/I'de taşıma sözleşmesinin ihlali halinde faiz istenebileceği hükme bağlanmıştır. Niteliği itibariyle kanuni⁴⁵⁰ olan bu faiz yıllık yüzde beştir. Tarafların bu madde hükmüne aykırı biçimde farklı faiz oranı belirlemeleri mümkün değildir. Taraflarca yapılan böyle bir anlaşma CMR m. 41 hükmüne aykırılık teşkil eder⁴⁵¹.

2. Taşıyıcının Hasar/Ziyaa ve Gecikmeden Kaynaklanan Sorumluluğunda İspat Sorunu

CMR m. 18/I uyarınca, m. 17'deki genel kurtuluş kayıtlarından yararlanmak isteyen taşıyıcı, ispat yükünü de üzerine alır. Farklı bir ifade ile genel kurtuluş kayıtlarını ispat yükü taşıyıcıya aittir. Taşıyıcı 17/II maddesinde sayılan hallerden birinin varlığını ispatlayan taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilecektir⁴⁵². Buna karşın gönderen/gönderilen de hasar veya ziyaanın taşıyıcının sorumluluk süresi içerisinde gerçekleştiğini ispat etmelidir⁴⁵³.

Ancak taşıyıcının özel risklere dayanması durumunda ispat kuralları farklılık gösterebilir. Şöyle ki; CMR m. 18/II uyarınca: *“Taşıyıcı olayın özellikleri bakımından ziya veya hasarın 17. Maddenin 4. Fıkrasında belirtilen özel tehlikelerin bir veya daha fazlasından kaynaklanmış olabileceğini ortaya koyduğu takdirde zararın bu şekilde oluştuğu varsayılır. Ancak hak sahibi, ziya veya hasarın gerçekte tamamen veya kısmen bu tehlikelerden kaynaklanmadığını ispat etme hakkını haizdir.”*. Burada ispat yükü açısından ikili bir ayırım yapıldığı dikkati çekmektedir. Öncelikle taşıyıcının ispat faaliyetini kolaylaştırıcı bir karinenin varlığından söz etmek gerekir⁴⁵⁴. Taşıyıcı, hasar veya ziyaanın 17/IV. Maddede sayılan durumlardan birinden kaynaklanmış olabileceğini ispat ederse, hasar veya ziyaanın gerçekten de o nedenden kaynaklandığı kabul edilir⁴⁵⁵. Burada karine temeli 17/IV te sayılan

⁴⁵⁰ KARAN, Hakan, Yargıtay'ın CMR'nin 27/1. Maddesinde Öngörülen Faiz İle İlgili Yaklaşımının Eleştirisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVIII, s. 115.

⁴⁵¹ KARAN, s. 115.

⁴⁵² AKINCI, s. 120, ARKAN, TTK ile Karşılaştırmalı, s. 409.

⁴⁵³ ARKAN, TTK ile Karşılaştırmalı, s. 409.

⁴⁵⁴ Nitekim CMR fransızca metninde de açıkça “présomption (karine)” ifadesi kullanılmıştır.

⁴⁵⁵ Ancak MK m.2 gereğince, CMR m. 17/IV-c maddesince sorumluluktan kurtulmak isteyen taşıyıcının, taşınan eşyanın hasarlanabileceğini öngörmesi halinde, durumu gönderene bildirmesi gerekir: “...aynı

durumlardan birinin varlığını ve hasarın bundan kaynaklandığını genel olarak⁴⁵⁶ ispat, karine sonucu ise, hasar veya ziyaanın bu nedenden doğduğudur. Taşıyıcının hasara neden olan olayın CMR m. 17/IV'te sayılan durumlardan birinden kaynaklandığını tam olarak ispat etmesi gerekmez, bu noktada yaklaşık ispat yeterli sayılmalıdır. Farklı bir ifade ile taşıyıcının ayrıca hasar veya ziyaa ile olayın arasındaki illiyet bağıını ispat etmesine gerek yoktur⁴⁵⁷. Bir örnek ile açıklamak gerekirse; gönderen tarafından taşıyıcıya karşı açılmış hasardan kaynaklanan bir tazminat davasında, taşıyıcı eşyanın gereği gibi ambalajlanmadığını, hasarın bu nedenden kaynaklandığını iddia etmektedir⁴⁵⁸. Bu vakıa (karine temeli) ile ilgili olarak ispat yükü taşıyıcıya aittir, bu vakıanın ispatı neticesinde, hasarın gerçekten de bu nedenden kaynaklandığı yönündeki karine sonucuna ulaşılır. Gönderen ise buna karşılık, hasar veya ziyaanın bu nedenden kaynaklanmadığını, dolayısı ile taşıyıcının sorumlu olduğunu ispata çalışacaktır⁴⁵⁹. Bu noktada, hasarın kötü ambalajlamadan kaynaklanmadığının ispatsızlığı riskini gönderen taşıyacaktır.

Ancak iki halde, taşıyıcının anılan kareden faydalanmasının önüne geçerek, ispat faaliyeti güçleştirilmiştir. Taşıma sözleşmesinin taraflarının açıkça anlaştıkları

Konvansiyon'un 17/4-c maddesi uyarınca, malların gönderici, alıcı veya bunlar adına hareket eden şahıslar tarafından taşınması, yüklenmesi, istif edilmesi veya boşaltılması nedeniyle oluşan hasarlardan dolayı taşıyıcının ibra edileceği belirtilmiştir. Davaya konu uyuşmazlıkta, yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, gönderenin taşıması üstlenilen motorbotun istifini yanlış yapmış olması haline anılan hükümler uyarınca, taşıyıcının tazminatla sorumlu tutulması düşünülemezse de, yükleme ve istif hatasının, ayrıca bir araştırmaya gerek duyulmaksızın kolaylıkla fark edilebileceği hallerde, taşıyıcının durumu gönderene duyurarak onu uyarması M.K'nun 2.maddesinde yer alan dürüstlük ilkesinin bir gereğidir.", 11 HD, E. 2003/6234, K. 2003/9575, T. 20.10.2003, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

⁴⁵⁶ ARKAN, TTK ile Karşılaştırmalı, s. 410.

⁴⁵⁷ ARKAN, TTK ile Karşılaştırmalı, s. 410.

⁴⁵⁸ Yargıtay'ın kimi kararlarında, bu hususun taşıyıcı ile gönderenin müterafik kusuru olarak kabul edildiği görülmektedir. Taşıyıcıdan eşyayı koruma borcu ve iyiniyet kuralı gereği, bu hususu gönderene bildirmesi beklenirken bildirmemesinin, taşıyıcının da kusurunu doğuracağından bahsedilmiştir: *"Taşınan emtianın araca yüklenme ve istiflenmesi gönderene ait ise de, yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasara uğramaması için taşıyıcının yükleme ve istiflemeyi gözetmesi hatalı bir yükleme varsa buna karşı çıkması ve yükün güvenli taşınabilmesi için gereken her türlü tedbiri alması gerekir. Somut olayda, hasarın paletlerin sağlamlaştırılmaması nedeniyle taşıma sırasında birbirlerine çarpması sonucu meydana geldiği anlaşıldığına ve davalı taşıyıcının basiretli bir taşıyıcıdan beklenen bir davranışı da bulunmadığı görüldüğüne göre, meydana gelen hasar nedeniyle müterafik kusurlu olduğu gözetilerek bu çerçevede dahilinde bir hüküm kurulmak gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir."* 11. HD, E. 2002/5585, K. 2002/10202, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.03.2009.

⁴⁵⁹ AKINCI, s. 121, *"Burada davacıya düşen, sadece zararın CMR'nin 17/IV. Maddesinde belirtilen özel riskten kaynaklanmadığını ispatlamaktır. Davacı zararın hangi sebepten doğduğunu ispatlama yükümlülüğünde değildir."*

ve taşıma senedine işledikleri halde, taşımanın üzeri açık araçla yapılması durumunda, CMR, taşıyıcının m. 18/I'deki karineden faydalanmasına, olağan dışı bir eksilme veya paketlerden birinin ziyaa durumunda cevaz vermemektedir. Farklı bir ifade ile, üzeri açık taşıt ile yapılan taşıma sırasında, olağan dışı bir eksilme veya paketlerden birinin ziyaa olması durumlarında, taşıyıcı artık, m. 18/I'deki karineden faydalanarak, hasar veya ziyaanın sadece taşımanın üzeri açık araç ile yapılmasından kaynaklandığına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Taşıyıcı burada artık olağan dışı eksilme veya paketlerden birinin kaybolmasında, kendisine düşen tüm önlemleri aldığını, buna rağmen hasarın meydana geldiğini, farklı bir ifade ile, kusursuz olduğunu ispatlamak durumunda kalacaktır.

Benzer biçimde, taşıyıcı, donanımın seçiminde, bakımında ve kullanımında kendisine düşen bütün önlemleri aldığını ve verilen her türlü özel talimata uygun davrandığını ispatlayamadıkça, CMR m. 17/IV-d bendine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Benzer bir duruma canlı hayvan taşımalarında rastlamak mümkündür (CMR m. 18/V).

Gecikmeye ilişkin olarak, CMR m. 20'de gönderen lehine bir karineye yer verilmiştir: *"Kararlaştırılan taşıma süresinin sona ermesinden itibaren 30 gün içerisinde veya bir süre kararlaştırılmadığı durumlarda, taşıyıcının eşyayı teslim aldığı andan itibaren 60 gün içerisinde eşyanın teslim edilmemesi, eşyanın ziyaa uğradığına kesin kanıt oluşturur ve talepte bulunma hakkına sahip kişi eşyaya kaybolmuş nazarıyla bakabilir."* Hak sahibi (gönderen veya gönderilen) ile taşıyıcı, bir taşıma süresi belirlemişlerse ve bu sürenin üzerinden 30 gün geçmesine rağmen eşya hala teslim edilmemişse, hak sahibi artık bu karineden faydalanarak eşyanın ziyaa olduğunu iddia edebilir. Bu karine, hak sahibi gönderen veya gönderilen lehine düzenlenmiş kanuni karinedir. Hak sahibi, eşyanın 30 gün geçmesine rağmen teslim edilmediğini ispatladığı takdirde, artık ziyaanın varlığı karine olarak kabul edilecektir. Her ne kadar Akıncı, bu karinenin aksinin ispat edilmeyeceğini savunsa da⁴⁶⁰, elbette taşıyıcı, eşyanın ziyaa olmadığı şeklinde aksini ispat faaliyeti ile, hak

⁴⁶⁰ AKINCI, s. 129, yazar, bu süreler geçtikten sonra eşyanın teslim edilmesi halinde nasıl bir sonuç doğacağını inceleyerek görüşünü çürütmüştür. Zira böyle bir durumda, yani eşyanın süre geçmesine rağmen teslim edilmesinde, eşya zayi olmamıştır. Dolayısıyla taşıyıcı da, eşyanın zayi olmadığı ve bu

sahibi gönderen veya gönderilenin bu karineden faydalanmasını engelleyebilir. Taşıma süresinin belirlenmediği durumlarda ise, taşıyıcının eşyayı teslim almasından itibaren 60 gün içerisinde eşyayı teslim etmemesi de hak sahibi gönderen veya gönderilenin bu karineden faydalanmasına olanak tanır.

süreler içinde eşyanın teslimi engelleyen sebeplerin varlığını ispatlarsa, artık hak sahibi gönderen bu karineye dayanamayacaktır.

SONUÇ

Günümüzde karayolu ile eşya taşıması, gelişme ve uluslararası nitelik gösteren bir faaliyettir. Taşıma sözleşmelerinin uluslararası niteliği, taşıma işi ile ilgili olarak taşıyıcı sorumluluk ve mal sigortalarının neredeyse zorunlu olarak yapılması durumunu da beraberinde getirmektedir. Bu durum, yerel kanun hükümleri ve karayolu ile eşya taşınmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerin hangi taşıma işine uygulanacağı sorusunu doğurmaktadır. Taşıma sözleşmeleri nedeniyle akdedilen sigorta sözleşmeleri, uyuşmazlık anında ispat ve delil ikamesine ilişkin bir çok sorunu da içerisinde barındırmaya müsaittir. Özellikle uluslararası karayolu ile eşya taşınması işlerinde bu sorunlar daha da belirgin hale gelmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun 29. Maddesi eşya taşınmasına ilişkin sözleşmeler ile ilgili yeni bir düzenlemedir. Bu madde hükmü ile, eşya taşımalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi hukukun uygulanacağı düzenlenmektedir. Eşya taşıma sözleşmelerinde uygulanacak yetki kurallarına ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da bir hüküm yer almamakla birlikte, sigorta sözleşmelerine ilişkin olarak 46. Madde de düzenleme bulunmaktadır.

Sigorta Poliçeleri, taşıma işlerindeki uyuşmazlıklarda önemli bir delildir. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta poliçesinin hukuki niteliğine ilişkin bir hüküm yer almasa da, TTK m. 1265. Maddenin ikinci fıkrasında poliçe veya ilmuhaberinin nama, emre veya hamiline düzenlenebileceği hükme bağlanarak, sigorta poliçesinin kıymetli evrak niteliğine vurgu yapılmıştır. Yabancı hukuk sistemlerinde sigorta poliçesinin sadece bir ispat aracı olması karşısında, Tasarıda da 1423 ve 1424. Maddelerinde, bazı ispat yükü kuralları belirlenmiştir.

Sigortalı, sigorta tazminatını alabilmek için, zararın gerçekleştiğini ve gerçekleşen zarar ile riziko arasındaki illiyet bağıını ispat yükümlülüğünü taşır. Sigortacının objektif ispat yükünün belirlenmesinde ise TTK m. 1281 önem taşımaktadır. Genel ispat yükü kuralının tekrarı niteliğindeki bu hüküm, sigortacının, rizikonun teminat kapsamı dışında kaldığını ispat etme yükümlülüğünü düzenlemektedir. Sigorta tazminatını sigorta ettirene ödeyen sigortacı, böylece

sigorta ettirenin taraf olduğu taşıma sözleşmesinde, onun yerine geçer. Dolayısıyla, taşıma sözleşmesine ilişkin sigorta ettirenin sahip olduğu tüm hak ve yükümlölükler de sigortacıya intikal eder.

Taşıma sözleşmeleri açısından, sigortacının sigortalısına ödediği tazminat miktarı ile, halef olduğu taşıma sözleşmesine dayanarak talep edebileceği tazminat miktarı aynı değildir. Zira taşıma sözleşmelerinden kaynaklanan tazminatların üst sınırı Türk Ticaret Kanunu veya CMR hükümlerince belirlenmiştir.

Taşıma ve buna bağlı olarak akdedilen sigorta sözleşmelerinde farklı usûli kayıtlar da yer alabilir. Anılan sözleşmelerde, delile ilişkin kayıtlar (delil sözleşmeleri) yer alabileceği gibi, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceği de kararlaştırılabilir. Sigorta sözleşmeleri bakımından, Sigorta Tahkim Komisyonu, uyuşmazlıkların çözümünde yetkilendirilebilir.

Karayolu ile eşya taşımada, taşıyıcı ihtiyari sorumluluk sigortası veya mal sigortaları söz konusu olabilir. Burada da taşımanın coğrafi sınırlarının sigorta sözleşmesinin niteliğini ve delil gücünü etkilediğini söylemek mümkündür. Şöyle ki, CMR kapsamındaki taşımalarda taşıyıcı açısından neredeyse zorunlu hale gelen CMR Sorumluluk Sigortasının kapsamını, yine CMR'deki taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler belirler.

Ulusal taşımalar ile ilgili doğan uyuşmazlıklarda, kuşkusuz tarafların başvurabilecekleri en değerli delil taşıma senedir. TTK m. 769' da taşınacak eşyanın "*cinsinin, sıklık, istiap derecesi veya adedinin, paket halinde iseler paketlere yazılı numaraları ve işaretleri ve ambalajın şekil ve vasfının*" taşıma senedinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kayıtları içermeyen taşıma senedi kıymetli evrak niteliğini kaybetse de, ispat fonksiyonunu kaybetmez. Farklı bir deyişle, taşınacak eşyanın *cinsinin, sıklık, istiap derecesi veya adedinin, paket halinde iseler paketlere yazılı numaraları ve işaretleri ve ambalajın şekil ve vasfının* taşıma senedine yazılmamış olması sadece taşıma senedinin taşınan eşyaların niteliği ile ilgili ispat fonksiyonunu ortadan kaldırır. Tasarıda ise, CMR ile uyumlu olarak, taşıma senedinin kıymetli evrak bulunmamakta, sadece bir ispat aracı olarak

düzenlenmektedir. CMR anlamında taşıma senedi, usûl hukuku açısından adi senet niteliğindedir.

Ulusal taşıma işlerinde, taşıyıcının sorumluluğu TTK m. 781’de düzenlenmektedir. Hukuki niteliği itibariyle bir kusur sorumluluğu olan bu sorumluluktan taşıyıcı, yine aynı kanun maddesinde yer alan durumları ispatlayarak kurtulabilir. CMR’ye tabi kara taşımalarında ise, taşıyıcının hasar/ziyaa ve gecikmeden kaynaklanan sorumluluğu CMR’ nin 17-29. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. “İspat yükü/Karineler” başlığını taşıyan 18. maddede de ispat yükünü kimin taşıdığı hususu düzenlenmiştir. CMR m. 18/I uyarınca, m. 17’deki genel kurtuluş kayıtlarından yararlanmak isteyen taşıyıcı, ispat yükünü de üzerine alır. Farklı bir ifade ile genel kurtuluş kayıtlarını ispat yükü taşıyıcıya aittir. CMR m. 18/II uyarınca özel sorumluluk nedenlerinden faydalanmak isteyen taşıyıcının ispat yükü düzenlenmektedir. Bu hükümde taşıyıcının ispat faaliyetini kolaylaştırıcı bir karinenin varlığından söz etmek mümkündür. Taşıyıcı, hasar veya ziyaanın 17/IV. Maddede sayılan durumlardan birinden kaynaklanmış olabileceğini ispat ederse, hasar veya ziyaanın gerçekten de o nedenden kaynaklandığı kabul edilir.

KAYNAKÇA

ACAR, Serdar; Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Ardıllığı Konusunda Bazı Sorunlar ve Yeni Gelişmeler, İstBD, C. 79, S. 2005/5, s. 1539-1551.

AÇAN, İbrahim; Delil, ABD, 1975, s. 7-8.

AKINCI, Ziya; Karayoluyla Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999.

AKINCI, Ziya; Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003. (Tahkim)

ALANGOYA H. Yavuz; Medeni Usûl Hukuku Esasları, C. I-II, İstanbul 2003.

ALANGOYA H. Yavuz/YILDIRIM Kamil/DEREN YILDIRIM Nevhis; Medeni Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2007.

ALANGOYA H. Yavuz; “Senede Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 521-531.

ALANGOYA, H. Yavuz; İspat Yüğü Yönünden MK 3, İÜHFM, C. XXVII, S. 1-4, 1962, s. 358-361.

ANSAY, S. Şakir; Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara 1960.

ARKAN, Sabih; Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara, 1984, s. 101–132. (Karayolu ile Yapılan Eşya Taşımaları)

ARKAN, Sabih; Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme), BATİDER, C. X, S.2, Aralık, 1979, s. 397–414. (TTK İle karşılaştırmalı)

ARKAN, Sabih; Eşyanın Karayolu ile Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara, 1984, s. 5–21. (CMR)

ARKAN, Sabih; Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1982. (Taşıyıcının Sorumluluğu)

ARKAN, Sabih; Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma Senetlerine ve İlmuhaberlerine ilişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER, C. IX, S. 4, Aralık 1978, s. 1025-1046. (Taşıma Senedi)

ARKAN, Sabih; Taşıyıcının Ücret Hakkı, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara, 1983, s. 339-354. (Ücret Hakkı)

ATABEK, Reşat; Zarar Görenin Doğrudan Doğruya Sigortacıya Müracaat Hakkı, BATİDER, Temmuz 1971, C. VI, S. 1, s. 111-154.

ATABEK, Reşat; Kara Nakliyatında Taşıyıcının Mesuliyeti Hakkında Bazı Mülahazalar, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 27 Nisan-03 Mayıs 1959, İstanbul, s. 145-151. (Kara Nakliyatı)

ATALAY, Oğuz; Medeni Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001.

ATALAY, Oğuz; Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi, Yıl 18, Sayı 70i Temmuz-Ekim 1999, s. 8-9 (Emare İspatı).

AYDIN, Alihan; CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul, 2002.

AYGÜN, Mustafa Y.; Senet, Yargıtay Dergisi, C.3, Ocak 1997, S.1, s. 247-253.

AYLİ, Ali; Sigorta Poliçesinin Kıymetli Evrak Niteliğine Sahip Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 330-348.

BELGESAY Mustafa R./ONAR Sıddık Ş.; Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1944.

BELGESAY, Mustafa R.; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Bası, Teoriler, İspat Teorisi, C. 1, İstanbul 1948 (İspat Teorisi).

BELGESAY, Mustafa R.; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, C. 1, İstanbul, 1939 (Şerh)

BERKİN, Necmettin M.; Medeni Usûl Hukuku Esasları, İstanbul, 1969.

BERKİN, Necmettin M.; İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, İÜHFM, 1946, C.XII, S. 4, s. 1175-1192. (Yazılı Şekil)

BERKİN, Necmettin M.; Senetlerin Tanzimi ve Takip Hukuku Bakımından Ehemmiyeti, İÜHFM C.XIII, S. 2, 1947. (Senetlerin Tanzimi)

BİLGE, Necip; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967.

BİLGE Necip/ÖNEN Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, 1978.

BİRSEL, Mahmut T.; Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1 S. 1, 1980, s. 97-128.

BONNIER, Edouard; Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel, 5ème Edition, Paris, 1888.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru; İspat Hukuku Bakımından Kambyo Senetleri, BATİDER, C. XXIV, S. 3, s. 501-531.

BREHM, Roland; Le Contrat D'Assurance de Reponsabilité Civile, Lausanne, 1983.

BOZER, Ali; Sigorta Hukuku, Ankara, 2007.

BOZKURT Hülya; Yabancı Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesinin Uygulanması, TNBHD S. 79, 1993.

CAN, Mertol; Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Ankara, 2007.

CLARKE, Malcolm A.; International Carriage of Goods by Road: CMR, 2nd Edition, London, 1991.

ÇEKER, Mustafa; Sigortacının Rücu Hakkı, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2006, Yıl 4, S. 48, s. 3707-3718. (Rücu Hakkı)

ÇELİKEL, Aysel; Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul, 2004.

ÇETİNTÜRK, Mustafa; Hukuk Davalarında İspat Yükü, Bursa Barosu Dergisi, S. 13, 2005, s. 9-13.

DAYINLARLI, Kemal; HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve Yargıtay Kararları ile Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2004. (Tahkim)

DAYINLARLI, Kemal; Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2004.

DELİDUMAN, Seyithan; Medeni Usûl Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV S. 1-2, 2000, s. 413-435. (Yazılı Şekil)

DELİDUMAN Seyithan; Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001.

DOĞANAY, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, C. 2, Ankara.

DOĞANAY, İsmail; Sigorta Tazminatında Kanuni Halefiyetin Şumûlü, BATİDER, Haziran 1977, C. IX, S. 1, s. 334-346. (Halefiyet)

DOĞANAY, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Nakliyatı, AD, Yıl. 51, S. 9, Eylül 1960, s. 661-699. (Karada Eşya)

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2008.

FRANKO, Nisim; Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, 25-26 Mart 1988, Ankara, s. 49-61.

GENÇTÜRK, Muharrem; Taşıma Sözleşmelerinin Uluslar arası Niteliği ve MÖHUK'a göre yabancılık Unsuru Bulunan Taşıma Sözleşmelerine Uygulanması Gereken Hukuk, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s.637-647.

GÜL İbrahim/BAL Nurcan; Sigortacının İspat Yükünü Paylaşması, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006, Yıl 4, S. 46, s. 3039-3049.

HABSCHEID, J. Walther; Droit Judiciaire Privé Suisse, 2eme Edition (Entièrement Revue et Corrigé), Genève, 1981.

HAVUTÇU, Ayşe; Açık İçerim Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

İMRE, Zahir; Hukuki Mesuliyet Esası Üzerine Bazı Düşünceler, Atatürk'e Armağan, C. XLV-XLVII, S. 1-4. İstanbul, 1982, s. 401-420.

KARAARSLAN, Varol; Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü'ne Göre Yetki Sözleşmeleri, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/1, s. 215-235.

KARAN, Hakan; Yargıtay'ın CMR'nin 27/1. Maddesinde Öngörülen Faiz İle İlgili Yaklaşımının Eleştirisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVIII, s. 111-130.

KARAFAKİH İ. Hakkı; Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları, Ankara 1952.

KARAHAN, Sami; Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, Prof. Dr. Halil Cin' e Armağan, Konya, 1995, s. 369-387.

KAYA, Arslan; Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I), Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 311-333. (I)

KAYA, Arslan; CMR Sigortası, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, sf. 807-819.

KENDER, Rayegan; Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2008. (Hususi Sigorta Hukuku)

KENDER, Rayegan; Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 1984, s. 41-57. (Sigorta Mukavelesi)

KENDER, Rayegan; Sigorta Tazminatının Muacceliyeti Meselesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX, Ankara, 1992, s. 79-92. (Sigorta Tazminatı)

KENDER, Rayegan; Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının, Sigortalısının Yerine Geçmesi Meselesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII, Ankara, 1991, s. 173-185. (Tazminatı Ödeyen Sigortacı)

KENDER, Rayegan; Sigorta Sözleşmesinin Tanımı ve Kurulması (TTK Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi ile), Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 517-528. (TTK Tasarısı)

KENDİGELEN Abuzer/AYDIN Alihan; Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR), Resmi Çeviriye ilişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi, Prof. Dr. Ömer Teoman’ a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 495-525.

KENDİGELEN, Abuzer; Hukuki Mütalaalar, C.I, Taşıma ve Sigorta Hukuku, İstanbul 2001.

KESER, Leyla; İlk Görünüş İspatı, Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, İzmir, 2001, s. 231-249.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 10. Bası, Ankara 2008.

KİPER Osman; Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara 1995.

KONURALP, Haluk; Medeni Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.

KORKMAZ, Sibel; Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları, İzmir 2004.

KUBİLAY, Huriye; Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2003.

KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Baskı, İstanbul, 2001. (Usûl)

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder; Medeni Usûl Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2008.

KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usûlü El Kitabı, İstanbul 1995.

KÜÇÜKALİ, Canan; Taşıyıcının Hasar ve Ziya Halinde Sorumluluktan Kurtulması, İBD, Cilt 81, S. 4, Yıl 2007, s. 1555-1569.

NOMER Ergin/ŞANLI Cemal; Devletler Hususi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2003.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 1995.

OMAĞ, Merih Kemal; Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış, Zorunlu Sigortalar Paneli, İstanbul, 1993, s. 8-31.

ÖNEN, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet; Medeni Usûl Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2008.

POSTACIOĞLU, İlhan E.; Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 18. Bası, İstanbul, 2006.

SEVEN, Vural; Dış Ticarete Vesaik Mukabili Ödemeli Satışların CMR Kapsamındaki Taşıma Sözleşmelerine Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2006, Yıl 4, S. 38, s. 447-460. (Vesaik Mukabili)

SEVEN, Vural; Karayoluyla Yapılan Uluslar arası Eşya Taşımalarında Taşıyıcının “Ödeme Karşılığında Teslim Şartı”ndan Doğan Sorumluluğu (CMR m. 21), Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2006, Yıl 4, S. 47, s. 3363-3375. (Ödeme Karşılığı)

SEVEN, Vural; Taşıma Hukukunda Taşıyıcının Kusur Derecesine Bağlanan Sonuçlardan Kaynaklanan İspat Sorunları, Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S.1, 2005, s. 51-89.

SONER, Lütfü Fikri; Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, ABD, S. 5, 1975, s. 656-664.

ŞEKER, Zehra; Sigorta Ettirenin Taksitlendirilmiş Prim Ödeme Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları, Kemal Oğuzman'a Armağan, 1/2002, s. 653-659.

ŞENGEL, Berkant; Delil Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, C. 24, S. 3, Temmuz 1998, s. 268-284.

TAŞPINAR, Sema; Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, C.45, S. 1-4, 1996, s. 533-571.

TEKİL, Fahiman; Sigorta Hukukunda tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı, Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara, 1998, s. 113-146.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 7. Bası, İstanbul, 1993.

TİFTİK, Mustafa; Yazılı Delil Başlangıcı, AD, Mart-Nisan, S. 2, 1984, s. 241-261.

TUĞSAVUL, Muhsin; İsbat Külfeti Kanuni Deliller ve İkamesi, AD, S: 7 1951, s. 1060-1095.

TÜZEL, Sadık; Beyyineye Müteallik Mukaveleler, Adliye Ceridesi, S. 10, 1938, s. 1600-1617.

ULAŞ, Işıl; Uygulamalı Sigorta Hukuku (Mal ve Sorumluluk Sigortaları), 2. Bası, Ankara, 1998.

UMAR Bilge/YILMAZ Ejder; İsbat Yüğü, 2. Bası, Büyükçekmece, 1980.

UMAR, Bilge; Hak Düşüren Süreye Uyulup uyulmadığı Konusunda İsbat Yüğünü Taşıyan Taraf, İÜHFM, C. XXX, S. 1-2, s. 897-913. (Hak Düşürücü Süre)

UMAR, Bilge; Hususi Hukukta Karineler, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964. (Karine)

UMAR Bilge; Medeni Usûl Hukuku ve İcra İflas Hukuku Ders Notları, İzmir 1973.

ÜLGEN Hüseyin/KENDİGELEN Abuzer/KAYA Arslan; Karayolu Taşıma Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 795-804.

ÜSTÜNDAĞ, Saim; Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, C. I-II, İstanbul 2000.

YEŞİLOVA, Ecehan; CMR Taşıma Senedinin İspat Gücü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 7, Sayı. 1, 2005, s. 237-274.

YILDIRIM, Kamil; Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990. (Delillerin Değerlendirilmesi)

YILDIRIM, Kamil; Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, s. 118-142.

VİNCENT, Jean; Précis de Procédure Civile, 16ème Edition, Paris, 1973.