

Air Carrier's Liability under the 1999 Montreal Convention: Death, Bodily Injury and Delay of Passenger

by

İlyas Gölcüklü

A thesis submitted to the Graduate School of Social Sciences and Humanities in fulfillment
for the degree of Master of Laws

June 2015

Koç University Law Faculty

Koc University

Graduate School of Social Sciences and Humanities

This is to certify that I have examined this copy of a master's thesis by

İlyas Gölcüklü

and have found that it is complete and satisfactory in all respects,

and that any and all revisions required by the final

examining committee have been made.

Committee Members:

Asst. Prof. Meltem Deniz Güner Özbek

Asst. Prof. Işık Önay

Prof. Dr. Cemal Şanlı

Date:

29/06/2015

Abstract:

Air travel is by far the safest and fastest form of transport. The Montreal Convention 1999 (“Montreal Convention”) establishes airline liability in the case of death, injury or delay to passengers or in cases of delay, damage or loss of baggage and cargo. The Montreal Convention modernizes and unifies all of the different international treaty regimes covering airline liability that have developed haphazardly since 1929. Despite its aim to unify diverse regimes regulating international air carrier’s liability, only 112 of the 191 ICAO contracting States are parties to the Montreal Convention.

The Montreal Convention has become effective for Turkey since 26 March 2011. My thesis aims to discuss various matters that fall within scope the Montreal Convention from the perspective of Turkish Law. The present study aims to answer many crucial questions for the Montreal Convention’s application in Turkey regarding *international* carriage of *passengers* by an air carrier. My thesis concentrates on problematic sides of Montreal Convention both in Turkey and other State parties by discussing various court decisions from all around the world. By taking into main Turkish Law principles and foreign courts’ decisions regarding Montreal Convention, my thesis aims to reach a workable solution for each problem.

Keywords: Montreal Convention 1999, Warsaw Convention 1929, Two-Tier system of liability, scope of application, international carriage of passengers, courts of competent jurisdictions, air carrier’s liability, in-flight disturbances, overbooking, accident, passenger, international flight, exclusivity of Montreal Convention, death, injury, delay

Özet:

Hava yolu taşımacılığı en güvenli ve en hızlı ulaşım biçimi olma özelliğini günümüzde hala korumaktadır. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi *uluslararası* taşımalarda *yolcunun ölmesi, yaralanması* ile *geciktirilmesi* halleri ile kargo ile bagajın gecikmesi, hasara uğraması ve kaybı durumlarında taşıyıcının sorumluluğunu düzenlemektedir. Montreal Sözleşmesi, aynı konuları düzenleyen kendisinden önceki farklı uluslararası sözleşmeleri modernleştirme ve yeknesaklaştırma amacı güden bir sözleşmedir. Ancak bu amacına rağmen, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü üyesi 191 ülkeden sadece 112'si günümüz itibariyle sözleşmeye taraftır.

Montreal Sözleşmesi, Türkiye açısından 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak bu yürürlükle beraber, Montreal Sözleşmesi'nin Türkiye uygulamasına dair ciddi hukuki sorunlar ortaya çıkmıştır. Tez çalışmamız, Montreal Sözleşmesi'nin kapsamına giren uluslararası *yolcu* taşımalarında beliren çeşitli problemleri *Türk hukuku açısından* detaylıca değerlendirmeyi hedeflemektedir. Bu çalışmamız, Türkiye açısından hava yolu taşıyıcısının uluslararası yolcu taşımalarından doğan sorumluluğu ile bu sorumluluğun kapsamını değerlendirmektedir. Tez çalışmamız, yabancı taraf devletlerin mahkeme kararlarını da dikkate alarak Türkiye açısından Montreal Sözleşmesi uygulamasına dair problemleri çözümlenmektedir. Yerleşik Türk hukuku prensipleri ve ilgili yabancı mahkeme kararları ışığında, tartışmalı pek çok konuda tez çalışmamız Türkiye açısından, yeknesaklık amacı da nazara alınarak, uygulanabilir hukuki çözümlere ulaşmayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Montreal Sözleşmesi 1999, Varşova Sözleşmesi 1929, İki Aşamalı Sorumluluk Sistemi, kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğu, Uygulama Kapsamı, Yolcu kavramı, Yetkili Hukuk ve Mahkemeler, Hava Yolu Taşıyıcısının Sorumluluğu, fazladan yer satma veya fazla rezervasyon, kaçak yolcu, kaza, yolcu, ölüm, yaralanma, gecikme, uluslararası taşıma, Montreal Sözleşmesi'nin Münhasırlığı Sorunu, Tazminat Çeşitleri ve Sorunlar, Dava Açma Süresi

Acknowledgement

I would like to express my sincere gratitude and respect to my thesis advisor, Assoc. Prof. Meltem Deniz Güner Özbek for her great support during my LLM study and her ongoing endeavours to advance and prepare this work for future publications. I could not have imagined having better advisor and mentor for my master degree. I also would like to thank the rest of the jury members, Prof. Dr. Cemal Şanlı and Assoc. Prof. Işık Öney for their inspiring and constructive criticism. It has been great honor and privilege to have them as committee members for my LLM thesis defense. I would like to dedicate this study to my family and my dear friends.

KOÇ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI (2013-2015)

Adı-Soyadı: **İLYAS GÖLCÜKLÜ**

No: **20131435**

Tez Danışmanı: **Yrd. Doç. Dr. MELTEM DENİZ GÜNER-ÖZBEK**

Tez Konusu: **Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesi'nden Doğan Sorumluluğu**

Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu

Birinci Bölüm

HAVA YOLUYLA ULUSLARARASI YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN NİTELİK VE ŞARTLARI

1. Yolcu Taşıma Sözleşmesinin Genel Hukuki Değerlendirilmesi.....	1
I. Tanımı.....	1
II. Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	2
III. Sonuç ve Değerlendirme	3
2. Montreal Sözleşmesi Kapsamında Hava Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi ve Montreal Sözleşmesi'nin Uygulanma Şartları.....	4
I. Hava yolu yolcu taşıma sözleşmesi.....	4
II. Montreal Sözleşmesi'nin Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Açısından Uygulanma Şartları	6
A. Taraflar Arasında Hava yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi Mevcut Olmalıdır.....	6
i. Sözleşmenin Kurulması.....	6
ii. Taşıma Taahhüdü ve Kaçak Yolcu Kavramı.....	7
iii. Hava Aracı Mürettebatı Sözleşmeleri	7
iv. Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Şekil ve İlgili Belgelendirme	7
v. Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Açısından Rezervasyon	9
B. Hava yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi Uluslararası Nitelikte Olmalıdır	11
i. Montreal Sözleşmesi'nde <i>Uluslararası Kavramı</i>	11
ii. Tek Yönlü Uluslararası Taşımalar.....	11
iii. Gidiş-Dönüş (Roundtrip) Şeklindeki Uluslararası Taşımalar	14
iv. <i>Kararlaştırılmış Duraklama Yeri Kavramı</i>	15
v. <i>Hareket Yeri ve Varma Yeri Kavramları</i>	16
vi. Yolcunun Niyeti ile Uluslararası Nitelik İlişkisi	17
C. Hava yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi Ücret Karşılığında Yapılmalıdır.....	18
i. Ücretin Niteliği ve Kapsamı.....	18
ii. <i>Ücretsiz Taşımalar ve İstisnai Haller</i>	20
iii. Kararlaştırılan Ücretin <i>Üçüncü Kişilerce</i> Ödenmesi	21
D. Hava yolu ile Yolcu Taşıma <i>Hava Aracı</i> ile Yapılmalıdır.....	21
i. Hava Aracının Tanımı	21
ii. Türk Hukuku Açısından <i>Hava Aracı Kavramı</i>	22
E. Hava yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi'nin Konusu Canlı İnsan Olmalıdır	23
3. Montreal Sözleşmesinde Yolcu Taşıma Sözleşmesinin Tarafları	23
I. Yolcu.....	23
A. <i>Yolcu Sifatının Kazanılması</i>	23
B. <i>Yolcunun Gecikmesi veya Uçuşu Kaçırması</i>	24
C. <i>Yolcudan Kaynaklı Sebeplerden Dolayı Taşıyıcının Sözleşmeden Dönmesi</i>	25
D. <i>Sözleşmeden Haklı Dönmenin Hukuki Sonuçları ve İade Talepleri</i>	25
E. <i>Uçuşun Kaçırılması ve Yeni Bir Yolcu Taşıma Sözleşmesi</i>	26
II. Taşıyıcı.....	27
A. Taşıyıcı Sıfatı.....	27
B. Taşıyıcı Türleri	28
i. Genel Olarak	28
ii. Sözleşmesel Taşıyıcı	28
a) <i>Sözleşmesel Taşıyıcı Kavramı</i>	28
b) <i>Temsilci ile Sözleşmenin Akdedilmesi</i>	29

c)	Sözleşmesel Taşıyıcı Sifatının İspatı	29
iii.	Fiili Taşıyıcı	30
a)	Genel olarak.....	30
b)	Sözleşmesel Taşıyıcı – Fiili Taşıyıcı İlişkisi.....	31
c)	Kod Paylaşım (“Codeshare”) Anlaşmaları.....	31
iv.	Müteakip Taşıyıcı.....	32
a)	Genel Olarak.....	32
b)	Yargıtay ve <i>Mütevali Taşıyıcı Kavramı</i>	33
c)	Müteakip Taşıyıcı – Fiili Taşıyıcı İlişkisi	34
v.	“Taşıyıcının Adamları” (...carrier, its servants or agents...) Kavramı.....	35
a)	Genel Olarak.....	35
b)	<i>Taşıyıcının Adamları Kavramı ve Kapsamı</i>	35
c)	<i>Taşıyıcının Adamları Kapsamındaki Kişiler</i>	37
a)	Değerlendirme ve Sonuç.....	37

İkinci Bölüm

TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

1.	Türk Hukuku Açısından Sorumluluk Kavramı ve Değerlendirilmesi	38
I.	Sorumluluk Kavramı.....	38
II.	Sorumluluk Türleri: “ile sorumluluk” ve “den sorumluluk”	38
2.	Montreal Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğunun Hukuki Niteliği.....	40
I.	Taşıyıcının <i>Sözleşmesel Sorumluluğu</i>	40
II.	Taşıyıcının Sözleşmesel Sorumluluğun <i>Niteliği</i>	40
III.	İki Aşamalı Sorumluluk Sistemi (“Two-Tier System”).....	42
A.	Genel Olarak.....	42
B.	İki Aşamalı Sorumluluk Sistemi’nde Taşıyıcının Sorumluluğunun Niteliği	43
i.	“...den Sorumluluk” Açısından.....	43
ii.	“...ile Sorumluluk” Açısından	44
iii.	Kusur Sorumluluğu – Kusursuz Sorumluluk.....	44
iv.	Sözleşmesel Sorumluluğun Niteleşiminin Saptanması ve Değerlendirme.....	45
v.	Azami Sorumluluk Miktarı ve Sonuç.....	45

Üçüncü Bölüm

MONTREAL SÖZLEŞMESİ MADDE 17/F.1 KAPSAMINDAKİ SORUMLULUK HALLERİ VE ŞARTLARI

1.	Genel Değerlendirme	47
2.	Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Halinde Sorumluluk	48
I.	Genel Olarak.....	48
II.	Kaza	48
A.	<i>Kazanın Varlığının Sorumluluk Açısından Önemi</i>	48
B.	<i>Kaza Kavramı</i>	49
C.	<i>Kaza ve Mücbir Sebep İlişkisi</i>	49
D.	<i>Bir Emsal Karar: Saks v. Air France</i>	51
i.	Uyuşmazlıktaki Maddi Olgular ve Dava Süreci	51
ii.	Temyiz Mahkemesinin Değerlendirmesi	51

iii.	Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Değerlendirmesi	52
iv.	Hava Taşımacılığının Karakteristik Riskleri Kavramı	53
v.	Sonuç	53
E.	Çeşitli Yabancı Mahkeme Kararları Işığında "Kaza" Kavramı	54
i.	Genel Olarak	54
ii.	Hava Taşımacılığının Karakteristik Riskleri Kavramı	54
a)	Genel Olarak	54
b)	Yabancı Mahkeme Kararları Açısından Değerlendirmeler	55
c)	Hava Taşımacılığının Karakteristik Riskleri ve Normal Bedensel Tepkiler	56
F.	Kaza Kavramı ve Sonuç	57
G.	Taşıyıcı veya Adamlarının Yolcunun Taleplerini Geri Çevirmesi (<i>Inaction, Crew Negligence</i>)	58
i.	Genel Olarak	58
ii.	Kaza Kavramının Tespitinde Taşıyıcının Adamlarının Rolü (<i>Inaction, Crew Negligence</i>)	59
a)	<i>Stanley Abramson v. Japan Airlines</i> Kararı	59
b)	Leonard Kryss, Rebeca Kryss v. Lufthansa German Airlines Kararı	60
c)	<i>Olympic Airways v. Husain</i> Kararı	62
d)	Kararların Değerlendirilmesi	63
iii.	Biniş İşlemlerindeki Kayıtsızlıklar ve Kaza Kavramı	65
iv.	Türk Hukuku Açısından Taşıyıcının Adamlarının Yolcu Taleplerini Geri Çevirmesine Dair Değerlendirmeler	66
v.	Sonuç	67
H.	Derin Ven Trombozu (Deep Vein Thrombosis, "DVT") Olayları	67
i.	Derin Ven Trombozu ("DVT") Kavramı	67
ii.	Yabancı Mahkeme Kararlarında DVT Vakıalarının Değerlendirilmesi	68
a)	Genel Olarak	68
b)	Örnek Yabancı Mahkeme Kararları	69
c)	<i>Twardowski v. American Airlines</i> Genel Kararı	70
İ.	Hava Yolu ile Yapılan Yolculuğun Olağan Riskleri	71
J.	Uçuş Esnasındaki Rahatsızlıklar: Taciz, Kavga, Tartışma, Hava Aracına Zarar Verme vb. Durumları (<i>In-Flight Disturbances</i>)	72
i.	Genel Olarak	72
ii.	Uçuş Esnasındaki Rahatsızlıklar ve Kaza Kavramı	72
iii.	Uçuş Esnasındaki Rahatsızlıklar ve Mürettebatın Rolü	74
a)	Genel Olarak	74
b)	Taşıyıcının Sorumlu Olacağı Haller	74
c)	Yolcunun Hava Aracından Çıkarılması Hali	76
d)	<i>Yolcu-Yolcu</i> Arasında Çıkan Sorunlar	76
aa)	Genel Olarak	76
bb)	Taşıyıcının Sorumlu Olmayacağı Haller	77
cc)	Taşıyıcının Sorumlu Olacağı Haller	77
dd)	Taciz Vakıaları ve Taşıyıcının Sorumluluğu	78
K.	Sonuç	79
III.	<i>Yargıtay</i> Uygulamalarında Kaza Kavramı	79
A.	Genel Olarak	79
B.	Örnek <i>Yargıtay</i> Kararları	80
C.	Terör Saldırıları, Sabotaj, Yolcunun Rehin Alınması vb. Vakıalar	81
D.	Yabancı Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı Sorunu	83
i.	Genel Olarak	83
ii.	Yabancı Mahkeme Kararlarının Referans Alındığı Örnek <i>Yargıtay</i> Kararları	83
iii.	Montreal Sözleşmesi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı	84
IV.	Ölüm veya Bedensel Zarar	86
A.	Ölüm	86
i.	Genel Olarak	86

ii.	Ölümün Tespitine Dair Hukuki Sorunlar	87
a)	Genel Olarak	87
b)	Ölüm Karinesi Halleri	88
c)	Hava Aracının İz Bırakmadan Kaybolması ve <i>Gaiplik</i> Hali	89
aa)	Genel Olarak	89
bb)	Gaiplik Kararının Verilmesi ve Sonuçları	89
cc)	Gaiplik Süreci ve Montreal Sözleşmesi'ndeki Hak Düşürücü Süre	90
dd)	Gaibin Sağ Olarak Ortaya Çıkması Halinde Hukuki Sorunlar	91
B.	Bedensel Yaralanma	93
i.	Bedensel Yaralanma Kavramı	93
ii.	Beden Bütünlüğünün İhlali	94
iii.	Bedensel Zarar ve Maddi Zarar İlişkisi	94
iv.	Beden Bütünlüğünün İhlalinin Çeşitli Görünümleri	95
v.	Sonuç	95
V.	Kazanın Belirli Bir Zaman Diliminde (Biniş – Hava Aracında – İniş) Meydana Gelmesi	96
A.	Genel Olarak	96
B.	Kazanın <i>Biniş</i> İşlemleri Sırasında Meydana Gelmesi	97
i.	Biniş İşlemleri Kavramı	97
ii.	Biniş İşlemlerinin Başlama Anı	98
iii.	Biniş İşlemleri Anının Tespitine Dair Yabancı Mahkeme Kararları	99
iv.	Sözleşme Görüşmeleri ve Biniş İşlemleri İlişkisi	100
a)	Genel Olarak	100
b)	Montreal Sözleşmesi Açısından Culpa <i>in Contrahendo</i> Sorumluluğu	100
c)	Sonuç	101
C.	Kazanın <i>Hava</i> Aracındayken Meydana Gelmesi	102
D.	Kazanın <i>İniş</i> İşlemleri Sırasında Meydana Gelmesi	103
i.	İniş İşlemleri Kavramı	103
ii.	Örnek Yabancı Mahkeme Kararları	104
iii.	Güncel <i>Goodwin</i> Kararı (8 Ağustos 2011) ve Değerlendirme	105
iv.	<i>Hava Limanı İşletmesinin</i> Sorumluluğu ile Taşıyıcının Sorumluluğunun İlişkisi	105
VI.	Kaza İle Zarar Arasındaki <i>İllyet Bağ</i> ı	106
A.	Uygun İllyet Bağı Kavramı	106
B.	Zararın Kapsamı ve İllyet Bağının Önemi	107
C.	Uygun İllyet Bağına İlişkin Özel Haller ve Sorumluluktan Kurtuluş İmkânları	108
i.	Genel Olarak	108
ii.	Sorumluluktan Kurtuluş İmkânları	109
iii.	Montreal Sözleşmesi Açısından <i>Kusur</i> Kavramı	109
iv.	<i>Mücbir Sebep</i> ve Sorumluluktan Kurtulma İmkânı	110
v.	Müterafik Kusur	111
VII.	Montreal Sözleşmesi'nin <i>Münhasır</i> Uygulanması Sorunu	112
A.	Münhasır Uygulama Kavramı ve Önemi	112
B.	Münhasırlık Kavramına İlişkin Örnek Yabancı Kararlar	113
C.	Türk Hukuku Açısından Münhasırlık İlkesi	114
D.	Münhasırlık Sorunu ve Üçüncü Kişiler	116
E.	Değerlendirme ve Sonuç	116

Dördüncü Bölüm

YOLCUNUN TAZMİNAT TALEPLERİ

1.	Montreal Sözleşmesi Kapsamındaki Zararlar ve Tazminat Davaları	117
I.	Giriş	117

II.	<i>Yolcunun Manevi Tazminat Talebi</i>	118
A.	Yabancı Mahkeme Kararlarında Manevi Tazminat	118
i.	Genel Olarak	118
ii.	Manevi Tazminat Taleplerine İlişkin Örnek Kararlar	118
iii.	Yabancı Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi.....	119
B.	Türk Hukuku Açısından Montreal Sözleşmesi'nin Değerlendirilmesi: Ölüm ve Bedensel Yaralanma Halleri.....	120
i.	Genel Olarak	120
ii.	Türk Hukuku'nda <i>Zarar</i> Kavramı	121
a)	Genel Olarak	121
b)	Montreal Sözleşmesi Kapsamındaki Zararlar	123
c)	Sözleşmeye Aykırılık Halinde Yararlanabilecek İç Hukuk Hükümleri	123
d)	TBK Madde 56 ve 58'in Kıyasen Uygulanması: <i>Türk Hukuku</i> 'nda Manevi Tazminat Şartları	125
iii.	Montreal Sözleşmesi'nde <i>Sözleşmeye</i> Aykırılık Kavramı.....	125
iv.	Montreal Sözleşmesi Açısından Manevi Tazminat Şartlarının Değerlendirilmesi.....	126
C.	<i>Ölüme</i> Bağlı Manevi Tazminat Talepleri	127
D.	<i>Bedensel Yaralanma</i> Sonucu Yolcunun Manevi Tazminat Talepleri	128
i.	Genel Olarak	128
ii.	Bedensel Yaralanma Kavramı.....	129
iii.	Bedensel Yaralanma Halinde <i>Yolcunun</i> Manevi Tazminat Talebi.....	129
iv.	Manevi Zarar Sonucu Beliren Bedensel Zararların Değerlendirilmesi	131
E.	Yolcunun Ölüm veya Bedensel Yaralamadan <i>Bağımsız</i> Manevi Tazminat Talepleri	132
i.	Türk Hukuku'nda <i>Salt</i> Manevi Zararların Tazmini.....	132
ii.	Montreal Sözleşmesi <i>Türkiye</i> Uygulaması Açısından Salt Manevi Zararlar	132
iii.	<i>Yargıtay</i> 'a Göre Salt Manevi Zararların Montreal Sözleşmesi Uyarınca Değerlendirilmesi	133
iv.	Manevi Tazminatı Gerektirebilecek Salt Manevi Zararlar	134
III.	<i>Yolcunun Maddi Tazminat Talebi</i>	135
A.	Maddi Zarar Kavramı	135
B.	Maddi Tazminat Davası Şartları ve Montreal Sözleşmesi.....	136
C.	Montreal Sözleşmesi Açısından Maddi Zararın <i>Türü</i>	137
D.	Maddi Tazminatın <i>Kapsamının</i> Belirlenmesinde Yararlanılacak Hükümler	137
E.	Ölüm veya Bedensel Yaralanmaya Bağlı <i>Maddi Tazminat</i> Davaları	138
i.	Ölüme Bağlı Maddi Tazminat Talepleri.....	138
a)	Ölüm Halinde Maddi Tazminatın Kapsamı	138
b)	Maddi Zararı Talep Edecek Kişiler ve İstenebilecek Zarar Kalemleri.....	140
c)	Destekten Yoksun Kalan Kişi ve Mirasçı İlişkisi	141
d)	Sonuç	141
ii.	<i>Bedensel Yaralanma</i> Sonucu <i>Yolcunun</i> Maddi Tazminat Talebi.....	142
a)	Genel Olarak	142
b)	Bedensel Yaralanma Halinde Maddi Tazminatın Kapsamı	142
iii.	Yolcunun Uğradığı <i>Dolaylı Zararlar</i>	143
a)	Genel Olarak	143
b)	Dolaylı Zarar Kavramı	144
c)	Dolaylı Zararların Montreal Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi	145
d)	Sonuç	146
iv.	Maddi Tazminat Miktarının Hesaplanması	146
v.	Yolcu Dışındaki Kişilerce Yapılan Masrafların Tazmini	148

Beşinci Bölüm

YOLCU DIŞINDAKİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN (YAKINLAR İLE DESTEKTEN YOKSUN KALANLAR) TAZMİNAT TALEPLERİ

1. Manevi Tazminat Talepleri	149
I. Ölenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talepleri	149
A. Genel Olarak	149
B. Ölenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talep Hakkının Niteliği	150
C. Ölenin <i>Yakınlarının</i> Manevi Tazminat Talep Hakkının <i>Türk Hukuku</i> 'ndaki Dayanağı	151
D. Ölenin Yakınlarının Taleplerinin <i>Farklı Hükümlere Dayandırılmasının</i> Önemi	152
II. <i>Ağır Bedensel Zarar Halinde</i> Yaralananın Yakınlarının Manevi Tazminat Hakkı	153
2. Maddi Tazminat Talepleri.....	154
I. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı	154
A. <i>Türk Hukuku</i> 'nda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı	154
B. Destekten Yoksun Kalma Tazminatının <i>Türk Hukuku</i> 'ndaki Dayanağı ve Niteliği	155
II. Sonuç	157
3. Montreal Sözleşmesi'nin <i>Yeknesaklık</i> Amacı Doğrultusunda Üçüncü Kişilerin Tazminat Talepleri	157
I. Genel Olarak	157
II. Üçüncü Kişilerin Maddi veya Manevi Tazminat Talepleri	158
A. Genel Olarak	158
B. Montreal Sözleşmesi Kapsamındaki <i>Üçüncü Kişi</i> Tazminat Talepleri.....	158
i. Genel Olarak	158
ii. Yabancı Mahkeme Kararlarında Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (" <i>Loss of Support Claims</i> ") ve Manevi Tazminat Talepleri (" <i>Loss of Society, Loss of Care, Grief Claims</i> ")	159
C. <i>Türk Hukuku</i> ve <i>Yeknesaklık</i> Açısından Genel Değerlendirme ve Sonuç	162

Altıncı Bölüm

TAZMİNAT DAVASINA İLİŞKİN BAZI MESELELER

1. Tazminat Davalarına İlişkin Bazı Genel Hususlar	164
I. Taraflar.....	164
A. Davacı.....	164
B. Davalı	164
II. Dava Açma Süresi.....	165
A. Montreal Sözleşmesi Açısından Öngörülen Sürenin Niteliği	165
B. Vasi Gerektiren Özel Hallerde Süre	167
C. Hak Düşürücü Sürenin Tespiti ve Davanın Açılma Anı	168
D. Zararın Sonradan Ortaya Çıkması Hallerinde Süre	169
III. Görevli Mahkeme	171
IV. Yetkili Mahkeme	172
A. <i>Uluslararası Yetki</i> Kavramı	172
B. Montreal Sözleşmesi'nde Yetkili Mahkemeler	173
i. Madde 33/f.1'de Sayılan Yetkili Mahkemeler	173
ii. Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin <i>Özel Beşinci Yetki</i> (" <i>Fifth Jurisdiction</i> ")	173
iii. <i>İkametgâh, Esas Faaliyet Merkezi, Varma Yeri</i> Kavramları	174
iv. Yetkili Mahkemenin <i>Türkiye</i> Açısından Tespiti	175
v. Yetkili Mahkemeler ve Tahkim	176
V. İspat Yükü	176

VI.	113.100 ÖÇH Sınırının Belirlenmesi	177
A.	113.100 ÖÇH Sınırının Önemi	177
B.	113.100 ÖÇH Kapsamına Alınacak Zararlar	177
C.	Sorumluluk Sınırının Tadiline İlişkin Sorunlar	178
VII.	Masraf ve Faizler	179
VIII.	Montreal Sözleşmesi'nde <i>Ön Ödeme</i> Kurumu	180
IX.	Müterafik Kusur ve Taleple Bağlılık İlkesi	180
X.	<i>Yolcu Başına</i> Sorumluluk Kavramı ve Önemi	181
XI.	Özel Çekme Hakkı'nın Kur Değerinin Hesaplanması	181

Yedinci Bölüm

TAŞIYICININ GECİKME HALİNDEN SORUMLULUĞU

1.	Yolcu Taşımada Gecikme	182
I.	<i>Gecikme</i> Kavramı	182
II.	Gecikme Halinde Sorumluluğun <i>Niteliği</i>	183
III.	Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde <i>Gecikme Halleri</i>	183
IV.	Gecikme Halinde Sorumluluk Şartları	184
A.	Zarar	184
B.	Zararın Niteliği	184
C.	Uçuşun İptali ve Overbooking Halleri	185
D.	Uygun İlliyet Bağı	188
V.	Gecikme Halinde Sorumluluk Miktarı	188
VI.	Gecikme Halinde Yetkili Mahkemeler	188
VII.	Sorumluluktan Kurtuluş İmkânları	189
2.	Yolcu Haklarına İlişkin Bazı Ek Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar	189
I.	261/2004 Sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü	189

Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu

Birinci Bölüm

HAVA YOLUYLA ULUSLARARASI YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN NİTELİK VE ŞARTLARI

1. Yolcu Taşıma Sözleşmesinin Genel Hukuki Değerlendirilmesi

I. Tanımı

1999 Tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin *Belirli* Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme (kısaca “*Montreal Sözleşmesi*”) hükümlerine göre incelenecek olan *hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesine* geçmeden önce Türk hukuku açısından yolcu taşıma sözleşmesinin hukuki nitelik ve genel unsurlarını saptamakta yarar vardır. Yolcu taşıma sözleşmesi, aslında konu itibariyle tarafımızca ayrılmış bir taşıma sözleşmesi türü olduğundan ötürü daha kapsayıcı olan genel taşıma sözleşmesinin hukuki niteliğini saptamak çalışma konumuz olan yolcu taşıma sözleşmesinin de hukuki niteliğini belirleyecektir.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) ile Montreal Sözleşmesi’nde doğrudan taşıma sözleşmesi tanımı yapılmamakla beraber, bu kanun ile uluslararası sözleşmede geçen bir takım kavramlar irdelenerek taşıma sözleşmesini tanımlamak mümkündür. TTK Dördüncü Kitabın “Taşıyıcı” başlıklı 850. madde hükmünün ikinci fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: “*Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyu varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır.*” Bu hükümde taşıma sözleşmesinin varlığından bahsedilmiş ancak sözleşmeyi doğrudan tanımlamak yerine sözleşmenin taraflarının karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Kanımızca yükümlülükler ve haklar üzerinden yapılmış bu açıklamanın, tanımlama şeklinde daha genel düzenlenmesi de aynı anlama gelecektir. Bu hükme dayanarak *hava yolu taşıma sözleşmesinin* tanımını yapmak mümkündür. *Hava yolu ile taşıma sözleşmesi*; taşıyıcının hava aracı ile eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi, yolcuyu varma yerine ulaştırmayı taahhüt ettiği; buna karşılık da eşya taşımada gönderenin ve yolcu taşımada ise yolcunun taşıyıcıya taşıma ücretini ödemeyi borçlandığı bir sözleşmedir. Nitekim öğretide

de ufak farklılıklara rağmen, hava yolu taşıma sözleşmesinin ve genel taşıma sözleşmesinin bu şekilde tanımlandığı görülmektedir.¹

Yaptığımız bu tanımlama ışığında *hava yolu taşıma sözleşmesinin* 3 ana unsuru olduğu ileri sürülebilir: a) hava yolu ile yük veya yolcu taşıma *taahhüdü*, b) bu taşımanın bir *bedel* karşılığında yapılması, c) taşımanın bir *hava aracı* ile yapılması. Karşılıklı hak ve borçlar açısından bu tanım ele alındığında, taşıma sözleşmesinin *tam iki tarafa borç yükleyen bedelli bir sözleşme* olduğunda şüphe yoktur. Çünkü tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan her birinin borcu diğer tarafın borcunun karşılığını teşkil ettiği gibi, taraflardan her biri karşı tarafın edimini elde etmek için borç altına girmektedir.² Bu noktada bedelin taşıma sözleşmesinin asli unsuru olduğu ve bedelin sadece parayı değil, geniş anlamda para ile ölçülebilen her türlü menfaati de içerdiğini belirtmekte yarar vardır.³

II. Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Aşağıda⁴ Montreal Sözleşmesi'nin uygulanma şartları açısından daha detaylı incelenecek olan bu temel unsurlar üzerinde öğretide uyum sağlanmışken, taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretide birinci görüş, taşıma sözleşmesini vekâlet sözleşmesi niteliğinde kabul etmektedir⁵. Bu görüş, Türk hukukunda genel kabul görmeyen bir görüş olup vekâlet sözleşmesinde ücret ferî bir unsur olmasına rağmen taşıma sözleşmesinde ücretin asli bir unsur olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶. Kanımızca yukarıda da belirttiğimiz gibi, taşıma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bedelli bir iş görme sözleşmesi olarak tanımlanabilirken, vekâlet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup ücreti bünyesinde sadece ferî bir unsur olarak bulundurmaktadır ve edimler arasında tam karşılıklılık yoktur. Bu açıdan da bu iki sözleşme türünün farklı olduğu görülmektedir. Bir diğer farklılık da hava taşıma

¹ Ülgen, Hüseyin. "Hava Taşıma Sözleşmesi", Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, s. 41; Kaner, İnci. "Hava Hukuku (Hususi Kısım)", 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 47: "Taşıma sözleşmesi bir akittir ki bununla taraflardan biri (taşıyıcı) eşya veya yolcu taşımayı, diğer taraf da bunun karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt eder."

Benzer yönde bkz. Canbolat, Ayşe Gül. "Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu", Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 3-5; Bozabalı, Banu Bozkurt. "Hava Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu", Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.19 ve s.38.

² M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz. "Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1", 10. Bası, İstanbul, 2012, Vedat Kitapçılık, s. 337. (Oğuzman/Öz, Cilt 1).

³ Ülgen, s. 17.

⁴ Bkz. Aşağıda İkinci Bölüm.

⁵ Bu yöndeki görüşün doktrinde, 1950'li yıllara kadar ileri sürüldüğü ancak fazla değer görmediği hakkında bkz. Tüzüner, Özlem. "Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi." TBB Dergisi, 2012 (101), s. 167-196 ve s. 184.

⁶ Ülgen, s.45.

sözleşmesi açısından taahhüdün yerine getirilmesi yani sonuç oldukça önemlidir. Oysaki vekâlet sözleşmesinde sonuç önemli olmamakta sadece bu sonuca dönük özenli çaba önem kazanmaktadır.⁷ Ayrıca vekilin şahsen ifa yükümlülüğü TBK madde 506/f.1’de ifadesini bulmuştur. Bu nedenle de vekâlet ve taşıma sözleşmeleri birbirinden farklıdır. Çünkü taşıma sözleşmesinde, taşıyıcının taşıma edimini şahsen ifa yükümlülüğü bulunmamaktadır.

İkinci görüş ise taşıma sözleşmesinin hukukumuzda tanımlanmamakla beraber TTK m. 850 ve devamında ayrıca düzenlendiğinden hareketle taşıma sözleşmesinin başka bir sözleşme türü kapsamına alınmasına gerek olmadığını, zira bu şekilde düzenlenmesinden ötürü bu sözleşmenin başlı başına farklı bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir⁸. Bu yazarlara göre kanunun ayrı bir sözleşme olarak düzenlemiş olduğu taşıma sözleşmesinin diğer bir sözleşme içerisinde değerlendirilmesine gerek yoktur. Bu nedenle eşya taşımalarına eser sözleşmesi, yolcu taşımalarına ise, vekâlet hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁹.

Türk öğretisinde bizim de katıldığımız görüşe göre, taşıma sözleşmesi yani en geniş tanımıyla bir eşya ya da kişinin bir yerden alınıp başka bir yere götürülmesini ücret karşılığında taahhüt sözleşmesi, bir eser sözleşmesidir¹⁰. Taşıma sözleşmesiyle taşıyıcı bu taahhüdünü yani bir sonucu yerine getirmeyi ücret mukabilinde üstlenmektedir. Eser sözleşmelerinde “eseri” yani taahhüt edilen sonucu geniş yorumlamak ve bu anlamda eser kavramından mümkün olan bir sonucu meydana getirme yükümlülüğünün anlaşılması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir.¹¹ Ayrıca yolcu veya eşya taşıma sözleşmelerinde taşıyıcı eser sözleşmesinde olduğu gibi, bu taşımayı fiili olarak başka bir taşıyıcıya da yaptırabilmekte, bu iş karşılığında ücrete hak kazanmakta ve kişiyi sağ salim ulaştırma gibi bir sonuç taahhüdünde bulunmaktadır. Bu bağlamda eser sözleşmesinde, yüklenicinin imalatı kendi yönetimi altında yardımcılarını yaptırabilmesi ve sonuç taahhüdünün bulunması, özellikle iş sahibinin imal borcu karşılığında ücret ödemekle yükümlü olması hususları, taşıma ve eser sözleşmeleri arasında benzerlik kurulmasını sağlamaktadır¹². Bu nedenlerle taşıma sözleşmesi genel olarak, iş görme amacı güden sözleşmelerle bağlantısı bakımından, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinden ziyade, daha çok *eser sözleşmesi*yle, niteliği, kuruluşu ve sona ermesi açılarından benzerlik arz etmektedir.

III. Sonuç ve Değerlendirme

⁷ Canbolat, s. 11-12; Bozabalı, s. 35.

⁸ Gençtürk, Muharrem. “Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Gecikmeden Doğan Sorumluluk”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.22; Uzun, Tuba Birinci. “Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 41.

⁹ Ülgen de bu ikinci yaklaşımı benimsemektedir, bkz. Ülgen, s. 10.

¹⁰ Tüzüner, s. 188-190.

¹¹ Yavuz, Cevdet. “Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, 9. Baskı, İstanbul, 2011, s. 435-437.

¹² Tüzüner, s. 190.

Sonuç olarak kanımızca bir sözleşmenin veya hukuki ilişkinin maddi hukukta ayrıca ele alınıp bir başlık altında değerlendirilmesi yani tipik bir sözleşme olması her zaman bu sözleşmenin türünün de bu başlık olduğu sonucu doğurmamalıdır. Bu nedenle taşıma sözleşmelerinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ayrı başlık altında düzenlenmiş olması, bu sözleşme türünün eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Sui Generis bir sözleşmenin ortaya çıkabilmesi için ise bahis mevzu sözleşmenin unsurlarının birkaçının veya tamamının mevzuatta öngörülen sözleşme tiplerinden hiçbirine uymaması gerektiği ileri sürülmektedir.¹³ Kaldı ki, ayrıca düzenlenmesine rağmen bir sözleşmenin unsurları belirli bir sözleşme ile büyük ölçüde benzerlik gösteriyorsa ayrı yerlerde düzenlenmesine bakılmaksızın bu unsurlardan yola çıkarak sözleşme niteliğinin belirlenmesi daha uygun olacaktır.

Bu genel unsurlardan sözleşme tipi belirlendikten sonra, bu tipe uygulanacak hükümler konusunda kanunun izin verdiği ölçüde diğer sözleşme türlerini düzenleyen hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulanmasında ise bir sakınca yoktur. Belirttiğimiz üzere, taşıma ve eser sözleşmeleri arasında pek çok benzerlik bulmak mümkündür¹⁴. Kaldı ki son gelişmeler ışığında, uzay keşifleri ve gezileri konusundaki güncel gelişmeler de dikkate alınmalıdır. Zira sırf taşıyıcıların bu yöndeki “lüks” taahhütlerini yani belirli bir sonucu yerine getirmesi konusunda yolcu adaylarının ödemeyi kabullendikleri büyük tutarlardaki ücretler de dikkate alındığında hava yolu ile yolcu taşımalarında *sonuç* kavramının eser sözleşmesi kapsamında ve hatta bunun ötesinde ne kadar önemli olduğu daha iyi anlaşılacaktır. Bu da TBK madde 470 anlamında bir “eser meydana getirme” işlevi ile taşıma işlemi arasında ciddi benzerlik oluşturmaktadır.

Bu bağlamda bizim de katıldığımız genel kabul gören son görüş çerçevesinde genel olarak taşıma sözleşmesini, tam iki tarafa borç yükleyen, *bedelli bir iş görme* sözleşmesi türü ve *eser sözleşmesi* olarak tanımlamak daha doğru olacaktır.

2. Montreal Sözleşmesi Kapsamında Hava Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi ve Montreal Sözleşmesi'nin Uygulanma Şartları

I. Hava yolu yolcu taşıma sözleşmesi

¹³ Yavuz, s. 13.

¹⁴ Bkz. Yukarda dn. 12.

Türkiye'nin Montreal Sözleşmesi öncesi taraf olduğu ve uyguladığı *ek protokollerle değişik Varşova Sözleşmesi'nde* ("Varşova Sözleşmesi")¹⁵ olduğu gibi, 1999 Tarihli Montreal Sözleşmesi'nde de hava yolu ile taşıma sözleşmesinin doğrudan tanımının yapılmasından kaçınılmıştır. Sözleşmenin, uygulama kapsamını belirleyen birinci maddesinin ikinci fıkrasında "... *taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olarak...*" ifadesine yer verilmek suretiyle açıkça taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı şartı kabul edilmiştir¹⁶.

İç hukukumuzda dâhil edilen ve taraf olduğundan Türkiye açısından kanun statüsünde uygulanacak olan uluslararası nitelikteki Montreal Sözleşmesi; tazminatın kapsamı, davalardaki usul hukuku ilkeleri, mahkeme giderleri ile sözleşmenin niteliği gibi konularda doğrudan hükümler içermemektedir. Montreal Sözleşmesi'nin tam adı, Resmi Gazetede yayımlanan *sözleşmeyi uygun bulma kanununda* "Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin *Belirli* Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme" şeklindedir.¹⁷ Bu başlıktan da anlaşılacağı üzere, bu uluslararası sözleşmenin ana amacı bütün ulusal değerlendirmelerdeki farklılıkları giderip sözleşme kapsamına girecek olan hava yolu ile taşımalara ilişkin *tüm konularda* taraf olan ülkeleri bağlayacak şekilde yeknesak düzenleme getirmek olmayıp, sadece *belirli* bazı hususlarda yeknesak uygulama getirmektir. Bu açıdan bakıldığında, Türk mahkemeleri inceleyecekleri Montreal Sözleşmesi kapsamına giren bir hava yolu taşımasına ilişkin uyuşmazlıkta, bu sözleşme tarafından belirtilen genel hususlara uymak koşulu ile sözleşme ile düzenlenmeyen konularda *lex fori* yani kendi hukuku olan Türk hukukuna göre değerlendirme yapabileceklerdir. Örneğin Montreal Sözleşmesi kapsamında yolcunun, taşıyıcıya ücret ödeme borcu olduğu açıkça öngörülmesine rağmen bu ücretin kapsam ve içerik yorumlaması davanın görüldüğü mahkemenin hukukuna göre farklılık arz edebilecektir. Montreal Sözleşmesi kapsamına giren yolcu taşıma sözleşmelerinin *niteliği* Montreal Sözleşmesi'nde açıkça yer almadığından dolayı, bu tür taşıma sözleşmelerini de tam iki tarafa

¹⁵ 23 Haziran 1978 tarihinden itibaren, hem 12 Ekim 1929 tarihinde imzalanan Varşova Sözleşmesi hem de 28 Eylül 1955 tarihinde imzalanan Lahey Protokolü Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Türkiye ayrıca 12 Eylül 1998 tarihinde Varşova/Lahey hükümlerini değiştiren Montreal 4. Protokolü'nü de yürürlüğe koymuştur. Detaylı bilgi ve üye devletler için bkz. http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf (Erişim: 8.3.2015).

"Varşova Sözleşmesi" terimini, bu çalışmamızda *tüm bu ek protokolleri de kapsayacak şekilde*, 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi öncesi dönemde geçerli olan ve aynı hususları düzenleyen uluslararası sözleşmeler bütünü için kullanacağız.

¹⁶ "...according to the agreement between the parties..." (Scope of Application, Madde 1/p.2); George N. Jr. Tompkins, "Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States: From Warsaw 1929 to Montreal 1999", Wolters Kluwer Law & Business, 2010, Netherlands, s.77.

¹⁷ Montreal Sözleşmesi orijinal başlığı için "Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air" ifadesi kullanılmaktadır.

borç yükleyen, bedelli bir iş görme sözleşmesi türü ve *eser sözleşmesi* olarak tanımlamak gerekecektir. Bu genel açıklamamızdan sonra, hava yolu ile yolcu taşıma *sözleşmesinin* varlığını birinci maddesinde dolaylı olarak şart koşan Montreal Sözleşmesi ışığında yolcu taşıma sözleşmesinin hangi durumlarda Montreal Sözleşmesi'ne tabi olacağını yani eşdeğer bir söyleyişle Montreal Sözleşmesi'nin uygulanma şartlarını tek tek incelemekte yarar vardır.

II. Montreal Sözleşmesi'nin Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Açısından Uygulanma Şartları

A. Taraflar Arasında Hava yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi Mevcut Olmalıdır

i. Sözleşmenin Kurulması

Gerek Montreal Sözleşmesi'nin birinci maddesinin ikinci fıkrasındaki dolaylı anlatımdan¹⁸ gerekse de aynı hükmün üçüncü fıkrasındaki doğrudan anlatımdan¹⁹, Montreal Sözleşmesi açısından hava yolu ile yolcu taşımalarından bahsetmek için taraflar arasında bir taşıma sözleşmesinin varlığı şarttır. Bu taşıma sözleşmesinin kurulması için ayrıca farklı bir düzenleme öngörülmediğinden, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") madde 1/f.1 gereği sözleşmenin kurulması için *karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları* ile sözleşme kurulacaktır.

Özellikle belirtmekte yarar vardır ki, hava yolu ile yolcu taşımalarında da sözleşmenin hava yolu taşıyıcısı açısından asli edimini bir taşıma taahhüdü oluşturmaktadır. Taşıyıcı tarafın *hava yolu ile yolcu taşıma taahhüdünde* bulunmadığı hallerde Montreal Sözleşmesi kapsamına giren bir taşımadan söz etmek mümkün olmayacaktır. Öğretide de Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması için, tarafların aralarındaki sözleşmeye göre taşıyıcı tarafından yolcuya karşı yolcunun kendisini kararlaştırılan kalkış yerinden varış yerine hava yolu ile taşıma taahhüdünde bulunduğu anlaşılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir.²⁰ Taraflar arasında taşıma taahhüdünün varlığının anlaşılması dahi tek başına yeterli değildir. Bu taahhüdün Montreal Sözleşmesi kapsamında ele alınması için bu taahhüdün yanında *hava yolu ile taşıma ve kararlaştırılan kalkış ile varış noktaları* gibi ek unsurlar da gerekmektedir. Bu ifademizden "sözleşmenin kurulmayacağı" anlaşılmalıdır. Borçlandırıcı bir işlem olan taşıma taahhüdü üzerinde taraflar uzlaşınca, yani karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşme kurulacaktır. Ancak örneğin ücret gibi TBK madde 2/f.1 anlamında bir ana edimin hiç olmaması veya duraklama yeri konusunda uzlaşmaması kararlaştırılan taşıma

¹⁸ Bkz. Dn. 16.

¹⁹ "...by the parties... agreed upon under the form of a single contract or of a series of contracts (...taraflarca... Bir ya da bir veya bir dizi anlaşma).

²⁰ Bozabalı, s. 47; Uzun, s. 39; Canbolat, s. 4; Kaner, s. 48. Ülgen, s. 41-42.

işini Montreal Sözleşmesi kapsamından pekâlâ çıkarabilecektir. Yoksa sadece taşıma taahhüdü ve kabulü sözleşmenin geçerli şekilde kurulması için yeterlidir ancak ek unsurlar yerine getirilmediğinde taşımanın tabi olacağı hukuk Montreal Sözleşmesi'nden farklı olabilecektir.

ii. Taşıma Taahhüdü ve Kaçak Yolcu Kavramı

Her taşıma sözleşmesinde olduğu gibi, hava yolu ile taşımada *uzlaşılan* noktalar arasında *yolcuyu taşıma taahhüdünün* varlığı şarttır. Bu nedenle Montreal Sözleşmesi açısından her hava yolu ile taşıma sözleşmesinde bu unsurun varlığı ayrıca aranacaktır. Bundan dolayıdır ki, hava yolu ile taşınacağı kendisine karşı taşıyıcı tarafından taahhüt edilmeyen yolcular, yani uygulama ve öğretideki adı ile “kaçak yolcular” ile taşıyıcı arasında Montreal Sözleşmesi uygulanamayacaktır. Zira hava yolu ile taşıma taahhüdü konusunda tarafların *karşılıklı ve birbirine uygun* irade beyanları bulunmamaktadır. Taşıyıcı bu durumda herhangi bir taahhüt altına girmediğinden ortada Montreal Sözleşmesi'ne tabi geçerli taşıma sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Bu ise, bir kaza olması durumunda kaçak yolcunun Montreal Sözleşmesi ile yolcu lehine getirilen ayrıcalıklardan yararlanamaması demektir.

iii. Hava Aracı Mürettebatı Sözleşmeleri

Ayrıca bir taşıma taahhüdü olmaksızın, *taşıyıcının* bir *hizmet sözleşmesi* çerçevesinde iş gördürdüğü *mürettebatı* ile aralarındaki uyuşmazlıklar da Montreal Sözleşmesi hükümlerine tabi olamayacaktır.²¹ Uçak personeli; hava yolu ile taşıma sözleşmesine göre değil, hava yolu şirketi ile aralarında yaptıkları hizmet sözleşmesi çerçevesinde uçakta bulduklarından ötürü *yolcu* kavramına dâhil olmazlar ve böylece Montreal Sözleşmesi hükümlerine de tabi olmazlar. Ancak Montreal Sözleşmesi'nin uygulanabilirliği her somut olay için kanımızca ayrıca ele alınmalıdır. Örneğin, uçak personeli olarak çalışmakta olan bir hostesin, izinli olduğu günde tatil amaçlı ve indirimlerden de yararlanarak çok ucuz bir bilet satın alarak uçuşu halinde durum farklıdır. Normal zamanda hizmet ilişkisi çerçevesinde çalışmakta olduğu *aynı hava yoluna ait aynı uçakta* seyahat edecek bile olsa, bu hava yolu ile taşıma sözleşmesine, diğer şartların da olduğu varsayımında, Montreal Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

iv. Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Şekil ve İlgili Belgelendirme

Montreal Sözleşmesi'nde taraf devletleri bağlayıcı yeknesak bir şekil şartı, taraflar arasında yapılacak olan hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi açısından öngörülmemiştir. Öğretide bu

²¹ Canbolat, s. 5; Uzun, s. 39; Bozabalı, s. 41; Ülgen s. 57.

hususla Şekil serbestisi ilkesinin geçerli olması gerektiği hâkim grŖ olarak ileri sürülmektedir.²² EŞdeğer bir söyleyişle Montreal Sözleşmesi kapsamındaki hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinin; herhangi bir Şekil Şartına bağlı olmayan, tarafların serbest ve birbiri ile uyumlu öneri ve kabulleri sonucu kurulacak olan ve tam iki tarafa borç yükleyen bir eser sözleşmesi olduğu söylenebilir. Nitekim bu değerlendirme Türk hukuku genel prensipleri ile de uyumlu olacaktır. Zira TBK 12. madde hükmü, kanunda aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin bir Őekle bağlı olmayacağını düzenlemektedir. Türk hukuk sistemimize dâhil edilen ve usulünce yürürlüğe konulmuş olan Montreal Sözleşmesi de bir *kanun* statüsünde olup bu “*kanunda*” hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi için herhangi bir Şart ngrlmediğinden Şekil konusunda tarafların serbest bırakıldığını kabul etmek kanımızca da isabetli bir yaklaŐımdır. Bu nedenle yolcu taşıma sözleşmesinin Şekil açısından yazılı veya szli olarak akdedilmesinin sözleşmenin geçerliliği yönünden bir sakıncası olmayacaktır.

Bu noktada, hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi akdedilirken peş peşe yapılan bir takım işlemler ile çeşitli belgelerin düzenlenmesine ilişkin bir soru akla gelebilir. Montreal Sözleşmesi çeşitli hükümlerinde öngörülen taşıma belgelerinin düzenlemesi (yolcu bileti, bagaj kuponu ve benzeri belgeler), akdedilen yolcu taşıma sözleşmesi açısından bir *geçerlilik Şartı* olmayıp bu düzenlemelerin amacı aradaki hukuki ilişkinin *belgelendirilmesini* ve *ispat kolaylığını* sağlamaktır.²³ Taraflar arasındaki yolcu taşıma sözleşmesinin kurulması için herhangi bir Şekil kuralının geçerlilik Şartı olarak ngrlmemesinin doğal bir sonucu olarak, taşıyıcı ile yolcunun aralarındaki hava yolu ile taşıma taahhüdü konusunda açıkça veya zımnen anlaşmaları da mümkündür. Bu açıdan bakıldığında, ispat kolaylığına dönük belgelendirme işlemlerinin düzenlenmesinin çoğu zaman *zımni* olarak sözleşmenin kurulması anlamına geleceği de unutulmamalıdır. Yabancı Ğretide de örneğin pek çok Şartı içeren yolcu biletinin bir uçak kazasında kaybolması halinde yolcu taşıma sözleşmesinin varlığının başkaca Şekillerde (szli, internet yolu veya başkaca yollarla) ispatlanabileceği vurgulanmaktadır²⁴.

Bu farklı ispat Őekilleri davayı görmekte olan yetkili mahkeme hukukuna göre deĐiŐmekle beraber, bilet kaybolduysa bile bu durum yolcu taşıma sözleşmesini etkilemeyecektir. Kural olarak bir ispat vasıtası olan yolcu biletinin düzenlenip karşı tarafa yani yolcuya verilmesi ve yolcunun bu belgeyi alması gibi taşıyıcı ile yolcu arasında hava yolu ile yolcu taşıma

²² Kırman, Ahmet. “Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1990 s. 25; Kaner, s. 57.

²³ Kaner, s. 57; Canbolat s. 33; lgen, s. 15.

²⁴ Tompkins, s. 78.

taahhüdünü içeren ya da gösteren bir işlemin varlığı halinde taraflar arasında bir taşıma sözleşmesinin varlığı zımnî anlamda var kabul edilmelidir.²⁵ Bu bir kesin karine olarak görülmeyeceğinden aksi ispat edilebilir. Ancak hiçbir belge söz konusu olmadan taraflar *tamamen sözlü olarak* Montreal Sözleşmesi kapsamında bir yolcu taşıma taahhüdünde uzlaşabilirler. İspat açısından güçlük yaratsa da bu durum, sözleşmenin geçerli şekilde kurulması açısından bir engel teşkil etmeyecektir. Diğer bir ifade ile bilet verilmeksizin yapılan hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmeleri de geçerlidir. Biletsiz dahi olsa yolcunun taşıma karşılığı ücret ödediği de varsayıldığında taşıyıcı sözleşmeyi tam ve eksiksiz ifa etme yükümlülüğü altına girer.²⁶ Zira bu durumda yolcu olan taraf, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede TBK madde 97'ye uygun bir şekilde kendi ifasını yapmış olmaktadır ve taşıyıcıya karşı da haklı olarak sözleşmenin ifasını talep etmektedir. Taşıyıcı ise bu ifayı eksik veya hiç yerine getirmediğinde, diğer uygulanma şartları da varsa Montreal Sözleşmesi uyarınca sorumlu olur.

v. Yolcu Taşıma Sözleşmeleri Açısından Rezervasyon

Özellikle internet kullanımının oldukça arttığı günümüzde, yolcuların aylar öncesinden biletlerini tedarik etmek veya uygun bir fiyattan bilet satın almak amacıyla rezervasyon yaptıkları görülmektedir. Bu nedenle, Montreal Sözleşmesi açısından rezervasyon-yolcu taşıma sözleşmesi ilişkisini incelemek önemlidir. Rezervasyon, kesin veya opsiyonlu şekilde karşımıza çıkar. Kesin rezervasyon, yolcunun bileti kredi kartı veya başka şekilde satın aldığı ve böylece sözleşmenin kurulmasının tamamlandığı durumdur. Opsiyonlu rezervasyonlarda ise yolcu, henüz gidip gitmeyeceği belli olmadığından ileride belirli bir tarihe kadar ödemeyi yapıp kesin uçuşunu gerçekleştirebildiği gibi ödemeyi yapmayarak uçuştan vazgeçebilmektedir.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre erken rezervasyonda bulunan yolcu, hava yolu ile taşımanın öngörüldüğü ileriki bir tarihte taşıyıcı ile yolcu taşıma sözleşmesini akdetmeyi arzulamakta olduğundan opsiyonlu rezervasyon halinde *sözleşme yapma vaadi* vardır.²⁷ Bu görüşe göre taşıyıcı tarafından öngörülen zaman diliminde ödemeyi yapan yolcu, sözleşmeyi yapma taahhüdünü yerine getirmiş olur ve taşıyıcıdan uzlaşılan kalkış yerinden varış yerine hava yolu ile kendisini taşımasını isteme yani sözleşmenin ifasını talep hakkına kavuşmuş

²⁵ Sözer, Bülent. "Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları", IX BATIDER 2 (369-403), 1977, s. 383-384. (Kurallar ve Uygulanma Şartları).

²⁶ Bozabalı, s. 44; diğer şartlar da varsa, sözleşmenin varlığının ispatlanmasının Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması için yeterli ve gerekli olacağı konusunda bkz. Tompkins, s. 78-79.

²⁷ Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz: Bozabalı, s.48 dn. 113.

olur. Oysaki önsözleşme, taraflara ileride sözleşmeyi yapma yükümlülüğü getiren bir sözleşmedir. Dolayısıyla bir taraf diğerini veya taraflar birbirlerini belirtilen koşullar oluştuğunda ifaya zorlayabilmektedirler. Önsözleşme alacaklısı olan taşıyıcı burada yolcuyu ifaya zorlayamamaktadır, zira yolcu belirtilen süre içerisinde isterse ödemeyi yapabilmekte veya ödemeyi belirtilen süre içerisinde yapmamaya bağlı olarak taşıyıcı artık sözleşmeyi yapmaktan kurtulmaktadır.

Kanımızca günümüzdeki rezervasyon yapma koşulları göz önüne alındığında, *kesin* rezervasyon halinde sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek gerekecektir. Sözleşmenin kurulması için ücretin *derhal* ödenmesi aksi kararlaştırılmadıkça asli bir unsur değildir. Kaldı ki rezervasyon halinde ücret genellikle, rezervasyon anında kredi kartı gibi vasıtalarla tahsil edilmektedir. Üç ay sonrası belirli bir tarih için İstanbul – Varşova bilet rezervasyonu yaptıran yolcu ile bu rezervasyonu kabul eden taşıyıcı hava yolu arasında TBK madde 1 anlamında taşıma sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olur. Uygulamadaki adı ile *kesin rezervasyon* olan hallerde kanımızca artık sözleşme yapma vaadinden değil, uygun ve karşılıklı irade beyanlarıyla kurulmuş olan bir taşıma sözleşmesinden bahsetmek gerekir.

Opsiyonlu rezervasyon hallerinde yani yolcu belirli bir süre içerisinde karar vermediğinde taşıyıcıya tek taraflı fesih hakkının tanındığı hallerde ise kanımızca bu iptal öncesi rezervasyonu süreye bağlı bir öneri olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle her taşıyıcı hava yolu şirketinin rezervasyon şartlarını her somut olayda ayrıca irdelemek gerekir. Rezervasyonun iptal edilebilir olması başlı başına, sözleşmenin baştan geçerli olarak kurulmasına engel değildir. Bu nedenlerle kesin rezervasyon halinde TBK madde 29 anlamında bir önsözleşme değil, geçerli bir yolcu taşıma sözleşmesi vardır. Opsiyonlu rezervasyonlarda ise süreye bağlanmış bir öneri söz konusudur. Önsözleşmede bir taraf diğerini sözleşme yapmaya zorlayabilmektedir. Oysaki opsiyonlu rezervasyonlarda taşıyıcı yolcuyu sözleşmeyi kurma konusunda yolcuyu zorlayamamaktadır.

Günümüzde rezervasyonların neredeyse tamamının internet yolu ile *yazılı* yapılmasının taşıyıcı hava yolu şirketleri açısından neredeyse zorunlu olarak uygulandığı göz önüne alındığında, rezervasyonda şekil tartışmasının biraz yersiz kalacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle nadir de olsa sözlü şekilde yapılmış bir rezervasyonun da geçerli olması gerektiğini belirtmekle yetineceğiz. Ayrıca “önsözleşme” görüşü çerçevesinde de TBK 29. maddesi gereği “sözleşme yapma vaadi, ileride kurulması arzulanın sözleşmenin yani hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinin geçerlilik şartına” bağlı tutulacağından bilet rezervasyonları konusunda bu görüş uygulanırsa bile şekil serbestisi ilkesi yine de geçerli olacaktır.

B. Hava yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi Uluslararası Nitelikte Olmalıdır

i. Montreal Sözleşmesi'nde *Uluslararası Kavramı*

Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması için, taraflar arasında örtülü veya açık bir şekilde kararlaştırılmış taşıma taahhüdünün varlığı tek başına yeterli olmayıp, bu taahhüdü hava yolu ile *uluslararası* taşıma taahhüdü olması gerekir.²⁸ Montreal Sözleşmesi'nin birinci maddesinin birinci fıkrası açıkça hükümlerinin bir ücret karşılığı yapılan tüm "*uluslararası*" yolcu taşımaları için uygulanacağını ifade etmektedir.²⁹ Bu açıdan madde yüzeysel ele alındığında sanki tüm "dış taşıma sözleşmelerine" yani hareket ve varma yerlerinin iki ayrı ülkede bulunduğu taşımalara Montreal Sözleşmesi'nin istisnasız uygulanacağı anlaşılmaktadır.³⁰ Oysaki Montreal Sözleşmesi'nin birinci maddesinin ikinci fıkrası özellikle şart olarak aranılan "*uluslararası taşıma*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinden söz etmekte ve dış taşımaları sınırlandırarak konuya açıklık getirmektedir. Montreal Sözleşmesi'nin pek de başarılı sayılmayan Resmi çevirisine göre *uluslararası taşıma* öncelikle, taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olarak kalkış ve varış yerlerinin (kararlaştırılmış durak yeri olsun veya olmasın) *iki taraf devlet arasında* yapılan taşımadır. Ayrıca aynı fıkraya göre *başka herhangi bir devletin sınırları dâhilinde kararlaştırılmış bu tür bir duraklama yeri varsa* kalkış ve varış yerlerinin *tek bir taraf devletin sınırları dâhilinde* bulunduğu herhangi bir taşıma da uluslararası olacaktır³¹. Yani, taraf olan veya olmayan başka bir devlette kararlaştırılmış bir duraklama yeri olmaksızın tek bir taraf devletin sınırları dâhilindeki iki nokta arasında yapılan taşıma Montreal Sözleşme'si kapsamında haliyle bir uluslararası taşıma sayılmayacaktır.

Montreal Sözleşmesi'nin bu hükmü göz önüne alındığında; Montreal Sözleşmesi kapsamına girecek olan uluslararası taşımanın ortaya çıkabileceği ilk durum yolcunun sözleşmeye taraf olan ülkeden alınıp, başka bir taraf ülkeye hava yolu ile taşınması durumudur. İkinci hal ise, varma yerinin aynı zamanda kalkış yeri olduğu yani bu iki yerin de taraf olan *tek bir devlette* olması halinde, bu iki nokta arasında *taraf olmasına bakılmaksızın başka bir ülkenin kararlaştırılmış duraklama yeri* olarak kabul edilmesi durumudur.

ii. Tek Yönlü Uluslararası Taşımalar

²⁸ Tompkins, s. 77-78; Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s.396; Ülgen, s. 18.

²⁹ "... *international carriage of ...*" kavramı için bkz. Montreal Sözleşmesi madde 1/f.1.

³⁰ "Dış taşımalar" kavramı için bkz: Kaner, s.54 – 55.

³¹ Montreal Sözleşmesi'nin resmi çevirisi için bkz. 01.10.2010 tarihli ve 27716 sayılı Resmi Gazete.

Uluslararası Sivil Havacılık Organizasyonu'nun ("USHO") güncellenmiş sitesindeki son verilere göre, 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe giren Montreal Sözleşmesi'ne üye olan devletlerin sayısı 111'dir.³² Bu listeden taraf ülkeler olarak Türkiye ve Polonya, sadece Varşova Sözleşmesi'ne taraf olan ülke olarak ise Rusya'yı seçip güzergâh seçeneklerini şema halinde göstererek *uluslararası* niteliği belirlemek kanımızca daha açıklayıcı olacaktır. Her iki uluslararası sözleşmenin de madde 1'in ikinci paragraflarında aynı hükmü içerdiğini vurgulamak gerekir.

Montreal Sözleşmesi'nin tek yönlü uluslararası yolcu taşıma sözleşmelerine uygulanması için, hem kalkış hem de varış yeri ülkelerinin *taşıma taahhüdü anı* itibariyle Montreal Sözleşmesi'ne taraf olması gerekir. Bu nedenle taraf olmayan ülkeden, taraf olan bir ülkeye yapılan uluslararası taşıma veya taraf olan bir ülkeden taraf olmayan bir ülkeye gerçekleştirilecek olan tek yönlü yolcu taşıması Montreal Sözleşmesi hükümlerine tabi olamayacaktır. *Uluslararası* karakteri belirleyici olan, taahhüt edilen taşımada kararlaştırılan kalkış ve varış yerleridir. Taşıma taahhüdünün temelinde örneğin başka bir sözleşmenin ifası amacı yer alsada dahi, uluslararası karakteri verecek *olan taahhüdün kendisidir*³³. Bir Türk işçi, Polonya'daki inşaat firması ile anlaşıp bu firmanın anlaşmalı olduğu bir hava yolu şirketi ile sürekli Türkiye'den uçacağını iş sözleşmesinde kararlaştırırsa da, bu işçinin her bir taşınması taahhüdündeki kararlaştırılan varış-kalkış yerleri iş sözleşmesinden bağımsız olarak uluslararası karakteri belirleyecektir.

Tek yönlü taşımalarda, taahhüt kapsamında kalkış ve varış yeri farklı iki *taraf* ülkede olduktan sonra bu iki nokta arasında çok sayıda kararlaştırılmış veya zorunlu duraklama yerleri olmasının "taşımının uluslararası niteliği" üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Hava yolu şirketinin, hava aracının, kullanılan hava sahası ile yolcunun milliyeti gibi unsurlar da bu noktada önem taşımaz.

Hareket Yeri	Kararlaştırılmış Duraklama Yeri	Varma Yeri	Montreal Sözleşmesi	Varşova Sözleşmesi
Türkiye	Var veya Yok	Polonya	Uygulanır	Uygulanmaz

³² Güncel liste ve detay için: http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf, (erişim: 8.3.2015).

³³ Tompkins, s. 80.

Polonya	Var veya Yok	Türkiye	Uygulanır	Uygulanmaz
Türkiye	Var veya Yok	Rusya	<i>Uygulanmaz</i>	<i>Uygulanır</i>
Rusya	Var veya Yok	Türkiye	<i>Uygulanmaz</i>	<i>Uygulanır</i>

Şemadan görüleceği üzere tek yönlü bir uluslararası taşıma olan Türkiye-Rusya yolculuğu açısından Montreal Sözleşmesi uygulanmayacaktır. Bu durumda, hem Türkiye hem de Rusya'nın taraf olduğu uluslararası sözleşme olan Varşova Sözleşmesi'nin son ortak halinin uyumsuzluğa uygulanması gerekir. Zira tek yönlü uluslararası bu tür bir yolculukta Varşova Sözleşmesi uygulanma şartları oluşmuş ancak Montreal Sözleşmesi uygulanma şartları oluşmamıştır. Montreal Sözleşmesi uygulanma şartları ile Varşova Sözleşme'sinin ilgili birinci maddesi içerik olarak aynıdır. Hem Rusya hem Türkiye, Varşova Sözleşmesi'ne taraf olan iki ülke olduğundan tek yönlü uçuş bu iki *taraf* ülke arasında gerçekleşmektedir.

Montreal Sözleşmesi'nin Varşova Sözleşmesi'nin *yerini alan yeni* bir uluslararası sözleşme olmadığını, her iki sözleşmenin de yürürlükte olduğunu belirtelim³⁴. Bu husus Montreal Sözleşmesi madde 55 ile de açıkça pekiştirilmiştir. Ayrıca Montreal Sözleşmesi'nde eski sözleşmeleri kaldırmaya yönelik açık hüküm yer almamaktadır. Hüküm sadece, taraf devlet açısından her iki sözleşmenin de uygulanabildiği hallerde öncelliğin Montreal Sözleşmesi'ne verilmesini düzenlemektedir. Bu nedenle Türkiye-Rusya arasında yapılan tek yönlü bir uçuşta bu uçuşun Varşova Sözleşmesi'ne taraf iki devlet arasında gerçekleştiği kanımızca ileri sürülebilir.

Tek yönlü taşımalarda, uygulamada tek bir hava yolu ile yolcu taşınabildiği gibi seri halinde birkaç hava yolu ile yapılan taşıma sözleşmelerine istinaden taşıma taahhüdünün bölümlere ayrılıp her bir bölüm veya bölümlerin ayrı taşıyıcılara yaptırılması da mümkündür.³⁵ Önemli olan nokta, kararlaştırılan bu farklı bölümler yani müstakil edimlerin *tek bir taşıma işi* olarak taraflarca kabul edilmiş olmasının gerekliliğidir. Buna göre, konumuz açısından bu tür taşımaların³⁶ tek bir taşıma kabul edilip ona göre kalkış ve varış yerleri tespit edilerek uluslararası karakter var mı diye bakılmalıdır. Yani taşımanın bütünü uluslararası nitelikte ise örneğin İstanbul – Moskova, Moskova – St. Petersburg ve St. Petersburg – Varşova şeklinde

³⁴ Tompkins, s. 101.

³⁵ Tompkins, s. 80-81; Kaner, s.55; Uzun, s. 45

³⁶ “Mütevalli taşıma” kavramı detay için bkz: Uzun, s. 45, 46.

üç ayrı bölümden oluşan ancak *üç bölümün de bütün teşkil edeceği kararlaştırılmış* tek yönlü bir taşımayı düşünelim. Bu durumda örneğimizdeki taşıma bütün olarak değerlendirilir ve bu taşıma *sanki İstanbul'da başlayıp, Varşova'da bitmiş bir tek yönlü taşıma gibi* uluslararası niteliği haiz olur. İşte taşımanın bu uluslararası karakteri, taşımanın tüm bölümlerine yansıtacağından bir bölüm Montreal Sözleşmesi'nin kapsamına girmese bile (Moskova-St. Petersburg, İstanbul - Moskova) bu kısım da Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir. Bu tür durumlarda, taşıma taahhüdü bir taraf ülkede başlayıp başka bir taraf ülkede sona ereceğinden, bazı bölümler aynı ülkenin iki şehri arasında gerçekleşse bile taşımanın bu kısmı dâhil tamamı Montreal Sözleşmesi'ne tabi olacaktır³⁷.

iii. Gidiş-Dönüş (Roundtrip) Şeklindeki Uluslararası Taşımalar

Gidiş- dönüş şeklindeki seyahatlerde ise durum karmaşık bir hal alabilmektedir. Uluslararası taşıma eğer bir taraf ülkede başlamış ve aynı taraf ülkede son bulmuş ise bu halde, arada taraf olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir ülkenin *durak yeri* olarak taraflarca *kararlaştırılmış* olması Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması için ana şarttır.

Hareket yeri ile varma yerinin aynı olacağı *round-trip* hallerinde *ilk hareket yerinin Montreal Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkede olması* durumunda sözleşmenin uluslararası karakterli olup olmayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız yabancı öğretideki görüşe göre, Montreal Sözleşmesi'nin birinci fıkrası yeterince "açık" olduğundan taraf olmayan bir ülkede başlayıp aynı ülkede sona eren bir *roundtrip* taşıması Montreal Sözleşmesi hükümlerine tabi olmayacaktır³⁸. Örnek vermek gerekirse *Rusya-Polonya-Rusya* veya *Rusya-Türkiye-Polonya-Tayland-Rusya* şeklindeki *roundtrip* yolculukları Montreal Sözleşmesi kapsamında değildir. Zira aradaki kararlaştırılan duraklama yerlerine rağmen, nihai olarak biniş ve iniş yerleri Rusya gibi taraf olmayan bir devlette gerçekleşmektedir. Bu örneklerimizde, Varşova Sözleşmesi'nin Rusya açısından uygulanma şartlarının oluştuğunu ise tekrar vurgulamakla yetinelim.

Dikkat edilirse gidişin ve de dönüşün gerçekleştirileceği aynı ülkenin sözleşmeye *taraf* olup olmaması ile arada *kararlaştırılmış duraklama yerinin* varlığı Montreal Sözleşmesi hükümlerinin *gidiş-dönüş* şeklindeki taşımalara uygulanabilirliğini belirleyecektir. Aynı ülkeye, kararlaştırılmış duraktan hava yolu ile dönüş yapmak yeterlidir. Aynı ülke içinde ilk kalkılan şehre veya aynı havalimanına dönüş zorunluluğu Montreal Sözleşmesi'nin

³⁷ Tompkins, s. 82.

³⁸ Tompkins, s. 80.

uygulanması için gerekli değildir. Benzer şekilde *roundtrip* taşımalar için de küçük bir şema yapalım:

İlk Hareket Yeri/ Nihai Varma Yeri	Kararlaştırılmış Durak Yer(ler)i	Varma Yeri/ Dönüş yani İlk Hareket Yeri	Montreal Sözleşmesi	Varşova Sözleşmesi
Polonya	Rusya	Polonya	Uygulanır	Uygulanmaz
Rusya	Polonya	Rusya	<i>Uygulanmaz</i>	<i>Uygulanır</i>
İstanbul	St. Petersburg, Varşova	Ankara	Uygulanır	Uygulanmaz
Türkiye	...	Türkiye	<i>Uygulanmaz:</i> Sadece iç taşıma olur bu durumda...	<i>Uygulanmaz:</i> Sadece iç taşıma olur bu durumda...

iv. *Kararlaştırılmış Duraklama Yeri Kavramı*

Taşıma sözleşmesinin uluslararası niteliği saptanırken, duraklama yerinin varlığı tek başına Montreal Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Bu duraklama yerinin ayrıca taraflarca hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi kapsamında *karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile* kararlaştırılmış olması gerekir. Sözleşmenin bir unsuru olan kararlaştırılacak duraklama yeri konusunda tarafların sözlü veya yazılı bir şekilde anlaşmalarında bir sakınca yoktur. Uygulamada genellikle uzun mesafelerde veya taşıyıcının

doğrudan tek seferde uçuş imkânı sağlamadığı uçuşlarda bilette aktarma yapılacak ülke, şehir ile havalimanının da yazıldığını görmekteyiz. Bu durumda, biletini bu şekilde alıp ödemesini de yapan yolcu ile taşıyıcı arasında kararlaştırılmış duraklama yeri konusunda anlaşma sağlanmış demektir. Duraklama yerinin tespitinin, değişiklik yapılmasının veya tayininin taşıyıcıya bırakıldığı hallerde, taşıyıcının bu hususlardaki yetkisini kullanması taşımanın uluslararası karakterine zarar vermez³⁹, ancak bu yetkilerin sözleşmede kararlaştırılan yetkiler dâhilinde usulünce kullanılması kanımızca zorunludur. Aksi durumda, duraklama yeri üzerinde uzlaşma sağlanmamış olacaktır.

Örneğin St. Petersburg'un hiçbir şekilde taraflarca durak yeri olarak kararlaştırılmadığı ve kalkış yerinin Varşova olduğu bir durumu düşünelim. Bu halde kalkışı gerçekleştiren hava aracının teknik bir arızadan ötürü St. Petersburg'a *zorunlu iniş* yaptığı varsayımında, sorun giderildikten sonra uçağın Polonya'ya dönmesi durumunda uluslararası bir taşıma sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir. Çünkü bu durumda sözleşmede kararlaştırılmış bir duraklama yeri yoktur.

Hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyıcı yolcuyu, kendi gözetim ve denetimi altında bir yerden(hareket yeri) başka bir yere(varma yeri) en uygun şekilde ulaştırma taahhüdü altına girmektedir. Bu bağlamda hava aracı ile izlenen yola genellikle “güzergâh” adı verilmektedir.⁴⁰ Ancak haklı olarak vurgulandığı üzere güzergâh belirlemede mühim olan tarafların üzerinde sözleşme çerçevesinde uzlaştıkları noktalardır yoksa “fiilen takip edilen yol” güzergâh olmadığı gibi⁴¹, bu yolun uzunluğu da Montreal Sözleşmesi uygulaması açısından önemli değildir. Bu nedenle kararlaştırılan duraklama yeri dışında, fiili olarak başka bir yolun takip edilmesi özellikle *gidiş-dönüş* hallerinde önemli olacaktır. Tek yönlü uçuşlarda zorunlu duraklamalar da dâhil fiili güzergâhın kısmen değişikliğe uğraması önemsizdir, yeter ki varış yeri olan diğer *taraf* ülkeye yolcu taşınmakta olsun. Önemle vurgulayalım ki bir kere kararlaştırılan duraklama yerinde iniş yapan hava aracı buradan dönüş için havalandığı esnada teknik bir arıza ile taahhüde yabancı bir ülkede iniş yapsa da bu taşıma, *aynı ülkeye en nihayetinde dönüş yapma taahhüdü* varsa Montreal Sözleşmesi'ne tabi olacaktır.

v. *Hareket Yeri ve Varma Yeri Kavramları*

³⁹ Uzun, s. 44.

⁴⁰ Bozabalı, s. 23.

⁴¹ Uzun, s. 43.

Taşıma sözleşmelerinde birden çok duraklama yeri olabilmesine rağmen, doğal olarak sadece tek bir hareket yeri ile tek bir varma yeri olacaktır⁴². Genellikle *hareket yeri*, taşıyıcının taşıma sözleşmesi ile üstlendiği edimlerin ifasına yönelik olarak ifa fiillerine ilk başladığı yer olarak tanımlanırken, *varma yeri* ise taşıyıcının sözleşmeden doğan tüm edimlerinin ifasının tamamlanacağı, taşıma sözleşmesinin sona erip taşıyıcının hâkimiyetinin son bulacağı yer olarak tanımlanmaktadır.⁴³ Hava yolu ile yolcu taşımalarının uluslararası karakteri tespit edilirken, önemli olan taşıma taahhüdünde öngörülen bu iki yer arasında hava yolu ile yolcu taşıma taahhüdünün taşıyıcı tarafından yerine getirilmiş olmasıdır. Yoksa tekrar önemle belirtmek gerekir ki bu taşımada kullanılan taşıma aracının niteliği, milliyeti, yolcunun tabiiyeti, aracın mülkiyeti ve bayrağı gibi hususların taşımanın uluslararası karakteri ve Montreal Sözleşmesi açısından bir önemi yoktur. Bu hususların elbette, Montreal Sözleşmesi kapsamına girmeyen bir uyuşmazlıklarda *yabancılık* unsurunun Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) anlamında varlığı aranırken Türk hukuku açısından önemli olacağını ise vurgulamakta yarar vardır.

Aynı hava aracındaki kimi yolcular için bu yolculuk, salt *iç taşıma* niteliği haiz bir taşıma iken diğer yolcular için aynı yolculuk MÖHUK kapsamında yabancılık unsurlu bir taşıma olabilir. Ayrıca aynı hava aracındaki başka yolcular için de Montreal Sözleşmesi'nin hükümlerine tabi olacak *uluslararası* nitelikte bir taşıma da söz konusu olabilecektir. Bu nedenle her yolcu açısından, hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinin kapsam ve şartlarının ayrıca değerlendirilmesinde yarar vardır.⁴⁴ Örneğin İzmir'den Varşova'ya gidecek olan İstanbul aktarmalı uçakta, İstanbul'da inecek olan Brezilya vatandaşı yolcunun bu taşımadan zarar görmesi durumunda uyuşmazlık yabancılık unsuru içerdiğinden bahisle MÖHUK uyarınca çözümlenecektir. Brezilyalı yolcu açısından sadece vatandaşlığından dolayı yabancı unsurlu bir iç taşıma vardır yoksa uluslararası bir taşıma yoktur. İstanbul'da iniş yapan Türk vatandaşı yolcunun taşınması salt iç taşıma niteliğinde olup, bu yolculuktan kaynaklanabilecek bir sözleşmesel talep Türk Sivil Havacılık Kanunu hükümleri ile TBK genel hükümlerince çözümlenecektir. Aynı hava aracında İstanbul'dan Varşova'ya devam edecek olan yolcular açısından varma ile kalkış yerlerinin taraf ülkelerde olması dolayısı ile ortada *tek yönlü uluslararası bir hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi* mevcuttur ve bundan doğacak olan sözleşmesel talepler Montreal Sözleşmesi hükümlerince çözümlenecektir.

vi. Yolcunun Niyeti ile Uluslararası Nitelik İlişkisi

⁴² Tompkins, s. 80.

⁴³ Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s. 397; Kırman, s. 45; Bozabalı, s. 23.

⁴⁴ Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s. 398; Kırman, s. 41; Ülgen, s. 18-19.

Yolcunun, taşıma sözleşmesi yapmasındaki amacı taşımanın uluslararası karakterini doğrudan etkilemez. Bir yolcunun *farklı zamanlarda* İstanbul- St. Petersburg ve St. Petersburg – Varşova olmak üzere aynı hava yolu şirketinden birer adet bilet aldığını düşünelim. *Bu biletlerden birinin diğerine referansta dahi bulunmadığı yani birbirinin devamı olarak kararlaştırılmadığı* durumlarda iki ayrı sözleşme var olacak ve yolcunun iki ayrı taşıma biletini tek bir uluslararası taşıma olduğu (İstanbul – Varşova) yönündeki subjektif niyeti dikkate alınmayacaktır⁴⁵. Tarafların objektif niyetleri ve birbirine uygun irade beyanları önem arz ettiğinden, yabancı mahkemeler genellikle yolcu bileti ile taşıma taahhüdündeki şartları uluslararası niteliğin tespitinde nazara almaktadırlar. Yabancı öğretide, birbirine uygun yolcu ile taşıyıcı niyetlerinin önemli olduğu hatta bilette yanlış anlaşılma olabileceğinden bu *ortak niyetin* mahkemelerce öncelikle nazara alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁴⁶. Özellikle bir kazada tüm yazılı belgelerin kaybolduğu bir durumda, bu tür ortak niyetin yani karşılıklı ve uygun irade beyanının tespiti oldukça önemli olacaktır.

Gerçekten de günümüzde gerek göçmenlik yasaları gerekse de ekonomik avantajlardan ötürü yolcunun, gerçek niyeti ile örtüşmeyen değişik şekillerde taşıma sözleşmeleri yapabildiği bilinen bir husustur. İstanbul’dan New York’a giden yolcu açısından bu durum pek karmaşık değildir zira bu tek yönlü taşıma yine de Montreal Sözleşmesi’ne tabi olacaktır. Oysaki İstanbul-Rusya-İstanbul biletini *tek yönlü uçuşa nazaran daha ucuz olduğu için satın alan ve fakat dönüş biletini sürekli erteleyen* kişi aslında dönüş yapmak istememektedir. Burada bu yolcunun asıl niyeti tek yönlü yolculuk olmasına rağmen, gidiş-dönüş bileti satın almıştır. Bu tür durumlarda yolcunun tek taraflı niyeti önem taşımayacaktır. Yolcu isterse erteleyebildiği en nihai sürenin sonunda dönüş biletini *kullanmış* veya kullanmamış olsun, bu durumda taşıma Montreal Sözleşmesi’ne tabi olacaktır. Kanımızca bu durumda artık yolcunun tek taraflı niyetine bakarak tek yönlü uçuş olduğuna değil, gidiş-dönüş şeklinde Montreal Sözleşmesi’ne tabi bir uluslararası taşımanın olduğunu kabul etmek gerekecektir.

C. Hava yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi Ücret Karşılığında Yapılmalıdır

i. Ücretin Niteliği ve Kapsamı

Montreal Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinde yolcunun bir *ücret* karşılığında taşıyıcı tarafından taşınması söz konusu olmakta, yolcunun asli edimini taşıyıcının taahhüdünü yerine getirmesine karşılık ona kararlaştırılan bedeli

⁴⁵ Kruger v. United Airlines, 481 F.Supp.2d 1005 (N.D.Calif. 2007).

⁴⁶ Tompkins, s. 84; In re Alleged Food Poisoning Incident - Al-Zamil v. British Airways, 770 F.2d 3, paragraf 5-7(2nd Circuit, 1985) davasında mahkeme taşıma sözleşmesini yapan “tarafların ortak niyetini” (by reference to the intent of the parties) nazara alarak varış yerini tespit etmiştir.

ödeme borcu oluşturmaktadır. Nitekim Montreal Sözleşmesi, uygulama kapsamını belirleyen birinci maddesinin ilk fıkrasında “ücret karşılığında” (for reward) demek sureti ile bu hususu vurgulamış, ücrete tabi olmayan taşımaları kural olarak kapsamı dışında bırakmıştır.⁴⁷

Montreal Sözleşmesi hükümlerinde ücretin nitelik ve kapsamının tayini hususunda herhangi bir düzenleme öngörülmediğinden bu husus, uyuşmazlığın önüne geldiği yetkili mahkemece kendi hukukunu uygulamak suretiyle ve tarafların iradelerinin yorumu ile açıklığa kavuşturulacaktır. Türk hukuku açısından ücret kavramı geniş bir biçimde ele alınmakta ve hava yolu ile yolcu taşıyıcısının malvarlığı açısından bir değer ifade eden her türlü edimin ücretin ifası kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır.⁴⁸ Türk mahkemeleri Montreal Sözleşmesi kapsamında ücret kıstasının yerine getirilip getirilmediği hususundaki uyuşmazlığı çözeceği zaman, taraflar arasında parasal bir edim değil de, iş görme veya başka suretle taşıyıcıya *parasal değeri olan menfaat* sağlandığı durumların zımni olarak kararlaştırıldığı hallerde dahi ücret şartının yerine getirildiğine hükmedebilecektir. Örneğin normal zamanlarda uçuş ekibinde olduğu aynı uçakla, bu kez izinli olarak ve tatil amaçlı uçan hostesin, ücreti parasal olarak kararlaştırmayıp taşıyıcıya karşı *fazladan çalışmayı üstlendiği* bir uluslararası hava yolu ile yolcu taşımada kanımızca Montreal Sözleşmesi açısından ücret karşılığında taşıma şartı gerçekleşmiş sayılmalı ve taşıma Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Ücret sayılabilecek bu tarz bir menfaatin taraflar arasında kararlaştırılması hususu her yolcu için ayrıca değerlendirilmelidir. Yolcu ile taşıyıcı arasındaki özel bazı ilişkiler dikkate alınarak (vekâlet, hizmet ilişkisi vesaire), farklı ücret şekillerinin (taşıyıcıya bir mal sağlama, fazla çalışma) ortaya çıkması mümkündür. Bu tür durumlarda ücret para cinsinden olmamakla beraber, Montreal Sözleşmesi anlamında ücret şartı yerine getirilmiş olacaktır.

Sonuç olarak ücret istemekten vazgeçen taşıyıcı açısından bu tür bir taşıma, eğer bir menfaat yani *malvarlığında bir artış* meydana getiriyorsa bir ücretsiz taşıma değildir. Zira farklı bir görünümde olmasına karşın ortada bir ücret yani *karşılık* söz konusudur. Çünkü belirtildiği üzere, taşıyıcı açısından hak kazanılan ücret her daim *maddi karşılığı olan ve para ile ifade edilebilen bir karşılık veya edim* olarak anlaşılacaktır.⁴⁹

⁴⁷ “...reward” kavramının *ücreti* de kapsayan daha geniş bir kavram olduğu kanaatindeyiz, bu kavram ödül ve daha doğru bir çeviri ile *karşılık* olarak anlaşılmalıdır. Türk hukukunda ücret kavramının zaten, örneğin 4857 sayılı Türk İş Kanunu açısından, geniş olarak ele alınması bu görüşümüzü desteklemektedir. Ücret sadece bilet parası olarak değil, taşıyıcının yolcu taşımada elde ettiği tüm menfaatler veya karşılıklar olarak anlaşılmalıdır.

⁴⁸ Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s. 394; Ülgen, s. 17, Bozabalı, s. 25.

⁴⁹ Bozabalı, s.25 dn: 25; yazar burada ivaz – ücret konusundaki doktrinsel tartışmalara da vurgu yapmaktadır.

ii. Ücretsiz Taşımlar ve İstisnai Haller

Montreal Sözleşmesi'nde, kural olarak kapsam dışında tutulan ücretsiz taşımalara birinci maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde bir *istisna* getirilmektedir. Bu hüküm uyarınca *karşılıksız* olarak yolcuya karşı hava yolu ile taşıma taahhüdünde bulunulması durumunda bile Montreal Sözleşmesi *bazı* istisnai hallerde yine de uygulama alanı bulacaktır. Bu özel hüküm dolayısıyla, Montreal Sözleşmesi uyarınca “yolcu” statüsü kazanmak için yolcunun ücret ödemesi bir genel şart değildir⁵⁰.

Bu tarz ücretsiz taşımlar, özel bazı kanunlardan veya ticari teamülden ileri gelebilmektedir. Uygulamada örneğin hava yolu ile yolcu taşımalarında belirli bir yaş grubu altında olan çocuk yolcuların “ücretsiz” olarak taşındığı, refakatçi ebeveynlerin ise kendi biletlerini satın aldığı, belirli yaş grubu çocukların ise indirimlerden yararlanarak yolculuk yaptığı bilinmektedir. Ancak genellikle bebek yolcuların anne kucağında taşınmasında dahi dolaylı veya az da olsa bir ücret alındığından bu tür taşımlar *ücretli* taşımlar olacaktır. Montreal Sözleşmesi'nin bir amacının da, Varşova Sözleşmesi sisteminin aksine, *artık oldukça gelişmiş olan hava yolu şirketleri karşısında yolcuyu korumak olduğu* da göz önüne alındığında, *tamamen ücretsiz* taşınan çocuk *varsa bile* yolcuların sadece ücret şartından ötürü Montreal Sözleşmesi'nin tanıdığı imkânlardan mahrum bırakılmasının doğru olmadığı konusundaki görüşü benimsiyoruz.⁵¹ Ayrıca tamamen ücretsiz olsa bile, bebek yolcular “ticari bir faaliyet” kapsamında taşınmakta olduğundan istisna kapsamında değerlendirilecek ve Montreal Sözleşmesi'ne tabi olacaktır.

İşletme konusu *genel* havacılık olmamasına rağmen, uluslararası bir yolcu (uzman, haberciler vesaire) taşınmasını hava aracı (yangın söndürme helikopteri, ilaçlama veya reklam uçağı gibi) ile gerçekleştiren taşıyıcılar, bu taşıma ücretsiz olsa bile istisna kapsamında değerlendirilmekte ve Montreal Sözleşmesi hükümlerine tabi olmaktadır.⁵² Ancak kar amaçlı uçuş yapması beklenen özel havayolu şirketinin bu işletme amacı dışında tamamen ücretsiz şekilde yolcu taşıdığı hallerin, Montreal Sözleşmesi'nin birinci maddesinin son cümlesine dâhil olmadığını vurgulamak gerekir. Mahkeme, *Block v. Compagnie Nationale Air France* davasında, kar amaçlı kurulan özel “hava yolu teşebbüsünün” tamamen ücretsiz taşıma yaptığı özel hallerin Varşova Sözleşmesi dışında tutulduğunu ve belirtilen istisnanın bu amacı taşıdığını vurgulamıştır⁵³. Yine benzer şekilde, Porto Riko mahkemesi 2011 yılında verdiği

⁵⁰ Sulewski v. Federal Express, 933 F.2d 180 (2nd Cir.1991).

⁵¹ Benzer yönde bkz. Bozabalı, s. 26 dn. 27.

⁵² Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s. 395; Kırman, s. 53; Uzun, s. 48.

⁵³ Block v. Compagnie Nationale Air France, 386 F.2d 323 (1967).

önemli bir kararında “kaza zamanında *ticari* bir hava yolu” olarak faaliyette bulunmayan ve *ücret almaksızın* özel bir uçuşla arkadaşlarını taşıyan bir davalı şirketi Montreal Sözleşmesi uyarınca sorumlu tutmamıştır⁵⁴. Bir işçinin, işveren tarafından aralarındaki hizmet sözleşmesi gereği kargo uçağıyla evine gönderilmesi halini de mahkeme Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirmemiş, yani bu istisnaya tabi tutmamıştır⁵⁵.

Hava yolu şirketinin çalışanlarını, verdiği ücretsiz bilet karşılığında hava yolu ile taşınması hususundaki uyuşmazlıklar ile *ödül bir biletle* “*ücretsiz*” taşınma hakkı elde eden yolcunun hava yolu ile uluslararası bir uçuş yapmasına dair sözleşmesel taleplere de Montreal Sözleşmesi’nin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. “*Ücretsiz*” bilet de olsa küçük meblağdaki zorunlu vergi gibi ücretlerin de yine de yolcu tarafından ödendiği uygulaması da göz önüne alındığında ücret şartının gerçekleştiğinin bu bağlamda da kabulü gerekir. Yolcu tarafından nihai olarak ödenen miktarın kamusal bir alacak olup olmamasının kanımızca bu noktada bir önemi olmayacaktır. Taşıyıcının *hiçbir suretle bir karşılık* almadığı ve yukarıdaki istisna kapsamına da girmeyen tüm *ücretsiz* taşımalar ise Montreal Sözleşmesi’nin kapsamının dışında kalacaktır.

iii. Kararlaştırılan Ücretin Üçüncü Kişilerce Ödenmesi

Yeri gelmişken önemle belirtelim ki ücretin yolcu ad ve/veya hesabına *üçüncü bir şahıs* tarafından ödenmesinde Montreal Sözleşmesi’nin uygulanması açısından kural olarak bir engel yoktur. Kaldı ki asıl borçlu olan yolcunun *şahsen ifasında taşıyıcının menfaatinin olmadığı hallerde* üçüncü bir kişinin ifası TBK anlamında borcu sona erdirecektir. Çünkü TBK madde 83 gereği borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Uygulamada da örneğin bilet alımlarında üçüncü bir kişinin kredi kartı ile ödemenin yapılması ya da şirket hesabından çalışanlara bilet alınması gibi durumlara sıklıkla başvurulmaktadır. Bu tür ödemelerde, uçacak yolcu açısından ücret ödeme borcunun gerçekleşmiş sayılmasına kanımızca engel yoktur.

D. Hava yolu ile Yolcu Taşıma Hava Aracı ile Yapılmalıdır

i. Hava Aracının Tanımı

“*Ücret karşılığında hava aracı ile uluslararası taşıma*” ifadesinden, Montreal Sözleşmesi’nin uygulanması açısından hava aracı⁵⁶ ile taşıma yapılmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Montreal Sözleşmesi’nde hava aracının tanımı yer olmadığından, hava aracından ne

⁵⁴ Lavergne v. Atis Corp, 767 F.Supp.2d 301 (2011).

⁵⁵ Sulewski v. Federal Express, 933 F.2d 180 (2nd Cir.1991).

⁵⁶ Bkz. Madde 1: “...by aircraft ...”.

anlaşılması gerektiğinden söz etmek gerekir. Tekrar kısaca belirtelim ki, hava yolu ile yolcu taşımada kullanılacak olan hava aracının büyüklüğü, bayrak taşıyıcısı sıfatı, maliki ve benzeri bilgiler Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması açısından bir önem arz etmez. Ancak Montreal Sözleşmesi uygulanacak hükümler bağlamında *yeknesaklığı* amaçlar iken, hava aracının tanımını yapmaktan geri durmakla aslında farklı uygulamaların da önünü açmıştır.

*Zira sübjektif sistemlerde*⁵⁷ yani *hava aracı olarak nitelenebilecek olan araçların tüketici sayımla ele alındığı sistemlerde*, tüketici olarak sayılanlar arasında olmayan bir araç ile taşıma yapıldığı zaman uyuşmazlık Montreal Sözleşmesi'nin kapsamından çıkabilmektedir. Teknolojik gelişmeler de ele alındığında kanımızca daha uygulanabilir olan ve Türkiye'de de uygulanan *objektif sistemde*, yani hava aracı tanımının yapılıp bu kapsama girecek olan tüm araçların da hava aracı sayıldığı sistemde ise hava aracının sayılan özellikleri taşıyıp taşımadığına bakılmaktadır.

ii. Türk Hukuku Açısından Hava Aracı Kavramı

Montreal Sözleşmesi açısından hava aracının varlığı incelenirken, Türk hukuku kapsamında meseleyi ele almak gerekir zira Montreal Sözleşmesi bu hususta bir tanım yapmamıştır. Bu durumda, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu ("TSHK") madde 3/b ile de uyumlu şekilde hava aracının objektif tanımını dikkate alarak bir kaniya ulaşmak mümkündür. Bu maddeye göre *havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyeti olan* her tür araç Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak Montreal Sözleşmesi'ne taraf başka bir ülke olan Almanya'da hâkim sübjektif sistem gereği taşımada kullanılan aynı aracın listede sayılmadığına karar verilebilecektir.

Türk hukuku açısından *teleferik, asansör* hava aracı sayılmazken; havada seyredebilme kabiliyeti haiz uzaktan kumanda edilen uçaklar, uzay araçları, uçan balonlar, helikopter ve benzeri araçlar ile yapılacak olan bir uluslararası yolcu taşıması Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir. Özellikle sınır komşusu veya çok yakın olan iki taraf ülke arasında, gelişen teknoloji sayesinde ve bürokratik bazı sorunların da giderilmesi sonucu çok daha basit bir hava aracı ile yapılacak yolculuk pekâlâ Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilecektir. Ücret karşılığında bir X turizm şirketi tarafından uçan balon ile beş yolcunun İstanbul'dan alınıp, bir Yunan adasına ücret karşılığında götürülmesi halinde Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması için gereken tüm şartlar kanımızca oluşmuştur. Teknolojik imkânlarla farklı bir asansör veya teleferiğin geliştirilmesi ile bu araçların da

⁵⁷Almanya örneği için bkz. Uzun, s. 46 dn. 141.

ileride hava aracı kapsamına alınması mümkündür. Nitekim uygulamada da hava aracı kavramının geniş bir biçimde *güncellenebilecek* şekilde ele alınması gerektiği görüşü hâkimdir.⁵⁸ Bu açıdan, normalde havalanma özelliği olmayan howercraft aracının, *uçabilmesinin mümkün kılındığı* bir durumda bu aracın da Montreal Sözleşmesi kapsamında ele alınabileceği unutulmamalıdır.⁵⁹

E. Hava yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi'nin Konusu Canlı İnsan Olmalıdır

Montreal Sözleşmesi açısından hava yolu ile uluslararası yolcu taşıma sözleşmesinin bir tarafında yolcuyla sağ ve zamanında varma yerine ulaştırma taahhüdünde bulunan taşıyıcı, diğer tarafta ise taşıyıcıya maddi değeri olan bir menfaat sağlama borcu altına giren yolcu yer almaktadır. Yolcu ise öğretilde, taşıyıcının taşımayı üstlendiği hava aracı personeli dışında kalan *canlı kişi* diye tanımlanmaktadır.⁶⁰ Tüzel kişilerin taşınması söz konusu olmayacağından yolcu taşıma sözleşmesinde yolcu, ancak *hava aracında fiilen bulunacak, mürettebattan olmayan, gerçek ve canlı bir kişi* olmalıdır. Bu değerlendirme eşliğinde Montreal Sözleşmesi açısından bir cenazenin veya hayvanın uluslararası taşınmasının, yolcu taşıma sözleşmesi kapsamında ele alınmayacağını ve bu taşımaların yolcu sözleşmeleri için öngörülen yüksek sorumluluk miktarlarından yararlanamayacağını da vurgulamakta yarar görüyoruz.

3. Montreal Sözleşmesinde Yolcu Taşıma Sözleşmesinin Tarafları

I. Yolcu

A. Yolcu Sifatının Kazanılması

Montreal Sözleşmesi açısından *yolcu* sıfatının kazanılabilmesi için gerçek ve canlı bir kişinin, hava yolu ile uluslararası yolcu taşıma sözleşmesinde, *taşıyıcının karşısında bizzat* taraf olarak veya *yararına sözleşme yapılan kişi* olarak yer alması gerekir. Yolcu, hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde ücreti ödeyen taraf demek değildir. Yolcu; kendisine karşı hava yolu ile taşınacağı konusunda taşıyıcı tarafından taahhütte bulunulan ve bu edimin yerine getirilmesi konusunda taşıyıcı ile karşılıklı olarak doğrudan veya birileri aracılığıyla anlaşmış kişi demektir. Bir üçüncü şahsın yolcu lehine taşıyıcıyla sözleşme akdetmesinde, üçüncü kişi yararına sözleşme durumu söz konusu olabilir. Örneğin bir şirket, çalışanı için uçak bileti alıp taşıma işinde taşıyıcı ile uzlaştığı zaman TBK madde 129 anlamında üçüncü kişi (yolcu)

⁵⁸ Kırman, s. 57; Bozabalı, s. 38; Canbolat, s. 9-10.

⁵⁹ Geliştirilmekte olan yeni hava araçları için bkz: <http://argevetasarim.com/yeni-hovercraft-araci/>, (erişim 17.03.2013).

⁶⁰ Kırman, s. 25; Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s. 396; Ülgen s. 48.

yararına bir sözleşme var olacaktır⁶¹. Bu durumda çalışan yolcu sıfatı haiz iken, şirket sözleşmenin tarafı olarak yer alacaktır. Belirtilen koşullarla taşınma, yolcu sıfatı haiz çalışan lehine konulmuş bir edimdir ve şirket bu edimin yolcuya ifasını istemektedir.

Taşıma taahhüdü konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olmaması durumunda, Montreal Sözleşmesi kapsamında “yolcu” veya “yolcu taşıma sözleşmesi” kavramlarından bahsetmek mümkün değildir. Bu karşılıklı irade beyanları ile sözleşme kurulduğu anda taşınacak olan gerçek kişi artık *yolcu* sıfatı haiz olacaktır. Bu nedenle, yolcunun taşıyıcı tarafından böyle bir taahhüt olmaksızın yani aralarında akdedilmiş bir hava yolu ile taşıma sözleşmesi olmaksızın uçağa binmesi durumunda yolcu, *kaçak yolcu* olarak değerlendirilmekte ve Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemektedir.⁶² Bazen personellerin dalgınlığından yararlanan birtakım şahısların hava aracına bu şekilde binış yaptıkları bilinmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki bu şekilde uçağa binen yolcuların “sözleşmesel” taleplerine Montreal Sözleşmesi uygulanamayacaktır.

B. Yolcunun Gecikmesi veya Uçuşu Kaçırması

Hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesine taraf sıfatının kazanıldığı andan, taşıyıcı tarafından taahhüdünün tam ve eksiksiz olarak ifa edildiği ana kadar yolcunun *yolcu* sıfatını sona erdirecek davranışlardan uzak durması gerekir. Yolcunun *taşıyıcının hâkimiyeti ve kontrolü altında olması* sözleşmenin ifasına başlanması ve taahhüdün taşıyıcı tarafından yerine getirilmesi için önemli bir şarttır. Bu nedenle binış işlemleri ve taşıyıcının hâkimiyetine girmeye dönük işlemler bir görüşe göre, yolcunun alacaklı temerrüdüne düşmesini engelleyen ve taşıyıcı tarafından ifanın gerçekleşmesi için alacaklı olan yolcu tarafından yerine getirilmesi şart olan birtakım külfetler olarak değerlendirilmektedir.⁶³

Kanımızca gerekli işlemlere başlanması için *havaalanında* bulunması gereken zamanda bulunmamak ve/veya kararlaştırılan yer ve zamanda *hava aracında* bulunmamak aslında, taşıyıcının edimini ifa etmesini engelleyen *yolcudan kaynaklı* sebeplerdir. Taşıma sözleşmesinin tarafı olmasına rağmen, belirtilen hava aracında bulunmayan yani taşıyıcının

⁶¹ Madde 129:

C. Üçüncü kişi yararına sözleşme

I. Genel olarak

Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir.

Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.

⁶² Canbolat, s. 17; Bozabalı, s. 41; Ülgen, s. 48.

⁶³ Bozabalı, s. 40.

hâkimiyetine tabi olmayarak uçuşunu kaçırmış olan bir kimse ise yolcu sıfatını kanımızca *geriye etkili* olarak kaybedecektir. Hava yolu ile yolcu taşınmasına taraf olmak ve belirtilen yer ve saatte hava aracında bulunmak yani taşıyıcı hâkimiyetine girmek yolcu sıfatının *korunması* açısından esastır.⁶⁴

Yer servisleri ve havalimanı yoğunluklarının da göz önünde bulundurularak yolcuların istenen erken saatlerde gelip (uçuştan 2,5 saat önce havalimanında olmak gibi) işlemlerini yapma yükümlülükleri vardır. Bu kurala rağmen, yer görevlileri veya havalimanı çalışanlarının geç gelen yolcuyu rutin kontrolden dolayı tutmasında kanımızca taşıyıcının bir sorumluluğu olmayacaktır. Bu tür gecikmelerde de gecikme yolcudan kaynaklanmış sayılacaktır.

C. Yolcudan Kaynaklı Sebeplerden Dolayı Taşıyıcının Sözleşmeden Dönmesi

Montreal Sözleşmesi kapsamındaki hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan ötürü, yolcunun kendisinden beklenen ifaya hazırlık eylemlerinde bulunmayıp alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucu, taşıyıcı sözleşmeden *geriye etkili* olarak dönebilecektir. TBK madde 125/f.3 tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde dönmenin sonuçlarını düzenlemektedir. Buna göre kural olarak dönme halinde her iki tarafın karşılıklı borcu sona ereceği gibi borcunu daha önce ifa etmiş olan taraf ifa ettiği edimi geri isteyebilecektir.⁶⁵ İstanbul'dan Varşova'ya uçacak olan ve biletini de ücret ödeyerek almış olan bir yolcunun havaalanına çok geç geldiğini ve anonslara rağmen uçağa yetişemediği için uçuşunu kaçırdığını düşünelim. Bu durumda yolcu, taşıyıcının hâkimiyetine kendi fiillerinden ötürü girmediğinden alacaklı temerrüdüne düşmüş olacaktır. Bu nedenle *biniş işlemi* dahi gerçekleşmediğinden dolayı ve bu eksiklik de *yolcudan* kaynaklandığından Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması şartları hiç oluşmamış demektir.

D. Sözleşmeden Haklı Dönmenin Hukuki Sonuçları ve İade Talepleri

TBK madde 125 kapsamında, yolcunun gecikmesi nedeni ile sözleşmeden *haklı* olarak dönen taşıyıcı açısından bir menfi zarar doğacağı ve bu zararın da *öncelikle* uçuş ücreti olacağı açıktır. Menfi zarar, alacaklının sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yaptığı masraflarda daha belirgin olarak ortaya çıkar. Taşıyıcının *menfi* zararı, dönülen yolcu taşıma sözleşmesine olan güveninden ötürü uğradığı diğer bir ifade ile bu *taşıma sözleşmesi hiç yapılmasa idi uğranılmayacak olan zarar* olarak anlaşılacaktır.⁶⁶ Çünkü taşıyıcı, yolcunun hava aracına

⁶⁴ Hava aracında “zamanında bulunmayan yolcunun” yolcu sıfatını “hiç kazanmayacağı” hakkında bkz. Kırman, s. 27.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 519.

⁶⁶ A.g.e, s. 527.

binmeyeceğini bilmiş olsaydı, bu durumda başka bir gerçek kişiye karşı taşıma taahhüdünde bulunmak sureti ile taşıma ücreti elde edebilecekti.⁶⁷ Alacaklı taşıyıcının, kesin tarihli olan biletler açısından ayrıca ek süre tanınmasına kanımızca gerek olmayacaktır zira TBK madde 124 gereği ifa *belirli bir süre* zarfında gerçekleşmek üzere kararlaştırılmış ancak yolcu *kusuruyla* bu süreyi kaçırmıştır.

Bu açıdan bakıldığında, taşıma ücretinin hiç iade edilmeyip, ödenmiş ücretin taşıyıcının aynı zamanda menfi zararı olarak kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.⁶⁸ Kanımızca, uygulamada tarafların anlaşması ile pratiklik sağlayacak olan bu yöntemin hukuk tekniği açısından sakıncaları mevcuttur. Çünkü beklenen yolcuya karşı, taşıyıcı tarafından başkaca masrafların yapılması da mümkündür: Servis kiralanması, engelli vatandaşlar için özel servislerin sağlanması veya diğer başkaca giderlerin de yapılması mümkündür. Bu açıdan mesele ele alındığında, taşınması planlanan yolcunun uçağa zamanında gelmemesi ve belirtilen yerde bulunmaması durumunda uygulamada taşıyıcının uğrayacağı zarar taşıma ücretini pekâlâ geçebilmektedir. Elbette bu tür ek giderlerin de en başta ücret olarak tek seferde ödenmiş olması da mümkündür. Bu tür durumda, geç kalan yolcu hiçbir iade talebinde bulunmayacağı gibi taşıyıcının ayrıca edimlerini geri istemesine de gerek olmayacaktır. Bu nedenle yolcunun kendisinden kaynaklanan sebepler ile geç kaldığı her durum için zarar kavramının her somut olay için ayrıca ele alınması gerektiğini düşünüyoruz.

E. Uçuşun Kaçırılması ve Yeni Bir Yolcu Taşıma Sözleşmesi

Kararlaştırılan hava yolu ile yolcu taşınması açısından, yolcudan kaynaklanan sebeplerden ötürü bu yolcuya karşı kararlaştırılmış ifanın *imkânsızlaşması* söz konusudur. Ancak taraflar isterlerse *aynı veya farklı bir hava yolu* ile ayrıca bir *yolcu taşıma sözleşmesi* akdedebilirler. Bu yeni taşıma taahhüdü kanımızca eski sözleşmenin bir devamı değil, yeni irade beyanlarının karşılıklı uyuşması ile kurulacak olan yeni bir sözleşme olacaktır. Ancak uygulamada *esnek biletlerle* kaçırılan bir uçuştan hemen sonraki uçağa, ek ücret ödeyerek veya ödemeyerek, binme hususunda tarafların anlaşabildiği de bilinen bir husustur. Taraflarca önceden bilinen ve uzlaşmış olan bu ek uçuşun, ilk sözleşme kapsamında değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür.

Kanaatimizce *yolcu çok geç dahi kalsa*, hava aracına yolcunun uçak bekletilerek son dakikada istisnai olarak taşıyıcı tarafından alındığı durumlarda da *yolcu artık hava yolu taşıyıcısının hâkimiyetine girmiştir* ve bu nedenle geçmişe dönük olarak yolcu sıfatının en başından beri

⁶⁷ Bozabalı, s.40 dn. 84

⁶⁸ A.g.e, s.40.

kazandığının kabulü gerekir. Örneğin bu şekilde son dakikada uçağa alınan bir yolcuya karşı, bedensel zararın varma yerinde veya havada iken meydana geldiği durumda “yolcunun zaten uçağa çok geç geldiği” şeklinde bir savunma Montreal Sözleşmesi sorumluluk hükümleri açısından bir anlam ifade etmeyecektir.

II. Taşıyıcı

A. Taşıyıcı Sıfatı

Taşıyıcı genel olarak, hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde yolcuya karşı taahhütte bulunan yani sözleşmenin karşı tarafını ifade etmektedir.⁶⁹ Hava yolu ile uluslararası yolcu taşıma sözleşmelerinde, *taşıyıcı* kavramı ile *taşıyan* kavramının kullanılması konusunda öğretide farklılık arz eden yaklaşımlar göze çarpmaktadır. Türk Ticaret Kanunu’nda deniz ticareti kitabında *taşıyan –taşıtan - yükleten* kavramı kullanılır iken, kara taşımaları kitabında *taşıyıcı – gönderen* kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.

Öğretide hava yolu ile yolcu taşınması yapan taraf için “taşıyıcı” kavramını kullanan yazarlar⁷⁰ olduğu gibi, “taşıyan” kavramını kullanan yazarlar⁷¹ da mevcuttur. Yargıtay’ın da her iki ifadeyi kullanmakta olduğunu görmekteyiz. Türk Sivil Havacılık Kanunu’nda yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin madde 107 ve devamında *taşıyıcı* kavramı kullanılmaktadır. Montreal Sözleşmesi’ne ilişkin uygun bulma kanunundaki çevirisinde kanımızca da doğru bir şekilde madde 39’da ve diğer kısımlarda geçmekte olan “carrier” ifadesi, *taşıyıcı* olarak Türkçe’ye çevrilmiştir.

Belirli bir alanda belirli bir hukuki işlem için kullanılan bir ifadenin, başka bir alanda da aynı şekilde kullanılmasını hukuk tekniği açısından doğru bulmuyoruz. Öğretide de hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde de, deniz ticareti hukukunda kullanıldığı gibi, “taşıyan” kavramının aynen kullanılması hukuk tekniği açısından haklı olarak eleştirilmektedir.⁷² Ülgen’e göre demiryollarında örneğin taşıyan veya taşıyıcı kavramlarının ikisi de hukuk tekniği açısından kullanılmamalıdır. Ancak Türkiye Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme’nin son haline de (COTIF⁷³,1999) taraf olduktan sonra bu farkın da artık

⁶⁹ Canbolat, s. 19; Bozabalı, s. 43; Uzun, s. 56; Kaner, s. 49; Ülgen, s. 61; Kırman, s. 28.

⁷⁰ Canbolat; Uzun; Ülgen; Kaner.

⁷¹ Bozabalı; Sözer.

⁷² Ülgen, Hüseyin. Görüşün detayı için bkz. Çelikaş, İlyas. “Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu”, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 113-114.

⁷³ The Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF, 1999).

Milletlerarası Sözleşme, 24 Aralık 2005 tarihli 26033 Sayılı Resmi Gazete, Karar Sayısı:2005/9709: “30 Aralık 1999 tarihinde imzalanan ve 6.10.2005 tarihli ve 5408 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “9 Mayıs 1980 Tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (“UDTİS”)’ye Değişiklik Getiren 3 Haziran 1999 Tarihli Protokol”ün onaylanması; Dışişleri Bakanlığı’nın 11.11.2005 tarihli ve

ortadan kalktığını vurgulamakta yarar görüyoruz. Çünkü önceden taşıtan karşısında “borçlu demiryolları” yer almaktayken, COTIF’in son halinde ise artık “demiryolları” kavramı yerine “taşıyıcı” kavramı kullanılmaktadır. Bu nedenle örneğin “demiryolunun borçları” ifadesinin⁷⁴ yerini artık *taşıyıcının borçları* kavramının aldığını özellikle hatırlatmakta yarar görüyoruz.

Kaldı ki taşıyıcı ile taşıyan kavramlarının başkaca dillerde bütünüyle farklı anlamlara gelebileceğinden⁷⁵ hareketle, biz hava yolu ile uluslararası yolcu taşıma sözleşmelerinde yolcu karşısında yer alan tarafı belirtmek için “*hava yolu ile yolcu taşıyıcısı*” anlamında, ancak kısaca iç hukuktaki düzenlemeler ve Montreal Sözleşmesi ile de uyumlu biçimde *taşıyıcı* kavramını kullanacağız. Aksi yönde bir kullanımı, bir kavram karmaşası yaratacağı endişesiyle hukuk tekniği açısından sakıncalı buluyoruz.

B. Taşıyıcı Türleri

i. Genel Olarak

Taşıyıcı, Montreal Sözleşmesi kapsamında çeşitli görünümde ortaya çıkabilecektir. İlk defa 1961 tarihli Guadalajara Ek Sözleşmesi’nde taşıyıcı kavramının tanımı ile beraber “sözleşmesel taşıyıcı” ile “fiili taşıyıcı” kavramlarına ayrı olarak yer verilmiştir. Konsolidasyon gereğince, bu ek sözleşmenin hükümleri 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi’ne aynen alınmış ve sözleşmesel taşıyıcı ile fiili taşıyıcı kavramları aynen korunmuş, ayrıca Montreal Sözleşmesi’nin 36. maddesi müteakip yani ardışık şekilde bir dizi taşıyıcının olması durumunu düzenlemiştir.

ii. Sözleşmesel Taşıyıcı

a) Sözleşmesel Taşıyıcı Kavramı

Sözleşmesel taşıyıcıyı, hava yolu ile uluslararası yapılan yani Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir yolcu taşıma sözleşmesinde yolcunun karşısında yer alan ve bir *taşıma taahhüdünde bulunan* yani sözleşmeyi yapan taraf olarak tanımlayabiliriz. Sözleşmesel taşıyıcının bu sıfatı alması bakımından; taşımanın yapılacağı hava aracına malik olması, kiracı

ÇEGY/459783 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 24.11.2005 tarihinde kararlaştırılmıştır.”

⁷⁴ Arkan, Sabih. “Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları” Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Olgaç Matbaası Ankara 1987, s.89-93. Yazar burada haklı olarak COTIF öncesindeki uygulamaya paralel olarak ne taşıyan ne de taşıyıcı kavramlarını kullanmaktadır. Bu kavramların yerine doğrudan demiryolu kavramını kullanmaktadır. Örneğin, “demiryolunun borçları” veya “demiryolunun sorumluluğu” şeklinde kullanılmaktadır. COTIF sonunda artık taşıyıcı kavramının kullanılması kanımızca hukuk tekniği açısından daha doğru olacaktır.

⁷⁵ Taşıyıcının Almandaca Frachtführer, taşıyanın ise Verfrachhter olduğu ve bunların birbiri yerine kullanılmayacağı hususunda bkz. Ülgen s. 114 (Çeliktaş, Sempozyum).

olması, gerçek veya tüzel kişi olması, taşıma faaliyetini bir ticari faaliyet olarak yürütmesi, belirli bir sermayeye sahip olmasının bir önemi yoktur.

b) Temsilci ile Sözleşmenin Akdedilmesi

Değnilmesi gereken bir diğer husus da, sözleşmesel taşıyıcının taahhütte bulunmak için fiilen kendisinin yolcuya karşı taahhütte bulunmaksızın, yetkilendirdiği bir temsilcisi aracılığı sözleşmesel taşıyıcı olarak sözleşmeyi akdetmesinin mümkün olmasıdır. Bu anlamda verilecek genel bir temsilin niteliği ile kapsamı yabancılık unsuru varsa MÖHUK madde 30 yollaması ile uygulanacak hukukun Türk hukuku olması faraziyesinde TBK madde 40 uyarınca tespit edilecektir. Ancak örneğin temsilcinin Türk olması ve başkaca yabancılık unsurunun da olmaması durumunda temsilin kapsamı doğrudan TBK madde 40 ve devamı uyarınca belirlenecektir.

Temsilci, yolcuya karşı temsil olunan adına hareket ettiğini yani temsilci sıfatını yolcuya bildirmezse bu taşıma taahhüdünden doğan hak ile borçlar kendisine ait olmaktadır. Hava yolu ile yolcu taşımaları bakımından sözleşmesel taşıyıcının taşıdığı önem göz önüne alındığında, temsilci veya temsil olunan akdi taşıyıcı ile sözleşme akdedilmesinin bir fark yaratmayacağından hareketle TBK madde 40/2, son cümlesi uyarınca doğrudan işlemin sonuçlarının sözleşmesel taşıyıcıda doğduğunun kabul etmek oldukça güçtür.⁷⁶ Bu durumlarda, temsilci sözleşmesel taşıyıcı ile aralarındaki temsil hükümleri çerçevesinde *edindiği hak ve yükümlükleri devir borcu* altına girer. Bir örnek verecek olursak: X Karayolu Nakliyat A.Ş. aynı zamanda uçak kiralamak sureti ile bilinen temsilcisi Y Turizm Ltd. Şti. aracılığıyla hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmeleri akdedebilir ve bu durumda X A.Ş. sözleşmesel taşıyıcı sıfatı haiz olacak demektir.

Bu kapsamda Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (UHTB)⁷⁷ üyesi hava yolu şirketleri bazı acentelere özel yetkiler vermek sureti ile yolcular ile taşıma sözleşmeleri kurulmasını sağlamakta ve daha geniş kitlelere ulaşmaktadırlar. Ayrıca üye hava yolu şirketlerinin *birbirlerine* taşıma sözleşmelerinin akdedilmesi konusunda yetki verdikleri de bilinen bir husustur.⁷⁸

c) Sözleşmesel Taşıyıcı Sifatının İspatı

⁷⁶ Kırman, s. 32.

⁷⁷ "International Air Transport Association" (IATA), üyeler için bkz. <http://www.iata.org/about/members/pages/airline-list.aspx> (erişim: 17.3.2015).

⁷⁸ Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s. 384; Uzun, s. 54.

Uygulamada sözleşmesel taşıyıcı sıfatına ilişkin bir ihtilaf çıkması durumunda Montreal Sözleşmesi madde 3 kapsamında verilen yolcu bileti bir ispat işlevi görecektir. Ancak sonuçta, Montreal Sözleşmesi açısından *taahhütte bulunan* her kim ise sözleşmesel taşıyıcı sıfatını da o haiz olacağından hareketle bu karine çürütülebilecektir.

Çok sık rastlanılmamakla beraber, hava yolu ile taşıma sözleşmesi kapsamında adı ve unvanı belirtilen sözleşmesel taşıyıcının sonradan yolcu ile anlaşılacak sureti ile değiştirilmesi de mümkündür. Bu şekilde eski sözleşmesel taşıyıcının sorumluluğu sona erecekken, yeni taşıyıcı sözleşmenin tarafı olur ve taahhütten doğan borcu devralmış olan kişi, yeni sözleşmesel taşıyıcı sıfatını kazanır.⁷⁹ Montreal Sözleşmesi sözleşmesel taşıyıcı için “taahhütte bulunma” kavramına önem verdiği için, hava aracının mürettebatlı veya mürettebatsız tahsisinin yapıldığı Çarter sözleşmeleri için tahsisin yanında yolcu ile çarterer ayrıca taşıma taahhüdünün bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği doktrinde haklı olarak vurgulanmaktadır.⁸⁰ Eğer ayrıca yolcuya karşı çarterer tarafından *taşıma taahhüdü* yapılmışsa, tahsis eden kişi Sözleşmesi kapsamında, çarter sözleşmelerinde dahi sözleşmesel taşıyıcı sayılmalıdır.

iii. Fiili Taşıyıcı

a) Genel olarak

Fiili taşıyıcı sözleşmesel taşıyıcı olmayıp, sadece yolcuya karşı taahhüt edilmiş olan taşımayı *kendisi ile sözleşmesel taşıyıcı arasındaki anlaşma çerçevesinde* kısmen veya tamamen fiilen ifa eden taraftır. Bu kavram, Montreal Sözleşmesi'nin resmi çevirisinde “gerçek taşıyıcı” yani gerçekte sözleşen taraf olarak değil başka bir taşıyıcı olarak anlaşılmıştır. Ancak bu doğrudan çeviriyi başarılı bulmadığımızdan dolayı, biz fiili-sözleşmesel taşıyıcı kavramlarının kullanılmasını daha doğru buluyoruz.

Fiili taşıyıcı verilen yetkiye dayanarak fiilen taşımayı gerçekleştirdiğinde bu yetki Montreal Sözleşmesi madde 39'a göre aksi ispat edilene dek var sayılacaktır. Önemle vurgulayalım ki sözleşmesel taşıyıcı ile fiili taşıyıcı arasındaki fark, taşıyıcının sorumluluğunun belirlenmesi açısından oldukça önem taşımaktadır. Zira aşağıda⁸¹ genişçe ele alacağımız sorumluluk açısından, Montreal Sözleşmesi'nin 40. maddesi uyarınca fiili taşıyıcı sadece *taşımanın kendisi tarafından ifa edilen kısmı ile* sorumlu tutulurken, sözleşmesel taşıyıcı *fiili taşıyıcı*

⁷⁹ Kırman, s. 30; Canbolat, s. 21.

⁸⁰ Kırman, s. 31; Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s. 393; Uzun, s. 39 dn. 105.

⁸¹ Bkz. Aşağıda İkinci Bölüm ve Üçüncü Bölüm.

tarafından yerine getirilen bölüm de dâhil olmak üzere taşımanın tamamından sorumlu olmaktadır.

b) Sözleşmesel Taşıyıcı – Fiili Taşıyıcı İlişkisi

Fiili taşıyıcı bir taahhütte bulunmaksızın sadece sözleşmesel taşıyıcı tarafından tanınan yetkisi çerçevesinde taşımanın bir kısmını veya tamamını ifa etmektedir. Belirtildiği üzere taşıma sözleşmesinin bu niteliği onu *eser sözleşmesine* olan benzerliği ile de açıklanabilmektedir.

Kanımızca fiili taşıyıcı, sözleşmesel taşıyıcının bir adamı veya temsilcisi olmayıp belirli bir sözleşmeye veya yetkiye dayanarak ifada bulunan bağımsız bir taşıyıcıdır. Önemle belirtelim ki, Montreal Sözleşmesi kapsamındaki *sözleşmesel* talepler, zararın taşımanın kendisi tarafından ifa edilen bölümü dışında gerçekleştiği durumlarda fiili taşıyıcıya karşı ileri sürülemeyecektir. Çünkü yolcu ile fiili taşıyıcı arasında *doğrudan* bir sözleşme ilişkisi olmadığından yolcunun Montreal Sözleşmesi hükümlerince fiili taşıyıcıya başvurması mümkün değildir. Bu bizim de katıldığımız, hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesini istisna sözleşmesi olarak gören görüş ile de uyumludur. Zira sonuç taahhüdünde bulunan kişi sözleşmesel taşıyıcıdır ve böyle bir sonuç taahhüdü olmayan fiili taşıyıcıyı taşımanın tamamından sorumlu tutmak elbette doğru olmayacaktır. Taahhütte bulunan sözleşmesel taşıyıcı, taşımayı fiilen başka bir taşıyıcıya yaptırmış olmakta ve böylece ifa gerçekleştirmektedir.

Montreal Sözleşmesi madde 40 uyarınca, sözleşmenin fiili taşıyıcı tarafından ifa edildiği kısımdaki zararlar açısından ise *sözleşmesel taşıyıcı, fiili taşıyıcı ile beraber* yolcuya karşı sorumlu olacaktır. Uygulamada, özellikle de iç hat uçuşlarında sözleşmesel taşıyıcının çoğu zaman aynı zamanda fiili taşıyıcı olduğu gerçeği bu ayrımı ilk başta anlamsız bırakacak gibi görünse de, uluslararası yolcu taşıma sözleşmelerinde bu fark daha belirgin ortaya çıkmakta ve büyük önem arz etmektedir.

c) Kod Paylaşım (“Codeshare”) Anlaşmaları

Uygulamada hava yolu şirketlerinin aralarında akdettikleri çeşitli sözleşmelerle yolcularını taşıyabilecekleri rotaların sayısını artırdıkları ve uçuşları böylece kolaylaştırdıkları görülmektedir. Hava yolu şirketlerinin kendi aralarında kolaylık, fazla kar, müşteri portföyünü geliştirmek gibi amaçlarla bu tür sözleşmeleri yaptıkları bilinen bir gerçektir.

Bu anlamda tartışılması gereken bir sözleşme tipi de kod paylaşım anlaşmalarıdır. Bu tür anlaşmalar, havayollarının kendi yolcularının yanında, biletlerini anlaşmalı başka

havayollarından satın alan yolcuları da taşıdıkları işbirliği anlaşmalarıdır⁸². Kod paylaşım sözleşmesinde amaç, yolculara bir hava yolunun tek başına sunabileceği imkânlardan ve gidilebilecek şehir seçeneğinden çok daha fazlasını sağlamaktır⁸³. Örneğin tek biletini İstanbul'da X hava yolundan alan bir yolcunun biletinde *tek bir uçuş numarası* yazılmaktadır. Atina'ya varıp oradan Varşova'ya geçecek olan bu yolcu, ikinci bir bilet almaya gerek duymaksızın X hava yolu ile codeshare anlaşması bulunan ve uçuş numarası dahi farklı olan Y hava yoluna ait bir uçakla Atina'dan Varşova'ya uçabilecektir.

İstanbul'daki X hava yolu, böylece tek biletle tüm uçuş biletinin ücretini tahsil ederken yolcu da farklı biletleri satın alma veya düzenlemekten kurtulmaktadır. X hava yolu ise normalde varsayalım ki Varşova'ya uçuşu olmamasına rağmen bu yöntemle yolcusunu daha uzak veya farklı noktalara taşıyabilmektedir. Aynı imkân Y hava yolunun tek biletle yolcusunu, X hava yolunun gidebileceği başka noktalara ulaştırabilmesi için de geçerli olduğundan aslında bu anlaşma çerçevesinde her iki hava yolu, *müşterilerinin değişimi sayesinde* uçuş ağlarını genişletmekte ve uçuş sıklığını da artırmaktadırlar.

Tek bileti düzenleyerek İstanbul – Atina – Varşova taşımasını taahhüt eden X hava yolu sözleşmesel taşıyıcı iken, anlaşmaya istinaden Atina – Varşova seferi yapan Y hava yolu ise kendi ifa ettiği bölüm için fiili taşıyıcı sayılmalıdır. Bu şekilde bir taşıma Montreal Sözleşmesi uygulama alanına gireceğinden dolayı, Y' ye ait uçakta yolcunun zarar uğraması durumunda hem X hem de Y hava yollarının Montreal Sözleşmesi uyarınca müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. X ile Y arasındaki rücu ile diğer taleplerin nasıl işleyeceği konusu ayrıca aralarındaki kod paylaşım anlaşmasının ilgili hükümlerince çözümlenecektir. Kod paylaşım anlaşmasında bu konuda hüküm yoksa ve yabancılik unsuru da var ise bu durumda dava Türkiye'de açılırsa MÖHUK gereği uyuşmazlığa uygulanacak hukuk bulunarak, bu hukuka göre mesele çözülecektir.

iv. Müteakip Taşıyıcı

a) Genel Olarak

Bir yolcu taşıma sözleşmesinin bütünüyle tek bir fiili taşıyıcı tarafından ifası mümkün olduğu gibi bu fiili taşıyıcının aynı zamanda akdi taşıyıcı olması da mümkündür. Müteakip⁸⁴

⁸² Harumi Ito/ Darin Lee. "Domestic Codesharing, Alliances and Airfares in the U.S. Airline Industry", The Journal of Law & Economics, s. 5-7.

⁸³ A.g.e, s. 10-13.

⁸⁴ "Mütevali taşıyıcı" kavramının "successive carrier" anlamında "müteakip taşıyıcı" yerine kullanıldığı da görülmektedir, bkz. Uzun, s. 56 -58. Ancak Montreal Sözleşmesi'nin resmi çevirisinde bu ifade kanımızca

taşımalarda, taraflar arasında yolcu veya yük *taşımasının birbirini takip edecek şekilde bölümlere ayrılması* ve fakat *bu her bir bölümün farklı taşıyıcı tarafından ifa edileceği* ve *tüm bu müstakil edimlerin sonuçta kalkış ile nihai varış yeri arasındaki tek bir taşıma işi olacağı* konusunda da bir *anlaşma* olması şarttır. Bu anlaşmanın varlığı halinde, her bir müstakil edimi ifa edecek olan taşıyıcı kendisinin ifa edeceği bölüm açısından taahhütte bulunmuş olacağından sözleşmesel taşıyıcı sayılacaktır. Bu şekilde bir anlaşma, ister tek taşıyıcı tarafından *müteakip diğer taşıyıcıları da temsilen* yolcuya karşı yapılmış taahhütten; isterse her bir bağımsız sözleşmesel taşıyıcı tarafından *ayrı şekilde yolcuya karşı yapılan* taahhütten doğmuş olsun, her durumda müteakip bir taşımadan bahsetmek için taraflar arasında bu konuda bir *anlaşmanın* varlığı şarttır.

b) Yargıtay ve Mütevali Taşıyıcı Kavramı

Yargıtay da, taraflar arasında akdedilmesi gereken bu sözleşme için taraf kavramını yolcu ve tüm *diğer sözleşmesel taşıyıcıları* kapsar şekilde kullanmaktadır. Her bir taşıyıcı yolcuya karşı müstakil edimler yüklense dahi bu taşıyıcılar aynı zamanda “bu müstakil taşımaların tek bir taşıma işi olduğu konusunda anlaşmazlarsa” Montreal Sözleşmesi kapsamında da bir müteakip (mütevali) taşıma olduğundan bahsedilmeyecektir.⁸⁵

Yargıtay kararında belirtilen Varşova Sözleşmesi madde 1/f.3 hükmü yürürlükteki Montreal Sözleşmesi madde 1/f.3 ile aynı olduğundan Yargıtay’ın müteakip taşımalar konusundaki bu emsal kararının bundan sonraki benzer uyuşmazlıklara da uygulanacağını kanımızca ileri sürmek mümkündür. Bu şekilde bir *anlaşma yoksa* müteakip taşıyıcılar, sözleşmesel taşıyıcı sıfatını kazanamadıklarından ve taşıma dışında kaldıklarından ötürü Montreal Sözleşmesi madde 36/f.2 gereği yolcunun, zararın meydana geldiği bağımsız bölümde, bu *fili* taşıyıcıya sözleşmesel taşıyıcıymış gibi başvurması mümkün değildir. Diğer bir ifade ile aralarında

başarısız şekilde “müteselsil taşıyıcı” olarak kullanılmaktadır. Yargıtay da bu çalışmamızda olduğu gibi mütevali taşıyıcı kavramını kullanmaktadır.

⁸⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:1999/5531 - K:1999/7886, T: 15.10.1999 (Kazancı İçtihat).

“...Mütevali taşıyanlar tarafından yapılacak taşımaların *tek bir taşıma işlemi* olarak kabul edilebilmesi için, tarafların bu hususta mutabık kalmaları şartı aranmakta ve böylece taraflar arasında bu istikamette belirmiş bir irade birleşmesinin varlığı aranmaktadır. Bu ifadeye yer alan tarafların kelimesinin hem birden fazla mütevali taşıyanları ve hem de yolcu veya göndereni (yük göndericisini) kapsadığı anlaşılmaktadır. Kısaca, birden fazla taşıyanlar tarafından peş peşe icra edilecek bir taşıma işleminin Konvansiyon hükümlerine tabi olabilmesi için *taraflar arasında karşılıklı bir anlaşma* yapılması gerekir. Bu anlaşmaya her bir taşıyanın, yük göndericisi ile ayrı ayrı anlaşma yapması, ya da bir taşıyanın diğer taşıyanları temsilen taahhütte bulunması gerekir.”

anlaşma olmadığından ötürü, sorumluluk ilk taşıyıcıda yani sözleşmesel taşıyıcıda kalmaktadır zira müteakip taşıma yoktur.⁸⁶

Ancak burada ismen tüm taşıyıcıların belirtilmesi müteakip taşımaya ilişkin anlaşmanın varlığı için bir zorunluluk olarak aranmamalıdır. Yolcuya ilgili müteakip taşıyıcıların olacağından bahsetmek ve yolcunun bilerek bunu kabul etmesinin yeterli sayılması gerektiği öğretide vurgulanmaktadır.⁸⁷ Eğer bir müteakip taşıma var ise yani bağımsız bölümlerin birlikte tek bir taşıma olacağı kararlaştırılmışsa, her bir taşıyıcı hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde sözleşmesel taşıyıcı sıfatı haiz olur. Ayrıca her bir taşıyıcı, taşımanın kendisi tarafından ifa edilen bölümü ile Montreal Sözleşmesi madde 36/f.2 gereğince sorumlu olacaktır. Kural olarak bu durumda ilk taşıyıcı artık sadece kendi bölümü ile sınırlı olarak sorumlu olacaktır. Lakin eğer *ilk sözleşmesel taşıyıcı sorumluluğun tamamını üstlenmiş fakat aynı zamanda ortada bir müteakip yolcu taşıma varsa* bu durumda ilk taşıyıcı ile zararın meydana geldiği bölümü ifa etmekte olan sözleşmesel taşıyıcı müteselsil olarak sorumlu tutulacaktır.

c) Müteakip Taşıyıcı – Fiili Taşıyıcı İlişkisi

Müteakip taşıyıcı ile fiili taşıyıcı aynı şey demek değildir. Sözleşmesel taşıyıcı bir taahhüt altına girdiğinde, yolcu *fiili* taşımanın kimin tarafından yapılacağı konusunda bilgi sahibi olmayabilir ve bu husus ortadaki taşıma sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Kanımızca bazı düzenlemeler gereği taşıyıcının yolcuya bilgi vermesi gerekliliği olsa bile, buna aykırılık taahhüt konusunda uzlaşmak koşulu ile Montreal Sözleşmesi kapsamında bir yolcu sözleşmesinin *geçerliliğini* etkilemeyecektir. Oysaki müteakip taşımalar konusunda, farklı taşıyıcıların olacağı hususunda yolcunun bilgilendirilmesi ve bu konuda zımni de olsa uygun bir irade beyanı uyuşmasının bulunması gerekir. Fiili taşıyıcı aynı zamanda sözleşmesel taşıyıcı da olabilir ancak *ilk* sözleşmesel taşıyıcı müteakip taşımaların tüm bölümlerinde fiili taşıyıcı olarak yer alamamaktadır. İlk durumda yine de tek bir sözleşmesel taşıyıcı varken, müteakip taşımalarda anlaşma varsa müstakil taşıma bölümleri kadar sözleşmesel taşıyıcı var demektir.

⁸⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:1999/5531 - K:1999/7886, T: 15.10.1999 (Kazancı İçtihat):

“Somut olayda sigortalı gönderen ile dava dışı Bulgaristan Hava Yolları arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığı gibi, davalı THY de Bulgaristan Hava Yolları'nı temsilen bir sözleşme yapmadığı için Konvansiyonun 1/3 ve 30. madde anlamında müteakip taşıma olmadığı için dava dışı B. Hava Yolları taşıyan sıfatı kazanamaz. Taşıyan davalı THY olacaktır.”

⁸⁷ Ülgen, s. 66.

Montreal Sözleşmesi uygulaması açısından *taşıyıcının* sorumluluğundan bahsedildiği için Yargıtay da uluslararası düzenlemelerin kapsamına giren uyuşmazlıklarda uluslararası bir taşımanın varlığı yanında, “taşıyıcı” sıfatının varlığını da evleviyetle aramaktadır.⁸⁸

v. “Taşıyıcının Adamları” (...carrier, *its servants or agents*...) Kavramı

a) Genel Olarak

Montreal Sözleşmesi'nin, sorumluluk açısından sanki sadece taşıyıcı ile yolcu arasındaki sözleşmesel ilişkiden doğan talepleri ele aldığı düşünülebilir. Taşıyıcının adamlarının hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğuna dair bir hüküm Montreal Sözleşmesi'nde doğrudan yer almamaktadır. Bununla beraber, taşıyıcının bu taşıma sözleşmesinden doğan yükümlülüğüne ilişkin hükümlerde dolaylı da olsa pek çok yerde “taşıyıcının kendi adamlarının fiillerinden doğan sorumluluğundan” da bahsedildiği için taşıyıcının adamları kavramı oldukça önem taşımaktadır.

Bu tür uluslararası düzenlemeler genel olarak yolcu ile taşıyıcı arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenlediğinden ve taşıyıcının adamlarının bu sözleşmeye taraf olmadıklarından bahisle eski 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi sistemi açısından uygulanan ve taşıyıcı adamlarını uygulama dışında bırakan görüşe artık itibar edilmemektedir.⁸⁹ Montreal Sözleşmesi'nin çeşitli hükümlerinde (madde 17/2, 21/2 gibi) “...carrier, *its servants or agents*” ibaresi kullanılmakta ve metnin Türkçe resmi çevirisinde bu ifade taşıyıcı, çalışanları ile acenteleri (bazen temsilcileri) olarak yerini almıştır. Ancak bu ifade kanımızca yetersiz ve yanlış olduğundan, tüm çalışanları kapsayacak şekilde “taşıyıcının adamları” kavramını kullanacağız.

b) Taşıyıcının Adamları Kavramı ve Kapsamı

Montreal Sözleşmesi kapsamına giren bir uyuşmazlık çözümlenirken sorumluluk açısından sadece *taşıyıcı* kavramını değil bu hükümlerde dolaylı da olsa yerini bulmuş olan *taşıyıcının adamları* kavramını da incelemek gerekir. Ancak doğrudan bir tanımı olmayan taşıyıcının çalışanları veya adamları kavramından ne anlaşılması gerektiğini saptamak açısından

88Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2001/05985 K: 2001/08861, T: 12.11.2001 (Kazancı İçtihat) : “... Seyahati düzenleyen davalı P... Tour Turizm Ltd.Şti.'nin taşımayı kendi edimi olarak değil, bu edimin gerçekleşmesini *aracı sıfatı* ile üstlenmiş olup, davalı P... Tour Turizm Ltd.Şti. nin *taşıyıcı sıfatı bulunmamasına*, taşımayı diğer davalı O... Air Taşımacılık A.Ş.nin yerine getirilmiş olmasına göre, mümeyyiz davalı vekilinin (3) numaralı bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.”

89 Canbolat, s. 94.

Montreal Sözleşmesinde yerini bulan “servants or agents” ifadesinin analizinin yapılması gerekir.⁹⁰

Montreal Sözleşmesi’nin değişik dillerdeki çevirilerinde kavramların yeknesak bir anlama gelmemesi, haklı olarak Montreal Sözleşmesi’nin amacı ile bağdaşmadığından ötürü eleştirilmektedir.⁹¹ Ancak farklı uluslar açısından farklı anlamlara gelebilecek kavramların kullanılmasına karşın, öğretide ve mahkeme kararlarında “servants or agents” kavramlarının *geniş yorumlandığı* ve tabiiyet ilişkisi olsun olmasın *yolcu taşıma sözleşmesinin ifasına taşıyıcı ile aralarında olan özel bir hukuki ilişkiye dayanarak ifasına katılan herkesi* kapsayacak şekilde ele alındığı görülmektedir.⁹² Kanımızca, ifaya katılan bir kurum veya şahsın bu kavrama girip girmeyeceği irdelenirken dikkate alınması gereken öncelikli husus *ifaya katılan şahsın taşıyıcı ile olan hukuki ilişkisidir*. Yoksa taşıyıcı ile *ifaya dâhil olma hususunda* hiçbir irade uyuşması olmayan bir kurum veya şahsın sorumluluğundan hareketle taşıyıcının sorumluluğuna Montreal Sözleşmesi uyarınca gidebilmek mümkün olmamalıdır.

Taşıyıcı ile hiçbir hukuki ilişkisi olmayan yani taşıyıcıya bağımlı çalışmayan veyahut taşıyıcı tarafından kendisine ifaya dönük iş tevdi edilmeyen bir üçüncü şahsın verdiği zararlar kanımızca Montreal Sözleşmesi kapsamına giremeyecektir. Örneğin yan koltukta oturan yolcunun baş üstü bagajlarını düzenlerken oturan başka bir yolcuya bagajını düşürmesi sonucu zarar vermesi veya sadece *başka* bir hava yoluna yükleme hizmeti veren bir şirketin çalışanın hiçbir hukuki ilişkisinin olmadığı bir hava yolu şirketi yolcusuna zarar vermesi durumları böyledir. Bu durumda zarar gören kişinin, kanımızca sadece haksız fiil hükümlerine veya yabancılik unsuru varsa MÖHUK haksız fiil hükümleri uyarınca zararını gidermesi mümkün olabilecektir.

Bu değerlendirmeler ışığında bakıldığında, resmi Türkçe çevirisinde “servants or agents” ibarelerinin taşıyıcının çalışanları, acenteleri, temsilcileri şekillerinde yer alması kanımızca doğru değildir. Acente, tacir yardımcısı ifadesi kanımızca Montreal Sözleşmesi’nin amacı ile bağdaşmayan *dar* bir uygulama alanı yaratmakta ve bu kapsama girmeyen işletme veya şahısların “servant” dahi olmadıkları durumlarda kapsam dışında kalacakları ve sorumluluklarına gidilmeyeceği izlenimi uyandırmaktadır. Oysaki belirtildiği üzere bu kavramın hem *bir hizmet ilişkisi çerçevesinde taşıyıcıya bağlı ve sürekli çalışanları* hem de

⁹⁰ Kırman, s. 106.

⁹¹ Uzun, s. 114.

⁹² Sözer, Bülent. “Taşıyanın Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlere İlişkin Bazı Meseleler ve Görüşler (Karayolu, Denizyolu ve Havayolu ile Yapılan Taşımlar Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme)”, XIV BATIDER 2, s. 87-163, 198, s. 127, (Meseleler ve Görüşler).

taşıyıcının tabiiyetinde olmamakla beraber taşıyıcının kendilerine bir iş tevdi etmek sureti ile değişik hizmetlerinden yararlandığı kimseleri kapsamaması gerekir.

c) Taşıyıcının Adamları Kapsamındaki Kişiler

Taşıyıcıya bağlı çalışanlar sadece somut taşıma işinde kullanılacak olan mürettebat demek değildir. Pilot, hostes, özel hava yolu sivil güvenlik gibi çalışanlar dışında ayrıca teknik bakım veya catering hizmetleri ile uğraşan taşıyıcı hava yoluna bağlı olarak çalışmakta olan kimseler de bağlı çalışanlar olabilir. Taşıyıcının istihdam etmeksizin, ancak değişik şekillerde hizmetlerinden yararlandığı bağımsız kişiler ile kurumlar da *taşıma işinin ifasında kullanıldıklarında* taşıyıcının sorumluluğu Montreal Sözleşmesi kapsamında doğabilecektir. Taşıyıcı hava yolunun uçağın kalkış için teknik bakımının yapılmasını *sadece tek bir uçuş için dahi olsa* X A.Ş. şirketine gördürmesi durumunda uçağın bu kontrolü esnasında veya uçuş veya varış esnasında X şirketinin bu ifasından kaynaklanan bir *kaza* olduğunda taşıyıcı sorumlu tutulabilecek ve *yolcu* zarar giderimi talep edilebilecektir.

Ancak öğretilerde, ayrıca başka bir şekilde yükümlülük altına girilerek ifaya katılma söz konusu olmadığı müddetçe, *hava aracının imalatını yapan*⁹³ veyahut *hava aracını kiraya verenin* veya bu aracı değişik şekillerde *satıma konu eden* şahısların “taşıyıcının hizmetlerinden yararlandığı kişiler” olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtelim.

Taşıyıcının adamı sayılmak için, taşıyıcı ile iş gördürülen taraf arasında *özel* bir hukuki ilişki aranacağından ötürü, *kamusal bir hizmeti yerine getirmek için ifanın belirli kısımlarında aktif görev alanlar* kanımızca taşıyıcının adamı olmazlar. Örneğin uçuş güvenliği için kolluk gücünün kullanılması, uyuşturucu ihbarı üzerine hava aracının denetlenmesi ve meteoroloji hizmetlerinin kamusal niteliği vurgulanmakta ve kapsam dışı tutulmaktadır.⁹⁴ Oysa yakıt ikmali yapanlar, hava aracını temizleyenler, yer ulaşım hizmet servisi sunanlar, yük kabul bürosu, engelli yolcuları hava aracına taşıyan kişiler, özel servis araçları ile hizmet verenler, mürettebat gibi kişilerin bütünü taşıyıcının adamları kavramı bünyesinde değerlendirmek mümkündür.⁹⁵

a) Değerlendirme ve Sonuç

Önemle tekrar belirtelim ki müteakip taşımalarda, taşıyıcılar arasında Montreal Sözleşmesi kapsamında da bir *ifa yardımcılığı* yoktur bu nedenle bir taşıyıcı diğerinin fiillerinden dolayı,

⁹³ Uzun, s. 117 dn. 499.

⁹⁴ Kaner, s. 87.

⁹⁵ Ülgen, s. 206; Sözer, Meseleler ve Görüşler, s. 128; Canbolat, s. 77.

eğer ayrıca taahhüt etmemişse, sorumu olmayacaktır.⁹⁶ Fiili taşıyıcı varsa, bu taşıyıcı ifa konusunda sözleşmesel taşıyıcıya aralarındaki sözleşme gereği yardımcı olmaktadır. Her somut taşıma işlemi için, hizmeti gören gerçek veya tüzel kişinin taşıyıcı ile olan ilişkisini ele almak ve taşıyıcının adamı vasfının kazanılıp kazanılmadığını ona göre takdir etmek gerekir.⁹⁷ Biz *taşıyıcının adamları* kavramını, hem taşıyıcının maiyetinde çalışanları, yani taşıyıcının hiyerarşik bir yapı içerisinde emir ve talimatları ile bağlı bulunan kişileri, hem de maiyetinde olmamakla beraber *geçici de olsa* kendilerine iş tevdi etmek sureti ile ifada kullandığı kişilerin tamamını kapsayacak şekilde anlamaktayız.

İkinci Bölüm

TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

1. Türk Hukuku Açısından Sorumluluk Kavramı ve Değerlendirilmesi

I. Sorumluluk Kavramı

Hukumumuzda çoğunlukla borçtan bahsedilirken *sorumluluk* kavramı da beraberinde kullanılmaktadır. Dar anlamda borç ilişkisi; öğretide alacaklıya bir alacak hakkı ve alacağı elde etmeyi sağlayacak talep, dava ile cebri icraya başvurma yetkileri veren bir durum olarak tanımlanmaktadır.⁹⁸ Borçlunun yüklendiği edimi yerine getirmediği durumlarda alacaklı, borçluyu borcunu ifa noktasında zorlamak sureti ile hukuki himayeden yararlanacaktır. Borçlu, borçlandığı edimi yerine getirmediği zaman hukuk çerçevesinde alacaklının kendisini belirli mekanizmaları kullanmak sureti ile ifaya zorlayacağını bilmekte ve bu husus onu borcunu ifaya yönlendirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, borçlu borçlandığı edimi ifa etmediği takdirde, sorumluluğu kaldıran mücbir sebep gibi durumlar istisna olmak üzere, sorumluluğu doğacaktır. Bu anlamda, “sorumluluk, borcun müeyyidesini” oluşturmaktadır.⁹⁹

II. Sorumluluk Türleri: “ile sorumluluk” ve “den sorumluluk”

⁹⁶ Kaner, s. 87.

⁹⁷ Her taşıma işlemi için bu hukuki bağın tespiti oldukça önemlidir, zira bu bağ yoksa taşıyıcının adamı kavramından bahsedilemeyecektir. Bu konuda *Young Jewelry v. Delta Air Lines*, Varşova Sözleşmesi sisteminde verilmiş olan bir karar olmasına rağmen, Montreal Sözleşmesi’nde de taşıyıcının adamları kavramı değişmediğinden ötürü çalışmamız için emsal bir karar teşkil etmektedir. Mahkeme bu kararında, yer hizmetleri sunmakta olan üç ayrı şirketin (the “allied”) tüm taşıyıcı havayolları adına hizmet gören bir yer servis şirketleri olduğundan hareketle (...as an agent for the carriers...), somut taşıma işleminde taşıyıcının adamı olduğuna karar vermiştir. Böylece taşıyıcı adamlarını da o zamanlar yolcu başına sınırlı sorumluluk getiren 22. maddeden yararlandırmayı uygun görmüştür. Mahkeme burada tüm taşıyıcı hava yolu şirketlerine davalı şirketlerce hizmet verildiğinden hareketle, bu şirketler ile hizmetin görüldüğü Delta Air Lines arasında bir hukuki ilişkinin mevcut olduğunu ve taşıyıcının adamları kavramına davalıların dâhil olduğunu böylece kabul etmiştir.

Bkz:

Young Jewelry v. Delta Air Lines, 67 A.D.2d 148 (N.Y. App. Div. 1979).

⁹⁸ Oğuzman/Öz, Cilt 1, s. 18-23.

⁹⁹ Eren, Fikret. “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 78.

Sorumluluk, diğ er adı ile mesuliyet Türk hukuku açısından iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Sorumluluğ un birinci anlamı borçlunun malvarlığ ının borçlunun borçlandığı edimin teminatını teşkil etmesi ve borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda borçlunun malvarlığına başvurmak sureti ile alacaklının ifanın zorla yerine getirilmesini sağlama imkânıdır. Bu sorumluluk türüne “...ile sorumluluk” denilmektedir.¹⁰⁰ Dikkat edilmesi gereken husus alacaklının borçlunun borcunun yerine getirmedığı durumlarda derhal borçlunun sorumluluğ una gitmediğ idir zira alacaklının *borçlunun sorumluluğ una gitmeksizin* borç ilişkisi üzerinde başka türlü etkide bulunmak imkânı kanunen öngörölmüş ve alacaklı da bu imkânı kullanmak istemiş olabilir.¹⁰¹

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan bir borçluya ifa için uygun bir süre veren veya hâkim yardımı ile bir uygun süre tayin ettiren alacaklı böylece TBK madde 125’teki üç seçimli haktan birini kullanma imkânına kavuşur. Dikkat edilirse, bu durumda henüz borçlunun sorumluluğ u söz konusu değildir, alacaklı başkaca bir surette borç ilişkisine tesir etmektedir.¹⁰² Borçlunun alacaklı tarafından ifaya zorlanamaması durumunda, sorumluluk *borcun müeyyidesi* olarak ortaya çıkar. Yani alacaklı devlet kuvvetlerinin yardımı ile zorla borçlunun malvarlığından alacağını elde etme yoluna gittiğ inde işte bu durumda borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğ undan bahsedilir.¹⁰³ Kural bu olmakla beraber, istisnai bazı durumlarda alacaklının borçlunun rızası aranmaksızın ve de devlet gücüne başvurmaksızın alacağını elde edebileceğ i *takas* gibi haller de mevcuttur.¹⁰⁴

Sorumluluğ un hukukumuzdaki ikinci anlamı ise, genel davranış kurallarına veya yüklendiğ i bir borca aykırı davranan şahsın, bu davranış sonucunda verdiği zararı tazmin etme yükümlölüğü şeklinde belirlemektedir ve bu anlamdaki sorumluluğ a “...den sorumluluk” denmektedir. Bu anlamdaki sorumluluk “haksız fiilden sorumluluk”, “borca aykırı davranıştan doğ an sorumluluk” gibi şekillerde ortaya çıkabilmekte ve bu anlamı ile sorumluluk tazminat borcunun da *kaynağ ını* teşkil etmektedir.¹⁰⁵ Hem borç hem de mesuliyet kavramını birbiri ile olan ilişkileri bağlamında beraber değerlendirdiğ imizde *borç* borçlunun alacaklıya karşı bir edimin yerine getirilmesini taahhüt etmesi iken, *sorumluluk* borçlunun edimi yerine getirmemesi durumunda alacaklının onun malvarlığına hukuken el koydurarak alacağını elde

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, Cilt 1, s. 16.

¹⁰¹ Kocayusufpaşaoğ lu/Hatemi/Serozan/Arpacı. “Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem, Sözleşme, Cilt 1”, 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 27, (Kocayusufpaşaoğ lu, Cilt 1).

¹⁰² A.g.e, s. 27.

¹⁰³ Eren, s. 76; Kocayusufpaşaoğ lu, Cilt 1, s. 28.

¹⁰⁴ Kocayusufpaşaoğ lu, Cilt 1, s. 28.

¹⁰⁵ Oğuzman/Öz, Cilt 1, s. 17.

etmesine katlanması olarak tanımlanabilir.¹⁰⁶ “...ile sorumluluk” hususunda asıl olan, borcunu ifa etmeyen borçlunun alacaklıya karşı tüm malvarlığı ile sorumlu olması iken, sorumluluk konu, eşya veya miktar itibari ile *sınırlı* sorumluluk halleri şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.¹⁰⁷

2. Montreal Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

I. Taşıyıcının Sözleşmesel Sorumluluğu

Buraya kadar olan çalışmamızda, Montreal Sözleşmesi hükümlerinin *ücret karşılığı yapılan uluslararası yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan tüm sözleşmesel taleplere uygulanacağını* izah etmiş olduk. Montreal Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması anlamında tarafların kimler olabileceğini ve bu *taraf* kavramının sadece yolcu ile sözleşmesel taşıyıcıyı değil taşıyıcının adamları ile taşıyıcının diğer türlerini de kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiğini de belirttik. Montreal Sözleşmesi’nin uygulamasında sorumluluk, işte bu taraflar arasındaki *sözleşmesel* talepler ile uyuşmazlıklar noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan önemle vurgulamak gerekir ki, Montreal Sözleşmesi taşıyıcının adamlarının fiillerinden doğan sorumluluğu da dâhil olmak üzere geniş anlamda taşıyıcının *sözleşmesel* sorumluluğunu düzenlemektedir. Montreal Sözleşmesi sadece taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğunu düzenlediğinden dolayı, taşıyıcının yolcu olmayan kişilere karşı sorumluluğu ya da yolcu-yolcu arasındaki talepler bu sözleşmenin ve çalışmamızın kapsamı dışında yer almaktadır.¹⁰⁸

II. Taşıyıcının Sözleşmesel Sorumluluğun Niteliği

Montreal Sözleşmesi öncesi Varşova Sözleşmesi’nde madde 20’in getirdiği bir kurtuluş imkânı söz konusuydu. Bu hükümlerle taşıyıcıya, kendisi ile adamlarının gerekli olan tüm tedbirleri almış oldukları veya bu tür tedbirleri almanın kendileri için mümkün olmadığını ispat etmesi ile sorumluluktan kurtulma imkânı getirilmişti. Madde hükmü ise şöyledir:

¹⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Cilt 1, s. 27.

¹⁰⁷ A.g.e, s. 29-33.

¹⁰⁸ İşletenin haksız fiil sorumluluğunda, yerdeki yolcu dışındaki üçüncü şahıslara verilen zararlar açısından, detaylar için bkz.

1952 tarihli “Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface”

Bu anlaşmaya yapılan ek ile bazı tadiller ile ilgili diğer uluslararası sözleşmeler şunlardır:

1978 - “Protocol to Amend the Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface”, **2009** - Convention on Compensation for Damage Caused by Aircraft to Third Parties; 2009-Convention on Compensation for Damage to Third Parties, Resulting from Acts of Unlawful Interference Involving Aircraft

Taraf devletler için bkz: http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Rome1952_EN.pdf (Erişim: 17.3.2015).

Ayrıca Türkiye’nin taraf olduğu bir sözleşmenin düzenlemediği diğer haksız fiillerin, *hava yolu ile yolcu taşıyıcısı* tarafından gerçekleştirilmesi durumunda yabancılık unsurunun da varlığı halinde uyuşmazlığın MÖHUK madde 34 uyarınca çözümleneceğini vurgulayalım.

Taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli bütün tedbirleri almış olduklarını veya onlar için bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa, sorumlu olmayacaktır.

Bundan hareketle öğretide buradaki taşıyıcının sorumluluğunun “kusur sorumluluğu” veya “özen gösterme borcu ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu” olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰⁹ Ancak kanımızca burada tipik bir “kusursuz sorumluluk” tanımı yapılmıştır. Zira kusursuz sorumlulukta asıl olan sebep ile oluşan zarar arasındaki uygun illiyet bağının mevcudiyeti olduğundan bu hallerde kişi kusuru olmadığını, önlemleri aldığını veya tüm önlemleri almış olsaydı da zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır.¹¹⁰ Kaldı ki bir uluslararası taşımada taşıyıcının bir uçak kazasında “gerekli tüm tedbirleri” aldığını ispat etmesi neredeyse imkânsızdır. Kusur sorumluluğu görüşüne dayanan yazarlar özellikle Varşova Sözleşmesi madde 21’deki yolcunun müterafik kusuruna dayalı kurtuluş imkânına dayanmış olmalıdır¹¹¹. Ancak kurtuluş imkânlarının var olması veya taşıyıcının gerekli tüm tedbirleri alması gibi şartların varlığı sorumluluğun niteliğini doğrudan kusur sorumluluğu yapmaz. Önemle belirtmek gerekir ki hukukumuzda da pek çok *kusursuz* sorumluluk halinde kurtuluş imkânları kanunen tanınmıştır¹¹². Ayrıca burada Montreal Sözleşmesi madde 21/f.2’den farklı olarak, burada üçüncü şahıs veya taşıyıcı ile adamlarının kusurundan (*negligence*) değil, daha ağır sorumluluk belirten *gerekli tedbir* kavramı Varşova Sözleşmesi’nde yer almıştır. Bu nedenle kanımızca Varşova Sözleşmesi’nde öngörülen sorumluluk *kusursuz* sorumluluktur.

1929 tarihli Varşova Sözleşmesi’nden günümüze doğru gelirken zaman içerisinde hava taşımacılığının gelişimi için taşıyıcı havayollarını koruma düşüncesinin yerini, oldukça gelişmiş bir durumda olan hava yolu taşımacılığı karşısında zayıf durumda olan yolcuyu koruma fikrine bıraktığı görülmektedir. Bu değerlendirmeler ışığında, Montreal Sözleşmesi’nde düzenlenmiş olan taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğunun niteliğini tespit etmekte yarar vardır. Öncelikle şunun altının çizilmesinde yarar vardır ki, Montreal Sözleşmesi usulsünce yürürlüğe konmuş ve Anayasa açısından *kanun hükmünde* olan bir düzenlemedir. Bu uluslararası sözleşmenin amacı ise uluslararası uygulamalarda *mümkün olduğunca* ulusal farklılıkların önüne geçerek bu uluslararası sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıklarda yeknesak bir uygulamayı temin etmektir. *Lex fori* niteliğinde olan

¹⁰⁹ Canbolat, s. 49 dn. 130, 131; Göktepe, Hülya. “Havayolu Taşımacılığında Sorumluluk Ve Tazminat” Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, 381-391, s.383.

¹¹⁰ A.g.e, s. 450-460.

¹¹¹ Madde 21:

Zarar gören kişinin, kusuruyla zarara neden olduğunu veya iştirak ettiğini taşıyıcı ispat ettiği takdirde, mahkeme kendi kanunu hükümleri uyarınca taşıyıcının sorumluluğunu azaltabilir veya kaldırabilir.

¹¹² Bkz. TBK madde 66-71, ayrıca bakınız aşağıda s. 44.

sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin saptamaların özellikle de Montreal Sözleşmesi'nin amacına aykırı karar verilmesini sağlayacak şekilde birebir uygulanması kanımızca mümkün olmamalıdır. Zira Montreal Sözleşmesi sözleşmesel sorumluluğun türünün belirlenmesinde iç hukukumuzdan ayrı hükümler getirmiştir. Bu nedenle Montreal Sözleşmesi ile getirilen taşıyıcının iki aşamalı (“two-tier system”) tazminat sorumluluğunu irdeleyerek sözleşmesel sorumluluğun türünü belirlemek gerekir.

Diğer bir ifade ile Montreal Sözleşmesi kapsamındaki sözleşmesel sorumluluğun *kusurlu* veya *kusursuz* sorumluluk mu olduğu ya da “*ile sorumluluk*” mu, yoksa “*den sorumluluk*” mu olduğu, oldukça önemli bir yenilik olan *taşıyıcının iki aşamalı sorumluluğu sistemi* analiz edilerek değerlendirilmelidir. Ancak Montreal Sözleşmesi ilgili hükümlerince *sözleşmesel sorumluluğun niteliği* doğrudan belirtilmediğinden, sözleşmenin amacı, iki aşamalı sorumluluk hükümleri ve diğer ilgili hükümleri göz önüne alarak *lex foriye* göre yorumlamak gerekecektir.

III. İki Aşamalı Sorumluluk Sistemi (“Two-Tier System”)

A. Genel Olarak

Montreal Sözleşmesi'nin taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerini amacı ile beraber değerlendirmek suretiyle *taşıyıcının sözleşmesel sorumluluğunun* hukuki niteliğini saptamaya çalışalım. Montreal Sözleşmesi'nin 17. , 19. , 20. ve 21. maddeleri öncelikli olarak taşıyıcının yolcuya karşı borçlandığı edimi *gereği gibi* yerine getirmemesi hallerini düzenlemektedir. Taşıyıcının asıl borcu, kararlaştırılan yer ve zamanda yolcuyu sağ salim varış noktasına ulaştırmak iken; yolcunun borcu bu uygun ve eksiksiz ifaya karşılık olarak kararlaştırılan ücreti ödemek olacaktır.

Taşıyıcı daha detaylı incelenecek olan yolcu taşıma sözleşmesine aykırılık hallerinde, örneğin yolcunun *ölmesi* durumunda borçlandığı edimi uygun bir şekilde ifa etmemiş yani kötü ifa etmiş olacaktır. Yolcunun ölmesi veya yaralanması durumlarında taşıyıcı, madde 21 uyarınca *sorumluluğunu reddetme veya sınırlama imkânı dahi olmaksızın mücbir sebep dâhil* her bir yolcu için 113.100 Özel Çekme Hakkı'na (ÖÇH, Special Drawing Right) kadar *kusursuz* sorumlu tutulmaktadır.¹¹³

¹¹³ Montreal Sözleşmesi'nin 24. maddesi Depoziter, onay belgelerinin tevdi edileceği kurum olan ICAO, tarafından *her beş yılda bir*, ilgili hükümlerde öngörülen sorumluluk miktarlarının yeniden gözden geçirilmesini düzenlemektedir. Bu yetkiye dayanarak, ICAO yaptığı 30 Aralık 2009 tarihindeki değerlendirmesinde madde 17 kapsamında oluşacak zararlar açısından miktar 100.000 Özel Çekme Hakkından, **113.100** Özel Çekme Hakkına yükseltilmiştir. Yolcuya ilişkin madde 19 kapsamındaki gecikmeler için ise yolcu başına zarar, 4150 Özel Çekme Hakkından **4694** Özel Çekme Hakkına çıkarılmıştır. 30 Aralık 2014 tarihine kadar bu rakamların

Madde 17/f.1 kapsamında meydana gelen ve 113.100 ÖÇH miktarını aşan zararlar içinse madde 21/2 uyarınca taşıyıcı *ancak* iki halde sorumluluktan kurtulabilir. Taşıyıcı ya bu tür bir zararın kendisi ile adamalarının kusuru, yanlış fiilleri ile ihmalleri sonucu oluşmadığını ya da bu zararın bütünü ile üçüncü bir şahsın kusuru veya yanlış fiil ile ihmalleri sonucu oluştuğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu iki tür kurtulma imkânının madde 17/f.1 kapsamında oluşan zararların sadece 113.100 ÖÇH miktarını aşan kısmı için söz konusu olmasıdır. Oysaki bu miktarın altında kalan ve madde 17/f.1 kapsamına giren zararlar açısından taşıyıcı hiçbir kurtuluş imkânına sahip değildir.

Gecikme hali için ise Montreal Sözleşmesi'nde iki aşamalı bir sorumluluk sistemi öngörülmemiştir. İki aşamalı sorumluluk sistemi sadece yolcunun ölümü veya bedensel zarara uğraması halleri için getirilmiş özel ve yeni bir düzenlemedir. Madde 19 kapsamındaki yolcuya karşı taahhüt edilen sürenin geçirilmesi ve yolcunun bu gecikmiş ifadan ötürü zarara uğraması durumunda madde 22/f.1 uyarınca yolcu başına sorumluluğun sınırı 4.694 ÖÇH olarak belirlenmiştir.

İster 113.100 ÖÇH miktarı aşılmış ister aşılmamış olsun, Montreal Sözleşmesi madde 20 gereği tazminat talep eden kişinin zararın meydana gelmesinde müterafik kusuru varsa, bu kusurun ağırlığına göre taşıyıcı *kısmen* veya *tamamen* sorumluluktan kurtulabilecektir. 113.100 ÖÇH miktarına kadar mücbir sebep dâhil kusursuz sorumluluğa tabi tutulan taşıyıcı, müterafik kusur varlığını ispatlayarak tamamen sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu belirtilen hususlar nedeni ile uygulamada ve ICAO isimlendirmesinde 113.100 ÖÇH miktar sınırına kadar ayrı sorumluluk şekli, bu miktarı aşan zararlar açısından ayrı bir sistem öngörüldüğünden Montreal Sözleşmesi ile getirilen bu sisteme “Two – Tier” yani İki Aşamalı Sistem de denilmektedir.¹¹⁴

B. İki Aşamalı Sorumluluk Sistemi'nde Taşıyıcının Sorumluluğunun Niteliği

i. “...den Sorumluluk” Açısından

Bu açıklamalar ışığında öğretilde bir görüş hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinde taşıyıcının “...den sorumluluğunu” madde 17 kapsamında meydana gelen *kazadan* sorumluluk olarak ele almaktadır.¹¹⁵ “...den sorumluluk” durumunu yolcu taşıma sözleşmelerinde sadece “kazadan sorumluluğa” indirgemek gerektiği kanaatindeyiz.

uygulanması öngörülmektedir. Kararı detaylı incelemek için:

http://www.icao.int/secretariat/legal/Administrative%20Packages/mtl99_en.pdf (erişim: 17.3.2015).

¹¹⁴“For the first tier” kavramı için bkz. Doc 9740,

http://www.icao.int/secretariat/legal/Administrative%20Packages/mtl99_en.pdf , (erişim: 17.3.2015).

¹¹⁵ Bozabalı, s. 103.

Nitekim Montreal Sözleşmesi uyarınca yolcunun sağ salim bir şekilde varış noktasına ulaştırılması taşıyıcının yegâne borcunu teşkil etmemektedir, zira yolcunun kendisine taahhüt edilen süre zarfında yani gecikme söz konusu olmadan varış yerine sağ salim götürülmesi esastır. Bu açıdan mesele ele alındığında, gecikmeden doğan sorumluluk da “den sorumluluk” kapsamında ele alınmalıdır.

Bu nedenle kanımızca “den sorumluluk” Türk hukukunda tazminatın kaynağını ifade ettiğinden Montreal Sözleşmesi kapsamında taşıyıcının “borca aykırı davranışından doğan sorumluluğu” yani *uluslararası yolcu taşıma sözleşmesin(den) sorumluluğu* olarak anlaşılmalıdır. Zira bunun hem hukuk tekniği bakımından hem de Montreal Sözleşmesi amacı bakımından daha uygun olacağı kanaatini taşıyoruz.

ii. “...ile Sorumluluk” Açısından

“...ile sorumluluk” açısından kural belirtildiği üzere sınırsız sorumluluktur. Yalnız Montreal Sözleşmesi açısından sorumluluğun bütünü ile sınırsız olduğundan bahsedilemeyecektir. Montreal Sözleşmesi açısından belirtildiği üzere 113.100 ÖÇH’ ye kadar olan kısım için taşıyıcının sadece yolcunun müterafik kusuru varsa sorumluluğu kısmen veya tamamen sona erecektir. Müterafik kusur olmadığı durumlarda taşıyıcı, bu miktara kadar olan zararlar bakımından mücbir sebepler dâhil sorumlu olacaktır.¹¹⁶ Bu miktarı aşan zararlar açısından ise taşıyıcı 21/f.2 uyarınca getirilen kurtuluş imkânlarından (*üçüncü şahsın kusuru* gibi) biri ile sorumluluktan kurtulabilecektir.

Bu nedenlerle Montreal Sözleşmesi, kaza sonucu yolcunun ölüm ile bedensel yaralanması durumunda özellik arz eden çok farklı ve oldukça yeni bir *iki aşamalı tazminat sistemi* öngördüğünden sorumluluğun *her bir aşama* için dikkate alınarak *ayrıca* incelenmesi gerekir.

iii. Kusur Sorumluluğu – Kusursuz Sorumluluk

Bu noktada Türk hukukunda da sıklıkla vurgulanan kusur sorumluluğu (sübjektif sorumluluk) ile kusursuz sorumluluğu (objektif sorumluluk) incelemekte yarar olacaktır. Sorumluluğun kusur olmaksızın meydana gelebileceği görüşünden hareket eden kusur sorumluluğunda kişi zararın kendi kusuru sonucu meydana gelmediğini ispat ettiğinde sorumluluktan kurtulmaktadır.¹¹⁷ Oysaki kusursuz sorumlulukta asıl olan sebep ile oluşan zarar arasındaki uygun illiyet bağının mevcudiyeti olduğundan bu hallerde kişi kusuru olmadığını, önlemleri

¹¹⁶ Sözer, Bülent. “Hava yolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/Lahey Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi”, XXI BATIDER S.1, 2001, (1999 Montreal Sözleşmesi), s. 176.

¹¹⁷ Eren, s. 462.

aldığını veya tüm önlemleri almış olsaydı da zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır.¹¹⁸ Kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluğa nazaran daha hafif bir sorumluluk sistemidir. Sırf bu farklılık bile zaman içerisinde yolcunun *tüketici* olarak görülmesi sonucu, gelişmiş hava yolu ile taşımacılık karşısında yolcunun korunması gerektiğinden hareketle taşıyıcı aleyhine Montreal Sözleşmesi ile kusursuz sorumluluk gibi ağır bir sorumluluk kurumunun öngörüldüğünü gözler önüne sermektedir.¹¹⁹

iv. Sözleşmesel Sorumluluğun Niteliğinin Saptanması ve Değerlendirme

Bu açıklamalar ışığında, Montreal Sözleşmesi'nde 113.100 ÖÇH miktarına kadar olan sorumluluğu *kusura dayanmayan sorumluluk* yani *objektif sorumluluk* olarak adlandırmak kanımızca da yerinde olacaktır. Bu miktarı aşan zararlar içinse madde 21/f.2 uyarınca taşıyıcı sadece kendisi ile adamlarının kusuru olmadığını değil, aynı zamanda yanlış fiil veya ihmallerinin dahi bulunmadığını ispatlayarak aşan kısım için sorumluluktan kaçınabilecektir.

Bunun da bir özen borcunu ispat yükü olduğundan hareketle ileri sürülen bir görüşe göre bu miktarı aşan kısımdan sorumluluk için “özen gösterme borcu ile ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu” adı kullanılmaktadır.¹²⁰ Bu görüş, Varşova/Lahey Sistemindeki madde 20'de ifadesini bulan özen yükümlülüğü ile ilgili olduğundan ve Montreal Sözleşmesi madde 21/f.2'sinin *özen* yükümlülüğü getirmediğinden bahisle haklı olarak eleştirilmektedir.¹²¹

Kanımızca da bu eşik miktarını aşan zararlar açısından ise *kusur sorumluluğu* geçerli ve yeterli olacaktır. Ancak Varşova/Lahey sistemindeki gibi bir özen sorumluluğu olmamakla beraber kusurun kapsamına madde 21/f.2 uyarınca taşıyıcı ile adamlarının yanlış fiil ile ihmallerinin de alınması gerektiğini vurgulamakta yarar vardır. Taşıyıcı ile adamlarının zararın kendi ihmal veya fiillerinden kaynaklanmadığını ispat ederek kurtulmasını ise *özellikle* bu hususların kusur bağlamında ele alınmasına bir vurgulama olduğunu düşünüyoruz.

v. Azami Sorumluluk Miktarı ve Sonuç

113.100 ÖÇH miktarına kadar taşıyıcı, Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1 uyarınca yolcunun uğradığı zararlardan kayıtsız şartsız mücbir sebep dâhil kusursuz sorumludur. Müterafik kusurun varlığı halinde bu sorumluluğun kısmen veya tamamen kalkacak olması da bu sorumluluğu niteliğini objektif sorumluluktan çıkarıp kusur sorumluluğu yani subjektif

¹¹⁸ A.g.e, s. 450-460.

¹¹⁹ Bozabalı, s. 107.

¹²⁰ Bozabalı, s. 107-108; Sözer, 1999 Montreal Sözleşmesi, s. 170.

¹²¹ Uzun, s. 89 dn. 348.

sorumluluk yapmaz. Zira bu konuda ileri sürülen bir görüşte haklı olarak vurgulandığı üzere, müterafik kusur burada *objektif* sorumlulukta çok önemli bir yeri olan *illiyet bağımlı kesici* bir rol üstlenmektedir.¹²² Bu durumun ise taşıyıcının özellikle mücbir sebeplerden dahi sorumlu tutulacağı, illiyet bağımlının önemi de nazara alındığında, sebep sorumluluğu yani kusursuz sorumluluk görünümünü zayıflatan değil bilakis güçlendiren bir husus olduğu kanımızca ileri sürülebilecektir. Burada yolcunun da karşılıklı kusuru olduğundan bahisle tazminat miktarını azaltma vardır, yoksa taşıyıcının kusuru olmadığını ispat ile sorumluluktan kurtulması bahis mevzu değildir.

Bu miktar ile sorumluluk, barajın aşılmasından sonraki sorumluluk açısından geçerli değildir. Daha açık bir ifade ile Montreal Sözleşmesi sadece kusursuz sorumluluğun bitip kusur sorumluluğunun başlayacağı kısım için bir eşik ön görmekte, bu eşik aşan kısım için sorumluluğun türünü değiştirmekle beraber bir üst sınır ya da azami tazminat miktarı öngörmemektedir. Örneğin “113.100 ÖÇH eşikini aşan zararlar için kusur sorumluluğu vardır, ancak bu Montreal Sözleşmesi kapsamında tazmin edilecek olan zarar miktarı 500.000 ÖÇH miktarını aşmayacaktır” şeklinde bir hüküm bu uluslararası sözleşmede yer almamaktadır.

Açıklanan gerekçelerle, taşıyıcı açısından bu şekilde *sınırlı* bir sorumluluğun esas olduğu yönündeki görüşü isabetli bulmuyoruz.¹²³ Zira taşıyıcı, bu eşik değeri aşan kısımdan sorumluluktan 21/f.2 hükmü uyarınca da kurtulamazsa bu durumda *miktarı ne kadar yüksek olursa olsun tüm hükmedilen zararı* ödemekle yükümlü olacaktır. Bu nedenle taşıyıcı, zarara uğrayan yolcuya karşı *zararın miktarı ne olursa olsun tüm malvarlığı ile sınırsız* olarak fakat bir miktara kadar sebep sorumluluğu çerçevesinde, bu miktardan sonra ise kusur sorumluluğu ilkesi çerçevesinde sorumludur demek kanımızca çok daha doğru bir ifade olacaktır. Borçlu bazen *tüm malvarlığı ile fakat belirli bir miktar borç için* sorumlu olabilir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, bu gibi durumlarda sorumluluğun değil borcun sınırlaması söz konusudur ve sırf “belirli bir miktar ile sorumluluk” şeklinde adlandırıldı diye sınırlı bir

¹²² Bozabalı, s. 107 dn. 268.

¹²³ Bozabalı, s.103-104.

Yazar burada taşıyanın (ki *taşıyıcı* kavramının kullanılması gerektiği kanaatindeyiz) sorumluluğunun kural olarak *sınırlı sorumluluk* olarak ortaya çıktığından ve istisnai olarak da sınırsız sorumluluğun ortaya çıkacağından bahsetmektedir. Kanımızca bu görüş isabetli değildir, zira burada sorumluluğun miktar olarak sınırlandırılması söz konusu değildir, sadece two-tier prensibi anlamında özellikli bir eşik değer öngörülmüştür. Diğer bir ifade ile Montreal Sözleşmesi’nde de taşıyıcının *tüm malvarlığı ile sınırsız sorumluluğu* asıldır ve bu sorumluluk ana kuraldır. Tazmin edilecek toplam tutar için bir üst sınır öngörülmediğinden ötürü taşıyıcının esas sorumluluğu tüm malvarlığı ile sınırsız sorumluluğudur. Bu sorumluluk kapsamında zararın az olması ve belirtile eşik değeri aşması bu sorumluluğu kanımızca *sınırsız sorumluluk* kümesinden çıkarmayacaktır.

sorumluluk halinden bahsedilemez.¹²⁴ Yolcunun zararı 60.000 ÖÇH ise taşıyıcı *sebepl sorumluluğu* ilkesi çerçevesinde *tüm malvarlığı ile sınırsız olarak* miktar itibari ile sınırlanmış olan bu borçtan sorumlu olacaktır. Yolcunun zararı 240.000 ÖÇH ise, taşıyıcı 113.100 ÖÇH miktarına kadar sebepl sorumluluğu ilkesi çerçevesinde kayıtsız şartsız, aşan kısım içinse *kusur sorumluluğu* çerçevesinde *tüm malvarlığı ile sınırsız olarak* ancak miktar itibari ile (miktar itibariyle tazminat, zararı aşamayacağından 126.900 ÖÇH) sınırlanmış olan bu borçtan sorumlu olacaktır.

Üçüncü Bölüm

MONTREAL SÖZLEŞMESİ MADDE 17/F.1 KAPSAMINDAKİ SORUMLULUK HALLERİ VE ŞARTLARI

1. Genel Değerlendirme

Taşıyıcı, Montreal Sözleşmesi kapsamına giren uluslararası yolcu taşıma sözleşmelerinde yolcuyu kararlaştırılan yerde ve zamanda alarak onu kararlaştırılan nihai varış noktasına kadar sağ salim şekilde hava aracı ile götürme borcu üstlenmektedir. Taşıyıcı, bu borcunu yani yolcuya karşı üstlendiği taahhüdünü *uygun* bir şekilde ifa etmekle yükümlü olduğundan, bu ifasını gerçekleştirmemesi veya ifayı eksik ya da uygunsuz yapma durumlarında sözleşmeye aykırılıktan Montreal Sözleşmesi kapsamında sorumlu olacaktır.

Konumuz olan *yolcu* sözleşmeleri açısından taşıyıcı; borcunun ifası esnasında yolcunun ölümü ile bedensel zarara uğraması halinde sorumlu olduğu gibi, yolcuyu taşımada geciktiğinde de sorumlu olacaktır. Zira birincisinde taşıyıcı yolcuyu sağ salim götürme borcuna aykırılıkta bulunmakta iken, ikinci durumda kararlaştırılan zamanda yolcuyu kararlaştırılan yere ulaştırmama görünümünde bir sözleşmeye aykırılık söz konusudur. Bu iki husus da Montreal Sözleşmesi çerçevesinde aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır. Önemle vurgulayalım ki yolcunun ölümü veya bedensel zarara uğraması halini düzenleyen Montreal Sözleşmesi'nin 17.maddesi ile Varşova Sözleşmesinin aynı hususu düzenleyen 17. maddesi arasında içerik olarak küçük bir kavram değişikliği dışında fark yoktur.¹²⁵ Dolayısıyla mahkemelerin bu kapsamı belirleme konusunda yaptıkları tespitler ile bu kararlara ilişkin

¹²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Cilt 1, s. 32.

¹²⁵ Varşova Sözleşmesi madde 17: "...Damage sustained in the event of the death or *wounding* of a passenger or any other *bodily injury* suffered by a passenger..."

Montreal Sözleşmesi madde 17: "Damage sustained in case of death or *bodily injury* of a passenger..."

Doğrudan yaralanma (*wounding*) kavramı Montreal Sözleşmesi'ne alınmamakla beraber, bedensel yaralanma kavramı bu hususları da içereceğinden kanımızca bu konuda da farklı düzenleme getirilmemiştir.

saptamaların Montreal Sözleşmesi uygulamalarında da güncelliğini koruyacağı düşüncesindeyiz.

Burada şu hususun özellikle altının çizilmesinde yarar vardır: Uluslararası uygulamaları yeknesaklaştırmak sureti ile ulusal hukukları mümkün olduğunca bertaraf etmek ve farklılıkları ortadan kaldırmak amacı ile Montreal Sözleşmesi hazırlanmıştır. Ancak aşağıda irdeleneceği üzere taraf devletlerin uygulamalarında birbiri ile çatışan pek çok kararlar bulunmaktadır. Türk mahkemelerinin yetkileri dâhilinde açılan davalarda Montreal Sözleşmesi kapsamına giren bir uyuşmazlığı çözerken bu hususlarda nasıl davranacağı ise merak konusudur.

2. Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Halinde Sorumluluk

I. Genel Olarak

Montreal Sözleşmesi'nin 17/f.1 maddesi hükmü ele alınıp irdelendiğinde, bu sorumluluk halinin taşıyıcı açısından ortaya çıkabilmesi için dört ana şartın aranmakta olduğu görülecektir.¹²⁶ Kanımızca kaza sebebi ile zarara uğrayacak olan yani kazaya maruz kalacak kişinin *yolcu* olması gerektiği de göz önüne alındığında hükmün lafzından beş ana şart çıkarmak da mümkündür. Ancak yolcu ve taşıyıcı kavramları yukarıda ele alındığından bu husus burada ayrıca ele alınmayacaktır. Montreal Sözleşmesi'nin ilgili 17/f.1 hükmü uyarınca, taşıyıcının sorumlu tutulabilmesi için:

(a) bir *kaza* olduğunu (b) bu kaza sonucunda *ölüm* veya *bedensel yaralanmanın* meydana geldiğini (c) kazanın zarara sebebiyet verdiğini, yani *illiyet bağı*nı ve uğranılan *zararı* (d) kazanın *hava aracında* veya hava aracına *binerken* veya hava aracından *iniş* anında meydana geldiğini davacı ispat etmelidir.

II. Kaza

A. Kazanın Varlığının Sorumluluk Açısından Önemi

Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1, taşıyıcının yolcunun ölümü ile bedensel zarara uğraması durumunda sorumlu tutulabilmesi için bir kazanın meydana gelmesini şart olarak öngörmekle beraber, kazanın tanımını vermemiştir. Bu nedenle *kazadan* ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması oldukça önemlidir, zira hükmün lafzından hava aracında, inişte veya

¹²⁶ “The carrier is liable for *damage* sustained in case of *death or bodily injury of a passenger* upon condition only that the *accident which caused the death or injury took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.*”

binişte meydana gelen bir olayın kaza olarak nitelendirilemediği durumlarda *zarar olsa bile* Montreal Sözleşmesi uyarınca *taşıyıcının sorumluluğuna gidilemeyeceği* anlaşılmaktadır.

Montreal Sözleşmesi Türkiye açısından 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girdiğinden ötürü, Montreal Sözleşmesi'ne daha önce taraf olup bu metni elindeki somut uyuşmazlıklara uygulamış olan taraf devletlerin yargı kararları çerçevesinde bir değerlendirme yapmak yeknesaklık amacı doğrultusunda oldukça önem arz etmektedir. Yeri geldiğinde bu tür güncel kararlara değinirken aynı zamanda Yargıtay'ımızın Varşova Sözleşmesi uyarınca verdiği kararlara da değineceğiz.

B. Kaza Kavramı

Montreal Sözleşmesi, *yolcu* taşıma sözleşmelerinde sorumluluk sebebi olarak *kaza* terimini kullanırken, bagajın “hasara” uğramasına ilişkin 17/f.2 hükmünde ve yükün hasara uğramasına dair 18/f.1 hükmünde *olay* ibaresini kullanmayı uygun görmüştür.¹²⁷ Öğretide olay kavramına nazaran kaza kavramının daha dar kapsamlı olduğu göz önüne alınarak Montreal Sözleşmesi'ni hazırlayanların şahsa gelen zarara ilişkin sebepleri, eşyayı hasara uğratan sebeplere nazaran daha dar tutmak amacıyla oldukları haklı bir şekilde ileri sürülmektedir.¹²⁸ Türk doktrinde de çoğunluk görüşü her kazanın aynı zamanda bir olay olduğundan hareketle, kaza kavramının dar yorumlanarak olay kavramına kadar genişletilmemesi gerektiği yönündedir.¹²⁹ *Kaza* Türk doktrininde genel bir ifade ile sözleşme kurulurken öngörülemeyen ve borcun ihlaline sebep olan ani ve beklenmedik olay olarak tanımlanmakta ve bu şekildeki anlamı ile olay kavramının bir alt kümesi olarak kabul edilmektedir.¹³⁰

Montreal Sözleşmesi amaç ile kapsamı açısından kaza kavramını bu tanımın bütünüyle karşılayıp karşılamadığını ayrıca irdelemekte yarar vardır. Özellikle de Türk mahkemelerinin kaza kavramını nasıl ele alacağı merak konusudur. Yabancı doktrinde de kaza, en yüzeysel anlamı ile isteyerek yapılmayan ve kazara meydana gelen olay olarak tanımlanmaktadır.¹³¹

C. Kaza ve Mücbir Sebep İlişkisi

¹²⁷“ the event which caused...” (sebeplere olan *olay*).

¹²⁸ Paul Stephen Dempsey. “Accidents and Injuries in Air Law: The Clash of the Titans”, pdf formatı erişim için bkz. <http://www.mcgill.ca/files/iasl/Titans.pdf>, (kısaca The Clash of the Titans), s. 3, (erişim: 18.3.2015); Kathryn M Nutt. “Air France v. Saks: An Accidental Interpretation of the Warsaw Convention”, American University Journal of International Law and Policy Vol:1-195, 1986, s. 210.

¹²⁹ Kırman, s. 60; Bozabalı, s. 131; Ülgen, s. 161.

¹³⁰ Kırman, s. 62; Ülgen, s. 162.

¹³¹ Dempsey, The Clash of the Titans”, s. 4.

Doktrinadaki bu tanımlar ışığında kaza kavramı incelendiğinde, mücbir sebep (*force majeure*) ile olan tanımlama benzerliği dikkat çekmektedir. Mücbir sebep, bir normun getirdiği koruma amacı dışında kalan sebepleri ifade eden “atipik riziko” kavramı ile de öğretilerde yerini bulmaktadır.¹³² Ayrıca mücbir sebep, “en yüksek derecede özenin gösterilmesi halinde bile önlenemeyecek, denetlenemeyecek ve önceden kestirilemeyecek doğadan veya üçüncü kişilerden yani dışarıdan kaynaklanan, borçlunun işi veya işletmesi ile herhangi bir ilgisi olmayan onun etki alanı dışından kaynaklanan olağanüstü olay” şeklinde tanımlanmaktadır.¹³³

Mücbir sebep ile kaza kavramları ele alınırken bu iki kavram arasındaki sınırların çok silik olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Öyle ki bazen bir olay bir yerde mücbir sebep sayılmışken, başkaca yerlerde olay bu şekilde nitelendirilmemiş olabilir.¹³⁴ Konumuz açısından meseleyi ele alırsak mücbir sebep ile kaza kavramları arasındaki fark daha net anlaşılacaktır.

Kanımızca hava yolu ile yolcu taşımalarında *kaza* meydana geldiğinde her zaman sözleşmenin kesin olarak ifasının ortadan kalkması durumu söz konusu olmamaktadır. Örneğin, baş üstü bagajlarını yerleştirmekte olan *taşıyıcının adamlarının* gerekli özeni göstermediği için bagajları düşürerek oturmakta olan yolcuya zarar vermesi bir *mücbir sebep* değilken, *kaza* olacaktır. Zira burada durumun öngörülmesi ve biraz daha fazla özen gösterilmesi sureti ile önlenmesi dahi mümkündür. Ayrıca sözleşmenin ifasına devam olunmakta ancak taşıyıcının adamlarının verdiği rahatsızlıktan kaynaklanan ve uygun olmayan bir ifa durumu söz konusu olmaktadır.

Bazen, mücbir bir sebep doğrudan veya dolaylı olarak kazaya da sebep verebilir. Tıpkı yolda normal seyirinde giden iki arabanın aniden ortaya çıkan deprem sarsıntısından dolayı birbirine çarparak kaza yapmasında olduğu gibi; aniden patlayan yanardağın normal seyirinde giden uçağın dengesini bozarak bagajların düşmesine sebebiyet vererek içerideki yolcuların zarar görmesine neden olması da mümkündür. Mücbir sebep, hava taşımacılığına özgü bazı risklerin belirmesi durumunda ve aynı zamanda görünümünde de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, uçağın inişe geçeceği sırada yıldırım çarpması sonucu motorunun hasar görmesi gibi durumlarda kanımızca hem bir kaza hem de mücbir sebep vardır ve bunlar örtüşmektedir.

¹³² Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Üçüncü Cilt. “İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme”, Beşinci Bası, İstanbul, 2009, s. 187.

¹³³ A.g.e, s. 188.

¹³⁴ A.g.e, s. 188. Serozan; burada deprem, genel grev veya ihtilal gibi olayların bazen mücbir sebep sayılırken bazı yerlerde sayılmamasını örnek vermektedir. Bu nedenle yazar, rizikonun *kime yüklenmesinin daha uygun olacağından hareketle* meselelerin çözülmesini önermektedir.

Bu genel değerlendirmenin akabinde, *kaza* kavramını Varşova Sözleşmesi ile Montreal Sözleşmesi bağlamında çözümlenmeye çalışan değişik yabancı mahkeme kararlarına değinmekte yarar görüyoruz. Kaza kavramının kapsamının belirlenmesinde Montreal Sözleşmesi öncesi verilen ve fakat Varşova Sözleşmesi 17. madde hükmünün içerik olarak muhafaza edilmiş olmasından dolayı hem Montreal Sözleşmesi öncesinde hem de sonrasında oldukça atıf alan *Saks* Kararına değinmekte yarar vardır. Sonrasında ise güncel gelişmeler ışığında kaza kavramının esnekliği ile kapsamına ilişkin sorunları tartışacağız. Hava yolu ile uluslararası yolcu taşıma sözleşmelerinde hangi olayların taşıyıcının sorumluluğuna yol açacak nitelikteki *kaza* kapsamında ele alınacağı açısından bu karar ile diğer ilgili kararlar oldukça önemlidir

D. Bir Emsal Karar: Saks v. Air France¹³⁵

i. Uyuşmazlıktaki Maddi Olgular ve Dava Süreci

Saks kararı, Paris'ten Los Angeles şehrine gerçekleştirilmekte olan bir uluslararası uçuş esnasında inerken meydana gelen hava basıncı değişikliği sonucu duyu yetisi kaybına uğrayan Valerie H. Saks isimli yolcu tarafından taşıyıcı Air France şirketine dava açılması üzerine verilmiştir. Uyuşmazlık eyalet mahkemesi önünde tartışılırken, bu uyuşmazlık öncesi verilmiş olan eski tarihli iki karara dayanan mahkeme normal seyrinden sapmayan ve olağan şekilde uçuşunu tamamlayan Air France açısından kaza söz konusu olmayacağından hareketle hava yolu şirketini sorumlu tutmamıştır.¹³⁶ Eyalet mahkemesinin bu gerekçeler doğrultusunda verilmiş olan kararı 9. Temyiz mahkemesi önüne gelmiştir.

ii. Temyiz Mahkemesinin Değerlendirmesi

Temyiz mahkemesi yürürlükte olan Varşova sisteminde taşıyıcının sorumluluğu açısından hava aracının yanlış işletilmesi ile anormal şekilde işletilmesi gibi gerekliliklerin bir *ön şart*

¹³⁵ Saks v. Air France, 470 U.S. 392 (1985).

¹³⁶ Eyalet mahkemesinin bu karara ulaşmasında etkili olan önceki kararlar; *Warshaw v. Trans World Airlines*, 442 F.Supp. 400 (E.D.Pa.1977) ile *DeMarines v. KLM Royal Dutch Airlines*, 580 F.2d 1193 (3d Cir.1978) kararlarıdır. Anılan kararların ilkinde yetkili mahkeme, işitme kaybına uğrayan davacının “kazadan” ötürü zararı tazmin talebine karşılık, düzgün ve olağan şekilde çalışmakta olan hava aracı ile seyrinde devam eden bir taşıma açısından bu durumun olağan olduğunu ve olayı kaza olarak nitelendirmeyerek talebi reddetmiştir. Saks kararında Eyalet mahkemesince dayarılan ikinci eski tarihli kararda ise yetkili mahkeme basınç değişikliği sonucu işitme duyu kaybının olağan olmayan, beklenmedik bir durumdan kaynaklandığını vurgulayarak olayı kaza olarak kabul etmiştir. Eyalet mahkemesi, böylece davacı Saks, uçağın *normal seyri dışında hareket ettiğini göstermediğinden dolayı* tazminat talebini kabul etmemiştir. Dikkat edildiği üzere, *Saks kararı* öncesinde verilen bu iki kararda “hava yolu ile taşımacılığın normal seyrinde devam edip etmediği ile ortaya çıkan durumun hava yolu ile taşımacılık açısından olağan, beklenen ve öngörülebilir olup olmama” gibi kavramların önem kazanmış olduğu görülmektedir.

Detay için bkz. *Warshaw v. Trans World Airlines*, 442 F.Supp. 400 (E.D.Pa.1977) ve *DeMarines v. KLM Royal Dutch Airlines*, 580 F.2d 1193 (3d Cir.1978).

olarak düzenlenmediğinin hem sözleşmenin lafzından hem de sözleşme tarihi, hazırlığı ile değişiklikleri sürecinden anlaşılmakta olduğunu ileri sürmüş ve eyalet mahkemesi kararını eleştirmiştir.¹³⁷ Temyiz mahkemesi, kaza kavramının kazazede olan davacı bakış açısıyla ele alınması gerektiğini, “normal seyrinde işletilme” gibi sonradan yaratılan prensiplerin uygun olmayacağını ileri sürmüştür.

Mahkeme 1955 tarihli *Chutter v. KLM Royal Dutch Airlines*¹³⁸ kararını örnek vermiş ve hava aracının açık bırakılan kapısından merdivenlerden aşağı düşen bir yolcu açısından durum kaza iken, uçağın kendisi ile merdivenlerin olağan şekilde çalışmakta olmasının bu noktada bir önemi olmadığını vurgulamıştır. Temyiz mahkemesinin buraya kadar olan açıklamaları kanımızca Montreal Sözleşmesi ile Varşova Sözleşmesi sistemi amaçları açısından yerinde değerlendirmelerdir. Ancak sözleşmenin hükümlerinin lafzına bağlı kalmak ve yeni şartların yaratılmaması gerektiğini ifade eden mahkeme kararın devamında aynı “hataya” kendisi düşmektedir. Temyiz Mahkemesi, öncelikle *hava taşımacılığının yapısında var olan riskler*¹³⁹ kavramına yer vermiş sonrasında ise Amerika tarafından sınırlı sayıda devletle imzalanmış bulunan 1966 tarihli Intercarrier Agreement kapsamında taşıyıcının hava yolu ile yolcu taşıma işleminin yapısından kaynaklanan riskler (basınç değişikliği dâhil) konusunda sorumluluğunun mutlak olduğu şeklinde çelişkili bir ifadeye yer vermiştir. Temyiz mahkemesini bu çelişkili gerekçesi, Varşova Sözleşmesi kapsamında çözülmesi gereken bir olayda sözleşmenin dışına çıktığı ve risk kavramını çok genişlettiği düşüncesi ile mahkemenin diğer bir üyesi tarafından kanımızca da haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁴⁰

iii. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Değerlendirmesi

Air France tarafından temyiz edilen bu dava, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nce değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Yüksek Mahkeme, olay ile kaza kavramları arasındaki farka dikkate çekerek yolcu taşımaları için bu kavramın olaya yakın şekilde genişletilmemesi gerektiğini, 1966 tarihli Intercarrier Agreement¹⁴¹ ile yeni kavramların ihdas edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme bu önemli kararında, madde 17/f.1 hükmü uyarınca taşıyıcının sorumluluğunun doğması için, yaralanmaya sebebiyet verecek olan kazanın

¹³⁷ Saks v. Air France, 724 F.2d 1383, 1384 (9th Cir. 1985).

¹³⁸ Chutter v. KLM Royal Dutch Airlines, 132 F. Supp. 611 (S.D.N.Y. 1955).

¹³⁹ “the risks inherent in air travel” kavramı için bkz. Saks v. Air France, 470 U.S. 392 (1985).

¹⁴⁰ Saks v. Air France, 724 F.2d 1383, 1388 (9th Cir. 1985) (Wallace, dissenting). Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi de bu eleştiriyi yerinde bulmuş ve olağan olan basınç düşüşü gibi durumları kaza olarak değerlendirmemiştir.

¹⁴¹ 1966 tarihli Intercarrier Agreement, Varşova Sözleşmesi madde 22/f.1’e uygun olarak IATA tarafından Amerika’nın isteği üzerine Varşova Sistemi’ni ayakta tutmak için yapılan ve farklı sorumluluk limitleri getiren *hava yolları arasındaki ilişkileri düzenleyen bir sözleşmedir.*

beklenmeyen (*unexpected*) veya olağandışı (*unusual*) veya yolcunun dışında gerçekleşen yani yolcuya tamamen yabancı (*external to the passenger*) bir olay olması gerektiğini belirtmiştir¹⁴².

Yüksek Mahkeme, bu unsurlar olmaksızın yani olağan, normal ve beklenen bir seyir durumunda yolcunun kendi vücudunun vermiş olduğu doğal reaksiyonları kaza olarak nitelendirilmemektedir.¹⁴³ Mahkemenin kararından kanımızca bu şartların kümülâtif olmadığı anlaşılmaktadır. Yani olağandışı olmak bir olayın kaza olarak nitelendirilmesi için yeterli olabilecektir. *Normal olmayan* örneğin uçağın “oldukça büyük bir açıyla bir süre yan gitmek zorunda kalması” durumunda, zaten hasta olan bir yolcu açısından durum bu karar ışığında artık bir *kaza* olarak ele alınmalıdır. Zira burada normal bir uçuşa yolcunun vücudunun tepki vermesi değil, normal olmayan bir uçuştan kaynaklanan ve yolcuya yabancı bir olay yani kaza söz konusudur.

iv. Hava Taşımacılığının Karakteristik Riskleri Kavramı

Burada temyiz mahkemesince vurgulanan hava taşımacılığının yapısında var olan riskler ya da diğer bir ifade ile *hava taşımacılığının karakteristik risklerinden* ne anlaşılması gerektiğinden bahsetmek gerekir. Bu risklerin kapsamına hava taşımacılığına ve hava aracının işletilmesine özgü risklerin anlaşılması gerektiği açıktır.¹⁴⁴ Kanımızca bu ifadenin kaza kapsamını belirleyen genel bir tanım olarak sunulmaması gerekir. Ancak bu ifadeden inişte tekerleklerin açılmaması, araç içi basınç ayarlarının bozulması, türbülansa girmek, kanatların buzlanması sonucu kazaların meydana gelmesi gibi özellik arz eden riskleri anlamak gerekirken, “kaza sadece bu kapsama giren olaylar açısından olur” şeklinde daraltıcı bir yaklaşım ileri sürülmemelidir. Baş üstü dolaplardan bir bagajın düşmesi hava taşımacılığına dair karakteristik bir risk olmamasına rağmen, şartları varsa kaza olabilecektir.

v. Sonuç

Saks kararı kaza kavramının kapsamını belirlemesi açısından ve diğer pek çok ülke kararlarında da atıf aldığından ötürü çok önemlidir. Ancak bir kez daha önemle vurgulayalım ki, bu karar ile aşağıda incelenecek olan başkaca kararlar Amerikan mahkemelerinin Varşova Sözleşmesi'nin sessiz kaldığı konularda bu uluslararası sözleşmenin amacı ile çatışmayacak şekilde yaratmaya çalıştıkları çözümlere ilişkin hususlardır.

¹⁴² *Saks v. Air France*, 470 U.S. 392, 1339 (1985).

¹⁴³ *Saks v. Air France*, 470 U.S. 392, 1339-1340 (1985).

¹⁴⁴ Uzun, s. 62 ve dn. 211-215.

Uygulamada başka bir ülkenin örneğın İngiltere'nin bu boşluk durumunda verilmiş Amerikan kararlarını hiçe sayarak “şu çözüm, Sözleşmenin amacı ile ruhuna daha uygundur” demesinde herhangi bir problem yoktur. Ancak Montreal Sözleşmesi'nin amacı uygulamaları yeknesaklaştırmak olduğundan ötürü, ulusal düzeyde çok fazla farklılığın ortaya çıkmaması adına kanımızca *bu uluslararası sözleşme kapsamındaki uyumsuzluklar hakkında* verilmiş olan yabancı mahkeme kararlarının dikkate alınması, istenen amaca ulaşmada taraf devletlere kolaylık sağlayacaktır.

E. Çeşitli Yabancı Mahkeme Kararları Işığında “Kaza” Kavramı

i. Genel Olarak

Saks kararı öncesinde ve sonrasında verilen pek çok yabancı mahkeme kararı vardır. Montreal Sözleşmesi 28 Mayıs 1999'da Montreal'de tamamlanmış ve 4 Kasım 2003 tarihinde işlemlerini tamamlayan akit devletler (ABD gibi) için yürürlüğe girmişken, Türkiye açısından Montreal Sözleşmesi 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu açıdan kaza kavramına yönelik tespitlerde bulunurken 4 Kasım 2003 tarihi sonrası taraf devletler tarafından verilen kararlar önem kazanacaktır. Oysa daha önce de belirtildiği üzere, gerek Varşova Sözleşmesi gerek Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1 hükümlerinde aynı içerik korunduğundan güncel kararlarda da eski kararlara atıf yapılmakta ve kaza, bedensel zarar gibi konulara ilişkin kararlarda belirgin bir sapma bu korunan içerikten ötürü pek gözlenmemektedir.

Saks kararı önemli bir örnek karar teşkil etmesine rağmen, pek çok durumda bu karara uyulmadığı ve bazı başkaca mahkemeler tarafından bu kararın eleştirildiği de görülmektedir. Süreci doğru analiz etmek açısından eski kararlara da değinmekle beraber, *yeni kararların incelenmesine ağırlık verilmesi* gerektiğini düşünüyoruz. Karara konu olan olayları mümkün olduğunca sınıflandırarak her bir bölüm için taraf devlette yetkili mahkemelerin olaya nasıl yaklaştığını saptamaya çalışırken, sonuç itibari ile bu kararların taraf devlet statüsündeki Türkiye açısından ne anlam ifade edeceğini tartışacağız.

ii. Hava Taşımacılığının Karakteristik Riskleri Kavramı

a) Genel Olarak

Saks kararı dışında da hava taşımacılığının karakteristik riskleri kavramı başka kararlarda da sıklıkla kullanıldığından, bu kavramı farklı kararlar açısından da değerlendirmek önemlidir. Hava taşımacılığının yapısından ileri gelen risklerden kasıt öncelikle, hava aracının işletilmesi veya hava yolu ile yapılmakta olan taşıma işleminden ötürü oluşması muhtemel

olan riskler kastedilmektedir.¹⁴⁵ İlk zamanlarda hava yolu ile taşımacılığın henüz “bebeklik”¹⁴⁶ döneminde olduğundan bahisle, taşıyıcılara destek olma fikri ağır basmakta olduğundan risk kavramının çok genişletilmediği ileri sürülebilir. Ancak belirtelim ki 20. yüzyılın ikinci yarısında ve özellikle 21. yüzyılda bu düşünce yerini gelişen hava yolu taşımacılığı ile beraber bu gelişmenin beraberinde getirdiği pek çok riske karşı zayıf konumda olan yolcuyu koruma düşüncesine bırakmıştır. Bu nedenle zaman içerisinde hava muhalefetinden dolayı zorunlu iniş yapma, türbülansa girme gibi olağan risklerin yanı sıra terörizm, tehditle uçak kaçırma, askeri hava araçları ile müdahalede bulunulması gibi durumların da bu riskler kapsamına girip girmediği yeni yüzyıla doğru, bu değişen bakış açısı çerçevesinde yeniden ele alınmıştır.

b) Yabancı Mahkeme Kararları Açısından Değerlendirmeler

Amerikan Temyiz Mahkemesi 1977 tarihli *Constantine Evangelinos, v. TWA*¹⁴⁷ kararında, davacının yapılan anons sonucu dört numaralı uçuş kapısı önüne gelip diğer yolcularla beraber *binış* için sıraya girdiği anda meydana gelen terörist saldırısını madde 17 kapsamında *kaza* olarak kabulü gerektiğini belirtmiş ve davalı bu tespite itirazda bulunmamıştır. Mahkeme bu tespit sonucunda daha çok, aşağıda da incelenecek olan, söz konusu kazanın *binış işlemleri* sırasında meydana gelip gelmediğini tespit etmekle uğraşmıştır.

Amerikan Bölge Mahkemesi, *Saks* kararı öncesinde 1975 tarihli kaza kavramının kapsamını belirlemek açısından oldukça önemli tespitler içeren *Husserl v Swiss Air* kararını vermiştir. Karara konu olan olayda, 6 Eylül 1970 tarihinde davacı Zürih-New York uçuşunu gerçekleştirmekte iken, havada normal seyir anında uçak bir grup terörist tarafından kontrol altına alınmış ve uçak tehditle Ürdün’e inişe zorlanmıştır. Davacının da aralarında bulunduğu yolcular 24 saat kadar uçakta, sonrasında ise 11 Eylül tarihine kadar Yemen’de bir otelde kalmışlardır. Sonraki gün Kıbrıs ve devamında Zürih- New York seferini 13 Eylül 1970 tarihinde tamamlamışlardır. Mahkeme “bebeklik” döneminden çıkmış ve oldukça gelişmiş olan havacılık sektörü açısından, davalının madde 17’yi oldukça dar yorumlanması gerektiği yönündeki iddiasını eleştirmiş ve *kaza kapsamının karşılıklı menfaatleri koruyacak şekilde değişen veya sonradan çıkan risklerin de dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini* ifade etmiştir. Mahkeme 17. madde kapsamında belirli limitlerin öngörülmüş olmasını aslında

¹⁴⁵ Uzun, s. 62; Bozabalı, s. 133-134.

¹⁴⁶ Kavram için bkz. *Husserl v. Swiss Air*, 388 F.Supp. 1238, 1244 (S.D.N.Y.1975).

Kararda havacılık endüstrisinin desteğe ve geliştirilmeye muhtaç olduğundan Varşova Sözleşmesi’nin bu amaca yönelik yapıldığı vurgulanmaktadır.

¹⁴⁷ *Evangelinos v. Trans World Airlines*, 550 F.2d 152 (3d Cir.1977).

sözleşmeyi hazırlayanların bu madde kapsamında yolcuların zarara uğramaları durumunda bunun *tazmini kolaylaştırıcı* bir unsur olarak öngörüldüğünü ileri sürmektedir. Mahkemenin yorumu çerçevesinde, terörizm veya uçak kaçırma gibi durumlarda bu olaylar *kaza* olarak nitelenebilecektir.

*Warsaw v. Trans World Airlines*¹⁴⁸ kararında ise mahkeme sonraki tarihli Saks kararı ile de benzer şekilde olağan seyrinde giden bir uçuşta, alçalma sonucu meydana gelen basınç değişimi sonucunda duyma yetisi kaybına uğrayan Cyrus H. Warsaw adlı davacının talebini reddetmiştir. Mahkemeye sunulan doktor raporunda da, iniş anında iç kulak sinirlerinin zarar görmesi sonucu işitme kaybının yaşandığı vurgulanmıştır. Dikkat edilirse basınç değişikliği sonucu meydana gelen işitme kaybı davalarında mahkeme özellikle *olağan veya rutin şekilde* devam eden bir yolculukta, davacının vücudunun verdiği doğal tepki sonucunda zarara uğramasını madde 17 anlamında kaza saymamaktadır.

c) Hava Taşımacılığının Karakteristik Riskleri ve Normal Bedensel Tepkiler

Hava yolu ile yapılan taşımanın yapısında var olan bir risk olduğu gerekçesi ile bu tür bir risk ortaya çıktığında her seferinde taşıyıcıyı sorumlu tutmak kanımızca da doğru olmayacaktır. Yabancı doktrinde de havacılık bünyesindeki risklerin kapsamının genişletilmesi ve olağan bir taşımacılıkta dahi yolcunun vücudunun bu yolculuğa vereceği doğal tepkiden taşıyıcıyı sorumlu tutmanın taşıyıcıya *sigortacı* gibi muamele edilmesi anlamı taşıyacağından dolayı haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁴⁹

Özellikle uçağın veya daha doğru bir ifade ile hava aracının normal bir türbülansa girmesi, alçalması veya havalanması anında basınç değişiklikleri meydana gelmesi, belirli bir yükseklikten uçması gibi olağan durumlarda bir yolcunun bedensel tepkileri kaza sonucu meydana gelmiş bedensel zararlar olarak addedilmemelidir. Doktrinde de bu olağan nedenler ile yukarıda açıklanan terör veya uçak kaçırma olayları arasında fark olduğu ileri sürülmektedir. Basınç değişikliklerinde yolcuyu korumak ve özellikle de her bir yolcunun normal bir uçuşa verebileceği bedensel tepkileri öngörerek bunu engellemeye çalışmak günümüz teknolojisi ile mümkün olmadığı gibi, taşıyıcının böyle bir yükümlülüğü olduğundan da bahsetmek zordur.¹⁵⁰ Normal seyrinde giden bir hava taşımasında yolcu açısından beklenmedik bir olay yoktur, ancak bu normal uçuş esnasında yolcunun

¹⁴⁸ *Warsaw v. Trans World Airlines*, 442 F. Supp. 400 (E.D. Pa. 1977).

¹⁴⁹ Sheryl Gandel. "Warsaw v. Trans World Airlines: Aviation -Warsaw Convention - Liability for Routine Reprussurization Accidents", *Maryland Journal of International Law*, Volume 4 Issue 2, 2013, s. 289.

¹⁵⁰ A.g.e, s. 290.

vücudundan kaynaklanan bir reaksiyon sonucu zarar meydana geldiğinde taşıyıcı kanımızca da sorumlu tutulmamalıdır.

Uçuş anında yolcu; belirli bir yükseklikten uçağının, iniş veya kalkışta basınç değişiklikleri ile hafif sallantıların olabileceğinin farkındadır. Nitekim olağan bir uçuş esnasında sadece belirli bir yolcu veya yolcuların etkilenmesi başlı başına bir gerekçe olmamakla beraber sorumluluk açısından önemli bir kriterdir. Oysaki terörizm, uçak kaçırma gibi durumlarda taşıyıcının yolcuyu sağ salim kararlaştırılan yere belirtilen zamanda ulaştırma yükümlülüğü kapsamında belirli önlemleri alması beklenir. Kaldı ki günümüz teknolojileri ile bu önlemin alınmasını taşıyıcıdan beklenmesinde bir haklılık payı olacağı kanaatindeyiz. Gerçekten de terörizm veya uçak kaçırma ile ilgili önlem alabilecek kişilerin başında havalimanı işletmesi ile koordineli bir şekilde çalışabilecek olan taşıyıcı hava yolları gelmektedir. Bu tarz önleyici önlemlerin başında detaylı kimlik kontrolleri, silah olarak kullanılacak araçların bagaj olarak veya kargoya alınmaması, detektörler, özel güvenlik bulundurma akla gelebilir.

Bu ayırım sonucunda öğretilerde haklı olarak *Warshaw v. Trans World Airlines* kararı¹⁵¹ ile terörizm veya uçak kaçırma olaylarında taşıyıcı veya adamlarının fiilleri yanı sıra üçüncü kişilerin kasıtlı fiilleri sonucu da madde 17 anlamında kaza olabileceği haklı bir şekilde savunulmuştur.¹⁵² Gerçekten de belirtilen hallerde, yolcudan veya taşıyıcının kendisinden kaynaklanan bir durum değil üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilen bir eylemin madde 17 anlamında taşıyıcının sorumluluğu açısından *kaza* sayılması söz konusudur.

F. Kaza Kavramı ve Sonuç

Öğretilerde Montreal Sözleşmesi ile öncesindeki uluslararası düzenlemelerde *kaza* kavramı tanımlanmadığından hareketle mahkemelerin Montreal Sözleşmesi hazırlık aşamaları, delegelerin görüş ve önerileri, diğer taraf devlet mahkemelerinin uygulamaları ile Montreal Sözleşmesi'nin amacı gibi pek çok hususun dikkate alınarak her olayın ayrıca yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵³ Bu kapsamda taşıyıcının hava taşımacılığı karakteristik riskleri arasında yer alan uçak kazaları ile iz bırakmadan uçakların kaybolması hallerinde de kazanın olduğu öğretilerde vurgulanmaktadır.¹⁵⁴ Dikkat edilirse bu hallerde yolcu açısından beklenmedik, onun dışında meydana gelen, olağan olmayan bir durumdan ötürü taşıyıcı yolcuya karşı üstlendiği taahhüdünü ya hiç yerine getirememekte ya da eksik ifa etmektedir.

¹⁵¹ Bkz. Yukarıda dn. 144.

¹⁵² Gandel, s. 289.

¹⁵³ A.g.e, s. 284.

¹⁵⁴ A.g.e, s. 286.

Hava taşımacılığının yapısında var olan her riskin ortaya çıktığında derhal taşıyıcının sorumluluğuna yol açamayacağını tekrar vurgulayalım. Bu kapsamda, yolcu açısından beklenmedik olan veya olağan olmayan veya yolcunun dışında gelişen bir sebepten ötürü taşıyıcının sorumlu tutulabileceği anlaşılmalıdır. Dolayısı ile uçakların düşmeleri, çarpışmaları, tekerleklerinin açılmaması gibi teknik problemler madde 17/f.1 kapsamında *kaza* olarak değerlendirilebilecek riskler olacakken; yükseklik korkusu sonucu oluşan problemler, normal basınç değişikliğine verilen bedensel reaksiyonlar kanımızca kaza kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak zaman içerisinde başkaca risklerin ortaya çıkmasında *madde hükmünün yolcu lehine esnek yorumlanması* doğrultusunda, taşıyıcıyı da *sigortacı gibi ağır bir sorumluluğa tabi tutmadan* her somut olayın karşılıklı menfaat dengesi çerçevesinde yeniden ele alınabileceği de unutulmamalıdır.

G. Taşıyıcı veya Adamlarının Yolcunun Taleplerini Geri Çevirmesi (*Inaction, Crew Negligence*)

i. Genel Olarak

Hava yolu ile yapılan uluslararası yolcu taşımalarında taşıyıcının yolcuyla sağ salim anlaşılacak noktaya ulaştırma yükümlülüğü bulunduğundan, taşıyıcının *bu edimini uygun şekilde ifa etmesini zorlaştıracak veya imkânsız kılacak hal ve davranışlardan kaçınması* beklenir. Bu nedenle taşıyıcı ile adamlarının, yolcu tarafından sözleşmenin uygun ifasına dönük makul taleplerinin şartlar elverdiğince dikkate alınması gerekir.

1955 tarihli Lahey Protokolü madde XIII ile 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi'ne (m.25) eklenen “taşıyıcı veya adamlarının zarar vermek kastı ile veya *zararın meydana gelme ihtimalini bilerek pervasızca hareketlerde bulunmaları sonucu*” zarar meydana gelmesinde, 22. madde uyarınca taşıyıcı lehine rahatlık sağlayan sorumluluk sınırlarından taşıyıcının yararlandırılmayacağı da bu görüşümüzü destekler mahiyettedir. 1975 tarihli 4 Numaralı Montreal Protokolü ile maddedeki bu uyarı sadece yolcu ile bagaj taşımaları ile sınırlandırılmış, madde bu son hali ile Montreal Sözleşmesi'nde madde 22/f.5 hükmüne aynen alınmıştır. Bu husus gecikmeden sorumluluk veya bagaj hususu ile sınırlı görünmekte ise de aslında sözleşmelerin hazırlanması ve benzeri süreçleri toptan ele aldığımızda, sözleşmeleri hazırlayanların taşıyıcıyı muhtemel zararların meydana gelme riskini azaltıcı önlemler almakla makul şekilde yükümlü tutmak niyetinde oldukları kanımızca ileri sürülebilecektir.

Montreal Sözleşmesinde, yolcu taşıma sözleşmelerinde taşıyıcının veya adamlarının yolcuların bazı makul talepleri karşısında sessiz durmaları sonucu veya hareketsiz kalmak

sureti ile (inaction) zarara sebebiyet vermeleri veya özellikle de zararın artmasında etkin rol oynamalarının *kaza* kavramı açısından değerlendirilmesi oldukça önemlidir.

ii. *Kaza Kavramının Tespitinde Taşıyıcının Adamlarının Rolü (Inaction, Crew Negligence)*

Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcı, yolcunun ölüm veya bedensel zarara uğramasından ancak bu zararların bir *kaza* sonucu meydana gelmesi halinde sorumlu tutulacağından bu tarz kayıtsız kalmaların (*crew negligence*) hukuki anlamını önemli birkaç yabancı mahkeme kararı ışığında özellikle *kaza* açısından tespit etmeye çalışacağız.

a) *Stanley Abramson v. Japan Airlines Kararı*

Montreal sözleşmesi öncesinde de konuya ilişkin bir hüküm Varşova Sözleşmesi'nde yer almamış ancak bu tarz sorunlar yabancı taraf devlet mahkemeleri önünde hararetle tartışılmıştır. Amerikan temyiz mahkemesi 3. Dairesi, 19 Temmuz 1984 tarihli *Stanley Abramson v. Japan Airlines*¹⁵⁵ kararına konu olayda davacı yolcunun, eşi ile beraber yaptığı New York–Tokyo uçuşunda altı yıldır mücadele ettiği göbek fitiği rahatsızlığı baş göstermiştir.

Davacı; hastalığın bu şekilde belirmediği durumlarda, eşinin boylu boyunca uzanıp kendisine masaj yapmak sureti ile ağrıyı bertaraf edebildiğini, hostesten kocasının uzanması için müsait bir koltuk istemesine rağmen bu talebinin “boş koltuk bulunmadığı” gerekçesi ile reddedildiğini ifade etmiştir. Oysaki birinci sınıf yolcularının bulunduğu bölümde rahatsızlığın baş gösterdiği anda dokuz adet boş koltuk bulunduğu sonradan anlaşılmıştır. Davacı bu imkândan yoksun bırakılması ve kabin ekibinin olaya kayıtsız kalması (“negligent conduct”) neticesinde *ağrısının daha da kötüleştiğini* ve eşinin bir uzman tavsiyesi ile Amerika'ya geri döndüğünde tekrar ameliyat olmak zorunda kaldığını dile getirmiştir. Temyiz mahkemesi davacının kabin ekibinin kayıtsızlığını ve olumsuz yaklaşımı “beklenmedik” ve “olağan olmadığı” iddiası ile *kaza* kapsamında değerlendirilmiş olan terörizm, uçak kaçırma gibi olaylarla kıyaslamasını ikna edici bulmamıştır. Normal olmayan bir seyirden kaynaklı bir dış faktör olmaksızın normal uçuşta böyle bir olayın meydana gelmiş olmasından ötürü *kaza* niteliğini temyiz mahkemesi kabul etmemiş ve “*kazanın olmaması*, madde 17 anlamında sorumluluğu da bertaraf eder” şeklindeki alt mahkeme kararını yerinde bulmuştur. Mahkeme ayrıca haklı bir şekilde, basınç değişikliği sonucu duyma yetisi kaybının konu olduğu

¹⁵⁵ Stanley Abramson v. Japan Airlines, 739 F.2d 130 (1984).

*Warshaw v. Trans World Airlines*¹⁵⁶ kararının aksine, somut olayda hava aracının işletilmesinin yapısında olan bir risk nedeni ile zararın doğmadığını da dile getirmiştir.¹⁵⁷

Önemle vurgulayalım ki, mahkemenin kabul etmediği husus söz konusu kayıtsızlığın madde 17 anlamında *kaza* teşkil etmesi gerektiği yönündeki iddiadır. Yoksa temyiz mahkemesi, kayıtsızlık ile ağrının şiddetlenip başka bir boyuta varması arasındaki nedensellik bağıını eleştirmemektedir. Bu da kanımızca, Montreal Sözleşmesi veya Varşova Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması anlamında madde 1’de sıralanan tüm şartlar varsa bile taşıyıcının sorumluluğuna gitmek için *kaza* niteliğinin ne kadar önem arz ettiğini gözler önüne sermektedir. Öğretide bir görüş *kaza* kavramı ile bu tarz olayların doğrudan ifade edilmeye çalışılmasını hayali bir konuşma örneği üzerinden yargı dili ve metodu açısından eleştirmektedir.¹⁵⁸

b) Leonard Kryş, Rebeca Kryş v. Lufthansa German Airlines Kararı

*Leonard Kryş, Rebeca Kryş v. Lufthansa German Airlines*¹⁵⁹ davasında 1997 tarihinde Amerikan mahkemesi benzer yönde bir karar vermiştir. Davacı Leonard Kryş Miami-Frankfurt uluslararası seferini gerçekleştirmekte iken, uçakta aniden rahatsızlanıp kabin ekibinden yardım istemiştir. Yolcular arasında şans eseri seyahat etmekte olan doktorlardan biri uçuş ekibinin bildirimine üzerine davacıyı muayene etmiş ve korkulacak bir husus olmadığını dile getirmiştir. Uçuşa devam edilmiş, Amsterdam üzerinden geçerken yolcunun kalp krizi geçirmekte olduğu konusunda muayeneyi yapan doktor emin olmuştur ancak buna rağmen uçak acil iniş yapmamıştır. Normal seyrinde ve rotasında devam eden uçak Frankfurt’a varmış, davacı kendisini bekleyen ambulânsla hastaneye kaldırılmış burada da kalp krizi geçirdiği teyit edilmiştir.

Davacı ve eşi ise, taşıyıcı havayollarının duruma “kayıtsız kalıp uçağı indirmeyip devam etmesi” üzerine erken hastaneye gidememe sonucu kalbine gelen zararın da arttığından bahisle davalı taşıyıcıya karşı dava açmıştır. Yani aslında davacı, hava aracının işletilmesi dolayısı ile mevcut kalp rahatsızlığının *meydana gelmesinden* değil, kalp rahatsızlığının baş gösterdiğinde taşıyıcının uçağı istisnai olarak acil indirmemiş olması dolayısı ile

¹⁵⁶ *Warshaw v. Trans World Airlines*, 442 F. Supp. 400 (E.D. Pa. 1977).

¹⁵⁷ *Abramson v. Japan Airlines*, 739 F.2d 130 (1984).

¹⁵⁸ Dempsey, *Clash of Titans*, s. 10-11. Yazar burada şu ilginç örneği veriyor: “Diyelim ki zorunlu bir durumda hostesten koltuğunuzu değiştirmesini istediniz ve fakat kendisi bu isteğinizi reddetti. Yanınızdaki yolcuya dönüp “Az önce bir *kaza* yaşadım.” dersiniz komik bir duruma düşersiniz. Oysa (*Saks* kararında olduğu gibi), “Az önce beklenmedik ve olağan olmayan bir olay yaşadım” denildiğinde yazara göre bu ifade önceki kadar komik ve mantıksız olmayacaktır.

¹⁵⁹ *Kryş v. Lufthansa German Airlines*, 119 F.3d 1515 (1997).

rahatsızlığının şiddetlenmesinden şikâyet etmektedir.¹⁶⁰ Önemle vurgulayalım ki alt mahkemede açılan dava ulusal hukuk bağlamında ele alınmış, davalı şirketin olayın Varşova Sözleşmesi kapsamında olduğu yönündeki iddiası ilginç bir şekilde dikkate alınmamış ve taşıyıcının ihmalden ötürü davalı yanca yüksek miktarda tazminat ödenmesine hükmedilmiştir.¹⁶¹

Davalı hava yolu şirketi haklı olarak madde 1 kapsamında uluslararası olan bir taşımanın Varşova Sözleşmesi madde 17 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuş, doğrudan ulusal hukuka başvurmanın yanlış olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, kararını verirken özellikle de Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Saks* kararını dikkate alacağını da vurgulamıştır.¹⁶² Belirtelim ki *Abramson* kararında¹⁶³ göbek fitiği ağrısının artmasında sebep koltuğun dik durumda tutulması ve uzanabilecek bir yerin gösterilmemesi iken bu durum hava yolu ile yapılan taşımacılık açısından olağan ve beklenen bir husus olduğundan mahkeme kaza olarak durumu kabul etmemiştir. Kanımızca aynı şekilde de eğer kalp rahatsızlığının şiddetinin artmasında bir uçağın acil iniş yapmayarak normal seyrine devam etmesi etkili olmuşsa bu, hava yolu taşımacılığı için olağan ve beklenen bir husus olacak ve kaza olarak nitelendirilmeyecektir. Ayrıca bu olayda, kabin ekibi önceki karara nazaran tamamen kayıtsız kalmamış, yolculara anons yapmak sureti ile doktor bulmuş ve hastayı muayene dahi ettirmiştir.

Kanımızca hava yolu ile yapılan taşımanın niteliği de göz önünde bulundurularak acil iniş yapılması gereken hususların *sınırlı* tutulması gerekir ancak taşıyıcı veya adamlarından da *zararı azaltmaya dönük taleplere şartlar elverdiği ölçüde olumlu dönüş yapmalarını* beklemek daha hakkaniyetli bir çözüm olacaktır. Nitekim mahkemeye göre de her ne kadar yolcu açısından meseleye bakıldığında rahatsızlık açıkça görülebilirken, *uçuşa devam olunması olağan ve beklenen bir olgu olduğundan* madde 17 anlamında bir kaza yoktur.

Yalnız buraya kadar mahkemenin genel değerlendirmelerini madde 17 anlamında görüşlerimizle de paralel bulmakla beraber, mahkemenin bundan sonraki değerlendirmesini sözleşmenin münhasıran uygulanması sorunsalı karşısında ilginç bulmaktayız. Zira mahkeme madde 17 kapsamına girmediğini kabul ettiği bir olayı ulusal hukuka dayandırarak alt mahkeme kararı doğrultusunda çözüp davalıya yüksek miktarda tazmin yükümlülüğü getiren

¹⁶⁰ Krys v. Lufthansa German Airlines, 119 F.3d 1515, 1518 (1997).

¹⁶¹ Krys v. Lufthansa German Airlines, 119 F.3d 1515, 1518-1519 (1997).

¹⁶² Krys v. Lufthansa German Airlines, 119 F.3d 1515, 1519 (1997).

¹⁶³ Bkz. Yukarıda dn.153.

Florida hukukunun uygulanmasını uygun görmüştür.¹⁶⁴ Aslında mahkeme bir bakıma bu şekilde madde 1 anlamında uluslararası taşıma niteliği haiz bir taşıma olduğu için haliyle Varşova Sözleşmesi kapsamında karara bağlanması beklenen bir hususu, ulusal hukuk bağlamında ayrıca ele alarak kanımızca Montreal veya Varşova Sözleşmesi “münhasıran uygulanma” şartını ihlal etmiştir¹⁶⁵.

c) *Olympic Airways v. Husain Kararı*

Konuya ilişkin olarak daha yeni kararlara baktığımızda, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 19 Nisan 2004 tarihinde yeniden yargılamayı ret kararı ile kesinleşen *Olympic Airways v. Husain*¹⁶⁶ kararı oldukça önemlidir. Önemle vurgulayalım ki yeni olmakla beraber, henüz ABD açısından Montreal Sözleşmesi yürürlüğe girmediği zaman başlanmış bir duruşma olmasından dolayı uyuşmazlık Varşova Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmişti.¹⁶⁷ Ancak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce yapılan tespitlerde ve madde 17'ye ilişkin olarak çıkarılan *kılavuzda*, Montreal Sözleşmesi yeni madde 17 hükmünün önceki hükümlerden farklı olmayacağı da vurgulanmıştır.¹⁶⁸

Karara konu olayda New York –Atina –Kahire rotasında seyreden bir tatil yolculuğunda Dr. Hanson ile eşi Rubina ve çocukları istekleri üzerine sigara içilen bölümden uzak koltuklarda seyahat etmişler ve gidiş yolculuğunda bir sorun yaşanmamışlardır. Dr. Hanson ciddi bir astım hastası olduğundan ve davalı havayollarında uluslararası uçuşlarda sigara içmek serbest olduğundan davacı taraf dönüş yolculuğunda erkenden Kahire havalimanına varmış ve kendilerinin sigaradan etkilenmeyecekleri bir yere tayini hususunda biniş işlemleri görevlisi ile konuşmuştur. Atina durağında sigara içilen bekleme salonuna alınan yolcu ilk burada solunum problemi yaşamış ve Atina- California dönüş uçuşunda ise kendilerine ekonomi sınıfı sigara içilen bölümün hemen üç sıra önünde yer tahsis edildiği ortaya çıkmıştır. Kocasının sigaraya alerjisi olduğunu ve bu sebeple yerini değiştirmelerini defalarca talep

¹⁶⁴ *Krys v. Lufthansa German Airlines*, 119 F.3d 1515, 1530 (1997).

¹⁶⁵ *Bkz. Aşağıda 3. Bölüm, VII: Montreal Sözleşmesi'nin Münhasır Uygulanması Sorunu.*

¹⁶⁶ *Olympic Airways v. Husain*, 124 S.Ct. 1221 (2004).

¹⁶⁷ ABD, Montreal Sözleşmesine ilk taraf olan ülkelerden biridir. Yürürlü kuralı (madde 53/f.6) gereği Montreal Sözleşmesi en az 30 ülkenin onay belgelerini depozitere ibrazı üzerinden 60 gün geçmesi ile yürürlüğe girecektir. ABD, 30. sırada olarak 5 Eylül 2003 tarihinde istenen tüm belgeleri ibraz etmiş ve bu kural gereği Montreal Sözleşmesi, 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısı ile zaten derdest olan bu dava kapsamında Montreal Sözleşmesi ayrıca ele alınmamıştır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi madde 17 anlamında Montreal Sözleşmesi değişiklik getirmemektedir. Benzer görüşte bkz. William H. Taft / Theodore B. Olson/Peter D. Keisler. “In the Supreme Court of the United States. Brief For The United States As Amicus Curiae Supporting Respondents” No. 02-1348, s. 5.

¹⁶⁸ Taft/ Olson/ Keisler, s. 5 dn. 6

etmesine rağmen, Rubina'nın bu talebine karşı uçuş görevlisi orali olmamış ve uçağın dolu olduğundan ve meşgul olduğundan bahisle yardımcı olamayacağını söylemiştir.

Uçuştan kısa bir süre sonra, kaptan "sigara içilmez" işaretini kaldırmış ve yolcular sigara içmeye başlamıştır. Bu durumda, Dr. Hanson yoğun bir dumana maruz kalmıştır. Uçakta sigara içilmeyen ekonomi sınıfı bölümünde de olmak üzere on bir adet koltuğun boş olduğu sonradan davacılarca anlaşılmıştır. İlacını kullanan hasta yolcu yanında sürekli kendisi ile beraber seyahat etmekte olan alerji uzmanı arkadaşından yardım istemiş ancak oksijenin de bir aşamadan sonra fayda etmemesi sonucu yapılan tüm müdahalelere rağmen kurtarılamamış ve uçakta vefat etmiştir. Rubina kendisi adına ve kocası için ise de mirasçısı sıfatı ile taşıyıcı havayollarına karşı dava açmıştır¹⁶⁹.

Davanın görüldüğü alt mahkemede, davacılar lehine karar verilmiş ve uçuş personelinin davranışlarının yolcunun dışında gelişen olgular olduğu ve bu kayıtsızlığın "havacılık endüstrisi ile hizmet standart ve politikalarına aykırı" bir hal teşkil ettiği ve olağandışı olduğundan hareketle, olay madde 17 anlamında bir *kaza* olarak nitelendirilmiştir.¹⁷⁰ Alt mahkeme ayrıca, uçuş personelinin ihmalkâr davranışının ölüme sebebiyet verdiğini de kabul etmiştir. Temyiz mahkemesi de bu kararı yerinde görmüş ve kararı onaylamıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde, 1985 yılında verilmiş *Saks* kararı ışığında, uçuş ekibinin yolcunun sağlık sorunlarına ilişkin bazı taleplerini geri çevirmesinin ya da alt mahkemenin ifade ettiği gibi havacılık hizmet ile standartları dışında hareket etmesinin madde 17 anlamında kaza olarak kabul edilebilirliği tartışılmıştır. Belirttiğimiz üzere taşıyıcının adamlarının tamamen sessiz kalma veya belirli davranışlarla kayıtsız kalma durumları Yüksek Mahkeme'ce de yaptırıma bağlanmıştır. Mahkemeye göre eğer mevcut şartlarda uçuş personelinin bir özen beklenebiliyorsa ve bu özen gösterilmiyorsa bu durumda yolcu dışında gelişen olağandışı ve beklenmeyen bir olay olmuştur ve bu bir kazadır.¹⁷¹ Öğretide ve kararı veren Yüksek Mahkeme'deki hâkimlerden birinin ("Justice Scalia") karşı oy yazısında bu yeni karar madde 17 kapsamı dışına çıktığı ve "hareketsiz veya kayıtsız kalma" da dâhil edilerek kaza kavramının genişletildiğinden bahisle eleştirilmektedir.¹⁷²

d) Kararların Değerlendirilmesi

¹⁶⁹ Olympic Airways v. Husain, 124 S.Ct. 1221 (2004).

¹⁷⁰ Taft/ Olson/ Keisler, s. 8.

¹⁷¹ A.g.e, s. 10-11.

¹⁷² Bozabalı, s. 139-141; Dempsey, Clash of Titans, s. 5-6.

Kanımızca bu üç karar arasında bir çelişki yoktur. Sadece önceden değinildiği üzere gelişen havacılık endüstrisi ile beraber yenilenen hizmet standartları çerçevesinde taşıyıcı ile adamlarından beklenebilecek ve makul olabilecek derecede özen yükümlülüğü getirilmiştir. Önceki iki kararda uçak normal, beklenen ve olağan şekilde uçuşuna devam etmiş, bu normal ve dışarıdan müdahale olmaksızın gerçekleşen uçuş esnasında yolcunun göbek fitiği ağrısı ile kalp rahatsızlığı belirmiştir. Önemle vurgulayalım ki burada uçuş ekibinin kayıtsız kalması veya ilgilenmemesi dolayısı ile göbek fitiği veya kalp rahatsızlığı ortaya çıkmamıştır. Kayıtsızlık ve ilgilenmeme sonucunda sadece kayıtsızlık ile ağrının şiddetlenmesi arasında bir nedensellik bağı vardır, yoksa hastalığın belirmesi ile değil.

Oysaki *Olympic Airways v. Husain* kararına konu olayda yolcu astım hastasıdır ve astım hastalığı normal ve olağan bir uçuşta basit bir vücutsal tepki sonucunda belirecek bir hastalık değildir, nitekim davacılar oldukça rahat bir şekilde sigaradan uzak bir yerde gidiş seferlerini sağ salim gerçekleştirmişlerdir. Kanımızca, bu kararı eleştirenlerin gözden kaçırdıkları husus şudur: Bu olayda, hizmet standartları dışında davranma ya da pasif kalma durumu doğrudan hastalığın ortaya çıkmasını sağlamış ve dolayısı ile yolcunun ölümüne sebebiyet vermiştir. Burada artık *hastalığın belireceğine dair uyarılara rağmen* sigara içilmeyen bir bölüme yollanmamış olmak, durumu beklenen ve sıradan bir durum olmaktan çıkarır.

Önceki olaylarda “Cam kenarında, dik koltukta oturunca, göbek fitiğim baş gösterir.” veya “Sigara içilen bölümde oturunca, kalp rahatsızlığım belirir.” şeklinde kesin önermeler ve uyarılar yokken, son olayda sigara dumanına karşı ölenin yüksek derecede alerjisi olduğu ve bilinen astım hastalığı davacılar tarafından görevlilere belge ile de gösterilmiştir. Yoksa öğretilerde sanki önceki olaylarda *hastalığın ilerlemesi* fakat *Olympic Airways v. Husain* olayında ise *ölüm* olduğundan bahisle mahkemelerin farklı kararlar verdiği yönündeki görüşe¹⁷³ katılmak mümkün değildir. Dışarıdan bir *etki* olmadan (sigara dumanı gibi), kronik başka bir hastalığı *doğal yollarla* beliren Dr. Hanson açısından görevlinin kayıtsız kalması halinde zararı veya ağrı şiddeti arttığında öyle zannediyoruz ki mahkeme önceki kararlar doğrultusunda kazanın olmadığına hükmedebilecekti. Bu farazi olayda, örneğin kayıtsız kalındığı veya uçak acil iniş yapmadığı için yolcunun uçakta öldüğünü (Leonard Krys’in uçakta kalp krizinden öldüğünü veya göbek fitiğinden Abramson’ın uçakta dik koltuğunda öldüğünü) varsayarsak kanımızca Montreal Sözleşmesi kapsamında yine kaza olmayabilecektir. Bu durumlarda ayrıca ulusal hukuka başvurulması imkânının mevcudiyeti

¹⁷³ Bozabalı, s. 140.

ise bir *münhasırlık* sorunsalıdır¹⁷⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, özellikle önlem alma imkânı varken uçuş görevlilerin kayıtsızlığı sonucu zararın veya hastalığın önemli ölçüde artması pekâlâ bir kaza olarak nitelenebilecektir. Zira bu durumda, kayıtsızlık doğrudan hastalığın belirmesine sebep olmamakla beraber, hastalığın ciddi şekilde ilerlemesine sebep olabilmektedir.

iii. Biniş İşlemlerindeki Kayıtsızlıklar ve Kaza Kavramı

Bu konuda sadece uçuş esnasında değil aynı zamanda bagaj konusu başta olmak üzere *biniş* işlemleri esnasında da birtakım kayıtsızlıkların taşıyıcının sorumluluğuna yol açması da mümkündür. Aşağıda inceleneceği üzere, kaza hava aracına binerken veya inerken veya aracın içerisinde iken meydana gelmelidir ki taşıyıcının *kaza* olduğu saptanan olaydan sorumluluğu doğabilsin. Bu hususta, *Prescod v. AMR*¹⁷⁵ kararı kanımızca oldukça önemlidir.

75 yaşındaki Caroline Neischer adlı, yolcu kronik solunum hastalığı olan bir yolcu olup bagajında sürekli yanında bulundurması hayati önem arz eden solunum cihazı ile ilaçları bulundurmaktadır. Uçuş görevlilerine bu çantanın sürekli kendisi ile beraber olması konusunda yapılan telkinlere rağmen, taşıyıcının kusuru sonucunda bu ilaç ve cihazın olduğu bagaj dâhil yolcunun bagajları kaybolmuş ve zamanında ilaçlarına ulaşamayan hasta yolcu kısa bir süre sonra vefat etmiştir.¹⁷⁶ Bahsettiğimiz bu olayda mahkeme tıpkı *Olympic Airways v. Husain* kararında olduğu gibi sağlığa dayalı bir talebin olması ve taşıyıcı tarafından bagajın sürekli kendisi ile beraber olacağı konusunda taahhütte bulunmalarına rağmen kusurları ile bu önemli bagajı kaybetmeleri sonucu hastanın hastanede bir süre kalıp sonra ölmesinde taşıyıcıyı sorumlu tutmuştur.

Bu şekilde taahhüdünü ve sağlık gereği yapılmış bu talebi uygun şekilde yerine getirmeyen taşıyıcı açısından madde 17 anlamında *kaza* söz konusu olmuş ve sorumluluğu doğmuş demektir. Yani bu durum hasta olan yolcu dışında gelişen, ona yabancı, beklenmedik ve olağan dışı olması dolayısıyla bir kazadır. Bu nedenle sadece hava aracı içinde değil, hava aracı biniş veya iniş işlemleri sırasında da bazı hareketsizlik veya kayıtsızlık durumlarının kaza olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu ve bunun taşıyıcının sorumluluğuna yol açabileceğini de mahkeme haklı olarak vurgulamış bulunmaktadır.

¹⁷⁴ Bkz. Aşağıda 3. Bölüm, VII: *Montreal Sözleşmesi'nin Münhasır Uygulanması Sorunu*.

¹⁷⁵ *Prescod v. AMR*, 383 F.3d 861 (U.S. App. 2004).

iv. Türk Hukuku Açısından Taşıyıcının Adamlarının Yolcu Taleplerini Geri Çevirmesine Dair Değerlendirmeler

Susma veya hareketsiz kalma terimleri Montreal Sözleşmesi'nde düzenlenmemiş ve haliyle de tanımlanmamıştır. Bu açıdan önüne bir somut uyuşmazlık gelmesi durumunda Montreal Sözleşmesi'nde münhasıran düzenlenmemiş olan bu konulara ilişkin saptamalar ve nitelendirmeleri hâkim kendi hukuku olan Türk hukukuna göre yapacaktır. TBK madde 6 anlamındaki istisnalar haricinde, susma bir örtülü irade beyanı dahi sayılmayacağından kural olarak bir hukuki sonuç doğurmaz. Ancak taşıyıcı veya adamlarının makul talepleri yerine getirme konusunda pasif davranmaları veya hareketsiz kalmaları veya açık bir beyanla bu istekleri belirli gerekçelerle yerine getirmeyeceklerini izah etmelerinde kanımızca durum susma kavramından farklıdır. Bu şekilde davranmak sureti ile taşıyıcı veya adamları zararın meydana geleceğine ihtimal dahi vermeseler bile aslında *iradeyi ortaya koyan davranış* sergilemektedirler.¹⁷⁷

Davranış hukuki sonuç doğurmaya ilişkin irade beyanında bulunma arzusu içermese bile, belirli bazı davranışlar iradeyi ortaya koyduklarında hukuk düzeninin kabulü çerçevesinde bazı hukuki sonuçlar doğuracaklar ve davranışta bulunanı birtakım yükümlülükler altına sokacaktır.¹⁷⁸ Konumuz açısından meseleyi ele alıp birkaç örnek vermeye çalışalım. Hostesin, sırt ağrısı çektiğini özellikle belirten ve koltuğun belirli bir açıda eğik durmasını rica eden koridor tarafındaki bir yolcunun koltuğunu habersizce ve çok sert şekilde düzeltmesi durumunda ağrının şiddetinin artması bu tür davranışa örnek verilebilir. Ayrıca ilacını suyla alması gereken bir yolcunun ısrarla hostesten su istemesine rağmen suyun getirilmemesi sonucu kriz geçirmesi veya dik duran koltuktan dolayı, zaten boyun fitiği olan bir yolcunun ısrarla yastık istemesine rağmen görevlilerin kendisi ile ilgilenmemeleri sonucunda boyun ağrısının dayanılmaz bir hal alması durumları da bu davranışlara örnektir.

Taşıma sözleşmesinin uygun ifasında menfaati bulunan alıcı sıfatı haiz yolcu, bu örneklerde görüldüğü üzere ifanın uygun bir şekilde yapılması noktasında birtakım *makul* taleplerde bulunmaktadır. Bu noktada yolcunun zararı azaltıcı makul isteklerine kayıtsız kalan veya *imkân bulunmakla birlikte* herhangi bir girişimde bulunmamak sureti ile iradesini açığa vuran taşıyıcı ile adamlarının bu davranışlarının Montreal Sözleşmesi kapsamında *kaza* olduğu sonucuna kanımızca varılabilecektir. İmkân yoksa örneğin yastık talebine rağmen uçakta

¹⁷⁷ M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas. "Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar", 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 197.

¹⁷⁸ A.g.e, s. 198.

zaten çok az sayıda olan yastıkların tamamı da kullanılmakta ve başkaca şekilde yolcuya yardımcı olunamıyorsa, bu durumda artık taşıyıcının adamlarının ihmalkâr davranışından bahsedilemeyecektir.

v. Sonuç

Madde 17 sadece lafzıyla dar yorumlandığında sorunlar çıkabileceği gibi, genişçe uygulandığında da problemler çıkabilecektir. Her olay açısından *kaza* niteliği mevcut şartlar dikkate alınarak değerlendirilmeli ve hakkaniyete en uygun çözüm taraf devlet mahkemesince benimsenmelidir. Sonuç olarak, kanımızca burada farklı bir uygulama yoktur ve bu üç karar aslında birbirini tamamlayan ve destekleyen mahiyettedir¹⁷⁹. Karşı oy yazısında hâkim, Avustralya ile İngiltere'nin madde 17 hükmüne sıkı suretle bağlı bulunduğunu ve hareketsizliği kesinlikle bir kaza olarak kabul etmediğini örnek olarak belirtmiş ancak kararı veren çoğunluk bu kararların Yüksek Mahkeme'yi bağlamayacağını söylemiştir.¹⁸⁰ Belirtelim ki mahkemenin yabancı mahkeme kararlarını dışlayan ve dikkate almayan tutumunu yeknesaklaştırma amaçlı bir uluslararası sözleşmenin uygulanması açısından yanlış bulmaktayız. Bu nedenle maddeyi bu kadar dar yorumlayan hukuk anlayışını benimsememe taraftarıyız. Bu üç karar arasında göze çarpan en önemli ayrıntı, *Krys* kararında olay Varşova Sözleşmesi açısından incelenmiş, “kaza değildir” denilmiş ve bunun dışında ulusal hukuka başvurulması yolu uygun görülüş yani *münhasırlık* özelliğinin delinmesine ilişkin açık kapı bırakılmıştır¹⁸¹. Yoksa aşağı yukarı mahkemeler üç kararda da kaza niteliğine ilişkin olarak birbirini destekleyen ve tamamlayan karar vermişlerdir, kanımızca bu konularda bir çelişki yoktur.

H. Derin Ven Trombozu (Deep Vein Thrombosis, “DVT”) Olayları

i. Derin Ven Trombozu (“DVT”) Kavramı

Montreal Sözleşmesi kapsamında kaza kavramı irdelenirken önemle incelenmesi gereken bir husus da özellikle uzun süreli uçuşlarda meydana gelen venöz trombozu hastalığıdır. Derin ven trombozu (“DVT”) en yaygın görülen venöz tromboz şekli olup, özellikle bacak ve kalçada derinde bulunan toplardamarlarda meydana gelen kan pıhtısı sonucunda kan dolaşımının engellenmesi ve bölgesel şişme ile ağrının oluşması, kalp krizi gibi şekillerde

¹⁷⁹ Bkz. Yukarda s. 68-69.

¹⁸⁰ Dempsey, *Clash of Titans*, s. 6.

¹⁸¹ Bkz. *Aşağıda 3. Bölüm, VII: Montreal Sözleşmesi'nin Münhasır Uygulanması Sorunu*.

belirir.¹⁸² Günümüzde hava yolu taşımacılığının gelişmesi ve özellikle de uzun mesafelerde aktarmasız uçuş imkânının tanınmasıyla bu hastalığın ortaya çıkması riski de artmış ve sorumluluk hukuku açısından DVT sorununun *kaza* kavramı içerisindeki yeri önem kazanmıştır.

Uzun süreli yolculuklarda, uzunca bir süre oturarak seyahat eden yolcular açısından bu riskin oluşma ihtimali olmakla beraber, uzmanlarca bu riskin minimize edilmesi hususunda verilen usullere uyulmak sureti ile bu risk bertaraf edilebilmektedir.¹⁸³ Uzun süre koltuğunda hareketsiz kalan ve bu rahatsızlığı tetikleyici şartlarda seyahat edenler açısından bu hastalığın belirmesi daha büyük bir olasılık olduğundan bu rahatsızlığa “*ekonomi sınıfı sendromu*” da denilmektedir.¹⁸⁴ Özellikle uzun süreli uluslararası yolculukların artması nedeni ile DVT vakıaları Varşova Sözleşmesi ile Montreal Sözleşmesi bakımından oldukça önem arz etmeye başlamıştır. Zira basitçe bir söylemle Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1 anlamında DVT vakıası *kaza* olarak nitelendirilebiliyorsa bu durumda taşıyıcı bu olaydan diğer sorumluluk şartlarının da varlığı halinde sorumlu olacaktır. Bu nedenle DVT, Montreal Sözleşmesi açısından bir *kaza* olarak nitelendirilebilir mi sorusunun mahkeme kararları ışığında irdelenmesi gerekir.

ii. Yabancı Mahkeme Kararlarında DVT Vakıalarının Değerlendirilmesi

a) Genel Olarak

Yabancı taraf devlet mahkemeleri önüne gelen ve DVT vakıalarını konu alan tüm uyuşmazlıklarda davacılar genel itibari ile kendilerine *taşıyıcı ile adamlarının konu hakkında bilgi vermemeleri* sonucu zarara uğradıkları iddiasına dayanmışlardır. Davacılar, havacılık endüstrisinde belirli bazı uzmanlar ve kurumlar tarafından kendilerini uyarması konusunda taşıyıcılara önerilerde bulunulduğunu ancak şirketlerin bu hususa riayet etmeyerek standartlar dışına çıktıklarından bahisle madde 17 açısından bunun bir *kaza* olarak ele alınması gerekliliğinden söz etmişlerdir. Ayrıca hava yolu şirketleri tarafından da kabul edilen temel

¹⁸² Türk Hematoloji Derneği, “Venöz Tromboz Hasta Kılavuz”, http://www.thd.org.tr/thd_halk/?sayfa=venoz_tromboz_hasta_klavuzu (erişim: 18.11.2013).

¹⁸³ Genel kültür ile sağlık açısından önemli olduğunu düşündüğümüz bu önlemleri aşağıda sıralama gereği duyuyoruz. Türk Hematoloji Derneği ilgili açıklaması şöyledir:

“Uzun süreli seyahatlerde venöz tromboz oluşmaması için nelere dikkat edilmelidir?”

Uzun süreli yolculuklar venöz tromboz oluşma riskini 2-4 kat artırır. Altı-sekiz saatten uzun süreli hava yolculukları başta olmak üzere tüm yolculuklar için her 1-2 saatte bir ayağa kalkılması ve yürünmesi tavsiye edilmektedir. Seyahat esnasında sigara kullanmaktan kaçınılması, baskı oluşturmeyen rahat giysilerin tercih edilmesi, bacakların sık olarak kasılıp gevşetilmesi, oturma pozisyonunun sık değiştirilmesi, sıvı kaybının önlenmesi ve bu amaçla tercihen alkol içermeyen sıvıların içilmesi, varis çoraplarının kullanımı ve uzun süreli hareketsizliğe yol açabilecek yatıştırıcılar ile alkol kullanımından kaçınılması önerilir”

Detay için : “Venöz Tromboz Hasta Kılavuzu”

¹⁸⁴ Dempsey, Clash of Titans, s. 6.

öncelliğin yolcu güvenliği olmasının da “uyarılmamanın” kaza olmasını sağlayıcı bir sebep olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenlerle burada asıl cevaplanması gereken soru şudur: Taşıyıcının kendi yolcularını DVT sebep ve sonuçları hakkında bilgilendirmemiş olması madde 17 anlamında bir kaza niteliği taşıyacak mıdır?

b) Örnek Yabancı Mahkeme Kararları

Gerek *Rodriguez v. Ansett Australia*¹⁸⁵, gerek *Blansett v Continental Airlines*¹⁸⁶ gerekse de *Caman v. Continental Airlines*¹⁸⁷ kararlarında, hava yolu taşıyıcılarının davalıları bu konuda uyarılmamış olmalarının *bir kaza olarak nitelendirilmeyeceği* ve dolayısı ile DVT olaylarında taşıyıcının sorumluluğuna gidilemeyeceği belirtilmiştir.

Örneğin anılan ikinci davada Teksas’tan Londra’ya yapılan bir uluslararası uçuşta Michael “Shawn” Blansett isimli yolcu DVT sorunu yaşamış ve neticesinde sürekli bir yorgunluk, rahat yürüyememe gibi sorunlar baş göstermiştir. Bölge mahkemesi, davalı taşıyıcının savunmalarını reddetmiş ve “sebepsiz yere hizmet standartlarından sapmanın” madde 17 anlamında kaza olacağı diğer bir ifade ile bunun beklenmedik, olağandışı ve yolcuya yabancı bir husus olduğu vurgulanmıştır. Temyiz mahkemesi, davalı yanca yapılan temyiz neticesinde konuyu incelemiş ve burada uçuş personellerinin hareketsiz kalmalarının *Olympic Airways v. Husain* kararı ile karıştırılmaması gerektiği vurgulanmıştır.

Temyiz mahkemesi, yüksek mahkemenin önceki *Olympic Airways v. Husain* kararı ile de uyumlu biçimde sadece bazı hareketsiz kalmaların istisnai olarak kaza niteliği taşıyacağı diğer bir ifade ile her tür kayıtsızlık (inaction) durumunun kaza olmayacağını vurgulamıştır. Kanımızca da bu tespit yerindedir, zira *Olympic Airways v. Husain* olayında ifade edildiği üzere *uyarılara rağmen ihmal edilen bir özen yükümlülüğünün bir rahatsızlığın ortaya çıkmasına sebebiyet vermesi* söz konusudur. Oysaki bu olayda, talep dahi olmaksızın davalının *muhtemel* bir DVT olayı hakkında davacıyı uyarılmaması durumu tartışılmaktadır. Temyiz mahkemesi, sonuç olarak normal işleyişinde devam eden bir uçuş esnasında taşıyıcının DVT konusunda anlaşma ile özel olarak yüklenmiş olmadıkça yolcularını uyarılmamış olmasının kaza teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır.¹⁸⁸ Bir hava yolu şirketinin bu

¹⁸⁵ 383 F.3d 914 (2004).

¹⁸⁶ 379 F.3d 177 (2004).

¹⁸⁷ 455 F.3d 1087 (2006).

¹⁸⁸ Bir hava yolu şirketinin DVT etkisini azaltmak için yolcularına koridorda dolaşmak imkânını sağladığı varsayıldığında bile bu imkân ile diğer zorunlu uyarıların arasında kanımızca bir denge gözetmek gerekir. Yolcu için koltuğunda oturması daha güvenlidir. Bu nedenle DVT riskini azaltmaya dönük tüm çabaların taşıyıcı tarafından özellikle talep dahi olmaksızın sırf hizmet standardı gereği yerine getirilmesi beklenmemelidir. Örneğin DVT riski oluşabilir diye bir yolcunun bütün uçuş boyunca koridorda devamlı yürüyüş yapmasına izin vermek hem yolcunun kendisi hem de diğer oturmakta olan yolcular açısından bir risktir.

hususla bir broşür hazırlaması, yolcularını uyarması elbette mümkündür ancak kanımızca dikkat edilmesi gereken husus bunları yapmamış olmanın Montreal Sözleşmesi anlamında *kaza* olmayacağıdır.

c) *Twardowski v. American Airlines* Genel Kararı

DVT olaylarını konu edinen davaların artması sonucunda Temyiz Mahkemesi 2008 yılında *Twardowski v. American Airlines*¹⁸⁹ adı altında genel bir karar vermiştir. Mahkeme haklı olarak birtakım kurum veya şahıslarca önerilen DVT konusunda uyarıda bulunma hususu ile sağlık ve benzeri ciddi durumlar karşısında uyarı ve ricada bulunulmasına rağmen uçuş ekibinin kayıtsız kalması hususlarının farklı olduğunu vurgulamıştır.¹⁹⁰ Mahkemenin havacılık endüstrinde çoğu hava yolu şirketinin bu riskleri açıklama hususunda yükümlülük altına girmekten sakınmalarını da göz önüne alarak *sırf birkaç kurum veya kuruluşun bu yönde yapılmış telkinlerinin* hizmet standardı oluşturma için yeterli olmayacağı görüşü kanımızca da isabetli olmuştur. Mahkeme bu noktada, DVT uyarılarının belirli bir şekilde yapılması hususunu tartışmayı uygun bulmamıştır zira uyarı yapma yükümlülüğü taşıyıcı açısından yoktur ki şekli tartışılabilir.

Mahkeme birleştirilen bu davada bir yolcunun, uçuş personelinin koridorda yürümesine müsaade etmediği yönündeki iddiasına karşı, “uçuş personeli yolcu güvenliği açısından yapılması olağan şekilde davranmıştır” diyerek reddetmiştir. Kanımızca da olası bir zararı engellemeye yönelik beklentiler ile tüm yolcuların güvenliğine ilişkin genel önlemler arasında taşıyıcı tarafından bir denge gözetilmelidir. Uzun bir yolculukta, DVT riskini azaltmak için kalkıp koridorda yürümek isteyen bir yolcuya karşı hostes, güvenlik açısından koltuğunda oturması için gerekli önlemleri alabilir. Zira koridorda yürüdüğü sırada uçağın aniden irtifa kaybetmesi sonucu zarar daha da büyüyecek, emniyet kemeri olmayan ve DVT etkisini azaltmak isteyen ayaktaki bu yolcu hem kendisine hem de diğer oturan yolculara daha büyük zarar verebilecektir. Kaldı ki uçağın aniden düşüşü gibi olaylar madde 17 anlamında kesin *kaza* olduğundan yani diğer bir ifade ile taşıyıcının sorumluluğunu harekete geçirebileceğinden taşıyıcının ifasını uygun bir şekilde yapmak hususunda hâkimiyeti altında bulunan yolcunun güvenliğini sağlayıcı tedbirler alması (emniyet kemeri bağlı halde oturmasını istemek gibi) olağandır. Bu olağan önlemler sırasında başkaca öngörülemeyen nitelikteki sorunlar ortaya çıkması (emniyet kemeriyle uzun süre oturulması istendiği için

¹⁸⁹ 535 F.3d 952 (2008).

¹⁹⁰ 535 F.3d 952; 2008 U.S. App. LEXIS 16110.

DVT oluşumu) durumunda yukarıda tartıştığımız örnek kararlar ışığında taşıyıcının sorumluluğu kanımızca da söz konusu olmamalıdır.

Ancak DVT olayı uçuş esnasında *belirgin* şekilde ortaya çıkmış ve yolcu da uçuş personelini durum hakkında bilgilendirmiş ve *rahatsızlığın daha da ilerlememesi için gerekli önlemlerin alınması konusunda* bir takım ricalarda bulunmuşsa, bu durumda kanımızca uçuş personelinin gerekli önlemleri almaması beklenmedik ve olağandışı olabilecek ve *kaza* niteliğine bürünebilecektir. Örneğin göbek fitiği ile kalp rahatsızlıkları kendiliğinden belirirken, bu son farazi durumda daha önce bu rahatsızlığı olmayan bir yolcu açısından DVT, hava yolu ile yapılan bu uzun yolculuktan kaynaklanmakta ve bu belirti dolayısıyla uçuş personelinin yardım istenmektedir. Yoksa normal bir şekilde seyreden bir uçuş sonrasında, uzun süre oturmadan kaynaklanmış bir DVT belirtisinden dolayı sadece, kendisi *talep etmezse bile*, bu konuda kendisine önceden bir bilgilendirme yapılmadığı gerekçesiyle açılan bir davanın reddedilmesi kanımızca da yerindedir.

I. Hava Yolu ile Yapılan Yolculuğun Olağan Riskleri

Uygulamada taşıyıcı havayollarının web sitelerinde, sadece DVT değil aynı zamanda uçuş yüksekliğine bağlı doğal reaksiyonlar, *jet lag* durumu ve uçak tutması gibi hususlarda bilgi verdikleri de görülmektedir. Konu benzerliği açısından bu durumları ayrıca incelemeye gerek duymuyoruz. Bir taşıyıcı hava yolu şirketi, uçuş yüksekliğine bağlı doğal bazı bedeni reaksiyonlar (oksijen azlığı, gaz genleşmesi, basınç değişikliği gibi), *jet lag* veya uçak tutması gibi konularda yolcularını uyarmadığı durumlarda da sorumlu olmayacak ve bu uyarı konusunda hareketsiz kalma da Montreal Sözleşmesi madde 17 anlamında kanımızca *kaza* olarak nitelendirilmeyecektir.

Belirtelim ki bu uyarıların yapılmaması veyahut neden *belirli bir yolla* (broşür, internet vb.) yapılmadığı¹⁹¹ şeklindeki savunmalar yerinde değildir. Zira Montreal Sözleşmesi madde 17 anlamında bu uyarıları yapmamak zaten tek başına kaza teşkil etmez yani taşıyıcının DVT ve diğer belirttiğimiz olağan riskler konusunda uyarıda bulunmaması onun sorumluluğuna yol açmaz. Yolcunun bir normal uçuş esnasında tetiklenebilecek başka hastalıkları varsa (kalp-damar hastalıkları, kanser ve benzeri) bunun için doktoruna danışması, uçuş için elverişlilik konusunda bilgi ve belge alması beklenir. Hamilelikte belirli bir aydan sonra taşıyıcının *uçuşa elverişlilik belgesi* istemesi, bir zamandan sonra ise hamile kadını uçuşa kesinlikle almaması hep bu önlemlerin göstergesidir.

¹⁹¹ Twardowski v. American Airlines, 535 F.3d 952 (2008).

Bu tarz önlemlerin alınmasını özellikle hamilelik kadar belirgin olmayan yani *sadece yolcunun bilebileceği* iç hastalıkların *normal bir uçuşa* tepki neticesinde ortaya çıkması durumunda taşıyıcıyı sorumlu tutmak Montreal Sözleşmesi'nin amacıyla ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Bir iç reaksiyon olması nedeniyle DVT ve diğer olağan reaksiyonlara dayalı davaların mahkemelerde pek olumlu karşılanmadığı söylenebilir.¹⁹² Zaten taşıyıcı hava yolu şirketleri de haklı olarak yolcuların sağlık durumlarını garanti edecek kadar geniş bir sorumluluk altına girmek istememekte ve mahkemeler de bu yüzden her bedensel tepki söz konusu olduğunda sorumluluk hukukunu harekete geçirmemekte, yani *kazayı* dar yorumlamaktadırlar.¹⁹³ Sonuç olarak taşıyıcının DVT, uçak tutması ve benzer olağan durumlar konusunda bilgilendirme yapmaması madde 17 anlamında bir *kaza* olmadığından taşıyıcının sorumluluğuna yol açmayacaktır.

J. Uçuş Esnasındaki Rahatsızlıklar: Taciz, Kavga, Tartışma, Hava Aracına Zarar Verme vb. Durumları (*In-Flight Disturbances*¹⁹⁴)

i. Genel Olarak

Uluslararası hava yolu taşımacılığını düzenleyen 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi'nden bu yana hava yolu ile yapılan taşımacılık oldukça ilerlemiş ve bu ilerleme de beraberinde pek çok yeni sorunları ortaya çıkarmış, bu yeni sorunların ilgili düzenlemeler açısından yerleri tartışma konusu olmuştur. Nispeten rahatlık ve hızlı ulaşım sağlayan hava yolu taşımacılığına ilgi her geçen gün artmış ve bu ilgi dolayısıyla büyüyen ve çeşitlenen müşteri kitlesi ile beraber gerek *yolcu-yolcu* arasında gerekse de *yolcu-mürettebat* arasında gözlemlenebilen yeni problemler ortaya çıkmıştır.¹⁹⁵ Bu sorunlar çok çeşitli olmakla beraber; *taciz, çarpışma sonucu yaralanmalar, hava aracına zarar verme girişimleri, küfürleşme, fiziksel saldırı içeren kavgalar, uçaktan dışarı çıkarılma, yakalanıp sorgulanma* akla gelen ilk örneklerdendir.¹⁹⁶ Ayrıca *mürettebatın emirlerine uymama, uçuş güvenliğini tehdit, alkollü yolcunun yanındakine zarar vermesi, baş üstü dolaptan eşyasını alan yolcunun oturan yolcunun üstüne bagajı düşürmesi* de bu kapsamda değerlendirilmesi gereken güncel sorunlardır.

ii. Uçuş Esnasındaki Rahatsızlıklar ve Kaza Kavramı

¹⁹² Dempsey, Clash of Titans, s. 10-13.

¹⁹³ Nutt, s. 207.

¹⁹⁴ Kavram için bkz:

Tory A. Weigand. "Accident, Exclusivity, and Passenger Disturbances Under the Warsaw Convention", American University International Law Review V. 16.891, 2001, s. 894. (**Passenger Disturbances**).

¹⁹⁵ Weigand, **Passenger Disturbances**, s. 894.

¹⁹⁶ A.g.e, s. 895-897.

Taşıyıcının sorumluluğu açısından unutmayalım ki esas olan, zarara sebebiyet veren bir *kazanın* mevcudiyetinin davacı yanca gösterilmesidir. Bu önemli nedenlerdir ki yukarıda incelemiş olduğumuz DVT olayları ile bazı kayıtsızlık vakıalarının kaza niteliğini tartıştık. Diğer bir ifade ile *kaza* olmaksızın Montreal Sözleşmesi kapsamında taşıyıcının sorumluluğu söz konusu olamayacağından dolayı, havacılık endüstrisinin modernleşmesi ve oldukça gelişmesi sonucu ortaya çıkan bu tür yeni problemlerin de “kaza” niteliğini saptamak gerekmektedir.

Madde 17’yi çok geniş yorumlamamak gerekir zira değinildiği üzere, burada amaç yeknesaklaştırma sonucu *bazı* kuralları uluslararası hava yolu taşımacılığına uygulayarak taşıyıcı ile günümüzde artık daha zayıf konumda olan yolcu arasında uygun ve hakkaniyetli bir menfaat dengesi sağlamaktır. 1929 Varşova Sözleşmesi ile 20.yy son çeyreği arasında havacılık endüstrisi “bebeklik” döneminden yavaşça çıkıp olgunluk dönemine erişmiştir. Varşova Sözleşmesi’nde taraf devletlerin birincil hedefi, muhtemel bir büyük kaza neticesinde zaten bebeklik dönemini yaşayan ve geliştirilme ihtiyacı içerisinde olan taşıyıcı firmaların iflas etmesini engellemek olduğundan, sorumluluk açısından kaza oldukça dar yorumlanmıştır.¹⁹⁷ Günümüzde ise özellikle son yıllarda madde 17 anlamında kaza kavramı, *Air France v Saks* 470 U.S. 392 (1985) kararı ile beraber bazı yeni ölçütler ışığında mahkemelerce yeniden ele alınmıştır. Ancak Varşova/Lahey Sistemi, Montreal Protokolleri ile Montreal Sözleşmesi dâhil tüm uluslararası düzenlemeler tarihi süreç ve amaçları ile beraber değerlendirildiğinde, bu düzenlemelerin taşıyıcıyı *geniş bir kaza tanımı* çerçevesinde yolcuya karşı *dengeli şekilde* sorumlu tutmayı amaçladığı kanımızca anlaşılmalıdır. Bu yaklaşımımız, uluslararası sözleşmelerin yorumuna ilişkin 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile de getirilen genel yorum kuralları ile de uyumlu olacaktır.¹⁹⁸

Bu nedenle taciz, kavga, dışarı çıkarılma gibi olayların beklenmedik, olağandışı ve yolcu dışında gelişen olaylar olduğundan bahisle doğrudan *kaza* kavramına sokmak yanlış olacağı gibi bu tür olayların hava aracının operasyonu yani işletilmesi ile hiçbir ilgisi olmadığı

¹⁹⁷ A.g.e, s. 899.

¹⁹⁸ Sözleşmenin ilgili hükmü şöyledir:

Madde 31- Genel yorum kuralı

1. Bir antlaşma, hükümlerine *antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde, iyi niyetle* yorumlanır.

2. Bir antlaşmanın yorumu bakımından, (antlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

- a) Antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan antlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;
- b) Antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

gerekçesiyle tamamen kapsam dışı kaldığını ileri sürmek de kanımızca yanlış bir değerlendirme olacaktır. Havacılık endüstrisinin son yıllarda geçirdiği evrim ve Montreal Sözleşmesi'nin amacı da göz önünde bulundurularak, her somut olayın *mevcut şartlarda özel bir değerlendirmeye* tabi tutulması ve kaza niteliğinin bu hassas değerlendirme neticesinde saptanması kanımızca daha uygun olacaktır.

iii. Uçuş Esnasındaki Rahatsızlıklar ve Mürettebatın Rolü

a) Genel Olarak

Yabancı öğreti ile yabancı mahkeme kararları ışığında bu tarz olayların genel itibari ile iki sınıf meydana getirdiği görülmektedir. Bunların birincisinde, taşıyıcı veya adamları ya doğrudan yolcuya kendileri müdahale etmekte veyahut bir yolcunun diğer bir yolcuya zarar vermesi karşısında kayıtsız kalmaktadırlar. İkinci grupta ise, taşıyıcı ile adamlarının hiçbir suretle içinde yer almadığı *tamamen yolcu ile başka bir yolcu arasında* meydana gelen olaylar yer alır. Taşıyıcının sorumluluğuna yol açabilecek olan madde 17 anlamında *kazanın* mevcudiyeti özellikle ilk kategori açısından daha muhtemeldir, zira bu tarz olaylarda bir şekilde hava aracının işletilmesi ile alakalı durum ya da durumlar belirmektedir.

Montreal Sözleşmesi öncesi uluslararası düzenlemeleri hazırlayanların ana amacının sadece *hava aracının işletilmesine dair kazalardan taşıyıcıyı sorumlu tutmak* olduğu da dikkate alındığında, ikinci sınıfta belirtilen olayları kaza olarak nitelemenin neden daha zor olacağı daha net anlaşılacaktır.¹⁹⁹ Aşağıda belirtildiği gibi, ilk sınıfa giren olaylara ilişkin kararlar incelendiğinde mahkemelerin pek çok durumda kaza kavramının varlığını kabul ettiği görülmektedir. Ancak bu olaylarda *kazanın* var olması ve böylece taşıyıcının sorumluluğuna yol açması için diğer sorumluluk şartları ile beraber ayrıca taşıyıcı ile adamlarının olaydaki rollerinin olması ile *kazanın* meydana gelmesi arasında bir *uygun illiyet bağı*nın mevcudiyeti de gerekir. Bu illiyet bağı mevcut olduğunda, taşıyıcı veya adamının hava aracının işletilmesi kapsamına giren bir faaliyet esnasında fiilleri veya kayıtsızlıkları yüzünden *kaza* olmuş ve bu olay onların sorumluluğuna yol açmış demektir. Artık bu halde yolcunun dışında gelişen, beklenmedik, olağan olmayan ve hava aracının işletilmesi dolayısı ile oluşan bir durum söz konusudur ve madde 17 anlamında bu bir *kazadır* ve taşıyıcı sorumludur.

b) Taşıyıcının Sorumlu Olacağı Haller

¹⁹⁹ Weigand, *Passenger Disturbances*, s. 914-916.

Bir olayda mahkeme, aşırı bir şekilde alkollü bir yolcunun başka bir yolcu üzerine düşüp onu yaralaması halinde kazanın varlığını kabul etmiştir.²⁰⁰ Mahkemenin olayın gerçekleştiği andaki mevcut şartları tartışmaması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.²⁰¹ Zira *aşırı şekilde alkol servis edilen* ve koltuğunda oturması gerektiği halde koridorda yürütmesine izin verilen sarhoş yolcunun başka yolcuya zarar vermesi durumunda kaza olduğu yadsınamaz ancak *olağan miktarda* alkol servis edilen yolcunun yanındakine zarar vermesi halinden taşıyıcı kanımızca sorumlu tutulmamalıdır.

Başka bir olayda mahkeme, uçağa binmek üzere yukarı çıkmakta olan yolcunun merdivende bulunan su dolayısı ile kayıp yaralanması halinde kazanın varlığını kabul etmiştir.²⁰² Mahkeme burada da dökülmüş vaziyette bulunan su ile hava aracının işletilmesi arasında bir bağ kurmaya çalışmaksızın beklenmedik ve olağan olmayan her durumun sanki kaza olarak tanımlanması gerektiği yanılığına düşerek, *Air France v Saks*²⁰³ kararını oldukça sıkı biçimde uygulamıştır.

Mevcut şartların iyice irdelenerek, taşıyıcı ve adamlarının da roller aldığı ve hava aracının işletilmesi ile de bir şekilde alakalı bulunan olayları kaza olarak değerlendiren değişik mahkeme kararları kanımızca da yerinde verilmiş kararlardır. Koltukları temizleyen uçuş personelinin şırıngayı unutması ve bunun yolcuya zarar vermesi²⁰⁴, sıcak kahvenin yolcunun üzerine dökülmesi²⁰⁵, ani alçalışlar, normal olmayan basınç değişiklikleri, olağandışı ve sert türbülanslar, uçağın acil tahliyesi, motorun anormal derecede ses çıkartması, sert inişler gibi hususlar mahkeme kararlarında kaza olarak değerlendirilmiştir.²⁰⁶

Dikkat edilirse bu olaylarda bir şekilde hava aracının işletilmesi ile alakalı ve *taşıyıcı ile adamlarının müdahil olduğu olaylar neticesinde* zararın meydana gelmesi söz konusudur. Yoksa normal basınç değişiklikleri, uçak tutması, jet lag, yüksekliğe bağlı doğal bedeni reaksiyonlar, normal türbülans, yemek servisinin yapılmamış olması, rahat olmayan koltukta oturması, kendi inisiyatifi doğrultusunda normal servisten sarhoş olan yolcunun verdiği rahatsızlık, geç kalkışa bağlı olarak uzun süre koltuğunda oturmak gibi olaylar kaza olarak nitelendirilmezler.

²⁰⁰ Oliver v. Scandinavian Airlines Sys, 17 CCH Av. Cas. 18, 283 (D.Md.1983).

²⁰¹ Weigand, **Passenger Disturbances**, s. 940.

²⁰² Gezzi v British Airways, 991 F.2d 603 (1993).

²⁰³ Air France v Saks, 470 U.S. 392 (1985).

²⁰⁴ Waxman v C.I.S. Mexicana De Aviacion, 13 F. Supp 2d 508 (1998).

²⁰⁵ Fishman v Delta Air Lines, 132 F. 3d 138 (2d Cir. 1998).

²⁰⁶ Weigand, **Passenger Disturbances**, s. 941-942.

c) Yolcunun Hava Aracından Çıkarılması Hali

Yolcuların uçakta kuraldışı davranmaları yani hâkimiyeti altında buldukları taşıyıcının emir veya talimatlarına uymamaları sonucu uçağın pilotunun talimatı doğrultusunda dışarı çıkartılması mümkündür.²⁰⁷ Hava yollarının prestiji açısından bu yol pek tercih edilmemekle beraber istisnai de olsa genel uçuş güvenliğini sağlamak amacıyla başvurulmuş yollardan biri olabilmektedir. Montreal Sözleşmesi açısından dikkat edilmesi gereken husus, uçağa alınmamanın veya haksız yere çıkarılmanın madde 17 anlamında *kaza* teşkil edip etmediğidir. Bir olayda Irak'taki bir grup Amerikan askeri bir Türk taşıyıcı işletme ile Adana- Amerika seferini gerçekleştirecekken, sarhoş olup etrafa rahatsızlık veren *siyahî* bir yolcu pilotun talimatı ile uçaktan indirilmiştir. Çıkarılan bu yolcu Adana'da kalmış ve daha sonra New York mahkemelerinde *şirketin New York'ta da şubesi bulunmasından dolayı yargı yetkisi problemini de aşarak* Türk işletmeye karşı ayrımcılığa uğradığı iddiası ile ciddi bir tazminat davası açmıştır. Uzlaşma sonucu davacıya tazminat ödenmek sureti ile dava sonuçlanmıştır.²⁰⁸ Bu açıdan mesele ele alındığında kanımızca özellikle doğrudan taşıyıcının adamlarınca yapılan uçaktan dışarı çıkarmaların, özellikle de *haksız olduklarının anlaşılması üzerine* durumun madde 17 anlamında *kaza* olduğu açıktır.

d) Yolcu-Yolcu Arasında Çıkan Sorunlar

aa) Genel Olarak

Bu kategoriye genellikle mürettebatın dâhil olmadığı ve sadece yolcu ile başka bir yolcu arasında meydana gelen rahatsızlıklar girer. Burada mürettebatın olaydaki rolünü belirlemek yani *kaza* niteliğini saptamak çok daha zordur.

Bu tarz olaylar özellikle hava yolu şirketince verilen ikram veya başkaca araçların başka bir yolcuya zarar verme amaçlı kullanılması hallerinde ortaya çıkabilir. Hostes tarafından

²⁰⁷ Kaçan, Berna; Sempozyum (Çeliktas, s. 44-45).

1963 tarihli Tokyo Sözleşmesi özellikle *suç teşkil eden eylemlerin açık denizler üzerinde* uçuş sırasında işlenmesine dair bir uluslararası sözleşmedir. Bu kapsamda pilot, rahatsızlık veren veya uçuş güvenliğini tehdit eden şahsı (*kural tanımaz yolcu*) tutuklama, etkisiz hale getirme, rotayı değiştirme, yetkililerden yardım talep etme gibi yetkileri haizdir.

Konumuz açısından yolcu dışarı çıkarmak ise suç teşkil etmemekle beraber yüksek risk teşkil eden yolcunun aranması/sorgulanması amacı ile çıkarılması, taşkınlık çıkardığı için yolcunun uçaktan indirilmesi, uçağa zarar vermeye kalkışması gibi durumlarda *özellikle* uçak yerde iken önem kazanmaktadır. Bu tür durumlarda, dışarı çıkarılma madde 17 anlamında *kaza* teşkil edecek demek, taşıyıcı cezai veya haksız fiil sorumluluğuna göre değil *akdi sorumluluk* esasına göre takip edilecek demektir. Bizim bu çalışmada vurguladığımız ve irdelediğimiz uyuşmazlıklar işte bu tür uyuşmazlıklardır.

Metin için bkz:

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc058/kanunbmmc058/kanunbmmc05801889.pdf (Erişim: 26.3.2015).

²⁰⁸ Şanlı, Cemal. Sempozyum (Çeliktas, s. 47). Şanlı, bu olayda uçakta tek yolcunun *siyahî* olması dolayısı ile ayrımcılık iddiasına karşı savunma yapmanın Amerikan hukuku açısından zorluğuna da vurgu yapmaktadır.

kendisine ikram edilen sıcak kahveyi tartıştığı yolcunun üzerine bilinçli dökülmesi, et yemeğindeki kemiklerin yaralayıcı alet olarak kullanılması, serviste yer alan plastik çatal ve bıçaklarla başka yolcuya zarar verilmesi gibi olayların kaza olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

bb) Taşıyıcının Sorumlu Olmayacağı Haller

Uçuş ekibince *rutin kontroller* sonucu kesici alet ve benzeri unsurlardan arınmış şekilde uçağa binmiş yolcunun uçuş anında bu servislerden (örneğin yemek servisinde verilen çatal ve bıçak) yararlanmak sureti ile yolcuya zarar vermesinde taşıyıcının rolü elbette vardır. Ancak tüm bu durumların doğrudan kaza olduğunu savunmak kanımızca yanlış ve hakkaniyetsiz olacaktır. Zira plastik bıçak temin eden taşıyıcı açısından bunun yaralama amaçlı kullanılmamasını sağlamak gibi bir yükümlülük elbette beklenemez. Hatta taşıyıcı metal yerine genellikle plastik servis sağlayarak bu yaralama riskini de kanımızca önemli ölçüde azaltmaya çalışmaktadır.

Tıpkı alkollü yolcunun başka yolcuya zarar vermesinde olduğu gibi yani eğer taşıyıcı *fazla* alkol servis etmiş ve/veya *sarhoş halde* yolcunun dolaşmasına müsaade etmiş ve bu sarhoş yolcu başka bir yolcuya zarar vermişse taşıyıcı Montreal Sözleşmesi madde 17 uyarınca sorumlu olur. Eğer normal şekilde alkol servisi yapılmış olan bir yolcu yerinde oturuyorken sinirlenip yanındaki yolcuya yumruk atmışsa taşıyıcı artık Montreal Sözleşmesi uyarınca sözleşmeden doğan sorumluluğa tabi olmayacaktır. Olayda yabancılık unsuru da varsa MÖHUK *haksız fil* hükümlerince iki yolcu açısından çözülecektir. Burada artık *yolcu-yolcu* arasındaki yabancı unsurlu talebin MÖHUK uyarınca çözümlenmemektedir. Mahkeme bu tür uyuşmazlıklarda taraf olunan uluslararası sözleşmeleri de dikkate alarak MÖHUK bağlama kurallarına göre meseleyi çözecektir.

cc) Taşıyıcının Sorumlu Olacağı Haller

Normal şekilde alkol servis edilen bir yolcunun yanındaki yolcuya sataşması ve münakaşa etmesi durumunda, rahatsız edilen yolcunun yerinin değiştirilmesini aksi takdirde sorun çıkacağını önceden belirtmesi söz konusu olabilir. Böyle bir rica durumunda rahatsız edilen yolcunun yerini *imkân ve makul talebe* rağmen değiştirmeyen taşıyıcı açısından sözleşmesel sorumluluk kanımızca doğabilecektir. Bu örnek üzerinden tekrar göstermiş olalım ki her mevcut olayın kendi şartlarında dikkatlice *taşıyıcının rolü* de dikkate alınarak irdelenmesi sonucu *kazanın varlığı veya yokluğu* tespit edilmelidir.

Bir olayda, yaralanan bir yolcuyu taşımak için koridoru boşaltmaya çalışan görevlinin başka bir yolcuyu yan tarafa, koltuğuna itmesi mahkemece mevcut şartlar altında kaza olarak kabul edilmemiştir.²⁰⁹ Başka olayda mahkeme uçuş esnasında koridor kenarında bulunan bavulun üzerinden kayıp düşen yolcunun durumunu kaza olarak kabul etmemiştir, zira herkesin eşyalarını yerleştirmeye çalıştığı bu durumda yerde bagajın olması normal ve beklenen bir harekettir.²¹⁰ Sadece iki yolcunun yumruk yumruğa yaptığı kavga da her yerde karşılanabilecek ve hava aracının işletilmesi ile alakalı olmayan bir husustur.²¹¹ *Bir yolcunun diğer bir yolcuyu rehin alması* durumunda da benzer şekilde taşıyıcının olaydaki rolü nazara alınarak pekâlâ taşıyıcı sorumlu tutulabilecektir, zira uçuş güvenliğini sağlayıcı tedbirleri almak taşıyıcının yükümlülüklerinden biridir.

dd) Taciz Vakıaları ve Taşıyıcının Sorumluluğu

Mahkeme uygulamalarında farklılık arz eden ve ikinci kategoride yer alan taciz vakıalarını ayrıca ele almakta yarar görmekteyiz. Taciz vakıalarında, uçuş ekibinin “doğrudan” bir rolü olmamakla beraber bir yolcunun yan koltuktaki yolcu tarafından cinsel tacize uğraması durumunda mahkemeler genellikle olayı kaza olarak değerlendirmiş ve taşıyıcıyı sorumlu tutmuşlardır.

*Korean Air Lines v. Wallace*²¹² olayında kadın yolcu, uyuduğu sırada yan koltuktaki yolcu tarafından taciz edilmiş, durumu mürettebata bildirmiş, açılan dava sonucu taciz eden şahıs suçlu bulunmuştur. Cinsel tacize maruz kalan yolcu bu kez taşıyıcı aleyhine dava açmıştır. Mahkeme ışıkların karartılmış olması, tanımadığı iki erkeğin arasına davalının oturtulması, savunmasızlığın artırılması gibi gerekçelerle taşıyıcı firmayı da sorumlu tutmuş ve olayı *kaza* olarak nitelemiştir.²¹³ Bu karar öğretide kaza kavramını çok genişlettiği ve sanki yolcunun tüm hallerini taşıyıcının takip etmesinin beklendiği anlamı çıktığından dolayı eleştirilmektedir.²¹⁴ Ancak tartışıldığı üzere, kaza kavramının çok genişletilmesi tarafımızca da uygun görülmemekle beraber uçuş ekibinin ihmal ile kayıtsızlık hallerinin tümünü de kaza kapsamından çıkararak dar yorumlamak da hakkaniyetli olmayan sonuçlar doğuracaktır.

Özellikle taciz gibi ciddi vakıalarda, özellikle kadın yolcuların da uçuş güvenliğinin ve rahat yolculuğunun sağlanması amacıyla taşıyıcının daha dikkatli olması gerektiğini, tacizi önlemek amacıyla ek yükümlülükler altına girmesi gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin mümkün olduğu

²⁰⁹ Brandt v. American Airlines, 2000 WL 288393 (2000, Westlaw).

²¹⁰ Weigand, Passenger Disturbances, s. 945, dn. 335.

²¹¹ Price v. British Airways, No. 91 Civ. 4947, 1992 WL 170679, (S.D.N.Y. 1992, Westlaw).

²¹² 121 S. Ct. 1079 (2001).

²¹³ Benzer yönde bkz. King v Bristow Helicopters Limited, [2002] UKHL 7.

²¹⁴ Weigand, Passenger Disturbances, s. 958-961.

ölçüde ve/veya ricada bulunmuşsa kadın yolcu, iki erkek yolcu arasında oturtulmamalıdır. Bu tarz engelleyici önlemlerin alınmasını uygun bulmakla beraber *uçuş ekibinin gerekli özeni gösterip göstermediğini* her somut olay için ayrıca değerlendirmek gerektiğini düşünüyoruz. Uçuş ekibinin cinsel taciz olayını *kolaylaştırmaması, müdahalede gecikmemesi* gerekir, aksi durumda taşıyıcıyı sorumlu tutmamak hakkaniyetle bağdaşmayacaktır.²¹⁵

K. Sonuç

Kaza olarak mahkeme önüne getirilen veya getirilmesi muhtemel olan olayları mümkün olduğunca kategorize ederek örnek yabancı mahkeme kararları ışığında irdelemeye çalıştık. Bir olayın *sadece türü* onun kaza olarak kabulünü gerektirmez, her somut olayın madde 17 anlamında Montreal Sözleşmesi amaç, lafız ve tarihi süreci ışığında kendi şartlarında irdelenmesi gerekir.

İngiltere, Avustralya gibi ülkelerde madde 17 lafzına sadık kalınarak *kaza* kavramı çok daha dar yorumlanırken, Amerikan mahkemelerinde kazanın *nispeten geniş* yorumlandığı görülmektedir. Kazanın mevcudiyeti ve kapsamı konusunda birbiriyle uyumlu kararların olduğunu söylemek oldukça güçtür. Zira aynı taraf ülkenin kendi farklı mahkeme uygulamaları için dahi farklı yaklaşımlar söz konusu olabilmektedir.

Burada sıralanmayan ancak ileride teknolojik gelişmelere paralel olarak yeni sorunlar ortaya çıkabilecektir. Örneğin hava aracında yolculara servis edilen teknolojik aygıtlar başka bir yolcunun özel konuşmalarını kayıt veya fotoğraflarının çekimi için kullanılabilir. Bu durumda Montreal Sözleşmesi madde 17 aynı kaldığı varsayıldığında bu tür yeni sorunların kaza olup olmayacağı yeniden kendi şartlarında ele alınacaktır.

Türk mahkemesi oldukça yeni olan Montreal Sözleşmesi'ni somut uyuşmazlığa uygulamak için öncelikle *kazanın* varlığını tespit etme gereği duyacaktır. Bu nedenle Türk Hukuku açısından *kazanın* ne olduğu özellikle önem arz etmektedir.

III. Yargıtay Uygulamalarında Kaza Kavramı

A. Genel Olarak

26 Mart 2011 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmiş olan Montreal Sözleşmesi oldukça yeni bir sözleşme olması dolayısıyla, Montreal Sözleşmesi'ne dayanılarak verilmiş Yargıtay kararları bulmak oldukça zordur. Ancak bu tarihe kadar önüne gelen pek çok uyuşmazlıkta Yargıtay, Türkiye'nin de taraf olduğu Montreal Protokol No: 4 ile değişik Varşova/Lahey

²¹⁵ Bozabalı, s. 146.

("Varşova Sözleşmesi") sisteminin hava yolu ile yapılan uluslararası taşımalara uygulanacağını kabul etmiştir.²¹⁶ Pek çok kararında da bu uluslararası düzenlemelerin dikkate alınmadan, yani uluslararası bir taşımanın varlığına rağmen doğrudan ulusal hukuka başvurulmasında alt mahkemeleri haksız bulmuş ve kararlarını bozmuştur.

Usulünce iç hukuka dâhil edilen ve Anayasa gereği kanun statüsünde olan bir uluslararası düzenlemenin mahkemelerce MÖHUK madde 1/f.2 gereği de dikkate alınması zorunluluğu karşısında Yargıtay'ın bu tutumu elbette yerindedir. Yargıtay'ın bu düzenlemelerin ilgili hükümlerini nasıl yorumladığı, örneğin madde 17 anlamında *kaza* teriminden ne anladığının tespit edilmesi, Montreal Sözleşmesi'nin Türkiye'de nasıl uygulanacağını tespit edilmesi bakımından kanımızca oldukça önemlidir. Önemle vurgulayalım ki, her ne kadar Montreal Sözleşmesi uyarınca verilmiş güncel kararlar yoksa da Montreal Sözleşmesi'ndeki madde 17'nin, Varşova Sözleşmesi madde 17 ile içerik olarak aynı olduğu göz önüne alındığında, Yargıtay'ın geçmiş yıllarda verdiği kararların yol gösterici olacağından şüphe etmemek gerekir.

B. Örnek Yargıtay Kararları

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta Kurul, hava yolu ile gerçekleştirilen uluslararası seyahat sırasındaki gecikme ve aktarmalarda davalı hava yolları elemanlarının yani taşıyıcının adamlarının davacıya *gereken yardımı yapıp yapmadığı* hususu üzerinde durmuştur. Alt mahkeme; gecikmenin "beklenen" bir durum olduğu, bazı gecikmelerin olabileceği ve davacının bunu bilmesi gerektiğinden bahisle tazminat talebini reddetmiş, yapılan temyiz üzerine ilgili dairenin bozma kararı vermesi üzerine alt mahkeme

²¹⁶Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2002/11-392 K: 2002/346 Tarih: 01.05.2002 (Kazancı, son erişim: 20.11.2013):

"Türkiye'nin de taraf olduğu Varşova/Lahey-Montreal 4.Protokolünün 1.maddesinde uçak ile ücret karşılığında yapılan bütün uluslararası insan, bagaj veya eşya taşımalarında konvansiyon hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olup, konvansiyonun ½.maddesi ise uluslararası taşıma teriminin hareket ve varış yerinin ya sözleşmeye taraf olan ülkeler arasında veya anlaşmaya taraf olmasa bile başka ülkenin hükümlerine altındaki yere yapılmasında yukarıda anılan uluslararası hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Yapılan taşımanın tarihi ve güzergâhı gözetildiğinde bu taşımanın uluslararası bir taşıma olduğu ve bu taşımadan kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türkiye'nin taraf olduğu Varşova/Lahey/ Montreal 4.protokolünün uygulanacağında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır."

Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 2007/2971 - K: 2008/4548 T: 07.04.2008 (Kazancı, son erişim: 20.11.2013):

"Taşıma *uluslararası taşıma* olup, *hava aracı ile yapıldığından* olayda 03.12.1977 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan ve Türkiye açısından 23.06.1978 yürürlüğe giren "Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Bildirilmesi Hakkındaki Varşova Sözleşmesi" ile bu sözleşmeyi değiştiren "Lahey Protokolü" hükümlerinin uygulanması gerekmektedir."

önceki kararında direnmiştir. Alt mahkeme, direnme kararını “hava yolu şirketlerine, terminale inen her yolcusu ile tek tek ilgilenme külfetini yüklemenin ve bunu ondan beklemenin taşıma sözleşmesi ile davalıya tahmil edilmediği gibi, davalının da taşıma sözleşmesinde böyle bir külfete girmediği ve davacıya herhangi bir taahhütte bulunmadığının anlaşıldığı" gerekçesine dayandırmıştır.²¹⁷

Her ne kadar uyuşmazlık yolcu gecikmesi (Montreal Sözleşmesi madde 19) ve manevi tazminat talebine ilişkin olsa da alt mahkemenin gecikmeyi “beklenen” ve “yolcu tarafından bilinmesi gereken bir olgu” olarak görmesi kaza kavramı açısından da önemlidir. Kurul ise taşıyıcının adamlarının yolcuya gecikme ve aktarmalarda yardımda bulunmamasının kaza olup olmayacağı hususunun da ayrıca incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Direnme kararı bu nedenle usul ve yasaya aykırı bulunarak, direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Alt mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit edip, aktarma ve gecikmelerde *özellikle de biniş işlemleri sırasında* taşıyıcının adamlarının gereken özen ve yardımı göstermeyip pasif durmalarını (inaction) madde 17 anlamında *kaza* olarak değerlendirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Biniş veya iniş işlemleri esnasındaki gerekli özen veya yardımdan bahsedilmiyorsa ortada madde 19 anlamında sadece yolcunun gecikmesi hali vardır, madde 17 anlamında ayrıca kazanın varlığını tartışmak anlamsız olacak demektir.

C. Terör Saldırıları, Sabotaj, Yolcunun Rehin Alınması vb. Vakıalar

Yargıtay, terör saldırıları ile sabotaj gibi olayları *kaza* olarak kabul etmektedir. Ancak Yargıtay bu tür olayları kaza olarak kabul etmekle beraber bu kazaları önlemeye yönelik olarak “güvenlik tedbirlerinin, devletin emniyet birimlerince alındığı ve taşıyıcının yapabileceği başka bir şey olmadığı” gerekçesi ile taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarmaktadır²¹⁸.

Şu hususa dikkat edilmelidir ki 20.11.2000 tarihli bu karar verilirken Montreal Sözleşmesi yürürlükte değildi ve haliyle Varşova Sözleşmesi madde 20 uyarınca taşıyıcı *kendisi ile adamlarının tedbir alma olanaklarının bulunmadığını ispat ederek* sorumluluktan

²¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E:2006/11-452 K:2006/481 T: 28.6.2006 (Kazancı, son erişim: 20.11.2013):

“Bununla beraber, Varşova Sözleşmesi Türkiye açısından Bakanlar Kurulu'nun 29.08.1977 tarih 7/13874 sayılı kararı ile 25.06.1978 tarihinde yürürlüğe girdiğinden; Türk Ticaret Kanunu'ndaki taşımaya ilişkin genel hükümlerden önce uluslararası özel hükümlerin uygulanması gerekmektedir.”

²¹⁸ T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2000/7502 K. 2000/9075 T: 20.11.2000 (Kazancı, son erişim: 20.11.2013):

“... Ve *hava aracının kaçırılması ile hava aracına yapılacak sabotajlar*, Varşova Konvansiyonu'nun 17.maddesi anlamında *kaza* olarak kabul edilmekte ise de, güvenlik tedbirlerinin, devletin emniyet birimlerince alındığı ve taşıyıcının yapabileceği başka bir şey olmadığı hususunun, taşıyıcı tarafından ispatlandığı hallerde sorumluluğun söz konusu olmayacağı (...), tedbir alma görevinin davalı taşıyıcıya ait olmamasına göre davacının tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmektedir.”

kurtulabilmektedir. Ancak belirtildiği üzere Montreal Sözleşmesi madde 17 açısından bir kere *kazanın* mevcudiyeti ispatlandığında artık taşıyıcı madde 21/f.1 uyarınca 113.100 Özel Çekme Hakkı miktarına kadar *hiçbir kurtuluş ve sınırlama imkânına sahip olmaksızın* sorumlu olacaktır. Yani bu olay 2012 tarihinde meydana gelmiş ve Montreal Sözleşmesi uyarınca çözülmesi gerekseydi, taşıyıcı iki aşamalı sorumluluk sistemi açısından ilk aşamada *kaza ve diğer şartlar varsa mücbir sebepten dahi* sorumlu olacağından, gerekli önlemleri almasının imkânsız olduğu savunmasına hiçbir suretle dayanamayacaktı, zira madde 21/f.1 bu yolu kapatmış bulunmaktadır. Kanımızca artık mevcut düzenlemede Yargıtay'ın bu gerekçesi ile taşıyıcının sorumluluktan kurtulması mümkün olamayacaktır, zira Montreal Sözleşmesi madde 21/f.1 bu tür bir savunmaya engeldir.

Yargıtay neden kaza olduğuna değinmemekle beraber *sabotaj* ile *terör saldırılarının* madde 17 anlamında *kaza* olarak kabul ettiğini açıkça kabul etmektedir. Aynı kararda Yargıtay'ın “*kaza olarak kabul edilmekte ise de*” şeklindeki ifadesinden doktrindeki görüşlerden ve/veya yabancı mahkeme kararlarından esinlenmekte olduğu ileri sürülebilir. Zira Yargıtay eski tarihli kararlarına atıfta bulunmamakta kaldı ki benzer konuya ilişkin olarak daha önce verilmiş pek bir emsal karar da bulunmamaktadır. Bu anlamda Yargıtay'ın *kaza niteliğinin tespiti konusunda* yabancı mahkeme kararları²¹⁹, doktrin ve Montreal Sözleşmesi amacına uygun şekilde karar verdiğini söylemek kanımızca yanlış olmayacaktır.

Terör saldırıları kadar ciddi olmamakla beraber, hava aracında yolcunun başka bir yolcuyu rehin alması gibi durumları ile de sıklıkla karşılaşılabilir. Bu halde de kanımızca Yargıtay *kazanın* varlığına hükmedebilecektir zira uçuş güvenliğini sağlamak taşıyıcının borcudur. Ancak taşıyıcının rehin alınma olaylarında rolünün iyice belirlenmesi gereklidir. Örneğin kabin ekibinin rehin alma olayında rehin alan kişiye verdiği aşırı alkol veya kesici aletler rol oynamış olabilir. Bu gibi özel durumlarda taşıyıcı rehin alma durumundan da sorumlu tutulabilecektir.

Benzer şekilde Yargıtay'ın önüne madde 17 kapsamında fazlaca uyuşmazlık gelmemiş olması hesabiyle; Yargıtay'ın özellikle *taciz, işitme kaybı, yolcuların birbirine verdikleri zarar, mürettebatın kayıtsızlığı* gibi olaylara *kaza* açısından yaklaşımı tarafımızca da merak konusudur. Ancak belirtilen bu örnek kararlar ışığında Yargıtay'ın *kaza* kavramının irdelenmesi konusunda Montreal Sözleşmesi amacını da göz önünde bulundurarak madde 17'yi “her mevcut uyuşmazlık için kendi şartlarında ayrıca incelemek sureti ile davacı ile

²¹⁹ Bkz. Evangelinos v. TWA, Husserl v Swiss Air.

davalı arasında hakkaniyetli ve dengeli bir çözüm ihdas etme arayışında” olduğunu ve olması gerektiğini düşünüyoruz. Yabancı mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlık türlerine ilişkin açıklamalarımız ile tespitlerimiz, Montreal Sözleşmesi’nin uluslararası özel hava hukuku alanındaki *yeknesaklık* amacı göz önüne alındığında Yargıtay için de geçerlidir.

D. Yabancı Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı Sorunu

i. Genel Olarak

Bu noktada yorum tekniği açısından, yabancı mahkeme kararlarının Türk mahkemelerini ne derece bağlayacağı sorunu ele alınmalıdır, zira *yeknesaklık* amacını taşıyan bir uluslararası sözleşmenin uygulanması doğrultusunda yabancı mahkeme kararlarının birbirlerinin kararlarına atıfta buldukları gerçeği oldukça önemlidir.

Yargıtay Kanunu madde 45/f.5 gereği²²⁰, Türk mahkemelerini *benzer hukuki konularda* kesin şekilde bağlayan yegâne kararlar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (“YİB” veya “YİBK”) olup, bunun dışındaki örneğin Özel Daire veya Genel Kurul kararlarının hâkimleri etkilediği yadsınamaz ise de bu kararlar kesin bir şekilde hâkimi bağlamazlar. YİB kararları, bir yasanın boşluklarını dolduran, bağlayıcı güçte yeni bir hukuk kuralı yarattıkları için aynı zamanda yürürlük kaynağı addedilirler ve *alındığı usul çerçevesinde değiştirilinceye dek* tüm alt mahkemeleri bağlayıcıdır.²²¹ Ancak unutulmamalıdır ki Türk Medeni Kanunu madde 1/f.3 gereği, karar verilirken “*yargı kararlarından*” yararlanır. Kanunun ifadesinden bunun sadece Türk yargı kararları olduğu sonucu çıkmadığından, yabancı mahkeme kararlarının da nazara alınmasına bir engel olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim öğretide, Türk hâkimi için her ne kadar dikkate alınması gereken mahkeme kararları Türk mahkemeleri kararları ise de, Türk hâkimin yabancı mahkeme kararlarını da dikkate alabileceği vurgulanmakta hatta tavsiye edilmektedir.²²²

ii. Yabancı Mahkeme Kararlarının Referans Alındığı Örnek Yargıtay Kararları

Ülkelerin hukuk sistemlerinin ve dillerinin farklı olduğu gerçeği göz önüne alındığında, elbette bir Türk mahkemesinin benzer konularda verilmiş *herhangi* ve *rastgele* bir yabancı

²²⁰ “...İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.”

²²¹ Teziç, Erdoğan. “Anayasa Hukuku”, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.78.

Bu durum zaten üst mahkeme olan Yargıtay’ın ilgili dairelerince verilen kararların etkisinde kalan yargıçları daha da statik bir kalıba sokacağı, yeni görüşlerin ortaya çıkışını engelleyeceği, hâkimin bağımsızlığını sınırlandıracağı gerekçeleriyle yazar tarafından kanımızca da haklı olarak eleştirilmektedir. Ancak belirsizlik durumunda uzman hukukçularca yorum geliştirilerek bunun bağlayıcı olarak ortaya konulmasının hukuk güvenliği ve belirliliği sağladığı düşünülse de, bu durum tabandan gelecek yeni eleştirilerin önünü kapatmaktadır.

²²² Oğuzman/Barlas, s.139

mahkeme kararını dikkate alması beklenmemelidir. İngiltere'nin manevi tazminat meselesini yorumlayış biçiminden, Türk hâkiminin aynı konuya ilişkin hukuki bir boşluğu doldurmak üzere yararlanması doğru olmayacaktır zira bu iki ülke arasında manevi tazminat sisteminin kabulü noktasında bile ciddi farklılıklar vardır.

Özellikle Türkiye'nin genel kanunlarının İsviçre ve Almanya kökenli olduğu gerçeği göz önüne alındığında, Yargıtay'ın yerinde olarak Federal Mahkeme kararlarını içtihat oluşturmakta referans aldığı görülmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu vermiş olduğu taşınmaz mülkiyeti hukuku, ceza hukuku gibi bazı birleştirme kararlarında 1945 yılından bu yana, bu imkâna izin vermiş ve bu yöntemi kullanmıştır.²²³ Yargıtay'ın bu olanağa izin veren uygulamalarına yakın tarihli kararlarda da rastlamak mümkün olduğundan, bu konudaki olanağın mevcut olduğu hatta Medeni Kanun madde 1/f.1 anlamında kanunun sözüyle ve özülle değındığı bütün konularda en uygun şekilde uygulamasını temin etme açısından teşvik edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.²²⁴ Bu olanak, Medeni Kanun madde 1 anlamında kanunların yorumlanmasında kullanılmaktadır.

iii. Montreal Sözleşmesi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı

²²³ CMUK uygulamasına ilişkin YİBK'dan birkaç kesit bu olanağı göstermek için kanımızca yeterli olacaktır. "...367 inci madde hükmünü açıklamak için bu maddenin Almanca aslına ait Löwe şerhinden bazı parçaları okuyacağım. Bu maddemizin Almanca aslı olan 397 inci maddenin tercümesi (Müdahil, vaki olan iltihaktan sonra hususî davacının haklarına sahip olur) suretindedir. Maddedeki, [(Vaki olan iltihaktan sonra) sözü, mahkeme iltihakı kabul ettikten sonra demektir. Müdahalenin cevazı hakkında mahkeme kararının ihbarî veya inşâî tesiri -deklaratorische oder, konstitutive wirkunghaiz olması ihtilaflıdır. (Yani kararın ihbarî tesiri haiz olması sebebiyle ittihazından evvelki muamelelerin de muteber sayılması veyahut inşâî tesiri haiz olması sebebiyle ancak ittihaz olunduğu andan başlamak üzere muamelelerin muteber sayılması hususu). Birinci görüş Bavvera yüksek Land mahkemesi kararlarında terviç olunmuştur. (Bavvera Land mahkemesi kararları mecmuası). Buna mukabil galip olarak kabul olunan rey mahkemenin iltihakı kabul etmesiyle ancak müdahilin iltihakının vuku ve vücut bulmasıdır. (Alman Temyiz Mahkemesinin ceza işlerinde kararları). 368 inci madde teklifinin gerekçesinden belli olur ki kanun vazı iltihak beyanının müessir olmasının bir mahkeme kararına bağlı olmasını istemiştir. (Alman 368 inci maddenin bizde mukabili 336 inci maddedir.) Bu karar, müdahilin, usul muamelelerinin hukukan muteberiyeti için şarttır.] Löwe şerhinden okuduğum bu fıkralar iltihak isteğı için önce bir karar verilmesi lüzumunu açıklar."

"Kanunumuzu Alman usulünden aldık. Şahsî dava ve müdahaleden bahis fasıllarda aslının aynı prensibini kurduk. Bunlarda hiç ayrılığımız yoktur. İlave olarak kabul ettiğimiz şahsî hak, tazmin istemek keyfiyeti müdahalenin esasta ceza isteğı ile olacağı prensibini bozmuş değildir. Sonraları da bu hükümlerde esaslı bir değışiklik yapmadık. O halde esas ve aslını muhafaza ettiğimiz bir konu için aslının kabul ettiğı hükmü ve anlamı tatbiklerimizde esas tutmamız icap eder."

Kararın tam metni için bkz. T.C. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1943/27, 1945/10 K. 1945/10 T. 16.5.1945 (Kazancı, son erişim: 21.11.2013).

²²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ("YHGK"), 01.12.2010 tarihli kararında *Culpa in contrahendo* sorumluluğunu incelerken hem Alman İmparatorluk Mahkemesi hem de Federal Mahkemesi kararlarını irdelemiştir. Bundan anlaşılıyor ki bir hükmün doğru uygulaması açısından; hükmün kaynağı, kaynak ülke doktrin ve mahkemelerinde hükmün nasıl yorumlandığı, konuluşu amacı, orijinal lafzı gibi hususlar Türk mahkemeleri için kesin bağlayıcı olmamakla beraber oldukça yol göstericidir. YİB kararlarında, varılan içtihadta yabancı mahkeme ve doktrinden yararlanılmış olması bu yararlanmanın da bir zorunluluk olacağı anlamına elbette gelmez. YİB kararlarında varılan *sonuç/yorum açısından* Türk hâkimini bağlar, bu yorumda yabancı mahkeme karardan yararlanılmış olması sadece alt mahkemelerin bunu yapabileceğı yani ihtiyaç duyarsa kullanacağı bir olanak olarak değerlendirilmelidir.

YHGK, T: 01.12.2010, 13-593/623, bkz. Oğuzman/Barlas s. 139 dn: 151a).

Anayasa Hukuku açısından usulünce onaylanıp yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmeler normlar hiyerarşisinde kanunlar ile aynı düzeydedir.²²⁵ Şekli anlamda da tüm kanunlar anayasal denetime tabi olmakla beraber, Anayasa madde 90 gereği usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmaların anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Salt bu özellik dolayısıyla bile uluslararası sözleşmeler kanunla “aynı düzeyde” fakat bir derece yukarıda yer alırlar. Ayrıca “insan haklarına saygılı” bir devletin temel hak ve özgürlükleri konu alan bir sözleşmeye uyması kayıtsız bekleneceğinden ötürü bu tarz uluslararası sözleşmelere haliyle milli kanunlar karşısında anayasal güvence ile üstünlük tanınması da yerinde olmuştur.²²⁶ Bu açıdan meseleye bakıldığında, Montreal Sözleşmesi hava yolu ile yapılan uluslararası taşımacılığı düzenleyen devletlerarası özel hukuk sözleşmesi olduğundan Türk hukukunda *normlar hiyerarşisinde anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen bir kanun* statüsündedir.

Yabancı mahkeme kararlarına bakmaktaki amaç, uygulanacak kanunun (yani bu durumda Montreal Sözleşmesi’nin) ilgili hükmünün *doğru yorumlanıp doğru uygulanmasını sağlamaktır*. Montreal Sözleşmesi veya Varşova Sözleşmesi ilgili hükümleri uygulanırken, mahkemelerin birbirlerinin kararlarına atıfta bulduklarını belirtmiş bulunuyoruz. Bunun yanı sıra aynı taraf devlet sınırları içinde dahi farklı mahkemelerden farklı yorumlar çıktığı da bilinmektedir. Yargıtay’ın “*kaza olarak kabul edilmekte ise de*” ifadesinden diğer mahkemelere ve/veya yerli-yabancı öğretiyeye örtülü bir atıfta bulunduğunu düşünüyoruz, zira madde 17 lafzında “kaza olarak kabul edilecek olaylar” açıklanmamıştır.

Türk mahkemelerinin konuya ilişkin Montreal Sözleşmesi’ni yorumlayan mahkeme kararları dikkate alması gerektiği Türk hukukunda da savunulmuştur.²²⁷ Montreal Sözleşmesi’nin *kaynağını*; taraf devletlerin yani imza atanların iradeleri, hazırlık aşamasındaki tartışmaları, mahkeme uygulamaları gibi pek çok husustan oluşan bir küme gibi düşünebiliriz. Bu kapsamdaki bir uyuşmazlık çözülürken, Montreal Sözleşmesi’nde öngörülmemiş konularda öncelikli olarak *lex fori* uygulanacaktır ancak diğer yandan bu kümeyi de nazara alarak “*yeknesaklık*” amacı doğrultusunda karar vermek gerekecektir. Kanımızca hukuk sistemi oldukça benzerlik gösteren İsviçre, Almanya gibi ülkelerin düzenlenmemiş konularda

²²⁵ Bu husus *Hukuk Düzeni Piramidi* olarak da adlandırılır. Hans Kelsen’in ortaya attığı fikirler çerçevesinde oluşturulan ve genel kabul gören bu öğretiye göre bir hukuk düzeninde normlar (anayasa, kanun, tüzük vb) dağınık halde ve rastgele yer almazlar, alt-alta veya üst-üste olurlar. Bu piramitte her norm geçerliliğini bir üst normdan alır ve dolayısıyla ona uymak zorundadır.

Gözler, Kemal. “Anayasa Hukukuna Giriş”, 13. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2008, s. 14.

²²⁶ Özbudun, Ergun. “Türk Anayasa Hukuku”, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 397.

²²⁷ Sözer, Bülent. “Sempozyum” (Çeliktaş), s. 95.

Montreal Sözleşmesi'ni nasıl yorumladıkları *özellikle* yol gösterici olacaktır. Ancak kanımızca uluslararası bir sözleşmenin yorumlanması ve uygulanması konusunda taraf devletlere eşit derecede yakın olmak *yeknesaklık* amacının bir gereğidir. Oysaki pratik hayatta uluslararası bir sözleşmede bile bu tür bir eşit yaklaşımın ve de tam yeknesaklığın sağlanması kanımızca oldukça zordur. Sonuç olarak bunlar doktrinsel tartışmalardır ancak biz, en azından başka taraf devlet yani yabancı mahkeme kararlarından Türk mahkemelerinin yararlanması açısından bir engel olmadığını hatta bunun yeknesaklık amacı için de olumlu olduğunu, öncelliğin ise de hâkimin kendi hukuku olduğunu vurgulamakla yetiniyoruz.

IV. Ölüm veya Bedensel Zarar

A. Ölüm

i. Genel Olarak

Taşıyıcının Montreal Sözleşmesi madde 17 anlamında sorumluluğunun doğması için detaylıca irdelediğimiz “kazanın” mevcudiyeti çok önemlidir ancak tek başına yeterli değildir. Taşıyıcının sorumlu olabilmesi için kaza sonucunda Varşova Sözleşmesi açısından “ölüm veya yaralanma veya diğer bir tür bedensel yaralanma”; Montreal Sözleşmesi açısından ise kaza sonucunda “ölüm veya bedensel bir yaralanma” meydana gelmiş olmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, madde numarası aynı kalan bu hükümler arasında içerik anlamında bir fark olmadığı ortadadır, zira yaralanma zaten bedensel yaralanmanın kapsamında değerlendirilecektir. Bir görüşe göre *Common Law* sisteminde yaralanma anlamına gelen “wounding” ifadesinin çok dar yorumlandığı, iç kanama gibi rahatsızlıkları ihtiva etmediği gerekçesiyle delegeler tarafından hazırlık aşamasında “diğer her türlü bedensel zarar/yaralanma” ibaresinin Varşova Sözleşmesi'ne ayrıca eklendiği vurgulanmıştır.²²⁸ Montreal Sözleşmesi'nde bu amaçla paralel şekilde ilk “yaralanma” ibaresi çıkarılmıştır zira aynen korunan *bedensel yaralanma* kavramı zaten *yaralanma* kavramını da kapsamaktadır. *Yaralanma veya diğer bir tür bedensel yaralanma* ifadesinin sadeleştirilerek sadece *bedensel bir yaralanma* şeklinde Montreal Sözleşmesi kapsamına alınması kanımızca da yerinde olmuştur.

Tıpkı kaza kavramında olduğu gibi, ölüm veya bedensel yaralanma konularında da *içerik ve kapsam olarak* madde aynen korunduğundan mahkemelerin Varşova Sözleşmesi açısından yaptıkları değerlendirmelerin Montreal Sözleşmesi için de geçerliliğini koruyacağını

²²⁸ Pablo Mendes De Leon/Werner Eyskens."The Montreal Convention: Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernization and Consolidation of the Warsaw System", 66 J. Air L. & Com. 1155 (2001), s. 1165-1166; Bozabalı, s. 158.

belirtelim. Kaza sonucunda ölümün olup olmadığı günümüz şartlarında kolayca tespit edilebildiğinden asıl sorun bedensel zararın ne olduğunun tespiti noktasındadır. Madde hükmü kaza sonunda taşıyıcı “ölüm veya diğer zararlardan” sorumludur demiş olsaydı, burada “hâkimin hukuku” açık şekilde *diğer zararların* kapsamını rahatça belirleyebilecek maddi zarar, manevi zarar gibi pek çok kurumu rahatlıkla ele alabilecekti. Oysa Montreal Sözleşmesi hükmü açıkça *ölüm veya bedensel yaralanma* demektedir, bu nedenle yeknesaklık ve diğer amaçlar ışığında “bedensel” kavramı da nazara alınarak zarar içeriğinin tespiti zorunludur.

ii. Ölümün Tespitine Dair Hukuki Sorunlar

a) Genel Olarak

Ölümün tespiti kolaydır dedik, lakin bazı durumlarda özellikle hiçbir iz bırakmadan uçakların kaybolması, hava aracının havada patlaması ve paramparça olması, okyanusa düşmesi fakat düştüğü noktada enkazın dahi batmış olması gibi *kazalarda* ölüme yaklaşımın nasıl olması gerektiği ciddi bir hukuki sorundur. Uçakların aniden kaybolup rotadan çıkmasının, havada infilak etmesinin madde 17 anlamında *kaza* olduğu aşikârdır. Bu kaza sonucunda ölüm mü yoksa bedensel zararın mı olduğunun tespiti; *tazminatın miktar ve kapsamını oldukça değiştireceğinden* kanımızca oldukça önemli bir konudur.

Gaiplik veya ölmüş sayılma gibi hususlarda Montreal Sözleşmesi’nde maddi hukuka yollama yapan açık bir hüküm bulunmadığı için hâkim kendi hukukuna göre yani MÖHUK madde 11 yollamasıyla uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bu maddeye göre uygulanacak hukuk eğer Türk hukuku ise mahkeme, Türk Medeni Kanunu madde 31 açısından meseleyi ele alacaktır.²²⁹ Ölen yolcu örneğin İngiliz ise ve dava Türkiye’de yetkili mahkemede (Montreal

²²⁹ MÖHUK madde 1/f.2 gereği Türk hâkim Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri dikkate almak durumundadır. Bu nedenle MÖHUK madde 11’i uygulamadan önce hâkim Türkiye’nin de taraf olduğu ve Türkiye için 31.07.1977 tarihinde yürürlüğe girmiş olan “*Bazı Ölümlerin Tespitine Dair Sözleşmeyi*” dikkate almak durumundadır. Önemle vurgulayalım ki gaiplik – miras davası gibi pek çok uyuşmazlığın beraber olduğu bir durumda her bir uyuşmazlığın farklı sözleşmelere tabi olması da oldukça doğaldır. Tıpkı bunun gibi, Montreal Sözleşmesi kapsamındaki tazminat davasına geçmeden önce, 1977 Tarihli “*Bazı Ölümlerin Tespitine Dair Sözleşme*” uyarınca ölüm tespitine karar verilmesi pekâlâ mümkündür. Yunanistan, Hollanda, Türkiye, İspanya, Portekiz bu sözleşmeye taraftırlar. Önemli hükümler:

Madde 1

“Kaybolmuş bir şahsın cesedi bulunamadığı fakat halin icaplarına göre ölümüne muhakkak nazariye bakılabildiği takdirde, bu hususta yetkili adli veya idari makam bu ölümü beyan ve ilan etmeye de yetkilidir. Yeter ki:

- Bu *kayıp*, bu makamın mensup olduğu Devlet ülkesinde veya **bu Devlette kayıtlı** bir geminin veya **hava gemisinin seferi esnasında** vukubulsun.

- Kaybolan şahıs bu Devletin vatandaşı olsun veyahut ikametgâh veya meskeni adı geçen Devletin ülkesinde bulunsun.”

Madde 3

Sözleşmesi madde 33 uyarınca) açılmışsa Türk mahkemeleri bu durumda MÖHUK madde 11 gereği hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilecek olan kişinin milli hukukuna göre yani İngiliz hukukuna göre karar verecektir. Yoksa niteliği itibariyle, Montreal Sözleşmesi'ne tabi olan bir uyuşmazlık her daim “yabancılık” unsuru taşıyacağından, örneğin İngiliz yolcuya Türk Medeni Kanunu hükümlerini doğrudan uygulamak kanımızca hakkaniyetli olmayacaktır. Önemle belirtelim ki, Montreal Sözleşmesi açısından dava açma süresi “hava aracının varış anı” gibi objektif tespitlere bağlandığından, iç hukukumuzda olduğu gibi öncelikle yolcunun gaip olduğuna ilişkin mahkeme kararı almaya da gerek olmayacaktır. Burada yaptığımız tartışma, özellikle yolcunun komada olması durumunda vasi atanması veya uçağın kaybolması halinde ölüm mü yoksa bedensel zarara mı hükmedileceği konularında önem kazanacaktır.

b) Ölüm Karinesi Halleri

Hava aracı kazasına MÖHUK madde 11 gereği eğer Türk hukuku uygulanacaksa ölmüş sayılma veya gaiplik halleri ilgili Türk maddi hukukuna göre tespit edilecek demektir. Kural olarak bir kimsenin öldüğü sonucuna ancak cesedin bulunması ve cesedin o şahsa ait olduğu yönündeki teşhis ile varılır ve bu kesinleşen ölüm kişiliği de sona erdirir.²³⁰ Uçağın havada patlaması sonucu alevler içinde paramparça olup dağılması durumunda yolcuların ölümüne kesin gözle bakılması gerekir ve ölüm karinesi devreye girer.²³¹ Ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durum karşısında artık kişinin cesedi bulunmasına ve teşhisine, ayrıca gaiplik gibi zorlu bir prosedüre dahi gerek olmaksızın kişi için *nüfus kaydına ölüm kaydı düşülmesi sureti ile* kişi ölmüş gibi ölüme bağlı tüm sonuçlar tezahür eder. Yetkili makamlar olan nüfus müdürlükleri ile mülki idarelerin olayın vuku bulduğuna ve hakkında

1 ve 2 nci maddelerde öngörülen kararlar **yetkili bir makamın veya her ilgili tarafın müracaatı üzerine** verilir. Ölüm tarihinin kesin olarak bilinmemesi halinde, bunun bu ölümün vukubulduğu andaki olaylara ilişkin bütün deliller ve işaretler gözönünde tutularak tespit edilmesi gerekir.

Demek ki yukarıdaki örneğimizde eğer uçağın radardan çıkmasıyla kaybolan yolcu İngiltere değil de, Hollanda vatandaşı ise (*Montreal Sözleşmesi'ne tabi olmayan* uyuşmazlık olduğunu varsayarsak) bu durumda MÖHUK madde 11 değil, “Bazı Ölümün Tespitine Dair Sözleşme” hükümleri evleviyetle MÖHUK madde 1/f.2 gereği uygulanacak ve ölüm tespit ettirilecektir. Vurgulayalım ki Montreal Sözleşmesi'ne tabi bir uyuşmazlıkta, yolcunun ayrıca gaip olup olmadığı mahkemece tespitine gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle buradaki gaiplik tartışmasının “davanın açılabilmesi” ile ilgisi yoktur. Radardan çıkıp kaybolan hava aracındaki İngiliz yolcu Türkiye’de dava açtığında (2 yıllık süre içinde, gaiplik prosederünü beklemezsizin), bu durumu kanımızca “ölüm karinesi” olarak kabul etmek gerekir. Böylece yolcu ölmüş gibi (bedensel zarar değil), Montreal Sözleşmesi’ne göre tazminat hesabı yapılmalıdır. Montreal Sözleşmesi birçok konuda olduğu gibi bu konuda da iç hukukumuzda istisna getirmektedir.

²³⁰ Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe. “Kişiler Hukuku”, 12. Bası, Filiz Kitapevi. İstanbul, s. 26.

²³¹ A.g.e, s. 26-27.

ölüm kaydı düşülecek kişinin olay anında orada olduğuna ikna olmaları yeterli olacaktır.²³² Tekrar belirtelim ki *ölüm olgusunun tespitine ilişkin taraf olunan uluslararası sözleşmeleri*, her daim göz önünde bulundurmak şarttır.

Ölüm karinesine dayanıldığında (havada infilak, paramparça olma gibi), ölüm başkaca mahkeme kararı vesaire gerekmeksizin kanunen gerçekleşmiş demektir yani ölümle aynı sonuçlar derhal doğacaktır, ancak bu karinenin aksinin her zaman ispatlanabileceği de unutulmamalıdır.²³³ Montreal Sözleşmesi uyarınca da mirasçı sıfatı haiz olan kişi ölümden doğan tazminat davasını da taşıyıcıya karşı bu durumda derhal açabilecektir.

c) Hava Aracının İz Bırakmadan Kaybolması ve *Gaiplik Hali*

aa) Genel Olarak

Hava aracının iz bırakmadan kaybolması durumuna ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi bir olayda zorunlu ölüm sonucunun değil, ölüm tehlikesinin varlığını yani gaiplik durumunu kabul etmiştir.²³⁴ Yargıtay da kararlarında ölüm *tehlikesi* ile *ölümün muhakkak olması* arasında fark gözeterek, *kesinlik varsa* artık ölüm karinesinden söz etmenin gerekeceğini vurgulamıştır.²³⁵ Günümüzde de radardan çıkan pek çok hava aracı yapılan uzun aramalar sonucunda bulunabilmekte, nadir de olsa bu tür kazalardan sağ kurtulanlar olabilmektedir²³⁶. Ancak bazen de uçakların içindeki tüm yolcularla beraber sırta kadem basması ve yolcuların yıllar geçmesine rağmen bulunamamaları dolayısıyla ölü kabul edildikleri de bilinmektedir²³⁷. Montreal Sözleşmesi uyarınca bir uluslararası yolcu taşımada uçak yolcularıyla beraber iz bırakmadan kaybolmuşsa yani hiçbir suretle haber alınamıyorsa ve uçağın parçalanması, okyanusa düşmesi gibi somut olgular da yoksa bu durumda az da olsa yolcuların sağ olabileceğinden hareketle İsviçre Federal mahkemesi kararı doğrultusunda ölüm karinesine değil, gaipliğe dayanılacağı görüşünderiz.

bb) Gaiplik Kararının Verilmesi ve Sonuçları

²³² A.g.e, s. 27.

²³³ “Ölüm Karinesi ölümün vuku bulduğuna delildir ama aksi ispatlanabilir.” Oğuzman/Barlas, s. 335.

²³⁴ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s.26, dn:66, Mahkeme ayrıca akıl hastasının iz bırakmadan kayboluşu ile dağa çıkan turistlerin kayboluşunu ölüm karinesi olarak kabul etmemektedir. (BGE 75 II 1328= JdT 1950 I 229)

²³⁵ “... Ölüm tehlikesinin, kişinin muhakkak surette ölü olduğu anlamına gelmediği; eğer ölüm muhakkak surette ise gaiplik kararına değil ölüm karinesine dayanılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2007/2-276 K: 2007/278 (Kazancı, Erişim: 21.11.2013).

²³⁶ Nadir de olsa kazalardan mucizevi şekilde kurtulan yolculara ilişkin ilginç bir çalışma için bkz.

<http://www.timelines.ws/subjects/Aircrashes.HTML> (Erişim: 14.03.2015).

²³⁷ Bu şekildeki 10 önemli kaza için bkz. <http://www.bbc.com/news/world-asia-26531675> (Erişim: 14.03.2015).

Uçak (yani yolcular) *ölüm tehlikesi* içinde kaybolduğu ve yolcu ölümlerinin kuvvetle muhtemel olduğu bir ihtimalde gaiplik hükümlerine başvurmak gerekir. TMK madde 33/f.1 gereği yolcuların kaybolmasından yani ölüm tehlikesi üzerinden *en az bir yıl* geçtikten sonra gaiplik yargılaması yapılır. Yolcunun gaipliğine hükmedilmesi durumunda bu hüküm TMK madde 35/f.2 gereği ölüm tehlikesi anından yani *uçanın kaybolmasından itibaren* sonuçlarını doğurur ve kişi işte bu anda ölmüş sayılır. Ancak mahkeme iz bırakmadan kaybolma durumlarında da her olayı kendi şartlarında değerlendirip, bu tür olaylarda da ölüm karinesinin varlığını takdir edebilir, böylece gaipliğin zorlu süreci atlanmış olur, ancak mevcut açıklamalar ve uygulamalarda mahkeme, İsviçre Federal Mahkeme kararı doğrultusunda haber alınamama durumunu kanımızca gaiplik olarak değerlendirecektir.

TMK madde 35/f.1 hükmü, “ölüme bağlı hakların” kullanılmasını gaiplik hükmü verilmesinin bir sonucu olarak düzenlemiştir. Bu hakları, ölüme bağlı her türlü hak şeklinde geniş yorumlamak gerekir. Montreal Sözleşmesi uyarınca, kaza sonucu yolcunun *ölməsi* durumunda taşıyıcının sorumluluğu çerçevesinde mirasçılara uğranılan zararın tazminini talep hakkı tanınmaktadır, yani bu talep hakkı da TMK anlamında “ölüme bağlı bir hak” olarak karşımıza çıkar ki bu hakkın doğumu için gaiplik durumunda gaipliğe *hükmedilmiş* olması gerektiği madde hükmünden açıkça anlaşılmaktadır.

Gaiplik durumunda konumuz açısından ilginç durumların ortaya çıkması muhtemeldir: Gaiplik kararına göre örneğin en az bir sene beklemesi gereken mirasçı, Montreal Sözleşmesi uyarınca sorumluluğu bulunan taşıyıcıya karşı bu süreyi beklemeden dava açmak istediği zaman, gaipliğe karar verilmesi bekletici mesele mi olacaktır yani yetkili Türk mahkemesi nasıl davranacaktır? Montreal Sözleşmesi madde 35'teki kısa olan iki yıllık hak düşürücü dava süresi bundan nasıl etkilenecektir? Gaiplik kararı alınmış olsa bile, gaibin *öldüğü* varsayılarak taşıyıcıdan yüklü miktarda tazminat almış olan mirasçılara karşı; sadece *yaralanmış* olduğu sonradan anlaşılan örneğin dört yıl sonra ortaya çıkmış ve terekesini geri almış olan gaibe veya doğrudan mirasçılara karşı acaba taşıyıcının yapılmış ödemelere ilişkin talebi hukuken nasıl değerlendirilecektir?

cc) Gaiplik Süreci ve Montreal Sözleşmesi'ndeki Hak Düşürücü Süre

Yolcunun *radardan çıkıp kaybolan bir uçakta* ölüm tehlikesi içinde kaybolduğunun anlaşıldığı ve ölümüne kuvvetli bir olasılık ile bakıldığı bir *gaiplik* durumunda *kural olarak* mahkemece ölüm tehlikesinde itibaren bir yıl beklenecek ve verilen ilanların da cevapsız kalması halinde hakları ölüme bağlı olan kişilerin başvurusunu olumlu sonuçlandırabilecektir. Yalnız burada en az bir yıllık bekleme ve ilan süreleri dikkate alındığında, Montreal

Sözleşmesi madde 35/f.1’de *hak düşürücü süre* olarak öngörülen iki yıllık sürenin kaçırılması riski vardır.

Gaiplik süreci beklenirse, gaiplik davasında verilecek ilanların toplam süresinin uzunluğu da dikkate alındığında, davalı taşıyıcı iki yıllık hak düşürücü sürede davanın açılmadığı gerekçesiyle sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürebilecektir. Tekrar belirtelim ki, Montreal Sözleşmesi açısından dava açma süresi “hava aracının varış anı²³⁸” gibi objektif tespitlere bağlandığından, iç hukukumuzda olduğu gibi öncelikle yolcunun gaip olduğuna ilişkin mahkeme kararı almaya da gerek olmayacaktır. Montreal Sözleşmesi birçok konuda olduğu gibi bu konuda da kanımızca iç hukukumuzda istisna getirmektedir. Ankara-İstanbul seferi yapan hava aracının kaybolmasıyla kendisinden haber alınamayan Türk yolcunun mirasçılarının açacağı dava ölüm karinesi veya gaiplik kararına bağlı iken, Montreal Sözleşmesi’nin uygulanacağı benzer durumda yolcunun mirasçıları bu kararları almaksızın iki senelik hak düşürücü sürede davayı açabileceklerdir. Elbette yetkili Türk mahkemesi, Montreal Sözleşmesi’ne göre karar verirken öncelikle yolcunun ölüp ölmediğine karar verecektir. Zira bu tespit zararın tespiti için önemlidir. Kanımızca işte bu tespiti yapabilmek için, iç hukukumuzdaki ölüm karinesi ile gaiplik hükümlerinden yararlanılacaktır. Yoksa davayı açmak için yabancı mirasçılardan ayrıca gaiplik kararı getirmesi beklenemez. Montreal Sözleşmesi, “yeknesaklık” amacı doğrultusunda *davanın açılması* için bu tür ulusal şartları kabul etmemiştir.

dd) Gaibin Sağ Olarak Ortaya Çıkması Halinde Hukuki Sorunlar

Ortaya çıkan gaip veya ölü sanılan yolcunun, ölüme bağlı hakları kullanmış veya kullanmakta olan kişilere karşı taleplerini ileri sürmesi mümkündür. Kanımızca, özellikle ölüm halinin muhakkak olmadığı hallerde yolcunun terekesini *güvence* karşılığında kaybolan yolcunun mirasçılarına bırakmak önemlidir. Montreal Sözleşmesi gaiplik kararını tazminat davası için şart koşmamıştır ancak yolcunun ortaya çıkma ihtimali kuvvetliyse bu tür ek güvence istemeyi yasaklayan bir Montreal Sözleşmesi hükmü de yoktur. Buradaki tartışma özellikle Türk yolcunun Montreal Sözleşmesine tabi bir yolculuk esnasında kaybolması ve mirasçılarının Türkiye’de dava açmaları halinde önem kazanacaktır.

TMK madde 584/f.2 gereği bu güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda tereke mallarının tesliminden itibaren *beş yıl* ve her hâlde *en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar* geçecek bir süre için gösterilir. TMK madde 585’e göre gaip ortaya çıkarsa, tereke mallarını

²³⁸ Bkz. Aşağıda “Dava Açma Süresi”.

teslim almış olanlar aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler. Kaldı ki güvencenin süresinin dolması da, geri verme borcunu engellemez.²³⁹ Geri verme borcu iyi niyetli olalar için *on yıl* iken, kötü niyetli olanlar için bu süre TMK madde 639/f.2 gereği *yirmi yıldır*. Bunlar uygulanacak hukukun doğrudan veya MÖHUK uyarınca Türk hukuku olduğu durumlarda, gaibin *mirasçılarına veya diğer ölüme bağlı hakları kullanmış kişilere karşı* olan iade talebine dair meseleler olup iç hukuk uyarınca çözülecek meselelerdir.

Asıl tartışmamız gereken husus şudur: Sonradan sağ olarak ortaya çıkacak olan “gaip” yolcunun *mirasçılarına*, onun öldüğü gerekçesiyle örneğin 500.000 ÖÇH ölüme bağlı zararların toplamı davalı taşıyıcı tarafından ödenmiş olabilir. Hâlbuki yolcunun salt yaralanmış olduğu anlaşılıysaydı belki de kendisine sadece 40.000 ÖÇH kadar tazminat Montreal Sözleşmesi uyarınca ödenecekti. İşte bu durumda öldüğü sanılan yolcunun aniden ortaya çıkması ve terekesini TMK ilgili hükümleri uyarınca geri alması durumunda *gaip yolcu* ile *yüklü ödeme yapmış taşıyıcı* arasında ilginç bir durum ortaya çıkacaktır.

Kanımızca bu durumda *sonradan ortadan kalkan bir sebebe dayanan* sebepsiz zenginleşme söz konusudur. Terekesindeki tüm malları iade alan gaip yolcu, mirasçılarında oldukça yüklü bir ödemede bulunan yani iade aldığı malvarlığını hayli zenginleştirmiş bulunan taşıyıcıya karşı sorumludur. Artık bu talep Montreal Sözleşmesi uyarınca değil, sebebin (ölüm) ortadan kalkmasına bağlı olarak gaibin sebepsiz zenginleştiği gerekçesine dayanılarak yabancılık unsuru da varsa MÖHUK hükümleri uyarınca çözülecektir. Türk hukukunda sonradan ortadan kalkan bir sebebe dayanarak haksız zenginleşenden bir talepte bulunabilmek için, kural olarak bu sonradan ortadan kalkmanın *geçmişe etkili* olması gerektiği haklı olarak vurgulanmaktadır.²⁴⁰ Montreal Sözleşmesi kapsamında bu tür bir talepte, geçmişe dönük bir ortadan kalkmanın kabulü daha uygun olacaktır zira ölüm sebebiyle yapılan yüklü bir ödemenin sonradan bu sebebin gerçekleşmediği görülerek haksız zenginleşen *gaipten* iadesini talep söz konusudur.

Taşıyıcı ile gaibin mirasçıları, tazminatın sebebinin *ölüm* olduğu konusunda anlaşmışlardır. Yani burada sebep üzerinde anlaşamama veya borçlanılmamış edimin ifası gibi durumlar olmadığı gibi, kazandırma yapılırken ortada mevcut bir hukuki sebep de vardır. Bu yüzden burada olsa olsa başta üzerinde uzlaşılan bir hukuki sebebin sonradan geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasına bağlı olarak taşıyıcının ortaya çıkan ve mallarını iade alarak zenginleşen gaibe karşı bir iade talebi söz konusu olacaktır. Kanımızca burada hırsızlığa karşı sigorta

²³⁹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 34.

²⁴⁰ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 356.

ettirilen mal için sigortacıdan tazminat alındıktan sonra kaybolduğu düşünülen malın sağlam bir şekilde bulunması durumuna bir *benzerlik* olduğu aşikârdır.²⁴¹

Türk hukukunda TBK madde 82/f.1 açık hükmü uyarınca sebepsiz zenginleşmeden doğan bu istem hakkı, hak sahibinin yani taşıyıcının *geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak* iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tüm bu açıklamaların, yabancılık unsurlu uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu bir varsayım için geçerli olacağını hatırlatmış olalım. Yani MÖHUK madde 39 uyarınca *zenginleşmenin gerçekleştiği ülke* Türkiye olduğundan bahisle bu bağlama kuralı gereği, bu davanın Türk hukukunca görüşümüz doğrultusunda çözülmesi pekâlâ mümkündür. Gaibin malvarlığına girmiş olan 500.000 ÖÇH miktarının ne kadarını iade edeceği ise TBK madde 79 ve devamına göre gaibin iyi niyetli olup olmaması durumları aynı davada ayrıca ele alınarak karar verilecektir.

B. Bedensel Yaralanma

i. Bedensel Yaralanma Kavramı

Bir kaza sonucunda bedensel yaralanmaların farklı şekillerde ortaya çıkabilmesi mümkündür. Daha önce de belirtildiği üzere Montreal Sözleşmesi madde 17, sadece bazı ibareleri değiştirmiş ve bu “ehemmiyetsiz değişiklikler” aslında maddenin kapsam ve anlamını değiştirmemiştir.²⁴² 1971 tarihli Guatemala City Protokolü ile getirilen ve sadece *yolcunun zararından* bahseden kavram, Montreal Sözleşmesi’ne alınmadığından ve özellikle de “bedensel yaralanma” kavramı vurgulandığından bu kapsama *öncelikle* yolcunun bir kaza sonucu uğradığı *bedensel nitelikteki zararların* gireceği hususunda kuşku yoktur. Bir yolcunun bedensel bir zarar olsun veya olmasın kaza sonucunda uğrayacağı manevi zararların Montreal Sözleşmesi’nin kapsamına girip girmeyeceği ise oldukça hassas ve ayrıca irdelenmesi gereken bir sorundur, bu konuyu aşağıda ayrıca detaylı inceleyeceğiz.

Bedensel yaralanma (bodily injury) ifadesi, kanımızca sanki bedensel bir zararın sadece yaralanma şeklinde belireceği şeklinde yanlış bir algı doğurmaktadır, bu nedenle bu kavramın sadece “yaralanma hadiseleri” değil diğer bedensel zararları da kapsayacak şekilde geniş olarak algılanmasında yarar vardır. Gerçekten de yaralanma belirtisi olmaksızın örneğin beynin zarar görmesi sonucu hafıza kaybının oluşması da mümkündür. Bu durumda hafıza kaybının bedensel zarar olduğu kuşkusuzdur lakin olgunun basitçe *yaralanma* olarak

²⁴¹Örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Serozan, Cilt III, s. 325.

²⁴²“Montreal Sözleşmesi, önceki madde 17’ye *ehemmiyetsiz(inconsequential)* ölçüde değiştirmiştir, bu nedenle tazminat şartları büyük ölçüde aynıdır.”Dempsey, The Clash of the Titans, s. 2.

nitelendirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Bu yüzden bedensel yaralanmanın ya da daha doğru bir ifade ile bedensel zararlar kavramının hafıza kaybı, kalp krizi, tansiyon düşmesi, bayılma, bulantı, kusma, bitkisel hayata girme, iç hastalıklar gibi kaza sonucu gösterilen *bedensel reaksiyonların* tümünü içerecek anlamda kullanılması kanımızca daha uygun olacaktır.

ii. Beden Bütünlüğünün İhlali

Bedensel yaralanma yani bedensel zarar vuku bulduğunda, aslında ortada TBK gereği *dar anlamda* beden bütünlüğünün ihlali söz konusu olmaktadır. Dar anlamda diyoruz zira burada ihlal sonucu meydana gelebilecek manevi zararlar (bedensel yaralanma olmadan yani üzüntü, depresyon gibi ruhsal çöküntüler) Montreal Sözleşmesi'nce *lâfzî olarak* açıkça kapsam dışında bırakılmıştır. Oysa kural olarak hukuka aykırılığı önleyen bir sebep bulunmadığı sürece, bedensel bütünlüğü ihlal eden tüm fiillerin hukuka aykırılık teşkil ettiği ve bu ihlal sonucunda mağdurda sadece fiziksel acının değil, aynı zamanda ruhsal üzüntülerin de meydana gelebileceği öğretide haklı olarak belirtilmektedir.²⁴³

Bedensel zararlar, Türk öğretisinde beden bütünlüğünün ihlali veya daha geniş anlamı ile cismani zararlar olarak ifade edilmekte ise de biz Montreal Sözleşmesi'nin 17.maddesi anlamında daha dar kapsamlı *bedensel yaralanmalar (zararlar)* kavramını kullanacağız. Zira bir kimsenin beden bütünlüğü ihlali manevi zararları içerecek şekilde geniş anlamdadır, oysaki Montreal Sözleşmesi'nin hazırlık aşamalarında “delegelerin itirazlarına rağmen” bütün manevi zararları kapsam dışı bırakacak şekilde “bedensel yaralanma” kavramı bilinçli olarak metne alınmıştır.²⁴⁴

iii. Bedensel Zarar ve Maddi Zarar İlişkisi

Bedensel zarar (*yanma, kırılma, hafıza kaybı gibi*) sonucunda *malvarlığında meydana gelen eksilmeleri(hastane tedavi masrafları gibi)* ifade etmek için ise TBK hükümleri ile de uyumlu biçimde *maddi zarar* kavramını kullanmak kanımızca daha yerinde olacaktır. Örneğin kaza sonucu dirseği hafifçe sert koltuğa çarpan ve geçici bir uyuşma durumunu yaşayan yolcu açısından bedensel bir reaksiyon yani uyuşma söz konusu olmasına rağmen ortada mal varlığı eksilmesi anlamında bir maddi zarar yoktur. Bedensel reaksiyon anlamında kolun uyuşması da *bedensel yaralanma/zarar* kapsamına girecektir, ancak taşıyıcının madde 17 çerçevesinde sorumluluğuna başvurmak sureti ile yolcunun maddi zararının giderimi istemi reddedilecektir

²⁴³ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 278.

²⁴⁴ A.g.e, s. 3.

zira diğer tüm sorumluluk şartları olsa bile ortada gerçek anlamda malvarlığı eksilmesi yani maddi zarar yoktur.

Olası bir maddi tazminat davasında, öncelikle ortada *kaza* ve sonucunda bir bedensel yaralanmanın (yanma, kırık, ezilme gibi) var olduğunu sonrasında ise bu yaralanma yani olgu sebebiyle davacının mal varlığında bir eksilme meydana gelip gelmediğini karara bağlamak gerekir. Yani tıpkı ölüm halinde taşıyıcının sorumluluğunda olduğu gibi, ölüm olgusunun tespiti ile bu olgu sonucu uğranılan zararın tespiti iki ayrı sorundur. Zararın tespit ve kapsamı, maddi ve manevi tazminat konuları incelenirken aşağıda detaylandırılacaktır.

iv. Beden Bütünlüğünün İhlalinin Çeşitli Görünümleri

Bedensel zarar; dışarıdan gelen bir fiziksel darbe veya temas sonucu insan vücudunda meydana gelen kırık, çıkık, yanma, çizilme, ezilme, organların kopması, kanama gibi olaylar şeklinde görülebilir.²⁴⁵ Önemle vurgulayalım ki, bu tür olaylarda taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için bahsedilen bedensel zararın bir *kaza* sonucu ve kazanın da uçağa binerken veya inerken veya uçuş anında meydana gelmesi gerekmektedir. Havalimanı dış hatlar terminali binası önüne ticari taksi ile gelen yolcu üzerine uçuşla hiçbir ilgisi olmayan bir yer personelinin bagajı düşürmek sureti ile yaralanmaya sebep olması sonucu meydana gelen zararın Montreal Sözleşmesi madde 17 anlamında elbette konumuzla ilgisi olmayacaktır.

Beden bütünlüğü kavramı, hem *fiziksel* hem de *ruhsal* anlamda iyi olma halini ifade eder ve bu nedenle beden bütünlüğü kişiliğe dâhil olup hukuk düzeni çerçevesinde koruma görmektedir.²⁴⁶ Bu açıdan mesele ele alındığında günümüzde, beden ile bedensel zararlar kavramlarını geniş biçimde değerlendirmekte yarar vardır. Kalp krizi, iç kanama, beyin hasarı, organ zayıflaması, akıl veya belleğin kısmen veya tamamen yitilmesi gibi dışarıdan bakıldığında ilk başta tespit edilemeyen olguları da bedensel zararlar yani beden bütünlüğünü ihlal olarak tanımlamak gerekir. Bu nedenle hava aracının yere çakılması sonucu geçirilen beyin kanaması veya hafıza kaybı gibi hususların tıpkı yolcunun yüzündeki kasların yanması kadar bedensel zarar olduğu konusunda bir şüphe yoktur ve tüm bu zararlar madde 17 anlamında *kaza* sonucunda yolcunun uğradığı *bedensel zararlardır*.

v. Sonuç

²⁴⁵ Tandoğan, Haluk. “Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku”, Ankara, 1981, s. 238. Ayrıca bkz. Canbolat, s. 57:

Yazar, cismani zarar kavramını insan vücudunda yanma, kırılma gibi olaylar sonucu meydana gelen zarar olarak tanımlamaktadır. Kanımızca cismani zarar, daha geniş anlamda yani *vücut bütünlüğünün ihlalinden ve kural olarak manevi zararları da içeren mal varlığı eksilmelerinin bütünü* anlamında kullanılmalıdır, yoksa bu zarara sebep veren olaylar ile olguları ifade etmek üzere kullanılmamalıdır.

²⁴⁶ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 159.

İnsan bedeninin bütünüyle düşünülmesi ve güncel gelişmeler ışığında beden bütünlüğü kavramının geniş olarak ele alınması gerekliliği yabancı mahkeme kararlarınca da haklı olarak vurgulanmıştır.²⁴⁷ Bu açıdan mesele ele alındığında yani manevi zarar iddialarından arındırılmış saf bedensel zararların madde 17 kapsamına gireceği konusunda tereddüt yoktur. Yeter ki bu saf bedensel zararlar *belirli bir zaman diliminde*, bir *kaza* sonucu ve *uluslararası yolcu taşıması* kapsamında meydana gelmiş olsun.

Asıl sorun ve tartışmalı olan husus, madde 17 lafzı ile açık biçimde dışlanmış olan manevi zarar iddialarının mahkemelerce nasıl karara bağlanacağı sorunudur. Kanımızca bu sorun aynı zamanda, Montreal Sözleşmesi'nin *tüm diğer hukuki çareleri dışlayacak şekilde* münhasır uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ile ilişkilidir ve ayrı bir detaylı değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Zira eğer Montreal Sözleşmesi münhasır olarak dar lâfzî yorumla uygulanacaksa bu durumda artık manevi tazminat talepleri başkaca giderim yolu olmaksızın tümüyle reddedilecektir, eğer iç hukuk yollarına ayrıca başvuru imkânı varsa bu durumda ise manevi tazminat talepleri dinlenebilecektir. Bu husus aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

V. Kazanın Belirli Bir Zaman Diliminde (Biniş – Hava Aracında – İniş) Meydana Gelmesi

A. Genel Olarak

Kaza sonucu meydana gelen bir *ölümden veya bedensel yaralanmadan* dolayı taşıyıcı hava yollarının sorumlu tutulabilmesi için, bu kazanın hava aracında veya hava aracına binerken veya hava aracından inerken meydana gelmiş olması madde 17/f.1 gereği şarttır.²⁴⁸ Taşıyıcı hava yolları genellikle yolcularının hava limanına erken gelmelerini, bazı işlemleri tamamladıktan sonra belirli bir süre ilgili uçuş kapısı önünde beklemelerini, sonrasında ise hava aracına biniş yapmalarını istemektedirler.

Bu süreçte yolcu her daim taşıyıcının kontrolü ve hâkimiyeti altında olmamakta, isteğe bağlı olarak yer değiştirebilmekte yani taşıyıcının hâkimiyet alanından sıklıkla çıkabilmektedir. Her ne kadar hava aracının içindeki yolcu açısından taşıyıcının hâkimiyeti altında olduğu konusunda şüphe yok ise de, özellikle yolcunun hava aracına biniş veya iniş işlemlerini yaptığı sıradaki konumu taşıyıcının sorumluluğu açısından oldukça önem arz etmektedir.

²⁴⁷ *Bedensel yaralanmanın* hem fizyolojik hem psikolojik olarak insan vücudunu bir bütün olarak güncel gelişmeleri de kapsayacak şekilde geniş biçimde anlaşılacağı konusunda bkz. *Husserl v. Swiss Air*, 388 F.Supp. 1238, 1250 (S.D.N.Y.1975).

²⁴⁸ The carrier is liable for damage sustained in case of death or bodily injury of a passenger upon condition only that the accident which caused the death or injury took place **on board (uçuşta)** the aircraft or in the course of any of the operations of **embarking (binişte) or disembarking (inişte)**.

Kanımızca bu özellikli üç zaman diliminin asıl amacı, taşıyıcının sorumlu olup olmayacağına *hâkimiyet esasına ve kazanın meydana geldiği zaman dilimi esasına göre* tespitini yapmaktır. Diğer bir ifade ile taşıyıcı salt *kazanın meydana gelmesinden değil, kazanın bu özellikli zaman dilimlerinden birinde meydana gelmesinden* sorumlu olacaktır.

Kazanın bu üç zaman diliminden birinde meydana gelmesi tek başına yeterlidir. Bu nedenle biniş işlemleri sırasında meydana geldiğine kanaat getirilen bir kaza açısından, hava aracı içinde meydana gelip gelmediğinin ayrıca irdelenmesinin pratik anlamda pek bir değeri yoktur. Ancak kanımızca asıl sorun, *biniş işlemlerinin ne zaman başlayacağı ve iniş işlemlerinin ise ne zaman sonlanacağı* sorunudur. Pratik anlamda sonuç doğuracak olan bu değerlendirmeleri her bir zaman dilimi için incelemeye çalışacağız.

B. Kazanın *Biniş İşlemleri Sırasında Meydana Gelmesi*

i. Biniş İşlemleri Kavramı

Biniş işlemlerini kavram olarak tanımlamak ve genel bir ölçüt belirlemek oldukça zordur. Uçuşta (onboard) kavramı açıkken, biniş (embarking) işleminin ne zaman başladığı kanımızca kesin ölçütle belirlenemeyeceğinden bu kavramı tanımlamak veya tek ölçüte bağlamak oldukça zordur. Yine de hangi işlemlerin biniş işlemi sayılıp hangilerinin sayılmayacağından hareketle birtakım ölçütler belirlemek mümkündür.

Yabancı mahkeme kararlarında, kazanın biniş anında meydana gelip gelmediğinin mahkemelerce her somut olayda ayrıca tespit edilecek bir husus olduğu vurgulanmıştır²⁴⁹. Genel olarak yabancı mahkemeler mevcut şartların toplu olarak değerlendirilmesi yaklaşımına (“totality of the circumstances” approach) vurgu yapmış, tek ölçüt belirlemekten kaçınmışlardır²⁵⁰. Kazanın *biniş işlemleri sırasında* meydana geldiğini söylemek için; kaza anında *a.* yolcuların hava aracına biniş amacı ile kendilerinden beklenenleri yapıp yapmadıkları *b.* olmaları gereken yerde olup olmadıkları ile *c.* taşıyıcının talimatları doğrultusunda hareket edip etmediklerinin hassas bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulayalım.²⁵¹ Bu ölçütler tek başlarına yeterli olmadığı için, ayrıca yolcunun biniş işleminin uçuşuyla alakalı olması gerektiği de haklı olarak vurgulanmıştır²⁵².

²⁴⁹ Blake v. American Airlines, 245 F.3d 1213, 1215 (11th Cir. 2001); Schmidkunz v. Scandinavian Airlines, 628 F.2d 1205, 1207 (9th Cir. 1980).

²⁵⁰ Marotte v. American Airlines, 296 F.3d 1255, 1260 (2002).

²⁵¹ Trans World Airlines v. Day, 429 U.S. 1124 (1977) kararında bu üç aşama detaylı olarak incelenmektedir. Biniş işlemleri için aranan bu şartlara *TWA's Test* veya *Tripartite Test* gibi isimler verilmektedir. Konu hakkında daha detaylı tartışmalar için bkz. Uzun, s. 66-70; Bozabalı, s. 150-154.

Ayrıca bkz. benzer yönde: Maignie v. Compagnie Nationale Air France, 549 F.2d 1256, 1262 (9th Cir.1977);

Öğretide de vurgulandığı üzere hava aracına biniş işlemi sadece yolcunun merdivenleri çıkarak hava aracının kapısından içeri girmesi demek değildir.²⁵³ Biniş işlemleri, taşıyıcının yolcuya karşı üstlendiği edimini yerine getirmek amacı ile birbiri ardına gerçekleştirdiği ve yolcunun da katılmasını gerektiren pek çok işlemin bütünüdür. Biniş işlemleri ile beraber, artık yolcu *taşıyıcının talimatları doğrultusunda* hareket etmeye başlar ancak daha önce belirtildiği üzere, burada talimat doğrultusunda hareket etme olgusu hava aracı içerisindeki bir yolcunun durumuna nazaran daha az belirgindir. Zira yolcu özellikle uçuşa daha çok zaman varken işlemler esnasında kendi hür iradesi ile taşıyıcının hâkimiyet alanından çıkabilmektedir. Acaba biniş işlemleri tam olarak ne zaman başlamış sayılacaktır ya da diğer bir ifade ile Montreal Sözleşmesi uyarınca *kazanın biniş işlemleri sırasında meydana geldiğini* söylemek açısından bu başlama noktası en fazla ne kadar geriye götürülebilecektir?

ii. Biniş İşlemlerinin Başlama Anı

Biniş işlemi kavramına ilişkin yukarıda incelediğimiz sorunlar, biniş anının tespiti için tek ölçüt veya tanım getirmemize de engel oluşturmaktadır. Ancak bu zorluğa rağmen, Montreal Sözleşmesi gibi ölüm, bedensel yaralanma veya gecikme gibi sözleşmeye aykırılık durumlarında *oldukça özellikli hükümler* getiren bir uluslararası metnin kapsamını belirleme açısından biniş işlemlerinin bir başlangıcı olması gerektiğinin kabulü gerekir. Yoksa biniş işlemlerinin başlangıcını belirsiz bir zaman dilimi için geriye götürebilme imkânı taşıyıcı açısından belirsizlikler ortaya çıkaracak, bu da Montreal Sözleşmesi'nin amacı ile çelişecektir.

Bu konuda ileri sürülen bir görüş, biniş işlemlerinin başlayabilmesi için havalimanı binasından içeri girilmiş olmasını şart koşmakta ve biniş işlemlerinin en fazla geriye götürülebileceği noktanın bu havalimanına giriş anı olması gerektiğini ileri sürmektedir.²⁵⁴ Kanımızca “havalimanı binasından giriş” gibi bir kıstas yerine, her somut olay kendi şartlarında değerlendirilmeli ve kaza meydana gelirken “yolcunun taşıyıcının hâkimiyeti altında olup olmadığı” hususu dikkate alınmalıdır.²⁵⁵ Havalimanı önünde X Hava Yolları ile yapılacak İstanbul – Varşova seferi ile alakasız bir şekilde ticari bir taksi ile yaşanan yolcunun bagajını aldığı anda terör saldırısı sonucu yaralanması sonucu, olay *hava aracına biniş*

Schroeder v. Lufthansa German Airlines, 875 F.2d 613, 617 (7th Cir.1989); Evangelinos v. Trans World Airlines, 550 F.2d 152, 155 (3d Cir.1977); Buonocore v. Trans World Airlines, 900 F.2d 8, 10 (2d Cir.1990).

²⁵² McCarthy v. Northwestern Airlines, 56 F.3d 313, 316-317(1995).

²⁵³ Ülgen, s. 165-166; Kırman, s. 71; Uzun, s. 66; Sözer, Kurallar ve Uygulanma Şartları, s. 780.

²⁵⁴ Kırman, s. 72.

²⁵⁵ “Sözleşmenin ifasına hazırlık teşkil eden işlemlerin” biniş işlemleri olarak sayılması yönünde Kaner tarafından ileri sürülen görüş, kapsamın olağanüstü genişletileceği endişesiyle kanımızca da haklı olarak eleştirilmektedir. (Eleştiri için bkz. Bozabalı, s. 152-153).

işlemleri sırasında meydana gelmiş sayılmayacaktır. Eşdeğer bir anlatımla, uyuşmazlık Montreal Sözleşmesi madde 17 kapsamına girmeyecektir.

Oysaki havalimanı dışında taşıyıcı X Hava Yolları özel servis aracı ile alınan bir yolcu artık taşıyıcının hâkimiyeti altındadır ve bu uçağa ilerleyiş anında terör saldırısına uğranılması durumunda bu *kazanın biniş işlemleri* sırasında meydana geldiğinden hareketle uyuşmazlık Montreal Sözleşmesi uygulanarak çözülecektir. Aynı şekilde uçuş kartını alan ve bagajlarını teslim eden yolcu uçuş öncesi zamanı olduğu için hediyelik eşya almak için dolaşırken bir saldırı veya herhangi bir olay sonucu ölür veya bedensel zarara uğrarsa bu durumda yolcu taşıyıcının hâkimiyetinden kendi isteği ile çıktığından kaza, biniş işlemleri sırasında meydana gelmemiş sayılacaktır.

Bu tür bir tartışma pratik olarak ciddi önem arz etmektedir. Eğer biniş işlemleri sırasında kazanın meydana geldiğine kanaat getirilebilirse, henüz uluslararası bir taşıma *fiilen* ortada yokken veya bu sebeple artık hiç olmayacaksa bile, taşıyıcı zarara uğrayan yolcularına karşı madde 17 anlamında 113.100 ÖÇH tutarına kadar mücbir sebep dâhil kusursuz sorumlu olacaktır. Oysaki kazanın bu zaman diliminde meydana geldiği ispatlanamazsa artık sözleşmeden doğan sorumluluk değil haksız fiil sorumluluğu gibi davacıyı daha da zorlayacak bir iç hukuka dayalı savunma söz konusu olacaktır. Yabancılık unsurunun tespiti durumunda ise yine daha zor bir süreç olan MÖHUK haksız fiil hükümleri uyarınca mesele ele alınacak demektir.

iii. Biniş İşlemleri Anının Tespitine Dair Yabancı Mahkeme Kararları

Kaza kavramını irdelerken *yerde* meydana gelen bazı olayların veya kayıtsızlıkların da kaza olarak nitelendirilebileceğini de vurgulamış bulunuyoruz. Yer hizmetleri görevlilerinin defalarca uyarılmalarına rağmen hastanın talebini yerine getirmemeleri üstelik ilacını kaybetmelerinin *biniş işlemleri sırasında* meydana gelen bir kaza olduğu mahkemece belirtilmiştir.²⁵⁶

Biniş işlemlerinin başladığı anın tespiti oldukça hassas bir konudur²⁵⁷ ve Türkiye’de özellikle Yargıtay’ın Montreal Sözleşmesi çerçevesinde vereceği kararlar ışığında yerleşik uygulama söz konusu olacaktır. Dikkat edilirse, *biniş işlemleri* gibi kavramların asıl amacı ve pratik

²⁵⁶ Yukarıda *Prescod* kararı: *Prescod v. AMR*, 383 F.3d 861 (U.S. App. 2004).

75 yaşındaki Caroline Neischer kronik solunum hastalığı olan bir yolcu olup, bu yolcunun bagajında sürekli yanında bulundurması hayati önem arz eden solunum cihazı ile ilaçları bulunmaktadır. Yer görevlilerine bu çantanın sürekli kendisi ile beraber olması konusunda yapılan telkinlere rağmen, taşıyıcının kusuru sonucunda bu ilaç ve cihazın olduğu bagaj dâhil yolcunun bagajları kaybolmuş ve zamanında ilaçlarına ulaşamayan hasta yolcu kısa bir süre sonra vefat etmiştir.

²⁵⁷ Bkz. Yukarıda “Biniş İşlemleri Kavramı”.

önemi yolcu taşıma sözleşmesinin başlangıcı ile sona ermesi arasındaki zaman dilimini uzatmak ve böylece diğer şartlar da varsa bu sözleşmeye aykırılık halinde daha rahat ve geniş koruma sağlayan Montreal Sözleşmesi'ne başvurma imkânında yatmaktadır. Yani kanımızca biniş işlemleri ne kadar geriye götürülebilirse, bu durumda Montreal Sözleşmesi'nin kapsayacağı yolcu taşınması dilimi de o derece genişleyecektir.

iv. Sözleşme Görüşmeleri ve Biniş İşlemleri İlişkisi

a) Genel Olarak

Bazen uygulamada, özellikle de biletin rahat bulunabileceği durumlarda, havalimanı içerisinde taşıyıcının adamları veya başka bir çalışanı aracılığı ile hava taşıma sözleşmesinin havalimanı içerisindeki bir yetkilendirilmiş noktada ayaküstü yapılması da söz konusu olabilmektedir.

Sözleşmenin kurulması sonucu, yolcu ile taşıyıcı arasındaki *sözleşmesel* ilişkinin incelenmesi bu çalışmamızın ana konusudur. Ancak büyük bir ticari işletme veya anonim şirket olan hava yolları karşısında yolcuya henüz sözleşme kurulmadan önce yanlış bilgilendirilme yapılması, eksik bilgi verilmesi, sözleşme ilişkisine olan güvenin yersizce reddedilmesi veya kesilmesi gibi durumlarda acaba bu sözleşme öncesi aykırılık *culpa in contrahendo* kapsamına alınacak mıdır? Diğer ifade ile *sözleşme esnasındaki* veya *öncesi talepler* de Montreal Sözleşmesi kapsamına bu yolla alınabilecek midir? İstanbul – Petersburg - İstanbul seferi yapmak için, Atatürk Havalimanı'na gelen yolcu sözleşme kurmak ve biletini almak için yetkiliyle görüşürken örneğin bu sözleşmenin kurulacağına olan güveni uzunca bir süre sonrası *yersiz olarak* boşa çıkarıldığında bu *culpa in contrahendo* durumu Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilecek midir? Bu tür sözleşme görüşmeleri sırasında beliren hukuki problemlerin değerlendirilmesi kanımızca oldukça önemlidir.

b) Montreal Sözleşmesi Açısından Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

Culpa in contrahendo sözleşme görüşmelerini yersiz olarak kesme, reddetme, kişiyi koruma yükümüne aykırılık, eksik veya yanlış bilgi verme gibi pek çok şekilde sözleşme öncesi ortaya çıkabilir.²⁵⁸ Bu özel sorumluluk türüne klasik örnek olarak, tezgâhtarın ağır muşamba topunu muşambayı henüz satın almamış müşterinin üzerine düşürmek sureti ile onun yaralanmasına yol açması gösterilmektedir.

²⁵⁸ Serozan, Cilt III, s. 177.

Yolcu taşıma sözleşmesi kurulurken, taşıyıcının hizmet aldığı satış noktası çalışanı sıcak kahveyi (henüz daha sözleşmenin kurulmadığını varsaydığımızda) yolcu adayının üzerine dökmesi şeklinde örneği konumuza uyarlayabiliriz. Öğretide bu özellikli sorumluluk türünün borçlunun sorumluluğunda ölçüyü kaçırmaya sebebiyet vermesi nedeniyle dar yorumlanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir.²⁵⁹ *Culpa in contrahendo*nun yabancı unsurlar içeren sözleşme görüşmeleri açısından nasıl vasıflandırılacağı da oldukça problemlidir zira bu vasıflandırma neticesinde talep ya MÖHUK madde 24 ya da madde 34 gibi iki farklı hukuki sebepten birine dayandırılacaktır.²⁶⁰ Montreal Sözleşmesi uygulaması açısından borçlu olan taşıyıcı açısından koruyucu hükümlerin hala bolca yer alması ve “bedensel yaralanma” gibi taşıyıcı lehine sınırlandırıcı ibareler karşısında, yolcu taşıma sözleşmesini sözleşme öncesine sorumluluk anlamında geri götürmek kanımızca mümkün değildir.

c) Sonuç

Culpa in contrahendo sorumluluğunda ortada henüz Montreal Sözleşmesi kapsamında bir taşıma sözleşmesi de yoktur. Bu nedenle uluslararası yolcu sözleşmesi öncesi kahve dökülmesi örneğimizde kabul etmek gerekir ki bir uluslararası yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin “*hazırlık aşaması*” vardır. Bu hazırlık aşamasını doğrudan Montreal Sözleşmesi kapsamına almak kanımızca doğru olmayacaktır. Zira aksi durumda, başka bir şehirde yetkili acente ile sözleşme yapan yolcunun burada uğradığı sözleşme öncesi zararı Montreal Sözleşmesi’ne dayandırması gibi hakkaniyetsiz sonuçlar ortaya çıkacaktır. Kanımızca “*binış işlemleri*” kavramının sorumluluğun bir şartı olarak düzenlenmiş olması da “sözleşme öncesi taleplerin” Montreal Sözleşmesi kapsamının dışında tutulduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Havalimanında ayaküstü biletini alıp hava aracına doğru hareket etmekte olan yolcunun zarara uğraması ise başka husustur zira bu yeni durumda ortada geçerli olarak kurulan bir sözleşme vardır.

Bir uluslararası taşıma sözleşmesi görüşmelerinde kahve dökülmesi sonucu yaralanmada veya güvenin boşa çıkarılmasında veya yanlış bilgilendirmede yabancılık unsuru tespit edilirse MÖHUK uyarınca uyuşmazlık çözülecek, uyuşmazlığın haksız fiil sorumluluğu mu yoksa sözleşmesel mi olduğu sorununu uyuşmazlığa bakan mahkeme çözümlenecektir. Duruma göre, örneğin yetkili bir Türk mahkemesi, haksız fiil statüsü²⁶¹ madde 34’e bu olayı tabi tutabileceği gibi, özellikle yaralanmanın olmadığı sözleşmeyi ret gibi durumlarda

²⁵⁹ A.g.e, s. 250.

²⁶⁰ Zeynep Derya Tarman. “Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu” Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, Cilt II, s. 1661 (*Culpa in Contrahendo*).

²⁶¹ Tarman, (*Culpa in Contrahendo*), s. 1675.

sözleşme statüsü²⁶² olan MÖHUK madde 24 uyarınca *culpa in contrahendo* uyuşmazlığını çözümlenebilecektir. Sonuç olarak, yolcunun sözleşme öncesi taleplerini *culpa in contrahendo* bağlamında Montreal Sözleşmesi kapsamına almak kanımızca mümkün değildir.

C. Kazanın *Hava Aracındayken Meydana Gelmesi*

Taşıyıcının yolcunun ölüm veya bedensel yaralanmasından sorumlu tutulduğu zaman dilimlerinden biri de yolcunun hava aracında bulunduğu an olup, bu süre zarfında meydana gelen *kazadan* taşıyıcı sorumlu olacaktır. Gerek Varşova Sözleşmesi gerekse de yeni Montreal Sözleşmesi ifadelerinden sanki “kazanın hava aracında gerçekleşmesi,” taşıyıcının sorumluluğu için bir şartmış gibi bir anlam çıkabiliyorsa²⁶³ da aslında kastedilen bu değildir.

Hâkim görüşe göre sorumluluk için şart olan husus kazanın *yolcunun hava aracında bulunduğu sırada* meydana gelmesidir yoksa kazanın hava aracı üzerinde veya içerisinde meydana gelmesi şart değildir.²⁶⁴ Kazanın meydana geldiği yer değil, *kazanın meydana geldiği anda yolcunun hava aracında bulunması* önem taşımaktadır. Zaten böyle olmasaydı taşıyıcıyı aynı zamanda yolcunun iniş işlemleri veya biniş işlemleri sırasında meydana gelen kazalardan da sorumlu tutan ilgili hükmün hiçbir anlamı olmayacağı gibi, komik durumlar da ortaya çıkardı. Örneğin İstanbul - Varşova yolcularını almak için 5 saat önce piste gelen hava aracı içerisinde yangın çıkması sonucunda daha havalimanına dahi gelmemiş olan yolcunun sırf kaza hava aracında oldu diye Montreal Sözleşmesi’ne madde 17/f.1’e dayanması elbette söz konusu dahi olmayacaktır.

Önemle vurgulayalım ki bazı zorunlu inişlerde veya kararlaştırılmamış duraklarda alıkonulmalarda mahkemeler *sefer sanki devam ediyormuş gibi* bütün bu olayların yolcuların hava aracında iken meydana geldiklerine karar vermişlerdir.²⁶⁵ Öğretide bir görüş haklı olarak, taşıyıcının taşıma taahhüdüne tamamen aykırı olarak kararlaştırılan duraklama yeri dışında yolcuyu indirmesi durumunda artık aracın içinde olma hususunun tespitine gerek

²⁶² A.g.e, s. 1672-1674.

²⁶³ “...upon condition only that the accident which caused the death or injury took place **on board the aircraft...**” Bu ifadeden “ölüm veya bedensel yaralanmaya sebep olan kazanın yolcunun hava aracında bulunduğu bir anda gerçekleşmesi” anlaşılmalıdır. Yoksa kaza hava aracı içinde gerçekleşmek zorunda değildir.

²⁶⁴ Sözer, Bülent: “Hava yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü ve Yaralanması Sonucundan Doğan Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu”, Haziran 1978, C. IX, S.3 (Ölüm ve Yaralanmadan Sorumluluk), s. 777; Ülgen, s. 164; Kırman, s. 68; Uzun, s. 70; Bozabalı, s. 149.

²⁶⁵ *Husserl v. Swiss Air*, 388 F.Supp. 1238 (S.D.N.Y.1975) davasında teröristlerce kaçırılan uçaktaki yolcular zorunlu iniş sonucu alıkonulmuşlar ve yaklaşık bir hafta gecikmeli olarak varış noktasına ulaşmışlardır. Değindiği üzere bu durum madde 17 anlamında bir *kazadır* ve mahkeme tüm bu süreci (uçğa biniş – varma yerine varış arasındaki tüm süre) *yolcuların hava aracında geçirdiği süre* olarak kabul etmiştir. Zira aynı şekilde tüm bu sıkıntılı süreçte yolcuların yine de *taşıyıcının hâkimiyeti altında* kaldıklarını da özellikle belirtmekte yarar vardır.

olmaksızın taşıyıcıyı kazadan doğrudan sorumlu tutmaktadır.²⁶⁶ Bu görüş kanımızca da isabetlidir zira *açık şekilde sözleşmeye aykırılık* madde 17 anlamında doğrudan taşıyıcının sorumluluğuna yol açacaktır. Diğer bir ifade ile bu tür bir sözleşmeye aykırılık durumunda kaza meydana geldiğinde yolcu bekleme salonu veya uçuş kapısı dışında olsa bile taşıyıcı bu esnada meydana gelen kazadan sorumlu olacaktır.

Netlik sağlanması amacıyla, bu durumun olağan biniş işlemlerinde *kendi isteği ile* taşıyıcının hâkimiyetinden çıkan yolcunun durumundan farklı olduğunu vurgulayalım. Örneğin taşıyıcının hava aracını keyfi olarak, sözleşmeye aykırı olarak, kararlaştırılmamış bir noktada indirip yolcuyu bekletmesi başlı başına sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Bu zorunlu veya keyfi iniş aslında madde 17 anlamında başlı başına bir *kazadır*. Oysaki *kararlaştırılmış olan* duraktaki beklemeler ile diğer aktarmalı uçuşlarda ara zaman dilimlerinde yine de yolcunun taşıyıcının hâkimiyetinde olup olmadığı önem taşıyacaktır.

Eğer yolcu bu *kararlaştırılmış* ara durakta taşıyıcının emirleri doğrultusunda veya kontrolünde hareket ediyorsa kanımızca hava aracının içerisinde sayılmalıdır. Eğer kendi iradesi ile bu hâkimiyetten çıkmışsa artık hava aracında sayılmasına veya biniş işlemi yaptığını savunmaya imkân yoktur²⁶⁷. Vurgulayalım ki kanımızca artık aktarmalı yani sonraki uçuş için biniş işlemlerinin varlığını ayrıca incelemeye gerek yoktur, hava aracında olduğunun varsayılabileceğinin mahkemece tespiti gerekli ve yeterli olacaktır. *Kararlaştırılmış* durak yeri varsa bu duraktaki bekleyiş aslında bir bakıma sonraki uçuşun da biniş işlemi teşkil etmektedir. Ancak gidiş-dönüş seferlerinde, dönüş genellikle sonraki günlerde olacağından dönüş yolculuğundaki biniş işlemlerini ayrıca tespit etmek gerekecektir.

D. Kazanın İniş İşlemleri Sırasında Meydana Gelmesi

i. İniş İşlemleri Kavramı

Biniş işlemlerinin ne kadar geriye götürülebileceği taşıyıcının sorumluluğu açısından oldukça önem arz ederken, *iniş işlemlerinin ne kadar ileriye götürülebileceği* de aynı ölçüde önem kazanmaktadır. Zira sözleşmenin ifası anlamında taşıyıcının yolcuyu sağ salim varış noktasına ulaştırma borcu, iniş işlemlerindeki son işlemin tamamlanması ile sona erecektir. Taşıyıcı borcunu tam, eksiksiz ve gereği gibi yerine getirmek ile yükümlü olduğundan uçağın varış

²⁶⁶ Ülgen, s.164; Sözer, Ölüm ve Yaralanmadan Sorumluluk, s. 779.

²⁶⁷ Bu görüşümüz TWA testi ile de uyumludur zira kontrol, *kaza anında* yolcunun nerede olduğu ve ne yapmakta olduğu oldukça önemlidir. Benzer yönde bkz. Dick v. American Airlines, 476 F. Supp. 2d 61 (D. Mass. 2007).

noktasındaki piste varması ile bu borcu sona ermez, tıpkı biniş işlemlerindeki gibi bir seri işlemin yapılması gerekir.²⁶⁸

Yalnız burada kanımızca iniş işlemleri değerlendirilirken günlük uygulamalara da dikkat ederek çok ince bir denge gözetmekte yarar vardır. Günlük yaşantıya bakıldığında çoğunlukla, biniş işlemlerinde doğal olarak hava aracına doğru hareket etmekte olan yolcu, iniş işlemlerinde bagajlarını alıp terminalden çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile ilk durumda taşıyıcının hâkimiyetine girmeye yönelik seri işlemlerde bulunan yolcu, ikinci durumda taşıyıcının hâkimiyetinden çıkmaya dair seri işlemler yapmaktadır. Bu sübjektif değerlendirmemiz aslında, *taşıyıcının hâkimiyetinde olup olmama* olgusunun iniş işlemlerinde daha bir dikkatle ve daha dar yorumlanması gerekliliğine ilişkindir.

ii. Örnek Yabancı Mahkeme Kararları

Örneğin, uçak merdivenlerinden inen yolcuların otobüsle terminal kapısına bırakılmaları esnasında otobüs kaza yaparsa, kazanın bu durumda yolcuların *iniş işlemleri sırasında* meydana geldiği açıktır.²⁶⁹ Oysaki yolcunun serbestçe bagajını almaya giderken, yürüyen merdivenlerde düşerek yaralanması durumunda taşıyıcı tarafından bagaj alımı anonsu yapılmış olsa bile bu durumda dahi taşıyıcı, yolcunun yaralanmasından sorumlu olmayacaktır zira bu kaza iniş işlemleri sırasında yani yolcu *taşıyıcının hâkimiyeti* altında iken meydana gelmemiştir.

Küçük bir tatil beldesine varış durumunda az sayıdaki yolcunun inişte hemen eşyalarını alıp çıkışa gitmesi gibi durumlarda, iniş işlemlerinin ne kadar kısa sürdüğü gözden kaçırılmamalıdır. Büyük havalimanlarında ise yolcu otobüsle terminal kapısına bırakıldıktan sonra veya pasaport kontrolünden geçtikten sonra bile taşıyıcının emirleri doğrultusunda hareket etme durumu söz konusu olabilmektedir. Örneğin yabancı turist kafilesine, taşıyıcının adamları özel bir rehberlikle havalimanı dışına dek tüm işlemlerde eşlik etmeyi sözleşmeyle veya özel olarak üstlenmiş olabilirler. Başka bir örnek olarak ise, engelli bir yolcunun

²⁶⁸ Bu noktada Ülgen, yolcuların hava aracını terk edip terminal binasına girmesi anında *havacılık risklerinin artık gerçekleşmeyeceğinden* bahisle iniş işlemlerinin sona ermesi gerektiğini vurgulamaktadır. (Ülgen, s. 167 dn. 40)

Kanımızca asıl ölçüt, yolcunun taşıyıcının hâkimiyeti altında hareket edip etmediğidir, yoksa havacılık risklerinin hava aracından uzaklaşma ile son bulacağı şeklinde yaklaşım Montreal Sözleşmesi uyarınca sıkıntılar doğurabilir. Biniş işlemlerinde de bagajını taşıyıcının adamlarına teslim eden yolcu açısından aslında havacılık risklerinin oluşması ihtimal dâhilinde değildir ancak yine de kazanın varlığı her somut olay için ayrı değerlendirilmektedir. TWA testinin biniş işlemlerinin tespitinde de kullanılmasında kanımızca bir sakınca yoktur.

²⁶⁹ Benzer yönde karar için bkz. *Ricotta v. Iberia Lineas Aereas De Espana*, 633 F.2d 206 (1980).

Başka bir olayda mahkeme, inen *yolcunun bagajlarını alması* ile iniş işlemlerinin tamamlandığından bahisle taşıyıcıyı sorumlu tutmamıştır. Bkz. *Air Canada v. Smith*, 357 So. 2d 789 (Fla. App. 1978) Ayrıca bkz. *Upton v. Iran National Airlines Corporation*, 603 F.2d 215 (U.S. App. 1979).

taşıyıcının adamı tarafından aradaki sözleşmeye istinaden terminalin dışına kadar götürülüp özel şoförüne teslim edilmesinde de borç Montreal Sözleşmesi uyarınca devam edecek demektir.

Sonuç olarak kimi uçuşlarda, hava aracından ayrılmakla taşıyıcının borcu sona ererken kimi uçuşlarda yolcuya karşı taşıyıcı, terminalden çıkış yapılana dek sorumlu olabilmektedir. İniş işlemlerini tamamlayan ve *bağımsız* sonraki bir uluslararası uçuşa aktarma yapacak olan yolcu açısından iniş işlemlerinin ne zaman başlayacağı veya biteceği, önceki taşıyıcının sona ermiş olan borcundan bağımsız olarak ayrıca değerlendirilecektir.

iii. Güncel *Goodwin* Kararı (8 Ağustos 2011) ve Değerlendirme

Yeri gelmişken önemle vurgulayalım ki Montreal Sözleşmesi'ne göre verilmiş güncel kararlar gerek *kaza* kavramı gerekse de *kazanın meydana geldiği zaman dilimi* açısından Varşova Sözleşmesi madde 17'nin yorumlandığı önceki kararlarla *beklediğimiz* benzerlikler göstermektedir. *Goodwin v. British Airways PLC* kararı kanımızca oldukça önemlidir, zira bu güncel kararda da Montreal Sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlıklar çözümlenirken büyük benzerlikler içeren Varşova Sözleşmesi'ni konu alan kararların dikkate alınacağı vurgulanmıştır²⁷⁰.

Bu uyuşmazlıkta United States District Court for the District of Massachusetts; Paris'te *iniş esnasında* davacı yolcunun merdivenlerden kayması sonucu sol ayak bileğini incitmesine bağlı tazminat talebini değerlendirmiştir. Davacı, uçuş ekibinin gerekli önlemleri almadığını ve başka yolcuya çarpmak sureti ile dengesini kaybedip düştüğünü ve bu nedenle *Montreal Sözleşmesi* madde 17 gereği tazminata hak kazandığını ileri sürmüştür. Mahkeme ise önceki kararlar ile de uyumlu biçimde her ne kadar “düşme” beklenmedik bir olgu ise de bu durumun hava aracının işletilmesinden ileri gelmediğinden (uçuş ekibinden yardım istenmediği veya ekibin aktif müdahalesini gerektiren bir durum da olmadığından) bu şartın yokluğundan davacının tazminat talebini reddetmiştir. Bu karar Varşova Sözleşmesi sonrası taleplere taraf devletlerce nasıl yaklaşılacağına ilişkin çok önemli ipuçları verdiği için kanımızca oldukça önemlidir.

iv. Hava Limanı İşletmesinin Sorumluluğu ile Taşıyıcının Sorumluluğunun İlişkisi

Burada önemle vurgulamak gerekir ki iniş veya iniş işlemleri sırasında *hava limanı işletmesi sorumluluğu* ile *taşıyıcının sorumluluğunun* hassasiyetle ayrıştırılması gerekir. Havalimanı işletmeciliğinde güvenlik birimleri, nakliye birimleri, gümrük hizmetleri, standart yer

²⁷⁰ *Goodwin v. British Airways PLC*, 2011 WL 3475420 (Westlaw, 2011).

hizmetleri gibi pek çok birimler bulunmaktadır. Özellikle büyük hava limanlarında her somut olay açısından taşıyıcının hâkimiyeti ile taşıyıcının adamları kavramlarının da dikkate alınması sureti ile *iniş* veya *biniş* işlemlerinin sınırlarının dikkatle çizilmesi gerekir. Öyle ki bazen bagaj teslimi sırasında taşıyıcının sorumluluğu söz konusu olabilirken²⁷¹, bazen de artık uçağa doğru yönelen yolcuya havalimanı işletmesi çalışanı tarafından verilen zararda taşıyıcının sorumluluğu söz konusu olmayabilmektedir.

Biniş işlemleri sırasında havalimanı tavanının çökmesi durumunda havalimanı işletmesinin sorumluluğunun olduğu açıktır, ancak bu durumda ayrıca taşıyıcının sorumluluğunun olup olmayacağını tespitinde, TWA testi kapsamında yukarıda incelediğimiz, yolcuların *kamuya açık alanda kendi hür iradeleriyle bulunup bulunmadığı, taşıyıcının direktifi ile hâkimiyeti* gibi unsurlar oldukça kanımızca önem taşıyacaktır. Yolcunun bulunduğu yer, zaman dilimini de belirleyeceğinden kanımızca Montreal Sözleşmesi uygulaması açısından öncelikle *Tripartite Test* uygulanacak, örneğin biniş işlemleri olduğu belirlenince taşıyıcı sorumlu olabilecektir. Aksi durumda kaza olup olmamasının bir önemi de kalmayacaktır. Aynı şekilde *kaza* varken de biniş işlemleri sırasında değil de daha öncesinde meydana gelmişse bu da sorumluluğa yol açmayacaktır. Sonuç olarak taşıyıcının sorumluluğunu belirli ve objektif bir ana sabitlemek (terminalden içeri girince, pasaport kontrolünden geçince, uçuş kartını alınca, uçuş kapısına yönelince gibi kesin dilimler) kanımızca mümkün değildir ve değişik yabancı mahkeme kararları da bu kanımızı desteklemektedir²⁷². Her somut olayda yolcunun taşıyıcının hâkimiyetinde olup olmadığının tespit edilerek bu özel üç zaman diliminin tespit edilmesi gerekli olacaktır.

VI. Kaza İle Zarar Arasındaki İlliyet Bağı

A. Uygun İlliyet Bağı Kavramı

Zarar kavramını sorumluluğun esas unsuru ve şartı olarak aşağıda tazminat konusunda detaylı olarak inceleyeceğiz. Ancak yukarıda sayılan tüm şartlar birlikte mevcut olsa dahi, taşıyıcının madde 17 anlamında yolcunun ölümü ile bedensel yaralanmasından sorumlu tutulabilmesi için *kaza* ile *ölüm veya bedensel yaralanma* arasında bir nedensellik bağının olması şarttır. Öyle ki bu şart yoksa veya davacı tarafından ispat edilemezse veya Montreal Sözleşmesi madde 20’de sayılan nedensellik bağını *tamamen* kaldıran bir sebep varsa davacı, taşıyıcının sorumluluğuna başvuramayacaktır.

²⁷¹ Prescod v. AMR, 383 F.3d 861 (U.S. App. 2004).

²⁷² Bkz. Yukarıda “Biniş İşlemleri Kavramı”na dair tartışmalarımız ile ilgili kararlar.

Öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere burada *mantıki nedensellik bağı* değil Türk öğretisi ve mahkeme içtihatlarında genel kabul görmüş olan *uygun illiyet bağı* aranmalıdır.²⁷³ Bununla kastedilen, fiil ile mantıki nedensellik bağı bulunan tüm zararlardan taşıyıcının sorumlu tutulamayacağı ancak kaza ile meydana gelen ölüm veya bedensel yaralanma arasında uygun illiyet bağının bulunması halinde taşıyıcının sorumlu olacaktır. Bu uygun illiyet bağının tespiti için yaşam deneyimlerine göre mevcut fiilin belirtilen zararı meydana *getirebileceği* sonucuna varılması gerekli ve yeterlidir.²⁷⁴ Montreal Sözleşmesi kapsamında taşıyıcının sorumluluğuna gitmek isteyen davacı, Türk mahkeme karşısında bu uygun illiyet bağına ispatlamakla yükümlüdür, uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığını ise hâkim takdir edecektir. Yargıtay'ın da davacının dosyasına koyacağı delillerin “illiyet bağının varlığını ortaya koyacak nitelikte” olmasını aradığı göz önüne alınmalıdır.²⁷⁵

Önemle vurgulayalım ki kaza sonucunda bedensel zarar veya ölümün *derhal* gerçekleşmesi taşıyıcının sorumluluğu açısından şart değildir, yeter ki kaza ile *sonradan gerçekleşmiş* olan bir ölüm ile bedensel yaralanma arasında uygun bir illiyet bağı mevcut olsun. Sonradan ortaya çıkan bu durumlar ile önceden meydana gelmiş kaza arasında hayatın olağan akışı içerisinde kabul edilebilir bir uygun nedensellik bağının bulunması yeterli olacaktır. Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcının sorumluluğuna gitmek isteyen davacının bu talebine karşılık her somut olayda bu illiyet bağının mevcudiyetini takdir etmek için titiz bir çalışma içerisine girmek gerekecektir. Uygun illiyet bağının bulunmadığının takdir edilmesi veya davacı yanca ispat edilememesi veya bu tür illiyet bağına tamamen kesen bir durumun (müterafik kusur) varlığının tespit edilmesi karşısında davacı taşıyıcının sorumluluğuna başvuramayacaktır. Yani artık 113.100 ÖÇH miktarına kadar taşıyıcının kusursuz ve kurtuluş imkânı dahi verilmeyen sorumluluğuna başvurma gibi özellikli bir imkândan davacı mahrum kalacak demektir.

B. Zararın Kapsamı ve İlliyet Bağının Önemi

Konumuz açısından durumu bir örnekle açıklamaya çalışalım. Varşova'dan İstanbul'a gelen Türk vatandaşı T'nin, uçağın iniş anında tekerleklerinin açılmaması sonucu sürtünme ve buna

²⁷³ Bozabalı, s. 159; Uzun, s. 82; Canbolat, s. 58.

²⁷⁴ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 44.

²⁷⁵ Yargıtay E: 2009/21-400 K: 2009/432 T: 17.02.2009:

“...Somut olayda iş kazası olduğu iddia olunan olay ile davacıdaki mevcut arıza arasındaki illiyet bağı bulunduğu ispat edilemediği gibi dosyadaki mevcut delillerde illiyet bağının varlığını ortaya koyacak nitelikte değildir.”

Ayrıca bkz. Yargıtay E: 2010/2716 - K: 2010/3784 T: 15.06.2010 (Kazancı, Erişim: 31.03.2015).

bağlı olarak çıkan yangında yüzü ileri derecede yanmış ve tedavi amacıyla T derhal hastaneye kaldırılmıştır. Hastanede yatarak tedavi görmekte olan T, üç hafta sonra *hastane tavanının çökmesi sonucu* hayatını kaybetmiştir. Bu örnekte mantıki nedensellik kuralı gereği “ kaza olmasa idi, T hastaneye kaldırılmayacak ve tavanın çökmesi sonucu ölmeyecekti” demek sureti ile taşıyıcıyı tüm zararlardan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Zira ölüm vakıası ile meydana gelen hava aracı kazası arasında mantıki illiyet bağı var olmakla birlikte, uygun illiyet bağı yoktur. Oysaki bedensel yaralanma yani yüzün yanması ile uçağın geçirdiği kaza arasında uygun illiyet bağı vardır ve yaralı yolcu, hastanede kalma süresinin ne kadar olduğuna bağlı olmaksızın taşıyıcıyı tüm tedavi süreci için sorumlu tutabilecektir.

Sonuç olarak bu farazi olayımızda yolcunun mirasçıları, üç haftalık bedensel yaralanma sonucu ortaya çıkan tüm zararları Montreal Sözleşmesi uyarınca tazmin edebilecekken, hastane tavanının çökmesi sonucuna bağlı ortaya çıkan ölüme dayalı tazminat taleplerini iç hukuk uyarınca çözeceklerdir.

Örneğimizi şöyle değiştirelim: T kaza sonucunda hiçbir yaralanma belirtisi dahi göstermeksizin olay yerinden ayrılmış ancak üç ay sonra yapılan tetkikte, iç kanama geçirdiği anlaşılmış ve kaldırıldığı hastanede bu geç teşhisten dolayı kurtarılamayıp ölmüştür. Bu durumda beliren ölüm ile meydana gelmiş olan kaza arasında *uygun illiyet bağı* tespit edilirse, taşıyıcı Montreal Sözleşmesi madde 17 uyarınca sorumlu olacaktır.

Öğretide zararın ortaya çıktığı an ile fiilin meydana geldiği an arasında uzun bir zaman dilimi varsa “sonradan değerlendirmenin” haksızlıklara yol açabilecek şekilde kötüye kullanılabilmesi vurgulanmaktadır. Bu tür sonradan değerlendirmeleri, TMK m.2 uyarınca hâkime illiyet bağının değerlendirilmesi anında “insaf” dedirtecek kadar dolaylı ve olağandışı sonuçlardan sorumlu tutmama şeklinde törpüleyerek uygulama ilkesinin²⁷⁶, uluslararası hava yolu ile yolcu taşımalarında da dikkate alınması kanımızca yerinde olacaktır. Bu ilke, çok sonradan ortaya çıkan bir bedensel yaralanma veya ölümün çok önceden meydana gelmiş *kaza* bahane edilerek Montreal Sözleşmesi kapsamına alınmak istenmesi karşısında hem hâkime hem de taşıyıcıya yol gösterici niteliktedir.

C. Uygun İlliyet Bağına İlişkin Özel Haller ve Sorumluluktan Kurtuluş İmkânları

i. Genel Olarak

Montreal Sözleşmesi, illiyet bağını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran bazı özel halleri 20. ve 21. maddesinde düzenleyerek taşıyıcıya belirli hususları ispatlaması şartıyla öngörülen

²⁷⁶ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 46.

ağır sorumluluk halinden kurtulma imkânı getirmiştir. Bu istisnai haller, 113.100 ÖÇH miktarına kadar taşıyıcıyı madde 17/f.1 kapsamındaki zararlar için mücbir sebep dâhil sorumlu tutan, bu sınırı aşan zararlar için ise kusur sorumluluğu getiren iki aşamalı tazminat sistemi için oldukça önemlidir. Taşıyıcı 113.100 ÖÇH miktarını *aşan* zararlar için madde 21/f.2 uyarınca iki halde sorumluluktan kurtulabilecekken, bu maddenin birinci fıkrası uyarınca bu sınırın altında kalan zararlar için sorumluluktan kurtulma veya sorumluluğu sınırlandırma imkânından dahi mahrum olacaktır. Oysaki Montreal Sözleşmesi madde 20'ye göre, zarara uğrayan *yolcunun* müterafik kusurunun, yanlış fiil veya ihmalinin zarara sebebiyet verdiği için taşıyıcı tarafından ispat edilmesi halinde 113.100 ÖÇH altında kalan zararlar için dahi taşıyıcı sorumluluktan kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu açıdan bakıldığında taşıyıcının sorumluluğunun bertaraf edilmesi noktasında Montreal Sözleşmesi'nin “müterafik kusur” olgusunu ayrı bir yere koyduğu görülmektedir.

ii. Sorumluluktan Kurtuluş İmkânları

Montreal Sözleşmesi madde 21/f.2'ye göre, *113.100 ÖÇH miktarını “aşan” zararlar için* eğer taşıyıcı aşağıdaki hususlardan birini ispat ederse sorumlu olmayacaktır:

a) bu tür bir zararın taşıyıcının ya da onun yardımcı şahıs ya da adamlarının *kusuru* ya da *hukuka aykırı başka bir fiili* ya da *ihmali* sonucu meydana gelmediğini ya da

(b) bu tür bir zararın “sadece” *üçüncü bir tarafın* bir kusuru ya da diğer bir hukuka aykırı fiili ya da ihmali sonucu meydana gelmiş olduğunu ispatlaması gerekir.

Örneğin zararının 120.000 ÖÇH olduğunu ispat eden davacı karşısında, taşıyıcı sınırı aşan 6.900 ÖÇH kısmının sorumluluğundan kurtulmak için işte bu anılan iki kurtuluş imkânından birisine dayanmalıdır. Zararın 60.000 ÖÇH olduğu bir durumda taşıyıcının bu kurtuluş imkânına dayanması mümkün değildir zira madde 21/f.1 bu imkânı açıkça yasaklamaktadır. Bu durumda taşıyıcı ancak madde 20'deki hususları ispat ederek sorumluluktan kaçınabilecektir. Aksi halde *sınırı aşmayan* tazminat taleplerinden taşıyıcı mücbir sebep dâhil sorumlu olacaktır.

iii. Montreal Sözleşmesi Açısından Kusur Kavramı

Hem madde 20 hem de madde 21/f.2, sadece kusur kavramından değil aynı zamanda “diğer kusurlu fiil (*wrongful act*) veya ihmali”den de söz etmektedir.²⁷⁷ Türk medeni hukukunda

²⁷⁷ “...due to the *negligence* or *other wrongful act* or *omission* of the carrier or its servants or agents / of a third party .” Montreal Sözleşmesi madde 21/f.2 (a) ve (b).

kusur; hukuka aykırı sonucu isteyerek davranılması durumunda *kast*, bu sonucu istememekle beraber bu sonucun ortaya çıkmaması için iradesini yeterli derecede kullanmama durumunda ise *ihmal* olarak iki şekilde belirir. Hükümün “*kusur veya diğer kusurlu fiiller veya ihmal*” ifadesinden kanımızca Türk hukuku anlamında kusurun genel anlamını yani kasıt veya ihmali içerecek şekildeki anlamını beraber çıkarmak yerinde olacaktır.

Sonuç olarak, madde 21/f.2 anlamında “kusur ya da diğer kusurlu bir fiil veya ihmal” olgularının varlığını değerlendirilirken *lex fori*ye uygun olarak Türk hukukuna göre kusurun varlığı tespit edilecektir. Madde 21/f.2(a) uyarınca, taşıyıcının sınırı aşan miktardan sorumluluktan kaçınması için sadece kendisinin kusurlu olmadığını ispat etmesi yetmez, aynı zamanda geniş anlamda durumun kendi adamlarının da kusurundan ileri gelmediğini ispat etmesi gerekir. Taşıyıcının *yardımcı şahsı ya da adamları* kavramından ne anlaşılması gerektiğine yukarıda değinmiş bulunuyoruz. Madde 21/f.2(b), taşıyıcının söz konusu zararın üçüncü bir kişinin kusuru sonucu meydana geldiğini ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulabileceğini öngörmektedir. Dikkat edilirse, bir somut uyuşmazlıkta zararın üçüncü bir şahsın kusurundan ileri gelip gelmediğinin tespitinde özellikle *bu üçüncü kişinin taşıyıcının adamı olup olmadığının* tespiti sorunu ortaya çıkacaktır. Kusurun üçüncü kişiye ait olması iddiasına karşı, davacı pekâlâ bu kişinin taşıyıcının çalışanı olduğunu ispat sureti ile madde 21/f.2 (a) hükmüne tekrar canlılık kazandırabilecektir, yeter ki bu hususu ispatlayabilsin.

iv. Mücbir Sebep ve Sorumluluktan Kurtulma İmkânı

Madde 21/f.2 uygulaması ile özellikle mücbir sebepler veya üçüncü kişinin saldırıları durumlarında karşılaşabiliriz. Örneğin normal rotasında devam eden uçak, aniden ortaya çıkan yanardağ patlamasından etkilenmiş ve bu *kaza* nedeniyle pek çok yolcusu yaralanmış ve uçağın kendisi zar zor türlü hasarlarla acil iniş yapmak zorunda kalmıştır. Uçaktaki yolculardan X, 140.000 ÖÇH miktarında tazminat talebinde bulunmuştur. Hava yolu şirketi 113.100 ÖÇH miktarına kadar, bu öngörülemeyen mücbir sebep niteliğindeki yanardağ patlamasından dahi sorumludur ancak taşıyıcı hava yolu şirketi pekâlâ 26.900 ÖÇH için madde 21/f.2 (a) uyarınca kendisine ve de çalışanlarına hiçbir kusur isnat edilemeyeceğinden hareketle sorumluluktan kurtulabilecektir.

Bazen de bir yolcunun veya bazı yolcuların veya taşıyıcının adamları dışında bir üçüncü kişinin kusuru sonucu zarar meydana gelebilir. Önemle vurgulayalım ki *kaza* Montreal

Buradaki “other wrongful act” kavramının resmi çeviride “başkaca yanlış fiil” olarak yer almasını doğru bulmuyoruz. Kanımızca “kusur”a ek olarak vurgulanan bu terimi başkaca hukuka aykırı fiiller olarak anlamak gerekir. Örneğin pilotun kasıtlı şekilde uçağı düşürmesi, salt kusur veya ihmali de aşan başkaca hukuka aykırı bir fiil olarak anlaşılmalıdır.

Sözleşmesi uyarınca sorumluluğun *asli* unsuru olduğundan, bir kusurlu hareketin ayrıca kaza olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. İlk örneğimizde, yanardağ patlaması sonucu uçağın aşırı sallanması ve hasar görmesi aynı zamanda bir *kaza*dır. Eğer normal bir türbülans olsa idi, bu durum kaza sayılmayacağından taşıyıcı bu nedenle sorumlu tutulamayacaktı.

Taşıyıcının hiçbir kusuru söz konusu olmaksızın bir yolcunun hasmı olan diğer bir yolcuyu öldürmesi veya yaralaması, bir teröristin uçağa binmekte olan yolcular üzerine bomba atması gibi hallerde; taşıyıcı madde 21/f.2(b) hükmüne dayanabilecektir. Olayın *kaza* olduğu ispatlanırsa, taşıyıcı bu durumlarda *sınırı aşan miktara ilişkin* sorumluluktan kurtulabilecektir yeter ki kendisinin ve adamlarının kusuru olmasın ve ayrıca bu zararın üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklandığı hususunu taşıyıcı ispat edebilsin.

v. Müterafik Kusur

Montreal Sözleşmesi madde 20, tüm sorumluluk hükümlerine uygulanacak olan genel bir kurtuluş imkânını taşıyıcı lehine öngörmektedir.²⁷⁸ Zarara uğrayan yolcuya veya ölüm halinde bu yolcunun mirasçılarına karşı taşıyıcı, zararın; zarara uğradığı iddia edilen yolcunun kusuru sonucu ortaya çıktığı veya bu yolcunun zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunduğu savunmasını yapabilecektir. Bu savunma neticesinde taşıyıcı tazminat talebinde bulunana karşı sorumluluklarından *kısmen ya da tamamen* kurtulabilecektir.

Bu özel hükmün madde 21/f.2'den en önemli farkı, madde 21/f.1'de öngörülen istisnayı da bertaraf edecek şekilde uygulanabilmesi yani *113.100 ÖÇH altında kalan* tazminat taleplerinde dahi taşıyıcıyı kısmen veya tamamen kurtarabilecek bir kurtuluş imkânı getirmiş olmasıdır. Önceki hallerde taşıyıcı ve adamlarının veya üçüncü bir kişinin kusuru incelenirken, bu özellikli hükümde *bizzat zarara uğrayan yolcunun zararın oluşumunda kusuru ile zarara katkısı* değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır.

Montreal Sözleşmesi'nin bu hükmü açıkça, “bir kişinin ölümü ya da yaralanması nedeniyle *bir başka şahıs* tarafından tazminat talep edildiğinde” de taşıyıcının bu şahsa karşı da aynı

²⁷⁸ Madde 20: “...This Article applies to all the liability provisions in this Convention, including paragraph 1 of Article 21.”

“Bu madde 21'in ilk paragrafı dâhil olmak üzere, bu Sözleşmedeki bütün sorumluluk koşullarına tatbik edilecektir.”

savunmayı yapabileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle ölüm halinde, örneğin ölenin mirasçılara karşı da taşıyıcı bu savunmayı ileri sürebilecektir. Yolcunun yapılan tüm güvenlik uyarılarına rağmen emniyet kemerini takmaması sonucu kazadan daha çok zarar görmesi, yolcunun uçuş öncesi ilaçlarını da kusuruyla almaması sonucu kazanın iç kanamayı tetiklemesi, uçuş görevlisine saldıran yolcunun başını sert çarparak beyin kanaması geçirmesi gibi olaylar buna örnektir. Yolcunun hiçbir kusurunun olmadığı veya zararın oluşumuna, artmasına katkısı olmadığını bu verdiğimiz örnekler açısından ileri sürmek kanımızca güçtür. Bu tür bir kusurun veya zarara katkının varlığı halinde nasıl bir indirimle gidileceği hususu Montreal Sözleşmesi'nde düzenlenmediğinden Türk hâkimi, bu olguların varlığı halinde *lex foriye* göre indirimi takdir edebilecek ve böylece taşıyıcının kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulması gerektiği yönünde karar verebilecektir.

VII. Montreal Sözleşmesi'nin *Münhasır* Uygulanması Sorunu

A. Münhasır Uygulama Kavramı ve Önemi

Münhasıran uygulanma, Montreal Sözleşmesi kapsamında uğranılan bir zararın giderilememesi sonucu davayı gören taraf devlet mahkemesinin kararına rağmen davacının başkaca *ulusal* hukuk çarelerine başvurma imkânının bulunup bulunmadığı sorundur. Bu sorunun çözümü özellikle herhangi bir ölüm veya bedensel yaralanma söz konusu olmaksızın bir kaza sonucu meydana gelen manevi zararların tazminine ilişkin taleplerde önem kazanacağından bu tür talepler için ayrı bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır.

Sorunu örnekleyecek olursak, Petersburg'dan İstanbul'a gelen Türk vatandaşı T uçağın ters dönmesi ve denize doğru hızla alçalması sonucu ciddi ölüm korkusu geçirmiş ancak herhangi bir bedensel zarara uğramadan uçuşu tamamlamıştır. Bu farazi olayda Montreal Sözleşmesi doğrudan lafzî ile dar yorumlanıp uygulanırsa bu durumda manevi tazminat talebi reddedilecektir. Zira madde 17/f.1 açıkça ölüm veya *bedensel* yaralanma demek sureti ile salt manevi zarar yolunu kapatmıştır. Söz konusu uyuşmazlık Montreal Sözleşmesi uyarınca bir kere T aleyhine sonuçlandırıldığında, acaba T bu kez *ayrıca* iç hukuk hükümleri uyarınca mahkemeden taşıyıcıya karşı manevi tazminat talebinde bulunabilecek midir? Ortada *manevi bir zarar olduğu* bir gerçektir, ancak Montreal Sözleşmesi manevi zarar kavramını lâfzî olarak kabul etmemektedir. Sadece manevi zarar için değil, aynı zamanda uluslararası bir yolculukta eğer bedensel zarar oluşmuş ancak ortada madde 17 anlamında bir *kaza* yoksa kurucu unsur sorumluluk için oluşmamış demektir. Bu durumda da açık şekilde var olduğu bilinen “bedensel zarar hiç giderilmeyecek midir?” sorusu işte bu münhasırlık sorunu ile ilgilidir.

Montreal Sözleşmesi madde 29 “basis for claims” başlığı altında davacının taleplerinin dayanaklarını düzenlerken davacının böyle bir davada sadece Montreal Sözleşmesinde tayin edilen koşullara ve sorumluluk sınırlarına göre davasını açabileceğini ve bu tür bir davada Montreal Sözleşmesi’nde *öngörülmezen zarar giderim yöntemlerini*²⁷⁹ ileri sürülemeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu hüküm doğrudan *lafzî* ile dar yorumlandığında Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir uyuşmazlıkta *ya zararı giderim imkânı ya vardır ya yoktur*²⁸⁰. Diğer bir ifade ile münhasırlık sorununda, zararı Montreal Sözleşmesi hükümlerine göre giderme davası olumsuz neticelenen davacının artık *ayrıca* davayı gören taraf devletin hukukunda öngörülen başkaca zarar giderim mekanizmalarına başvurup başvuramayacağı tartışması yapılmaktadır. Montreal Sözleşmesi’ni hazırlayanların, aynen diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu üzere, *yeknesak* ve *ulusal hukuku dışlayan* bir uygulamaya dönük iradelerini sanki bu hükümde görmek mümkündür. Taşıyıcıyı belirgin ve öngörülebilir bir şekilde sorumluluğa tabi tutmak maksadı ve ayrıca ulusal hukuk yolunun açılması sonucu bunun istismar edilebileceği endişesi ile bu hükümlerin konduğu kanımızca ileri sürülebilir.²⁸¹

B. Münhasırlık Kavramına İlişkin Örnek Yabancı Kararlar

Konuyu Türk hukuku açısından değerlendirmeden önce yabancı hukukların bu soruna nasıl baktığını irdelemekte yarar görüyoruz. Uygulamada münhasır uygulamayı kabul eden ve

²⁷⁹“...In any such action, *punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable.*”

Cezai tazminat, uğranılan zararı (damage sustained) karşılamaya yönelik değil, kişiyi caydırmaya ve cezalandırmaya dönüktür. Bu hükümle örneğin dava açan bir Amerikan vatandaşının kendi ülkesinde geçerli olan cezai tazminatı (punitive damages) alması *açıkça* engellenmiştir. Bu hükmü dikkate alarak cezai tazminatı reddeden pek çok Amerikan mahkemesi kararı mevcuttur: In re Air Crash Disaster at Gander, 684 F. Supp. 927 (W.D. Ky. 1987); In re Air Disaster in Lockerbie, Scotland on December 21, 1988, 733 F. Supp. 547 (E.D.N.Y. 1990).

Ancak Amerikan Hukuku açısından en azından taşıyıcının kasıtlı ihlallerde (*intention, willful or reckless misconduct*) bulunduğu durumlarda cezai tazminata hükmedilebileceği genel olarak savunulmaktadır: Hill v. United Airlines, 550 F. Supp. 1048, 1055 (D. Kan. 1982). Ayrıca In re Korean Airlines Disaster of September 1, 1983, 807 F. Supp. 1073 (S.D.N.Y. 1992) davasında mahkeme, 50 milyon ABD doları tutarında cezai tazminata hükmetmiştir. Ancak cezai tazminata hükmedilemeyeceğini belirten kararların ağırlıkta olduğunu vurgulamakta yarar görüyoruz.

Bu kararlar nazara alındığında en azından kastın veya ağır ihmallerin söz konusu olduğu bazı hallerde (uçanın kaçırılması, pilot tarafından bilinçli düşürülmesi gibi), Amerikan hukukuna özgü bir kurum olan cezai tazminata, Varşova veya Montreal Sözleşmesi’ndeki *açık yasağa rağmen* bazen başvurulduğu görülmektedir. Aşağıdaki “manevi tazminat” bölümü incelenirken, bu *aykırı* uygulamayı nazara almakta fayda vardır. Zira tıpkı bazı hallerde Amerikan mahkemelerinin cezai tazminata hükmetmesinde olduğu gibi, kanımızca Türk hukuku açısından yerleşmiş bir uygulama olan salt manevi tazminat taleplerinin de bazı hallerde Montreal Sözleşmesi *açık lafzına rağmen* olumlu karşılanması gerekir.

²⁸⁰ Tompkins, s. 47-49.

²⁸¹ Montreal Sözleşmesi’nin münhasıran dava sebebi oluşturduğuna ilişkin pek çok yabancı mahkeme kararı mevcuttur: Aikpitanhi v. Iberia Airlines of Spain, 553 F. Supp. 2d 872 (2008). Ayrıca benzer görüşte bkz. Sözer, Bülent (Çelikleş, Sempozyum, s. 94):

Yazara göre Montreal Sözleşmesi’nin amacı taşıyıcının veya yolcunun hangi hak ve yükümlülüklerle tabi olduğunu açıkça belirlemek ve Montreal Sözleşmesi’nin verdiği haklar dışında ayrıca ulusal hukuk çerçevesinde yeni hak talep etmemek olduğunu vurgulamaktadır.

ilaveten ulusal hukuka başvuru yolunu *tamamen* kapatan mahkeme kararları olduğu gibi; Montreal Sözleşmesi kapsamında reddedilen taleplerin ayrıca ulusal hukuk çerçevesinde karara bağlanmasını öngören yabancı mahkeme kararları da mevcuttur.

*El Al Israel Airlines v Tseng*²⁸² davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi sadece manevi sıkıntılara maruz kalan ve madde 17 anlamında bedensel bir zarara uğramamış olan yolcunun Varşova Sözleşmesi madde 24/f.2 uyarınca artık ulusal hukuka da başvuramayacağını karara bağlamıştır. Mahkemeye göre Montreal Sözleşmesi’ni hazırlayanların arzuladığı “genel kuralların yeknesak uygulanması” hedefi, yolcuya böyle bir imkânın tanınması halinde sekteye uğrayacaktır.

Sidhu v. British Airways PLC uyuşmazlığında da İngiltere’de Lordlar Kamarası aynı şekilde taraflar arasındaki hakların dengeli gözetilmesi açısından ve maddelerin açık lafzından dolayı iç hukuka manevi tazminat talebi ile ayrıca başvuru imkânının yokluğunu kabul etmiştir.²⁸³ Sonuç olarak madde 17, kendi kapsamına girmeyen uyuşmazlıkların yolcu lehine değerlendirilmesine engelken; madde 29 giderilemeyen bir zarar için yolcunun iç hukuk yollarına başvurmasını engellemektedir.²⁸⁴ Aslında Montreal Sözleşmesi bir yandan hâkimin hangi durumlarda hangi hukuki çareleri verebileceğini sınırlandırırken, diğer yanda hâkimin Montreal Sözleşmesi uyarınca veremediklerini başka yerde aramaması hususunda yolcuyu uyarmaktadır. Sonuç olarak Montreal Sözleşmesi’nin münhasır dava sebebi oluşturduğu kabul edilirse bu durumda iç hukuka kesinlikle başvuru imkânı olmayacak demektir.²⁸⁵

C. Türk Hukuku Açısından Münhasırlık İlkesi

Türk Hukuku’nda da eğer Montreal Sözleşmesi’nin münhasır bir dava sebebi getirdiği ya da lafzı gereği münhasıran uygulanması gerektiği kabul edilirse bu durumda Türk hâkimi ne Montreal Sözleşmesi uyarınca ne de kendi hukuku uyarınca manevi tazminata hükmedebilecektir. Bu konuda ileri sürülen bir görüşte haklı olarak vurgulandığı üzere, bu tür

²⁸² El Al Israel Airlines v Tseng, 525 U.S. 155 (1999).

²⁸³ Sidhu v British Airways PLC [1997] AC 430:

Mahkemelerin kendi kanunlarına başvurmaksızın, yeknesaklık amacıyla Montreal Sözleşmesi’ni uygulamaları gerektiği ve bu sözleşmece öngörülmemiş bir zararın giderilmesinin mümkün olmayacağı konusunda bkz. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/jd961214/abnett03.htm> (Erişim: 31.03.2015). Stott v Thomas Cook Tour Operators Limited [2014] UKSC 15 davasında İngiliz Yüksek Mahkemesi münhasırlık gereği taşıyıcıya karşı “utandırılması” dolayısıyla dava açan yolcunun talebini Montreal Sözleşmesi’nde bu tür tazminatın olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Avustralya mahkemesi de *Cousins v Nimvale Pty Ltd* [2013] WADC 175 davasında benzer şekilde iki çocuğunu kaybeden ebeveynlerin yaşadığı “sinirsel şok” dayalı tazminat talebini reddetmiştir.

²⁸⁴ Bozabalı, s. 129.

²⁸⁵ Sözer, Bülent (Çelikaş, Sempozyum, s. 94-95); Bozabalı, s. 128-129.

durumlarda Türk hâkiminin eli kolu bağlı olacaktır.²⁸⁶ Zira ilk imkâna madde 17'deki “bedensel yaralanma” kavramı engelken, sonraki imkâna ise madde 29'daki münhasırlık engel olacaktır.

Common Law sistemi açısından manevi tazminat talebinin reddedilmesi ve de çözümsüz bırakılması bir sorun olarak görülmemekte ise de manevi tazminatın yerleşik bir uygulama ile karara bağlandığı hukuk sistemlerinde ve dolayısı ile Türkiye’de bu çözümsüzlük ve münhasır dava sebebi iddiası ciddi problemlere yol açacaktır. Türk hukukunda dava sebebi, hukuki sebeplerden farklı olarak ele alınan ve uyuşmazlığın dayandığı maddi vakıalar anlamına gelen bir kavramdır.²⁸⁷ Dava sebebi, dava konusunun temelini oluşturan hayat olayı olarak tanımlanmakta ve HMK madde 119/f.1(e) anlamında davacı yanca dilekçede bildirilmesi gerekli görülen bir husustur. Oysaki hukuki sebep bildirim zorunluluğu dahi yoktur, zira hâkim gerekli araştırmayı yapıp hukuki sebebin türünü yani haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya akde aykırılık olup olmadığını kendisi tespit edecektir, ancak tarafça ileri sürülmemiş vakıaları hâkim hatırlatıcı hareketlerde dahi bulunamaz.²⁸⁸

Konumuz açısından meseleyi ele alacak olursak, “basis of claims” ifadesi ile talebin dayanağını teşkil edecek maddi vakıalar yani dava sebebi kastedilmektedir. 17. ve 19. maddeler birlikte değerlendirildiğinde *hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmeleri* açısından bu dava sebeplerinin “ölüm, bedensel yaralanma ve yolcunun gecikmesi” olacağı anlaşılmaktadır. Yani aslında davacı bu sözleşmeye aykırılık hallerinde taşıyıcıyı sorumlu tutmakta ve Montreal Sözleşmesi’nin ayrıcalıklı hükümlerine göre dava açmaktadır. İşte Montreal Sözleşmesi’nde düzenlenen bu dava sebeplerinin *münhasıran* ve *tüketici bir sayımla* belirlendiği kabul edilirse ki lâfzî yorum bunu gerektiriyor, bu durumda bu sebeplerin bulunmaması halinde Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcının sorumluluğu doğmayacağı gibi, başkaca bir maddi vakıaya dayanmak sureti ile zararın giderimi de söz konusu olmayacaktır.

²⁸⁶ Sözer, Bülent (Çelikleş, Sempozyum, s. 94):

Yazar ister maddi tazminatla beraber ister tamamen bağımsız olsun hiçbir suretle Türk mahkemelerinin manevi tazminata hükmedemeyeceği görüşündedir.

²⁸⁷ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz. “Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, 24. Basım, Yetkin Yayınları, 2013, s. 312; Ahmet Cahit İyilikli. “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebine İlişkin Bir İnceleme” TBB Dergisi 2013 (106), s. 141:

“...Zira özel hukuk meseleleri, güncel, dinamik ve mufassal nitelikleri gereği, sosyal hayattaki insanların vücut verdiği münasebetler örgüsüdür, *işte dava sebebi, yani maddi vakıalar, bu ilişkiler yumağıdır*. Haksız fiil teşkil eden bir darp ya da hakaret vakıası, ... Yahut borca aykırılık hukuki zemininde, sözleşme gereği borçlandığı edime uygun ve süresinde ifa-da bulunulmadığı, yani kusurlu ifa vakıası, bu hayat olaylarına örnek kabilinden gösterilebilir.”

²⁸⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 292.

Önemle belirtelim ki madde 17 ve 29'a çekince koyma imkânının olmayışı da ulusal hukuka başvuru imkânı ile kamu düzenine ilişkin savunmalara gitme imkânını da Türkiye ve diğer taraf ülkeler açısından bertaraf etmektedir. Montreal Sözleşmesi madde 57 sadece iki halde çekince konabileceğini ve diğer hükümlere hiçbir suretle çekince konulamayacağını düzenlemektedir.²⁸⁹

D. Münhasırlık Sorunu ve Üçüncü Kişiler

Kanımızca değinilmesi gereken bir önemli nokta da şudur: Bu münhasırlık sorunsalı taşıyıcı-yolcu arasındaki sözleşmesel ilişki için tartışılmaktadır. Yoksa yolcu-yolcu, taşıyıcı-üçüncü şahıs arasındaki *sözleşme dışı* problemlerin zaten başka hukuki kurallara tabi olacağı açıktır. Bu tür uyuşmazlıklar konumuz dışında kalacağından sadece şunu belirtmekle yetinelim: Montreal Sözleşmesi kapsamında bu tarz bir uyuşmazlık vuku bulduğunda ortada hava yolu ile yapılan uluslararası taşıma var demektir. Uluslararası havacılık ilişkileri ise niteliği gereği yabancılik unsuru ihtiva ederler²⁹⁰ ve meydana çıkacak bu tarz bir ihtilaf MÖHUK maddelerine göre çözümlenecektir.

Buradan münhasırlığa ilişkin unutulmaması ve karıştırılmaması gereken şudur: Eğer bir uyuşmazlığın Montreal Sözleşmesi kapsamına girdiğinde şüphe yoksa Montreal Sözleşmesi uyarınca yetkili mahkeme tarafından inceleme sonucu verilecek *talebin reddi kararı* karşısında, davacı yolcu tabi ki de artık iç hukuk yollarına başvurmak sureti ile aynı talebini ileri süremeyecektir. Bizim yukarıda tartıştığımız husus, Montreal Sözleşmesi'nde düzenlenmemiş bir haklı talebin münhasırlık nedeniyle tamamen çözümsüzlük kısıncında bırakılıp bırakılmayacağı sorunudur. Örneğin bir uyuşmazlık Montreal Sözleşmesi'ne tabi iken dava konusu bu sözleşmede düzenlenmemiş olan salt manevi tazminat talebi olabilir. Bu durumda davacının talebi hem reddedilip hem de iç hukuka *ayrıca* başvurusu engellenecek midir? Yani asıl tartışmalı ve kesin olmayan ve de mahkemeleri farklı kararlara iten de aslında bu tartışmalı husustur.²⁹¹

E. Değerlendirme ve Sonuç

²⁸⁹ Türkiye, Montreal Sözleşmesi madde 57'ye uygun olarak, Türkiye Cumhuriyeti tarafından doğrudan gerçekleştirilen ve ticari olmayan uçuşlara bu sözleşmenin uygulanmaması hakkını saklı tutmuştur. Taraf devletlerin tüm çekinceleri için bkz.

http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf (Erişim: 31.03.2015).

²⁹⁰Zeynep Derya Tarman. "Montreal Sözleşmesi'nin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri", TBB Dergisi 2013 (107), s. 98; Şanlı, Cemal. "Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk", İstanbul, 1992, s. 1.

²⁹¹Christoffer Thalín. "The Air Carrier's Liability for Passenger Damages"- Master Thesis, Spring 2002, Faculty of Law University of Lund, s. 53-54.

Bu şekilde katı bir münhasırlık uygulamasının hukuktan ve Montreal Sözleşmesi'nden beklenen yararı ciddi biçimde zedeleyeceği kanısındayız. Konuyu özellikle manevi tazminat talepleri açısından aşağıda inceleyeceğimizden, bu husus üzerinden bir örnek vererek münhasırlık nedeniyle yaşanabilecek hakkaniyetsizliği anlamaya çalışalım. Varşova'dan İstanbul'a uçmakta olan Türk vatandaşı anne A ile küçük kızı K, uçağın kanat takımlarının aniden bozulması sonucu uçağın yere sert olarak çarpmasıyla anne, kızının çıkan yangında ileri derecede yanmasına *şahit olmuş* fakat kendisi hiçbir yara almadan kurtulmuştur.

İşte bu belki de abartılı örnekte, yaralanan çocuk için tazminat talep edilebilecekken, sırf yaralanmadığı/maddi zarar oluşmadığı gerekçesiyle annenin yaşadığı belki de maddi tazminattan çok daha fazla olan *acının ve paniğin* giderilememesi kanımızca hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Özellikle de madde 29 uyarınca, iç hukuka başvuru yolunu da tamamen kapatacak şekilde anneyi bu acısı ile baş başa bırakıp, çözümsüzlük kısıncında bırakmak hukuktan beklenen menfaat ile de bağdaşmayacaktır. Katı bir münhasırlık uygulamasında, yüzünde kaza sonucu küçük bir çizik oluşan kişi buna bağlı maddi ve belki de manevi tazminat isteyebilecekken herhangi bir bedensel yaralanma belirtisi göstermeyen ancak uçuş görevlisi tarafından ağır hakaretlere maruz kalan veya aşağılanan yolcu zararını giderememe riski ile karşı karşıya kalacaktır. Bu nedenle her somut olay açısından, örneğin manevi tazminatın şartlarının Türk hukukunca oluştuğundan bahisle Montreal Sözleşmesi açık lafzı ve münhasırlık kuralına rağmen karşılıklı menfaatlere uygun şekilde zararın giderilmesine karar verilebilmeli ve bu ilke dar şekilde esnetilebilmelidir.

Dördüncü Bölüm

YOLCUNUN TAZMİNAT TALEPLERİ

1. Montreal Sözleşmesi Kapsamındaki Zararlar ve Tazminat Davaları

I. Giriş

Montreal Sözleşmesi madde 17 hükmü uyarınca, tüm sorumluluk şartları oluşsa dahi yolcunun, *kaza sebebiyle uğradığı zararları* ispatlaması gerekecektir. Kaza sonucunda yolcu ölebilir veya bedensel yaralanmaya maruz kalabilir. Bedensel yaralanma halinde yolcu bedensel yaralanma ile beraber aynı zamanda manevi zarara da uğramış olabilir. Başka bir ihtimalde ise yolcu, hiçbir bedensel yaralanmaya maruz kalmaksızın ciddi şekilde taşıyıcı tarafından kişilik hakkının ihlal edilmesi ile karşı karşıya kalabilir. Maddi veya manevi zarar derhal ortaya çıkabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir. Konumuz açısından karışıklığa

yer vermemek için her zarar türünü ve davacıları ayrı başlık altında sistematik olarak incelemeyi uygun görmekteyiz.

II. Yolcunun Manevi Tazminat Talebi

A. Yabancı Mahkeme Kararlarında Manevi Tazminat

i. Genel Olarak

Manevi tazminat ihtimalleri incelemeden önce, yabancı mahkeme kararlarında Montreal Sözleşmesi uygulamasının nasıl olduğuna yukarıda incelediğimiz münhasırlık sorununu da göz önüne alarak kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Montreal Sözleşmesi madde 17 açık lafzından, ancak *bedensel yaralanmaya* ilişkin zararların taşıyıcıya tazmin ettirilebileceği anlaşılmaktadır. Asıl tartışmalı olan husus ise yolcunun Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir yolculuk sırasında geçireceği psikolojik veya ruhsal sorunların Montreal Sözleşmesi kapsamında sözleşmeye aykırılığa sokularak taşıyıcıya tazmin ettirilip ettirilemeyeceği sorunudur. Bu konu, Montreal Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin değişik mahkemelerinde hararetle tartışılmıştır.

ii. Manevi Tazminat Taleplerine İlişkin Örnek Kararlar

*Morris v KLM*²⁹² davasında 15 yaşındaki kız çocuğunun uçakta başka bir erkek yolcu tarafından cinsel tacize maruz kalmasını *kaza* olarak kabul eden İngiltere'deki Avam Kamarası, bu olay neticesinde klinik depresyon yaşadığını belirten davacının, salt bu iddiasını bedensel bir zarara dayandıramadığı gerekçesiyle talebini reddetmiştir. Bu kararın gerekçesinden, mahkemenin “eğer bedensel bir yaralanma olsaydı” ve bunun neticesinde ruhsal bir sarsıntı yaşansaydı, talebe olumlu bakacağı rahatlıkla anlaşılmaktadır.

İrlanda'da *Howe v Cityflyer Express Limited*²⁹³ davasında mahkeme Varşova Sözleşmesi'ndeki “bedensel zarar” kavramının bilinçli olarak tercih edildiğini ve “şahsi zarar” kavramından bahsedilmediği gerekçesiyle salt manevi olan zararı giderim talebini reddetmiştir.

İrlanda Dublin Mahkemesi Montreal Sözleşmesi uyarınca 2009 tarihinde verdiği yakın tarihli başka bir kararda 13 yaşındaki bir kız yolcunun *kendisine yardımcı olacağı kararlaştırılan uçuş görevlisince* bagaj alımına girdiği sırada terk edilmesi sonrasında ciddi korku ve üzüntü

²⁹² *Morris v KLM*, [2002] 2 AC 628.

²⁹³ *Geraldine Howe v Cityflyer Express Limited* (1998), metin için bkz.

<http://www.dilloneustace.ie/download/1/Dublin%20Court%20Holds%20in%20Favour%20of%20Airline.pdf>
(Erişim: 31.03.2015).

duyması neticesinde oluşan salt manevi olan zararını gidermeyi kabul etmemiştir.²⁹⁴ Mahkeme ayrıca münhasırlık ilkesini de uygulamış ve daha uzun sürede dava açabilmeyi mümkün kılan iç hukuka başvuru imkânını yolcu aleyhine değerlendirmiş ve *dava açma süresinin geçirildiğini* karara bağlamış, iç hukuka ayrıca başvurulması istemini reddetmiştir.

iii. Yabancı Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi

Bu yabancı mahkeme kararları ışığında şunu söylemek kanımızca mümkündür: Eğer bir yolcu yaşadığı psikolojik veya manevi sıkıntının kaza sonucu uğradığı *bedensel yaralanma sonucu* oluştuğunu ispat edebiliyorsa, bu manevi zararlar da Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcı tarafından giderilecektir. Örneğin, bir manken yolcunun uçağın yanması sonucu yüzünün yanmasında aynı zamanda manevi zarar da meydana gelecek ve bu da Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir.

İkinci durumda ise, kaza sonucu hiçbir yaralanma olmamasına rağmen *yaşanan ruhsal sıkıntılarının bedensel tepki veya hastalık olarak belirmesi* de mümkündür. Yani bu durumda ilişki tersine döner, manevi sıkıntı bedensel yaralanmalara sebebiyet vermekte demektir. Ruh ile beden arasındaki derin etkileşimin kabul edildiği günümüz biliminde kabul edildiğinden bu tarz sorunlarla sıklıkla karşılaşabilmekteyiz. Kaza sonucunda beliren aşırı stres sonucu burnun kanaması bu tür bedensel yaralanmalara örnek verilebilir. *King v Bristow Helicopters [2002, UKHL]* uyuşmazlığında Lordlar Kamarası, motoru bozulduğu için ölüm tehlikesi geçiren fakat sağ kurtulan yolcunun bu kaza sonucu geçirdiği “travma sonrası stres bozukluğu” (post traumatic stress disorder, kısaca “PTSD”) durumu *sonucu ortaya çıkan mide ülseri* hastalığını “tazmin edilebilir” bulmuştur.²⁹⁵ Mahkeme üyelerine göre her ne kadar salt akli sıkıntılarının (PTSD, mental injury) madde 17/f.1 kapsamında *tazmin edilmesi söz konusu değilse de*, bu ruhsal sıkıntı neticesinde beliren fiziksel bir sıkıntının (ülser, kanama, yüz solukluğu, beyin hasarı gibi) tazmin ettirilmesinde bir sakınca yoktur. Yani mahkeme bu durumda *kaza ile sonradan oluşan bedensel yaralanma* arasındaki uygun illiyet bağının varlığını başka manevi bir ara nedene (“PTSD”) rağmen kabul etmektedir.

²⁹⁴ Karar için bkz:

<http://www.dilloneustace.ie/download/1/Dublin%20Court%20Holds%20in%20Favour%20of%20Airline.pdf> (02.04.2015).

²⁹⁵ *King v Bristow Helicopters Limited (Scotland) [2002] UKHL 7, 28 February 2002.*

Kararda Lord Hope adlı hâkime göre mide ülseri, manevi bir sebepten kaynaklansa da sonuç itibari ile bedensel yaralanmanın bir dışı vurumudur ve bu nedenle ortada bir bedensel yaralanma vardır. Bu analiz, orijinal metinde şöyle yer almıştır:

“A peptic ulcer disorder involves the tissues of the body, and it is not difficult to see that it is a kind of bodily injury... while there is no general right to recover damages under Article 17 for mental injury sustained by a passenger, damages for the physical manifestations of a mental injury will be recoverable.”

Üçüncü ihtimalde ise herhangi bir şekilde hiçbir bedensel yaralanma söz konusu olmaksızın, bir *kaza* sonucu yaşanan salt manevi zararın Montreal Sözleşmesi uyarınca giderilmesine *genel olarak sıcak bakılmamakla* beraber, bağımsız manevi zararların da madde 17/f.1 kapsamında olduğunu savunan mahkeme kararları mevcuttur.²⁹⁶

PTSD vakıalarının başlı başına bir fiziksel belirti olup olmadığı da çok tartışılmaktadır. Zira eğer PTSD, başlı başına beyinde etkisi *fiziksel* olarak tespit edilebilen bir vakıa ise bu zaten “bedensel yaralanma” kapsamına girecektir ve uğranılan zarar tazmin edilebilecektir. *Weaver v Delta Airlines*²⁹⁷ uyuşmazlığında Amerikan Bölge Mahkemesi, davacının acil iniş dolayısıyla geçirdiği PTSD vakiasının bilimsel veriler ve raporlarla doğrudan *beyne verilmiş bir zarar* olduğunun davacı yanca gösterilmesi karşısında bu vakıayı doğrudan bedensel zarar olarak kabul etmiştir.²⁹⁸

Sonuç olarak yabancı mahkemelerin Montreal Sözleşmesi’ne ve öncesinde Varşova Sözleşmesi’ne bilinçli olarak konulmuş olan “bedensel yaralanma” ibaresine çok sıkı surette bağlı olmadıklarını, yani bu ibareyi lâfzî olarak çok katı şekilde uygulanmadıklarını ileri sürebiliriz. Belirttiğimiz ilk iki grup, yani *bedensel yaralanmalara bağlı beliren manevi zararlar* ile kaza neticesinde beliren *manevi sıkıntıların yol açtığı dolaylı bedensel zararlar* Montreal Sözleşmesi uyarınca tazmin edilebilecektir. Son grupta yer alan “bağımsız manevi zararlar” ise istisnai olarak da olsa bazı yabancı mahkeme kararlarında Montreal Sözleşmesi’nin 17. maddesi kapsamında değerlendirilerek, zarar bu kurallara tabi olarak giderilmektedir. Montreal Sözleşmesi’nin *yeknesaklığı* amacıyla Türk hâkiminin özellikle benzer hukuk sistemlerindeki bu karar uygulamalarını faydalı bulacağı temennisiyle, bu üç farklı şekilde çıkabilecek olan manevi tazminat taleplerini Türk hukuku uygulaması açısından değerlendirmeye çalışacağız.

B. Türk Hukuku Açısından Montreal Sözleşmesi’nin Değerlendirilmesi: Ölüm ve Bedensel Yaralanma Halleri

i. Genel Olarak

²⁹⁶ Cie Air France v. Teichner, 39 Revue Française de Droit Aérien 232, 242, 23 Eur.Tr.L. 87, 101 (Israel 1984); Eastern Airlines v. Floyd 111 S.Ct. 1489, 1498 (1991).

²⁹⁷ Weaver v Delta Airlines, 56 F. Supp. 2d 1190 (D. Mont. 1999).

²⁹⁸ Weaver v Delta Airlines, 56 F. Supp. 2d 1190, 1191 (D. Mont. 1999).

Montreal Sözleşmesi'nin 17. maddesi, diğer şartların da varlığı halinde “ölüm veya bedensel yaralanma sonucu oluşan *zarardan*” taşıyıcıyı, yolcuya karşı sorumlu tutmaktadır. Bu *zarar* kavramından ne anlaşılması gerektiği Montreal Sözleşmesi'nde ayrıca düzenlenmemiştir. Montreal Sözleşmesi uyarınca karşısına gelen bir uyuşmazlığı çözecek olan yerli mahkeme, Türk Hukuku'nu uygulamak sureti ile tazminat talebinin *içerik ve niteliğini* tespit edecektir. Montreal Sözleşmesi'nin sessiz kaldığı hususların yorumunda kullanılacak olan “lex fori yaklaşımı” Türk öğretisinde milletlerarası özel hukukun vasıflandırmaya ilişkin genel kabul gören baskın görüş olup, genelde bir hukuki kavramın yorumlanmasında yaygın şekilde kullanılmakta olan bir metottur.²⁹⁹

MÖHUK madde 1/f.2 uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri saklı tutulmuş, böylece kanunlar ihtilafı kuralları açısından uluslararası sözleşmelere özel bir vurgu yapılmış, evleviyetle uygulanmaları gerektiği düzenlenmiştir. Montreal Sözleşmesi de usulünce ve Anayasa madde 90 uyarınca yürürlüğe konulmuş, MÖHUK madde 1/f.2 anlamında bir milletlerarası özel hukuk sözleşmesi olduğundan, Montreal Sözleşmesi'nin sessiz kaldığı konularda vasıflandırmaya ilişkin lex fori genel kuralı baskın görüş olarak burada da uygulanmalıdır. Diğer bir ifade ile Montreal Sözleşmesi'ni uyuşmazlığa uygulayacak olan yetkili Türk mahkemesi, diğer bir metot olan *lex causae* metodunu değil *lex fori* genel kabul gören görüşü çerçevesinde Montreal Sözleşmesi'nde sessiz kalınan noktaları kendi hukukuna göre tamamlayacaktır. Bunun dışında Montreal Sözleşmesi'nde ispat külfetine dair eksiklikler ve ispatın yapılması *şekli* ile delil ibrazı, delil ikamesi ile delillerin değerlendirilmesi gibi usule ilişkin meseleler bu sebeple lex foriye yani Türk Hukuku'na tabi olacaktır.³⁰⁰ Lex foriye yapılan bu tarz bir atıf Montreal Sözleşmesi madde 35/f.2 hükmü uyarınca doğrudan yetkili mahkeme hukukunun *maddi hukuk* hükümlerine açıkça da yapılabilir. Bu durumda doğrudan maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır.

ii. Türk Hukuku'nda Zarar Kavramı

a) Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, *Kişinin Hakları ve Ödevleri* genel başlığı altında 17. maddede “kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığını” korumayı düzenlemiştir. Anılan hükmün birinci ve ikinci fıkralarına göre, “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında,

²⁹⁹ Gülören Tekinalp / A. Uyanık Çavuşoğlu. “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 40-42; Aysel Çelikel / B. Bahadır Erdem. “Milletlerarası Özel Hukuk”, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul, s. 83-85.

³⁰⁰Ergin Nomer. “Milletlerarası Usul Hukuku”, Beta Yayınları, 2009, İstanbul, s. 17-38.

kişinin *vücut bütünlüğüne* dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.”

Buradaki *vücut bütünlüğü*nden salt doku ve organdan oluşan bedeni anlamamak gerekir. Beden bütünlüğü, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ile sağlığının korunmasını kapsayan geniş bir kavramdır.³⁰¹ Benzer şekilde öğretilerde vücut bütünlüğü, hem fiziki hem de ruhsal olarak iyi halde bulunma durumu olarak tanımlanmış ve bu kapsamdaki değerlerin ihlalinin kişilik hakkına saldırı niteliğinde olacağı vurgulanmıştır.³⁰² Türk hukukunda hayat hakkı mutlak bir hak olarak nitelendirilmekte ve kişinin kendi rızası ile hayatına son verilmesini istemesi de kabul edilmemektedir³⁰³. Evrensel hukuk kuralları arasında yerini perçinleştirmiş olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ve yaşama hakkı, Anayasa dışında da Türk Medeni hukukunda da koruma görmektedir.

Türk Medeni Kanunu (“TMK”), “Kişiliğin Korunması” genel başlığı altında madde 23 ve devamında kişilik haklarının sınırlandırılması veya ihlal edilmesine karşı bir takım koruma mekanizmaları getirmiştir. TMK madde 25/f.4, “manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.” demek sureti ile kişilik hakkına saldırılan kimseye manevi tazminat davası açma hakkı tanımıştır. TBK “*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*” genel başlığı altında 56. maddenin birinci fıkrasında *bedensel bütünlüğünün zedelenmesi* durumunda kişinin manevi tazminat da isteyebileceğini açıkça hükme bağlamıştır. TBK madde 56/f.2 uyarınca da, “*Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” Dikkat edilirse burada, haksız fiil sonucu ölenin veya yaralananın şahsından doğan bir hak değil, doğrudan kişinin “yakınlarına” tanınmış ve ancak “*ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde*” kullanılabilir bir hak söz konusudur. Oysaki madde 56/f.1 uygulaması ve de bedensel bütünlüğü zarara uğrayan şahıs açısından bedensel zararın ağır veya hafif olmasının manevi tazminat talebi noktasında bir önemi yoktur. TBK; ölüm/bedensel yaralanma olmaksızın kişilik hakkının zedelenmesi durumunu ise madde 58/f.1’de “Kişilik hakkının

³⁰¹ Arzu Genç Arıdemir. “Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat”, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, 1. Bası, s. 115.

³⁰² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 159.

³⁰³ Yürürlükteki Hasta Hakları Yönetmeliği ilgili hükmü şöyledir:

Ötenazi Yasası

Madde 13- Ötenazi yasaktır.

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dâhil, kimsenin hayatına son verilemez.

(Kazancı, erişim 01.03.2014)

zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.” ifadesi ile hüküm altına almıştır. Bu hükümde ise *yakınlar veya ailenin* ayrıca yansıma yoluyla tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmemiştir.

b) Montreal Sözleşmesi Kapsamındaki Zararlar

Daha önce belirtildiği üzere, Montreal Sözleşmesi yolcu ile taşıyıcı arasındaki *sözleşmesel* sorumluluğu düzenlemektedir yoksa salt haksız fiiller ile sebepsiz zenginleşme talepleri ile yolcu – üçüncü şahıs veya yolcu-diğer yolcu arasındaki başkaca hukuki ilişkiler doğrudan Montreal Sözleşmesi’nin kapsamına girmez. Ancak, Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir uyuşmazlık için haksız fiilden doğan sorumluluk ile sözleşmesel sorumluluk yarışabilirse de konumuz açısından önemli olan acaba söz konusu uyuşmazlığın *sözleşmesel* nitelik taşıyıp taşımadığını tespit etmek sureti ile yolcunun bu *iki aşamalı ayrıcalıklı tazminat sisteminden* yararlanıp yararlanamayacağını tespit etmektir.

Uluslararası hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde ana edimin, yolcunun kararlaştırılan yere belirtilen zamanda bedensel bütünlüğüne zarar gelmeyecek şekilde sağ salim götürmek olduğunu yukarıda pek çok kez vurgulamış bulunuyoruz. İşte bir *kaza* neticesinde oluşan ölüm veya bedensel yaralanmalar bu ana edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği anlamına gelir ki, bu durumda lex fori olan Türk Hukuku’na göre sözleşmeye aykırılık halleri oluşmuş demektir. Zira Montreal Sözleşmesi’nde yolcu ile taşıyıcı arasındaki taşıma sözleşmesinden bahsedilmişse de, *bir sözleşme ihlalinin* olup olmadığı, kapsamı ile niteliği hâkimin hukuku olan TBK madde 112 gereğince tespit edilecektir: “Borç *hiç veya gereği gibi ifa edilmezse* borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

c) Sözleşmeye Aykırılık Halinde Yararlanabilecek İç Hukuk Hükümleri

Burada lex fori uyarınca dayanılacak hükümler açısından şu sorunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir: Montreal Sözleşmesi uygulaması gereği “*sözleşmeye aykırılıktan*” bahsedilecekse, TBK “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlığı altında düzenlenen *manevi tazminat* hükümlerinin bu sözleşmeye aykırılığa da uygulanacağını yasal dayanağı nedir? Diğer bir ifade ile TBK: *Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları* hükümleri arasında *sözleşmeye aykırılık* halinde *manevi* tazminat talep edilebileceğine dair doğrudan bir hüküm olmadığından Montreal Sözleşmesi kapsamındaki yolcu taşıma sözleşmesine aykırılıktan doğan manevi tazminat isteminin hukuki dayanağını tespit etmemiz gerekir. Sorumluluğun

kaynağı Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1'deki ihlallerdir, ancak hâkim örneğin manevi tazminatın *şartları* ve *kapsamı* için kendi hukukundaki ilgili hükümlere dayanmalıdır. İşte sözleşmeye aykırılık halinde bu dayanak hükümlerin nerede yer aldığının tespiti oldukça önemlidir.

Doğrudan haksız fiil hükümlerine başvurulamayacaktır, zira ortada haksız fiil değil, akde aykırılık vardır ki bu uyuşmazlık davacı yanca Montreal Sözleşmesi hükümlerine dayandırılmaktadır. Kaldı ki Türk – İsviçre hukuk sistemlerinde baskın görüşe göre TBK madde 112 gereği borçlunun tazmin etmekle yükümlü olduğu zarar, manevi zarar olmayıp maddi zarardır.³⁰⁴ İşte sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerini madde 112'de açıkça düzenlememiş olan kanun koyucu, bu boşluğu madde 114/f.2'ye “haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, *kıyas* yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.” hükmü ile doldurmuştur. TBK madde 56 ve 58 hükümlerini işte bu kıyasen uygulanma atfı dolayısı ile sözleşmeye aykırılıkta da uygulama imkânı Türk hukukunda mevcut olduğundan manevi tazminatı ve kapsamını bu hükümlerce tespit etmek mümkündür.

Kişilik hakkını ihlal eden bir davranış haksız fiil niteliği taşıyabileceği gibi, aynı zamanda akde aykırılık niteliği de taşıyabilir. İşte bu açık yollama dolayısı ile zedelenen kişilik hakkı sözleşmeler hukukunda da etkin biçimde koruma imkânı görecektir.³⁰⁵ Bir kez daha vurgulayalım ki taşıyıcının *sorumluluğunun kaynağı*, Montreal Sözleşmesi kapsamında görülen yolcu taşıma sözleşmesine aykırılık (ölüm veya bedensel yaralanma ile yolcunun geciktirilmesi) halidir. Bizim burada tartıştığımız husus ise, uyuşmazlığı çözecek olan hâkimin manevi tazminat taleplerine ilişkin *kapsam*, *vasıf ile şartlar* gibi sorunları kendi hukuku çerçevesinde hangi yasal hükümlere göre çözebileceği problemidir.

Sonuç olarak, Montreal Sözleşmesi uyarınca manevi tazminata hak kazandığını ileri süren davacının bu talebi, TBK madde 114/f.2 genel yollaması ile TBK madde 56 ve 58 hükümleri ile Montreal Sözleşmesi ilgili hükümleri dikkate alınarak çözülecektir.

“Montreal Sözleşmesi'nin *ilgili* hükümlerini de göz önünde bulundurmak” oldukça önemlidir, zira basit bir örnek vermek gerekirse: Montreal Sözleşmesi sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davasını *iki yıl* içinde yetkili görülen mahkemelerden birinde açılmasını öngörmüşken, sözleşmeye aykırılıktaki genel *on yıllık* zamanaşımını Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir uyuşmazlığa uygulamak mümkün değildir.

³⁰⁴ Eren, s. 473; Oğuzman/Öz, Cilt 1, s. 428-435; benzer görüşteki yabancı yazarlar için bkz. Arıdemir, s. 47-48, dn.220, 221.

³⁰⁵ Arıdemir, s. 54.

d) TBK Madde 56 ve 58'in Kıyasen Uygulanması: *Türk Hukuku*'nda Manevi Tazminat Şartları

Bir *haksız fiilden* doğan manevi tazminat talebi açısından meseleye bakacak olursak, beş önemli şartın TBK madde 56'da vurgulandığını ileri sürebiliriz. TBK madde 56'ya göre; kişi öldürülmeli veya bedensel bütünlüğü ihlal edilmeli, manevi zarar doğmalı, manevi zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalı, davalının sorumluluğunu gerektiren kusuru veya kusursuz sorumluluk hali bulunmalı ve “olayın özellikleri” manevi tazminatı gerektirmelidir.

TBK madde 58'e göre ise manevi tazminat talep edebilmek için kişinin kişilik hakkı hukuka aykırı olarak ihlal edilmeli, bundan bir manevi zarar doğmalı, manevi zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı olmalı ve davalının sorumluluğunu gerektirecek kusur veya bir kusursuz sorumluluk hali mevcut olmalıdır. Mademki TBK madde 114/f.2 gereği, bu hükümler sözleşmeye aykırılığa *kıyasen* uygulanacaktır, bu hükümler çerçevesinde *sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep etmenin şartlarını* belirlemek gerekecektir.

Buna göre sözleşmeye aykırılık sonucu kişinin ölmesi veya bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi halinde TBK madde 56'nın kıyasen uygulanması ile *nakdi* manevi tazminata hükmedilecektir. Diğer şekillerde ortaya çıkan kişilik değerleri ihlalinde ise hâkim, madde 58/f.1 gereği nakdi manevi tazminata veya 58/f.2 gereği nakit dışı diğer zarar giderim yollarına karar verebilecektir.³⁰⁶ İşte bu hükümlere göre yani Türk hukuku gereği sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talebi için genel olarak *sözleşmeye aykırılık sonucu alacaklının kişilik hakkı ihlal edilmiş* olmalıdır. Bu ihlal neticesinde alacaklının manevi zarara uğraması, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemeden sorumlu tutulması, sözleşmeye aykırılık ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve son olarak da TBK madde 56 kıyaslaması gereği sözleşmeye aykırılık hallerinin manevi tazminatı gerektirmesi şarttır.³⁰⁷

iii. Montreal Sözleşmesi'nde Sözleşmeye Aykırılık Kavramı

Sözleşmeye aykırı her davranış, alacaklının kişilik hakkının ihlaline yol açmaz. Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcının ana edimi, yolcuyu yapılan yolcu taşıma sözleşmesine uygun olarak kararlaştırılan yere, kararlaştırılan zamanda sağ salim ulaştırmaktır. Bu nedenle Montreal Sözleşmesi uyarınca, taşıyıcının sözleşmeye aykırı davranabileceği haller özel olarak sayılmıştır. Bu sözleşmeye aykırılık halleri yolcunun *kaza* sonucu *ölmesi* ve *bedensel*

³⁰⁶ Eren, s. 473; Oğuzman/Öz Cilt 1, s. 472-476; Arıdemir, s. 69.

³⁰⁷ Arıdemir, s. 75.

yaralanmaya maruz kalması ile *yolcunun geciktirilmesi* halleridir. Türk hukuku açısından bu sözleşmeye aykırılık halleri yani sorumlu olunacak hususlar bağlayıcıdır ve bu hallerle sınırlı olarak taşıyıcının sorumluluğunu değerlendirmek gerekir.

Ölümün hangi anda vuku bulduğu, bedensel yaralanmadan ne anlaşılacağı hâkimin kendi hukuku olan Türk hukukuna göre tespit edilecektir. Türk hukukunda sözleşmeye aykırılık sayıldığı halde, bu üç halin kapsamına girmeyen bir sözleşmeye aykırılık halinden veya başkaca borç kaynağından (sebepsiz zenginleşme) taşıyıcıyı Montreal Sözleşmesi uyarınca sorumlu tutmak kanımızca mümkün olmamalıdır. Montreal Sözleşmesi'ni hazırlayan devletler, davacının dayanabileceği sözleşmeye aykırılık halleri ile davanın dayandırılacağı sebepleri sınırlamışlardır.

iv. Montreal Sözleşmesi Açısından Manevi Tazminat Şartlarının Değerlendirilmesi

Montreal Sözleşmesi'ndeki sözleşmeye aykırılık halleri olan ölüm ile bedensel yaralanmalarda, yolcunun aynı zamanda kişilik değerlerinin de ihlali söz konusu olabilecektir. Zira yaşama hakkı diğer kişilik değerlerinin de varlığının bir şartıdır ve beden bütünlüğü, ruhsal bütünlük ve kişisel değerleri de kapsadığından dolayı bu tür sözleşmeye aykırılıklarda yolcunun kişilik değerleri de saldırıya uğramış demektir. Dolayısıyla bedensel yaralanmalarda bir manevi zarar oluşma ihtimali vardır. Yine de bu hususu ispatlayacak olan da oluşan manevi zararın ölüm veya bedensel yaralanma neticesinde meydana geleceğini ispatlayacak olan da davacının kendisidir.

İç hukukumuzda sözleşmeye aykırılıkta şart olarak öngörülen “kusur” halinin Montreal Sözleşmesi kapsamında özel bir yeri ve anlamı vardır. Sorumlu olduğu iddia edilen taşıyıcının kusurlu olup olmadığı artık aranmayacaktır zira bu sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk dayanağını doğrudan Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1'den almaktadır ve 113.100 ÖÇH miktarına kadar yolcu, *mücbir sebep dâhil* taşıyıcıyı sorumlu tutabilecektir. Bu sınırı aşan miktar içinse taşıyıcı ancak Montreal Sözleşmesi madde 21/f.2 (a),(b) kurtuluş imkânlarından yararlanarak kusursuzluğunu ispat edebilecektir. Taşıyıcı Montreal Sözleşmesi madde 20 anlamında yolcunun müterafik kusurunu ispatlarsa kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabilecektir.

Son olarak kanımızca “sözleşmeye aykırılık hallerinin manevi tazminatı *gerektirmesi*” şartını incelemeye gerek yoktur. Zira Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1 ihlali başlı başına tazminatı gerektiren bir husustur. Diğer bir ifade ile bu iki hale (ölüm veya bedensel yaralanma) bağlı olarak manevi tazminat isteyen davacı, Montreal Sözleşmesi uyarınca bu iki halin zaten

manevi tazminatı gerektirdiği haklı düşüncesi ile hareket edecektir. Manevi tazminatın kapsam ve içeriği ise MK madde 4 uyarınca takdir edilecektir.³⁰⁸ Belirtelim ki bu açıklamalarımız madde 17/f.1 kapsamında manevi tazminat taleplerinin kabul edildiği durumlar için geçerlidir. Eğer madde 17/f.1 hükmünün lafzının manevi tazminatı *tamamen* dışladığı kabul edilirse bu durumda bahsi geçen şartların varlığı ile de ilgilenmeye gerek kalmayacaktır. *Ölüm* halinde manevi tazminat talepleri ile *bedensel yaralanma* halinde manevi tazminat taleplerini ayrı ayrı irdeleyerek manevi tazminat taleplerini incelemekte fayda görüyoruz.

C. Ölüme Bağlı Manevi Tazminat Talepleri

Manevi tazminatın tanım ve vasıflandırılması, Montreal Sözleşmesi'nde boşluk bırakıldığından lex fori olan Türk hukuku uyarınca yapılacaktır. Manevi tazminat, bozulan manevi dengenin yerine gelmesi ve kişinin duygusal olarak tatmin edilmesini amaç edinen ve kanunun öngördüğü bir telafi şekli olup bir bakıma, haksızlığa uğrayan insanın kızgınlık hislerini dindirme aracıdır.³⁰⁹ Yolcu taşıma sözleşmelerinde, sözleşmeden doğan *karşı tarafın hayatını tehlikeye sokacak davranışlardan kaçınma, gerekli koruma önlemleri alma* gibi yükümlülüklerin ihlal edilmesi yolunun ölümüne sebebiyet verebilecektir.

İşte kazadan kaynaklı sözleşmeye aykırılık sonucu, mücbir sebep dâhil, beden bütünlüğü ihlal edilen yolcu manevi zarara uğramış, *bunu ileri sürmüş* ve sonrasında da ölmüş olabilir. Buradaki "*ileri sürmeden*" kasıt Yargıtay'a göre ölmeden önce dava açılmış olmasıdır.³¹⁰ Bu durumda *ölen yolcunun şahsında doğmuş olan* bu manevi tazminat talebi TMK madde 25/f.4 gereğince mirasçılara intikal edecektir. Burada fiil sonucu derhal gerçekleşmiş olmayan ölüm nedeniyle vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat talebini ileri sürmesi,

³⁰⁸ "...Takdir edilecek tazminat miktarının felaketi (olayı) özlenir hale getirmeyecek tutarda olması, zenginlik sağlayacak bir yekûn teşkil etmemesi gerekir. Başka bir anlatımla, olayın özellik ve meydana geliş şekli ile toplumdaki etkileri ve benzeri faktörler gözetilerek, eylem ile tazminat miktarı arasında adil ve vicdanlara rahatsızlık vermeyecek bir oran bulunmalıdır. Aksi halde hükmün kanunda yer alış amacı saptırılmış olur." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E: 1983/07617 K: 1983/08056 (Kazancı İçtihat, 24.12.2013)

"Tazminatın miktarının davacının kişilik değerini artırmayacağı gibi azaltmayacağı da ortadadır. Burada menfaatler arasındaki ince dengenin yakalanması, manevi tazminatın amacına uygun değerlendirilmesi, hak ve nesafet kurallarına uygun olması ve daha da önemlisi toplumsal anlamda ve anayasa karşısında hassas ve apayrı öneme sahip aynı meslek mensupları arasında biri yararına zenginleşme, diğeri zararına da fakirleşme ölçüsüne varacak bir takdirden de kaçınılması gerekir."

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E:2001/4-1016 - K:2001/757 (Kazancı İçtihat, 24.12.2013).

³⁰⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E: 1983/07617 K: 1983/08056 (Kazancı İçtihat, 24.12.2013).

³¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 232 dn. 826; ayrıca bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E:2002/14576 - K:2003/4915 (Kazancı İçtihat, 24.12.2013):

"...Bundan dolayı ölmeden önce manevi tazminat istemiştir. 4721 sayılı Medeni Yasanın 25/4. maddesi gereğince miras bırakan tarafından ileri sürülen manevi tazminat hakkı onun mirasçılara geçer. Davacılar İ.T'nin mirasçısı olduklarına göre miras bırakan tarafından açılan dava nedeniyle davacılar yararına manevi tazminat takdir edilmemiş olması..."

yani ölenin ölmeden önce sahip olduğu manevi tazminat hakkının intikali söz konusudur.³¹¹ Montreal Sözleşmesi madde 20’de yer alan, ölüm veya yaralanma halinde “yolcu veya onun bu haklarını alan kişi” ile “yolcu dışındaki birinin tazminat talep etmesi” gibi ifadeler kanımızca bu tür intikallere ilişkindir.

Türk öğretisinde *ölüm ile bedensel yaralanmalara bağlı olarak ortaya çıkan manevi zararların* da Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcının sorumluluğunda olduğu, yabancı mahkeme kararlarına da paralel şekilde genel olarak kabul edilmektedir.³¹² Bir farazi örnekle olayı irdeleyemeye çalışalım: New York’tan İstanbul’a uçan bir yolcu, uçağın iniş esnasında yere çakılması kazası sonucu iki bacağını da kaybetmiş ve beyin sarsıntısı geçirmiştir. Bu yolcunun bir vekil tayin etmek suretiyle, ilgili yetkili mahkemede taşıyıcıya karşı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunması *ardından* hastanede vefat etmesi sonucu, manevi tazminat talep hakkı da kural olarak TMK madde 25/f.4 gereği ölenin mirasçılarına geçecektir.

Önemle vurgulayalım ki taşıyıcı ile yolcu arasındaki taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan “ölenin yakınlarının manevi tazminat talebi” ayrı bir konudur ve *iç hukuk* açısından TBK madde 56/f.2 altında düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Varşova Sözleşmesi’nin Türkiye açısından yürürlükte bulunduğu zaman diliminde verdiği bir kararda, yolcunun Prag yolculuğu sırasında *bavullarının kaybedilmesi* nedeniyle olduğu savunulan manevi tazminat talebini dahi yerinde görmüştür.³¹³ Eşyaya verilen hasar neticesinde Montreal Sözleşmesi uyarınca manevi tazminat talebi çalışma konumuz olmamakla beraber, kanımızca Yargıtay’ın uluslararası bir taşımada manevi tazminat talebine bakışı açısından oldukça önemlidir.

D. Bedensel Yaralanma Sonucu Yolcunun Manevi Tazminat Talepleri

i. Genel Olarak

Daha önce de vurgulandığı üzere Montreal Sözleşmesi’nde “şahsi zarar” kavramı yerine, “bedensel yaralanma” ibaresi bilinçli olarak tercih edilmiştir. Ancak yukarıda yabancı taraf devletlerin bu kavrama yaklaşımları da dikkate alındığında, “ölüm veya bedensel yaralanmaya bağlı manevi tazminat” taleplerinin de taşıyıcıya karşı Montreal Sözleşmesi uyarınca ileri sürülmesine madde 29’daki münhasırlık duvarına rağmen imkân tanındığı ileri sürülebilecektir. Manevi tazminatın kuşku ile karşılandığı bazı hukuk sistemlerinde taraf devlet mahkemelerinin dar lâfzî bir yorumla yolcunun tüm manevi tazminat taleplerinin

³¹¹ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 283.

³¹² Kırman, s. 86; Uzun, s. 80; Bozabalı, s. 158; Kaner, s. 67.

³¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2001/11-1161, K: 2001/1152 T: 12.12.2001 (Kazancı İçtihat, 02.01.2014).

reddedebildiği de bir gerçektir. Ancak manevi tazminat kurumunu yerleşmiş bir uygulama ile pekiştirmiş olan Türk hukuku açısından, Montreal Sözleşmesi kapsamındaki “ölüm veya bedensel yaralanmaya bağlı olarak ortaya çıkan yolcunun manevi zararının” da karşılanacağından kanımızca şüphe etmemek gerekir.

ii. Bedensel Yaralanma Kavramı

Montreal Sözleşmesi’nde açıkça tanımlama yapılmadığı için, *bedensel yaralanma* kavramını Türk hukukuna göre vasıflandırıp değerlendirmek gerekir. Kanaatimizce bu kavramdan, geniş anlamda *bedensel bütünlüğün ihlalini* anlamak gerekir. Türk öğretisinde de Varşova Sözleşmesi anlamındaki bu zarar için *cismani* zararın anlaşılması gerektiği söylenmek sureti ile aslında bu ihlalin kapsamının geniş ele alınması gerektiği kanımızca da haklı olarak vurgulanmıştır.³¹⁴ Benzer şekilde öğretilerde iç hukukumuzda cismani zarar ile “bedensel bütünlüğün ihlali” aynı anlamda kullanılmaktadır.³¹⁵ Türk hukukunda bedensel bütünlüğün ihlal edilmesinin mağdurda acı ve ruhsal üzüntü yaratacağından hareketle, bu manevi sıkıntının manevi tazminat yoluyla giderilmesi kanun hükmü ile kabul edilmiştir.³¹⁶ Bu husus kanımızca oldukça önemlidir zira aşağıda³¹⁷ inceleneceği üzere bir yolcu öldüğünde bu yolcunun ölmeden önce acı çektiği varsayımından yola çıkılarak *ölenin bu ölüm öncesi zararı* (“pre-death suffering”) için mirasçılara yüklü miktarda ödeme yapılmaktadır. Ölmeden önce manevi tazminat istemini *ileri sürmüş* olma şartı arayan Türk hukuku açısından Yargıtay’ın bu tür bir *farazi* fakat kanımızca *geçerli olan* bir talebe nasıl yaklaşacağı tarafımızca merak konusudur. Kanımızca bu tür talepleri de manevi zarar kalemi olarak olumlu değerlendirmek mümkündür.

TBK madde 56/f.1 hükmüne göre, “Hâkim, bir kimsenin *bedensel* bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, *olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene* uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.”

iii. Bedensel Yaralanma Halinde Yolcunun Manevi Tazminat Talebi

Bizim burada tartıştığımız hususun, bedensel yaralanmaya maruz kalan şahsın yani *yolcunun kendisinin* manevi tazminat talebi olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, tıpkı yukarıda tartışılan yolcunun *ölümden kaynaklanan manevi tazminat* talebinin asli *dayanağının* TMK madde 25 veya TBK ilgili hükümleri olmayıp Montreal Sözleşmesi’nin 17. maddesi olması

³¹⁴ Kaner, s. 66.

³¹⁵ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 277-282

³¹⁶ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 278.

³¹⁷ Bkz. Beşinci Bölüm.

gibi, burada da yolcu TBK hükümlerine değil bedensel yaralanmada doğrudan Montreal Sözleşmesi madde 17'ye dayanarak manevi tazminat talebinde bulunacaktır. Zira yolcu ihlal edilen yolcu taşıma sözleşmesinin tarafıdır ve manevi tazminat talebi dâhil tüm talepleri Montreal Sözleşmesi uyarınca çözümlenecektir.

Bedensel yaralanmanın *şekli*, manevi tazminatın *tespit ve kapsamı* gibi dokunulmamış alanlarda Türk hâkiminin kendi hukukunca değerlendirme yapması ise ayrı bir husustur. Türk mahkemesi, bedensel yaralanma kavramını “*bedensel bütünlüğün ihlali*” şeklinde genişçe yorumlayacağından salt fiziksel bütünlüğü değil, aynı zamanda ruhsal bütünlüğü de yolcu açısından dikkate alacaktır. Zira Türk hukukunda, beden bütünlüğü kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ile sağlığının korunmasını kapsayan genel bir kavramdır.³¹⁸ Montreal Sözleşmesi kapsamında bir *kaza* neticesinde, yolcunun görme yetisini kaybetmesi, felce uğraması, üreme yeteneğini kaybetmesi, yüzünün yanması, parmaklarını kaybetmesi, bacağına kesilmesi, iç kanama geçirmesi, beyin hasarı geçirmesi gibi durumlarda fiziksel bütünlüğü ihlal edilmektedir. Kaza sonucu meydana gelen *bedensel yaralanmaya bağlı* örneğin *görme yetisi kaybı* neticesinde uyuyamama, sürekli üzüntü içerisinde bulunma, ölüm korkusu, iştahsızlık, ruhsal çöküntü, sosyal hayatın tamamen bitmesi gibi durumlar ise ruhsal bütünlüğün bozulması olarak değerlendirilebilir. Önemle vurgulayalım ki “bedensel yaralanma olmaksızın salt ruhsal bütünlüğün ihlali” ayrı bir husustur, buradaki örnekler ise bir *kaza neticesinde bedensel yaralanmaya bağlı* olarak beliren manevi sıkıntılara verilen örneklerdir. Yargıtay’a göre de, yolcu taşıma sözleşmesine aykırılık sebebi ile yolcu yaralanırsa, alacaklının yani yolcunun “beden bütünlüğü” ihlal edilmiş olacaktır.³¹⁹ Yargıtay olayın özellikleri de göz önüne alınarak, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi üzüntüsünü giderecek nitelikte tazminata hükmedilmesi gerektiğini yerleşik uygulaması ile vurgulamaktadır.³²⁰

³¹⁸ Arıdemir, s. 115.

³¹⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 21.12.2006 E: 2005/11630 - K: 2006/13721 (Kazancı İçtihat, 03.01.2014): “...dava, yolcu taşıma sözleşmesine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, davacının, üzerinde... *Seyahat* yazılı otobüste yolcu olarak bulunmasına, davalı... Turizm Ltd. Şti. tarafından bilet satışı yapılmasına, bu durumda, davacının bindiği araç, davalı... Turizm Ltd. Şti.'ne ait olmasa bile, bilet satışı ile taşıma sözleşmesinin kurulmasına...”

³²⁰ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E:1975/8355 - K:1976/3924 T: 20.05.1976 (Kazancı İçtihat, 03.01.2014): “Kısmen hükümlenen manevi tazminata gelince: Manevi tazminatın miktarını tayin konusunda her ne kadar yasa belli bir ölçü getirmemiş ise de; hâkimin tazminatın miktarını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını göz önünde bulundurmak suretiyle bozulmuş olan *ruhsal ve bedensel huzuru M.K.'nun 4. maddesinde yazılı hak ve nesafet kurallarına uygun düşecek biçimde* tayin ve takdir etmek durumundadır. İşverenin ağır kusuru sonucu vukua gelen iş kazası 19 yaşında genç kızlık çağı içinde bulunan davacıdan tıbben giderilmesi olanaksız bulunan sekel'ler bırakmış ve *bu hal bir genç kızın çok önemli bir zıynetini olan güzelliğini yok etmiştir. Bu durumda ömrü boyunca yaşam hevesini yitirmiş bulunan davacının hükümlenen tazminatla tatmin edilmiş olabileceği düşüncesi isabetli sayılamaz.*”

Manevi tazminat talebinde bulunacak olan yolcunun kendisi, *kaza* neticesinde bedensel bütünlüğünün ihlal edildiğini ve bu ihlal neticesinde de manevi zarara uğradığını ispatla yükümlü olacaktır. Gerçekten de bir yolcunun bir *kaza* neticesinde fiziksel görünümünün değişmesi veya doğal görünüşünün bozulması³²¹ neticesinde fiziksel acının yanı sıra bundan duyulacak olan ruhsal üzüntü ve acının da Montreal Sözleşmesi kapsamında *açık lafzına rağmen* kanımızca dikkate alınması gerekir. Uluslararası bir yolculukta, *kaza* neticesinde bir genç kızın saçlarının tamamen yanması, kişinin üreme yeteneğini kaybetmesi, kol veya bacaklarının kaybı, duyu yetilerinin kaybı gibi olaylar sonucunda *bunlara bağlı olarak* beliren ruhsal çöküntünün elbette manevi tazminat kapsamında yolcu veya vekili tarafından münhasırlık engeline takılmadan ileri sürülebilmesi gerekir.

iv. Manevi Zarar Sonucu Beliren Bedensel Zararların Değerlendirilmesi

Değinilmesi gereken bir diğer önemli husus da, manevi zararların bedensel tepkilere yani bedensel zararlara sebebiyet vermesi halidir. Salt *olağan* ve *basit* korku veya endişelerin Montreal Sözleşmesi uyarınca giderilememesi ana kural ise de, bazen bu ruhsal bütünlük ihlallerinin bedeni reaksiyon olarak belirmesi de mümkündür. Yani burada bedensel zarar manevi zarara değil, manevi zarar bedensel zarara sebep olmaktadır.

Sağ kurtulan fakat uçağın aniden düşüş yapması sonucu, yaşanan ölüm korkusu ve aşırı stres sonucu sürekli burnun kanaması veya sonradan beyin hasarının oluşması, aşırı yorgunluk ve halsizlik, yüz ve ellerde belirgin solgunluk oluşması gibi fiziksel belirtiler buna örnektir. Meydana gelen *kaza* ile aralarında *uygun illiyet bağı* bulunduğu ve ispatlanabildiği sürece, kanımızca bu zararların Montreal Sözleşmesi uyarınca *yolcu* lehine giderilmesine hiçbir engel yoktur. Zira bu sorunlar ve bedensel reaksiyonlar aslında “bedensel yaralanma” kümesinin doğal bir parçasıdır. PTSD (“Travma Sonrası Stres Bozukluğu”) vakıalarının da bu bağlamda ele alınması gerekir yeter ki fiziksel belirtiler *kaza* ile uygun illiyet bağı çerçevesinde davacı yanca ispat edilebilsin.

Kanımızca *kazaya* bağlı ruhsal bunalım sonucu yüzü sararan bir mankenin, bu sararmaya bağlı manevi elemine dönük manevi tazminat talebini olumlu karşılamak gerekir çünkü *kaza sonucu dolaylı beliren yüzün sararması* ile *kaza* sonucu duyulan *manevi elem* arasında uygun illiyet bağı vardır ve bu bağ kesilmemiştir. Sararmaya yol açan ilk salt ruhsal bunalımın

³²¹Erdem Büyüksağış. “Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 54.

kendisinin doğrudan manevi tazminata konu olup olmayacağı ise, saf manevi bir zararın Montreal Sözleşmesi uyarınca giderilip giderilemeyeceği sorunudur.

E. Yolcunun Ölüm veya Bedensel Yaralamadan *Bağımsız* Manevi Tazminat Talepleri

i. Türk Hukuku'nda *Salt* Manevi Zararların Tazmini

Montreal Sözleşmesi uygulaması açısından *en tartışmalı* olan husus, bir ölüm veya bedensel yaralanma belirtisi olmaksızın salt manevi bir zararın Montreal Sözleşmesi uyarınca giderilip giderilemeyeceğidir. Yabancı mahkeme kararlarında bu soruya olumlu cevap verenler olduğu gibi, özellikle manevi tazminat kurumuna sıcak bakmayan taraf devlet mahkemelerinde genellikle olumsuz yanıt verilmektedir. Bu nedenle Türk hukuku açısından salt manevi zararların nasıl ele alınabileceğini irdelemekte yarar görüyoruz.

Öğretide bir görüş, cismani zarar olmaksızın meydana gelmiş ruhi bunalımın “ne kadar kuvvetli olursa olsun” bir tazminat talebine Varşova Sözleşmesi uyarınca konu olamayacağını belirtmektedir.³²² Oysaki kanımızca, bağımsız manevi tazminat taleplerini yerleşik bir uygulama ile karara bağlamış olan Türk hukuk sistemi açısından bu görüş, bazı hakkaniyetsiz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacaktır. TMK madde 23 ve devamında ölüm veya bedensel yaralama gibi hususlardan bahsedilmeksizin, kişiliğin doğrudan korunmasından bahsedilmiştir.

TBK, özel koruma getiren madde 56'nın kapsamı dışındaki diğer kişilik hakkı ihlallerini madde 58'de düzenlemiş ve koruma altına almıştır. Anılan bu TBK hükmüne göre, “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, *uğradığı manevi zarara karşılık* manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini” isteyebilecektir. Ayrıca “Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına” hükmedebilir. Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde Türk hukuku açısından, kişilik hakkı ihlali ve saldırılarına karşı bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat taleplerine olumlu bakıldığı anlaşılmaktadır.

ii. Montreal Sözleşmesi *Türkiye* Uygulaması Açısından *Salt* Manevi Zararlar

³²² Kaner, s. 67. Yazar bu değerlendirmeyi Türkiye açısından Varşova Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönem için yapmaktadır ancak Montreal Sözleşmesi konuya ilişkin 17. maddesi ile Varşova Sözleşmesi'nin konuya dair 17. maddesinin anlamı bozulmayacak şekilde *benzer* kaldığını vurgulamakta yarar görüyoruz.

Türkiye açısından Montreal Sözleşmesi uygulanırken, taşıyıcının yolcunun salt manevi taleplerinden de sorumlu tutulabileceğini ve bu talebin münhasırlık engeline de takılmadan incelenebileceğini kanımızca kabul etmek gerekir. Ancak taşıyıcının sorumluluğunu *belirlenebilir* ve *öngörülebilir* kıstaslara bağlama ve *yeknesak* uygulama amacıyla olan Montreal Sözleşmesi uyarınca kanımızca bu talebi diğer durumlara nazaran daha *bir titizlikle ve dar yorumla* incelemek icap eder.

Verilecek hükümlerle hem taşıyıcı Montreal Sözleşmesi amacı ile bağdaşmayan bir yükümlülük altına sokulmamalı, hem de yolcu manevi elemi ile hukuki vicdanı zedeleyecek şekilde baş başa bırakılmamalıdır. Aksine yorum, uluslararası yolcu taşıma sözleşmelerinde ciddi hakkaniyetsizliklere yol açacaktır. Bir örnekle yaşanabilecek hakkaniyetsiz sonuçları inceleyelim. Varşova'dan İstanbul'a gelen yolcu anne ile küçük kızı uçağın alçaldığı sırada alev alması sonucu koltukta sıkışan annenin, çaresizce kızının alevler içinde yanmasına şahit olduğunu ancak kendisinin bu olaydan hiçbir *bedensel* zarar söz konusu olmaksızın sağ kurtulduğunu varsayalım. Bir yolcu mankenin ise aynı kazada yüzünde sadece ufak çizikler oluştuğunu düşünelim.

Eğer münhasırlık duvarı ile beraber, salt manevi tazminat taleplerine olumsuz bakılır ve Montreal Sözleşmesi dar bir lâfzî yorumla uygulanırsa, anne belki de yolcu mankenin uğradığı maddi ve manevi zarar toplamının onlarca katı değerindeki manevi elemi ile baş başa bırakılacaktır. Uçakta *yolcu olarak bulunmayan* babanın ise *ağır* yaralanan kızının durumundan dolayı manevi tazminat talebine kendisi “yakın” olduğundan aşağıda değineceğiz.³²³ Bedensel zarar olmadığı için anne açısından da *yakın* olan aynı babanın yani kocanın ise *TBK madde 58 uyarınca* manevi tazminat talebinde bulunamayacağını ise tekrar hatırlatmakta bu noktada yarar görüyoruz. Münhasırlık gereği salt manevi zarara uğrayan anneye karşı iç hukuka da başvuramayacağını zira Montreal Sözleşmesi madde 29'un buna engel olduğunu ileri sürmek, meseleyi daha da çözümsüz kalacaktır. Anne aynı zamanda *yolcudur* ve salt bir manevi zarara uğramıştır. Kanımızca bu tür “çözümsüz bırakıldığında hukuktan beklenen yararı zedeleyecek” kıvamda bir manevi elemin Montreal Sözleşmesi uyarınca manevi tazminata konu olmasında bir engel olmamalıdır.

iii. Yargıtay'a Göre Salt Manevi Zararların Montreal Sözleşmesi Uyarınca Değerlendirilmesi

³²³ Bkz. Beşinci Bölüm.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise *yolcunun*, uçuşunun iptal edilmesi ve hava yollarının kendisini yanlış yönlendirmesi neticesinde manevi zarara uğradığı yönündeki iddiasını yerinde bulmuştur.³²⁴ Kanımızca Yargıtay'ın belirtilen sıkıntının Varşova Sözleşmesi (ya da Montreal Sözleşmesi) madde 17 anlamında *kaza* olup olmadığını ve *kazanın biniş işlemleri sırasında meydana gelip gelmediğini* tartışmaksızın doğrudan manevi tazminata hükmetmesi bir eksikliktir. *Biniş işlemleri* sırasında meydana gelen taşıyıcının yanlış yönlendirmesinden kaynaklı ruhsal çöküntünün, yolcu taşıma sözleşmeleri açısından Montreal Sözleşmesi anlamında Yargıtay'ca *kaza* olarak kabul edildiği ve “bedensel yaralanma olmaksızın da manevi tazminata hükmedilebileceği” anlaşılmaktadır. Ayrıca kanımızca, Yargıtay'ın bu olayda olayın *biniş işlemleri* sırasında veya iniş işlemleri sırasında meydana geldiğini zımnen kabul etmiş olması gerekir, aksi halde Varşova Sözleşmesi'nin uygulama şartları oluşmaz ki manevi tazminata bu kapsamda hükmedilebilsin. Ancak Yargıtay'ın en tartışmalı olan salt manevi tazminat talebinde bile meseleye olumlu yaklaşması kanımızca *Türkiye açısından* Montreal Sözleşmesi uygulanırken *yolcunun salt* manevi tazminat taleplerinin de dikkate alınacağına dair önemli bir göstergedir. Böylece salt manevi talepler için, Montreal Sözleşmesi'nden çıkıp iç hukuka başvurma yani “münhasırlık tartışmasının” ayrıca yapılmasının da önüne geçilmiş olur. Kanaatimizce de bu çözüm yerinde olacaktır, ancak her “bedensel yaralanma olmaksızın oluşan manevi zararda” da manevi tazminata hükmedilmemesi gerekir. Bu nedenle her somut olayın detaylıca irdelenmesinde yarar vardır. Örneğin yolcunun *olağan* bir yükseklik korkusunun Montreal Sözleşmesi uyarınca giderilemeyeceği açıktır.

iv. Manevi Tazminatı Gerektirebilecek Salt Manevi Zararlar

Manevi tazminatı Montreal Sözleşmesi uyarınca gerektirebilecek halleri sınırlı olarak saymak elbette mümkün değildir. Ancak kanımızca özellikle uçaktaki *cinsel taciz* olaylarında da mağdur yolcunun bedensel yaralanma olmazsa bile Montreal Sözleşmesi uyarınca manevi tazminat talep edebilmesi gerekir. *Uçuş kabin görevlisinin* fiziksel sarkıntılık etmesi, ağır küfürler etmesi veya cinsel istismarda bulunması gibi hususların cevapsız bırakılmaması kanımızca yerinde olacaktır. Başka bir yolcunun diğer yolcuya karşı bu tür hakaretleri etmesi kural olarak Montreal Sözleşmesi dışında kalacaktır ancak her somut olayda yolcu-yolcu arasında beliren maddi veya manevi zararlarda *taşıyıcı ile adamlarının ihmali veya katkısının olup olmadığının* belirlenmesi gerekir.

³²⁴ Karar için bkz. H. Murat Demirkıran. “Varşova Lahey Konvansiyonu Uyarınca Uluslararası Yolcu Taşımalarından Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Manevi Tazminat Meselesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan”, C.I, İstanbul, 2007, s. 891.

Ancak uçağa binme korkusu, telaş, stres, yükseklik korkusu gibi *olağan* ve *beklenen* manevi sıkıntıların taşıyıcıya karşı ileri sürülmesine imkân yoktur, zira aksine yorumda Montreal Sözleşmesi amacı ile çelişmiş olur. Yolcunun cinsiyeti, cinsel tercihi, ırkı veya dini nedeniyle kabin görevlileri tarafından herkesin içinde rencide edilmesi, küçük düşürülmesi, dışarı çıkartılması³²⁵ gibi olaylarda da taşıyıcı manevi zarardan sorumlu tutulmalıdır. Şeref ve haysiyete dönük ihlallerin, bu kapsamda dikkatlice her somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir. Zira “şeref ve haysiyete dönük ihlallerin” *nispi* olduğu göz ardı edilmemelidir.³²⁶ Günümüzde teknolojik gelişmelere de bağlı olarak veri paylaşma, toplama ve yayma kolaylığı da nazara alındığında kanımızca *yolcuların bilgilerinin paylaşılması, istihbarat birimlerine gizlice verilmesi, gizlice fotoğrafların çekilip kullanılması, şüpheli zannedilerek yolcunun herkesin içinde kelepçelenmesi* gibi durumlarda da hassas bir inceleme neticesinde Montreal Sözleşmesi kapsamında taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilmesi gerekir.

III. Yolcunun Maddi Tazminat Talebi

A. Maddi Zarar Kavramı

Gerek yabancı mahkeme kararları, gerek Türk hukuku uygulaması açısından Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcının sorumlu tutulduğu tazminat türünün *öncelikle* maddi tazminat olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Bu nedenledir ki yabancı mahkeme kararları, taşıyıcının maddi zararını ispatladığı durumlarda diğer sorumluluk şartları da varsa (kaza, illiyet bağı gibi) yolcunun tazminat talebini olumlu karşılamaktadırlar.

Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1 anlamında³²⁷ taşıyıcının yolcuya karşı asıl sorumlu tutulmak istendiği zarar işte yolcunun uğradığı bu *maddi* zarardır. Kaldı ki bu hüküm ibaresinde sadece “zarar” veya “hasar” anlamına gelen “damage” ibaresi kullanılmıştır. Türk hukukunda *zarar* deyiminin tek başına kullanıldığında maddi zararı ifade edeceği ise unutulmamalıdır.³²⁸ Öğretide de aynı hükmü içeren Varşova Sözleşmesi madde 17'nin

³²⁵ Şanlı, Cemal. Sempozyum (Çelikleş, s. 47):

Iraktaki bir grup Amerikan askeri bir Türk taşıyıcı firma ile Adana'dan Amerika'ya sefer gerçekleştirecek iken, sarhoş olup etrafa rahatsızlık veren siyahî yolcu pilotun talimatı ile uçaktan indiriliyor. Çıkarılan yolcu Adana'da kalıyor ve New York mahkemelerinde *şirketin burada da şubesi bulunmasından dolayı* yargı yetkisi problemini de aşarak Türk firmaya karşı ayrımcılığa uğradığı iddiası ile ciddi bir tazminat davası açıyor. Uzlaşma sonucu davacıya tazminat ödenmek sureti ile dava sulh ile sonuçlanıyor. Bu açıdan mesele ele alındığında kanımızca özellikle doğrudan *taşıyıcının adamlarınca* yapılan uçaktan dışarı çıkarmaların, özellikle de haksız olduklarının anlaşılması üzerine, madde 17 anlamında kaza olduğu açıktır.

³²⁶ Arıdemir, s. 125.

³²⁷ “The carrier is liable for *damage* sustained in case of *death or bodily injury of a passenger...*”

³²⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 428.

bedensel bütünlüğünün ihlalinin malvarlığında meydana getirdiği eksiltme anlamında “cismani zarar” kavramı kullanılmaktadır.³²⁹

Kanımızca yukarıda manevi tazminat ele alınırken vurgulandığı üzere, Montreal Sözleşmesi’ni hazırlayanların “bedensel yaralanma” tabiri üzerinde ısrarcı olmalarını yani manevi tazminatı dışlamaya dönük ısrarlarını da “*maddi tazminat taleplerinin özellikle ve öncelikle ele alınması gerekliliği*” olarak yorumlamak gerekir. Zira mahkemelerce manevi tazminatın Montreal Sözleşmesi kapsamında olup olmadığının bu kadar tartışılıyor olması da, aslında özellikle maddi zararın bu kapsamda olduğunun ileri sürülmesi demektir. Yargıtay da Varşova Sözleşmesi uyarınca kendisine gelen bir olayda, uyuşmazlık konusu eşyanın eksik teslim edilmesine rağmen *doğrudan zarar – dolaylı zarar yani maddi zarar* tartışması yaparak aslında maddi zararın ele alınması gerekliliğini de teyit etmiştir.³³⁰

B. Maddi Tazminat Davası Şartları ve Montreal Sözleşmesi

Türk hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi tazminat davası şartlarını borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması, alacaklının bundan dolayı bir *zarara* uğramış olması, yani bu aykırılık ile maddi zarar arasında *uygun illiyet bağının* olması, borçlunun kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edememiş olması şeklinde sıralamak mümkündür.³³¹ Maddi zarar ise Türk öğretisinde fark kuramı³³² esas alınarak, genel olarak bir kimsenin *malvarlığında kendi rızası dışında meydana gelen azalma* diye tanımlanmaktadır.³³³ İşte malvarlığındaki bu azalma maddi tazminatın *asli* unsuru olduğu kabul edildiğinden, bu azalma yani zarar söz konusu olmaksızın kural olarak ne iç hukukta ne de Montreal Sözleşmesi kapsamında maddi tazminat istenmesi mümkün olmayacaktır. Bu “*malvarlığındaki azalma*” olgusu aynı zamanda maddi zararı manevi zarardan ayıran en önemli kıstaslardan biridir.³³⁴ Bir uluslararası yolcu taşımasında, hava aracı kaza yaptığı halde yolcu hiçbir maddi zarara uğramamış olabilir. Örneğin yüzünde oluşan küçük sıyrığı aynı zamanda doktor olan yolcunun kendisi derhal tedavi edebilir. Tazminat davası ise, sözleşmeye aykırılık sonucu yolcunun uğradığı maddi zararını bir eda davası³³⁵ sonucunda yolcuya tazmin ettirme amacı ile açılır.

³²⁹ Kaner, s. 66.

³³⁰ 11.HD E.1998/5499 K.1999/136 T: 26.01.1999 (Kazancı İçtihat, 03.01.2014). Kararın *maddi zarar* açısından değerlendirilmesi için bkz. Büyüksağış, s. 96.

³³¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 425-427.

³³² *Fark kuramının* zararı matematiksel bir çıkarıma dayandırdığı konusunda bkz. Büyüksağış, s. 50.

³³³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 428; Büyüksağış, s. 46.

³³⁵ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 67.

C. Montreal Sözleşmesi Açısından Maddi Zararın Türü

Montreal Sözleşmesi açısından *ölüm, yaralanma veya gecikme* durumlarında aslında borçlu taşıyıcı açısından “borcun gereği gibi veya uygun şekilde ifa edilmemiş olması” durumu vardır, zira burada borcun hiç ifa edilmemiş olduğundan bahsetmek kanımızca güçtür. Yolcunun yapılan yolcu taşıma sözleşmesinden beklenen menfaati, kararlaştırılan yere kararlaştırılan zamanda en uygun şekilde sağ salim ulaştırılmasıdır.

İşte Montreal Sözleşmesi’nde hüküm altına alınan bu üç sözleşmeye aykırılık halinde, yolcu *geçerli bir sözleşme* olmasına rağmen bu kurulan sözleşmeden beklediği menfaati ve yararı “gereği gibi ifa edilmemiş olma” yüzünden elde edememiş demektir. Bu nedenle kanımızca Montreal Sözleşmesi uyarınca madde 17 anlamında Türk mahkemeleri tarafından belirlenecek olan zararın niteliği *müspet zarar* olacaktır. Zira burada alacaklının borcun gereği gibi ifasındaki menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı bir zarar söz konusudur, yoksa yolcu taşıma sözleşmesinin *geçersiz olması veya kurulamaması* durumu burada bulunmamaktadır.³³⁶

Kanımızca menfi veya müspet zarar kavramlarının Türk hukuku uyarınca vasıflandırılması oldukça önemlidir çünkü tazminatın *hesaplanması* ile *kapsamında* kolaylık açısından da bu nitelendirme önemli olacaktır. Türk öğretisinde haklı olarak vurgulandığı üzere, sözleşmeye aykırılık durumunu içermeyen salt haksız fiile dayalı tazminat taleplerinde müspet- menfi ayrımı yapılmasının pratik bir değeri de yoktur.³³⁷ Ancak her ne kadar ölüm veya bedensel yaralama Türk hukuku açısından açıkça aynı zamanda “haksız fiil” sayılacak ise de Montreal Sözleşmesi kapsamında bu haller *sözleşmeye aykırılık halleri* olarak düzenlenmiştir ve bu yüzden bahsedilen ayrımın önemli olduğu düşüncesindeyiz.

Bir uyuşmazlıkta, haksız fiilden sorumluluk (öldürme veya yaralama *genel davranış kurallarına aykırılık* teşkil eder) ile sözleşmeye aykırılıktan sorumluluğun (ölüm, yaralamaya sebebiyet verme *borcun gereği gibi ifa edilmediği* anlamına gelir) beraber bulunmasında bir engel yoktur. Türk hukukunda ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlalinin hem *haksız fiil* hükümlerinde, hem de işçi-işveren sözleşmelerinde olduğu gibi *sözleşmeler hukuku* hükümlerinde düzenlenmesi bu yarışan taleplere sadece bir örnektir.

D. Maddi Tazminatın Kapsamının Belirlenmesinde Yararlanılacak Hükümler

³³⁶ A.g.e, s. 429-430.

³³⁷ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 433; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 38.

TBK madde 114/f.2 “sorumluluğun ve giderim borcunun *kapsamı*” başlığı altında, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin *kıyas yoluyla* sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağını vurgulamıştır. TBK madde 53 ve 54 ise haksız fiillerde “ özel durumlar” başlığı altında en tipik haksız fiil örneklerinden olan ölüm ve bedensel zararı ayrı ayrı düzenlemiştir.

Kanımızca bu hükümler, Montreal Sözleşmesi’nde *özellikle ve sınırlı olarak*, yolcu taşıma sözleşmeleri madde 17 açısından, ölüm veya bedensel yaralanma halleri düzenlendiğinden Türk mahkemeler açısından daha özel bir anlam kazanacaktır zira *zararın tespiti ve kapsamı* haksız fiil hükümlerinden yararlanılarak yapılacaktır. Bundan kastımız, mahkemenin her sözleşmeye aykırılık halinde sürekli haksız fiil hükümlerine bakması zorunluluğu değildir. Ancak konusu itibariyle ölüm veya bedensel yaralanmanın öne çıktığı bir sözleşmede (yolcu taşıma sözleşmesi gibi) hâkim elbette bu genel haksız fiil hükümlerini de kıyasen dikkate alacaktır.

Ancak önemle vurgulayalım ki, bu haksız fiil hükümlerinden sadece *kıyasen ve gerekli görüldüğü* takdirde yararlanılacaktır zira bu iki halin, özlerinde birer sözleşmeye aykırılık teşkil edip *Montreal Sözleşmesi özel hükümlerine* tabi olduğu hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Bir örnek vermek gerekirse yetkili Türk mahkemesi, iç hukuktaki haksız fiil hükümlerinden de sözleşmeye aykırılık hükümlerinden de yararlanırken hiçbir zaman ne TBK madde 72, ne de TBK madde 146’daki zamanaşımı sürelerini uygulayacaktır zira bu süre zaten Montreal Sözleşmesi açık hükmü ile 2 yıl olarak belirlenmiştir³³⁸. Aşağıda Montreal Sözleşmesi uyarınca maddi tazminat talepleri *ölüm ve bedensel yaralanma* açısından ayrı ele alınacak, yeri geldikçe Montreal Sözleşmesi’nin bu tür davalarda *öncelikle* uygulanacak prensiplerine değinilecektir.

E. Ölüm veya Bedensel Yaralanmaya Bağlı Maddi Tazminat Davaları

i. Ölüme Bağlı Maddi Tazminat Talepleri

a) Ölüm Halinde Maddi Tazminatın Kapsamı

Montreal Sözleşmesi madde 17 uyarınca ölüm bir *kaza* neticesinde meydana gelmiş olmalıdır. Ölüm veya bedensel yaralanma başlı başına zarar değildir, ölüm neticesinde bir zararın meydana gelmiş olması yani *malvarlığında bir azalma* meydana gelmiş olması gerekir. Sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil zarar olmayıp, zarar bunların bir sonucudur. TBK madde 53, haksız fiil sonucu ölüm halinde bazı zarar kalemlerini *tüketici olmayan* bir sayımla

³³⁸ Bkz. Aşağıda Bölüm 6, 1-II “Dava Açma Süresi”.

düzenlemiştir.³³⁹ Burada ölüm ister ani ister sonradan gerçekleşsin, ölen kişinin ölümle hukuki kişiliği sona ereceğinden burada *maddi zarara* uğrayacak olan kişiler terekeyi devralacak olan mirasçılar ile ölenin desteğinden yoksun kalacak kişiler olacaktır.³⁴⁰ Belirtmek gerekir ki manevi tazminat için öngörülmüş olan MK madde 25/f.4'teki gibi *ileri sürülmüş olma* şartına bağlı olmaksızın, yolcunun ölmesi halinde maddi tazminat davası açma hakkı mirasçılara geçecektir. Tazminat isteme hakkına devir veya ölüm halinde külli halefiyet yoluyla sahip olanların ise ilk alacaklıdan yani ölen yolcudan bir farkı olmayacağı da unutulmamalıdır.³⁴¹

TBK madde 53 gereği ölüm halinde *özellikle* dikkate alınması gereken zarar kalemleri; cenaze giderleri, ölümden önceki tedavi giderleri ve madde 54'teki diğer zararlar³⁴² ile “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin” ölüm nedeni ile uğradıkları kayıplar olarak sıralanmıştır. Önemle vurgulayalım ki, ölümün aniden gerçekleşmediği durumlarda ölümden doğan zararların yanı sıra TBK madde 54'te *özellikle* sayılan bedensel zarar kalemleri de zarara dâhil olacaktır, madde 53'ün “ölüm öncesi giderler” fıkrası işte bunu düzenlemektedir.³⁴³

Örneğin bir uçağın geçirdiği *kaza* sonucu *yolcu* hastaneye kaldırılmış, organ nakline ilişkin masraflar yapılmış ancak tüm bu müdahalelere rağmen yolcu üç ay sonra vefat etmişse, olayda tüm bu masraflar yolcunun *bedensel bütünlüğünün ihlaline dayalı* aşağıda ayrıca incelenecek olan ve *ölüm öncesi beliren* taleplerine ilişkindir. Ölüm vuku bulduğunda ise özellikle TBK madde 53'teki ölüm sonrası zarar kalemleri de ortaya çıkar. Cenaze masrafları

³³⁹ Büyüksağış, s. 53.

³⁴⁰ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 99.

³⁴¹ A.g.e, s. 69 dn. 189.

³⁴² TBK ilgili 53. ve 54. Maddelerindeki zarar kalemleri şöyledir:

IV. Özel durumlar

1. Ölüm ve bedensel zarar

A. Ölüm

MADDE 53- Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

B. Bedensel zarar

MADDE 54- Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.

2. Kazanç kaybı.

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

³⁴³ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 100.

kapsamı; cenazenin taşınması, merasim, ilan gibi masraflar ile ölenin *sosyal* durumu da göz önüne alınarak yapılacaktır.³⁴⁴

b) Maddi Zararı Talep Edecek Kişiler ve İstenebilecek Zarar Kalemleri

Bir örnekle durumu açıklayacak olursak, İstanbul'dan New York'a giden uçakta *inişte* meydana gelen *kazada* Türk vatandaşı T ağır yaralanmış, New York'ta *en yakın bir özel hastanede* acil tedavi altına alınmış, ancak kurtarılamamıştır. Terekeyi devralacak olan mirasçılar açısından *yapılmış* ve *yapılacak* olan masraflar, terekenin azalmasına yol açacağından terekeyi devralan mirasçıların Montreal Sözleşmesi madde 17 kapsamında maddi zarara uğrayacakları kesindir. T'nin köyünde defnedilme vasiyetine sadık kalmak isteyen mirasçısı A, T'nin cenazesini almak için New York'a gitmiş, uçak bileti almış, cesedi tabuta koydurmuş, tabut nakil aracını İstanbul'da kiralamış, araç için yakıt almış, ölen yolcu T'yi köyüne götürmüş, adetler gereği misafirlere yemek ikram etmiştir.

Bu tüm masrafların terekeden ödeneceği varsayıldığında, masraflara katlanan *mirasçı* A'nın Montreal Sözleşmesi madde 17 uyarınca taşıyıcının sorumluluğuna gitmesi ve bu zararları tazmin etmesi mümkündür. İç hukukta bir görüş, terekeye başvurmaksızın bu tür masrafları *kim yapmışsa onun zararı talep etme hakkı* olduğunu kabul etmektedir.³⁴⁵ İç hukuk açısından haklı gördüğümüz bu görüşe katılmakla beraber Montreal Sözleşmesi uyarınca ölüm halinde *üçüncü bir şahısça* yapılacak her türlü maddi tazminat taleplerinde bu kuralı uygulamanın yeknesaklık ve belirlilik gereği doğru olmayacağı görüşünderiz. Bu nedenle Montreal Sözleşmesi kapsamındaki yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından ölüm halinde yolcu açısından maddi tazminat isteme hakkını ölen yolcunun mirasçılarına tanımak yerinde olacaktır.³⁴⁶ Aksine yorum, yabancı bir taşıyıcı havayolları karşısına “ölen yolcu için şu kadar tereke dışı masraf yaptım” diyen ve mirasçı sıfatı haiz olmayan pek çok kişinin çıkmasına sebep olur ki kanımızca bu, Montreal Sözleşmesi'nin *yeknesaklık* ve *belirlilik* ilkelerinin amacı ile bağdaşmayacaktır.

Kanaatimizce *tereke dışı iyi niyetle* masraf yapan *mirasçı dışındaki kişilerin* bu taleplerini doğrudan terekeye karşı ileri sürmesi daha uygun olacaktır. Eğer terekeden bu şahsa ödeme yapılırsa, işte bu durumda zaten mirasçı bu masrafı kendisi yapmış gibi uygun illiyet bağı da varsa (*kaza* ile üçüncü şahsa yapılan *ödeme* arasında) diğer zarar kalemlerine ekleyecek ve böylece Montreal Sözleşmesi uyarınca yine zararını karşılamış olacaktır. Bu çözümümüz

³⁴⁴ A.g.e, Cilt II, s. 99.

³⁴⁵ A.g.e, s. 100.

³⁴⁶ Ülgen, s. 215; Kırman, s. 165.

yöntemi uyarınca, taşıyıcı şüpheli olan bir taleple muhatap olmayacak diğer taraftan masrafta bulunan üçüncü kişi de mirasçı da mağdur edilmemiş olacaktır.

c) Destekten Yoksun Kalan Kişi ve Mirasçı İlişkisi

Türk hukukunda destekten yoksun kalan kişinin maddi tazminat talebini ile mirasçıya intikal eden maddi tazminat hakkı arasında öncelikle hukuki dayanak noktasında farklılık vardır. Destekten yoksun kalan kişi, maddi tazminat talebini doğrudan TBK madde 53/bent 3 açık düzenlemesine dayandırmaktayken mirasçı, ölüm halinde TMK madde 25/bent 4 ve diğer mirasçılık hükümleri çerçevesinde gerçekleşen halefiyet durumuna dayandırmaktadır. *Destekten yoksun kalan kişi* açısından kendisine *halefiyet yolu ile yolcudan gelen bir hak* söz konusu değildir.

Destekten yoksun kalan kişi aynı zamanda mirasçı ise, normal şartlarda kendisine “kalan bu miras onun destek ihtiyacını da azaltıyorsa” zaten iç hukukta dahi talep edemeyeceği böyle bir zararı giderim talebini kanaatimizce Montreal Sözleşmesi uyarınca da ileri sürememesi gerekir. Terekeyi pasifi bol şekilde almış, böylece desteğe bu yeni durumda daha çok ihtiyaç duyacak olan mirasçı, bu durumda “destekten yoksun kalma tazminatını” bağımsız bir talep olarak ileri sürebilecektir³⁴⁷.

Unutulmamalıdır ki destekten yoksun kalma şeklinde ve yansıma yoluyla ortaya çıkan maddi zararını giderimi talep hakkı, *destekten yoksun kalan kişinin şahsında* direkt olarak doğan, asli ve bağımsız bir haktır. Bu nedenle destekten yoksun kalan kişi aynı zamanda mirasçı olsa bile bu hak, kendisine miras yoluyla intikal etmeyen *TBK madde 53/bent 3'ten doğan bağımsız bir kanuni hak* olmasından dolayı bu mirasçı da bu bağımsız talebini ayrıca ileri sürmelidir.

d) Sonuç

Sonuç olarak, *kaza* neticesinde Montreal Sözleşmesi madde 17 anlamında ölüm gerçekleşip buna bağlı zararlar tazmin edildiğinde doğrudan mirasçılara intikal eden hakkın *tıpkı ölen tarafından kullanılıyormuş gibi* mirasçılar tarafından bu hak taşıyıcıya karşı ileri sürülecektir. Tazminatın kapsam ve miktarı bu hükümler uyarınca belirlenecektir. Burada artık ölüm fiili açısından hukuka aykırılık, taşıyıcının kusuru, hukuka aykırılığı kaldıran tüm halleri ayrıca değerlendirmeye gerek yoktur. Zira Montreal Sözleşmesi kapsamında sorumluluğun doğması için diğer şartlar ile beraber *kaza* neticesinde *ölüm* oluşması ve bunda *ölen yolcunun müterafik kusurunun olmaması* yeterli görülmüştür. Tazminatın kapsamının belirlenmesi ise farklı bir

³⁴⁷ Bkz. Beşinci Bölüm.

hususdur ve bunun için olayın nitelikleri ile taşıyıcının kusuru, kişinin sosyal statüsü gibi iç hukuktaki unsurlar elbette Türk mahkemesince dikkate alınabilecektir.

ii. **Bedensel Yaralanma Sonucu Yolcunun Maddi Tazminat Talebi**

a) Genel Olarak

Montreal Sözleşmesi uyarınca *bedensel yaralanma* bir *kaza* neticesinde meydana gelmiş olmalıdır. Yeri gelmişken, hem kaza ile ölüm/bedensel yaralanma hem de ölüm/bedensel yaralanma ile maddi zarar arasında bir uygun illiyet bağı olması gerektiğini belirtmiş olalım. Örneğin uçak kazasında *kafasından yaralanıp* hastaneye kaldırılan kişinin, burada kendisine ameliyat yapılmış, durumu biraz düzelen bu yaralı yolcu önceden var olan *bel fitiği* için kendi isteği ile fiziksel tedaviye de bu hastanede başlamıştır.

Burada kaza ile kafanın yaralanması, kafanın yaralanması ile ameliyat masrafı arasında uygun illiyet bağı vardır ancak *kaza veya kafa yaralanması* ile *fiziksel tedavi masrafı* arasında uygun illiyet bağı yoktur. Demek ki ameliyat masraflarından taşıyıcı sorumlu olacakken, sonraki fiziksel tedavi masraflarından taşıyıcı sorumlu tutulamayacaktır. Maddi tazminat taleplerinin Montreal Sözleşmesi kapsamında olduğu konusunda şüphe yoktur ancak *uygun illiyet bağı* ile *zararın kapsamı* davaya bakan mahkemece tespit edecektir. Türk hukukunda ise malvarlığında azalma olarak beliren maddi zarar açısından eksilmenin “mağdurun iradesi dışında” gerçekleşmesi gerektiği unutulmamalıdır.³⁴⁸

b) **Bedensel Yaralanma Halinde Maddi Tazminatın Kapsamı**

Türk hukuku haksız fiil hükümleri, tıpkı ölüm halinde olduğu gibi, TBK madde 54’te tüketici olmayan sayımla (“*özellikle*” ibaresi) dört fıkra halinde en sık karşılaşılan zarar kalemlerini bedensel bütünlük ihlalleri için düzenlemiştir: *tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*.

Bir uçak kazasında Montreal Sözleşmesi madde 17 uyarınca bedensel yaralanmaya maruz kalan yolcunun maddi tazminat talebi incelenirken, kapsam belirlemesi için bu fıkralardan öncelikle yararlanılacaktır. Bir kez daha hatırlayacak olursak, bedensel yaralanmadan Türk hukukundaki gibi geniş anlamda *fiziki varlık ile ruhsal sağlıktan oluşmuş bedensel bütünlüğün ihlalini* anlamak gerekir. Bunun önemi şuradadır: Kaza sonunda beliren bir *kanama* için tedavi masrafı gerekebileceği gibi, *nevroza yakalanma* da tedavi masrafları

³⁴⁸ Büyüksağış, s. 51-52.

gerektirebilir. Sonuç olarak her iki durum da bedensel bütünlüğün ihlalinin teşkil eder ve her iki durum da aslında *yolcunun malvarlığında istem dışı azalma* meydana getirdiği için manevi tazminata değil maddi tazminata konu olurlar.

Örneğin New York'taki defileye yetişmeye çalışan bir mankenin uçak kazası sonucu yüzü yanmış ve bedensel bütünlüğü ihlal edildiği için hastanede tedavi altına alınmış olsun. Bu yolcu mankenin ambulânsla hastaneye taşınması dâhil tüm tedavi masrafları, defileye yetişmediği için alamadığı ücret (kazanç kaybı), topuğunun incinmesi sonucu ajansından ayrılması (çalışma gücünün azalmasından doğan kayıp) ve yüzü yanık, topuğu incindiği için mankenlik kariyerinin bitme noktasına gelmesinden (ekonomik geleceğin sarsılması) mütevellit tüm zararlar Montreal Sözleşmesi kapsamında giderilecektir. Ayrıca bu zararların sadece *örnek* kabilinden olduğunu *bunlara ilaveten* ispatlanması koşulu ile pek çok zararın daha ileri sürülebileceği unutulmamalıdır.

“Tercih edilen tedavi kurumu” açısından, öğretilerde bu kuruma gidilmesinde *mağdur yolcunun yararı bulunması* durumunda borçlu olan taşıyıcının artık *masrafın daha az olması gerektiğini savunamayacağı* kabul edilmektedir³⁴⁹. Gerçekten de kişi için acil tedavi önemli olduğundan kaza anında en yakın fakat son derece lüks ve pahalı olan bir hastanedeki tüm yolcu masraflarının taşıyıcı tarafından kanımızca da tazmin edilmesi gerekir. İstanbul'da yaralanan fakat burada tedavisi mümkün olmayan veya İsviçre'de daha iyi tedavi edileceği takdir edilen bir hasta yolcu için, bilet ile diğer transfer ücretleri dâhil tüm yapılmış ve yapılacak masrafların da taşıyıcı tarafından karşılanması gerektiği görüşündeyiz.

Salt keyfi veya gereksiz yere yapılan ekstra harcama ile yer değişikliği masraflarının taşıyıcıdan tazmini elbette mümkün değildir. Yolcu bu durumda tedavi giderlerinin kendi sosyal statüsüne uygun olmadığını ve daha fazla olması gerektiğini de ileri süremeyecektir. Zira yaralanan yolcu makul sayılamayacak masrafları zarar olarak ileri sürmemelidir.

iii. Yolcunun Uğradığı Dolaylı Zararlar

a) Genel Olarak

Ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlali neticesinde oluşan *yolcunun* (ölüm halinde *mirasçının*) Montreal Sözleşmesi uyarınca maddi tazminat talebinin çalışmamızın en az tartışmalı bölümünü oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak yolcunun, maddi tazminat talebi kapsamında ileri sürdüğü *dolaylı zararların* Montreal Sözleşmesi uyarınca ne kadar kabul göreceği sorunu üzerinde durmakta yarar vardır.

³⁴⁹ Büyüksağış, s. 55-59.

Gerçekten de kaza sonunda ister psikolojik (panik, iştahsızlık, ölüm korkusu tedavisi) ister fiziksel ihlal (iç kanama, felç olma, omurilik zedelenmesi, kolların kopması, duyu yetilerinin kaybı gibi) olsun, mağdur yolcunun türlü masrafa girmesi veya çeşitli menfaatleri yitirmesi mümkündür. İşte bu masraflardan *doğrudan zarar* kapsamına girenlerin Montreal Sözleşmesi uyarınca giderileceği şüphesizdir ancak *dolaylı zararları* ayrıca tartışmakta yarar vardır.

b) Dolaylı Zarar Kavramı

Doğrudan zararda, mağdur açısından *araya eklenen başka bir sebep olmaksızın* zarara uğrama durumu varken, dolaylı zararda araya doğrudan zarara ekli bir nedenin girmesine bağlı olarak *aynı kişinin* maddi zarara uğraması durumu vardır.³⁵⁰ Yargıtay'a göre dolaylı zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan, sorumluluk açısından illiyet bağı dışında ayrıca bir kıstas belirlemek gerekir zira fiil sonucu tüm dolaylı zararların tazminini faile yüklemek *hukuken kabul edilemez sonuçlara* yol açacaktır.³⁵¹ Bu getirilen yeni kıstas ise “normun koruma amacı kuramı” olarak bilinmekte ve dolaylı zararların *ihlal edilen normun kapsamına girebildiği ölçüde* tazmin edilebilmesi olarak anlaşılmaktadır.³⁵²

Yargıtay, Varşova Sözleşmesi uyarınca önüne gelen bir uyuşmazlıkta³⁵³ uluslararası bir taşıma sonucu davacıya teslim edilecek olan bilgisayarların taşıyıcı tarafından geç ve eksik sayıda teslimi sonucunda çoğunun ulaştırılmaması nedeniyle uğranılan dolaylı zararları incelemiştir. Mahkeme bu uygun olmayan ifa sonucunda davacının *beklenen* ücret ve komisyonları alamadığı gerekçesiyle dolaylı zarara uğradığını kabul etmiştir. Yüksek mahkememizce, Varşova Sözleşmesi madde 22 uyarınca düzenlenmiş olan taşıyıcı lehine sorumluluk sınırlandırılmalarının ancak *doğrudan* zararlar açısından ele alınabileceği vurgulanmıştır. Yargıtay; davacı yanca ileri sürülen dolaylı zararlardan *müşteri kaybı*,

³⁵⁰ Büyüksağış, s. 93-98; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 42-43.

³⁵¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E:1978/13144 - K:1979/38 (Kazancı, 27.12.2013):

“Görülmektedir ki, dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin bu zararları ile fiil arasında bir illiyet bağı vardır. O halde tazminat isteyebilecek kişilerin sahasını sınırlayabilmek için illiyetten başka bir dayanak bulmak gerekmektedir. *Sözleşme dışı ve sözleşmeye dayanan sorumluluk hallerinde olaydan uzak veya yakın bir biçimde zarar gören bütün kişilerin tazminat istemeleri kabul edilemez.* Türk hukuk sisteminde haksız fiilden doğrudan doğruya zarar gören kişilerin tazminat isteyebileceği *kural* olarak kabul edilmiştir. Bunun tek *istisnası* B.K.'nun 45/2.

maddesindeki, ölenin yardımından mahrum kalanların da, bu zararlarını isteyebileceklerine dair hükümdür. Bu durumun sonucu olarak dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin, fiilin direkt mağduru dışında zarara uğrayan üçüncü kişilerin bu zararlarının tazminini isteyemeyecekleri anlaşılmaktadır. *Haksız fiil ile doğrudan doğruya zarara uğrayan kişi, doğrudan uğradığı zararın dışında dolayısıyla uğradığı zararların da tazminini isteyebilir.* Yeter ki, bu dolayısıyla zararlar uygun illiyet bağıyla fiile bağlı olsunlar. Dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin tazminat isteyip isteyemeyecekleri ise uygun illiyet bağı ile açıklanamamaktadır. *Zira dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin bu zararları ile fiil arasında elbette ki bir illiyet vardır. Ancak fiilden zarar görenlerin, bir yerde sınırlandırılması da gereklidir.* Aksi halde haksız fiil failinin altından kalkamayacağı çok ağır bir tazminat yükümlülüğü altına girer ki, bu da hukuken kabul edilebilen bir sonuç olamaz.”

³⁵² Büyüksağış, s. 95.

³⁵³ Yargıtay 11.HD E. 1998/5499, K. 1999/136, T: 26.01.1999 (Kazancı, 27.12.2013).

personel eğitim masraflarının boşa gitmesi gibi bazı dolaylı zararların ise giderilmesini kabul etmemiş ancak bankacılık işlemlerinden beklenen ücret ile komisyonları dolaylı zarar kabul ederek bu zararların giderilmesine karar vermiştir. Sonuç olarak mahkeme tüm dolaylı zararları değil, bazı belirgin dolaylı zarar kalemlerinin maddi tazminat kapsamında giderilmesine hükmetmiştir.

c) Dolaylı Zararların Montreal Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi

Kanımızca Varşova Sözleşmesi madde 22'deki sınırlı sorumluluk sistemi yerine Montreal Sözleşmesi madde 21 uyarınca *iki aşamalı sorumluluk sistemi* getirildiği de göz önüne alınarak dolaylı zararlar ele alınmalıdır. Yargıtay da öğreti de dolaylı zararlar da uygun illiyet bağının varlığını genel olarak kabul etmektedir, ancak uygun illiyet bağı olsa da hükmün koruma amacının nazara alınması ile *bu hallerin azaltılması* gerektiği de vurgulanmaktadır.

Konumuz açısından bir örnek vererek meseleyi irdelemeye çalışalım: Varşova'dan New York'a giden Türk vatandaşı yolcu T burada *inişte* meydana gelen *kaza* sonucu ağır yaralanmış, kaldırıldığı hastanede ameliyat geçirmiş, kafasına dikiş atılmıştır. İşte T'nin tüm bu tedavi masrafları onun doğrudan zararı iken, T'nin *iki ay işine gidememesi sonucu alamadığı maaşları* onun dolaylı zararını teşkil edecektir. Montreal Sözleşmesi'nde tedavi masraflarının tazmin edilip de dolaylı zararlarının tazmin edilemeyeceği yönünde bir ifade olmadığı gibi, gerek Montreal Sözleşmesi hazırlık çalışmalarında gerek diğer taraf devlet mahkeme kararlarında dolaylı zararlar tamamen dışlanmamıştır. Zira dolaylı zararda da zarara uğrayan aynı *yolcudur*. Araya başka sebep girse bile (hastanede iki ay yatalak kalma gibi), dolaylı zarar (iki aylık alınamayan maaş) ile kaza arasında bir *uygun illiyet bağı* Yargıtay'ca da kabul edildiği gibi kanımızca da mevcuttur. Ayrıca bu dolaylı zararı tazmin talebi Montreal Sözleşmesi madde 17 ve 21 hükümlerinin de koruma amacına gireceğinden, kanımızca *yolcu* tarafından bu talep haklı olarak ileri sürülebilecektir. Kaldı ki ister haksız fiil olsun ister sözleşmeye dair hükümler olsun, uygun illiyet bağı ile normun koruma amacına uygunluk olduğu sürece (diğer şartların da olduğu varsayıldığında: iç hukukumuzda kusur vesaire) tüm dolaylı zararların ilgili hükümlerce tazmin edilmesinde hiçbir sakınca yoktur.³⁵⁴ Diğer bir ifade ile yansıma zararın tazmininde olan tartışma, dolaylı zararlar açısından iç hukukumuzda mevcut değildir.

³⁵⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E:1978/13144 - K:1979/38 (Kazancı İçtihat, 27.12.2013): "Haksız fiil ile doğrudan doğruya zarara uğrayan kişi, doğrudan uğradığı zararın dışında dolayısıyla uğradığı zararların da tazminini isteyebilir. Yeter ki, bu dolayısıyla zararlar uygun illiyet bağıyla fiile bağlı olsunlar."

Ancak iç hukukta dahi dolaylı zarar olarak giderimi *tartışmalı* olan bir hususu, Montreal Sözleşmesi kapsamına doğrudan almak kanımızca uygun olmayacaktır. Örneğimizde T tazminat davasında ayrıca, iki ay hastanede yatalak kaldığı için *kesin gözüyle baktığı ihaleye katılmadığı, indirimde olan bir arabayı alamadığı* gibi gerekçelerle zarara uğradığını da belirtmiş olsun. İşte bu zararların Montreal Sözleşmesi uyarınca giderilmesi kanımızca mümkün değildir, zira bu tür taleplere iç hukukumuzda da kuşku ile yaklaşılmakta, bunlara “tazmini en azından *tartışılabilir* dolaylı kayıplar” gözü ile bakılmaktadır.³⁵⁵

Kanımızca uygun illiyet bağı varsa ve hükmün koruma amacını sarsacak nitelikte değilse, dolaylı zararların da *yolcu* tarafından bu zararını ispat etmek koşulu ile Montreal Sözleşmesi uyarınca ileri sürülmesinde hiçbir engel yoktur. Örneğin yatalak olduğu için ucuz fiyattan arabayı elde etme imkânını kaçırdığını belirten yolcu, Montreal Sözleşmesi uyarınca bu zararını gideremeyecektir. Ayrıca yolcu dolaylı zararını bu şekilde elde edemediği zaman artık iç hukuka dahi başvuramayacaktır. Kanımızca münhasırlık duvarı uygulanacaksa işte bu tür iç hukukta dahi imkân verilmeyen bir talebin, Montreal Sözleşmesi’ni dolanma amacıyla tekrardan aynı yolcu tarafından *iç hukukta da* ileri sürülmesinde uygulanmalıdır.

d) Sonuç

Sonuç olarak bedensel yaralanmaya veya ölüme bağlı olarak, yolcunun doğrudan zararları ile uygun illiyet bağı ve hükmün koruma amacı kapsamında olan dolaylı zararlarının da Montreal Sözleşmesi kapsamında giderilmesinde kanımızca hiçbir problem yoktur. Ancak iç hukukta dahi tartışmalı olan dolaylı zararların Montreal Sözleşmesi uyarınca ileri sürülmesini ise kesinlikle doğru bulmuyoruz. Ancak bu tartışmalı taleplerin *Türk mahkemesi dışında* yetkili başka bir yabancı bir mahkeme önünde ileri sürüldüğünde, bu yetkili yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre söz konusu tartışmalı taleplerde de yolcu lehine karar vermesinin pekâlâ mümkün olduğu da unutulmamalıdır.

iv. Maddi Tazminat Miktarının Hesaplanması

Montreal Sözleşmesi, maddi tazminat ile her bir zarar kaleminin nasıl ve ne zamandan itibaren hesaplanacağına ilişkin konuları hâkimin hukukuna bırakmıştır.³⁵⁶ Örneğin maddi zarar kalemi olan kazanç kaybı kavramından, Türk hukukunda genellikle “davacının

³⁵⁵ Büyüksağış, s. 94.

³⁵⁶ Bu konuda oldukça detaylı bir çalışma için bkz. Ahmet Çelik Çelik. “Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı (Tazminat Hesapları –Uygulama ve Arayışlar)”, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, 2006, İstanbul.

tazminata hüküm verileceği tarihe kadar olan kazanç kaybını” anlamak gerekecektir.³⁵⁷ Bu durumda yaralı yolcunun yaralanmasa idi alacağı ücret artışı, ikramiye gibi unsurların da dikkate alınması gerekecektir.

Bedensel zarara uğrayanların çalışma güçlerini ne oranda yitirdikleri, sakatlıklarının belirlenmesinde Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü ile SGK Sağlık Uygulama Tebliği gibi belgeler dikkate alınarak mahkemece değerlendirme yapılacaktır.³⁵⁸ Ekonomik geleceğin sarsılması olayında ise maddi zararlar *varsayımsal olarak faal çalışma süresi* nazara alınarak ele alınır.³⁵⁹ Faal çalışma süresinin belirlenmesi özellikle *destekten yoksunluk tazminatı* miktarını da belirleyen ve maddi tazminatın en önemli kalemlerinden birini teşkil eden bir husustur. Yargıtay önüne gelen bir olayda işverenin kusuru sonucu saçları yanan ve ömür boyu saçsız kalacak olan genç kızın *gelecekteki muhtemel koca desteğinden mahrumiyetini* dahi nazara almıştır.³⁶⁰

Kanımızca, aynı olayın bir uçak kazasında genç bir kızın saçlarının tamamen tedavisi mümkün olmayacak şekilde yanması durumunda da Montreal Sözleşmesi uyarınca bu kıstaslar yine de nazara alınacaktır. Ayrıca uçak kazası sonucu kazancında eksilme olmasa dahi, yolcunun “aynı kazancı elde etmeye dönük fazladan sarf edilen çabanın ya da daha çok çalışmasının da maddi zarar olacağı” yönündeki Yargıtay’ımızın uygulaması da oldukça önemlidir.³⁶¹ Diğer bir ifade ile kaza neticesinde yolcunun eskiye nazaran daha çabuk yorulması veya aynı ücreti elde etmek için daha çok çaba harcaması gerekmesi madde 17/f.1 anlamında bir bedensel zarardır ve tazminat sorumluluğunda dikkate alınmalıdır.

Ayrıca kişinin zararını olduğunu öğrenip bunu belirtmesi yeterlidir yoksa *zararın tüm kapsamı ile bilinmesi* maddi tazminat için bir şart değil, dava aşamasında belirlenecek ve

³⁵⁷ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 94-95.

³⁵⁸ Çelik, s. 423-424.

³⁵⁹ Büyüksağış, s. 67; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 98.

³⁶⁰ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E:1975/8355 - K:1976/3924 T: 20.05.1976 (Kazancı İçtihat, 04.04.2014):

“Olay tarihinde 1953 doğumlu olan davacı bir genç kızdır. İşverenin ağır kusuru sonucu evlenme çağında, ömrü boyunca saçsız kalmak gibi bir bahtsızlığın kurbanı olmuştur. Bu durumun onun evlenme şansını ağır ölçüde etkilediği, büyük bir olasılıkla ve en azından gelecekteki hayatında onu bir kocanın desteğinden yoksun kılacağı söz götürmez. Davacı bu haliyle bazı işleri yapamayacak ve bazı hizmetlere kabul edilemeyecek bir duruma düşmüştür. Halen eski mevsimlik işine devam edip etmediği bilinmemektedir. Eski işine devam etmiş olması nedeniyle bir kazanç kaybı şimdilik söz konusu olmasa bile, geleceğin neler getireceğini önceden kestirmek olanağı yoktur. Geleceğin aleyhteki olasılıklarından işçi zarar görmemelidir. Günümüzde bazı işlere alınacak genç kızların fizik yapılarının ve gösterişlerinin dikkate alındığı bir gerçektir. Uğradığı iş kazası sonucu maddi varlığından saç gibi önemli bir parçasını kaybetmiş olan davacının maddi zararının olamayacağı görüşü çağımız ve hele günümüz koşulları içerisinde savunulamaz.”

³⁶¹ T.C. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2005/11283 K. 2006/969 T: 9.2.2006 (Kazancı İçtihat, 04.04.2014):

“Gerçekten de, davacı beden gücü kaybı nedeniyle pasif dönemde de daha fazla gayret sarf ederek yaşamını devam ettirecektir. Bu nedenle, pasif döneminde hesaplamada gözetilmesi gerekir.”

Kararın değerlendirilmesi için bkz: Büyüksağış, s.68-69

kesinleşecek olan bir durumdur. Montreal Sözleşmesi uyarınca yapılacak bir duruşmada, zarar miktarını aşacak bir maddi tazminata hükmedilemez zira ispat edilecek zarar aslında tazminatın da üst sınırını oluşturacaktır.³⁶² Ayrıca eğer yolcu bedensel yaralanma sonucu aynı zamanda bazı yararlar da elde etmişse bunları zarardan düşmek de gerecektir.³⁶³ Hastanede iki ay kalan yaralı manken yolcu, konaklayacağı otelde konaklamadığı için parası iade edilmişse, sigortadan kendisine tedavi için ödeme yapılmışsa bunların ayrıca istenmesi mümkün olmayacaktır.

v. Yolcu Dışındaki Kişilerce Yapılan Masrafların Tazmini

Değindiği üzere, burada artık *yolcunun kendisinin* veya mirasçısının uğradığı doğrudan veya dolaylı zararlarını tazmin talebi söz konusudur. Ancak uçağın New York'ta kaza geçirdiği ve yolcu olan babanın hastaneye acile kaldırıldığı varsayıldığında, İstanbul'daki ailesinin ilk uçakla olayı öğrenir öğrenmez New York'a uçması ve tedavi amaçlı pek çok masraf yapması, ünlü bir Amerikalı cerrahla anlaşma yapmaları da beklenebilecek bir husustur. Mağdurun yakınlarının mağduru ziyaret ile yaptıkları bu tür masrafları da uygun olduğu ölçüde *tedavi masrafları* kapsamında değerlendirmek gerekir.³⁶⁴

Yaralı babanın zaten bakmakla yükümlü olduğu küçük oğlu (TMK madde 327/f.1 gibi) tarafından bu masrafların yapılması halinde, sonuçta masraflar *yolcunun kendisi tarafından* yapılmış olacağından, davalı taşıyıcı hava yolları talep edildiğinde bu zararları da gidermekle yükümlü olacaktır. Ancak eğer tedavi masrafları altına giren kişi, örneğin hazır ve geçerli vizesi olduğu için kazanın olduğu ülkeye erkenden gidebilen *mağdur yolcunun iş arkadaşı* ise, bu durumda yapılan masrafların *vekâletsiz iş görme hükümleri* uyarınca yolcu hesabına yapıldığı kabul edilebilecektir. Arkadaşına veya üçüncü bir kişiye tüm bu adına ve hesabına yapılan giderleri ödeyen *yaralı yolcu*, bu giderleri doğrudan Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcıdan tazmin edecektir. Kanımızca bunda bir çelişki yoktur, zira bu masrafların arkadaşına ödenmesi ile yolcu, *malvarlığı eksilmesine iradesi dışında uğramış* demektir ve de bu zarar ile kaza arasında bir uygun illiyet bağı hala vardır.

Beşinci Bölüm

YOLCU DIŞINDAKİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN (YAKINLAR İLE DESTEKTEN YOKSUN KALANLAR) TAZMİNAT TALEPLERİ

³⁶² Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 84.

³⁶³ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 84-85; Büyüksağış, s. 59.

³⁶⁴ Büyüksağış, s. 58.

1. Manevi Tazminat Talepleri

I. Ölenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talepleri

A. Genel Olarak

Yukarıdaki bölümde *yolcunun* kendisi veya mirasçıları ile vekilleri tarafından ölüm veya bedensel yaralanma halinde ileri sürebileceği maddi veya manevi tazminat taleplerini detaylıca incelemiş bulunuyoruz. Bu bölümde ise yolcu dışında kalan ve yolcu taşıma sözleşmesine yabancı olan *yakınlar* ile *destekten yoksun kalanların* tazminat talepleri hem *Türk hukukuna hâkim prensipler* hem de *Montreal Sözleşmesi yeknesaklık amacı* doğrultusunda değerlendirilecektir.

Yukarıdaki bölümde de belirtildiği üzere Montreal Sözleşmesi'nin amacı, *yolcu ile taşıyıcı arasındaki sözleşmesel uyumsuzlukları* yeknesak bir uygulama çerçevesinde çözümlenmek, yolcu ile taşıyıcı arasındaki menfaatleri gözetmek ve düzenlemek sureti ile taşıyıcıyı *belirlenebilir, öngörülebilir bir sorumluluğa* tabi tutmaktır. Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir yolculuk sırasında kaza sonucu hayatını derhal veya belli bir süre sonunda kaybeden veya sadece yaralanan yolcuyla *ilgili olan herkesin* Montreal Sözleşmesi'ne dayanarak tazminat talep etmesi, Montreal Sözleşmesi'nin amacı ile bağdaşmayacaktır. Montreal Sözleşmesi kapsamındaki taşıyıcı sorumluluğunda hak ile yükümlülüklerin asıl muhatabı öncelikle yolcunun kendisidir.

Ancak pekâlâ *yeknesaklık* amacı doğrultusunda yolcunun maddi veya manevi tazminat talepleri ile beraber, ölenin veya bedensel yaralananın *yakınları* ile *desteğinden yoksun kalanların da* tüm tazminat taleplerini aynı davada taşıyıcıya karşı ileri sürmesi görüşü de ileri sürülebilir. Bu husus oldukça önemli olduğundan aşağıda³⁶⁵ ayrıca incelenecektir ancak burada yolcu dışındaki üçüncü kişilerin taleplerini Montreal Sözleşmesi'nde açık hüküm olmadığından *Türk Hukuku* uyarınca ele alacağız.

Önemle vurgulayalım ki ister *ölenin yakınlarınca* ileri sürülecek *manevi zarar* ister *ölenin desteğinden yoksun kalanlarca* ileri sürülecek *maddi zarar* şeklindeki yansıma zararlar, yolcu-taşıyıcı arasındaki nispi sözleşmesel ilişkileri düzenlemekte olan Montreal Sözleşmesi kapsamına “doğrudan alınmaması” *ilk başta* Türk sözleşmeler hukuku genel prensipleri ile daha uyumlu görünmektedir. Ancak *yeknesaklık amacı* doğrultusunda *diğer taraf ülke uygulamalarını da göz önünde bulundurarak yolcu dışındaki kişilerin bu tür taleplerini*

³⁶⁵ Bkz. Beşinci Bölüm, 3. Kısım.

aşağıda ayrıca değerlendireceğiz ³⁶⁶ . Bizim burada tartıştığımız husus, Montreal Sözleşmesi'nde açık bir hüküm ve taraf ülkeler arasında tam bir yeknesak uygulama yokken *Türkiye* 'nin Montreal Sözleşmesi uygulamasında üçüncü kişilerin bu tür taleplerinin nasıl ele alınacağına dair hukuki gerekçelerle değerlendirme meselesidir.

Örneğin Varşova'dan İstanbul'a gelen yolcunun uçağın havada infilak etmesi sonucu ölmesi veya yaralanması halinde, bu ölenin yakınlarının taşıyıcıya karşı bir manevi tazminat talebi olacak mıdır, olacaksa da bu talep Montreal Sözleşmesine mi yoksa iç hukuka mı dayandırılacaktır? Açıklığa kavuşturulması gereken sorun işte budur.

B. Ölenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talep Hakkının Niteliği

MK madde 25/f.4 gereği ölenin hayatında ileri sürdüğü manevi tazminat talebini külli halefiyet yolu ile devralmış mirasçılardan farklı olarak, burada *doğrudan ölenin yakınlarının TBK madde 56/f.2'ye dayanan kanuni hakları* söz konusudur. Oysaki ilk halde yani yolcunun ölmeden önce manevi tazminat talebini ileri sürmüş ve sonrasında bu hakkın mirasçılara geçmesi durumunda, hayattayken manevi tazminat talebini ileri sürmüş olan zaten yolcunun kendisidir. Anılan TBK hükmü gereği ise, adam *ölmesi* halinde yansıma yolu ile manevi zarara uğrayan *ölenin yakınlarına* manevi tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Yargıtay'a göre ise bu durumda “zarar ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarar” söz konusudur.³⁶⁷ *Oğuzman*, ağır bedensel yaralanma ile ölüm halinde *yakın* kişilere tanınan bu hakkın *yansıma* zararı tazmin hakkı olduğu görüşündedir.³⁶⁸ Önemle vurgulayalım ki ölenin her yakını, mirasçısı olmadığı gibi her mirasçı da ölenin yakını olacak diye bir kaide yoktur. Her aile üyesi de yakın sayılmayacaktır, ancak bir kişi hem ölenin yakını hem mirasçısı hem de aile üyesi olabilir.³⁶⁹ Yargıtay da ölenle tazminat isteyecekler arasında bir akrabalık bulunmasını aramamaktadır.³⁷⁰ Bu nedenle ölenin nişanlısı,

³⁶⁶ Bkz. Beşinci Bölüm, 3. Kısım.

³⁶⁷ T.C. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2002/991 K. 2002/1278 T: 19.2.2002 (Kazancı İçtihat, 02.01.2014): “Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı *doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye* aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Ancak cismani zarar kavramına (B.K.46 ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlali sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhsal ve sinirsel bütünlüğünde bulunduğu öğretiler ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda, onun (ana, baba, karı, koca, çocuk gibi) çok yakınlarından birinin de *aynı eylem nedeniyle* ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi %100 işgöremez duruma gelmişse) onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil *doğrudan zarara uğrama* söz konusudur.”

³⁶⁸ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 282; Benzer yönde bkz. Seda İrem Çakırca. “Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı – Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 153; Büyüksağış, s. 98.

³⁶⁹ Arıdemir, s. 113; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 283.

³⁷⁰ Arıdemir, s. 114 dn. 195 ve 196.

çok yakın arkadaşı, uzun süredir beraber olduğu sevgilisi “ölenin yakını” olabilecekken, örneğin ölenin kavgalı olduğu oğlu, “yakını” sayılmayabilecektir.

C. Ölenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talep Hakkının Türk Hukuku’ndaki Dayanağı

Türk hukuku açısından ölenin yakınlarının manevi tazminat talebinin dayanağının *haksız fiil* mi yoksa ölen ile örneğin taşıyıcı arasındaki *sözleşme* mi olduğu konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir. İç hukukta dahi sözleşmeye mi yoksa haksız fiile mi dayandırılacağı tartışmalı olan yakınlarla tanınmış bu tür özel bir korunma imkânını, Montreal Sözleşmesi’nin daha özel olan korumasına taşıyıcı aleyhine doğrudan dâhil etmenin dayanağını tartışmak gerekir. Diğer bir ifade ile yolcu-taşıyıcı arasındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak olan Montreal Sözleşmesi hükümlerinin doğrudan ölenin yakınlarının manevi tazminat taleplerine de uygulamanın ne derece doğru olacağı tartışması önemlidir. Montreal Sözleşmesi’nde bu konuda açık hüküm olmadığı için, meseleyi Türk hukuku açısından ele almakta yarar görüyoruz. Yeknesaklık amacı doğrultusunda bu talepleri aşağıda³⁷¹ ayrıca ele alacağız ve nihai görüşümüzü belirteceğiz.

Türk hukukunda sözleşmeye yabancı olan ölenin yakınının *doğrudan sözleşmeye dayanabileceği* haller bazı kanun hükümlerinde *istisnai* olarak düzenlenmiştir. Yolcu taşımalarına ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) madde 914/f.2’ye göre, “Taşıyıcı, yolcuların kazaya uğramalarından doğacak zararı tazmin eder. Yolcunun kaza sonucunda ölmesi hâlinde, *onun yardımından yoksun kalanlar* uğradıkları zararın tazminini taşıyıcıdan isteyebilirler. Ancak, taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulur.” Bu hüküm TBK madde 56/f.2 ile beraber yorumlandığında, kanun koyucunun burada *istisnai* olarak destekten yoksun kalanlar ile yakınları da “*doğrudan sözleşmeye dayanmak* sureti ile tazminat talebinde bulunmalarını” sağlama izleniminde olduğu savunulabilecektir.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde “sözleşmenin nispileği” ile “ haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanması” ilkelerine sadık kalarak, bu hakkın *haksız fiil* gereği ölenin yakınlarına tanınmış bir yasal hak olarak kullanılması yerinde olacaktır. Yargıtay ölüm halinde yakınların manevi tazminat talebinin sözleşmeye dayanıp dayanmadığı ile pek ilgilenmemekle beraber, bir kararında yakınların manevi zararları ile “*haksız eylem* arasında

³⁷¹ Bkz. Aşağıda Beşinci Bölüm, 3. Kısım.

uygun illiyet bağı bulunduğundan” demek sureti ile haksız fiilden sorumluluk hükümlerince meselenin çözülmesini dolaylı olarak desteklemiştir³⁷². Yani yakınin iç hukukta da manevi tazminat talebini doğrudan *yabancı olduğu sözleşmeye* dayandırılmasına Yargıtay’ca sıcak bakılmadığı anlaşılmaktadır.

Aksine yorum, yani tıpkı yolcu gibi yakınların da doğrudan Montreal Sözleşmesi kapsamındaki yolcu taşıma sözleşmesine dayanmasıyla, dayanağı iç hukukta dahi tartışmalı olan bir hak yaratılmış olur ki bu da sözleşmeler hukuku prensipleri ve hukuki yöntemle bağdaşmıyor gözükmektedir. Taşıma sözleşmesine taraf olmayan bir yakınin manevi tazminat talebinin dayanağı, kendisi açısından aslında sözleşmeye aykırılık değildir. Yakının talebinin yasal dayanağı, iç hukukta koruma altına alınmış ve “ölümün yakın kişi üzerinde acı ve üzüntü yaratmasıyla oluşan *yansıma yoluyla* manevi zararın” giderilmesini amaçlayan TBK madde 56/f.2 hükmüdür. Kaldı ki burada tam üçüncü kişi yararına sözleşme gibi sözleşmenin nispiğini yumuşatan istisnalar olmadığı için, aksine kabulün sözleşmeye aykırılık ile haksız fiil arasındaki ayırımın anlamını kaldıracağı da açıktır.

D. Ölenin Yakınlarının Taleplerinin Farklı Hükümlere Dayandırılması Tartışmasının Önemi

Kanımızca bu tartışmanın önemi şuradadır: Eğer *ölenin yakınları* bu tazminat taleplerini Montreal Sözleşmesi uyarınca değil de, MÖHUK haksız fiil bağlama kuralları gereği uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğunun kararlaştırıldığı ayrı bir davada TBK madde 56/f.2 uyarınca ileri süreceklerse dava artık Montreal Sözleşmesi hükümlerine tabi olmaktan çıkacaktır. Burada artık *yakının iç hukuka dayanarak* ileri sürebileceği yasal bir talep hakkı söz konusu olacak demektir. Yani bu davada MÖHUK gereği Türk hukuku uygulanacaksa, Montreal Sözleşmesi’nde öngörülen 2 yıllık hak düşürücü süresi değil, TBK madde 72’deki haksız fiil zamanaşımı uygulanacak demektir.

Diğer önemli sonuç ise, bu ayrı davada *yakına* verilecek olan manevi tazminatın miktarının; mirasçılara veya yolcuya verilecek tazminat toplamında 113.100 ÖÇH sınırının belirlenmesinde bir etki oluşturmayacak olmasıdır. Bu da dolaylı olarak, taşıyıcının *ne zaman* Montreal Sözleşmesi madde 21/f.2 kurtuluş imkânlarına başvuracağını etkileyecektir. Ayrıca mesele MÖHUK madde 33 haksız fiil hükümleri gereği örneğin Türk hukuku uygulanarak karara bağlanacaksa artık taşıyıcı ölenin yakınlarına karşı, Türk hukuku hükümlerince

³⁷² T.C. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2002/991 K. 2002/1278 T: 19.2.2002 (Kazancı İçtihat, 02.01.2014).

sorumlu olacağından ispat yükü, sorumluluktan kurtuluş gibi imkânlar Türk hukukuna göre tespit edilecek, Montreal Sözleşmesi'ndeki bu konularda öngörölmüş hükümler artık uygulanmayacak demektir. Diğer bir ifade ile artık taşıyıcının 113.100 ÖÇH miktarına kadar mücbir sebep dâhil her durumdan sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.

Belirtelim ki yakınlar ile destekten yoksun kalanların taleplerini Montreal Sözleşmesi'ne dayandırmaları görüşünü belirlilik ve yeknesaklık gereği daha uygun görmekteyiz. *Eğer* yakınlar ile destekten yoksun kalanların taleplerini MÖHUK'a dayandırmaları görüşü kabul edilirse, taşıyıcı açısından da artık Montreal Sözleşmesi madde 21/f.2 veya madde 20 uyarınca öngörölen kurtuluş imkânları değil, uygulanacak olan Türk hukuku açısından geçerli olan tüm sorumluluktan kurtuluş imkânlarını ileri sürmek mümkün olacaktır. Aslında yakınların ölüme bağılı manevi tazminat taleplerine bu çözüm uyarınca yaklaşılması, hukuk normları arasındaki uygulama sıkıntılarını giderecek ve daha hakkaniyetli sonuçlara ulaşılması noktasında *taşıyıcı* ile talepte bulunan *yakın* arasındaki menfaat dengesini de koruyacaktır.

Ölenin *yakınlarının* bu yasal *manevi tazminat* talep haklarını, TBK madde 53'te bir zarar kalemi olarak belirtilen ve *destekten yoksun kalma tazminatı* olarak da bilinen "ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar" ile karıştırmamak gerekir. Destekten yoksun kalma tazminatı aslında ölüm sonucunda uğranılan *maddi zararların* bir türüdür ve destekten yoksun kalanların yansıma zararlarının tazminini sağlayan bir hükümle düzenlenmiştir. Bu husus maddi zarar ile ilişkili olduğundan maddi tazminat başlığı altında aşağıda ayrıca incelenecektir. Bu zarar kaleminin, manevi tazminat ile bir ilgisi olmadığını vurgulayalım. Ancak buradaki *talebin dayanağı* tartışması, destekten yoksunluk için de geçerlidir.

II. Ağır Bedensel Zarar Halinde Yaralananın Yakınlarının Manevi Tazminat Hakkı

Yukarıda tartışıldığı üzere, TBK madde 56/f.2 sadece ölüm halinde değil aynı zamanda "ağır bedensel zarar" halinde de "zarar görenin *yakınlarına*" manevi tazminat talep hakkı tanımıştır. Gerçekten de kocasının bir kaza neticesinde yatalak olduğunu, bitkisel hayata girdiğini veya hayattan soğuduğunu müşahede eden bir kadında ruhsal bir üzüntü veya bunalımın meydana gelmesi doğaldır. Kanun koyucu, zarar görenin yakınlarına her bedensel zarar halinde manevi tazminat isteme hakkı vermemiş, bu bedensel zararın "ağır" olmasını şart koşmuştur. Mağdurun uğradığı bedensel zararın ağır olup olmadığını hâkim takdir edecektir. Oysaki iç hukukta aynı hükmün birinci fıkrasında, zarar gören yolcu açısından bedensel zararın ağır olması gibi bir şart yoktur, yeter ki *olayın özellikleri* mağdura bir miktar manevi tazminat

ödenmesini haklı kılsın. Sonuç olarak, yüzünde küçük bir çizik oluşan bir manken yolcu manevi tazminat alabileceken, ayağı kırılan bir kişinin yakını somut olaya göre manevi tazminat talep ettiğinde mahkemece bu talep *yaralanmanın ağır olmadığı* gerekçesiyle *iç hukuk uyarınca* reddedilebilecektir.

Tıpkı yolcunun ölmesinde olduğu gibi, burada da ağır bedensel yaralanmaya maruz kalan yolcunun *yakını* Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcıya karşı böyle bir talebi doğrudan ileri sürmesi Türk hukuk prensipleri açısından *ilk başta mümkün görünmemektedir*. Ölüm halinde yakınların talebine ilişkin eleştiri ve gerekçelerimiz burada da geçerlidir. Montreal Sözleşmesi madde 17/f.1 sadece “bedensel yaralanma” derken, TBK madde 56/f.2 ölenin yakınının manevi tazminat talebi için “ağır bedensel zarar” veya yaralanma şartı getirmektedir. İşte bu farklılık dahi, kanımızca yaralananın *yakınının* doğrudan Montreal Sözleşmesi sorumluluk hükümlerine başvurması konusundaki tartışmanın önemini ortaya koymaktadır. Zira iç hukukunda dahi şartları ağırlaştırılmış bir koruma hükmünün dolanması sureti ile *her tür bedensel yaralanma için* (ağır-hafif ayrımı olmaksızın) ölenin yakınına Montreal Sözleşmesi uyarınca tazminat talebinde bulunma hakkı tanımak hukuk mantığı ve sözleşmenin nispiliği ile uyumlu gözükmemektedir.

2. Maddi Tazminat Talepleri

I. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

A. Türk Hukuku’nda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

“Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin” ölüm nedeni ile uğradıkları kayıpların tazmini için; ölümden sonra da devam edeceği anlaşılan, yardım görenin geçimine katkısı olan, hükmün koruma kapsamına giren ve malvarlığı zararı olarak beliren fiili veya müstakbel desteklerin (ebeveyn için küçük çocuklar, nişanlı gibi) de dikkate alınması gerekir.³⁷³ Bir ev hanımının normalde para karşılığı elde edilebilecek olan temizlik, ütü, yemek gibi hizmetlerini öldükten sonra artık verememesi sonucu koca ile çocukların bu destekten yoksun kaldıkları da genellikle kabul edilmektedir.³⁷⁴ Türk hukukunda bir yolcu öldükten sonra, destekten yoksun kalan kişinin bu ihtiyacı da ortadan kalkmışsa (sağ kalan nişanlıya dedesinden miras kalması, sigortadan yapılan ödemeler gibi) artık destekten yoksun kalma tazminatı istenemeyecektir.³⁷⁵ Zira destekten yoksun kalma tazminatının iki önemli şartından birisi “ölenin bakım gücünün var olması” iken, ikinci önemli şart da destekten yoksun kalacak

³⁷³ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 102; Çakırca, s. 165.

³⁷⁴ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 103.

³⁷⁵ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 104.

kişinin “bakım ve destek ihtiyacının” olmasıdır.³⁷⁶ Desteğin salt parasal olması da gerekmeyeceğinden ölenin, *ev hanımı olan bir kadın yolcu* olduğu durumlarda da “eylemli ve düzenli olarak yapılan bir hizmet ediminin” artık yapılamayacak oluşu söz konusu olacağından iç hukukumuzda Yargıtay’ca bu zarar da destek kapsamında değerlendirilmektedir.³⁷⁷

B. Destekten Yoksun Kalma Tazminatının *Türk Hukuku*’ndaki Dayanağı ve Niteliği

Burada tıpkı yansıma yoluyla “ölenin *yakınlarının* manevi tazminat talebinde” tartıştığımız gibi asıl sorun, *destekten yoksun kalan bu kişinin* bu maddi tazminat talebini Montreal Sözleşmesi uyarınca (yani ölenle taşıyıcı arasında akdedilmiş sözleşmeye dayanarak) doğrudan talep edip etmeyeceği sorunudur. Yukarıda *Türk hukukuna göre* yansıma yolu ile yakınların manevi tazminat talebi açısından bu soruya olumlu cevap vermenin zorluğunu vurgulamış bulunuyoruz. Tekrar belirtelim ki yakınlar ile destekten yoksun kalanların taleplerini doğrudan Montreal Sözleşmesi’ne dayandırmaları görüşünü belirlilik ve yeknesaklık gereği daha uygun görmekteyiz.

Tazminat davasında *kural olarak* ancak doğrudan zarara uğrayanların dava hakkı olduğu, yansıma zararda hukuka aykırılık bağı bulunmadığı durumda tazminat davası açma hakkı olmadığı kabul edilir.³⁷⁸ Ancak hem TBK madde 56/f.2 gereği *yakınlara*, hem de madde 53/bent 3 gereği ölenin *desteğinden yoksun kalan kişilere* yansıma zararlarını tazmin noktasında *istisnai olarak*³⁷⁹ bu hakkın *kanunen* tanındığı unutulmamalıdır. Diğer bir ifade ile bu yansıma zarar eğer TBK madde 53/bent 3 olmasa idi genel kurallar uyarınca hiçbir suretle tazmin edilemezdi.³⁸⁰ Ayrıca tekrar belirtmekte yarar vardır ki, destekten yoksun kalma tazminatı iç hukukumuzda *ancak* maddi bir zararın yani malvarlığı zararının sonunda talep

³⁷⁶ Ahmet Çelik Çelik. “Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı (Tazminat Hesapları – Uygulama ve Arayışlar)”, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Mayıs 2006, İstanbul, s. 21.

³⁷⁷ Çelik, s. 22-23; ayrıca bkz. T.C. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E. 2013/8536 K. 2013/8925 T: 13.6.2013 (Kazancı İçtihat, 02.01.2013):

“Bununla birlikte destekten yoksun kalan kimse *devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde* bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer ölenin eylemli olarak baktığı davacı, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunma koşulu gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, destekten yoksun kalan *kimsenin ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir.*”

³⁷⁸ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 68; Ayrıca bkz Çakırca, s. 84: Yazara göre, sözleşme sorumluluğu alanında malvarlığı zararı olarak ortaya çıkan sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişiye ait yansıma zararının tazmini, sözleşmenin nispiyeti ve sözleşme ilişkisinden doğan zararın tazmininde “alacaklının menfaati ilkesi” gereği kural olarak mümkün değildir.

³⁷⁹ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 105; Büyüksağış, s. 103: Yazar, bu tazminat türünü “*salt ekonomik menfaat kayıplarının tazminine olanak tanıyan istisnai bir düzenleme*” olarak görmektedir.

³⁸⁰ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 100.

edilebilecek bir yansıma zarar kalemidir.³⁸¹ Kaldı ki, desteğinden yoksun kalınan kişi (örneğin işçi) kendi sözleşmesine aykırılık (işverenin gerekli emniyet tedbirleri almaması) sonucu ölseydi de *açıkça bir düzenleme olmadığı sürece* bu yansıma zarar (örneğin *ölen işçinin oğlunun bu tür yansıma zararı*) yine giderilemeyecekti. Hatta İsviçre federal mahkemesi bu hükmün oldukça istisnai bir hüküm olduğunu hatırlatarak dar yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.³⁸²

İç hukukta bu kadar *istisnai* olarak düzenlenmiş ve haksız fiil ile sözleşme hukuku hükümlerince dahi iç hukukta oldukça dar yorumlanan bir kurumun, çok daha elverişli hükümler getiren iç hukuktaki *sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamına* her durumda alınamayacağı bir gerçektir. İç hukuktaki istisnai hal böyle iken, hiçbir açık hüküm olmaksızın destekten yoksun kalma yansıma zararının Montreal Sözleşmesi'ne alınarak yabancı olunan yolcu taşıma sözleşmesine doğrudan tabi tutulması bu prensipler doğrultusunda pek mümkün gözükmemektedir. Bu yüzden bu tür talepler için farklı ve geçerli başka bir hukuki gerekçe bulmamız gerekir. Yukarıdaki “yakının manevi tazminat talebine” ilişkin gerekçelerimize de atıfta bulunuyor ve *bu istisnai hususları tartışmaksızın* bu üçüncü kişilerin taleplerini uygun gören görüşleri³⁸³ hukuk tekniği açısından sakıncalı buluyoruz. Yargıtay da önüne gelen Varşova Sözleşmesi kapsamındaki bir olayda, “doğrudan zarar” kavramı üzerinde durmuş, Varşova Sözleşmesi kapsamına *dolaylı zararın* girip girmediğini tartışmıştır.³⁸⁴ Unutulmamalıdır ki doğrudan veya dolaylı zararda kural olarak *mağdur aynı kişidir*, oysaki yansıma zararda “eylemin etkilerinin sıçraması sonucu” *başka bir kişi* zarar görmektedir.³⁸⁵

³⁸¹ Çakırca, s. 53; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 99-100.

³⁸² JdT 1956 I 333 (Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 101 dn. 310).

³⁸³ Ülgen, s. 215; Kırman, s. 165; Uzun, s. 142; ayrıca bkz. Kaner, s. 70:

Kaner'e göre, ölüm halinde kimlerin tazminat talep edeceği belirlenmediğinden bu halde tazminat istemeye hakkı olanları ölenin desteğinden mahrum kalanlar ile eski BK madde 45'teki diğer zararlara uğrayanlar olarak kabul etmek gerekecektir. Kanımızca, bu görüşteki yazarlar, eğer önerdikleri çözüm kabul edilirse iç hukukta dahi istisnai olarak tanınan bir imkânın sözleşmeye yabancı bir üçüncü kişiye *hukuken izahı mümkün olmayacak* şekilde verilmiş olacağını göz ardı ediyorlar. Bu kişilerin Montreal Sözleşmesi uyarınca dava açması demek, ölen yolcu ile taşıyıcı arasındaki sözleşmeye dayanmak sureti ile talepte bulunmaları anlamına gelir ki bu görüşün hukuki dayanağını bulmak gerekir. Sırf sözleşme bu hususu düzenlemiyor diye, iç hukuktaki istisnai düzenlemeyi Montreal Sözleşmesi uyarınca açık hüküm olmaksızın doğrudan *gerekçe belirtmeksizin* uygulamak kanımızca doğru olmayacaktır. Uçak düştüğü sırada oradan geçmekte olan bir şahsın uğradığı maddi zararı Montreal Sözleşmesi kapsamına sokmakla destekten yoksun kalmış üçüncü kişinin talebini Montreal Sözleşmesine dayandırmak arasında hukuk mantığı açısından bir fark görmüyoruz. Aslında ölüm halinde sadece mirasçı sıfatı haiz kişi Montreal Sözleşmesi uyarınca dava açabilmeli veya devam edebilmelidir.

³⁸⁴ 26.01.1999 tarihli 11.HD E.1998/5499 K.1999/136 (Kazancı İçtihat), Kararın *maddi zarar* açısından değerlendirilmesi için bkz. Büyüksağış, s.96

³⁸⁵ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 42; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 429; Büyüksağış, s. 93-101.

Unutulmamalıdır ki destekten yoksun kalma şeklinde ve yansıma yoluyla ortaya çıkan maddi zararını giderimi talep hakkı, *destekten yoksun kalan kişinin şahsında* direkt olarak doğan, asli ve bağımsız bir haktır. Bu nedenle bedensel yaralanmaya maruz kalmış bir yolcunun kendisinin Montreal Sözleşmesi uyarınca yaralanmaya bağlı *dolaylı zararları* dahi tartışmaya açıkken, üçüncü bir şahsın (destekten yoksun kalan nişanlı gibi) iç hukukta dahi istisnai olarak düzenlenen ve dar yorumlanan yansıma zararı tazmin imkânını doğrudan Montreal Sözleşmesi kapsamına almak zor görünmektedir.

II. Sonuç

Eğer Montreal Sözleşmesi olmasa idi, ölen yolcunun desteğinden yoksun kalan kişi talebini *doğrudan yolcu taşıma sözleşmesine* dayandırabilecek miydi? Bu soruya olumlu yanıt vermek oldukça zordur, zira bu talebin dayanağı TBK haksız fiil hükümleridir. Bu nedenle bu talepleri doğrudan Montreal Sözleşmesi'ne dayandırmak için *başka hukuki gerekçelere* ihtiyaç duymaktayız. Montreal Sözleşmesi *yeknesaklık* amacı, *genel amacı* ile *emsal kararlar* kanımızca bu konuda yol gösterici olabilecektir³⁸⁶.

Bizim buraya kadar tartıştığımız husus, Montreal Sözleşmesi'nde açık bir hüküm ve taraf ülkeler arasında tam bir yeknesak uygulama yokken *Türkiye'nin Montreal Sözleşmesi uygulamasında* üçüncü kişilerin bu tür taleplerinin nasıl ele alınacağına dair *hukuki gerekçelerle* ve *baskın görüşler* çerçevesinde değerlendirme meselesiydi. Şimdi ise Montreal Sözleşmesi *yeknesaklık amacı* doğrultusunda *diğer taraf ülke uygulamaları ve kararlarını da göz önünde bulundurarak yolcu dışındaki bu kişilerin bu tür taleplerinin* dayandırılacağı gerekçelerimizi ayrıca değerlendireceğiz.

3. Montreal Sözleşmesi'nin Yeknesaklık Amacı Doğrultusunda Üçüncü Kişilerin Tazminat Talepleri

I. Genel Olarak

Yukarıda ³⁸⁷ Montreal Sözleşmesi'nde *yolcu dışındaki şahısların* taleplerini *doğrudan Montreal Sözleşmesi'ne dayandırabilecekleri konusunda açıkça bir düzenleme olmadığından* dolayı *Türk hukukuna göre* olması gereken uygulamayı gerekçelerimizle detaylıca açıklamış bulunuyoruz. Diğer bir ifade ile Montreal Sözleşmesi'nde ölenin desteğinden yoksun kalanların maddi tazminat talepleri ile ölenin yakınlarının manevi tazminat talepleri ve diğer

³⁸⁶ Bkz. Beşinci Bölüm, Üçüncü Kısım: Montreal Sözleşmesi'nin *Yeknesaklık* Amacı Doğrultusunda Üçüncü Kişilerin Tazminat Talepleri.

³⁸⁷ Bkz. Yukarıda Beşinci Bölüm, Birinci ve İkinci Kısımlar.

başkaca taleplerin de aynı davada karara bağlanacağı hususu açıkça öngörölmüş olsaydı yukarıdaki ilgili tartışmayı yapmanın da bir anlamı olmayacaktı.

Ancak pekâlâ *yeknesaklık* amacı doğrultusunda yolcunun maddi veya manevi tazminat talepleri ile beraber, yolcu dışındaki üçüncü kişilerin de (ölenin veya ağır bedensel yaralananın yakınları ile ölenin desteğinden yoksun kalanların) tüm tazminat taleplerini aynı davada taşıyıcıya karşı ileri sürmesi görüşü de gerekçeli olarak ileri sürülebilir. Bu husus oldukça önemli olduğundan ve Montreal Sözleşmesi'nde açık hüküm olmadığından bu bölümde meseleyi artık Türk hukuku açısından değil, *yabancı mahkeme kararları* ve *yeknesaklık amacı* doğrultusunda kısaca ele alma gereği duyuyoruz.

II. Üçüncü Kişilerin Maddi veya Manevi Tazminat Talepleri

A. Genel Olarak

Yolcunun *bedensel zarara* uğraması halinde yolcunun *bizzat kendisinin* de isteyebileceği tedavi giderleri, kazanç kayıpları gibi TBK madde 54'te sıralanan önemli kalemlerin Montreal Sözleşmesi kapsamında isteneceği hususunda bir tartışma yoktur. Ancak yolcunun *ölümü* halinde tazminatın belki de en önemli kısmını teşkil edecek olan *ölenin desteğinden yoksun kalma tazminatının* yani yolcu dışındaki bir üçüncü şahsın TBK madde 53/bent 3'te haksız fiil sorumluluğunda öngörölen tazminat isteminin Montreal Sözleşmesi açısından yerini yabancı mahkeme kararları ışığında tespit etmekte yarar vardır.

Türk hukukunda maddi hukuku ve yerleşik öğreti gereği, TBK madde 53/bent 3'te tanınan imkânın *haksız fiile dayalı bir özel koruma hükmü* olduğunu yukarıda belirtmiş bulunuyoruz. Ancak uluslararası bir sözleşme olan Montreal Sözleşmesi'nde bu konuda açık hüküm olmamakla beraber kanımızca *yeknesaklık amacı* nazara alınarak yerleşik Türk hukuku prensiplerinden ayrılmak ve üçüncü kişilerin bu tür taleplerini doğrudan *yolcu taşıma sözleşmesine aykırılık* kapsamında Montreal Sözleşmesi'nce çözümlenmek yine de mümkün olabilecektir. Zira bedensel bütünlüğün en ağır ihlali ölüm olduğundan, *ağır derecede yaralanan yolcu* mahrum kaldığı kazanç vb gerekçelerle örneğin 500.000 ÖÇH tazminat alabilecekken, ölüm halinde destekten yoksun kalanların talepleri *Montreal Sözleşmesi'nce nazara alınmadığında* cenaze giderleri, tedavi giderleri vb çok az bir sorumluluk doğabilecektir. Eğer münhasırlık nedeniyle MÖHUK uyarınca da destekten yoksun kalma tazminatı elde edilemezse bu durumda ciddi haksızlıkların yaşanacağı da bir gerçektir.

B. Montreal Sözleşmesi Kapsamındaki Üçüncü Kişi Tazminat Talepleri

i. Genel Olarak

Montreal Sözleşmesi maddi tazminatın kapsamını belirleme hususunu uygulanacak olan hukuka bırakmıştır³⁸⁸. Gerçekten de haksız fiil sonucu, yaralanan eşinin yakınlığından mahrum kalan kocanın *Montreal Sözleşmesi uyarınca* ileri sürdüğü tazminat talebi (“loss of consortium”) mahkemece kabul edilmiştir, zira bu tür uygulama *uygulanacak hukukta kabul edilen* bir müessesedir³⁸⁹. Diğer bir ifade ile Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde, *Türk hukukunda ölen yolcunun desteğinden yoksun kalan kişinin maddi tazminat isteme hakkı kabul edilen bir müessese olduğundan* kanımızca artık yolcu taşıma sözleşmesi-haksız fiil ayırımına gerek olmaksızın *yeknesaklık* gereği bu zararlar da kanımızca Montreal Sözleşmesi’nce giderilebilecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken, madde 29 gereği *yolcu* tarafından dahi ileri sürülmesine izin verilmeyen *cezai tazminat* (punitive damage) gibi ağır tazminatların hiçbir suretle Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir uyuşmazlıkta giderilemeyeceğidir. Bu sınırlamaya bağlı olarak, yetkili Türk mahkemesi *uygulanacak hukuka göre geçerli olan bir talebi* Montreal Sözleşmesi uyarınca doğrudan çözümleyebilecektir. Montreal Sözleşmesi’nin yolcu taşıma sözleşmelerini düzenlediği göz önüne alındığında bu durum *üçüncü şahsın haksız fiilden doğan talebini doğrudan sözleşmeye dayandırdığı* anlamına gelir ki kanımızca bu, *sözleşmeler hukukuna uluslararası bir sözleşmeyle getirilen önemli bir istisna* teşkil edecektir. Belirtelim ki bu istisnai uygulama, her ne kadar yukarıda belirttiğimiz genel Türk hukuku prensiplerine aykırılık teşkil etse de, *taşıyıcının sorumluluğunun tamamını aynı uluslararası belgede düzenleme amacı* ile uyumludur.

ii. Yabancı Mahkeme Kararlarında Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (“Loss of Support Claims”) ve Manevi Tazminat Talepleri (“Loss of Society, Loss of Care, Grief Claims”)

Hava aracı kazalarında ölüm veya bedensel yaralanma hallerinde mağdurların ailelerine tazminat ödeme yükümlülüğü uzun süreden beri Amerika’da yerleşik bir uygulama ile devam etmektedir³⁹⁰. Ayrıca ailenin geçiminden sorumlu bir kişinin (“breadwinner”) ölümü halinde

³⁸⁸ Tompkins, s. 277.

³⁸⁹ Kruger v. United Airlines, 481 F.Supp.2d 1005 (N.D.Calif. 2007). Belirtmek gerekir ki bu olayda davacı eş de aynı uçakta yolcu olan bir şahıstır.

³⁹⁰ Melissa Pucciarelli. “Compensating Victims of Aviation Disasters: Establishing Uniform and Equitable Remedies for Accidents over Water”, 24 Fordham Int'l L.J. 889, (March, 2001).

destekten yoksun kalma taleplerine hem Amerika iç hukukunda hem de uluslararası düzenlemelerde izin verilmektedir³⁹¹.

Varşova Sözleşmesi zamanında verilen pek çok kararda *ölen yolcunun* “ölüm öncesi acılarından doğan” (“pre-death suffering”) tazminat taleplerine olumlu bakıldığı gibi, ölenin desteğini almakta olan aile bireylerine de destekten yoksun kalma tazminatı verilmiştir. *Zicherman v. Korean Air Lines*³⁹² bu konuda çok önemli bir emsal karar teşkil etmektedir. Olayda New York-Alaska-Güney Kore uçuşunda Sovyet Birliği sınırlarındayken uçağın Sovyet ordusunca vurulması sonucu toplamda 269 kişi hayatını kaybetmiştir. Bu elim kazada ölen yolculardan birinin annesi ve kız kardeşi davayı açmışlardır. Mahkeme, bu kişilerin üzüntüleri için (“*survivors' grief damages*”)161.000 USD; ölenin kız kardeşi olan Zicherman için 16.000 USD destekten yoksunluk tazminatı (“*loss of support*”) ve ayrıca davacılara ölenin ölüm öncesi acı ve zararına karşılık (“*decedent's pre-death pain and suffering*”) da 100.000 USD ödenmesine hükmetmiştir. Önemle belirtelim ki bu davada hükmedilen 50 milyon USD tutarındaki Kore Hava Yolları aleyhine hükmedilen *cezai tazminat* Varşova Sözleşmesi’nce yasaklandığı gerekçesiyle Washington Temyiz Mahkemesi’nce kabul edilmemiştir. Anılan bu emsal kararda ayrıca ölenin yakınlığından mahrumiyet gibi manevi zararların (“*loss of society damages*”) giderilmesinin uyuşmazlığa uygulanacak olan *ulusal hukuka göre* çözümlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Diğer bir ifade ile *tazminatın kapsamının uygulanacak hukuka bırakılmış olması* kavramı aslında burada da “*uygulanacak olan hukukça izin verilen tazminat taleplerinin de Montreal Sözleşmesi kapsamına alınabileceği*”³⁹³ şeklinde yorumlanmıştır.

Aynı elim kaza nedeniyle pek çok dava açılmış ve bu davalarda da *cezai tazminatlar dışında* kalan diğer tazminat talepleri genellikle davacılar lehine sonuçlanmıştır. Bu örnek davalarda görüleceği üzere Amerika’da yolcunun *salt ölüm öncesi yaşadığı farazi acıya dayalı* yüklü miktarda tazminatlar ödenmekte, ölüme bağlı manevi tazminatlar ise çeşitli gruplara ayrılarak her bir kalem için ayrı zarar değerlendirilmesi yapılmaktadır.³⁹⁴ Önemle vurgulayalım ki aile

³⁹¹ Michael S. Simons. “A Review of Issues Concerned with Aerial Hijacking And Terrorism”, 63 J. Air L. & Com. 731, (May / June, 1998), s. 737.

230 kişinin ölümüne sebebiyet veren 17 Temmuz 1996 tarihli TWA 800 uçuşu (New York-Roma) kazasında ailelerin *cezai tazminat* almasına izin verilmemiş ancak *aile geçimini sağlamakta* olan fakat sonucu ölen yolcuların ailelerine destekten yoksunluk tazminatı ödenmesi kabul edilmiştir.

“... families to seek compensation in lawsuits against the manufacturer and airline for loss of support if the deceased was a breadwinner.”

³⁹² Zicherman v. Korean Air Lines, 516 U.S. 217, (1996).

³⁹³ Tompkins, s. 278-279.

³⁹⁴ Oldham v. Korean Air Lines, 127 F.3d 43 (U.S. App. D.C. 1997).

Bu davada *ölen yolcunun ailesine* verilen tazminatlar şu şekildedir:

A. Anne:

bireylerinin gerek maddi gerekse de manevi tazminat talepleri açısından Amerikan mahkemelerince *kaza anında* yolcunun bakımına muhtaç biri olma şartı (“*dependent*”) aranmaktadır³⁹⁵. Ancak mahkemelerce *dependent* kavramı, sadece yolcunun çocukları olarak dar yorumlanmamaktadır³⁹⁶. *Oldham v. Korean Air Lines Co* davasında mahkeme, annenin ve kız kardeşin ölen yolcunun kendilerine *gelecekte* finansal açıdan destek olacağı hususunda yeterli delille ikna olmuş ve bu tazminatlara hükmetmiş, fakat bu desteği ispatlayamayan bazı davacıların taleplerini ise haklı olarak reddetmiştir³⁹⁷.

Benzer şekilde *Maikovich v. Korean Air Lines Co. Ltd*³⁹⁸ davasında ölenin çocuklarının sadece destekten yoksun kalma zararları değil aynı zamanda yolcu *normal süre* yaşasaydı terekesinin alacağı durum da hesaplanarak mirasçılar için tereke zararı (“*loss of inheritance*”) da hesaplanmıştır. Tahmin edileceği üzere burada ortaya çıkan meblağ oldukça yüksektir. Aynı davada ölen yolcunun 17 yaşındaki oğlu için, üniversite masraflarına dönük özel bir banka hesabı açtığı ve özel hediyeler almayı planladığı belirtilmiştir. Kore Hava Yolları’nın ölen yolcunun bu yöndeki desteği, reşit olmayan çocuk için “on sekiz yaşını dolduruncaya dek” yani *sadece bir yıl için* hesaplanması yönündeki itirazı mahkemece reddedilmiştir. Mahkeme ölen yolcunun diğer yetişkin çocuklarının eğitimini *üniversite sonuna kadar üstlendiği ve hediye alıp başkaca yardımlarda bulunduğu* gerçeği karşısında, yerinde olarak 17 yaşındaki çocuk için de *üniversite sonuna kadar olan süreyi* tazminat için nazara almıştır³⁹⁹. Varşova Sözleşmesi açısından *yetişkin* olmak başlı başına “destek tazminatı” kapsamından çıkarılmayı haklı kılmaz, yeter ki yetişkin kişi de ölen yolcudan bir şekilde finansal destek aldığını veya alabileceği konusunda mahkemeyi yeterli delille ikna edebilsin⁴⁰⁰. Benzer şekilde Yaşlanınca, Çocukları Ölmemiş Olsaydı, Ölen Çocuk Yolcunun Kendilerine Finansal Açıdan Destek

(1) destekten yoksunluk tazminatı: \$ 26,000 (2) ölenin yakınlığından mahrumiyet (loss of society): \$ 100,000 (3) Yaşanan acı (grief): \$ 225,000

B. Kız kardeş 1:(1) Finansal destekten yoksunluk: \$ 8,000 (2) loss of guidance, training, and advice: \$ 25,000 (3) loss of society: \$ 20,000 (4) grief: \$ 65,000

C. Kız kardeş 2:

(1) loss of society: \$ 15,000 (2) grief: \$ 40,000

D. Erkek Kardeş

(1) loss of society: \$ 20,000 (2) grief: \$ 60,000

E. Ölen yolcunun ölüm öncesi çektiği acı (Pre-death pain and suffering): \$ 100,000.

³⁹⁵ *Oldham v. Korean Air Lines*, 127 F.3d 43 (U.S. App. D.C. 1997).

³⁹⁶ *Teyze ve yeğenlerin* de destekten yoksun tazminatı isteyebileceği konusunda bkz. *Hollie v Korean Air Lines*, 60 F.3d 90 (2nd Cir. 1995).

³⁹⁷ *Oldham v. Korean Air Lines*, 127 F.3d 43, 55 (U.S. App. D.C. 1997).

³⁹⁸ *Maikovich v. Korean Air Lines* (1993), tartışma için bkz. *Oldham v. Korean Air Lines*, 127 F.3d 43, 55 (U.S. App. D.C. 1997).

³⁹⁹ *Oldham v. Korean Air Lines*, 127 F.3d 43, 55 (U.S. App. D.C. 1997).

17 yaşındaki çocuk için, yolcu babanın ölümü hali için öngörülen miktarlar:

(1) loss of support, gifts, and contributions: \$ 120,000 (2) loss of inheritance: \$ 434,000 (3) loss of guidance, training, and advice: \$ 50,000 (4) loss of society: \$ 150,000 (5) grief: \$ 180,000.

⁴⁰⁰ *Oldham v. Korean Air Lines*, 127 F.3d 43, 56 (U.S. App. D.C. 1997).

olacağını savunan anne ve babanın bu yöndeki taleplerine de destekten yoksun kalma tazminatı ve Varşova Sözleşmesi açısından olumlu bakıldığını belirtmekte yarar vardır⁴⁰¹.

Son olarak tekrar belirtelim ki özellikle manevi tazminat türlerinde (“*loss of society*” vb.), ölen yolcunun baktığı kişi veya eşi (“*spouses*”) olmak yerleşik bir uygulama ile Varşova Sözleşmesi uygulaması için şart olarak aranmaktadır⁴⁰². Dikkat edilmesi gereken destek tazminatı kapsamı belirlenirken dikkat edilmesi gereken husus *her türlü veya soyut* beklentinin değil, *yaşamın olağan standartları* çerçevesinde (“*customary standard of living*”) ölen yolcunun yapabileceği somut ve belirlenebilir destek dikkate alınacaktır. İster manevi tazminat, ister maddi tazminat şeklinde olsun yolcu dışındaki *bazı üçüncü kişilerin* yani ölenin desteğini alan veya alacak kişiler olduklarını (“*dependent*”) ispatlayanların Montreal Sözleşmesi uyarınca zararlarının giderilmesi pek çok yabancı mahkeme kararında kabul edilmektedir⁴⁰³

C. Türk Hukuku ve Yeknesaklık Açısından Genel Değerlendirme ve Sonuç

Çoğu Varşova Sözleşmesi yürürlükteyken karara bağlanmış olan yukarıdaki davaları incelediğimizde, Montreal Sözleşmesi için de geçerli olabilecek bazı prensipleri çıkarmak mümkündür. Yukarıdaki kararlar incelendiğinde, Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir *uyuşmazlığın tabi olacağı hukuk eğer üçüncü kişilerin maddi veya maddi tazminat taleplerini karara bağlamayı öngörüyorsa*⁴⁰⁴, bu tür talepler Montreal Sözleşmesi uyarınca doğrudan yetkili mahkemece çözümlenebilecektir. Ancak tazminatın kapsamı uygulanacak hukuka bırakıldığından, uygulanacak taraf devlet hukukuna göre tazminatın miktarı az veya çok olacaktır. Örneğin *tereke zararı* gibi ayrı bir zarar türü Türk hukukunda öngörülmediği gibi, ölenin küçük olması durumunda desteğin kapsamı oldukça dar yorumlanabilecektir. Bu da haliyle yukarıda oldukça yüksek olan nihai tazminat miktarlarına nazaran Türk hukukunda oldukça düşük meblağlara hükmedilmesi sonucu doğuracaktır.

Türk hukukunda yukarıda detaylıca açıkladığımız üzere ölüm veya *ağır* bedensel yaralanma halinde üçüncü kişi yakınların manevi tazminat isteme hakları doğmaktadır. Diğer bir ifade ile *ağır olmayan* bedensel zarar halinde yakınlarla manevi tazminat hakkı tanınmadığından veya

⁴⁰¹ Saavedra v Korean Air Lines, 93 F.3d 547 (9th Cir. 1996).

⁴⁰² Zicherman v. Korean Air Lines, 516 U.S. 217, (1996); Pagnucco v Pan American World Airways, 37 F.3d 804 (2nd Cir. 1988).

⁴⁰³ Hollie v Korean Air Lines, 60 F.3d 90 (2nd Cir. 1995); In re Air Crash Disaster Near Cerritos, California, 982 F.2d 1271 (9th Cir. 1992).

⁴⁰⁴ Tompkins, s. 278.

“*Uyşmazlığın tabi olacağı hukuk eğer üçüncü kişilerin maddi veya maddi tazminat taleplerini karara bağlamayı öngörüyorsa*” kavramı kanımızca hem haksız fiil hem de sözleşme gibi başkaca sorumluluk kaynaklarını da içerecek şekilde geniş manada anlaşılmalıdır. Yani TBK haksız fiil hükümlerince ölenin yakınına manevi tazminat hakkının tanınmış olması *uluslararası sözleşmenin Türkiye uygulaması açısından* yeterli olup bu hakkın ayrıca sözleşme hukukumuzda açıkça tanınmış olması Montreal Sözleşmesi açısından artık bir şart olarak aranmamalıdır.

yaralanma halinde destekten yoksunluk tazminatı Türk hukukunda kabul edilmediğinden, bu haller için Montreal Sözleşmesi uyarınca tazminat elde etmek kanımızca mümkün olmayacaktır. Zira uygulanacak hukukta (*Türk Hukuku* olduğu faraziyesinde) bu tür taleplere izin verilmediği için, bu taleplerin Montreal Sözleşmesi uyarınca da giderilememesi gerekir.

Ayrıca Türk mahkemeleri yabancı mahkeme kararlarındaki “*dependent*” kavramı ile de bağlı değildir, zira Türk hukukunda bu manevi tazminat hakkı açıkça “yakınlara” tanınmıştır. Ancak TBK madde 53/bent 3 anlamında destekten yoksunluk tazminatı için, *dependent* kavramı *geniş ele alındığından* (nişanlı, yeğen vb.), Türk hukuku ile de uyumludur. Aynı uyumsuzluk Türk mahkemesinde düşük bir tazminat meblağı ile sonuçlanabileceken, örneğin Amerikan mahkemesinde dava görülürse milyon dolarlar gibi bir meblağla pekâlâ sonuçlanabilecektir.

Sonuç olarak, iç hukukumuzda tartışmalı olan üçüncü şahısların taleplerini yabancısı oldukları yolcu-taşıyıcı arasındaki sözleşmeye doğrudan dayandırması ancak Montreal Sözleşmesi *yeknesaklık* amacı ve *emsal yabancı mahkeme kararları* doğrultusunda kabul edilebilir. Ancak *yeknesaklık* amacı doğrultusunda her taraf devlet eşit statüde kabul edilecekse, bu tür taleplere farklı yaklaşan hukuk sistemleri olduğu gerçeği unutulmamalıdır.⁴⁰⁵ Türk mahkemeleri karşısında kanımızca iki tür yöntem bulunmaktadır: Birinci yöntemde, bizim de katıldığımız genel görüş çerçevesinde mahkemeler *üçüncü kişilerin maddi ve manevi tazminat istemleri ile yolcunun maddi ve manevi tazminat taleplerini hep beraber aynı sorumluluk davasında* Montreal Sözleşmesi *yeknesaklık* amacı uyarınca çözümleyebilecektir. İkinci yöntemde ise mahkemeler; tartıştığımız gibi Türk hukukuna hâkim genel ilkeler ışığında *yolcunun* maddi ve manevi tazminat istemlerini *Montreal Sözleşmesi’ne göre*, yolcu taşıma sözleşmesine yabancı olan *üçüncü kişilerin tazminat taleplerini ise* haksız fiil kapsamında *MÖHUK bağlama kuralları uyarınca* çözümleyebilecektir. Kanımızca uluslararası sözleşme ile iç hukuka bırakılan tazminat meselesini ilk yöntem uyarınca çözülmesi istisnai olsa da yerinde olacaktır. Ancak unutmayalım ki bu yeni durumda üçüncü kişilerin talepleri de münhasırlık süzgecine takılacak ve 113.100 ÖÇH sınırı belirlenirken yolcu ve üçüncü şahsın ileri sürdüğü toplam tazminat miktarının dikkate alınması gerekecektir.

⁴⁰⁵Avustralya, Montreal Sözleşmesi uygulamasını düzenlemek amacıyla *Bill 2008: Civil Aviation Legislation Amendment* adıyla bir kanun değişikliği düzenlemiştir.

Burada zarar kapsamına giren hususlar sayılarak madde 17 kapsamı konusunda rahatlık sağlanması amaçlanmıştır. Buna göre *ölüm tarihine dek* kaçırılan kar ve kazanımlar tazmin edilecektir. Ayrıca cenaze giderleri ile başkaca giderler sayılarak kapsam dar tutulmuştur.

“The damages recoverable in the action include: *loss of earnings or profits up to the date of death of the passenger; and...*”

Altıncı Bölüm

TAZMİNAT DAVASINA İLİŞKİN BAZI MESELELER

1. Tazminat Davalarına İlişkin Bazı Genel Hususlar

I. Taraflar

A. Davacı

Montreal Sözleşmesi uyarınca tazminat talebi öncelikle *yolcuya* aittir zira taşıyıcının kendisine karşı taşıma taahhüdünde bulunduğu kişi yolcunun kendisidir.⁴⁰⁶ Bu nedenle yolcunun bedensel yaralanması halinde davacı sıfatı yolcuya ait olacaktır. Yolcunun bu davasını bir vekil atamak sureti ile takip etmesi de mümkündür. İster maddi ister manevi tazminat davası olsun, yolcu bedensel yaralama halinde davacı sıfatı haiz olacaktır.

Ölüm halinde ise Montreal Sözleşmesi kapsamında maddi tazminat talebi doğrudan miras yolu ile mirasçılara geçeceğinden davacı sıfatı mirasçılara ait olacaktır. Manevi tazminat talebi ise ölmeden önce yolcu tarafından ileri sürülmüşse bu tazminat talebinde de dava açma hakkı mirasçılara ölen yolcudan geçmektedir. Bir kez daha hatırlayalım ki ister ölenin yakını ister destek verdiği kişi olsun bu kişilerin ölenin dava hakkından bağımsız ve Montreal Sözleşmesi dışı kullanılması gereken dava hakları mevcuttur. Sonuç olarak Montreal Sözleşmesi kapsamında davacı sıfatı bedensel yaralamada yolcuya, ölüm halinde mirasçılara aittir. Üçüncü kişilerce ileri sürülecek talepler açısından ise davacı ölenin *yakınları* ile *destekten yoksun kalanlar* da olabilecektir.

B. Davalı

Kural olarak davalı, yolcuya karşı taşıma taahhüdünde bulunan *taşıyıcıdır*. Fiili taşıyıcı yalnız kendi taşıma kısmından sorumlu iken, sözleşmesel taşıyıcı yolcu taşımalarının tamamından sorumlu olur.⁴⁰⁷ Tek bir taşıma olduğu kararlaştırılmış olan mütevali taşımalarda ise ilk taşıyıcı *ayrıca ve açıkça* taşımanın tamamından sorumlu olacağını kararlaştırmamışsa bu durumda her bir taşıyıcı kendi ifa ettiği müstakil bölüm açısından taşıma sözleşmesinin tarafı olacaktır.⁴⁰⁸ Eğer sorumlu kişi bir şekilde *ölürse*, Montreal Sözleşmesi madde 32 uyarınca açılacak olan bu davaların artık sorumlu kişinin malvarlığını temsil eden kişilere karşı yürütülmesi gerekecektir.

⁴⁰⁶ Kaner, s. 69.

⁴⁰⁷ Montreal Sözleşmesi madde 40.

⁴⁰⁸ Montreal Sözleşmesi madde 36/f.2.

Buradaki “ölüm” ibaresi talihsiz bir ifadedir, zira sanki davalının gerçek şahıs olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Oysaki günümüzde hava yolu ile yolcu taşımacılığı yapanların çoğunluğunun şirketler olduğu göz önüne alındığında bunun tüzel kişileri de içerecek şekilde anlaşılması uygun olacaktır. Ölüm halinden ise bu durumda tüzel kişilere ilişkin sona erme hallerini (iflas, devralınma gibi) anlamak doğru olacaktır. Taşıyıcının adamlarına karşı da dava açmak mümkündür ancak bu davaların *adamların görevleri* ile alakalı sorumlulukları uyarınca açılabilmesi unutulmamalıdır. Bundan taşıyıcının adamlarının da davalı olabileceği ve taşıyıcı lehine düzenlenen kurtuluş imkân ve sınırlandırmalarından yararlanabileceği anlaşılmaktadır.⁴⁰⁹

Sonuç olarak davacı karşısında bazen tek bir davalı bulabileceği gibi, birçok davalı da bulabilir. Burada ne maddi ne de şekli anlamda bir zorunlu dava arkadaşlığı mevcuttur.⁴¹⁰ Davalı müteselsil borçlular yani taşıyıcılar arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığıdır zira dava konusu borç ortaktır ve tek sözleşmeden doğmaktadır.⁴¹¹ Dolayısı ile birden çok davalı olsa bile davacı en kolay ulaşabildiği yalnız birisine karşı davasını ikame edebilir. Bu durumda diğer ilgili davalı ile sorumluların davaya katılması, diğer davalıya hükmün yansımaları ile etkisi uygulanacak olan hâkimin kendi usul hukuku esasları uyarınca belirlenecektir. Ancak mütevali taşımalarda, ayrıca kararlaştırılmamışsa her bir taşıyıcının kendi bölümünde meydana gelen kazadan sorumlu olacağını tekrar belirtelim.

II. Dava Açma Süresi

A. Montreal Sözleşmesi Açısından Öngörülen Sürenin Niteliği

Montreal Sözleşmesi madde 35'e göre davanın açılabilmesi süre, hava aracının varma yerine ulaşmasından veya ulaşması gereken tarihten veya taşımanın durdurulduğu tarihten itibaren *iki* yıldır. Aynı maddenin ikinci hükmü ise bu sürenin hesaplanış biçimini açık yollama ile davaya bakan mahkemenin hukukuna bırakmaktadır.⁴¹² Birinci fıkra açıkça bu iki yıllık süre içerisinde davacının dava açmaması halinde bu hakkının tamamen düşeceğini (*shall be extinguished*) belirtmektedir. Bu ifade dolayısıyla ki bizim de katıldığımız öğretideki genel kabul gören görüş, bu sürenin hak düşürücü süre olduğu yönündedir.⁴¹³

⁴⁰⁹ Montreal Sözleşmesi madde 30/f.1

⁴¹⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.494-497

⁴¹¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.501.

⁴¹² “... the method of calculating that period shall be determined by the law of the court seized of the case.” (Davayı gören mahkeme hukukuna göre...).

⁴¹³ Kaner, s. 89; Ülgen, s. 228; Kırman, s. 173; bkz. aksi yönde Sözer; Bozabalı, s. 203-204.

Bu nedenle Montreal Sözleşmesi uyarınca bir talep ileri sürülecekse, bu talebin dava yolu ile bu iki yıllık süre zarfında ileri sürülmüş olması gerekli ve yeterlidir. Bu bir hak düşürücü süre olarak kabul edildiğinden kesilmesi, durması kural olarak mümkün olmayan bir mutlak süre olarak anlaşılacaktır. Yabancı mahkeme kararlarında bu sürenin niteliğine dair bazı değerlendirmeleri bulmak mümkündür. Örneğin İrlanda mahkemesince yaş küçüklüğü ergin olmaya kadar normalde zamanaşımını kesen yani uzatan bir sebep olmasına rağmen, davacının bu iki seneyi geçirmesi yüzünden bunun hak düşürücü süre olduğundan bahisle talebi reddetmiştir.⁴¹⁴

Türk hukukunda bu süreyi zamanaşımı olarak kabul eden görüş bunu, sürenin zamanaşımı mı yoksa hak düşürücü süre mi olduğu konusunda “*tereddüde düşülmesi halinde zamanaşımını kabul etmenin sözleşme hukuku hükümlerine daha uygun düşeceği*” düşüncesine dayandırmaktadır. Ayrıca madde 35/f.2’de hâkimin hukukuna yapılan atfın da bu hususu desteklediği varsayılmaktadır.⁴¹⁵ Ancak bu Montreal Sözleşmesi hükümleri uygulanırken, burada düzenlenmemiş ve iç hukuka da açıkça atıfta bulunulmadığı hallerde dahi sorunu irdelerken Montreal Sözleşmesi’nin *yeknesak uygulanabilirliği* amacını göz önünde bulundurmamak gerekir. Bu amaçla daha uyumlu olduğu ve Montreal Sözleşmesi açık hükmü de (*right to damages shall be extinguished if an action is not brought within...*) bunu gerektirdiğinden hak düşürücü süre niteliğinin daha uygun olacağı fikrindeyiz.

Kaldı ki Türk hukukunda da bir hükmün başlığında *zamanaşımı* yazsa bile hükmün lafzı ve amacı yorumlanarak bu öngörülen sürenin hak düşürücü süre olduğuna kanaat getirilebilir. Örneğin eski TMK madde 501’de hem başlıkta hem madde hükmünde açıkça *zamanaşımı* ibaresi mevcut olmasına karşın öğretide ve İsviçre Federal Mahkemesince bu süreler yine de hak düşürücü süre olarak kabul edilmekteydi.⁴¹⁶ Ayrıca unutmamak gerekir ki Montreal Sözleşmesi *emredici* karakteri ile “davanın açılmasının davacının seçimlik yetkisini diğer mahkemelerin yetkisini bertaraf edecek şekilde kullanması anlamına gelmesi” de kanımızca hak düşürücü süre niteliğini pekiştirmektedir. Zira kural olarak bir yenilik doğuran hakkın

⁴¹⁴ “...there is no provision in the Montreal Convention for an extension of time due to disability/age unlike in the Statute of Limitations.” (Yaş vb. durumların, İrlanda iç hukukunun aksine, Montreal Sözleşmesi’nde bir süre uzatma veya durma sebebi olarak ön görülmediği mahkemece vurgulanmıştır.)

⁴¹⁵ Bozabalı, s. 203-204.

⁴¹⁶ 743 Sayılı eski Türk Medeni Kanunu madde 501 şöyleydi (şimdiki madde 559):

III. MÜRURU ZAMAN

“İptal davası, müddeinin tasarrufa ve butlanın sebebine muttali olduğu günden itibaren bir sene ve her halde vasiyetnamenin açılması tarihinden itibaren beş sene geçmekle müruru zamana uğrar...”

Oğuzman/ Barlas, s. 170 dn. 170

kullanılması için bir süre öngörölmüşse Türk hukuku açısından burada nitelik itibariyle hak düşürücü sürenin olduğunun kabulü gerekir.⁴¹⁷

Davacı madde 33'te sayılan yetkili mahkemelerden birinden yana seçimini dava açma yoluyla gerçekleştirirse artık diğer mahkemeler yetkisiz hale gelecektir. Oysaki zamanaşımında bu sürenin geçirilmesi durumunda dahi alacak sona ermeyip talep edilebileceğinden⁴¹⁸ ve sürenin kesilmesi veya durması gibi *her bir hukuk sisteminde farklılık arz edebilecek* durumların yaşanabileceğinden dolayı, borçlu taşıyıcı uluslararası bir sözleşmede ciddi belirsizlikler altında bırakılacaktır. Sonuç itibari ile iç hukukumuzda da salt hükmün başlık veya lafzına bakılmaması gerektiği, yenilik doğurucu bir hak söz konusu olmasa bile *eğer hükmün amacı sürenin hak düşürücü süre olduğu sonucunu gerektiriyorsa* bu durumda süre zamanaşımı olarak kabul edilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁴¹⁹ Genellikle yabancı olan borçlu taşıyıcının bu sürenin hâkim tarafından *resen* göz önüne alınacağını bilmesinin ise ayrı bir öngörülebilirlik sağlayacağı kanısındayız. Madde 35 lafzından da hak düşürücü süre niteliği ile uyumlu şekilde sadece dava hakkının değil aynı zamanda tazminat *hakkının* ("right to damages") da sona ereceği açık bir biçimde vurgulanıyor. Ayrıca, tek başına bir kıstas olmamakla beraber bu iki yıllık sürenin, zamanaşımı sürelerine (iç hukukta *on* yıl, *yirmi* yıl gibi) nazaran oldukça kısa oluşu da hükmün amacı noktasında uzun süreli belirsiz ve öngörülemeyen davalardan bilinçli olarak kaçınma olarak yorumlanmalıdır.

B. Vasi Gerektiren Özel Hallerde Süre

Bu iki yıllık süre bir hak düşürücü süre olduğundan hâkim tarafından *resen* nazara alınacak ve sürenin geçirildiği anlaşılınca dava reddedilecektir.⁴²⁰ Ancak önemli olan, bu iki yıllık süre zarfında *davayı açmış* olmaktır. Zarar dâhil her olgunun bu iki yıllık süre zarfında belirlenmesi veya davanın bu sürede sonuçlandırılması gibi olgular ise aranmayacaktır. Ayrıca hak düşürücü süreye bağlı davalarda *davanın açılması ile* hak düşürücü süre korunmuş

⁴¹⁷ Oğuzman/ Barlas, s. 169.

⁴¹⁸ Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 141.

⁴¹⁹ Oğuzman/Öz, Cilt 1, s. 591.

⁴²⁰ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E:2001/3562 - K:2001/3449 T: 30.04.2001"(Kazancı İçtihat, 28.12.2013):

"*Hak düşürücü süreye tabi olan davalarda 60 günlük ek süreden yararlanılamaz. Zira bu süre zamanaşımı süresi olup, hak düşürücü süre değildir. Zamanaşımı defi olup taraflarca zamanında ileri sürülmedikçe hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Hak düşürücü süre ise *kamu düzeni* ile ilgili olup yargılamanın her safhasında hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulur. 3402 sayılı Kanunun 12. maddesindeki süre aynı haklarla ilgili olup 137. maddenin düzenlendiği Borçlar Hukuku ile ilgisi yoktur. Madde metninde de belirtildiği gibi ek süre ancak geçirilmiş olan zamanaşımı eklenebilir. Kadastro Kanununun 12. maddesindeki sürenin hak düşürücü süre olması nedeniyle ek sürenin geçirilmiş olan bu süreye eklenmesi mümkün değildir."*

Ancak önemle belirtelim ki yeni TBK madde 158 açıkça *hak düşürücü* süreye bağlı davalarda da bu hakkı tanıdığından artık Yargıtay'ın bu ayrımının da bir önemi kalmamıştır.

olacaktır⁴²¹. Burada kaza sonucu yolcunun uzun süre komada kalması, mağdurun küçük olması gibi süreyi kesmeyen fakat *hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilecek* olan durumlar soru işareti oluşturmaktadır.

Kanımızca kaza sonucu komaya giren veya uzun süreli bilinç kaybı yaşayan yolcunun bu iki yıllık sürenin geçirilmesi sonucu haksızlığa maruz kalmaması için vasi atanması yolu ile mesele çözülebilecektir. Ancak bu tür uyuşmazlıklarda Montreal Sözleşmesi sessiz kaldığından ve doğrudan hâkimin maddi hukukuna *açık* atıf da yapılmadığından MÖHUK bağlama kuralları dâhil tüm Türk hukukunu göz önüne ele almak gerekecektir. Bu nedenle komadaki Türk yolcu açısından vasi atanması işlemi ayrıca taraf olunan sözleşme de yoksa MÖHUK madde 10/f.3 gereği TMK madde 404 ve devamınca belirlenecektir. MÖHUK madde 1/f.2 gereği vasi atayacak olan Türk hâkim öncelikle konuyu düzenleyen uluslararası sözleşmelerin varlığını veya yokluğunu tespit edecektir. Ancak MÖHUK madde 10/f.3 gereği, vesayet kararı verilmesi ile kaldırılması *sebepleri* dışında kalan diğer hususlarda, örneğin vasi atanması işleminde bu işlemde Türk hukuku uygulanacaktır yani yine Türk Medeni Kanunu madde 404 ve devamına başvurulacaktır.

Yabancı ve yetkili bir mahkeme örneğin bu tür koma hallerinde doğrudan devlet tarafından vekil tayinini öngörmekte ise artık hakkaniyetsizlik de söz konusu olmayacak, mağdur yolcu bilinci yerindeymiş gibi vekil tarafından işlemleri geciktirilmeden yapılacaktır. Ayrıca Yargıtay da hak düşürücü süreye bağlı davada vekâletname alınmaması veya ibraz edilmemiş olmasını “davanın açılmamış” olduğu şeklinde yorumlamamaktadır.⁴²² Kaldı ki dava şartlarını sağlayan aile ile yakınlar da pekâlâ hukuki yararları olduğundan hareketle taşıyıcıya karşı süresinde dava açarak yaşanabilecek hakkaniyetsizlikleri giderebileceklerdir. Buradaki tartışmamız ise kimsesi olmayan yolcunun kaza sonucu komaya girmesi halindeki adaletsizlikleri önlemeye dönüktür.

C. Hak Düşürücü Sürenin Tespiti ve Davanın Açılma Anı

Bu iki yıllık süre ilgili Montreal Sözleşmesi hükmünde *varış anı*, hava aracının *varması gereken an* veya *uçuşun* ya da taşımanın durdurulduğu andan itibaren başlatılacağı vurgulanmıştır⁴²³. Kanımızca bu sürenin *varış anı* gibi kıstaslar yerine Montreal

⁴²¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 305.

⁴²² Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E:2002/6610 - K:2002/11206 T: 16.05.2002.

⁴²³ Bkz. Madde 35/f.1:

The right to damages shall be extinguished if an action is not brought within a period of two years, *reckoned from the date of arrival at the destination (varış yerine ulaşılan tarihten itibaren), or from the date on which the aircraft ought to have arrived (hava aracının varış yerine ulaşması gereken tarihten itibaren), or from the date on which the carriage stopped (uçuşun veya taşımanın durdurulduğu tarihten itibaren).*

Sözleşmesi'nde“ölümün gerçekleştiği andan itibaren iki yıl” veya “hakkı talep edebilecek hale geldiği andan itibaren 2 yıl” şeklinde belirlenmesi çok daha yerinde olurdu. Bu hak düşürücü süre, Montreal Sözleşmesi açık atfiyla, davaya bakan Türk mahkemesince TBK madde 92/f.3 gereği *bu sürenin başlangıç anı* hangi güne denk geliyorsa, *iki yıl sonrasındaki aynı ayın aynı günü* bu hak düşürücü süre dolmuş sayılacak demektir. TBK madde 94 gereği bu son gün kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer ve mesai bitiminde bu iki yıllık süre dolar. Özetle iki yıllık sürenin başlangıcı Montreal Sözleşmesi madde 35/f.1'e göre tespit edilirken, bu sürenin ne zaman dolacağı hususu yetkili mahkeme hukukuna tabidir.

Bu iki yıllık sürenin dolup dolmadığı konusunda önem arz eden husus davanın ne zaman açıldığı meselesidir. Özellikle bu hak düşürücü sürenin dolmasına sayılı günler kala davanın açılmış olması durumunda mesele ayrı bir ehemmiyet gösterecektir. Montreal Sözleşmesi iki yıllık sürenin başlangıcı ile hesaplanması ile ilgili ipuçları vermiş ancak açılacak davanın ne zaman açılmış sayılacağını düzenlememiştir. Bu nedenle bu usule ilişkin sorun Türk hâkimi tarafından HMK madde 118 ve devamı hükümlerince çözülecektir. Kural olarak dava, dava dilekçesinin esas defterine kaydedildiği tarihte, bilgisayar sisteminin kullanıldığı ticaret mahkemelerinde ise dilekçenin tevzi bürosu bilgisayarına kayıt tarihinde açılmış olur.⁴²⁴ Montreal Sözleşmesi uyarınca açılacak davalar harca tabi olan davalardır. Dilekçenin hâkim tarafından kaleme havalesi sonucu bu dilekçeyi alan davacı harçları yatırdıktan *sonraki bir tarihte* dilekçeyi kaleme teslim etmiş ve kalem görevlisi bu durumu davacının imzası ile belgelendirmişse dava işte dilekçenin kaleme verildiği bu tarihte, imzalı teslim alınmamışsa harçların ödendiği tarihte açılmış sayılacağı kabul edilecektir.⁴²⁵ İşte bu davanın açıldığı tarih, hâkim tarafından iki yıllık sürenin dolmasında dikkate alınmalıdır, salt dilekçe ibrazı tarihi bu açıdan kanımızca yeterli görülmemelidir.

D. Zararın Sonradan Ortaya Çıkması Hallerinde Süre

Montreal Sözleşmesi'ne göre süre örneğin hava aracının varma yerine ulaşılması gereken tarihten itibaren işleyebilecektir. Burada kanımızca tartışılması gereken önemli bir husus daha vardır. Vasi tayin edilmesi gereken koma gibi hallerden farklı olarak bazen, kaza meydana gelmesine rağmen zarar pekâlâ çok daha sonradan ortaya çıkabilmektedir. İşte bu tür durumlar, bu sürenin “ulaşılması gereken tarihten” değil de “zararın ortaya çıkmasından itibaren” başlatılması yönündeki görüşümüzü destekler nitelikte sorunlara yol açmaktadır.

⁴²⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 302.

⁴²⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 303.

Süreyi, zarar çok sonradan ortaya çıktığı için kaçırarak bir yolcunun durumunu ele almakta yarar görüyoruz. Sürenin başlangıç anının tespitinin de madde 35/f.2 kapsamında *uygulanacak taraf devlet hukukuna bırakılması* bu nedenle çok daha yerinde olurdu.

Kanımızca TBK madde 75'te bedensel zararın kapsamının tam belirlenemediği hallerde hâkimin *kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutması* imkânını bu tür davalarda da kullanmasına bir engel olmamalıdır yeter ki dava zamanında açılmış olsun. Ayrıca vurgulayalım ki bu imkânın kullanılması açısından davanın hak düşürücü süreye veya zamanaşımına tabi olması arasında bir fark yoktur. Oysaki TBK madde 158'deki imkânın kullanılması açısından Yargıtay'ca yeni TBK öncesinde bu konuda önemli bir ayırım yapılmaktaydı⁴²⁶. Ancak asıl sorun, nadiren de olsa kaza sonucunda oluşan zararın örneğin *hava aracının varması gereken tarihten itibaren üç yıl sonra* ortaya çıkması ve kaza ile bu yeni zarar arasında *uygun illiyet bağının* olması karşısında bu iki yıllık sürenin geçirilmesinden dolayı ortaya çıkacaktır. Burada TBK madde 75'teki imkânın da kullanılması oldukça zordur, zira *ilk başta* zarar hiç oluşmadığından dava açılmamışsa, yetkiyi saklı tutma imkânı da kullanılmamış demektir.

Montreal Sözleşmesi madde 35/f.1 *açıkça* bu sürenin başlangıcını tespit ettiğinden ve bu sürenin *hak düşürücü* olduğu da nazara alındığında *Montreal Sözleşmesi uyarınca* bu süre geçirildikten sonra taşıyıcının sorumluluğuna gitmek kanımızca pek mümkün gözükmemektedir. Bu hak düşürücü sürenin örneğin yolcunun ölümünden itibaren başlatılması kanımızca, hakkaniyetsiz sonuçlara yol açmama açısından daha isabetli olurdu. Yakın tarihli *Narayanan v. British Airways* kararında mahkeme, *ölüm anından itibaren 2 yıl içinde* açılan davayı, "*uçanın vardığı andan itibaren 2 yıldan az bir süre geçtiği*" gerekçesiyle davayı reddetmiştir⁴²⁷. Oksijen tedarikinde kusurlu olan ve yolcunun akciğer hastalığının ilerlemesine sebep olan hava yolunun bu gerekçeyle kurtulması karşı oy gerekçesinde kanımızca da haklı olarak "*hakkaniyetsiz ve haksız*" bulunarak eleştirilmiştir⁴²⁸. Bu tür, örneğin "*uçanın varması anından itibaren 2 yıl içinde*" tespiti dahi mümkün olmayan, kaza sonucu belirecek olan zararlar açısından bu hak düşürücü sürenin haksızlıklara yol açacağı kanımızca açıktır. Montreal Sözleşmesi'nin bu hükmünün bu haklı endişeler de dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

⁴²⁶ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E:2001/3562 - K:2001/3449 T: 30.04.2001 Tarihli, (Kazancı İçtihat, 28.12.2013): Karara göre BK madde 158'de öngörülen imkân, *hak düşürücü süreye tabi davalar* açısından geçerli değildir. Karş. 6098 TBK madde 158, yeni hükümlerle bu ayırma gerek kalmamıştır.

⁴²⁷ *Narayanan v. British Airways*, 747 F.3d 1125 (9th Cir. 2014).

⁴²⁸ *Narayanan v. British Airways*, 747 F.3d 1125, 1133 (9th Cir. 2014, PREGERSON karşı oy yazısı).

Çok önemli bir imkân getiren TBK madde 158 hükmünün dahi hak düşürücü süreye tabi davalarda uygulama alanı bulmaması da süre geçirildikten sonra bu tür muhtemel zararların giderilmesinin oldukça zor olduğunu destekler niteliktedir⁴²⁹. Ayrıca HMK madde 142 gereği hâkim, ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki tüm itiraz ve defileri inceleyerek karara bağlayacaktır⁴³⁰. Bu açıklamalar ışığında *iki yıllık süre geçirildikten sonra kazayla uygun illiyet bağı* içerisinde beliren zararların kanımızca Montreal Sözleşmesi açık hükmü uyarınca giderilmesi mümkün değildir.

III. Görevli Mahkeme

Montreal Sözleşmesi'nde yetkili mahkemeler sayılmışken, görevli mahkeme tayini doğal olarak hâkimin kendi usul kanunlarına bırakılmıştır. Yabancı unsurlu davalarda görev ve yetki, MÖHUK madde 40 uyarınca genel kurallara göre belirlenecektir. 6102 sayılı Türk ticaret kanunu genel olarak taşıma işlerini madde 850/f.3 gereği “ticari işletme faaliyeti” olarak düzenlemiştir. TTK madde 4/f.1(a) gereği, tarafların tacir olduğuna bakılmaksızın *bu kanunla* düzenlenen işlerden kaynaklanan hukuk davaları ticari dava sayılmıştır. Ayrıca TTK madde 19/f.1 gereği zaten *tacir* olan taşıyıcı hava yolu şirketinin borçlarının ticari olması asıldır. Dolayısıyla pek çok açıdan genellikle anonim şirket şeklinde kurulan borçlu taşıyıcı havayollarının borçları da bu kanunda düzenlendiğinden, bu tür uyuşmazlıklardan doğan hukuk davaları da *ticari dava* sayılacaktır. TTK madde 5 gereği ise, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevlidir.

Sonuçta yeni TTK 1 Temmuz 2012 tarihinden beri yürürlükte olduğundan Türkiye’de açılacak olan Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir tazminat davasına bakacak olan görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır. Görev ise kamu düzeninden olduğundan ve de bir dava şartı olduğundan mahkemece resen dikkate alınır ve dava “görevli mahkemede açılmadığı” gerekçesi ile reddedilir⁴³¹ ve süresinde görevli mahkemeye dava yönlendirilmezse *dava açılmamış* sayılır.

⁴²⁹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E:2001/3562 - K:2001/3449 T: 30.04.2001 Tarihli, (Kazancı İçtihat, 28.12.2013): “Hak düşürücü süreye tabi olan davalarda 60 günlük ek süreden yararlanılamaz...”

⁴³⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 341-342.

⁴³¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilgili hükmü şöyledir:

Yapılacak İşlemler ve Yargı Yeri Belirlenmesi

Görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemler

Madde 20- (1) Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren *iki hafta içinde kararı*

IV. Yetkili Mahkeme

A. Uluslararası Yetki Kavramı

Milletlerarası olaylarda davacının yabancı devlet mahkemeleri arasında kendisi için en uygun mahkemeyi arayıp bulması ve davasını seçtiği mahkemede açması son derecede önemlidir.⁴³²

Bu önemli serbesti Montreal Sözleşmesi uyarınca da dikkate alınmış ve birden çok mahkemenin yetkisi davacıya *seçimlik hak* verecek şekilde düzenlenmiştir. Konumuz açısından *yetki* ise davaya *hangi taraf devletteki* mahkemenin bakacağı sorunudur⁴³³ ve bu mahkemeler tüketici bir şekilde Montreal Sözleşmesi madde 33'te sayılmıştır. Hangi taraf devlet mahkemesinin uyuşmazlıkta yetkili olacağı hususu bir *uluslararası yetki* sorunudur.⁴³⁴

Eğer taraf devlet olarak Türk mahkemesi madde 33 gereği yetkili olursa bu durumda münferit olarak hangi asliye ticaret mahkemesinin davaya bakacağı Türk hukukuna göre belirlenecektir. Bu seçimlik yetki kuralları sadece Montreal Sözleşmesi kapsamına giren davalar açısından geçerlidir, yoksa yabancı unsur içeren her uyuşmazlık için bu kurallar uygulanmaz. Bu tüketici sayım ve Montreal Sözleşmesi'nin emredici karakteri⁴³⁵ gereği bu mahkemelerin yetkisini bertaraf etmek mümkün olmadığı gibi, başkaca bir mahkemeyi bu uyuşmazlıklarda yetkili kılmak da mümkün değildir. Bu mahkemeler bir hükümle emredici şekilde tüketici sayımla belirlenmiş olduğundan eğer Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir uyuşmazlık başka bir ülke mahkemesinde açılırsa, dava yetkisiz mahkeme önünde açılmış sayılacaktır.⁴³⁶

Bu yetkili mahkemelerin çokluğundan faydalanan davacı, dava bir yetkili taraf devlet mahkemesinde derdest iken, bu sayılan mahkemelerden başka birinde konusu ve tarafları aynı ikinci bir dava açma yoluna gittiğinde, *milletlerarası derdestlik* problemi ortaya çıkar.⁴³⁷ Bu problemin aşılması için, yetkili olan bir milli mahkeme Montreal Sözleşmesi uyarınca aynı uyuşmazlığa ilişkin başka yetkili bir mahkemede önceden açılmış bir dava olduğuna kanaat getirdiğinde bu durumda “milletlerarası derdestlik itirazını” kabul edebilir. Yani aslında burada yetkili ikinci taraf devlet mahkemesi, *aynı davanın görülmekte olduğu* madde 33

veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

(2) Dosya kendisine gönderilen mahkeme, kendiliğinden taraflara davetiye gönderir.

⁴³² Tarman (Tahkim), s. 103.

⁴³³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 119; Nomer, s. 52-56; Cemal Şanlı. “Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk”, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s. 7.

⁴³⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 133.

⁴³⁵ Tarman (Tahkim), s. 101; Şanlı, s. 55.

⁴³⁶ Tarman (Tahkim), s. 104.

⁴³⁷ Cemal Şanlı / Emer Esen/ İnci Ataman- Figanmeşe. “ Milletlerarası Özel Hukuk” Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. 1. Bası, s. 395-400.

kapsamındaki bir başka devlet mahkemesi lehine kendi uluslararası yetkisinden feragat etmek sureti ile derdestlik problemini aşmaktadır.⁴³⁸ Madde 33/f.4 gibi muayyen bir konuda mahkemenin iç hukukuna atıf yapılan durumlarda, hâkimin artık Lex Fori'yi kanunlar ihtilafı hükümlerini de içerecek şekilde ele almasına gerek yoktur, açık atıflarda doğrudan hâkimin *iç maddi hukukuna* gönderme yapılmış demektir.⁴³⁹

B. Montreal Sözleşmesi'nde Yetkili Mahkemeler

i. Madde 33/f.1'de Sayılan Yetkili Mahkemeler

Montreal Sözleşmesi 33. maddesi davacıya bir seçimlik hak tanımaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki tüm bu mahkemelerin tüketici sayımla yetkili olarak düzenlenmiş olmaları, davacıya talebini bu mahkemelerden *birden fazlasına* başvurmak sureti ile elde edebileceği anlamına gelmemelidir. Zira bu yetkili mahkemelerden biri önünde dava açılmış olması, yetkisizlik kararı verilmesi dışında davacının seçim hakkını sona erdirir ve davacının diğer bir yetkili mahkemede dava açma imkânı kalmamış olur.⁴⁴⁰

Bu seçimlik hakkın dikkatli kullanılması gerekir zira yetkili mahkemeyi seçmek demek aynı zamanda usule ilişkin tüm sorunların da bu mahkemenin hukukuna göre çözülmesini kabul etmek anlamına gelir ki bu husus oldukça önemlidir.⁴⁴¹ Öğretide bu seçim hakkı kullanılırken özellikle de elde edilecek hükmün icra kabiliyeti ve hızlı tenfizine ilişkin rahat hükümler getirecek yetkili mahkemenin ve dolayısı ile bu mahkemenin usul hukukunun seçilmiş olması tavsiye edilmektedir.⁴⁴² Bu mahkemeler için madde 33/f.1 gereği öncelikli ve ortak şart bu mahkemelerin Montreal Sözleşmesi'ne *taraf* devletlerin birinde yer alması şartıdır. Bu hükme göre yetkili kılınan mahkemeler şunlardır: 1- Taşıyıcının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesi, 2- Taşıyıcının esas faaliyet merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, 3- Taşıyıcının taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu işyerinin bulunduğu yer mahkemesi, 4- Yolcu taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan varma yeri mahkemesi

ii. Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Özel Beşinci Yetki (“Fifth Jurisdiction”)

Yukarıda belirtilen bu dört yetkili mahkemelere ek olarak madde 33/f.2 pek de açık olmayan bir ifade ile özellikle *yolcu ölüm ve yaralanmaları için* kaza anında yolcunun daimi ve esas ikametgâhının olduğu, taşıyıcının *ticari anlaşmaya* dayalı hizmetlerin yürütüldüğü yer

⁴³⁸ Şanlı / Esen / Ataman- Figanmeşe, s. 396.

⁴³⁹ Şanlı, s. 57.

⁴⁴⁰ Şanlı, s. 9; Kırman, s. 177.

⁴⁴¹ Şanlı, s. 16; ayrıca bkz. Montreal Sözleşmesi Madde 33/f.4.

⁴⁴² Ülgen, s. 222; Şanlı, s. 15-16.

mahkemesini de yetkili tayin etmiştir. Diğer bir ifade ile kazanın gerçekleştiği esnada yolcunun esas ve sürekli oturduğu yer mahkemesinin yetkisi, taşıyıcının yolcunun hava yolu ile taşınmasına ilişkin hizmet faaliyetlerini söz konusu bu *ülkeden* veya bu *ülkeye* gerçekleştirmesi şartıyla kabul edilmiştir.⁴⁴³

Bu düzenlemenin özellikle ABD tarafından ısrarcı olunması sebebiyle Montreal Sözleşmesi kapsamına alındığını da göz önünde bulundurmak gerekir. Öğretide bu ısrar da nazara alınarak, bu düzenleme sayesinde ABD’de ikamet eden bir yolcunun hava yolu kazasının Montreal Sözleşmesi’ne taraf başka bir ülkede meydana gelmesi şartıyla Amerikan mahkemelerinde davasını açabileceği ve daha fazla tazminat alabileceği nedeniyle eleştirilmektedir.⁴⁴⁴ Gerçekten de yakın tarihli Malezya – Çin seferi yapmakta olan uçağın kaybolması kazasında⁴⁴⁵, bu uçakta yer almakta olan az sayıdaki Amerikan yolcu için bu beşinci yetki gereği, davanın daha yüksek tazminat veren Amerikan mahkemelerinde açılması kanımızca mümkün olacaktır. Çünkü davalı hava yolunun Amerika’dan uluslararası uçuşları mevcuttur.

iii. *İkametgâh, Esas Faaliyet Merkezi, Varma Yeri Kavramları*

Yetkili mahkemeler belirtilirken bazı kavramlar kullanılmış ancak bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği Montreal Sözleşmesi’nde açıklanmamıştır. Bu nedenle bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi gerekir.

Birinci yetkili mahkeme açısından “taşıyıcının *ikametgâhi*” kavramı mahkemenin kendi hukukuna göre belirlenecektir. Genellikle taşıyıcının bir tüzel kişiliği haiz şirket olduğu göz önüne alınırsa, ikametgâhı belirlemek için ticaret sicili gazetesini ile ana sözleşmesine bakmak icap edecektir. İkinci mahkeme açısından ise ana sözleşme dışında fiilen esas faaliyet merkezinin bulunduğu yere de bakmakta yarar vardır zira bu ikisi farklı olabilir. Üçüncü mahkeme açısından ise “taşıyıcının taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu işyerinin

⁴⁴³ Tarman (Tahkim), s. 108:

“Bu hüküm tamamen zarar görenlerin lehine olmak üzere sevk edilmiş ve onların dava açmak üzere yabancı bir ülkede bulunan taşıyıcının ikametgâhı veya asıl iş merkezinin bulunduğu yer mahkemesine ya da sözleşmenin yapıldığı veya taşımının son bulunduğu ülke mahkemesine gitmek yerine, kendi oturdukları yerde dava açmalarına imkân sağlamıştır.”

“Örneğin, Almanya’da ikametgâhı bulunan A, tatil için Türkiye’de bulunduğu sırada Beyrut’a Türk Hava Yolları ile gidiş dönüş bir uçak bileti satın almıştır. Yolcu A, İstanbul-Beyrut uçuşunda ölüm ve yaralanmadan kaynaklanan zararlar için 5. yetkiye ilişkin m. 33/f.2 uyarınca, kendi ikametgâhının bulunduğu Almanya’da Türk Hava Yolları’na karşı Türk Hava Yolları’nın Almanya’dan yaptığı uluslararası uçuşlar nedeniyle dava açabilecektir.” (Tarman, s.110 *naklen*)

⁴⁴⁴ Tarman (Tahkim), s. 109.

⁴⁴⁵ Meydana gelen elim kazada uçakta bulunduğu belirtilen 239 kişi, hava aracı ile beraber 8 Mart 2014 tarihinde kaybolmuştur...

bulunduğu yer” kavramının taşıyıcı adına faaliyet gösteren acentelerin de dâhil edildiği⁴⁴⁶, böylece sözleşmeyi yapan yetkili acentelerin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu ve kavramın mahkemelerce geniş yorumlandığı⁴⁴⁷ kabul edilmektedir. *Varma yeri* mahkemesi açısından bakılacak yer *sözleşmede kararlaştırılan* varma yeri olup, fiilen veya zorunlu varılan yer mahkemesi kanımızca yetkili olamayacaktır. Aradaki duraklama yerleri ise varma yeri olarak kabul edilmemektedir.⁴⁴⁸ Son yetkili mahkemede de yolcunun *ikametgâhı* önemli olacaktır.

Eğer taşıma işi akdi taşıyıcı dışında üçüncü bir kişiye yani fiili taşıyıcıya yaptırılmışsa bu durumda Montreal Sözleşmesi, fiili taşıyıcının ikametgâhı veya esas işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilmesini madde 46 ile hüküm altına almaktadır. Yeter ki bu durumda dahi davanın açıldığı bu yer ülkesi Montreal Sözleşmesi’ne taraf olan bir ülke olsun. Öğretide emredici şekilde yetkili mahkemelerin taraf devlet sınırlarında bulunmasını isteyen düzenlemenin temelinde, uyuşmazlıkların taraf olmayan bir devlette çözülmesini istememe mantığının yattığı haklı olarak belirtilmektedir.⁴⁴⁹

iv. Yetkili Mahkemenin Türkiye Açısından Tespiti

Bu açıklamalarımız ışığında bir örnekle Türk mahkemelerinin nasıl yetkili hale gelebileceğini anlamaya çalışalım. New York’tan İstanbul’a uçan ve varış tarihi Türkiye saati ile 2 Ocak 2014, saat 15.00 olan bir hava aracının, iniş saatinden yaklaşık üç saat önce *taraf devlet olmayan* bir ülkenin sınırlarında düştüğünü ve çok sayıda yolcunun ağır yaralandığını varsayalım. Bu durumda Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi Montreal Sözleşmesi madde 33/f.1 ve 33/f.2 hükümlerine göre tespit edilecektir.

Taşıyıcı havayolları İstanbul Ticaret Odasına ve siciline kayıtlı bir A.Ş. ise veya davalı havayollarının *esas faaliyet merkezi* örneğin Bursa ise veya yolcu bileti kendi hesabına İstanbul’da yetkili bir acenteden almışsa veya olayımızdaki gibi *varma yeri* İstanbul ise işte tüm bu durumlarda Türk mahkemeleri yetkili olabilecektir.

2 yıllık süre ise 2 Ocak 2014, saat 15.00’den (ulaşması gereken tarih) itibaren hesaplanacaktır ve bu sürenin dolmasında “davanın açıldığı tarih” esas alınacak ve süre, 2 Ocak 2016, *mesai*

⁴⁴⁶ Uzun, s. 167 dn. 664.

⁴⁴⁷ Şanlı, s. 23.

⁴⁴⁸ Mütevali, karma taşımalarda yetkili mahkemelere ilişkin detaylar ve tartışmalar için bkz: Uzun, s.168-169. Konumuz açısından Türk mahkemesinin Montreal Sözleşmesi uyarınca yetkili olduğunun varsayıldığı madde 17 kapsamındaki uyuşmazlıklar incelenmekte olduğundan yetki detayları ve tartışmalarına girmekten imtina ediyoruz.

⁴⁴⁹ Tarman (Tahkim), s. 106.

bitimine kadar “dava açılmazsa” dolacağından artık dava açma hakkı da sükûta uğratacaktır. Bu Türk hukuku açısından geçerlidir, *aynı olay* için yetkili başka bir taraf devlet mahkemesinde (yetkili acente veya sözleşmeyi yapmış taşıyıcı işyeri New York’ta ise örneğin) Ocak 2016’da bu sürenin dolmasına örneğin daha *bir ay* varsa, daha önce hiçbir yetkili mahkemede dava açmamış olan davacı davasını burada açabilecektir.

v. Yetkili Mahkemeler ve Tahkim

Ayrıca madde 34, yalnızca *yüke* ilişkin olarak tahkimi özel olarak düzenlediğinden uyuşmazlık sonrası bu yetkili mahkemeleri görmezden gelerek *yolcu taşıma sözleşmesinden* doğan sorumluluk için tahkime de başvurmak mümkün değildir. Bu nedendir ki madde 17/f.1 kapsamındaki zararlar için tahkime başvurma imkânı yoktur. Madde 49 ise açıkça önceden konulan yetki şartlarını da geçersiz saymaktadır. Hükümün karşıt anlamından “zararın vuku bulmasından sonra” yapılacak yetki sözleşmelerinin geçerli olabileceğini kanımızca anlamak mümkündür.

Kaza sonucu zarar meydana geldikten *sonra*, madde 49 uyarınca taşıyıcı ile davacının anlaşmak sureti ile başka bir devlet mahkemesinin yetkisi konusunda MÖHUK madde 47 anlamında yetki anlaşması yapmaları da mümkündür. Kanımızca madde 34’teki açık düzenlemeden ve pek çok mahkemenin özellikle yetkilendirilmesinden dolayı, madde 17 kapsamındaki zararlar açısından zarar meydana geldikten sonra dahi *tahkim* anlaşması yapılamayacaktır ancak *başka bir mahkemenin* ilaveten yetkili kılınabileceği madde 49’dan anlaşılmaktadır.

V. İspat Yükü

Türk hukukunda TMK madde 6’ya göre, “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlamakla” yükümlüdür. Bu genel kuralın en önemli istisnası ise TBK madde 112’de yer alan “borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse *borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe*, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür” şeklindeki ifadedir. Daha önce de değinildiği üzere, her konu başlığı altında ispat yüküne dair açıklamalarımızı yapmış bulunuyoruz.

Tekrar hatırlayalım ki kazayı, zararı, kaza ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı, diğer dayanılan maddi vakıaları tazminat talebinde bulunan davacı yolcu veya mirasçı ispat edecektir. Burada sözleşmeler hukukundaki madde 112’deki istisnayı değil, genel ispat kuralını uygulamakta yarar vardır zira Montreal Sözleşmesi 113.100 ÖÇH miktarına kadar taşıyıcıyı mücbir sebep dâhil sorumlu tutmaktadır. Taşıyıcı ise, 113.100 ÖÇH miktarına kadar

olan sorumluluğu açısından sadece Montreal Sözleşmesi madde 20'deki müterafik kusur varsa bunu ispatlamaya çalışacak, bu kusur yoksa bu limiti aşan zararlar içinse madde 21/f.2'deki iki kurtuluş imkânını ispatlamakla uğraşacaktır. Davaya bakan Türk hâkim kesin deliller dışındaki (kesin hüküm gibi) diğer delileri (bilirkişi, doktor raporu gibi) serbestçe takdir edecektir.⁴⁵⁰

İspata ilişkin savunmalar zararlar toplamından ve 113.100 ÖÇH miktarından bağımsız olarak yapılacaktır. Bununla kastettiğimiz şudur: Zararın 500.000 TL olduğu ileri sürülmesine rağmen davalı cevap dilekçesinde müterafik kusur veya madde 21/f.2 kurtuluş sebeplerini ileri sürebilecek ve bunları ispata dönük deliller sunabilecektir.

VI. 113.100 ÖÇH Sınırının Belirlenmesi

A. 113.100 ÖÇH Sınırının Önemi

Türk mahkemeleri önünde açılacak olan Montreal Sözleşmesi kapsamındaki bir tazminat davası için dava dilekçesinde anlaşılır biçimde kısaca davanın konusu ve eğer bu konu para değil de para ile ölçülmesi mümkün olan bir menfaat ise ayrıca *dava konusunun değerinin* para ile gösterilmesi gerekir.⁴⁵¹ Bu miktarın harçların belirlenmesinde önemi büyük olduğu kadar, Montreal Sözleşmesi uyarınca açılacak davalar için de özel bir anlamı vardır. Montreal Sözleşmesi'nin en önemli ayrıcalıklarından birisi, 113.100 ÖÇH miktarına kadar olan zararlar açısından taşıyıcıyı mücbir sebep dâhil kusursuz bir sorumluluğa tabi tutmasıdır. Bu nedenle dava konusu değerinin 50.000 ÖÇH olması ile 160.000 ÖÇH olması arasında ciddi bir fark vardır. Burada asıl sorun birden fazla zarar kaleminin olması durumunda, hangi toplam zararın bu dava konusunu oluşturacağı sorunudur.

B. 113.100 ÖÇH Kapsamına Alınacak Zararlar

Kural olarak herhangi bir eylemden doğan zararların bütünü bir birlik teşkil eder, bu zararlar birbiri ile ilgisi olmayan bağımsız zararların toplamı olarak kabul edilmezler.⁴⁵² Bu nedenle zararın toplamı esas alınırken çıkış noktası kanımızca uğranılan kaza⁴⁵³ olmalıdır zira bu *kazadan kaynaklı doğrudan veya dolaylı tüm zararlar ile manevi zararların hepsini* bir bütün olarak kabul etmek gerekecektir. Yani bir *kaza* dolayısıyla davacılar toplamda 300.000 TL maddi ve 200.000 TL manevi tazminat talebi ile dava açmışsa burada aslında kaza neticesinde

⁴⁵⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 380.

⁴⁵¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 292.

⁴⁵² Büyüksağış, s. 89.

⁴⁵³ Ülgen, s. 193: Yazar ayrıca *zarara sebep olan olay* kavramını kullanmaktadır.

meydana gelen zarar *iddiasının* 500.000 TL olduğunun kabulü gerekecektir. Bu bir iddiadır zira davacı bu iddiasını ispatlamak ve hâkimi zararı konusunda ikna etmek durumundadır.

Kanımızca burada önemli olan bir hususu tekrar vurgulamakta yarar vardır. Destekten yoksun kalma tazminatı ile yakınların manevi tazminat talepleri de, yukarıda beşinci bölümde tartışıldığı üzere, eğer mahkemece *yolcunun talepleri ile* beraber aynı davada değerlendirilecekse bu durumda 113.100 ÖÇH sınırı belirlenirken *bu zararların hepsinin toplamını* esas almak gerekir.

C. Sorumluluk Sınırının Tadiline İlişkin Sorunlar

Montreal Sözleşmesi'nin 24. maddesi Depoziter, yani onay belgelerinin tevdi edileceği kurum olan ICAO⁴⁵⁴, tarafından *her beş yılda bir*, ilgili hükümlerde öngörülen sorumluluk miktarlarının yeniden gözden geçirilmesini düzenlemektedir. Maddeye göre belirli çoğunluktaki taraf devletlerin itiraz etmemesi durumunda, açıkça itiraz eden devlet açısından da zımni kabul yöntemi ile tadil sonrasındaki yeni limitler yürürlüğe girecektir.

Bu yetkiye dayanarak, ICAO yaptığı 30 Aralık 2009 tarihindeki değerlendirmesinde madde 17 kapsamında oluşacak zararlar açısından miktar 100.000 Özel Çekme Hakkından, 113.100 Özel Çekme Hakkına yükseltilmiştir. Yolcuya ilişkin madde 19 kapsamındaki gecikmeler için ise yolcu başına zarar, 4150 Özel Çekme Hakkı'ndan 4694 Özel Çekme Hakkı'na çıkarılmıştır. 30 Aralık 2014 tarihine kadar bu rakamların uygulanması öngörülmektedir. Ancak ICAO, 2015 yılının ilk yarısı dolmuş olmasına rağmen henüz limitleri tadil etmemiştir. Zımni kabul yöntemi, sözleşmeleri uygun bulma kanunu ile Bakanlar Kurulu'nun yetkilendirilmesi gibi ön şartlara önemli bir istisna getirmektedir. Zira Montreal Sözleşmesi'ne taraf olunup, sözleşme uygun bulunduğu eski limitler geçerli olarak yürürlüğe girmişti. Oysaki 2009 yılı sonunda, Türkiye açısından bu yeni limitlerin zımni kabul ile yürürlüğe girip girmediği tartışmalıdır⁴⁵⁵.

Kanımızca burada Montreal Sözleşmesi, Türk Hukuku'na özel bir hükmüyle istisna getirmektedir. Madde 24'e göre limitler güncellendikten sonra taraf devletlere bildirim

⁴⁵⁴ Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü.

⁴⁵⁵ İç hukukumuzda yeni limitlerin geçerli olması için uygun bulma kanunu veya başkaca açık yetkilendirme arayan bazı yazarlar akademik çalışmalarında hala eski limitleri kullanmaktadırlar: bkz. **Guner – Ozbek**. Gerek devlet gerekse özel havayolu şirketlerinin hem web sitelerinde hem de yolcu hakları kısımlarında bu yeni limitleri kabul ettiğini ise vurgulamakta yarar görüyoruz. Bu durum zaten tartışmanın önemini azaltmaktadır, zira tüm taşıyıcılar bu yeni limitler bazında taahhüt altına girmiş bulunmaktadır. Kaldı ki Türkiye, Montreal Sözleşmesi madde 24'e çekince koymadığı gibi taraf olarak aslında zımni kabul yöntemini kabul etmiş, bir bakıma Bakanlar Kurulu'na verebileceği bir yetkiyi ICAO'ya vermiştir. Bu nedenle bu çalışmamızın tamamında, güncel limitleri kullanmakta bir sakınca görmüyoruz.

üzerinden 6 ay geçince doğrudan zımni kabul yöntemi ile değişiklikler yürürlüğe girmektedir. Türkiye taraf devlet olarak limitlere karşı çıkmadığı gibi yeterli çoğunluktaki devletler güncellenen limitlere karşı çıkmadığından limitler Türkiye açısından da kesinleşmiş ve de yürürlüğe girmiştir. Kanımızca, Türkiye taraf devlet sıfatıyla kendisine gelen bildirim hakkında sadece bilgilendirme yapabilir, madde 24'ün açık lafzından *yürürlük* için ayrıca uygun bulma kanunu ile yetkiye gerek olmadığı anlaşılmaktadır. ICAO'nun 2009 yılı sonunda yaptığı ilgili tadil metninde bu zımni kabul metodu ile tadillerin doğrudan başkaca ek şart aranmaksızın yürürlüğe gireceği açıkça yazmaktadır⁴⁵⁶.

VII. Masraf ve Faizler

İspat hususu ayrıca değerlendirileceğinden, diğer bir ifade ile 113.100 ÖÇH sınırı asıl olarak *hüküm açısından* anlam kazanacağından, burada mahkemenin hükmedeceği masraf ile faizin kanımızca ayrıca tartışılmasına gerek yoktur. Ancak belirtmekte yarar vardır ki, Montreal Sözleşmesi madde 22/f.6 uyarınca davayı gören Türk mahkemesi 113.100 ÖÇH miktarına ilişkin sınırlamalardan *bağımsız şekilde* kendi hukuku yani HMK çerçevesinde davacının maruz kaldığı masraf ile gerekli faizin kısmen veya tamamen ödenmesini de davalı aleyhine hükmedebilir.⁴⁵⁷ Ancak mahkemece hükmedilecek miktarın faiz ve giderler ile beraber toplamın 120.000 ÖÇH olacağını, masraf ve faiz olmaksızın hükmedilen saf zararın ise 113.000 ÖÇH (yani 113.100 ÖÇH'nin altında olacaksa) olacağını varsaydığımız bir olayda bu hükmün özel bir anlamı olacaktır.

Kanımızca davalı taşıyıcı bu 7.000 ÖÇH miktarındaki *masraf ve ferileri* sanki asıl zararın bir parçasıymış gibi madde 21/f.2'deki kurtuluş sebeplerine dayanmak sureti ile bertaraf edemeyecektir. Yani yetkili mahkeme, kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde 113.000 ÖÇH zararın karşılanmasına *ek olarak* ayrıca faizin de ödenmesine karar verecektir. Diğer bir ifade ile 113.000 ÖÇH'yi kusursuz sorumluluk dâhilinde ödemek zorunda kalan davalı taşıyıcı, ilave olarak mahkemece hükmolunan 7000 ÖÇH tutarındaki *faiz* için madde 21/f.2'deki kurtuluş imkânlarına başvuramayacaktır. 7000 ÖÇH sorumluluk davası ve madde 17/f.1 kapsamındaki bir zarar değil, kanunen ve mahkemece öngörülmüş bir ilave gider olarak anlaşılmalıdır. Hükmün lâfzî yorumu ve faizin özellikli yapısı da bunu gerektirmektedir.

⁴⁵⁶ Bkz. <http://folk.uio.no/erikro/WWW/cog/087e.pdf> (Erişim: 13.5.2015).

⁴⁵⁷ 113. 100 ÖÇH sınırından “bağımsız olarak” davaya bakan mahkemenin kendi hukukuna göre mahkeme masraflarını ilgili tarafa yükleyebileceği hakkında bkz. madde 22/f. 6.

Ancak taşıyıcı, davacıya kazanın meydana gelmesinden itibaren en geç 6 ay içerisinde veya bu süre geçirilmiş olsa bile davanın açılmasından önce sulh teklifinde bulunmuş ve önerdiği tazminat miktarı, *mahkeme masraf ile diğer yargılama giderlerini* hariç hükmedilen miktarı zaten aşan bir miktar idiye artık taşıyıcıya bu giderler davacı lehine yüklenmeyecektir.

VIII. Montreal Sözleşmesi'nde Ön Ödeme Kurumu

Montreal Sözleşmesi madde 28'e göre ölüm veya bedensel yaralanma halinde *davacının hukukunda da uygulanan bir kurum* olmak koşulu ile davacının *acil ekonomik ihtiyaçlarının* karşılanması amacıyla taşıyıcı tarafından bir miktar ödeme yapılabilir. Bu nedenle Türk hukukunda ön ödeme veya geçici ödeme konusundaki yaklaşımı irdelemekte yarar vardır.

TBK madde 76'ya göre “zarar gören, *iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar* sunduğu ve *ekonomik durumu da gerektirdiği* takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.” Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise “davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.” Görüldüğü üzere Türk hukukundaki bu yaklaşım Montreal Sözleşmesi madde 28 ile büyük benzerlik göstermektedir.

Sonuç olarak, Türkiye uygulamasında madde 28'in rahatlıkla uygulama alanı bulacağını ileri sürebiliriz. Ancak unutmayalım ki taşıyıcının madde 28 gereği davacıya ön ödemede bulunması onun *bu sorumluluğu kabul ettiği* anlamına gelmeyeceği gibi, yapılan bu ön ödeme de nihai tazminat miktarından düşecektir veya dava kaybedildiğinde faiziyle beraber geri iade edilecektir.

IX. Müterafik Kusur ve Taleple Bağlılık İlkesi

Dava sonunda, müterafik kusur olmadığında, davalının 113.100 ÖÇH⁴⁵⁸ miktarına kadar kusursuz sorumlu olacağına, geriye kalan kısım için ise madde 21/f.2(a) anlamında mücbir sebep olması dolayısıyla taşıyıcının sorumlu tutulamayacağına ve böylece sadece toplamda 113.100 ÖÇH miktarında taşıyıcının ödeme yapmasına mahkeme hükmedebilir. Hâkim madde 21/f.2(a) uyarınca taşıyıcıyı kısmen kusurlu bulup, 113.100 ÖÇH miktarına ilaveten 20.000 ÖÇH miktarına da hükmederek toplamda 133.100 ÖÇH miktarına da örneğin karar verebilir.

⁴⁵⁸ Bkz. <http://www.tcmb.gov.tr/kurlar/today.html>, (29.12.2013):
Sdr/Usd 1 Özel Çekme Hakkı (SDR): 1,54299 ABD Doları
Sdr/Try 1 Özel Çekme Hakkı (SDR): 3,3364 Türk Lirası

Diğer bir ihtimalde ise müterafik kusur olduğu (örneğin yolcu yüzde yüz kusurlu ise) göz önüne alınarak, taşıyıcı mahkemece hiç sorumlu da tutulmayabilir veya sadece 50.000 ÖÇH kadar (yolcu kısmen kusurlu ise) sorumlu olduğuna hükmedebilir. Bir kez daha hatırlayalım ki manevi tazminat talebinin de davacı tarafından maddi tazminat talebi ile beraber veya ayrı olarak ileri sürülmesi gerekir.

Kaldı ki bu davada son ileri sürülen zarar toplamı 500.000 TL ise, hâkim belirtilen zararın üzerinde örneğin 200.000 ÖÇH (yaklaşık 666.000 TL) miktarında bir tazminata hükmedemez. Zira taleple bağlılık ilkesi ile beraber, hâkimin mevcut zararı aşacak şekilde tazminata da hükmedemeyeceği unutulmamalıdır. Dava konusunun artırılması veya değiştirilmesi gibi hususlar ise talep sonucunu genişletmek demektir ve usule ilişkin bu husus davalı tarafın açık muvafakatiyle HMK madde 141/f.2 gereği çözülür⁴⁵⁹ ancak somut bir uyuşmazlıkta bu muvafakatin alınmasının oldukça güç olduğu da unutulmamalıdır.

X. Yolcu Başına Sorumluluk Kavramı ve Önemi

113.100 ÖÇH sorumluluk sınırının zarara uğradığını iddia eden *her bir davacı yolcu* açısından ayrıca ele alınması gerekir. Anne ile küçük kızının *aynı uçakta aynı kaza* neticesinde farklı şekillerde bedensel zarara maruz kaldığını varsayalım. Annenin tazminat talebi ile küçük kız adına istenen tazminat talebi *aynı davada görülse bile* 113.100 ÖÇH sorumluluk sınırının uygulanması bağlamında bu iki yolcunun talepleri bağımsız değerlendirilecek, taşıyıcı her ikisine karşı değişik savunmalara başvurabilecektir.

Ayrıca diyelim ki uçak kazası olmuş ve yolcu ayağı kırıldığı için enkazın altından çıkamamış olsun. Yardım ekipleri olay yerine gelmiş ve yolcuları tek tek kurtarmaya çalışmışlardır. Bu arada ayağı sıkışmış şekilde acı içinde kıvranan yolcunun başına uçaktan kopan kanat düşmüş ve yolcu daha da ağır bir vaziyette yaralanmıştır. Kanımızca bu tür aynı kazanın farklı zaman dilimlerinden kaynaklı fakat *aynı kazaya* bağlanabilecek olan tüm zararları *tek bir bütün* olarak ele almak, sorumluluk sınırını işte bu toplam üzerinden değerlendirmek gerekir. Yani kırık ayak ile beraber yaralı baş tedavi masrafları ile diğer maddi tazminatlar ile ileri sürülen manevi tazminat taleplerinin hepsi bu davanın konusunu oluşturan bir bütündür. Sorumluluk miktarı ve sınırları belirlenirken yolcu başına tazminat diye mesele ele alınmalıdır.

XI. Özel Çekme Hakkı'nın Kur Değerinin Hesaplanması

Bir tazminat davasında TL veya USD olarak ileri sürülen dava konusu değerinin Montreal Sözleşmesi sorumluluk hükümleri yeknesak uygulanması ve doğru tespiti gereği, Özel Çekme

⁴⁵⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 311.

Hakkı'na güncel kur üzerinden çevrilerek 113.100 ÖÇH sınırının aşılp aşılmadığının belirlenmesi gerekir. Bu miktarın ÖÇH olarak tespitinde hangi *anın* esas alınacağı Montreal Sözleşmesi'nde düzenlenmemiştir. Bu nedenle Yargıtay'ın olaya nasıl yaklaştığı oldukça büyük önem taşımaktadır.

Yargıtay önüne gelen Varşova Sözleşmesi kapsamındaki bir tazminat davasında, ÖÇH öncesi uygulanmakta olan birim olan Fransız Altın Frankı ile ilgili sorunu değerlendirirken kanaatimizce de isabetli şekilde, *hüküm tarihindeki* piyasa değerinin esas alınması gerektiğini karara bağlamıştır.⁴⁶⁰ Bu uygulama Montreal Sözleşmesi madde 23/f.3 bağlamında “mümkün olduğu kadar aynı gerçek değeri yansıtmaya” prensibi ile de uyumludur.

Yolcunun ölmesi veya bedensel yaralanmasına bağlı sorumluluk kısmını burada noktalarken, Montreal Sözleşmesi kapsamında yolcu açısından bir başka akde aykırılık hali olan “yolcunun gecik(tiril)mesi” durumuna kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

Yedinci Bölüm

TAŞIYICININ GECİKME HALİNDEN SORUMLULUĞU

1. Yolcu Taşımada Gecikme

I. Gecikme Kavramı

Yolcu taşıma sözleşmeleri açısından *gecikme* Montreal Sözleşmesi'nde tanımlanmadığından, gecikmeden kanımızca *borcun zamanında ifa edilmemiş olmasını* anlamak mümkündür. Bu bağlamda *gecikme*, yolcunun varma yerine kararlaştırılan zamanda ulaştırılmaması ve/veya taşıyıcının taşıma edimini ifasına kararlaştırılan zamanda başlamaması durumlarını ifade eder.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ 11. Hukuk Dairesi T. 21.2.1992,1990/5647 E. 1992/2015 K. (Kazancı İçtihat, 28.12.2013):

“Bu durumda Poincare Frankı ile tespit edilmiş olan *mesuliyet limitlerinin memleket parasına tahvilinde yapılacak iş*, altının gramının *hüküm tarihindeki serbest piyasa fiyatı* -gazetelerde her gün görülmektedir- esas alınmak suretiyle bir altın Frank'ın -ki 24 ayar 0,5895 gram altına eşittir- fiyatı bulunur, bunun için bir gram altının fiyatı 0,05895 ile çarpılmak lazım ve kâfidir.”

Mesela, 22 Şubat 1988 günü esas alınarak bu limitleri hesaplamak istersek: 24 ayar bir gram altının bu tarihteki satış fiyatı 18.900 lira olduğuna göre 1 Altın Frank = 18.900 x 0,05895 = 1114.15 liradır. Şu halde sırasıyla 250 Frank = 250 x 1114.15 = 278.538 TL. Diğer bir hesap şekli şudur bir altın Frank 900/1000 ayarında 65.5 miligram, 24 ayarında 58.95 miligram (veya 0,05895 gram) altın ihtiva etmektedir. Buradan hareketle Konvansiyon ve eklerindeki limitleri ifade eden altın Frank miktarlarının ne kadar gram altına baliğ oldukları tespit olunur. 250 Frank = 250 x 0,05895 = 14,737,5 gram altın ihtiva eder. Bir gram altının fiyatı bu rakamlarla çarpılınca her bir limitin milli para ile karşılığı çıkar.”

⁴⁶¹ Kaner, s. 71; Kaner, İnci. “Hava Taşıyıcısının Gecikme Zararlarından Sorululuğu (“Gecikme Zararları”) Selim Kaneti'ye Armağan”, Aybay Yayıncılık, 1996, İstanbul, s. 130.

Bilette yazmasa bile taraflarca kararlaştırılan varış zamanında yolcunun ulaştırılmaması veya kararlaştırılan zaman diliminde hava aracına alınmaması durumunda gecikme hali söz konusudur. Montreal Sözleşmesi madde 19, yolcunun geciktirilmesi halinden taşıyıcıyı açıkça sorumlu tutmuştur.

II. Gecikme Halinde Sorumluluğun Niteliği

19. maddenin ikinci cümlesi ise taşıyıcının bu sorumluluktan ancak kendisinin, “yardımcı şahıs ile çalışanlarının” (“taşıyıcının adamları”) zarardan kaçınmak için gerekli olan tüm tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri almanın bu sayılan kişiler açısından imkânsız olduğunu ispatlayarak kurtulabileceğini düzenlemektedir. Maddenin bu açık hükmü göz önüne alındığında burada “kusur sorumluluğu” olduğu açıktır. Önemle belirtmek gerekir ki Montreal Sözleşmesi’ndeki iki aşamalı sorumluluk sistemi gecikme hali için değil sadece madde 17/f.1’deki ölüm veya bedensel yaralanma için getirilmiştir. Bu durum da gecikme halinde taşıyıcının kusursuz sorumlu tutulmak istenmediği şeklinde kanımızca yorumlanabilir.

III. Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Gecikme Halleri

Montreal Sözleşmesi gecikme kavramını tanımlamadığı gibi, gecikmenin türleri, sebebi veya meydana geldiği zaman dilimi ile de ilgilenmemiştir. Bu nedenle yolcu taşıma sözleşmesinde, yolcunun *kusurlu* olarak geciktirilmesinde artık sebep veya zaman dilimine bakılmaksızın taşıyıcı sorumlu tutulacaktır.

Fazla rezervasyon (overbooking) nedeni ile sonraki uçak için bekletilme, teknik arıza nedeni ile uçağa geç binme, uçağın gecikmesi, hava aracı ipoteği nedeniyle aracın seferden men edilmesi⁴⁶², havada aşırı rötör, bağlantılı uçuşu kaçırma⁴⁶³, kalkış öncesi aksaklıklar⁴⁶⁴ gibi

⁴⁶² İstanbul Çağlayan 32. İcra Dairesine intikal eden 2013/6730 Esas numaralı uyuşmazlıkta, icra takibine konu rehinli uçakların seferden men edilmesine dair karar verilmiş ve bu karar uçakların *Türkiye’ye vardıkları anda icra edilmek üzere* Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne bildirilmiştir. Rehinli uçakların seferden men edilmesine ilişkin bu karar uygulanarak hava aracı ipoteği kapsamındaki üç uçak İstanbul Sabiha Gökçen Hava Limanında park ettirilerek kararlaştırılan tüm seferler durdurulmuştur. Yapılan yetki itirazı sonucu daire takibin durdurulması kararını vermesine rağmen, İİK madde 150/d uyarınca rehin konusu araçların derhal yakalanarak muhafaza altına alınmasında bir sakınca olmadığı gerekçesiyle seferden men kararının kaldırılması talebini reddetmiştir. Yetkili mahkeme açısından davalı taraf, haklı olarak hava aracı ipotek sözleşmesinin iki tacir arasında imzalandığı ve iki tarafın HMK madde 17 gereği geçerli bir yetki sözleşmesi ile Güney New York Bölge Mahkemelerinin rehin sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için yetkili olduğunu haklı olarak ileri sürmüştür.

İşte bu tür rehinli hava araçlarının Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından teminat borçlusuna havayollarının borcunu ödememesi dolayısıyla rehinli hava araçlarının sonraki seferlerinden men edilmesi dolayısıyla, taşıyıcı başka bir uçakla bu sebeple ertelenmiş bir yolculuk gerçekleştirirse, yolcuya karşı Montreal Sözleşmesi madde 19 uyarınca kanımızca sorumlu olacaktır. Taşıyıcı kanımızca bu tür bir sorumluluktan mücbir sebebe dayanarak da kurtulamayacaktır, zira ipotek borçlusuna taşıyıcı havayollarının zamanında borcunun ifa etmek sureti ile bu sorunu baştan veya sonradan gidermesi mümkündür.

⁴⁶³ Çelikaş, s. 99 (Sempozyum).

⁴⁶⁴ Uzun, s. 106.

meselelerin gecikme hali olarak ele alınması mümkündür. Burada artık madde 17/f.1 anlamındaki şartların (kaza, biniş anı vesaire) gecikme halinde uygulanmasına gerek de yoktur, zira gecikme hali açıkça başka bir hükümlerle farklı şartlara tabi tutulmuştur.

IV. Gecikme Halinde Sorumluluk Şartları

A. Zarar

Tıpkı diğer tazminat davalarında olduğu gibi, taşıyıcının gecikmeden dolayı sorumlu tutulması için geciktirilen yolcunun bu gecikme nedeniyle *zarara* uğramış olması gerekir. Geç yapılmış bir ifa neticesinde kişinin kendisini varma yerinde bekleyen sözleştiği arkadaşları ile çok kısa süreli olan güzel bir tatil planı kaçırmaması veya yeni evli çiftin aşırı gecikmeye bağlı rezervasyonlarının iptalinde manevi elemeleri de manevi tazminat olarak maddi tazminat ile beraber ileri sürmek kanımızca mümkün olmalıdır. Avrupa Birliği'nde özellikle bu tür mağduriyetlerin giderilmesi için 261/2004 numaralı tüzüğün yürürlüğe konulduğunu da göz önünde bulundurursak, gecikmeye bağlı tazminatların da giderilmesinin kabul edildiğini belirtmek yanlış olmayacaktır⁴⁶⁵. Bu nedenle geciktirilen yolcu eğer varacağı noktaya geç vardığından dolayı ek masraflara girmişse, örneğin aktarmalı uçuşu kaçırmış ve özel bir araç kiralamak zorunda kalmışsa bu zararlarını da Montreal Sözleşmesi hükümlerince zararını ispat etmek koşulu ile alabilecektir.

B. Zararın Niteliği

Montreal Sözleşmesi kapsamındaki *gecikmeden doğan zarar* kavramından *beklenen ifanın gereği gibi gerçekleşmemesinden doğan müspet zararları* anlamak kanımızca doğru olacaktır. Zira gecikmeli uçuşlarda geç de olsa yapılan bir ifa vardır ancak bu ifa gereği gibi yerine getirilmemiştir. Ayrıca taraflar arasındaki yolcu taşıma sözleşmesinin geçersizliğine sebep olan bir durum da söz konusu değildir. Bu nedenle uçuşun tamamen iptaline (non-performance) ayrıca değineceğiz.

Öğretide bir görüş yolculuğun hız, ücret yüksekliği ile eser sözleşmesi niteliğini de nazara alarak tarifersiz uçuşlar dışındaki yolculukların *kesin vadeli işlem* saymakta ve gecikme halinde oluşacak zararın müspet zararın tamamına yani sözleşmenin hiç ifa edilmemesine denk olduğunu vurgulamaktadır.⁴⁶⁶ Kanımızca her yolcu açısından somut olayın özellikleri

⁴⁶⁵ <http://www.bbc.co.uk/programmes/p00zkz1k/features/flight-compensation> (Erişim: 4.16.2015). BBC, 261/2004 numaralı tüzük ile ilgili bu önemli haberinde bu tür mağduriyetleri ve mahkeme kararlarını derlemiştir.

⁴⁶⁶ Kaner, s. 73; Kaner, Gecikme Zararları, s. 133-134 Yazara göre taşıyıcının asıl borcu yolcuyu örneğin A noktasından B noktasına ulaştırmaktır. Geç de olsa yolcunun B noktasına ulaşması ile yolcunun ifa menfaati

ayrıca nazara alınmalıdır. Zira gecikme halinde, ölüm halindeki sözleşmeye aykırılığın aksine, geç dahi olsa ifa sadece bazı yolcular için hala “kabul edilebilir” bir mahiyette olabilir. Burada kesin bir vadenin yani yegâne zaman diliminin olduğunu genel bir ilke olarak ileri sürmek kanımızca uygun değildir. Zira burada *geç de olsa yapılacak bir ifa* söz konusu olabilecektir. Örneğin alternatif bir uçuş imkânı ile hem zarar hem de gecikme hali engellenerek pekâlâ taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilir.

Bu müspet zarar belirlenirken yolcunun zamanında yapılacak ifadan beklediği yararlar, yani *ifa zamanında yapılırsa idi malvarlığının alacağı durumla mevcut durum* arasındaki fark esas alınacaktır. Yolcu taşımanın zamanında yapılacağına inandığı için, gideceği yerde ön ödeme yaparak otelde rezervasyon yapmış, özel bir hastanede randevu almış, varma yerindeki kişiler için pek çok hediye almış ve gecikme sonucu tekrar vize işlemlerine başvurmuş olabilir. İşte bu tür, geç yapılan taşıma işine bağlı beliren masrafların madde 19 ve madde 22/f.1 hükümlerince taşıyıcıdan tazmin edilmesi mümkündür.

C. Uçuşun İptali ve Overbooking Halleri

Montreal Sözleşmesi madde 19, *gecikmeli olarak* taşıyıcının hâkimiyeti altına alınan veya *gecikmeli olarak* varış noktasına ulaştırılan yolcunun gecikmeye bağlı zararlarının giderilmesini düzenlemektedir. Gecikmeye bağlı oluşan bu tür müspet zararları ispatlaması gereken kişi ise yolcudur.

Yolcu taşıma sözleşmesinin hiç ifa edilmediği veya edilemeyeceği haller (“total non-performance of the contract”) Montreal Sözleşmesi kapsamında kanımızca değerlendirilmemelidir. Örneğin aktarmalı olarak uçacak olan yolcunun, duraklama yerinde sonraki uçuşun iptal olduğunu öğrendiğini ve daha fazla zaman kaybetmemek için başka bir hava yoluyla varış yerine ulaştığını varsayalım. Bu durumda yolcunun, sözleşmesel taşıyıcıya karşı “sözleşmenin hiç ifa edilmediği” gerekçesiyle Montreal Sözleşmesi madde 19 gereği ileri sürebileceği bir talebi yoktur. Ayrıca aynı örneğimizdeki yolcu, kendi iç hukukundaki “sözleşmenin hiç ifa edilmemesi” hükümlerinden de yararlanamaz zira Montreal Sözleşmesi madde 29’daki “münhasırlık” kuralı bu tür bir uluslararası taşımanın iç hukuka tabi kılınmasına açıkça engeldir⁴⁶⁷.

tamamen gerçekleşmiş olacak ayrıca zarar talebinde bulunamayacaktır. Elde edilmek istenen menfaat saik olarak sözleşme anında yer almalıdır.

⁴⁶⁷ Paradis v Ghana Airways Limited, 348 F.Supp.2d 106, 112 (S.D.N.Y. 2004).

Mahkeme, hava yolunun uçuşu iptal etmesi durumunda *başka hava yoluyla* uçuşunu gerçekleştiren davacı yolcunun gecikme halinden dolayı istediği zararı madde 19 kapsamında değerlendirmemiştir. Ayrıca mahkeme

Özellikle hava aracının kapasitesini aşan miktarda yer satımı yapıldığında (“overbooking”), bazı yolcuların yer olmadığından dolayı geçerli rezervasyonları olmasına rağmen uçuştan men edildikleri (“denied boarding”) bilinen bir husustur. Bu tür bir durumun, Montreal Sözleşmesi madde 19 kapsamında “gecikme hali” mi olduğu, yoksa yolcu taşıma sözleşmesinin hiç ifa edilmemesi hali mi olduğu konusu tartışmalıdır. Bu tartışma önemlidir zira bu durum gecikme hali olarak kabul edilirse doğrudan Montreal Sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir. Bu durumu sözleşmenin hiç ifa edilmemesi olarak yorumlayan ve böylece zararın Montreal Sözleşmesi kapsamında giderilemeyeceğini belirten mahkeme kararlarının çoğunlukta olduğunu ileri sürmek mümkündür⁴⁶⁸. Ancak bu kararlar, taşımanın gerçekleştirilmesinden önce meydana gelen bu tür olayların doğrudan Montreal Sözleşmesi kapsamı dışında bırakıldıkları gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁶⁹.

Kanımızca bileti olduğu halde örneğin overbooking gerekçesiyle uçuştan men edilme durumu ile gecikme halini birbirinden ayırmak gerekir. Belirttiğimiz gibi, overbooking dolayısıyla hava aracına alınmama durumu dâhil, eğer yolcu bekleyip gecikmeli olarak uçuşu gerçekleştirirse Montreal Sözleşmesi madde 19 kapsamında zararını isteyebilecektir. Zira ortada gecikmeli de olsa “sonradan gerçekleştirilmiş” olan bir taşıma işi vardır, yoksa sözleşmenin ifasının tamamen reddedilmesi durumu yoktur⁴⁷⁰. Oysaki yolcunun overbooking dolayısı ile reddedilmesi ve de ek bir seferle dahi taşınmayacak olması durumunda kanımızca artık Montreal Sözleşmesi kapsamına girmeyen bir non-performance (sözleşmenin hiç ifa edilmemesi) durumu vardır. İşte bu halde, ayrıca madde 29’daki “münhasırlık” gereği yolcunun iç hukuka başvurmasını da engellemek haksız olacaktır zira artık gecikmeli de olsa gerçekleşecek bir uluslararası taşıma yoktur. Bu durumda sözleşmenin hiç ifa edilememesinden doğan zararlar, yabancılik unsuru varsa MÖHUK’a göre çözümlenecektir. Yabancılik unsuru yoksa yetkili Türk mahkemesi TBK ve diğer ilgili hükümleri⁴⁷¹ uygulayacaktır.

yolcunun iç hukuk olarak New York eyalet hukukuna dayanarak ileri sürdüğü “non-performance” (sözleşmenin hiç ifa edilmemesi) talebini de Montreal Sözleşmesi madde 29 (münhasırlık) gereği reddetmiştir.

Kanımızca buradaki çözüm şudur: Yolcu beklemeli ve gecikmeli olarak varış noktasına ulaştıktan sonra sözleşmesel taşıyıcının sorumluluğuna Montreal Sözleşmesi madde 19 gereği gitmelidir. Böylece hem madde 19 anlamında sorumluluk şartları oluşmuş olacak hem de yolcu “münhasırlık” engeline takılmamış olacaktır.

⁴⁶⁸ Weiss v El Al Israel Airlines, 433 F.Supp.2d 361 (S.D.N.Y. 2006)

Wolgel v. Mexicana Airlines 821 F.2d (7th Cir. 1987); Weiss v.El Al Israel Airline, 309 Fed.Appx. 483 (2nd Cir. 2009).

⁴⁶⁹ Tompkins, s.234.

⁴⁷⁰ In re Nigeria Charter Flights Contract Litigation 520 F.Supp.2d 447, 453 (2007).

⁴⁷¹ *Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik* 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik yolcuların uçağa kabul edilmediği, uçuşlarının iptal edildiği ve uçuşlarının ertelendiği tüm durumları düzenlemektedir. Ancak bu tür düzenlemeler uygulamada bazı sorunlara yol açmaktadır. Örneğin

Gerçekten de her somut olayın madde 19 anlamında gecikme haline sebebiyet verip vermediği iyice irdelenmelidir. *Gecikme halinin varlığı ile taşıyıcının gecikme halinden sorumluluğu* iki ayrı husustur. Madde 19 anlamında gecikme, ister kalkış ister varış noktasında olsun, yolcuya karşı taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan zamanda ifanın gerçekleşmemesi durumudur. Gecikme örneğin uçuşun iptal edilmesi, kalkışın geç gerçekleşmesi, hava şartları, başka bir hava limanına zorunlu iniş, varış noktasına geç varış, varış pistinde yerde uzun süre bekleme ve hatta bagaj alımındaki aksaklıklar nedeniyle dahi gerçekleşebilir. Tüm bu durumlarda madde 19 anlamında gecikme vardır zira kararlaştırılan zamanda ifa bir şekilde gerçekleşmemiştir. Oysaki taşıyıcının bu hallerden sorumluluğu başka bir husustur. Örneğin uçuş iptal edilmiş ve fakat uçuşu iptal edilen yolcuya, *daha erken saatte* kararlaştırılan yere varacak olan alternatif bir uçuş imkânı tanınmış ve bu böylece gecikme hali engellenmişse artık taşıyıcının sorumluluğu kanımızca söz konusu olmamalıdır, zira gecikme veya zarar yoktur.

Uçuşun tamamen iptal edilmesi durumlarında, taşıyıcının sorumluluğu devam etmektedir. Özellikle de yukarıda belirttiğimiz gibi, gecikmeyi ve de zararı engelleyecek şekilde alternatif uçuş imkânı sağlanmamışsa taşıyıcı elbette meydana gelecek zarardan sorumlu olacaktır. Nitekim bir mahkeme kararında, motorun çalışmamasına bağlı olarak uçuşun başlamadan iptal edilmesi durumunda hava yolu şirketi alternatif uçuş imkânları sağlamadığından dolayı diğer hava yolu şirketine ödenen ücret ile diğer zararlardan sorumlu tutulmuştur⁴⁷². Uçuşun iptal edilmesi hallerinde zararı ve de gecikmeyi önleyici alternatif uçuşun taşıyıcının sorumluluğu açısından oldukça önemli olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Hava şartlarından dolayı da gecikme meydana gelebilir. Ancak bu tür mücbir sebep hallerinde, taşıyıcının gecikmeden sorumlu tutulamayacağı öğretide ve mahkeme kararlarında kabul edilmektedir⁴⁷³. Sonuç olarak uçuş iptali hallerinde, *iptalin sebebine* bağlı olarak Montreal Sözleşmesi madde 19 anlamında beliren gecikmeden taşıyıcının sorumlu olup olmadığı *taşıyıcı tarafından sunulan alternatif imkânlar da nazara alınarak* dikkatle incelenmelidir. Bu durum Montreal Sözleşmesi'nin hükümlerinin uygulanması için *geç de olsa yapılmış bir ifanın varlığının* aranmasına önemli bir istisna teşkil etmektedir. Yani uçuş mücbir sebep dolayısı ile iptal edilmiş ve yolcuya ek uçuş imkânı dahi bu mücbir sebep

gecikme halinde tazminat hesabı Yönetmelik'e göre mi yoksa Montreal Sözleşmesi madde 19'a göre mi yapılacaktır? Bu tür sorunlar aşağıda son bölümde ayrıca incelenecektir.

⁴⁷² McMurry v. Capitol International Airways 102 Misc. 2d 720 (1980)

⁴⁷³ Tompkins, s.236; Obuzor v. Sabena Belgian World Airlines, 1999 WL 698330 (S.D.N.Y. 1994); De Vera v. Japan Airlines, 1994 WL 698330 (S.D.N.Y. 1994)

dolayısı ile sağlanamıyorsa, bu durumda Montreal Sözleşmesi uyarınca ifa hiç olmamasına rağmen kanımızca taşıyıcıyı sorumlu tutmak mümkün olmamalıdır.

D. Uygun İlliyet Bağı

Ayrıca sorumluluk açısından bir *gecikme hali* ile *meydana gelen zarar* arasındaki uygun illiyet bağının varlığını da yolcu ispatla yükümlüdür. Gecikme halinden sorumluluğu bertaraf edecek şekilde taşıyıcının genel işlem şartı veya bağımsız şekilde koyduğu “kalkış-varış süreleri ile bağlı olmama” kaydı Montreal Sözleşmesi madde 26 uyarınca bir sorumsuzluk kaydı olup geçersizlik yaptırımına tabidir.⁴⁷⁴

V. Gecikme Halinde Sorumluluk Miktarı

Madde 21/f.1 gereğince, taşıyıcının gecikmeden sorumluluğu yolcu başına 4694 ÖÇH olarak belirlenmiştir.⁴⁷⁵ Bu nedenle gecikme halinde, genellikle zararın daha az olacağı faraziyesinden olsa gerek sorumlu olunacak azami sınır az tutulmuştur. Montreal Sözleşmesi bu özel hükümle ilginç bir şekilde *tazminatın üst sınırını* gecikme hali için bizzat kendisi çizmektedir. Madde 22/f.6 gereği davaya bakan Türk mahkeme bu sınırlarla bağlı olmaksızın dava gideri, harçlar ile faize *ayrıca* hükmedebilecektir. Kanımızca madde 21/f.6, birinci cümlesi uyarınca bu kelimelerle beraber hükmedilen tazminatın örneğin 6.000 ÖÇH olmasına bir engel yoktur, yeter ki *zarar miktarı* 4.694 ÖÇH miktarını aşmamış olsun.

VI. Gecikme Halinde Yetkili Mahkemeler

Gecikmeden doğan tazminat davasının açılabilceği yetkili mahkemeler yine madde 33/f.1'deki mahkemeler olacaktır. Madde 33/f.2'deki özel eklenmiş *beşinci yetkili mahkemenin* sadece madde 17 kapsamındaki davalara özgü olduğunu hatırlamakta yarar vardır.

Yolcunun geciktirilmesi yolu ile yapılan bir sözleşmeye aykırılık halinde de görevli mahkemenin tıpkı ölüm ve bedensel yaralanmada olduğu gibi iç hukuk görev kuralları gereği Asliye Ticaret Mahkemesi olduğunu hatırlatalım. Zira TTK madde 5/f.1 gereği de artık dava konusu değer 4.694 ÖÇH olması ile milyonlarca ÖÇH olması arasında mahkemenin görevi açısından bir fark olmayacaktır. Burada da *ticari iş* kapsamında bir sözleşmeye aykırılık hali mevcuttur.

⁴⁷⁴ Ülgen, s.182

⁴⁷⁵ İlk metindeki 4.150 ÖÇH sorumluluk meblağı, ICAO tarafından yapılan ilk beş yıllık değerlendirmeden sonra 01.01.2010 tarihinden itibaren geçerli olarak 4.694 ÖÇH olarak belirlenmiştir.

VII. Sorumluluktan Kurtuluş İmkânları

Taşıyıcının madde 19/ikinci cümle uyarınca kurtuluş hallerini doğru okumakta yarar vardır. Taşıyıcı zarardan kaçınmak için *gerekli olan tüm önlemleri* aldıklarını veya bu tedbirleri almanın bu kendisi ve adamları için *imkânsız* olduğunu ispatlayarak ancak kurtulabilecektir. Uçağın teknik bir arızadan dolayı geç kalkması⁴⁷⁶, hava alanı pistinin aşırı sıcak veya kaygan olması gibi nedenlerle seferin geç yapılması, uçuşa engel olmayan olağan sayılabilecek hava muhalefetleri, inişteki yoğun hava trafiği nedeniyle havada bekletilmeler gibi *önlem alınabilecek veya önlem alınması imkânsız olmayan* durumlar nedeni ile taşıyıcı sorumluluktan kurtulmamalıdır.

Ancak öngörülemeyen ve de önlemez mahiyette olan grev, iç savaş, aşırı hava muhalefeti⁴⁷⁷, yanardağ patlaması⁴⁷⁸ sonucu savrulan külün inişe engel olması, havalimanı kulesinin terör saldırıları sonucu ele geçirilmesi, devlet güçlerinin güvenlik kaynaklı olarak uçuşu erteltmeleri gibi durumlarda taşıyıcı bunları ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.

2. Yolcu Haklarına İlişkin Bazı Ek Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar

I. 261/2004 Sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü

Burada kısaca, gecikme halinde yolcu haklarını genel olarak düzenleyen 11 Şubat 2004 tarihli 261/2004 sayılı Avrupa Birliği tüzüğüne⁴⁷⁹ değinmekte yarar vardır. Bu tüzük hükümleri AB üyesi ülkeden yapılan veya bir üye devlete yapılan yolculuklar açısından yeknesak koruyucu hükümler içermektedir.⁴⁸⁰ *Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik* 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik yolcuların uçağa kabul edilmediği, uçuşlarının iptal edildiği ve uçuşlarının ertelendiği tüm durumları düzenlemektedir. Bu Yönetmelik'in ufak farklılıklar

⁴⁷⁶ McMurry v. Capitol International Airways 102 Misc. 2d 720 (1980).

⁴⁷⁷ Tompkins, s. 236; Obuzor v. Sabena Belgian World Airlines, 1999 WL 698330 (S.D.N.Y. 1994).

⁴⁷⁸ De Vera v. Japan Airlines, 1994 WL 698330 (S.D.N.Y. 1994).

⁴⁷⁹ Tüzüğün orijinal başlığı şöyledir:

“Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights.”

Tam metin için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0261:EN:HTML> (Erişim: 16.04.2015).

Ayrıca Tüzüğe dair genel açıklamalar için bkz. Çelikleş, s. 99-106 (Sempozyum).

⁴⁸⁰ Article 3: Scope

1. This Regulation shall apply:

(a) to passengers **departing from an airport located in the territory of a Member State** to which the Treaty applies;

(b) to passengers **departing from an a airport located in a third country to an airport situated in the territory of a Member State** to which the Treaty applies, unless they received benefits or compensation and were given assistance in that third country, if the operating air carrier of the flight concerned is a Community carrier.

dışında Tüzük ile büyük ölçüde benzerlik gösterdiği doktrinde haklı olarak vurgulanmıştır⁴⁸¹. Ancak bu tür düzenlemeler uygulamada bazı sorunlara yol açmaktadır. Örneğin gecikme halinde tazminat hesabı Yönetmelik'e veya Tüzük'e göre mi yoksa Montreal Sözleşmesi madde 19'a göre mi yapılacaktır?

Montreal Sözleşmesi madde 19'dan farklı olarak bu tüzük madde 1'de *iradesi hilafına* uçaktan çıkarılma, uçuşun iptali ve gecikmesi dâhil tüm sorunların çözümüne uygulanmaktadır. Tüzüğün 7.maddesi ise kat edilecek mesafe temel alınarak yolcunun bu tür akde aykırılık halinden dolayı taşıyıcının sorumluluğuna gidebileceği hükme bağlanmıştır. Örneğin 1500 kilometre ve altındaki uçuş mesafeleri için bu hallerde 250 Euro ödenmesi öngörülmektedir. Madde 6 ise 1500 kilometre mesafe için 2 saat veya daha fazla bekletilmenin gecikme olacağını vurgulamaktadır. Madde 14 ise check-in işlemleri sırasında yolcuya bu haklarının okunur vaziyette hatırlatılmasının yapılması gerektiğini düzenlemektedir.

Oysaki Montreal Sözleşmesi uyarınca bu tür bir sorumluluk taşıyıcıya yüklenmemiştir. Ayrıca Montreal Sözleşmesi ne kadar saat gecikilirse gecikme sayılacağını da belirtmemiştir. Kanımızca varış yerine makul süreyi aşacak şekilde geç ulaşılması ve yolcunun bu gecikmenin zarara sebebiyet verdiği konularını ispatlaması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca Tüzük gecikmenin hangi kategoride yer aldığına bağlı kalarak matbu bir ücretin yolcuya dava açılmaksızın doğrudan ödenmesini öngörmesi bakımından oldukça farklıdır.

Uygulamada bazı mahkemeler gidiş-dönüş uçak biletlerini tek uçuş olarak kabul etmekte ve örneğin AB üyesi olmayan bir ülkeden dönülmesi halinde de Tüzük'ün uygulanacağını belirtmişlerdir⁴⁸². Vurguladığımız üzere, geç de olsa bir ifanın varlığı kanımızca Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması için gereklidir. Ancak asıl tartışma gecikmeli de olsa yapılan bir taşıma hem Tüzük kapsamına hem de Montreal Sözleşmesi kapsamına giriyorsa hangi hükümlerin uygulanacağı noktasındadır. Örneğin Almanya – Fransa uçak yolculuğu iki AB üyesi devlet arasında gerçekleştiğinden Tüzük kapsamına, ayrıca iki taraf devlet arasında gerçekleştiğinden Montreal Sözleşmesi kapsamına girecektir.

Tüzük açıkça sağlık, güvenlik ile gerekli belgelerin eksikliği dolayısıyla yolcunun uçağa kabul edilmemesi durumlarını kapsam dışında bırakmıştır⁴⁸³. Adalet Divanı, iptal durumunun

⁴⁸¹ Meltem Deniz Güner – Özbek. “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1184.

⁴⁸² A.g.e, s.1188.

⁴⁸³ EC 261/2004 m.2.j.

sadece uçağın kalkış yapamadığı halleri değil kalkış yaptığı havalimanına dönüş yapmak zorunda kaldığı halleri de kapsadığını vurgulamıştır⁴⁸⁴. Olağanüstü hallerde uçuşun iptal edilmesinde Montreal Sözleşmesi'nde olduğu gibi taşıyıcı Tüzük'te öngörülen sorumluluktan da kurtulur. Ancak Tüzük uygulamasında *tartışmalı* olarak, olağanüstü hallerde dahi taşıyıcının ücret iadesi, konaklama imkânı sağlama gibi yükümlülükleri devam etmektedir⁴⁸⁵. Tüzük uzun gecikmelerden ("long delays") söz etmekteyken, Montreal Sözleşmesi açısından bu tür bir ayırımın olmadığı görülür. Tüzük "gecikme" hali için ayrıca tazminat öngörmemekte, bu hakkı sadece uçağa kabul edilmeme ile uçuşun iptali ile sınırlandırmıştır. Alman Hukuku'nda bu tazminat "cezai şart" olarak değerlendirilmektedir⁴⁸⁶.

Adalet Divanı, Tüzük ile Montreal Sözleşmesi arasında uyumsuzluk ile uygulamadaki sıkıntılar hakkında C-344/04 sayılı ön karar vermiştir. Adalet Divanı, Montreal Sözleşmesi madde 19 ve devamında taşıyıcıya karşı yolcunun dava açmak suretiyle tazminat isteyebileceğini, bu hakkın varlığının standart ve maktu tazminat ile acil yardım ve hizmetleri öngören Tüzük hükümleri ile çatışmadığını vurgulamıştır⁴⁸⁷. Ancak öğretide, uçağa kabul edilmeme ile iptal hallerinin de Montreal Sözleşmesi anlamında "gecikme" kavramına dâhil olup olmadığı tartışmalıdır. Kuzey Amerikalı yazarların bu *tartışmalı* soruya olumlu cevap verdiği vurgulanmaktadır⁴⁸⁸.

Kanımızca kalkış anındaki gecikmeyi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan acil sıkıntıları gidermeyi amaçlayan Tüzük ile genel olarak varış yerine geç ulaşılması sonucu gecikmeye bağlı beliren zararları tazmin amacı güden Montreal Sözleşmesi'ni birbirinden ayırmak gerekir. Uçuşun asıl uçuş planına göre yapılması halinde, uzun süreli gecikme de olsa ortada kanımızca iptal değil, gecikme hali olacaktır⁴⁸⁹. Ancak gecikme halinde Tüzük'te tazminat öngörülmemesine rağmen, mahkemelerce iptal varmış gibi değerlendirilip yolcunun tazminat alması tartışma yaratmıştır⁴⁹⁰.

Bir yolcu eğer Montreal Sözleşmesi madde 1 uyarınca bu kapsamda bir yolculuk yaparken, madde 19 anlamında gecikmeye maruz kalmışsa yani varma yerine geç ulaşmışsa, kalkış veya varış yeri AB üyesi bir devlet olsa bile artık bu uyuşmazlığa 261/2004 sayılı tüzük değil, Montreal Sözleşmesi madde 22/f.1 uygulanacaktır. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, 4694

⁴⁸⁴ Güner-Özbek, s. 1190.

⁴⁸⁵ A.g.e, s.1192.

⁴⁸⁶ A.g.e, s.1196.

⁴⁸⁷ A.g.e, s.1200-1202.

⁴⁸⁸ A.g.e, s. 1210.

⁴⁸⁹ A.g.e, s. 1216.

⁴⁹⁰ A.g.e, s. 1217.

ÖÇH azami miktarı tüm zararları karşılamada eksik kalabilir. Bu nedenle kalkış anındaki gecikmeyi ve buna bağlı yolcu haklarını düzenleyen Tüzük'ün ayrıca uygulanmasını Montreal Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmeyeceği görüşündeyiz. Özellikle tam iptalin veya uçağa alınmama gibi durumlarda, ek sefer imkânı da tanınmamışsa artık geç de olsa bir ifa söz konusu olmadığından artık Montreal Sözleşmesi değil, şartları oluşmuşsa kanımızca artık Tüzük uygulanacaktır.

Berlin'den İstanbul'a bir Türk hava yolu ile gelirken taşıyıcının sorumlu olduğu bir gecikmeye bağlı zarara uğramış olan Alman yolcu, yetkili Türk mahkemesi karşısında bu talebini tüzüğe değil, bir milletlerarası özel hukuk sözleşmesi olan Montreal Sözleşmesine dayandıracaktır. Örneğin aynı taşımanın *tamamen iptalinde*, Alman yolcu bu tamamen iptal Montreal Sözleşmesi madde 19'a girmeyip Tüzük madde 3'e girdiğinden bahisle talebini tüzüğe dayandırabilecektir. İlk durumda, ayrıca yolcu kalkışta gecikme olmuşsa Tüzük uyarınca acil yardımları (konaklama, ek sefer vesaire) pekâlâ isteyebilecektir. Ancak istisnai de olsa bir uluslararası taşıma hem Tüzük hem de Montreal Sözleşmesi kapsamına girmiyorsa, yabancı unsur ("uluslararası" taşıma) da olduğundan MÖHUK uyarınca uygulanacak hukuk Türk Hukuku ise bu durumda *Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik*⁴⁹¹ uygulama alanı bulabilecektir.

⁴⁹¹ RG No: 28131, 03.12.2011.

KAYNAKÇA:

1. **Arıdemir**, Arzu Genç. “Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat” XII Levha Yayıncılık. İstanbul 2008, 1. Bası
2. **Arkan**, Sabih. “Demiryoluyla Yapılan Uluslar Arası Eşya Taşımaları” Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Olgaç Matbaası Ankara 1987 89-93 demiryolunun borçları? COTIF sonunda artık taşıyıcı
3. **Bozabalı**, Banu Bozkurt. “Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu” Seçkin Yayıncılık Ankara 2013, 1. Bası
4. **Büyüksağış**, Erdem. “Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı” Vedat Kitapçılık İstanbul 2007
5. **Canbolat**, Ayşe Gül. “Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu” Turhan Kitabevi, Ankara 2009
6. **Cunningham**, McKay: “The Montreal Convention:Can Passengers Finally Recover From Mental Injuries?” January 2008
7. **Çakırca**, Seda İrem. “Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı – Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü” Vedat Kitapçılık İstanbul 2012
8. **Çelikel**, Aysel/ Erdem, B. Bahadır. “Milletlerarası Özel Hukuk” Beta Yayınları 11. Bası, İstanbul
9. **Çeliksaş**, İlyas. “Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu” Beta Yayınları, 1. Bası Mayıs 2012 – İstanbul (Çeliksaş, Sempozyum)

10. **Demirkıran**, H. Murat. “Varşova Lahey Konvansiyonu Uyarınca Uluslar arası Yolcu Taşımalarından Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Manevi Tazminat Meselesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s.891 vd
11. **Dempsey**, Paul Stephen: “Accidents and Injuries in Air Law: The Clash of the Titans” (The Clash of the Titans) McGill University
12. **Eren**, Fikret. “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” Beta yayınları 12. Bası İstanbul, 2010
13. **Gandel** , Sheryl . “*Warsaw v. Trans World Airlines, Inc.*: Aviation -Warsaw Convention - Liability for RoutineRepressurization Accidents “ , Maryland Journal of International Law, Volume 4 Issue 2 , 3/7/2013 S. 281-291
14. **Gençtürk**, Muharrem. “Uluslar arası Eşya Taşıma Hukuku, Gecikmeden Doğan Sorumluluk”, İstanbul 2006.
15. **Gözler**, Kemal. “Anayasa Hukukuna Giriş” Ekin Yayınları 2008. 13. Baskı, Bursa
16. **Grant**, John P. "Beyond The Montreal Convention." Case Western Reserve Journal Of International Law 36.2/3 (2004): 453-472. Legal Collection. Web. 25 Oct. 2013.
17. **Güner – Özbek**, Meltem Deniz. “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyehat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227
18. **Ito**, Harumi/ **Lee**, Darin “Domestic Codesharing, Alliances and Airfaresin the U.S. Airline Industry” The Journal of Law & Economics, s. 5-7
19. **İyilikli**, Ahmet Cahit.“Hukuk Yargılamasında Dava Sebebine İlişkin Bir İnceleme” TBB Dergisi 2013 (106) s.139-204
20. **Kaner**, İnci. “Hava Taşıyıcısının Gecikme Zararlarından Sorululuğu, Selim Kaneti’ye Armağan, Aybay Yayıncılık 1996 İstanbul (“Gecikme Zararları”)
21. **Kaner**, İnci: “Hava Hukuku (Hususi Kısım)” 2. Bası, İstanbul 2004 Filiz Kitapevi Kavramlar” 18. Bası Vedat Kitapçılık İstanbul 2012.
22. **Kırman**, Ahmet. “Havayolu ile Yapılan Uluslar arası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990
23. **Kırman**, Ahmet: “Havayolu ile Yapılan Uluslar arası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu”, Ankara 1990
24. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı** “Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem, Sözleşme” 1. Cilt 4. Bası İstanbul 2008 (**Cilt 1**)
25. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı** Üçüncü Cilt “İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme” Beşinci Bası İstanbul 2009 (**Cilt 3**)

26. **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder. “Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı” 2013, 24. Basım Yetkin Yayınları
27. **McKay**, Jennifer. "The Refinement Of The Warsaw System: Why The 1999 Montreal Convention Represents The Best Hope For Uniformity." Case Western Reserve Journal Of International Law 34.1 (2002): 73. Legal Collection. Web. 25 Oct. 2013.
28. **Nomer**, Ergin. “Milletlerarası Usul Hukuku” Beta Yayınları Eylül 2009 İstanbul
29. **Nutt**, Kathryn M. “Air France vs Saks: An Accidental Interpretation of the Warsaw Convention” American University Journal of International Law and Policy Vol:1-195, 1986; s.195-213,
30. **Oğuzman**, M. Kemal / **Barlas**, Nami. “Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel
31. **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, Vedat Kitapçılık İstanbul 2012 10. Bası (Cilt 1)
32. **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -2, Vedat Kitapçılık İstanbul 2013 10. Bası (Cilt 2)
33. **Özbudun**, Ergun. “Türk Anayasa Hukuku” 10. Bası Yetkin Yayınları. Ankara, 2009
34. **Prager**, Dietmar W. "Procedural Developments At The International Court Of Justice." Law & Practice Of International Courts & Tribunals 2.3 (2003): 551-557. Legal Collection. Web. 25 Oct. 2013.
35. **Pucciarelli**, Melissa. “Compensating Victims of Aviation Disasters: Establishing Uniform and Equitable Remedies for Accidents over Water.” 24 Fordham Int'l L.J. 889. (March, 2001)
36. **Sözer**, Bülent. “Havayolu ile Yapılan Uluslar arası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/Lahey Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi”, BATIDER Haziran 2001, C. XXI, S.1 s.141 vd (**1999 Montreal Sözleşmesi**)
37. **Sözer**, Bülent: “Havayolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü ve Yaralanması Sonucundan Doğan Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu”, Haziran 1978, C. IX,S.3 s.765 vd (**Ölüm ve Yaralanmadan Sorumluluk**)
38. **Sözer**, Bülent: “Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları”, BATIDER Aralık 1977. (**Kurallar ve Uygulanma Şartları**)
39. **Sözer**, Bülent: “Taşıyanın Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlere İlişkin Bazı Meseleler ve Görüşler”, BATIDER C.14,S.2,1987 s.87 vd (**Meseleler ve Görüşler**)

- 40. Şanlı, Cemal / Esen, Emer / Ataman- Figanmeşe, İnci.** “ Milletlerarası Özel Hukuk” Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. 1. Bası
- 41. Şanlı, Cemal:** “Uluslar arası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk”, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992
- 42. Taft, William H./ Olson, Theodore B./ Keisler, Peter D.** In the Supreme Court of the United States. “Brief For The United States As Amicus Curiae Supporting Respondents” No. 02-1348
- 43. Tandoğan, Haluk:** “Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku”, Turhan Kitapevi Ankara 1981
- 44. Tarman, Zeynep Derya.** “Montreal Sözleşmesinin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri”, TBB Dergisi 2013 (107) s. 98 – 118 (**Tahkim**)
- 45. Tarman, Zeynep Derya.** “Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu” Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010 Cilt II, s.1655 ve devamı
- 46. Tekinalp, Gülören/ Çavuşoğlu, A. Uyanık:** “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları” Genişletilmiş 11. Bası Vedat Kitapçılık, İstanbul
- 47. Teziç, Erdoğan.** “Anayasa Hukuku” 12. Bası Beta Yayınları, İstanbul 2007
- 48. Thalín, Christoffer.** “The Air Carrier’s Liability for Passenger Damages”, Master Thesis. Spring 2002, Faculty Of Law University of Lund
- 49. Tompkins, George N. Jr.** “Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States: From Warsaw 1929 to Montreal 1999”. Wolters Kluwer Law & Business 2010, Netherlands.
- 50. Tüzüner, Özlem.** “Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukukî Niteliği Ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi.” TBB Dergisi 2012 (101) s. 167-196
- 51. Uzun, Tuba Birinci.** “Uluslar arası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu” Seçkin Yayıncılık Ankara 2012, 1. Bası
- 52. Ülgen, Hüseyin:** “Hava Taşıma Sözleşmesi”, İstanbul 1987
- 53. Weigand, Tory A.** "Recent Developments Under The Montreal Convention." Defense Counsel Journal 77.4 (2010): 443-464. Legal Collection. Web. 25 Oct. 2013.
- 54. Weigand, Tory A.** “Accident, Exclusivity, and Passenger Disturbances Under the Warsaw Convention” American University International Law Review V. 16.891, s. 891-968, 2001 (Passenger Disturbances)
- 55. Yavuz, Cevdet.** “Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler” 9. Baskı, İstanbul 2011

56. Yetiş Samlı, Kübra: “Uluslar arası Kara, Hava ve Deniz Yolu ile Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı”, İstanbul 2006